

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Бојана Д. Станковић

**НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ У КРИВИЧНОМ
ПОСТУПКУ**

Докторска дисертација

Београд, 2022

**UNIVERSITY OF BELGRADE
FACULTY OF LAW**

Bojana D. Stanković

**ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE
IN CRIMINAL PROCEDURE**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2022

Подаци о ментору, члановима Комисије за одбрану докторске дисертације и датуму одбране

Ментор: др Милан Шкулић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Чланови комисије:

1. др Милан Шкулић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду
2. др Горан Илић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду
3. др Татјана Бугарски, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду
4. др Вања Бајовић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Датум одбране:

НАСЛОВ: НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Резиме: Предмет дисертације је систематично проучавање области незаконитих доказа у кривичном поступку. Истраживање полази од теоријског одређивања основних кривичнопроцесних појмова попут чињеница, доказа, основних доказних начела, правила извођења и оцене законитости доказа, док се највећа пажња посвећује теоријском и нормативном тумачењу доказа који су сами по себи или по начину прибављања незаконити. Сиже предмета дисертације чини опсежна анализа и евалуација постојећег модела изузимања доказа у нашем кривичноправном систему, кроз оквире историјског развоја, теоријских схватања у кривичноправној науци и судској пракси. Аутор се бави упоредноправном анализом законских решења и института у области незаконитих доказа, настанком и развојем доктрина (у англосанксонском праву), којима су установљена правила изузимања правноневаљаних доказа, те њихове импликације на законодавна решења савремених кривичноправних система.

Дисертација се фокусира и на проблем судске оцене законитости доказа, као и на заузета становишта у поступању виших судских инстанци и ставове Европског суда за људска права у овој области, који су анализирани кроз цео рад. Изучавање овог проблема, отвара питања адекватности и ефикасности постојећег система изузимања доказа у пракси, потребе прилагођавања и мењања законских решења, које је подстакнуто упоредноправним решењима и досадашњим искуствима домаће и међународне судске праксе.

Циљ истраживања је свеобухватније схватање и боље разумевање појма незаконитих доказа и потребе њихове делотворније ексклузије у кривичном поступку у циљу остваривања основних циљева кривичног поступка, права на правично суђење и загрантованих права окривљеног у кривичном поступку, као и унапређења рада овлашћених органа у прикупљању доказа.

Приликом истраживања су коришћени историјскоправни, упоредноправни, нормативни метод, као и метод анализе случаја. На основу теоријске и историјскоправне основе истраживања, аутор закључује да се издвајањем незаконитих доказа омогућава законит и правичан поступак и штите права учесника у поступку, а да се истовремено „не стаје на пут“ утврђивању тачног и потпуног чињеничног стања. Анализом позитивних правних решења у законодавству Србије и њихова примена у пракси, коришћењем нормативног, упоредноправног метода и методом анализа случаја, у дисертацији се идентификују мањкавости легислативне основе и указује на неделотворност постојећег система издвајања доказа, уз излагање де леге ференда предлога у циљу њиховог унапређења.

Кључне речи: незаконити докази- изузимање доказа- доказни поступак- право на правично суђење-судска пракса-

Научна област: ПРАВНЕ НАУКЕ

Ужа научна област: КРИВИЧНО ПРАВО

TITLE: ILLEGAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary: The subject of the dissertation is the systematic study of the field of illegal evidence in criminal proceedings. The research starts from the theoretical determination of basic criminal procedure concepts such as facts, evidence, basic evidentiary principles, rules of presentation and assessment of the legality of evidence, while the greatest attention is paid to theoretical and normative interpretation of evidence that is illegal in itself or by obtaining it. The summary of the dissertation consists of an extensive analysis and evaluation of the existing model of taking evidence in our criminal justice system, through the framework of historical development, theoretical understandings in criminal law science and case law. The author deals with comparative legal analysis of legal solutions and institutes in the field of illegal evidence, the emergence and development of doctrines (in Anglo-Saxon law), which established rules for excluding invalid evidence, and their implications for legislative solutions of modern criminal justice systems.

The dissertation focuses on the problem of judicial assessment of the legality of evidence, as well as on the positions taken in the actions of higher courts and the positions of the European Court of Human Rights in this area, which are analyzed throughout the paper. The study of this problem raises questions about the adequacy and efficiency of the existing system of taking evidence in practice, the need to adjust and change legal solutions, which is encouraged by comparative legal solutions and previous experiences of domestic and international case law.

The aim of the research is a more comprehensive understanding of the concept of illegal evidence and the need for their more effective exclusion in criminal proceedings in order to achieve the basic goals of criminal proceedings, the right to a fair trial and guaranteed rights of the accused in criminal proceedings.

During the research, historical, comparative, normative methods were used, as well as the case analysis method. Based on the theoretical and historical legal basis of the research, the author concludes that the separation of illegal evidence enables legal and fair procedure and protects the rights of participants in the procedure, while at the same time "not standing in the way" of establishing accurate and complete facts. The analysis of positive legal solutions in Serbian legislation and their application in practice, using the normative, comparative law method and the case analysis method, identifies shortcomings in the dissertation and indicates the ineffectiveness of the existing system of evidence separation, with *de lege ferenda* proposals to improve them.

Keywords: illegal evidence - exclusion of evidence - evidentiary procedure - right to a fair trial - case law –

Scientific field: LEGAL SCIENCES

Specific scientific field: Criminal Law

САДРЖАЈ

УВОДНА РАЗМАТРАЊА	1
ПРВИ ДЕО - ДОКАЗИ И ПРЕДМЕТ ДОКАЗИВАЊА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ .6	
1. ПОЈАМ ЧИЊЕНИЦА И УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ.....	7
1.1. Чињенице које се утврђују у кривичном поступку	8
1.2. Чињенице које се не доказују у кривичном поступку.....	11
1.2.1. Претпоставке у кривичном поступку	13
1.3. Начин утврђивања чињеница у кривичном поступку	17
1.3.1. Степен извесности са којом се чињенице утврђују	18
2. ДОКАЗИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	21
2.1. Појам доказа, доказног средства и извора доказа.....	21
2.2. Врсте доказа у кривичном поступку	24
2.2.1. Непосредни и посредни докази.....	27
2.3. Терет доказивања у кривичном поступку.....	29
3. Доказна начела у кривичном поступку	34
3.1. Начело непосредности.....	34
3.2. Начело слободне оцене доказа	38
3.3. Начело In dubio pro geo	41
4. Прикупљање, извођење доказа и оцена доказа у кривичном поступку.....	45
4.1. Кривичноправни субјекти који прикупљају доказе.....	45
4.2. Предлагање доказа и преклузија доказа током кривичног поступка.....	49
4.3. Извођење доказа ex officio према Законнику о кривичном поступку.....	52
ДРУГИ ДЕО – ПОЈАМ НЕЗАКОНИТИХ ДОКАЗА И СТАНДАРДИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА	56
1. Доказне забране и незаконити докази у кривичном поступку	57
1.1. Оцена доказа и доказне забране	57
1.2. Забрана доказивања одређених чињеница у кривичном поступку	60
1.3. Забрана употребе незаконитих доказа и доказних средства.....	65
1.3.1. Процесна грешка или незаконит доказ	68
2. Сврха доказних забрана и изузимања незаконитих доказа.....	70
2.1. Незаконити докази и дужност утврђивање истине у кривичном поступку	73
2.2. Незаконити докази и право на правично суђење	76
3. Стандарди Европског суда за људска права у области незаконитих доказа	78
3.1. Општа разматрања праксе Европског суда за људска права у погледу прихватљивости доказа	78

3.2. Докази прибављени кршењем забране мучења, нечовечног или понижавајућег поступања из члана 3 Конвенције	81
3.2.1. Материјално правни аспект члана 3 ЕКЉП.....	83
3.2.2. Процесно правни аспект члана 3 Конвенције.....	87
3.2.3. Случај <i>Gäfgen v. Germany</i>	88
3.3. Докази прибављени кршењем права на правично суђење из члана 6 Конвенције.....	90
3.4. Докази прибављени кршењем права на приватни живот, дом и преписку из члана 8 Конвенције	94
ТРЕЋИ ДЕО - УПОРЕДНОПРАВНИ ПРИКАЗ О ДОКАЗНИМ ЗАБРАНАМА И ПРАВИЛО ЕКСКЛУЗИЈЕ ДОКАЗА.....	98
1. Правила о изузимању незаконитих доказа у два велика правна система	99
1.1. Апсолутан и релативан систем издвајања доказа	99
1.2. Настанак и развој правила ексклузије у праву САД	102
2. Теорија „Плодова отровног дрвета“ и њени изузеци	108
2.1. Теорија ослабљене везе	110
2.2. Теорија независног извора	112
2.3. Теорија неизбежног открића (<i>inevitable discovery</i>).....	114
2.4. Теорија сребрног послужавника и друге теорије.....	116
3. Апсолутна ексклузија у државама САД.....	119
3.1. Доказне забране у САД	120
3.1.1. <i>Забрана самооптуживања</i>	121
3.1.2. <i>Maryland v. King – Законитост узимања ДНК узорка</i>	125
3.1.3. <i>Забрана Hearsay и кршење VI.амандмана</i>	129
3.1.4. <i>Rape shield</i>	133
4. Велика Британија.....	138
4.1. Настанак и развој „инклузијског“ права.....	138
4.2. Привилегија против самооптуживања	143
4.3. <i>Забрана Hearsay</i>	145
5. Аустралија и Нови Зеланд	146
6. Доказне забране у европскоконтиненталним системима	148
6.1. Немачко право	148
6.1.1. <i>Случај Daschner</i>	152
6.2. Француско право	154
6.3. Италијанско право.....	159
7. Међународно кривично право.....	162
7.1. Међународни кривични суд за бившу Југославију.....	162
7.2. Међународни стални кривични суд	167
ЧЕТВРТИ ДЕО-НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ.....	170

1.	Историјски развој доказних забрана у кривично процесном законодавству .	171
1.1.	Законик о поступку судском у кривичним делима за књажеводство Србију од 1865. године.....	171
1.2.	Законик о судском кривичном поступку за краљевину СХС од 1929. године.....	173
1.3.	Закон о кривичном поступку од 1948. године	176
1.4.	Законик о кривичном поступку од 1953.године	179
1.5.	Законик о кривичном поступку СФРЈ од 1977.године.....	181
1.6.	Законик о кривичном поступку од 2001. са изменама од 2009.године.....	184
2.	Незаконити докази према важећем Законику о кривичном поступку	188
2.1.	Основне новине у ЗКП, нови адверзијани елементи и измене у систему незаконитих доказа	188
2.2.	Појам и врсте незаконитих доказа према одредби члана 16 став 1 ЗКП.....	190
2.2.1.	<i>Незаконити докази сами по себи и по начину прибављања.....</i>	<i>194</i>
2.2.2.	<i>Непосредно и посредни незаконити докази.....</i>	<i>195</i>
2.3.	Примена теорије „Плодова отровног дрвета“ и њених изузетака на законско решење.....	196
3.	Докази и извори сазнања који су незаконити по општим одредбама ЗКП	198
3.1.	Обавештења и изјаве грађана прикупљена у предкривичном поступку	198
3.2.	Изнуђивање и присила у саслушању окривљеног и других лица у кривичном поступку.....	202
4.	Извори сазнања који нису предвиђени Законом о кривичном поступку....	205
4.1.	Примена полиграфа и других психолошких метода приликом испитивања лица.....	205
4.2.	Изјаве и обавештења дате у другом поступку	207
4.3.	Снимци и фотографије сачињени ван кривичног поступка као докази у кривичном поступку	210
4.3.1.	<i>Аудио и видео снимци и фотографије сачињени од стране грађана.....</i>	<i>214</i>
ПЕТИ ДЕО-НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ И ДОКАЗНЕ РАДЊЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ		219
1.	Уопштено о доказним радњама	220
2.	Лични извори доказа и незаконити докази.....	220
2.1.	Саслушање окривљеног	220
2.2.	Исказ саокривљеног.....	226
2.3.	Испитивање сведока	231
2.3.1.	<i>Искључење од дужности сведочења.....</i>	<i>233</i>
2.3.2.	<i>Ослобођење од дужности сведочења</i>	<i>235</i>
2.3.3.	<i>Упознавање са садржином исказа сведока</i>	<i>240</i>
2.3.4.	<i>Препознавање лица или предмета.....</i>	<i>244</i>
2.4.	Испитивање вештака и налаз и мишљење.....	245
2.4.1.	<i>Вештачење од стране НЦКФ као незаконит доказ</i>	<i>250</i>

3. МАТЕРИЈАЛНИ ИЗВОРИ ДОКАЗА И ПОВРЕДЕ ЗАКОНА.....	252
3.1. Претресање стана и других просторија или лица	252
3.1.1. Претресање стана и других просторија или лица са наредбом	255
3.1.2. Претресање стана и других просторија или лица без наредбе	260
3.1.3. Претресање и преглед возила	264
3.1.4. Увиђај на возилу.....	268
3.2. Привремено одузимање предмета	270
3.3. Исправе и други материјални докази	275
4. Дигитални – електронски докази	280
4.1. Прикупљање електронских доказа из дигиталних уређаја	281
5. Посебне доказне радње	285
5.1. Општи услови за предузимање посебних доказних радњи и случајан налаз	285
5.1.1. Тајни аудио и видео надзор.....	288
5.1.2. Друге посебне доказне радње и провоцирање на кривична дела.....	294
ШЕСТИ ДЕО - ОЦЕНА ЗАКОНИТОСТИ ДОКАЗА И ЕКСКЛУЗИЈА	
НЕЗАКОНИТИХ ДОКАЗА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	301
1. Издајање незаконитих доказа и оцена (не)законитости	302
1.1. Оцена законитости доказа - „Вагање“ и „аутоматско изузимање“	302
1.2. Оправданост и значај издајања незаконитих доказа	306
1.3. Утицај садржине незаконитих доказа на орган поступак	307
1.4. Изузеци од издајања незаконитих доказа прописани чланом 16 став 1 ЗКП.....	308
2. Издајање записника и обавештења	309
2.1. Законско уређење издајања записника и обавештења.....	309
2.2. Издајање доказа у фази истраге	311
2.3. Контрола оптужнице и издајање доказа	313
2.4. Издајање незаконитих доказа у фази главног претреса и одлучивање о предлогу за издајање.....	317
3. Правна средствима којима се побија судска одлука због незаконитих доказа	319
3.1. Жалбени основ - релативно битна повреда кривичног поступка.....	319
3.2. Основ за ванредни правни лек и пракса ВКС	322
3.3. Практика Уставног суда РС	329
ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА.....	335
ЛИТЕРАТУРА.....	353
БИОГРАФИЈА.....	380
ПРИЛОГ 1	383
ПРИЛОГ 2.....	384
ПРИЛОГ 3.....	385

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Најважнији стадијум и есенција кривичног поступка је процес доказивања. Прикупљање, извођење и оцена доказа неопходно је за утврђивање правно релеватних чињеница и других чињеница, на којима се заснива судска пресуда и решава главна кривична ствар у кривичном поступку. Ни „тужбени нити одбрамбени захтев (антитеза одбране) не може опстати уколико не буде доказан“.¹ Без постојања доказа, који су спона између чињеница и права, суд не би могао да реши предмет оптужбе нити да примени материјално право.

Суд је дужан да на основу савесне оцене сваког доказа појединачно и у вези са осталим доказима изведе закључак о извесности постојања одређене чињенице.² Само на чињеницама у чије је извесност уверен, суд може засновати своју одлуку. Доношење кривичноправних закључака на основу доказа који су изведени у поступку подразумева утврђивање тачног и потпуног чињеничног стања (начело истине), па је правилна оцена доказа услов да овакви закључци буду тачни и одговарају стварности, у супротном они доводе до погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања и тиме и до погрешне примене права. Судска одлука је правилна, ако је у њој чињенично стање исправно утврђено и изречена кривична санкција правилно одмерена, а законита ако се заснива на исправној примени материјалног и процесног закона.³

У целокупном процесу доказивања, који обухвата избор чињеница које треба доказати⁴, извођење и проверавање доказа на законом предвиђени начин и њихова оцена у складу са слободним судијским уверењем, суд је дужан да поштује и одређена чињенична ограничења и доказне забране. Докази, путем којих се долази до утврђивања истинитости чињеница које су предмет оптужбе, морају се изводити из законом прописаних доказних средства и на законит начин.

Законик о кривичном поступку формално елиминисае дужност суда да утврђује истину и уводи страначко предлагање и извођење доказа уз минимално и само изузетно уплитање суда у извођење доказа. Међутим, дужност суда да правично спроведе кривични поступак и спречи злоупотребу права, да слободно оцењује доказе, па самим тим и води рачуна о законитости доказа који су темељ судске одлуке, остала је неизмењена, чак се може рећи и да је ојачала. Ово нарочито имајући у виду да суд више нема доказну иницијативу и да само изузетно изводи доказе по службеној дужности, а да је истрага, као важна фаза која претходни главном претресу, и у којој се прикупља доказна грађа будуће судске одлуке, у надлежности другог органа поступка односно јавног тужиоца, због чега је још већа одговорност суда да, остваривајући своју уставом загаратовану функцију непристрасног и независног органа власти, који доноси одлуке, у име народа, обезбеди законито вођење кривичног поступка уз поштовање свих загарантованих права.

¹ Драгољуб Димитријевић, *Кривично процесно право*, Седмо прерађено и допуњено издање, Београд, 1981, 183.

² Члан 419 Законика о кривичном поступку "Сл. гласник РС", бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС.

³ Горан.П.Илић, „Право на образложену одлуку“, *Crimen* 2/2011, Београд, 14.

⁴ Иако је доказна иницијатива у потпуности прешла на странке у поступку, суд и даље врши одабир чињеница које ће се доказити, јер има овлашћење да одбије доказне предлоге у законом предвиђеним случајевима.

У зависности од тога како се у одређеним правним система, поима оправданост и важност законитости доказа и којим интересима се даје већи значај, установљава се и модел и начин издвајања незаконитих доказа, који се креће од скепсе према доказним забранама и издвајању доказа, до релативних и апсолутних издвајања у својим аутентичним облицима. Систем незаконитих доказа зависи и „од структуре кривичног поступка, од односа главних кривично процесних тенденција, режима утврђивања незаконитости доказа и степена слободе судова да оцењују законитост доказа, а минимални стандарди забране коришћења незаконитих доказа проистичу из међународних докумената о људским правима и уставом загарантованих права грађана“.⁵

Истраживањем домаће и стране литературе, уз преглед судске праксе у погледу оцене законитости доказа, утврдили смо да се питање незаконитих доказа показује као веома комплексно и у теорији и пракси. У најугледнијој континенталној земљи кривично процесног права – Немачкој, сматра се да „проблематика незаконитих доказа – о којој се води дијалог законодавца, праксе и теорије под насловом „доказне забране“ (Beweisverbote) – припада скупу најважнијих питања за кривични поступак“.⁶ Законитост у поступању органа поступка и изузимање незаконитих доказа, види се као сукоб интереса остварења репресивне функције државних органа и делотворног сузбијање криминалитета, а једне стран, и заштите основних људских права и права на одбрану окривљеног у кривичном поступку, са друге стране. Сразмерност у постизању оба интереса постиже се кроз законодавна решења и судску праксу.

Како се на незаконитим доказима не може заснивати пресуда, то наш законодавац установљава обавезу суда да издвоји ове доказе, без изузетака и без „вагања“ правно релеватних интереса, врсте и јачине повређеног добра, што је својствено системима које имају законом прописан апсолутни систем издвајања. Законик о кривичном поступку садржи низ доказних правила, којима се уређује начин извођења доказних радњи, формални и материјални услови за извођење доказа, као и подобност одређених извора доказивања у кривичном поступку. Осим појединачних одредаба, којима се утврђује забрана коришћења доказа услед мањакости које Законик изричито предвиђа, једном општом одредбом изричито се предвиђа „да се судска одлука не може заснивати на доказима који су, непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, законом и другим актима“. Докази који су изведени супротно закону представљају правноневаљане доказе односно незаконите доказе, на којима се не може заснивати судска одлука, док судска пракса, „услед недоречености законских норми има одлучујућу „реч“ за успостављање одредница које су то „незаконитости“ и пропусти органа поступка“, које доводе до закључка суда да је неки доказ незаконит односно супротан закону.⁷

Предмет дисертације је свестрана анализа института незаконитих доказа, полазећи од три основна аспекта - упоредноправних решења и доктрина, стандарда Европског суда за људска права и домаћег законодавног решења и њене примене у судској пракси. Проблем примене постојећих нормативних решења у судској пракси, сагледава се кроз анализу домаћих судских одлука и одлука Европског суда за људска права, док је анализа

⁵ Дијана Јанковић, Ивана Миловановић, „Оцена законитости доказа у судској пракси“, *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Intermex, Златибор – Београд, 2015, 544.

⁶ Davor Krapac, „Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 6/2010, 1208.

⁷ Горан П. Илић, „О неваљаним доказима у кривичном поступку“, *Билтен Округног суда у Београду*, Intermex, 73/2006, 33.

упоредноправних решења и развој доктрине о незаконитим доказима полазна основа оцене делотворности постојећег модела изузимања доказа у пракси и потребе прилагођавања и мењања законских решења.

Поред оцене законитости доказа и анализирања појма незаконитих доказа, у раду се анализирају последице односно процесне санкције постојања оваквих доказа у судској одлуци, као и њихов утицај на исход судског поступка.

Судске одлуке које се темеље на незаконитим доказима нису захваћене апсолутно битном повредом кривичног поступка, већ релативно битном повредом и то само у случају уколико би се очигледно, с обзиром на друге доказе, без тог доказа, донела другачија пресуда. Тиме се установљава и „обавеза суда да испита да ли би пресуда без незаконитог доказа била иста или другачија“⁸ односно другостепени орган испитује и значај конкретног доказа на судску одлуку и његов утицај на доношење одлуке у битном делу. Предмет дисертације односи се на поступање другостепених судова и њихове ставове о судским одлукама које се темеље на незаконитим доказима.

Осим другостепеног суда, Законик о кривичном поступку је дао овлашћење и највишој судској инстанци-Врховном касационом суду да оцењује законитост доказа и на тај начин допринесе уједначавању судске праксе у овој области, јер предмет захтева за заштиту законитости може бити и питање дозвољености доказа и његовог значаја за доношење пресуде. У раду се анализирају и ставови највише судске инстанце о оцени законитости доказа.

Приликом терминолошког одабира наслова теме, руководили смо се називом који је одређен позитивно правним решењем у нашем кривичном законодавству (одредба члана 84 Законика о кривичном поступку носи назив „незаконити докази“), а који садржински одговара сродним појмовима на које смо наилазили у домаћој и иностраној литератури, попут недозвољених доказа, правно неваљаних доказа и недопуштених доказа.⁹

Структура рада подељена је у шест поглавља. У првом делу који је означен као *Појам доказа и доказивање у кривичном поступку*, анализирају се основни појмови доказног права – чињенице, докази, доказна средства, као и основна доказна начела и њихов међусобни однос са другим начелима кривичнопроцесног права. Такође, излажу се основна правила доказног поступка, извођење и прикупљање доказа у кривичном поступку. Други део односи се на *Појам незаконитих доказа и стандарде Европског суда за људска права*, који обухвата теоријско одређивање појма доказних забрана, те њихов однос са правом на правично суђење, дужности утврђивања истине у кривичном поступку и законитости предузимања радњи од стране овлашћених органа који су постављени у теорији кривичнопроцесног права. Посебна пажња је посвећена праву на правично суђење и стандарде Европског суда за људска права који се односе на прихватљивост доказа у кривичном поступку. У *трећем делу се анализира упоредноправни приказ о правилима ексклузије доказа*, који обухвата преглед доктрине „Плодова отровног дрвета“ и следбеничких теорија, са критичким разматрањем њихове примене у пракси. Применом упоредноправног метода даје се преглед позитивноправног регулисања области незаконитих доказа и правила ексклузије у водећим

⁸ Горан П. Илић *et al.*, *Коментар законика о кривичном поступку*, Десето измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2018, 1064.

⁹ Правна енциклопедија из 1985, познаје појам недозвољена доказна средства у кривичном поступку и дефинише их као доказна средства, начини и методе доказивања који су изричито законом забрањени или чија је употреба супротна правном поретку или друштвеном моралу- *Правна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд, 1985, 888.

правним системима, те указује на различитост и предности појединих нормативних решења, уз осврт и на одредбе међународног кривичног права и примену правила ексклузије пред међународним кривичним судовима. Четврти део дисертације *Незаконити докази у кривичном законодавству Србије*, се односи на кривични поступак у кривичном законодавству Србије, историјски преглед настанка и развоја доказних забрана и нормативно регулисање незаконитих доказа, Други и трећи одељак овог дела се односе на важеће законско решење, и све релеватне одредбе о незаконитим доказима. Пети део *Незаконити докази и доказне радње у кривичном поступку* је посвећен анализи појединачних доказних радњи, које су предвиђене Закоником о кривичном поступку, прегледом доказних правила, материјалних и формалних услова за њихово извођење у кривичном поступку и процесних повреда својственим свакој од њих које доводе до незаконитих доказа. У последњем одељку разматра се проблематика посебних доказних радњи и дигиталних доказа, који у савременом кривичном процесном праву изазивају посебну пажњу по питању њихове законите примене. Најзад, шести део *Оцена законитости доказа и ексклузија незаконитих доказа у кривичном поступку* је посвећен процесним санкцијама које наступају или би требало да наступе, услед употребе незаконитих доказа, са посебним освртом на другостепени поступак и анализу судске праксе у области незаконитих доказа.

На почетку истраживања установљене су две основне и пет посебних хипотеза. Прва основна хипотеза је да се *издвајањем незаконитих доказа омогућава законит и правичан кривични поступак и остварује заштита права учесника у поступку*, у оквиру које смо поставили и једну посебну хипотезу и то да забрана употреба незаконитих доказа није процесна сметња за утврђивање тачног и потпуног чињеничног стања у кривичном поступку. Друга основна хипотеза је да *позитивноправно регулисање незаконитих доказа уз извесне корекције, може остварити своју сврху правичног и законитог кривичног поступка*. У оквиру ове друге основне хипотезе смо издвојили четири посебне хипотезе и то: да систем незаконитих доказа треба нормативно одредити према врсти и јачини повреде права која су загарантована Уставом, законом и међународним актима, а следствено томе прописати адекватан начин издвајања, да је потребно изричито прописати процесну санкцију за повреду правила о претресању стана и других просторија и тиме ојачати заштиту уставно загарантованог права на неповредивост стана, да издвајање незаконитих доказа у кривичном поступку има ефекта пре главног претреса и „контаминације“ доказног поступка, а тиме и утицаја на судију/веће које доносе одлуку, као и да предвиђањем релативно битне повреде у ситуацији када се судска одлука на незаконитим доказима штети законитости поступка доводи до конвалидације незаконитих доказа у кривичном поступку.

Историјскоправни метод је заступљен у дисертацији у погледу праћења развоја националног кривичнопроцесног законодавства и развоја домаће доктрине у области незаконитих доказа и доказних забрана. Предмет анализе је и историјски развој теорија које су заступљене у англосаксонским системима, али и европскоконтиненталним системима, како оних које се баве оправданости изузимања незаконитих доказа тако и оних који се баве питањем законитости доказа који су произашли из незаконитих доказа односно доктрина плодова отровног дрвета и теорије изузетака које су се касније из ње развиле. Овај метод је користан и како би се указало на неке методе прикупљања доказа које су некада биле део кривичноправних система, а данас представљају кршење основних загарантованих права учесника у поступку, уз указивање на опште тенденције у развоју савремених кривичнопроцесних законодавства у овој области кривичнопроцесног права.

Анализа предмета дисертације заснива се на упоредноправним решења и стране судске праксе, како би се указало и на разлике апсолутног и релативног система издвајања њиховог утицаја на законодавна решења држава које припадају англоамеричком и европскоконтиненталном систему. За сагледавање карактеристика националног нормативног решења и његових недостатака, посебно је од значаја оцена усклађености националних

одредаба и њихове примене са стандардима и захтевима заштите основних људских права и заштите права учесника у поступку, које прокламују међународни акти и пракса ЕСЉП.

Приликом истраживања предмета дисертације анализира се судска пракса и ставови другостепених судова, Врховног касационог суда и Уставног суда, као и одлуке и стандарди Европског суда за људска права који су релевантни за питање незаконитих доказа. Предмет анализе случаја су примери из домаће и стране праксе који се анализирају кроз потврду добре односно лоше праксе у примени важећих законодавних решења. Посебно се разматра институт издвајања незаконитих доказа у фази потврђивања оптужнице и фази главног претреса, као и поступање другостепених судова пре свега апелационих судова поводом жалби због битне повреде одредаба кривичног поступка а у ситуацији када се пресуда заснива на незаконитих доказима.

Циљ истраживања је потврђивање полазних хипотеза кроз идентификовање спорних питања у теорији и пракси, истицање предности релативног система издвајања доказа и постављања нормативних критеријума за „судско вагање“ претежнијег интереса, уз задржавање обавезног издвајања доказа који су прикупљени супротно изричито предвиђеним законским забранама, што ће резултирати *de lege ferenda* решења у нашем кривичном поступку, а у циљу ефикаснијег и правовременог поступања суда у изузимању незаконитих доказа којима се обезбеђује законит и правичан кривични поступак.

Питање изузимања незаконитих доказа и оцене законитости докази у савременим кривичноправним законодавствима и кривичноправној теорији нејењава, чак ће у сусрету све већих изазова које са собом носе савремени модели криминалитета, развој науке и технике имати све већи значај, нарочито увођењем нових модернији начина предузимања доказних радњи, што ће изискивати и већу контролу њихове законитости и коришћења у кривичном поступку. С тим у вези, значај ове теме дисертације је у свеобухватној анализи свих релевантних питања која су важна за боље разумевање незаконитих доказа и њиховог изузимања у кривичном поступку као резултат сублимације ставова у правној науци и применом у судској пракси. Испуњењем свих задатих циљева дисертације, очекујемо и остварење основног циља а то је изван научни допринос у области кривичнопроцесног права и његово унапређење.

ПРВИ ДЕО - ДОКАЗИ И ПРЕДМЕТ ДОКАЗИВАЊА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

1. ПОЈАМ ЧИЊЕНИЦА И УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

„*Da mihi factum, dabo tibi ius*“

Законик о кривичном поступку утврђује правила кривичног поступка и поступања државних органа у циљу утврђивања виности учиниоца кривичног дела, тако да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка.¹⁰ Јавни тужилац, као субјект кривичног поступка, у складу са својим *ius puniendi*, у случају постојања релеватног степена сумње да је учињено кривично дело, истиче захтев, у форми оптужног акта, којим тражи од суда „да утврди, да ли је учињено кривично дело, ко га је учинио, као и да ли су испуњени услови за примену кривичне санкције“.¹¹ Дакле, циљ кривичног поступка је доношење одлуке у законом прописаном поступку о постојању кривичног дела, о учиниоцу и о кривичној санкцији. Посматрано кроз призму материјалног права, циљ кривичног поступка је сузбијање криминалитета и постизање специјалне и генералне превенције, као сврхе кривичне санкције која се изриче у кривичном поступку.

Остваривање општег циља кривичног поступка, а то је доношење одлуке о кривичноправној ствари, зависи од утврђивања чињеничног стања које је предмет поступка, што не представља ништа друго до утврђивања да ли се одређени догађај одиграо у стварности на начин како је то оптужним актом постављено. Само доношење судске одлуке као епилога кривичног поступка „обухвата једну логичку делатност суда, у којој се под апстрактну правну норму подводе утврђене чињенице, у конкретном случају“.¹²

Законик прописује да пресуду или решење које одговара пресуди, суд може засновати само на чињеницама у чију је извесност уверен, при чему се под *извесношћу* у складу са чланом 16 ЗКП, подразумева закључак о несумњивом постојању или непостојању чињеница, заснован на објективним мерилима расуђивања. Утврдити неку чињеницу значи „уверити се да она постоји или не постоји из правно допуштених извора и начина сазнања, и то ауторитативно прогласити у судској одлуци“.¹³

Чињеница, у општем простом поимању њеног значења, је „изјава која показује да се нека појава или догађај стварно догодио“¹⁴ односно спознаја стварности. Она је „чулна делатност која је утврђена објективно-реалним постојањем извесне ствари, појаве, процеса, дешавања, особине или односа“.¹⁵ У правној теорији, поједини теоретичари се не баве одређивањем појма чињеница, сматрајући да „нема задовољавајуће дефиниције“, док они који је, пак, дефинишу полазе од два основна гледишта „онтолошког или објективистичког и

¹⁰ Члан 1 Законика о кривичном поступку.

¹¹ Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, 13.

¹² Давор Крапац, „Процесноправни аспект проблема утврђивања чињеничног стања у кривичном поступку“, *Југословенска ревија за кривично право*, 3-4/1981, 527.

¹³ Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право*, Општи део, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2014, 244.

¹⁴ *Речник српског језика*, Матица српска, Нови Сад, 2011, 1485.

¹⁵ Богдан Шешић, *Логика и научна методологија*, Београд, 1962, 620.

гносеолошког или објективно-субјективног“.¹⁶ Бајер, истичући важност примене опште логике о чињеницама, даје објективистичку дефиницију чињеница, наводећи да су то „појаве у стварности у којима се састоје услови материјалног кривичног права за примену кривичне санкције у конкретном случају и услови процесног права за вођење кривичног поступка и вршење процесних радњи“.¹⁷ Слично, З.Јекић, позивајући се на *Henkela*, дефинише чињенице као „појаве, догађања, радње и било да припадају прошлости или садашњости, стања, и то како спољне чињеница (на пример радња извршења кривичног дела), тако и унутрашње чињенице (стања свести и воље)“.¹⁸

С друге стране, Водинелић полази од објективно-субјективног гледишта, дефинишући чињенице као „појаве, догађаје, односе, својства, који су предмет опажања, описивања, рационалног тумачења једног субјекта“.¹⁹

У теорији наилазимо на бројне поделе чињеница, чињенице које се доказују и које се не доказују у кривичном поступку, затим спољашње и унутрашње, доказане и недоказане, спорне и неспорне, субјективне и објективне, позитивне и негативне, посредне и непосредне чињенице, адјудикативне и легислативне чињенице, као и прихваћена подела на правно релеватне чињенице, индиције и помоћне чињенице.

1.1. Чињенице које се утврђују у кривичном поступку

У кривичном поступку се утврђују оне чињенице које су од значаја за решавање кривичноправне ствари односно чињенице које се у теорији најчешће дефинишу као правно релеватне чињенице, одлучне, битне или важне чињенице. Њихово дефинисање у теорији углавном полази од везе које успостављају са правом, правним нормама и доказима, као и њиховим значајем за разјашњење ствари и доношење судске одлуке у кривичном поступку. Б.Марковић наводи да су „основице судске одлуке правна правила и важне чињенице које судија има да подведе под правна правила,“ истичући да се „правна правила недоказују јер су позната суду (*iura novit curia*), док су важне или релеватне чињенице од којих зависи судска одлука у кривичноправном спору, предмет доказивања“.²⁰ Он прави разлику важних чињеница на „спољашње (радња, време, место и сл.) и на унутрашње“ (*dolus, culpa, заблуда и сл.*), „позитивне и негативне“ (код кривичних дела нечињења), „непосредно и посредно“ важне чињенице, као и материјално и процесно важне (у зависности да ли се ради о чињеницама из материјалног закона или процесног закона).²¹ Вауер, правно релеватне чињенице, назива „оне на које право (материјално односно процесно кривично право) делује извесним последицама, док збир правнорелевантних чињеница назива правно релевантним чињеничним стањем, које се може подвести под одређену инкриминацију која је прописана

¹⁶ Више о појму чињеница: Вања Бајовић, *Процесноправни значај општепознатих чињеница и чињеница утврђених у правноснажним судским одлукама*, докторска дисертација, Београд, 2014, 18-23.

¹⁷ Vladimir Bayer, *Jugoslovensko krivično procesno pravo, knjiga druga – Pravo o činjenicama I njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, Zagreb, 1989, 4.

¹⁸ Загорка Јекић, *Докази и истина у кривичном поступку*, Београд, 1989, 29.

¹⁹ Владимир Водинелић, „Проблеми чињеница у доказној теорији кривичног процесног права“, *Анали Правног факултета у Београду*, 5/1992, 371.

²⁰ Божидар Марковић, *О доказима у кривичном поступку*, Београд, 1921, 91.

²¹ *Ibid.*, 91-94.

кривичним материјалним законом“.²² Грубиша се опредељује за одлучне чињенице и дефинише их као „оне на којима се непосредно заснива примена закона“, као што и М. Дамашка чињенице у процесном смислу везује „за посредну и непосредну примену права“.²³ Тесна повезаност чињеница „стварног живота и правне одредбе“ карактерише „чињенично и правно оформљење кривичне ствари у поступку“.²⁴ Шкулић говори о „чињеницама релевантним за доношење судске одлуке о предмету кривичног поступка, што се може подвести под термином „правно релевантних“ чињеница“.²⁵ Крапац истиче да су „материјалноправно релеватне чињенице оне на које материјално право надовезује одређену правну последицу, а оне се налазе у одредбама кривичног закона и то како општег (намера, нужна одбрана, нехат и сл.), тако и посебног дела (бића одређеног кривичног дела)“.²⁶

Већина теоретичара правно релеватне чињенице односно одлучне чињенице посматра као предмет доказивања/доказа (*thema probandi*), фокусирајући пре свега на повезаност чињеница и доказа кроз дефинисање предмета доказа и доказивања, а не самих чињеница.²⁷ Предмет доказивања је кривична ствар која се поистовећује са „чињеничним описом кривичног дела, обележјима учиниоца и свих чињеница и околности важних за расветљење и законско решавање кривичне ствари“.²⁸ Чињенице које су предмет доказивања су „оне које треба доказати у кривичном поступку“.²⁹ Поједини аутори истичу разлику између утврђивања чињеница и доказивања чињеница. Вауер је сматрао да суд „не сазнаје чињенице искључиво на основу доказа већ и властитим опажањем, па је због тога исправније говорити о чињеницама као предмету утврђивања, уместо о чињеницама као предмету доказивања“.³⁰ Грубиша је, пак, мишљења да је „термин утврђивање чињеница шири и исправнији, наводећи да овај израз обухвата и оне чињенице чије доказивање није потребно, већ се узимају као утврђене и без доказивања“.³¹ Објашњење за ово разликовање дала је и В.Бајовић наводећи да „кључна разлика између утврђивања и доказивања чињеница лежи у следећем: доказује се да нешто постоји или не постоји, полази се од одређених претпоставки, док је утврђивање вредносно неутралније и подразумева непристрасно испитивање да ли нешто постоји или не, па је с тога је правилно рећи да странке доказују своје чињеничне тврдње, док је суд тај који коначно утврђује чињенице“.³² Сматрамо да се утврђивање и доказивање чињеница мора разликовати по свој суштини, а да је процесна мисаона радња утврђивања чињеница шира од доказивања чињеница. Овакав закључак се може дати и на основу прегледа процесних одредби важећег закона, којима се налаже доказивање само чињеница које нису спорне између странака, па се све правно релеватне чињенице, укључујући и неспорне се утврђују у кривичном поступку и о њима се даје правно

²² V. Вауер, (1978), 3-5.

²³ Види: Младен Грубиша, *Дејанско стање у казенском поступку*, Љубљана, 1989, 13. и Мирјан Дамашка, *Рјечник кривичног права и поступка*, Загреб, 1966, 347.

²⁴ Д.Димитријевић, (1981), 182.

²⁵ М.Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2014, 182.

²⁶ Davor Крапас, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije* (suradnici: Zlata Đurđević et al), Osmo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, (ur. Zlata Đurđević), Narodne Novine, Zagreb, 2020, 407.

²⁷ То у својим делима обрађују Б.Марковић, Н.Огорелица, Т.Васиљевић, М.Шкулић и др.

²⁸ Д.Димитријевић (1981), 185.

²⁹ Тихомир Васиљевић, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Београд, 1977, 294.

³⁰ V. Вауер, (1978),12-21.

³¹ М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Народне новине, Загреб, 1963, 24-25.

³² В.Бајовић, (2014), 95.

релевантан закључак у судској одлуци, док се неспорне (оне које су у довољној мери расправљене) недоказују.

Законик о кривичном поступку иначе, познаје термин *одлучне чињенице*, као чињенице од којих зависи вођење кривичног поступка, постојање кривичног дела или примене неке друге одредбе кривичног законика, док се предметом доказивања сматрају чињенице које чине обележје кривичног дела, или од којих зависи примена неке друге одредбе кривичног закона и одредбе кривичног поступка.³³

У теорији једна од најважнијих подела чини троделна подела на правно релевантне, чињенице, индиције и помоћне чињенице, а коју су у домаћој литератури први заступали Бајер и Грубиша.

*Одлучне чињенице односно правно релевантне чињенице*³⁴ су у садржинском смислу оне које се односе на кривично дело, учиниоца и избор и врсту кривичне санкције (материјалноправно релевантне) и услове за вођење кривичног поступка (процесноправно релевантне). Иако се у теорији различито дефинишу, као што смо напред изнели, у практичном смислу, то су оне чињенице - подаци, појаве, догађаји, спознаје које опредељују конкретан критични догађај који се може подвести под законску норму. Уколико узмемо пример кривичног дела крађе, одабир одлучних чињеница које се утврђују како би се решила конкретна оптужба за ово кривично дело, зависи најпре од материјалноправних захтева односно битних обележја овог кривичног дела. То ће бити утврђивање чињеница да је одузета ствар, да је ствар покретна, да је ствар туђа, као и да је одузета у одређеној намери, а да је та намера управљена на прибављање имовинске користи која није мала. Такође утврђивање се чињенице од којих зависи вођење самог кривичног поступка и изрицање и одабир кривичне санкције.³⁵

Поред правно релевантних чињеница, у теорији се посебно говори о *чињеничним индицијама* односно основима подозрења које служе како би се посредство њих утврдиле правно релевантне чињенице. Оне представљају „такве доказне истините чињенице, из којих се може извести закључак да је једна друга чињеница, која има да се докаже, истинита или неистинита, јер прве са овом другом стоје у тесној логичној вези“.³⁶ Б.Марковић, истиче два својства индиција, прво да је та чињеница истинита или доказана али која не улази у састав бића кривичног дела и друго да се из ње даје закључак за истинитост друге чињенице која је предмет доказивања. На пример, чињеница да је неко лице био на месту и у времену одигравања критичног догађаја није правно релевантна чињеница, јер нема никакву последицу материјалноправног карактера, али помоћу ње можемо извући закључак о постојању неке правно релевантне чињенице.

³³ Види члан 16 став 5, 83 став 1 и 2 и 440 Законика о кривичном поступку. Термин *одлучне чињенице* је заступљен и у Законику о кривичном поступку из 2001.- члан 18 став 3 и 370 ст. 1 Законик о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 72/2009 и 76/2010. Овом термину приговара Давор Крапац наводећи да су под одлучним чињеницама претходни законодавци подразумевали све чињенице, док сматра да се овим изразом могу обухватити и чињеничне индиције из којих је изведен закључак о постојању правно релевантне чињенице у пресуди - види Давор Крапац, *Neposredni i posredni dokazi u krivičnom postupku*, Informator, Zagreb, 1982, 7.

³⁴ Под законским појмом *одлучних чињеница* се подразумевају уствари правно релевантне чињенице, а садржинском смислу ради се о синонимима јер релевантан значи значајан, истинит, важан- З.Јекић (1989), 34-35.

³⁵ За доказивање процесних чињеница довољно довођење до вероватности, јер би доказивање ради стварања потпуног убеђења било нецелисходно – Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд, 2009, 562-563

³⁶ Б.Марковић, (1921), 275.

Индиције се схватају као „сегментирание чињенице складно и логички уклопљене у један јединствени доказни низ“.³⁷ Како би се утврдила одређена правно релевантна чињеница потребно је више индиција (ланац индиција) које на основу логичног закључивања дају известност на основу које се ова чињеница сматра доказаном односно утврђеном. Индиције су резултат извођења посредних доказа у кривичном поступку, које су могу бити вишезначне и захтевају проверавање добијених верзија. Уколико „утврђене чињенице у кривичном поступку остану у сфери индиција и не прерасту у извесност, суд ће ослободити окривљеног од оптужбе“.³⁸

Помоћне чињенице, које се често називају и контролним чињеницама су оне које се у кривичном поступку утврђују, јер се „помоћу њих може проверити вероватност доказа као извора сазнања о правно релевантним чињеницама и индицијама“.³⁹

Скуп одлучних или правно релевантних чињеница на које се примењују законске норме називамо правно релевантним стање, а скуп свих чињеница које се утврђују у поступку (укључујући и помоћне чињенице и индиције) називамо стањем ствари које је одговара догађају у стварности.

У европскоконтиненталним системима, у којима се издвајају расправни или истражни модели, чињенично стање се своди на оне елементе који се подводе под законске норме, материјалноправне или процесноправне одредбе. У англосаксонским система у којима фигурира порота чињенице које се утврђују су знатно шире од граница које поставља законска норма. Заправо, као што је приметио М.Дамашка, „основ континенталних одлука је "замрзнут у вештачком свету законске регулативе" па се доказује само оно што је наведено у оптужном акту и прописано материјалноправном одредбом, док у системима пороте правно релевантно је оно шта је ближе друштвеној стварности, у којој се преплићу чињенице и вредности“.⁴⁰

1.2. Чињенице које се не доказују у кривичном поступку

Као што смо претходно објаснили у кривичном поступку се утврђују правно релевантне (одлучне) и остале чињенице које су основ за доношење судске одлуке, којом се решава кривичноправна ствар.⁴¹ По правилу се све чињенице утврђују у кривичном поступку⁴² и суд је дужан да изнесе свој став о њиховом постојању односно непостојању у судској одлуци, али то не значи да се све чињенице доказују.

³⁷ М.Шкулић (2014),174.

³⁸ Пресуда Врховног суда Србије Кж1 1433/07 од 19.06.2008.године.

³⁹ V. Bayer (1978), 8.

⁴⁰ M. Damaska, *Two Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, 1986, 29.

⁴¹ В.Бајер је у својој књизи *Право о чињеницама и њиховом утврђивању у кривичном поступку* направио дистикцију између предмета утврђивања у кривичном поступку у ужем смислу-само правно релеванте чињенице и предмета утврђивања у кривичном поступку у ширем смислу - све чињенице у кривичном поступку и правно релевантне и индиције и помоћне чињенице.

⁴² Као пример забране утврђивања чињеница, Бајер наводи кривично дело изношење особних или породичних прилика“, у којем је према тада важећој одредби 77 КЗ Хрватске било прописано да се забрањује доказивање

У кривичноправној теорији и пракси истичу се следеће чињенице које се не доказују:

1. Општепознате (очигледне) чињенице – *Notoria non eget probatione* (ноторне чињенице се не доказују). У теорији се истиче да су ноторне чињенице „оне које су свакоме, или једном већем кругу људи или једном сталежу тако познате да би асполутно било нарочито их доказивати“.⁴³ Општепознате чињенице су „сознање с обележјем истине које је у средини у којој се води поступак раширено у ширем кругу људи“.⁴⁴ То су чињенице попут датума државних празника, географски појмови, историјски и природни догађаји и слично. Уколико се овакве чињенице оспоре или суд има дилему оне могу бити предмет кривичног поступка.

За разлику од нашег законодавца који у одредби члана 83 Законика о кривичном поступку само констатује да се општепознате чињенице не доказују, неодређујући шта се подразумева под „општепознатим“ чињеницама, у англосаксонској литератури питању општепознатих чињеница посвећено много више пажње и њихово "уношење" у поступак регулисано је „посебним институтом формалног примања на знање или судске констатације (*Judicial Notice*), који одређује начин (или средство) путем ког суд узима одређену чињеницу као доказану и постојећу и без извођења доказа“⁴⁵

2. Немогуће чињенице су чињенице које спадају у домет фикције и што је супротно општепознатим законима природе. Тако је на пример недопуштено доказивати да је окривљени црном магијом лишио живота оштећеног.

3. Чињенице које нису спорне између странака или које су у довољној мери расправљене или их окривљени признаје - Законик о кривичном поступку изричито предвиђа да се осим општепознатих, не доказују се чињенице за које суд оцени да су у довољној мери расправљене, да их окривљени признаје на начин који не захтева даље доказивање или да сагласност странака о тим чињеницама није у супротности са другим доказима.⁴⁶ Како би се избегло одуговлачење поступка извођењем и понављањем доказа, суд може одбити доказни предлог усмерен на доказивање чињеница које "довољно расправљене". У кривичном поступку се не доказују чињенице за које су се странак сагласиле, уколико оне нису у супротности са другим доказима.

Признање окривљеног суд ће прихватити ако несумња у његову истинитост, да је признање потпуно, непротивречно, јасно и није у супротности са другим доказима.⁴⁷ У складу са одредбом члана 350 став 3 Законика о кривичном поступку, ако оптужени призна да је учинио кривично дело, на главном претресу ће се изводити само они докази од којих зависи одлука и врсти и мери кривичне санкције и докази од којих зависи оцена о валидности признања.

истиности или неистиности онога што се износи или проноси, осим у изричито наведеном случају у ставу 4 овог члана-види V. Bayer (1978), 27-28.

⁴³ Б.Марковић (1921), 94.

⁴⁴ Горан П. Илић *et al.*, 319.

⁴⁵ Осим услова да су одређене чињенице познате великом броју људи и усвојене као истините, у америчком судској пракси се захтева да чињеница буде *разумно неоспорива*, да би се констатовала као општепозната- В. Бајовић, (2014), 168-174.

⁴⁶ Члан 83 став 3 Законика о кривичном поступку.

⁴⁷ Члан 88 Законика о кривичном поступку.

Када је реч о чињеницама које се не доказују, судска одговорност за утврђено чињенично стање огледа се „управо у оцени да ли је реч о таквој чињеници, с обзиром на то да је обавеза тужиоца да докаже како постојање чињеница које терете окривљеног, тако и непостојање чињеница које му иду у прилог (под условом да је окривљени изнео доказе који их чине могућим), па свака сумња у вези с тим значила би да је реч о чињеници која се има доказивати“.⁴⁸

4. **Чињенице које су законом забрањене**, су оне које су материјалним и процесним одредбама, као и другим прописима изричито забрањене да се утврђују у било ком судском поступку, па и кривичном поступку. На пример, наш Законик о кривичном поступку изричито прописује идентитет између оптужбе и пресуде и правило *reformation in reius*, па се самим тим не утврђују чињенице којима се прекорачује оптужба или које су на штету окривљеног. Такође, уставом и међународним право су загрантована људска права па се у кривичном поступку не смеју утврђивати чињенице којима се нарушавају ове гаранције (забрана дискриминације по било ком основу на пример). О чињеницама чије доказивање је законом забрањено биће више речи у другом делу рада у оквиру анализе доказних забрана у кривичном поступку.

На крају, у складу са правилом *iura novit curia* у кривичном поступку се правне норме не доказују, већ суд право тумачи.

1.2.1. Претпоставке у кривичном поступку

Претпоставке односно презумције се не доказују, већ се на основу познавања „убичајеног тока и природе ствари те одговарајућег животног искуства претпостављају као истините, осим када се појаве основи за њихово супротно тумачење“.⁴⁹ У теорији се разликују природне и правне претпоставке, као и необориве (*praesumptio iuris et de iure*) и обориве (*praesumptio iuris tantum*). Када се истакне сумња „у нормалан ток ствари природна претпоставка одмах губи своју снагу и судија више не сме такву чињеницу да узме за истиниту само по претпоставци, већ се она мора доказивати тако као да претпоставка не постоји“.⁵⁰

Осим тога, треба разликовати претпоставке од фикција. Код претпоставки се на основу искуства узима да постоји одређено чињенично стање, док је код фикција „реч о вештачки створеном чињеничном стању, тј. о правним творевинама произашлим из одређене потребе (попут фикције познавања права)“.⁵¹ Дакле, код претпоставки нека чињеница која је по правилу истинита, узима се као доказана, а код фикције нешто што не мора бити тачно се узима као доказано.

Природна претпоставка је нпр. да је учинилац урачунљив односно способан да схвати значај свог дела и управља својих поступцима, као и да је сведок способан да пренесе своја

⁴⁸ Горан П. Илић *et al.*, 319.

⁴⁹ М.Шкулић (2014),179.

⁵⁰ Б.Марковић (1921), 96.

⁵¹ Горан П. Илић *et al.*,319.

запажања и сазнања, док у случају сумње урачунљивост и способност репродукције догађаја је предмет доказног поступка, која се утврђује најчешће психијатријским вештачењем.⁵²

Правне претпоставке могу проizaћи из материјалног и процесног права. У Законику о кривичном поступку постоје бројне правне претпоставке, које се нарочито односе на одустанак од кривичног гоњења, благовременост поднесака, достављање, последице пропуштања рока и друге.⁵³

Једна од најважних правних претпоставки је и *претпоставка невиности*⁵⁴ која је уједно уставом и законом загаратовано право окривљеног и међународноправни општеприхваћени стандард у савременом кривичном поступку. У англосаксонској кривичноправној теорији, сматра се да није случајно настала и да представља „правило које има за циљ да заштити невинне и гарантује владавину права, јер са једне стране дерогирање ове претпоставке води ризику да невинне особе буду осуђене, а са друге стране, владавина права се нарушава ако би се могла донети пресуда без јасно утврђене кривице пред судом па се интерес појединца да не буде невинно осуђен ставља изнад интереса друштвене заједнице за кажњавање учиниоца кривичних дела“.⁵⁵

Претпоставка невиности има вишестрано процесно и правно дејство у кривичном поступку⁵⁶:

- Претпоставка невиности је право окривљеног, да се у поступку третира као невин, док се ова претпоставка правноснажном пресудом не обори, а она има своја два аспекта: „временски (од када је ова претпоставка примењује) и персонални (на кога се она односи)“.⁵⁷ Уколико се „оптужба схвати у материјалном смислу, дејство претпоставке невиности се протеже и ван кривичног поступка, на преткривични поступак, док обухвата она лица која се са одређеним степеном сумње терете за извршење кривичног дела“.⁵⁸
- Сматра се и да презумција невиности није претпоставка, већ „упутство за поступање органима кривичног поступка, који морају поступати са окривљеним као да је

⁵² Види члан 131 Законика о кривичном поступку.

⁵³ Види одредбе чланова 52 став 4, 53 став 3 и 4, 61 став 2 и 3, 225 став 5, 274 став 3, 333 став 3, 337 став 5, 501 став 2 ЗКП и др. С обзиром на право странака на повраћај у пређашње стање, претпоставке су обориве.

⁵⁴ Чланом 3 Законика о кривичном поступку прописано је да се свако сматра невиним све док се његова кривица за кривично дело не утврди правноснажном одлуком суда. Државни и други органи и организације, средства јавног обавештавања, удружења и јавне личности дужни су да се придржавају правила из става 1. овог члана и да својим јавним изјавама о окривљеном, кривичном делу и поступку не повређују права окривљеног.

⁵⁵ Andrew Stumer, “The presumption of Innocence”, *Evidential and Human rights Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, 2012.

⁵⁶ М.Шкулић (2014), 124-125.

⁵⁷ Татјана Бугарски, „Претпоставка невиности (обим и дејство у кривичном поступку)“, *Реформски процеси и поглавље 23 (година дана после) – кривичноправни аспект*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVII редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд, 2017, 346.

⁵⁸ *Ibid.*, 346-347.

невин, све док се не утврди супротно“.⁵⁹ Она по својој природи „уводи ред у кривични поступак и спречава тиранију државних органа“.⁶⁰

- Претпоставка невиности одређује терет доказивања на тужиоцу па окривљени није дужан да се брани нити доказује своју невиност већ је тај терет на јавном тужиоцу.⁶¹ Кршењем претпоставке невиности доводи се до пребацивања терета доказивања на одбрану, а тиме се нарушава равнотежа положаја јавног тужиоца и окривљеног у кривичном поступку.

- Претпоставком невиности и „привилегованим“ положајем окривљеног у случају сумње, се „постиге равнотежа („једнакост оружја“) јавног тужиоца као органа који има средства принуде и моћи у својим „рукама“ и окривљеног“.⁶² Овакав терет доказивања који је на држави, има за циљ „устостављање равнотеже „принципијелне асиметрије“⁶³ између странака у кривичном поступку и признавање либералног концепта ограничене интервенције државе и индивидуалне аутономије“.⁶⁴

- Претпоставка невиности је повезана са начелом *in dubio pro reo*, с обзиром да се окривљени сматра невиним све док се супротно не утврди правноснажном судском одлуком, али „ако суд остане у дилеми у погледу доказности кривице окривљеног он ће га ослободити оптужбе, те тако окривљени остаје невин јер се на њега и иначе односила претпоставка невиности“.⁶⁵ Ослобађајућа пресуда којом је утврђено да окривљени није крив и она код које је суд остао у сумњи да ли је крив се изједначавају, дејством претпоставке невиности. Сликвито објашњено, „у доба инквизиционог кривичног поступка, када ова презумција није постојала, доносиле су се пресуде које су се, за разлику од ослобађајућих, називале „*отпуштање испод суђења односно ослобађање услед мањка доказа*“ (*absolutio ab instantia*) што је значило да је окривљени крив али нема довољно доказа да се то докаже“.⁶⁶ Данас и када суд ослобађа оптужбе окривљеног применом начела *in dubio pro reo*, ни у изреци пресуде нити у образложењу стоји било какава сумња да је он извршио кривично дело. Законик о кривичном поступку прописује да се ослобађајућа пресуда доноси, између осталог када није доказано да је окривљени извршио кривично дело за које се терети (члан 423 Законика о кривичном поступку), што подразумева и ситуацију када није доказано или није потпуно доказано да је окривљени извршио кривично дело. Одредба у немачком (259 StPO) и француском (470 CPP) кривично процесном закону је на исти начин формулисана.

⁵⁹ В.Водинелић, „О правној природи презумције невиности“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 1968., 129-135. У зборнику се као аргумент да се ради о упутствима за поступање органа поступка, а не презумцији невиности илуструје примером када је „учинилац извршио кривично дело на јавном месту, на очиглед двестотине сведока“.

⁶⁰ V. Bayer (1978),33.

⁶¹ У одлуци Врховног суда Србије Кж1 број 379/72 од 28.09.1972. године истиче се да је погрешан став Окружног суда који одбрану окривљеног да није учинио кривично дело за које се терети, није прихватио, јер оптужени своју одбрану није доказао, а имајући у виду да он и нема обавезу да доказује да кривично дело није извршио- цитирано према Шпиро Вуковић, *Закон о кривичном поступку са објашњењима и судском праксом*, Београд, 1981, 4.

⁶² Види: Andrew Ashworth, „Four threats to the presumption of innocence“, *The South African Law Journal*, Vol. 123, No.1, 2006, 74.

⁶³ *Ibid.*, 248.

⁶⁴ Т.Бугарски, (2017), 345.

⁶⁵ М.Шкулић (2014), 127.

⁶⁶ V. Bayer (1978), 30-31. Он даље објашњава да је презумција невиности дала правну сигурност грађанима, јер је не допустиво да постоје грађани неизвесног положаја: нити криви нити невини, називајући их *судски утврђеним сумњивцима*.

- Претпоставка невиности је противтежа правно релеватном степену сумње да је окривљени извршио кривично дело, која се утврђује у кривичном поступку (основи сумње, основана сумња и оправдана сумња која је неопходна у различитим фазама поступка да би се кривични поступак водио против окривљеног). У теорији кривичног процесног права, „доказивање „ван разумне сумње“ је обавезан део претпоставке невиности и од њега је неодојив“.⁶⁷

- Претпоставка невиности сматра се најважнијим начелом кривичног поступка у демократском друштву, који „описује однос државе према грађанима“.⁶⁸

- Она је тековином цивилизацијског друштва и правне државе, а први пут је дефинисана у Декларацији о правима човека и грађана. Прокламована је Уставом Републике Србије⁶⁹ и међународним правним актима⁷⁰, док је је саставни елемент права на правично суђење прокламовано чланом 6 став 2 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

У складу са становиштем Уставног суда Србије, претпоставка невиности је повређена ако судска одлука, која се односи на лице које је окривљено за кривично дело, „одражава мишљење да је криво пре него што се његова кривица докаже по закону, а све сагласно пракси Европског суда за људска права (поред осталих: *Deweer* против Белгије, од 27. фебруара 1980. године; *Minelli* против Швајцарске, од 25. марта 1983. године; *Allenet de Ribemont* против Француске, од 10. фебруара 1995. године; *Karakas and Yesilirmark* против Турске, од 28. јуна 2005. године)“.⁷¹

Такође, овај суд је у складу са израженим ставовима Европског суда за људска права заузео становиште „да се претпоставка невиности не односи само на кривични поступак већ се протеже и на друге поступке, па се право на претпоставку невиности мора у подједнакој мери поштовати и у другим поступцима, као и у грађанској парници, ако су питања која се постављају у тим одлукама повезана са кривичним поступком у коме је подносилац оптужен и његова су последица“.⁷²

⁶⁷ A. Ashworth, (2006), 37.

⁶⁸ *Ibid.*, 249.

⁶⁹ Чланом 34 став 3 Устава РС "Службени гласник РС", бр. 98/06, прописано је да се свако сматра невиним за кривично дело, док се његова кривица не утврди правноснажном одлуком суда.

⁷⁰ Члан 11. став 1. Универзалне декларације о правима човека и грађанина из 1948. године, члан 14. Међународног пакта о грађанским и политичким правима, члан 6. став 2. Америчке конвенције о заштити људских права, члан 8. став 2. Америчке декларације о људским правима и члан 7. став 1. тачка б Афричке повеље о људским правима.

⁷¹ Суд је констатовао повреду права на презумцију невиности, када је у решењу о притвору наведена констатација да је „с обзиром на висину прибављања имовинске користи извршењем овог дела“ према подносиоцу уставне жалбе неопходно одредити притвор - Уж-4276/2013 од 03.03.2016. године.

⁷² Уставни суд је, оцењујући садржину оспорене пресуде Врховног касационог суда Рев. 517/10 од 20. октобра 2010. године, утврдио да из њене садржине произлази да се као утврђена узима чињеница да је подносилац уставне жалбе, као раније окривљени, ипак извршио кривично дело које му се стављало на терет, наводом да је „после одбијајуће пресуде случај остао сумњив“, чиме је поступајући суд заправо изразио став да би подносилац уставне жалбе, да није дошло до застарелости кривичног гоњења, био оглашен кривим, односно експлицитно изразио сумњу у погледу кривице подносиоца, услед чега је повређено Уставом зајемчено право подносиоца да се сматра невиним након правноснажне одлуке кривичног суда – одлука Уставног суда Уж.бр.190/11 од 7.09.2011.године, а види и пресуде ЕКЉП на које се позива Уставни суд и то *Minelli v. Switzerland*, ECtHR, App. no. 8660/79, 25 March 1983 и *Hammern v. Norway*, ECtHR, App. no. 30287/96, 11 February 2003.

Претпоставка невиности подразумева и заштиту окривљеног од употребе незаконитих доказа, па је с тога „разумљив захтев да се у кривичном поступку може користити само доказна грађа која је прибављена уз поштовање основних процесних форми и гаранција људских права“.⁷³ На тај начин се „одређеном лицу пружа неопходно јемство да ће и након оптужења бити заштићено претпоставком невиности, а у случају када су докази прибављени повредом његових слобода и права, да неће претрпети штету њиховом употребом у кривичном поступку“.⁷⁴

1.3. Начин утврђивања чињеница у кривичном поступку

Суд доноси одлуке на основу чињеница које је утврдио у законом прописаном поступку. Тако утврђене чињенице постају чињенични основ судске одлуке у форми закључка о утврђеном чињеничном стању. Дакле, утврђивање чињеница се сматра „првом фазом судијског силогизма, на којем се темељи судска одлука, док се у другој фази утврђене правно релевантне чињенице супсумирају под одговарајућу правну норму“.⁷⁵

У англосаксонским системима у којима порота доноси одлуку о кривици окривљеног, субјекти који утврђују чињенице су грађани који чине пороту, док судија има пасивну улогу. У европсконтиненталним системима, субјект утврђивања чињеница је орган поступка. У ужем смислу то је суд, који доноси мериторну одлуку и коначно решава кривичноправну ствар, а у ширем смислу то је и јавни тужилац који утврђује чињенице у претходном поступку у циљу доношење одлуке - да ли ће подићи оптужни акт против окривљеног или ће обуставити кривични поступак. Чињенице које тужилац као орган поступка, утврђује (у системима које познају тужилачку истрагу попут оне у нашем кривичноправном систему) односе се на постојање или непостојање правно релевантног степена сумње, који је неопходан за одлуке које тужилац доноси у складу са својим законским овлашћењима.

У теорији се сматра да су субјекти који утврђују чињенице, поред органа поступка и странке у поступку, као и поједини учесници у поступку. Странке утврђују чињенице као предуслов да суд донесе одлуку, коју предлажу, као што се, на пример, сматра да судски вештаци и стручни саветници „утврђују чињенице од којих зависе њихове одлуке дате у форми налаза и мишљења“.⁷⁶ С обзиром да је релевантно само оно утврђивање чињеница, о чијем постојању је суд стекао уверење, а потом „преточио“ у судску одлуку, мишљења смо да странке имају овлашћења да врше одабир чињеница које се утврђују, да учесници у поступку својим опажањима и стручним закључцима презентују чињенице које су од значаја за одлуку, али да је суд једини овлашћен да утврђује чињенице и о њима даје закључак у кривичноправном смислу.

Суд утврђује чињенице путем доказа који се изводе у кривичном поступку, а поступак утврђивања чињеница назива се доказивање. Доказивање је, дакле, „начин или средство за

⁷³ Горан П.Илић, О незаконитим доказима у кривичном поступку, *Казнена реакција у Србији*, V део (Ђ. Игњатовић, ед.), Београд, 2015, 75.

⁷⁴ John R. Spencer, „Evidence“, *European Criminal Procedures* (ed. by M. Delams-Marty, J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge 2002, 603, цитирано према: Горан.П.Илић (2015), 75.

⁷⁵ D.Крапс (1982), 24.

⁷⁶ V. Bayer (1978), 421-424.

утврђивање чињеничног стања као скупа чињеница на којима се непосредно темељи примена материјалног или формалног кривичног закона у одређеном кривичном предмету⁷⁷. Иако се у теорији, начин утврђивања чињеница поистовећује са доказивањем, овде ћемо изложити студију В.Бајера о начинима утврђивања чињеница. Према његовом становишту, органи кривичног поступка могу утврдити односно сазнати чињенице на следеће начине:

- Властитим опажањем, што представља све процесне радње предвиђене кривичним процесним правом, а које дају прилику органу кривичног поступка да властитим опажањем утврђује чињенице попут увиђаја
- Опажањем других лица која саопштавају своја непосредна или посредна сазнања органу поступка (окривљени, сведоци, вештаци)
- Читањем писмених саопштења односно исправа о чињеницама које је их учинио неко на основу властитих опажања
- Гледањем и слушањем снимака, фотографија филмова и других техничких регистрација чињеница (опажање чињеница на основу инструмената попут фотоапарата и других техничких средстава који верно репродукују оптичке или акустичке слике чињеница, са знатно више детаља него што то може регистровати човек).⁷⁸

Према овој студији, подела се може извршити на начине утврђивања чињеница властитим опажањем од стране органа поступка и остале начине сазнања чињеница од стране органе поступка односно доказима.⁷⁹ Све чињенице које суд не може утврдити властитим опажањем, утврђују се доказима.

С обзиром да се властитим опажањем, чињенице у кривичном поступку много ређе утврђују, што је условљено тиме да је кривично дело догађај из прошлости, у теорији се често сматра да је доказивање једини начин утврђивања чињеница. Ако је чињеница у кривичном поступку утврђена властитим опажањем или на темељу непосредних доказа (доказа из којих се може непосредно закључити постојање правно релевантне чињенице) сматра се да је до утврђивања чињеница дошло непосредно. Уколико се чињенице утврђују посредним доказима односно на основу једне или више индиције, сматра се да је „до утврђивања чињеница дошло преко ланца логичке аргументације, дакле, посредним путем“.⁸⁰

Важност начина утврђивања чињеница непосредно или посредно, повезује се са квалитетом закључка, јер ако се правно релевантне чињенице утврђују непосредно, закључак о њиховом постојању пружа већи степен поузданости односно извесности него када се утврђују посредно.

1.3.1. Степен извесности са којом се чињенице утврђују

Утврђивање чињеница у кривичном поступку је динамичан процес, који се одвија у различитим фазама поступка, у којима се путем доказа ствара убеђења суда о њиховом

⁷⁷ М.Грубиша, (1963), 173.

⁷⁸ Више о томе: V. Вауер (1978),12-14.

⁷⁹ *Ibidem*, 15.

⁸⁰ D.Крас, (2020), 429-430.

постојању или непостојању правно релевантних чињеница, као крајњем закључку о кривичном делу и кривици учионица, уобличеног у судску одлуку. У историји кривичног процесног права ово убеђење се стварало на два начина: прописивањем спознајне вредности појединих извора доказа правилима која су унапред одређивала квантитет и квалитет које доказа треба прикупити да би се правно релевантна чињеница сматрала утврђеном (законска или везана оцена доказа) или препуштањем процене вредности тих извора сазнања, субјективном уверењу судије (слободна оцена доказа).⁸¹ У савременим кривичнопроцесним законодавствима, орган поступка у различитим фазама, на основу слободне оцене доказа и слободног уверења, доноси правно релевантне одлуке које имају процесне последице по окривљеног.

За доношење одлука које су од значаја за покретање поступка, подизање оптужног акта, одлуке којима се процесно или мериторно окончава поступак, као и одлуке којима се ограничава слобода окривљеног и задира у друга загарантована права окривљеног, закон иако не прописује количину и врсту доказа из којих би суд требао утврдити чињенице, прописује степен уверености суда о постојању чињеница на којима се ове одлуке. Овај степен уверености односи се на вероватноћу односно сумњу да је окривљени учинио кривично дело. Сумња се може дефинисати као могућност или вероватноћа заснована на чињеницама, да је одређено лице извршило кривично дело.

Новији развој кривичног поступка у великим системима попут САД и Немачке, отворио је питање употребе статистичких метода израчунавања вероватноће веродостојности доказа и то пре свега исказа сведока, тако да се применом одређених нумеричких метода се процентуално изражава вероватноћа постојања или непостојања чињеница о којима неки сведок исказује и тиме се утиче на формирање судског уверења.⁸²

У англосаксонским системима то је „степен разумне сумње који током поступка прераста у „искључење сваке разумне сумње“ (*beyond reasonable doubt*)⁸³, па за доношење осуђујуће пресуде порота мора бити уверена у кривицу окривљеног по стандарду *ван разумне сумње*“.⁸⁴ Тај доказни стандард је испуњен када је једини логичан закључак који може бити изведен из доказа да је окривљени учинио кривично дело. Америчко право углавном помиње „три доказна стандарда и то стандард претежности доказа (*preponderance of evidence*), стандард јасног и уверљивог доказа (*clear and convincing evidence*) и стандард ван разумне сумње (*beyond reasonable doubt*), док енглеско право, за разлику од тога, познаје само два доказна стандарда- увереност на основу баланса вероватноће (*proof on the balance of probabilities*) који подразумева већу вероватноћу у постојање него у непостојање одређене чињенице и увереност "ван разумне сумње" (*beyond reasonable doubt*)“.⁸⁵

У континенталноевропским системима ови доказни стандарди подразумевају степене вероватноће односно различите процесне облике сумње који се могу степеновати у

⁸¹ D.Кгарас (2020), 424.

⁸² *Ibidem*, 426, више о Рачуну вероватноће и оцени доказа у кривичном поступку види: Mirjan Damaška, *Dokazno pravo kaznenom postupku: oris novih tendencija*, Zagreb, 2001, 29-42.

⁸³ Сматра се да је овај стандард настао како би се од поротника који су одлучивали о кривици оптуженог које му је за тешка кривична дела следовала и смртна казна отклонила морална непријатност као последица религијске свести да је осуда невиног смртни грех који се може избећи само ако нема дилеме око кривице- Д.Крапац, *Казнено процесно право*, op.cit, 462.

⁸⁴ Више о томе: Peter Murphy, *Murphy on Evidence*, 11th Edition, Oxford University Press, 2009, 105 и даље.

⁸⁵ В.Бајовић, (2014), 112-113. О томе опширније: Michale H. Graham, *Burden of Proof and Presumptions in Criminal Cases*, *Criminal Law Bulletin*, Vol. 44, No. 16, 2009, 1-33.

различитим фазама кривичног поступка. Скандинавски теоретичари су разрадили степеновање вероватности односно сумње од најнижег до највишег степена, тзв. Шредеровом кривом. Према њој различити степени вероватности односно сумње о постојању чињенице „А“ и њеном непостојању „не-А“ приказују се у распону од 0 (непостоји) до 1 (очигледно је).⁸⁶ Основи сумње или вероватност је на овој криви степенована са 0,25, основана сумња или доста је вероватно са 0,5, оправдана сумња или доказано је са више од 0,75 и извесност је квантификована од 0,9 до 1,0. Овакав правац је од најниже сумње до извесности која резултира осуђујућом пресудом. Обрнуто, крива води до уверења суда да извесно није утврђено постојање чињеница и исход је ослобађајућа пресуда.

Наш законодавац дефинише различите степене сумње одредбом члана 2 Законика о кривичном поступку, а другим одредбама ови степени сумње прописани су као услови за доношење одлука органа поступка. Дакле, питање са којим степеном уверености морају бити утврђење правно релевантне чињенице приликом доношења одлука које су важне за кривични поступак, решио је закон. Међутим, из законских одредаба се не може у потпуности разумети који је то степен вероватноће, због чега се и кривичноправна теорија често бавила овим питањем, док судска пракса својим поступањем у конкретним случајевима даје оцену у квалитету постојања релевантне сумње.

Законик о кривичном поступку прописује квалитет основане сумње са којом суд или јавни тужилац утврђују постојање или непостојање правно релевантних чињеница на које надовезује њихову обавезу да донесе одговарајуће одлуку, па тако нпр. се истрага покреће наредбом о спровођењу истраге када постоје основи сумње да је учињено кривично дело, а јавни тужилац је дужан донети решење о одбачају кривичне пријаве уколико не постоје основи сумње да је учинилац извршио кривично дело. Уколико орган поступка није у могућности да утврди да ли те чињенице постоје или не, примениће се правило *in dubio pro reo* („у сумњи за окривљеног“) и суд ће донети одлуку која је повољнија за окривљеног.

Основи сумње (подозрења) представљају „најнижи степен уверења о извршеном кривичном делу, који је неопходан за покретање преткривичног поступка и истраге. реч о чињеницама и околностима које чине могућим да је кривично дело извршено“. ⁸⁷ Закон их дефинише као скуп чињеница који посредно указује да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинилац кривичног дела. Како је у члану 295. став 1. ЗКП, прописано да се истрага покреће када постоје основи сумње да је учињено кривично дело, од стране познатог или непознатог учиниоца, то је у овој фази неопходно да постоји сумња да је учињено кривично дело, а не и ко је учинилац. Основи сумње су услов да јавни тужилац донесе наредбу о спровођењу истраге, али и услов за предузимање посебних доказних радњи.

Основана сумња је виши степен сумње од основа сумње и дефинише се као скуп чињеница које непосредно указују да је одређено лице учинилац кривичног дела. Она произлази „из одређених доказа који говоре њој у прилог и који су веродостојнији у односу на основе сумње који се објашњавају као вероватност“. ⁸⁸ За разлику од чињеница и околности, које указују на кривично дело и учиниоца, основи сумње то само наговештавају. ⁸⁹ Постојање основане сумње је услов да би се одредила мера лишења слободе у кривичном поступку.

⁸⁶ D.Кгарас (2020), 425.

⁸⁷ Д.Димитријевић (1981), 11.

⁸⁸ V. Bayer (1978),112.

⁸⁹ Загорка Јекић, *Кривично процесно право*, Београд, 2002, 237.

Оправдана сумња је скуп чињеница које непосредно поткрепљују основану сумњу и оправдавају подизање оптужбе, док је *извесност* закључак о несумњивом постојању или непостојању чињеница заснован на објективним мерилима расуђивања.

2. ДОКАЗИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

2.1. Појам доказа, доказног средства и извора доказа

Појам доказа представља комплексно питање у кривичноправној теорији око којег није постигнута сагласност у науци. Полазне основе теоријских приступа и концепција у дефинисању доказа и других појмова доказног права попут доказног средства, извора доказивања и радње доказивања су различите, а ми ћемо изложити само неке дефиниције доказа у теорији.

Поједини кривичнопроцесни теоретичари у обради ове теме установљају и поделе дефиниција доказа групишући њихове сличне полазне основе. Тако, З.Јекић говорећи о материјалном појму доказа, наводи ауторе који полазе од значаја који докази имају за субјекте кривичног поступка (Бајер, Петрић, Henkel, Познић); ауторе који наглашавају везу између чињеница и доказа (Павлица, Вишински, Владимирова), ауторе који полазе од значаја доказа за утврђивање истине (Б.Марковић, Васиљевић, Строгович), као и оне који поистовећују чињенице и доказе (Димитријевић, Бентам, Гласер).⁹⁰

Д.Крапац наводи да се доказ користи у три различита смисла, да се њиме „означава делатност доказивања предузимањем процесним правом регулисане радње путем којих се утврђују чињенице, затим као извор из којег орган поступка црпи своје сазнање о постојању или непостојању чињеница и као резултат процесне радње који је суд оценио веродостојним и на њему засновао свој закључак о постојању или непостојању неке чињенице“.⁹¹

У старијој кривичноправној теорији докази се по свом садржинском материјалном елементу поистовећују са чињеницама, а посебно се истиче њихов значај на утврђивање истине у кривичном поступку. Тако, Б.Марковић позивајући се на Глазера и Биркмејера, износи становиште да је чињеница „предмет доказа (thema probandi), која се може утврди само другом чињеницом (доказним основом) која је истинита и тако представља доказ за ову прву чињеницу“.⁹² Он наводи „да су докази у формалном смислу процесне радње управљене на то да се утврди истинитост чињеница које су од важности за судску пресуду, а да се извесност или истинитост једне чињенице може утврдити само из других чињеница (основа или разлога), које су већ извесне тако да стоје у тесној вези са чињеницом која треба да се докаже, да се ова из оних изводи, што представља доказ у материјалном смислу“.⁹³ И Д. Димитријевић полази од становишта да је доказ уствари чињеница и то „чињеница о

⁹⁰ З.Јекић (1989), 9-13.

⁹¹ Д.Крапац (2020), 436.

⁹² Б.Марковић (1921),4.

⁹³ *Ibid.*, 4-5. Слично је гледиште према којем је доказ сваки основ или разлог, садржан у доказном средству, који потврђује истинитост неке чињенице, важне за поступак- Т.Васиљевић, (1977), 294 и М.Грубач, (2009), 234.

истинитости или неистинитости спорне чињенице“.⁹⁴ Доказ се и у новијој литератури, сматра „чињеницом, на основу које надлежни орган у кривичном поступку утврђује неопходне чињенице“⁹⁵ односно чињеницом „која је садржана у доказном средству, на основу које орган вођења поступка закључује о постојању или непостојању важних чињеница за доношење судске одлуке“.⁹⁶

С обзиром на претходно изнету студију о начинима утврђивања чињеница, В.Бајер је доказ дефинисао као „извор сазнања о чињеницама које се утврђују у кривичном поступку, којим се орган који утврђује чињенице користи када неку чињеницу не може утврдити властитим опажањима, а који се извор сазнања састоји или у обавештењу о чињеницама које даје особа која је властитим опажањем сазнала за њих или у ранијој техничкој снимци чињеница која је стављена на располагање органу који утврђује чињенице“.⁹⁷ Доказ је дакле извор сазнања или средство путем којег се утврђују чињенице у кривичном поступку. Бајер јасно прави разлику између чињеница и доказа наводећи и да би мешање ових појмова довело до тога да се не прави дистинкција између предмета доказивања и доказа. У прилог овој тврдњи, он у својој књизи даје сликовит пример „Ако се преда мном на столу налази неки предмет, ја његово постојање могу установити властитим осјетилима, нитко ме не мора увјеравати да тај предмет постоји, но када би се ја налазио у другој просторији, а хтио бих сазнати да ли се у то време на моме столу налази неки предмет и не бих имао могућности да отиђем у собу да видим налазили се тај предмет тамо, ја бих се с помоћу доказа морао увјерити о томе“.

Б.Петрић пак, дефинише доказ као „метод сазнавања чињеница, а сматра да сваки доказ потврђује неку чињеницу“.⁹⁸ На извор сазнања као полазну основу за дефинисање доказа позива се и Д. Крапац, дефинишући, доказ као „извор сазнања о важној чињеници која је у кривичном поступку не може утврдити властитим опажањем, па орган поступка, мисаоно упориште за њено утврђење изводи из садржаја исказа лица, исправе или техничког снимка, закључивањем о постојању или непостојању те чињенице“.⁹⁹

Појам доказа треба сагледати како у садржинском смислу - као чињеница или извор, метод или средство сазнања чињеница (појава у стварности), тако и као кривичнопроцесни институт који има важну улогу у кривичном поступку и представља везу између чињеница и права. Једну синтетичку дефиницију даје З.Јекић наводећи да су докази „фактички подаци до којих се долази у законом прописаном поступку (извођењем одређених процесних радњи), а који су извор сазнања о чињеницама на које треба применити кривичноправне и кривичнопроцесне норме“.¹⁰⁰ И Шкулић у одређивању појма доказа истиче њихов кривичнопроцесни значај, наводећи да су докази „подаци чињеничне природе, који произилазе из кривичнопроцесних радњи субјеката кривичног поступка, на основу којих се утврђује чињенично стање, на темељу ког се изводе кривичноправно релевантни закључци у погледу битних елемената кривичног дела и избора конкретне кривичне санкције, који се у

⁹⁴ Д.Димитријевић (1981), 184.

⁹⁵ С.Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд, 2016, 278.

⁹⁶ В.Ђурђић, (2014), 248.

⁹⁷ V. Bayer (1978), 15-16.

⁹⁸ Бранко Петрић, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Књига II, Београд, 1986., 132.

⁹⁹ Д.Крапас (2020), 437.

¹⁰⁰ З.Јекић (1989), 12.

процесном смислу уобличавају у судску одлуку¹⁰¹. Иако је тежиште ове дефиниције на објашњењу доказа као података или информације, сматра се да „такав податак мора да буде релевантан у кумулативном смислу, тако да има кривичноправни значај али поред тога и да представља одређену чињеницу односно да има чињеничну природу“¹⁰².

Осим доказа у материјалном смислу, доказ у процесном смислу се дефинише у оквиру закона, кроз све фазе доказног поступка- предложени доказ, одређен доказ од стране суда, изведен доказ, проверен, оцењен доказ и образложен доказ.¹⁰³ Полазећи од правила кривичног поступка, а пре свега правила доказног поступка и правила извођења доказних радњи путем којих долазимо до доказа, сматрамо да се доказом у процесном смислу може сматрати само онај који је изведен у форми коју предвиђа закон, који је законит и који није супротан одредбама закона, устава и међународно прихваћених стандарда. Дакле у процесном смислу, услов да би извор или метод сазнања за истиности или неистиност правно релевантних чињеница, био доказ у кривичном поступку, потребно је да поред његове чињенично-сазнајне вредности има и нормативну вредност односно да се сматра законитим. М.Шкулић сматра да се „не може говорити о „незаконитим доказима“, јер „доказ“, који је неваљан било директно (сам по себи), било индиректно (према начину прибављања), у формалном смислу уопште није доказ“¹⁰⁴. Он објашњава да се „таквој чињеници потпуно негира било какав доказни значај, јер она и не представља доказ“¹⁰⁵.

Иако се појам доказа у теоријском смислу може одредити различито и да управо због својих својстава и аспеката које има у међусобном односу са кривичнопроцесним институтима, сматрамо да једна дефиниција или један аспект овог кривичнопроцесног института не може употпуности обухватити његов појам, па се у овом раду и нећемо одредити за јединствену дефиницију доказа.

Законик о кривичном поступку не садржи појам доказа, па чак ни других појмова доказног права, попут доказних радњи, средства, извора доказивања. Ипак, из законских одредаба које се односе на доказивање, може се закључити да се под предметом доказивања подразумевају чињенице које чине обележје кривичног дела или од којих зависи примена неке друге одредбе кривичног закона односно правно релевантне чињенице (члан 83 ЗКП); да законик прави разлику између предмета доказивања и доказа; да доказ третира као средство којим се утврђује чињеница (нпр. Исправа се у одредби члана 2 тачка 26 ЗКП дефинише као сваки предмет или рачунарски податак који је подобан или одређен да служи као доказ чињенице која се утврђује у поступку), као и да доказну радњу сматра средством доказивања.

Доказно средство, извор доказивања и радња доказивања у кривичноправној теорији поимају се различито, што се, по природи ствари, доводи у везу са различитим теоријским концепцијама у дефинисању доказа, с тим што је утисак да теоретичари овим питањима не придају значај какав дају дефинисању *доказа*.

Постоји схватање да је доказно средство доказ, само у неправом смислу те речи. Д.Димитријевић, на пример, приликом дефинисања доказа, доказивања и других важних

¹⁰¹ Милан Шкулић, „Доказне радње, основне контуре законских решења и неки практични проблеми“, *Унапређење Законика о кривичном поступку, de lege ferenda* предлози, Београд, 2015, 55.

¹⁰² Милан Шкулић, Татјана Бугарски, *Кривично процесно право*, Нови Сад, 2015, 234.

¹⁰³ З.Јекић (1989), 13-14.

¹⁰⁴ М.Шкулић (2014), 192.

¹⁰⁵ *Ibid.*, 71.

кривичнопроцесних института, полази од поделе доказа на оне у правом смислу те речи, које сматра доказима тј. чињеницама о истинитости или неистинитости спорне чињенице, док доказом у неправом смислу те речи, сматра доказно средство или доказни извор. Овако схваћено доказно средство представља „све оно што путем живе или писане речи или посредством ствари може да пружи доказ о спорним чињеницама у извор доказа, тј. све кривичном поступку“.¹⁰⁶

Аутори који доказе дефинишу као чињеничне податке, информације, доказним средствима сматрају „начин или метод на који суд долази до доказа у кривичном поступку“,¹⁰⁷ односно „извор из којих се добијају доказни основи тј. чињенице које служе као подлога за извођење закључака о истинитости или неистинитости онога што је предмет доказа“.¹⁰⁸ Поједини аутори одређују појам доказног средства као „форме и начине у којима се јављају докази, путем којих се утврђују правно релевантне чињенице и друге чињенице, сврставајући увиђај, исказ сведока, исказ вештака, исказ окривљеног и исправе“.¹⁰⁹

Доказна средства су, дакле, начин на који суд долази до доказа, на темељу којих доноси кривичноправне закључке. Овај начин, метод или средство како се назива у теорији, у Законнику кривичном поступку уобличен кроз доказне радње које предузима орган поступка (аслушање, испитивање, увид и сл.), која, да би дала свој резултат – доказ, на којем ће се заснивати судска одлука, мора бити предузета у складу са законом прописаним правилима, па се може рећи да је доказно средство процесна форма путем које се суд долази до доказа за утврђивање правно релевантних чињеница у кривичном поступку. Доказне радње се дефинишу као радње прикупљања или извођења доказа које се предузимају са циљем да код органа поступка формирају уверење о постојању или непостојању чињеница које су предмет доказивања.¹¹⁰

Доказна средства су радње доказивања саслушања окривљеног, испитивања сведока, претресање стана у законом прописаној форми, а извори доказа су конкретан окривљени, сведок (лични извори) односно предмети пронађени у стану (материјални извор).

2.2. Врсте доказа у кривичном поступку

У кривичноправној теорији постоје бројне класификације доказа, које су, напуштањем теорије законских принудних доказа изгубиле на значају за савремена кривичнопроцесна законодавства и новију науку. Данас, процесни закони не прописују поделу доказа нити правила о снази доказа, јер је суд слободан у оцени доказа, а снагу доказа процењује на основу слободног уверење.

¹⁰⁶ Д. Димитријевић (1981), 184-185.

¹⁰⁷ М. Шкулић, (2014), 171.

¹⁰⁸ Тихомир Васиљевић, *Систем кривично процесног права СФРЈ*, Београд, 1981, 301.

¹⁰⁹ Драго Радуловић, *Кривично процесно право*, Подгорица, 2009, 170.

¹¹⁰ Снежана Бркић, *Кривично процесно право I*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2014, 285.

Поједини аутори потпуно негирају важност поделе доказа сматрајући да „од ње нема никакве користи, јер не доприноси бољем разумевању суштине појединих доказа,¹¹¹ док има аутора који, пак, подели доказа дају теоријски значај сматрајући да осим историјског значаја, она служи као „врло добро средство за разумевање појма доказа и целокупног доказног поступка“.¹¹² Питање поделе доказа, а нарочито она на непосредне и посредне сматра се значајном и за праксу како би се разрадили методи поступања за њихово извођење и оцену.¹¹³

Класификација доказа којој се највише поклања пажња у кривичноправној литератури је она која полази од односа између доказа односно извора сазнања и чињеница које су предмет доказивања. По својој природи, ова класификација је „материјалног карактера јер је њен критеријум садржина доказа и логичко и сазнајно значење, за разлику од оних које имају чисто процесни или мешовити значај“.¹¹⁴ То је подела на непосредне и посредне доказе, природне и вештачке, директне или индиректне, изворне или деривативане.

Подела на природне и вештачке доказе је својствена старијој литератури, а заступљена је и у одредбама старијих законодавства. Природним доказима се сматрају „они који почивају на чулним опажањима и то опажањима судије (увиђај) или туђим опажањима (попут опажања сведока, оптуженог или вештака), као и исправе које у себи увек садрже једно од ових доказних средства“.¹¹⁵ По својој природи, природни докази одговарају непосредним (директним) доказима, јер се код непосредних доказа истиности или неистиност одлучних чињеница добија директно, без посредника, из доказних средства. У инквизиторским поступцима, пресуда се могла заснивати само природним доказима и до истине се могло доћи само уз помоћ природних доказа, док су вештачки докази били средство изнуђивања исказа и тортуре. Почетком двадесетог века, наш законодавац је правио разлику на природне и вештачке доказе, давајући предност природним доказима (увиђај, вештачко мишљење, признање, сведоштво сведока и исправа) над вештачким које је такође уврстио у доказе, прописивањем да се само на основу природног доказа може изрећи најтежа казна.

Вештачким доказом или доказом по основу подозрења тј. индиција се „сматра онај доказ који почива на закључцима који се из утврђених или доказаних чињеница изводи за постојање истинитости других чињеница које су предмет доказа односно одлучних чињеница“.¹¹⁶ На пример, основи подозрења су чињенице да је лице А било на месту где је лишен живота лице Б, као и да лице А има сукоб са лицем Б, а одлучна чињеница коју треба утврдити из претходних чињеница које су истините односно доказане, је да ли је лице А лишило живота лице Б. Када из основа подозрења настају вештачки (посредни или индиректни) докази, неопходно је да постоје више основа подозрења или индиција тзв. Ланац индиција, јер што је више индиција, то је мањи ризик од доношења погрешних закључака.

У системима законске (принудне) оцене доказа, која је сад реликт пошлости за савремена кривично процесна законодавства, од значаја је била подела „према снази доказа

¹¹¹ Т.Васиљевић (1981) 30.

¹¹² Б.Марковић (1921), 100-101.

¹¹³ Д.Кгарас (1982), 22.

¹¹⁴ Т.Бугарски, М.Шкулић (2014), 236-234.

¹¹⁵ Б.Марковић (1921), 101.

¹¹⁶ *Ibidem.*, 102-102.

односно мера у којој доказ говори о истинитости или неистинитости спорне чињенице¹¹⁷ на потпуне и непотпуне доказе или полудоказе. Потпуним доказима сматрају се они којима се употпуности утврђују истинитост односно неистинитост одлучних чињеница, а непотпуни (полудокази) су они којима се не ствара уверење код суда о истинитости или неистинитости ових чињеница. У кривичном поступку који предвиђа законску оцену доказа и правила по којима судија може одређену чињеницу да узме као утврђену, потпун доказ мора испунити све услове које је прописао закон. Тако је на пример било прописано да се „потпун доказ сведоцима може добити само на основу две сведоџбе два способна сведока, док ће једна сведоџба чинити непотпун доказ“.¹¹⁸ Овакво правило је поставило и Римско право, а највећи значај је имало у инквизиторским поступцима у којима се потпуним доказом сматрало признање окривљеног али оно је могло бити по својој снази поистовећено са сведочењем више лица. У савременим кривичним поступцима потпун би био сваки доказ који ствара извесност у постојање или непостојање чињеница на основу које суд доноси осуђујућу или ослобађајућу пресуду, док би непотпуни доказ одговарао сумњи која је релевантна за друге одлуке које се доносе у кривичном поступку.

Подела на личне и материјалне доказе има и данас значај у литератури. Она је заснована на својствима извора доказивања, па се личним доказима сматрају они који произилазе из сазнања и опажања људских бића - лица (окривљеног, сведока, вештака), док су материјални докази они који произлазе из ствари, исправа или докумената (исправе, електронски докази, рачунарски подаци, аудио и видео записи и сл.). Сматра се да је вредност ове поделе што суд у оцени материјалних доказа „има објективни ослонац и може да се узда у достигнућима науке и технике, а код личних доказа, препуштен је знању и умећу судије“.¹¹⁹

Докази се могу поделити и према субјекту који иницира односно предложи да се у кривичном поступку изведе одређени доказ. То могу бити докази оптужбе и докази одбране. Оправдано становиште је да се оваква подела не треба сагледати у чисто процесном смислу, према томе који процесни субјект је предложио доказ, већ и „у садржинском смислу, да ли су окривљујући или ослобађајући, односно коме заправо тај доказ иде у прилог- оптужби или одбрани“.¹²⁰ Ипак, један доказ може бити мешовитог карактера, јер му странке својим тумачењем могу дати квалитет одбрамбеног или оптужујућег доказа.

У литератури наилазимо на поделу доказа на формалне доказе и неформалне доказе односно обавештења. Формални докази или докази у правом смислу сматрају се „они који их органи поступка изводе уз обавезну примену прописа који имају за циљ да доказима дају квалитет сазнања чињеница у кривичном поступку, али и заштиту људских права учесника у поступку из чијих исказа настаје доказ, док су неформални докази које прикупљају органи унутрашњих послова пре отпочињања кривичног поступка (обавештења, службене белешке и др.)“.¹²¹ Ова подела није примењива у савременом кривичном поступку, када се има у виду да се обавештења, белешке прикупљене од грађана и друга оперативна сазнања органа унутрашњих послова законским прописима изричито не сматрају доказима у кривичном поступку.

¹¹⁷ Д.Димитријевић (1981), 186.

¹¹⁸ Више о потпуним и непотпуним доказима види: Б.Марковић (1921), 107-109.

¹¹⁹ Д.Димитријевић (1981), 186.

¹²⁰ Више о томе: М.Шкулић (2014), 176-177.

¹²¹ V. Bayer (1978), 110-114.

Ослањајући се на ову поделу, споменућемо и класификацију доказа на законите и незаконите доказе односно дозвољене или недозвољене доказе. Дозвољени докази су докази који су прибављени из законом предвиђених доказних средстава, на начин како је то прописано законом. Као и код претходне поделе, овде се може оправдано поставити питање да ли уопште може постојати подела доказа у зависности од тога да ли су *законити*, јер се под појмом доказа, нарочито у процесном смислу, сматра само онај доказ који је прибављен у складу са законом и који је сам по себи законит. О појму и карактеристикама незаконитих доказа нећемо се детаљније упуштати на овом месту, с обзиром да ће бити предмет свестране анализе и разматрања у овој докторској дисертацији.

2.2.1. Непосредни и посредни докази

Подела на непосредне и посредне доказе је једна од најстаријих, а у теоријском смислу, и најважнијих подела. Као што смо већ споменули, она се заснива на критеријуму везе између извора сазнања и правно релеватних чињеница, па се непосредним доказом сматра онај доказ који остварује директну или изворну везу извора сазнања са релеватним чињеницама, док се посредним доказима сматра онај доказ који ову везу остварују индиректно или деривативно. Дакле, непосредним доказом суд непосредно сазнаје за правно релевантну чињеницу, а посредним доказом суд има „посредника“ у њеном сазнавању. У процесном смислу, ова подела је значајна и доказни кредибилитет одређених доказа односно способност стварања убеђења код органа поступка о постојању чињеница које се доказима утврђује, а може у многама допринети и развоју судске праксе¹²².

Пре него што се упустимо у разматрање непосредних и посредних доказа, осврнућемо се на процес самог доказивања. У теорији се сматра да је то поступак који има двоструку природу и то процес логичне аргументације, у којем један процесни субјект, пре свега суд, утврђује неку чињеницу на основу закона спознајне логике ради доношења закључка о истиности односно неистиности чињенице која је предмет доказивања, док је уједно то скуп радњи органа поступка и других учесника у поступку којима се остварује циљ кривичног поступка, а то је решавање кривично процесне ствари.¹²³ Дакле, сам процес доказивања подразумева да суд изводи доказе у законом прописаној форми, на основу којих примењујући законе логике и искуства, оценом тих доказа засебно и у међусобној вези, утврђује правно релеватне чињенице које формирају закључак суда о постојању или непостојању чињеница од којих зависи одлука о кривичном делу и учиниоцу.

Иако се у теорији истиче да се овај логички (емпиријски) силогизам не примењује код непосредног, већ само код посредног доказа, јер се код првог непосредно тј. директно утврђује чињеница, па се закључак о правно релеватној чињеници доноси готово „рефлексно“, сматрамо да је правилан закључак Glasera, који је објаснио „да се логично закључивање јавља заправо у оба случаја, а да се употребном непосредног доказа, већа премиса темељи на општем правилу људског искуства које је очигледно и подразумевајуће,

¹²² М.Шкулић (2014), 173.

¹²³ Д.Кгарас (1982), 25-26. Д.Крапац ову двоструку природу доказивања означава као „спознајнотеоријску страну доказивања и правну страну доказивања (емпиријска и нормативна страна)“.

па се понављањем у људској свести овај процес изоставља¹²⁴. За разлику од овог „хипотетичко - категоричког силонгизма“ који за последицу има категорички закључак, употребом посредних доказа „логично закључивање које доводи до сазнања релевантних чињеница пролази кроз више фаза у којем је већа премиса правило опште логике и искуства, а мања индиције, па је и закључак вероватан односно хипотетички, а не категорични“¹²⁵.

Илустроваћемо примерима:

Лице А је затекло лице Б како узима новчаник од лица Ц у аутобусу. Дакле, ако је веродостојан исказ лица А, суд непосредно логички закључује да је лице Б одузело покретну ствар-новчаник од лица Ц. Овај закључак је категоричан и условљен је само оцени веродостојности исказа сведока А. Исказ сведока А је непосредни доказ за утврђивање ове одлучне чињенице.

Лице А је чуло од лица Д да је лице Б видело како лице Б одузима новчаник од лица Ц. Закључак суда да је лице Б одузело новчаник од лица Ц је вероватан (услован), али не и категоричан. Исказ сведока А је посредан доказ, а лице А је посредник између лица Д (који је непосредни односно изворни извор доказа) и суда.

У другом примеру, ако би поред посредног доказа (индиције) да је лице А чуло од лица Д да је овај видео одузимање новчаника од стране лица Б, постојао доказ (индиција) да је лице Е видело лице Б како истрчава из аутобуса са новчаником у рукама, закључак суда о томе да је лице Б одузело новчаник од лица Ц био би још више вероватан, а доказно значење прве индиције се појачава.

Као што можемо да приметимо, не само да се посредни докази препознају по природи и њиховој вези са релевантном чињеницом о којој сведоче, која веза је идиректна и деривативна, већ је и доказна снага и вредност посредног доказа за доношење закључка суда мања у односу на непосредне доказе. Такође, оно што је значајно за нашу тему, посредни доказ који је произашао из непосредног доказа „следи судбину“ законитости непосредног доказа, па је са њим у тесној вези.

Разлог за то се може најбоље објаснити на примеру испитивања сведока по „чувењу“. У нашем примеру то је лице А. Он пред судом даје исказ о својим посредним сазнањима – о ономе што је чуло од лица Д. С обзиром да се доказна снага једног доказа оцењује на основу његове веродостојности, овде се најпре јавља проблем двоструке оцене вредновања посредних и непосредних сазнања. Најпре постоји опасност да је лице погрешно чуло оно што му је саопштило лице Д. Постоји опасност и да је добро чуло, али да то није верно пренело пред судом. На крају постоји опасност и да је лице А добро чуло и верно пренело суду оно што је чуо од лица Д, али да лице Д није добро опазило или верно пренео своја опажања лицу А.

Потешкоћа у оцени посредног доказа је, дакле, у томе што суд није у могућности ни да провери „посредника“ нити да стекне уверење о истинитости његових сазнања. Ова провера се пре свега врши испитивањем суда који има право да својим питањима провери веродостојност сведока, али и унакрним испитивањем од стране одбране која је у потпуности онемогућена да остварује то своје право. Код других посредних доказа попут исправе, такође постоје опасности о којима смо говорили, с тим да је преносилац

¹²⁴ Julius Glaser, *Beitrage zur Lehre von Beweis im Strafverfahren*, 10 Kriminalistik, 1956, 142. cit према: Д.Крапац, (1982), 25-26.

¹²⁵ D.Крапас (1982), 26.

непосредних сазнања (исправа), извор који није подложен субјективним доживљајима, већ потпуно верно одражава оно што је неко написао и сазнао. Ипак, то не значи да се пресуда не може заснивати на посредним доказима, нарочито када „они посматрано у међусобној вези представљају логичну целину и упућују на несумњив закључак (извесност) да је окривљени учинио кривично дело“.¹²⁶

Посредни докази, а нарочито доказно средство испитивања сведока по „чувењу“, били су забрањени у римском канонском праву и инквизиторским поступцима. Осим принципа законске оцене доказа, у инквизиторским процесима важила је забрана *testes de auditu alieno* (сведоци по чувењу). Разлози који су истицани за такву забрану односили су на то да „сведоци по „чувењу“ не полагају заклетву, која се сматрала највећом гаранцијом истиности и немогућности оцењивања невербалне комуникације сведока јер он није пред судом“.¹²⁷

Европскоконтинентална законодавства не постављају забрану употребе посредних доказа, већ углавном њихову доказну снагу условљавају додатним условима. У немачкој литератури је посебно била значајна Гласерова теорија, којом се „сведок по чувењу сматрао непосредним доказом о ономе што му је неко рекао изван суда, а то што је неко рекао је индиција истине, и тиме се не крши начело непосредности.“¹²⁸ Овако постављена теорија има тежиште на садржају доказа, али с обзиром да не обухвата оцену веродостојности исказа сведока по „чувењу“ она се не може у потпуности прихватити. С тога је немачко законодавство поставило правило „да се сведок по чувењу расветли чињенице у предмету-*Aufklärungspflicht*, ако је поткрепљен неким другим доказом и ако је детаљно образложен у судској одлуци“.¹²⁹

У англосаксонским системима, и то пре свега САД, постоји пресумтивна забрана употребе посредних доказа, која се односи и на писане доказе (исправе) и сведоке по „чувењу“ – забране hearsay-а, али ова забрана има многобројне изузетке, од којих је најважнија admission којом се дозвољава да се признање окривљеног пренесе суду од лица која су то чула.¹³⁰ Како Hearsay у англосаксонском праву спада у доказне забране односно доказна ограничења, то ће о њему бити више речи другом делу рада.

2.3. Терет доказивања у кривичном поступку

Терет доказивања (*onus probandi*) представља дужност странке да у кривичном поступку, да предузимањем процесних радњи доказује чињенице у циљу доношења судске одлуке. То је „правна дужност неког процесног субјекта да докаже неку чињеницу“¹³¹ или

¹²⁶ Види: Пресуду Апелационог суда у Београду Кж1 338/21 од 17. 06.2021.године и пресуду Вишег суда у Београду К 82/21 од 23.12.2020. године – из Билтена Вишег суда у Београду 92/2021, Intermex, Београд.

¹²⁷ М.Данашка, „Of hearsay and Its Analogues“, 76, *Minnesota L.Rev.*, 426, 1992, 434-435. Невербална комуникација сведока пред судом је била у форми записника о гестикулацији и мимици, па је записничар на суђењу записивао и реакције сведока приликом сведочења, попут „зацрвенео се“ и сл.

¹²⁸ *Ibid.*, 453.

¹²⁹ М. Данашка, (2001), 48-49.

¹³⁰ *Ibidem*, 50-51.

¹³¹ V. Bayer (1978), 68.

„обавеза странке да пружи доказе о ономе што тврди“.¹³² Терет доказивања се, када су у питању кривична дела која се гоне *ex officio*, несводи се на искључиво страначки интерес, као што је то у парничном поступку, јер јавни тужилац, у кривичном поступку, има дужност да у оптужном акту поред податка о кривичном делу и окривљеном, наведе и доказе на којима заснива оптужбу, али и, јер је дужан да води рачуна о интересима окривљеног, односно потреби правичног вођења кривичног поступка.¹³³

Терет доказивања произилази из дејства претпоставке невиности, којом се гарантује окривљеном да не треба да доказује своју невиност у кривичном поступку, а што смо претходно већ напоменули у делу рада који се односи на претпоставке, али разматрање терета доказивања је блиско повезано и са другим начелима и стандардима попут права на одбрану, начела права на правично суђење и начела истине. У упоредном кривичном процесном праву, различито регулисање и знањај терет доказивања је везано за основне карактеристике два велика правна система инквизиторски и акузаторски, а са тим у вези и проматрањем и дометом начела истине у овим упоредноправним моделима. Однос према истини у два система се разликује „у одговорности за достизање истине у кривичном поступку“.¹³⁴

Страначки (адверзијални) модел поступка подразумева да је доказивање чињеничних тврдњи начелно на странкама односно да је терет доказивања на оној странци која тврди њихово постојање, с тим да ако она не докаже своје тврдње, суд ће узети да та чињеница не постоји. Суд је пасиван у доказном поступку и мора се кретати у границама предложених доказа. Терет доказивања је на јавном тужиоцу о чему је суд обавезан да обавести пороту,¹³⁵ па уколико јавни тужилац не докаже кривицу окривљеног односно не увери суд у његову кривицу, суд ће окривљеног ослободити оптужбе по принципу - *actore non probante, reus absolvitur*. У адверзијалном поступку се, наиме, прави разлика између „терета “наступања” доказа или терета доказивости (*Burden of production*) и терета уверавања (*Burden of persuasion*)“, а „терет доказивости је посебно изражен за поступање судије, мимо пороте, који одлучује о релевантности чињеница које ће се њима доказивати и о прихватљивости предложених доказа и као такав је специфичан институт за англосаксонске системе, посебно САД“.¹³⁶ Док је терет уверавања у кривичном поступку увек на тужиоцу, терет доказивости се током поступка може пребацивати са једне на другу страну, јер је „странка која жели да избегне доношење одлуке у корист противника, дужна је да понуди доказе који јој иду у прилог“.¹³⁷ Полазећи од правила о позитивној одбрани и негативној одбрани окривљеног у англосаксонском праву, уколико окривљени не призна да је предузео радњу кривичног дела, цео терет доказивања је на тужиоцу, а уколико, пак, окривљени призна да је предузео радњу, позивајући се на одређени разлог, који је његову радњу оправдава или извињава, окривљени сноси терет доказивања да такав разлог заиста постоји.¹³⁸

¹³² Т. Васиљевић (1981), 313.

¹³³ М. Шкулић (2014), 184.

¹³⁴ Thomas Weigend, „Should We Search for the Truth, and Who Should Do it ?“, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 36, Number 2, Chapel Hill, 2011, 414.

¹³⁵ Christopher Allen, *Practical Guide to Evidence*, Fourth Edition, Roudledge and Cavendish, London and New York, 2008, 59.

¹³⁶ Вања Бајовић, „О чињеницама и истини у кривичном поступку“, *Crimen*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 139.

¹³⁷ В. Бајовић (2015), 140.

¹³⁸ М. Шкулић, „Терет доказивања у кривичном поступку“, *Правни живот*, 9/2018, 524.

У истражном (акузаторском) моделу поступка, који подразумева дужност суда да утврђује истину у кривичном поступку, на основу доказа које изводи на главном претресу, ирелевантно је да ли ће странке доказати своје тврдње, а терет доказивања нема никакав правни значај. Суд је дужан да се утврди истину у кривичном поступку, па невезан предлозима странака, прикупља доказни материјал неопходан за утврђивање чињеничног стања на коме ће засновати судску одлуку. Оваква дужност суда произилази из начела истине, па је суд *ex officio* дужан да истинито и потпуно утврди чињенично стање које је релевантно за доношење законите одлуке.¹³⁹ У немачком кривичном поступку суд у циљу утврђивања истине, по службеној дужности изводи доказе у погледу свих чињеница и доказних средстава, који имају значаја за доношење одлуке.¹⁴⁰

У савременом кривичном поступку мешовитог типа у коме је заступљена контрадикторност странака терет доказивања оптужбе је на тужиоцу, доказна иницијатива је на обе странке, а суд има ограничена овлашћења да изводи доказе. Међутим, полазећи од одговорности судије за утврђено чињенично стање, с обзиром да се пресуда, у жалбеном поступку, може укинути због непотпуно утврђеног чињеничног стања, те правила да суд може у одређеним ситуацијама, по службеној дужности изводити доказе у зависности од законских ограничења, то је терет ризика недоказаности само начелно на тужиоцу. Направићемо паралелу између два мешовита типа поступка.

Законик о кривичном поступку Републике Србије о терету доказивања:

„Докази се прикупљају и изводе у складу са овим закоником. Терет доказивања оптужбе је на тужиоцу. Суд изводи доказе на предлог странака. Суд може дати налог странкама да предложи извођење допунских доказе или, изузетно, сам одредити да се такви докази изведу, ако оцени да су изведени докази противуречни или нејасни, као и да је то неопходно, с циљем свестраног расправљања предмета доказивања“ (члан 15. ЗКП).

„Суд је дужан да непристрасно оцени изведене доказе и да на основу њих са једнаком пажњом утврди чињенице које терете или иду у корист окривљеном“ (члан 16 став 2 ЗКП).

Према нашем Законнику о кривичном поступку суд има веома ограничена овлашћења за извођење доказа по службеној дужности, док је доказна иницијатива искључиво на странкама. Само ако суд оцени да су изведени докази противуречни или нејасни, као и да је то неопходно, са циљем свестраног расправљања предмета доказивања, он има могућност да сугерише странкама предлагање додатних доказа док изузетно, суд може и сам одредити извођење допунских доказа, опет уз испуњење ових додатних услова. Иако суд може да нареди извођење одређених доказа, није прописана „било каква процесна консеквенца за одбијање странке да испуни налог суда“.¹⁴¹ Уз овако ограничену доказну улогу суда, последице непотпуног и погрешно утврђеног чињеничног стања „пада“ на суд. То дакле доводи до ситуације да је суд везан доказном активношћу странка и само ограничено може на њу да утиче, а да је при томе, иако је формално ризик недоказивости на тужиоцу, суд фактички одговоран за погрешно и непотпуно утврђено чињенично стање. Неоправданост оваког решења истиче се и у стручној литератури, са аргументом да „само у ситуацији када је суд доказно активан, он може утврдити потпуно и истинито чињенично стање, а што би посебно било од значаја када је у питању окривљени без браниоца или када је то у интересу одбране у кривичном поступку, док би законом требало и стриктно прописати да се одлука

¹³⁹ М.Шкулић (2018), 521.

¹⁴⁰ 244 Abs. 2 StPO.

¹⁴¹ Милан Шкулић и Горан Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије – како је пропала реформа и шта да се ради?*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012, 131.

суда заснива само на чињеницама које су истините, јер тада има смисла постојање жалбе због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања“.¹⁴²

Закон о казном поступку Хрватске¹⁴³ о терету доказивања:

„Терет доказа у поступку утврђивања кривње осумљиченика, окривљеника или оптуженика је на тужитељу, осим ако законом није друкчије прописано“ (члан 3 став 2 ЗКП).

„Суд и државна тијела која суделују у казном поступку с једнаком пажњом испитују и утврђују чињенице које терете окривљеника и које му иду у корист. Државно одвјетништво, истражитељ и полиција неовисно и непристрасно разјашњавају сумњу о казном дјелу за које се казни поступак покреће по службеној дужности. Та тијела су дужна с једнаком пажњом прикупљати податке о кривњи и недужности окривљеника“ (члан 9 став 1 и 2 ЗКП).

„Доказивање обухваћа све чињенице за које суд и странке сматрају да су важне за правилно пресуђење“ (члан 418 став 1 ЗКП).

„Вјеће може одлучити да се изведу докази који нису предложени или од којих је предлагатељ одустао“ (419 став 3 ЗКП).

У хрватском процесном праву, иако је начелно терет доказивања на тужиоцу, закон предвиђа да то може бити и другачије ако је законом прописано. Анализом преосталих одредбама можемо закључити да је терет доказивања пренет и на суд, јер је дужан да испитује и утврђује чињенице и на штету и у корист окривљеног, док је овлашћен да изведе доказе који нису предложени без посебних услова, а поступак доказивања обухвата све чињенице за које суд и странке сматрају да су важне за пресуђење. Као што можемо да приметимо овлашћења и одговорности суда за извођење доказа су знатно веће у односу на наше позитивноправно решење. Терет доказивања је на тужиоцу, али ризик недоказаности јасно носе и суд и тужилац. У хрватској литератури се сматра да се таквом специфичном регулацијом терета доказивања, с једне стране „врши расподела правне дужности доказивања чињеница између процесних субјеката, којом се омогућава непристрасност и објективног суда, а са друге стране ризик недоказаности чињеница се расподељује на државна тела кривичног поступка - суд и тужиоца, чиме се окривљени штити од изрицања осуђујуће пресуде у случају сумње“.¹⁴⁴

У оба примера мешовитих поступака, доказна активност суда постоји, па се терет доказивања у мањој мери (ЗКП Републике Србије), односно у већој мери (ЗКП Хрватске), преноси на суд прописујући како његова овлашћења за утврђивање чињеница које су важне за одлуку, тако и последице те одговорности у виду жалбеног основа погрешно и непотпуног чињеничног стања. Да оваква „релаксација“ терета доказивања са тужиоца није у супротности са претпоставком невиности, говори и недавна Директива ЕУ о јачању претпоставке невиности, у којој је чланом 6 предвиђено „да државе чланице осигуравају да је терет доказа у поступку утврђивања кривице окривљеног на тужиоцу, а тиме се не доводи у питање обавеза судије или надлежног суда да тражи осуђујуће и ослобађајуће доказе, те право одбране да поднесе доказе у складу с меродавним националним правом“.¹⁴⁵

¹⁴² Милан Шкулић, (2018), 528-259.

¹⁴³ Закон о казном поступку Хрватске, *Narodne Novine*, 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19, 126/19.

¹⁴⁴ Д.Кгарас (2020), 465-466.

¹⁴⁵ Директива (ЕУ) 2016/343 Европског парламента и већа од 9. марта 2016. године о јачању одређених аспеката претпоставке невиности и права окривљеног да учествује у кривичном поступку.

У претходном поступку, терет доказивања је искључиво на тужиоцу јер, он према одредбама, оба национална законодавства има дужност да пружи доказе за „основану сумњу“, да би покренуо истрагу, а након започињања поступка терет доказивања остаје на њему, па он у оптужници износи став о доказима које је прикупио, с једнаком пажњом утврђујући чињенице које терет окривљеног и иду му у корист, док у припремној и расправној фази он има право и дужност да предлаже доказе у циљу доказивања кривице окривљеног.

Окривљени није дужан да доказује своју невиности и на њему не лежи терет доказивања у кривичном поступку. Он није дужан ни да доказује своје чињеничне тврдње на којима заснива своју одбрану. Грубиша је овакву тезу заступао, наводећи да „у кривичном поступку због принципа *in dubio pro reo* не може и не сме долазити до пребацивања терета доказивања, те да оптужени нема шта да доказује, већ да њему треба доказати, како постојање чињеница што га терете, тако и непостојање чињеница које му иду у корист, критикујући совјетске ауторе Строговича и Вишинског, који су имали супротно становиште“.¹⁴⁶ И Европски суд за људска права у својој јурисдикцији, преношење терет са јавног тужиоца на окривљеног сматра кршењем претпоставке невиности, с тим да се анализом судских одлука може закључити да члан 6 став 2 Конвенције не забрањује правила која пребацију терет доказивања на окривљеног како би поставио своју одбрану, ако укупни терет утврђивања кривице лежи на оптужби.¹⁴⁷

Преношење терета доказивања на окривљеног, међутим, запажа се у нормама материјалног и процесног кривичног права. У теорији се наводи пет разлога који оправдавају да се терет доказивање пребаци на окривљеног „тежина дела, лакоћа доказивања, располагање важним чињеницама, тест рационалне повезаности и опасност од погрешне одбране“.¹⁴⁸

Осим изузетка који је везан за доказивање кривичног дела Клевете (која је декриминализована у нашем кривичноправном законодавству) и кривичног дела Изношење личних и породичних прилика,¹⁴⁹ где окривљени сноси ризик недоказивања истинитости чињеница које су предмет овог кривичног дела и у поступцима за одузимање имовине која проистиче из кривичног дела, терет доказивања је најчешће на окривљеном. За разлику од положаја окривљеног у кривичном поступку, који се, током читавог поступка, може држати пасивно, неизносећи одбрану и непредлагајући доказе, што не може имати негативне последице на исход поступка, у поступку одузимања имовине, окривљени мора активно предузимати радње и доказати да имовина коју је стекао не произилази из кривичног дела, већ из легалних прихода. Одредбом члана 2 Закона о одузимања имовине стечене кривичним

¹⁴⁶ Види: М.Грубиша, (1963), 62-66.

¹⁴⁷ Н. Мол, К.Харби, *Право на правично суђење – Водич за примену члана 6 Европске конвенције о људским правима*, Приручник о људским правима, бр. 6 (превод дела: *The right to a fair trial, A guide to the implementation of Article 6 of European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, no. 6, преводац Alpha Team One), Савет Европе, Канцеларија у Београду, Београд 2007, 106. Види и критеријуме који су постављени да би се утврдило да ли је пребацивање терета доказивања на окривљеног прекршена претпоставка невиности: *Grayson and Barnham v. The United Kingdom*, ECtHR, App.no 19955/05 and 15085/06, 23 September 2008 и 23 December 2008, para 45, 48.

¹⁴⁸ Т.Бугарски, (2017), 348.; више о томе: А. Ashworth, (2006), 260-268.

¹⁴⁹ Одредбом члана 172. став 5. КЗ на индиректан начин је одређена је обавеза окривљеног да доказује чињенице односно он може доказивати истинитост својих тврдњи, јер ако истинитост окривљеникових тврдњи остане под сумњом, суд ће донети одлуку на штету окривљеног.

делом,¹⁵⁰ прописана је дужност тужиоца да означи имовину коју треба одузети и околности из којих произилази основана сумња да имовина проистиче из кривичног дела и које указују на постојање очигледне несразмере између имовине и законитих прихода (у случају привременог или трајног одузимања), док је на власнику да суду пружи доказе о (законитом) начину стицања имовине и тиме обори претпоставку да је имовина која проистиче из кривичног дела имовина у очигледној несразмери са законитим приходима.

У упоредним кривичноправним системима запажа се тенденција да се код неких кривичних дела, пре свега кривичних дела против полне слободе, доказивање битног елемента – непристајање пасивног субјекта на обљубу, наметне окривљеном, па је упитно да ли ће овај тренд у кривичнопроцесна законодавства унети концепт обрнутог терета доказивања и какав ће утицај он имати на загарантовану претпоставку невиности.¹⁵¹

3. Доказна начела у кривичном поступку

3.1. Начело непосредности

Основна начела кривично процесног права, међу којима су доказна начела, „установљавају тип и карактер кривичне процедуре једног система и представљају базична правила која се односе на основне кривичнопроцесне институте, субјекте кривичног поступка и њихове процесне улоге и овлашћења“.¹⁵² Једно од основних доказних начела кривичног процесног права је начело непосредности, којим се установљава правило да суд одлучује на основу чињеница које сам утврди. Наводи се правило да „између извора сазнања и кривичног суда по правилу нема посредника, па суд директно из извора доказа сазнаје чињенице“.¹⁵³ Ово начело има за циљ да се суд непосредно упозна са доказима, и да тежи да се, и поред изузетака који су прописане у закону, докази увек изведу у свом изворном облику, а како би стекао свој непосредни утисак о њима, да би их, у складу са слободним судијским уверењем, оценио у својој одлуци. Принцип непосредности, обавезује суд да сам стекне уверење о материјалу за одлуку, „сопственим запажањем“, а не на основу доказа који су изведени пред другим судијом у истом или другом поступку.¹⁵⁴ По правилу, оно има своје дејство у у фази расправе и то пред првостепеним судом, док се може сматрати да се од овог начела одступа када другостепени суд донесе одлуку на основу чињеничне основе првостепеног суда, без извођења доказа.

¹⁵⁰ Закон о одузимању имовине стечене кривичним делом, *Службени гласник РС*, бр. 32/2013, 94/2016 и 35/2019.

¹⁵¹ Опширније о концепту обрнутог терета доказивања, види: М. Шкулић, (2018), 530-539. М. Шкулић наводи да је терет доказивања на окривљеном заступљен код кривичног дела Полни однос без пристанка (члан 152. став 1. КЗ РХ), код кога, према доминантом теоријском ставу, „оптужба морати доказати само сполни сношај (или са њим изједначену сполну радњу)“, а окривљени доказује да пристанак постоји. Према последњим изменама и допунама Казненог закона Републике Хрватске, ова инкриминација је предвиђена као облик силовања.

¹⁵² О основним начелима кривично процесног права види: М.Шкулић, (2014),50-90.

¹⁵³ *Ibidem*, 64.

¹⁵⁴ М.Грубач, *Кривично процесно право*, Пројурис, 2015, 32.

С једне стране, начело непосредности се примењује тако што суд има непосредни контакт са изворним доказом (формална непосредност), а са друге стране, „суд не сме заменити један изворни доказ извођењем неког другог доказа о његовом садржају (материјална непосредност)“.¹⁵⁵

У теорији се разликује и субјективна и објективна непосредност.¹⁵⁶ Субјективна непосредност се остварује ако се докази изводе пред судом у истом саставу, док главни претрес треба отпочети изнова у случају промене састава већа или председника већа. Одступања од овог правила су прописана у процесним законима ради економичности поступка, спречавање његовог одуговлачења, па и наступања застарелости кривичног гоњења. Тако, Законик о кривичном поступку прописује да главни претрес који је одложен мора почети изнова ако се изменио састав већа, али и да веће може, након изјашњења странака, одлучити да се сведоци и вештаци не испитују поново, већ да се изврши увид у записнике о њиховим исказима датим на ранијем главном претресу уз укратко изношење садржине тих изјава.¹⁵⁷ Исто тако, уколико се главни претрес држи пред другим председником већа, веће може, због протеча времена, заштите сведока или других важних разлога, након изјашњења странака, одлучити да се сведоци и вештаци не испитују поново.¹⁵⁸

Објективна непосредност се остварује када суд заснива своју пресуду само на доказима који су изведени на главном претресу и о којима је суд стекао непосредан увид¹⁵⁹, али су одступања у пракси неминовна појава, како због природе поступка и његовог трајања, тако и његове комплексности. Законик о кривичном поступку прописује бројна одступања од објективне непосредности. Изузеци од правила да се окривљеном суди у његовом присуству прописани су одредбама о суђењу у одсуству (члан 381. ЗКП), одржавању главног претреса у одсуству оптуженог у скраћеном поступку (члан 507. став 2. ЗКП), одсуству оптуженог пред другостепеним судом (члану 447. ЗКП и 449. став 3. ЗКП), као и одредбама којима се предвиђа да оптужени може одсуствовати са припремног рочишта и главног претреса, да се може удаљити из суднице, и приликом употребе техничких средстава за пренос слике и звука у одређеним случајевима.

Објективна непосредност је искључена када суд врши упознавање са садржином записника о раније датим исказима у претходном поступку (члан 406. ЗКП) или ван главног претреса (404. ЗКП). Тако, на пример, на основу одлуке већа, суд се може упознати са садржином записника о исказима сведока, саокривљених и осуђених лица, као и записника о налазу и мишљењу вештака датих у претходном поступку, ако су испитана лица умрла, душевно оболела или се не могу пронаћи, или је њихов долазак пред суд немогућ или знатно

¹⁵⁵ D.Крарас (2020), 119. Као пример материјалне непосредности аутор наводи да суд не треба испитивати аутора исправе као сведока о ономе што је унео у садржај исправе уместо непосредног читања исправе.

¹⁵⁶ Више о томе: М.Шкулић (2014), 64-65.

¹⁵⁷ члан 388. став 1. Законика о кривичном поступку.

¹⁵⁸ члан 388. став 3. и 4. Законика о кривичном поступку.

¹⁵⁹ „У италијанском кривичном поступку у списе предмета улазе само докази изнети на усменој јавној расправи пред судом, не и записници о радњама предузетим током истраге од стране тужиоца. Штавише изричито је забрањено читање записника о изјавама сведока датим јавном тужиоцу или суду током истраге или на претходном рочишту, осим ако су изјаве сведока на претходном рочишту дате у присуству оптуженог или његовог браниоца (чл. 54 Италијанског ЗКП) или када поновно испитивање сведока није могуће због непредвидивих чињеница или околности (чл. 512), с тим да се на таквом исказу не може заснивати осуђујућа пресуда.“ - В. Бајовић, „Начело непосредности као парадигма правичности и расправног процесног модела“, *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2020, 18.

отежан због старости, болести или другог важног разлога (члан 406. став 1 ЗКП). Испуњеност законских услова, за одступање од непосредности, од значаја је за законитост доказа који су произашли из доказних радњи изведених на овај начин.

Законик о кривичном поступку, изричито прописује и да у поновљеном поступку који се води против окривљеном којем је суђено у одсуству, суд не може саслушавати саучесника окривљеног који је већ осуђен нити се он суочити са окривљеним, већ се упознавање са садржином исказа осуђеног саучесника обавља у складу са чланом 406. став 1. тачка 5. овог законика, с тим да се пресуда не може искључиво или у одлучујућој мери заснивати на таквом доказу.¹⁶⁰

Главни претрес се по правилу одржава у континуитету, па су и одлагања и прекиди главног претреса, којима се ствара дисконтинуитет и деконцентрација процесних радњи фактори који ремете непосредан утисак судије о изведеним доказима и представљају одступање од начела непосредности.¹⁶¹

Непосредно сазнавање чињеница од стране суда има значај на утврђивање тачног и потпуног чињеничног стања. Суд извођењем доказа, а нарочито испитивањем сведока или окривљеног, на основу реакција, контрадикторности или доследности у њиховом казивању доноси и своје субјективне закључке, због чега је важно да има неспоредни контакт са изворима доказа. Такође, суд може само непосредно проверавати веродостојност доказа, предузимајући радњу суочења и испитивањем сведока на околности разлике у казивању. Присуство окривљеног, али и других учесника у поступку је важно и ради остваривања њихових основних права и дужности. У расправном моделу кривичног поступка где доказна активност није на суду већ на странкама, начело непосредности добија већи значај, а уместо интереса суда да правилно утврди чињенично стање непосредним предузимањем доказне радње, акценат је на интересу странака и њиховој „процесној равноправности у доказном надметању“.¹⁶² Окривљени, као и суд, посматра „понашање сведока током испитивања, јер одређени физички знаци попут мимике, гестова, начина говора и слично могу бити од утицаја на оцену истинитости његовог исказа“.¹⁶³

Остварење начела непосредности је значајно и са апекта остваривања загарантованих уставних и законских права на одбрану окривљеног. Одступање од начела непосредности у појединим ситуацијама има за последицу кршења права на одбрану окривљеног у кривичном поступку. Уколико се суд, примера ради, упозна са садржином записника о испитивању сведока датог у претходном поступку, тиме се ускраћује право одбране да унакрсно испитује овог сведока, као и његово право да буде суочен са њим.

Устав у члану 33 гарантује посебна права окривљеног, а између осталих, и право право да износи доказе у своју корист (лично или преко браниоца), да испитује сведоке оптужбе и да захтева да се, под истим условима као сведоци оптужбе и у његовом присуству, испитују и сведоци одбране. У истрази, окривљени и његов бранилац постављају питања сведоку преко органа поступка - јавног тужиоца, а непосредно то чине, искључиво по његовом одобрењу. У правној теорији се примећује да Устав сужава ову гаранцију у односу на Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода која оптуженом гарантује да „сам испитује или захтева испитивање сведока оптужбе, те се закључује да је

¹⁶⁰ Члан 481. Законика о кривичном поступку.

¹⁶¹ Види члан 386. и 387. Законика о кривичном поступку.

¹⁶² В. Бајовић (2020), 18.

¹⁶³ Andrew Ashworth, *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure*, Sweet & Maxwell, London 2002, 34.

свако ускраћивање окривљеном права да непосредно постави питање сведоку потенцијално неуставно“.¹⁶⁴

Иако није прокламовано у члану 6. Европске конвенције, Европски суд за људска права у својој пракси истиче важност начела непосредности за правичност поступка. Тако у предмету *Pitkanen против Финске*,¹⁶⁵ Европски суд за људска права је заузео становиште да у кривичном поступку сви докази по правилу морају бити изведени на главној јавној расправи, у присуству оптуженог који мора имати одговарајућу и прикладну прилику да их повргне критици, а да је могућност оптуженог да се суочи са сведоцима у присуству суда, који одлучује о случају, важан елемент кривичног поступка, јер је начело непосредности (*principle of immediacy*) важна гаранција правичности, с обзиром на то да запажања судије о исказу и понашању сведока који се испитују могу имати важне последице по оптуженог.

Такође, право на суђење окривљеном у његовом присуству није изричито прописано у члану 6 став 1 Конвенције, с тим да се делотворност остваривања права која се окривљеном загрантују, попут права да има правичну и јавну расправу, да се брани лично или путем браниоца кога сам изабере, да испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитају и да се обезбеди присуство и саслушање сведока у његову корист под истим условима који важе за оне који сведоче против њега, доводи у питање у ситуацији када он није присутан. У јурисдикцији Европског суда за људска права, суд је истицао да се докази против окривљеног по правилу морају извести у његовом присуству на јавној расправи¹⁶⁶, истовремено указујући и да суђење у одсуству, као инструмент који спречава осипања доказа, застарелости гоњења и самим тим неостваривање правде није забрањен, с тим да окривљени има право на поновно суђење када постане доступан.¹⁶⁷ Европски суд за људска права, у својим одлукама, прави разлику између суђења у одсутности које је резултат свесне одлуке оптуженог да не присуствује суђењу¹⁶⁸ и суђења у одсуству које је последица околности које су изван контроле оптуженог.¹⁶⁹

У адверзијалним поступцима, суђење у одсуству је још више ограничено него у акузаторским поступцима, што је у складу са природом поступка и потребом окривљеног да активно учествује у доказном поступку пред судом, како би се конфротирао са сведоцима, доказао своје тврдње и „победио“ у дуелу са супротном страном. Федерална правила, ипак, познају изузетке установљене ради процесне дисциплине, као и могућност да се користи видеоконференцијске везе уз сагласност окривљеног у поступку прекршаја.¹⁷⁰

¹⁶⁴ В. Бајовић (2020), 22.

¹⁶⁵ *Pitkanen v. Finland*, ECtHR, App. no. 30508/96, 9 March 2004.

¹⁶⁶ *Paić protiv Hrvatske*, ESLJP, zahtev br. 47082/12, 29.03.2016, para 28.

¹⁶⁷ *Colozza v. Italy*, ECtHR, App. no. 9024/80, 12 February 1985, para 29.

¹⁶⁸ Види: *Poitrinol v. France*, ECtHR, App. no. 14032/88, 23 December 1993. и *Van Gezseghem v Belgium*, ECtHR, App. No. 26103/95, 21 January 1999.

¹⁶⁹ Види: *Goddi v Italije*, ECtHR, App. no. 8966/80, 9 March 1984 и *Kombach v. France*, ECtHR, App.no. 29731/96, 13 February 2001.

¹⁷⁰ Више о томе: Ивана Миљуш, „Изазови и ризици увођења видео линка у кривични поступак“, Зборник радова: *Унификација права и правна сигурност*, Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић, Том II, Београд 2020, 20 – 23.

3.2. Начело слободне оцене доказа

Након што суд у доказном поступку, изведе доказ на главном претресу, по правилу, непосредно, он врши оцену сваког доказа појединачно, а затим у склопу са осталим изведеним доказима, по слободном судијском уверењу. Оцена доказа је „епилог процеса доказивања која ангажује све кривичнопроцесне субјекте како би допринели расветљавању догађаја који је предмет поступка и представља подлогу за пресуђење кривичноправне ствари“.¹⁷¹

Историјски гледано, у кривичноправној теорији, начини на које је судија оцењивао доказе и долазио до уверења о истинитости или неистинитости чињеница које су важне за кривични поступак постављени су теоријом принудних (законских) доказа и теоријом слободног судијског уверења. Под теоријом законских доказа подразумевао се „скуп законских прописа по којима судија утврђује извесност важних чињеница, а којима се тачно прописује којим доказним средствима се судија сме послужити и какве услове свако доказно средство треба испунити да би се на њима засновивала пресуда суда“.¹⁷² Разликовала се позитивна доказна теорија и негативна доказна теорија. Под првом се подразумевало правило „да суд мора и против свог уверења узети за доказане или недоказане извесне чињенице ако су се стекле или се нису стекле, одређене законске претпоставке, док се под другом (негативном) теоријом подразумевало да је законом одређеним правилима судији било забрањено да узме неку чињеницу као доказану, ако не постоји извештај quatum и quale доказа, који се по закону захтева, али се истим праилима оставља судији да по свом уверењу узме или не узме ту чињеницу као доказану“.¹⁷³ Као што можемо да приметимо негативна теорије не искључује у потпуности судијско уверење, али у сваком случају судија је био онемогућен да сматра доказаним оне чињенице које нису утврђене минимумом претпоставки које закон поставља.

Иако је теорија законске оцене доказа имала смисао у томе да се окривљени заштити од арбитрности и самовоље судије у периоду феудализма када су изрицане строге казне, примена ове теорије у пракси, довело је до апсурда, јер је, у одсуству тачно одређене количине и квалитета доказна, признање, као краљица доказа, обезбеђивало принудом, тортуром и мучењем. Данас је готово без значаја „борба“ која се међу теоретичарима водила о предностима и недостацима теорије слободног судијског уверења и теорије законске оцене доказа, с обзиром да савремена кривичноправна законодавства прокламују слободну оцену доказа, као опште прихваћени стандард. Законска оцена доказа је напуштена доношењем Законик о судском кривичном поступку за Краљевину Југославију од 16.02.1929. године, којом је уведена одредба члана 274., која гласи „О питању има ли се или се нема која чињеница узети доказаном, одлучују судије по свом слободном уверењу, које су стекле на основу савесна претреса и оцене свих доказа, изнесених на главном претресу и нису везани ни за каква доказна правила“.¹⁷⁴

Начело слободне оцене доказа по слободном уверењу судије постоји “ако се изведени докази не цене по правилима утврђеним у закону, већ од стране судије, на основу његове сопствене процене њихове вредности, уз обавезу да о томе положи рачун у образложењу

¹⁷¹ Д.Димитријевић (1981), 169.

¹⁷² Божидар Марковић, *Уџбеник српског кривичног поступка Краљевине Југославије*, Београд, 1930, 326.

¹⁷³ *Ibid.*, 326-327.

¹⁷⁴ Тома Живановић, *Кривични законик и поступак Краљевине Југославије*, Београд, 1930, 380.

своје одлуке”.¹⁷⁵ Докази се оцењују „без постојања формалних законских правила о томе којим се доказима које чињенице могу или морају доказивати и каква је доказна снага појединих доказних средстава односно њихове вероватности“. ¹⁷⁶ Начело слободне оцене доказа и слободног уверења органа поступка су два уско повезана начела, јер с једне стране, судија не може имати слободно уверење ако нема право да слободно оцењује доказе, а са друге стране, докази се не могу слободно оцењивати, ако судија нема могућност стицања слободног уверења, који ће се докази изводити у кривичном поступку и који степен доказног кредибилитета ће бити дат одређеним чињеницама.¹⁷⁷

Слободна оцена доказа односи се на оцену доказа којима се утврђују чињенице које су правно релевантне за одлуку која се доноси у кривичном поступку, али и на чињенице које су предмет неког другог поступка или које утврђују и други државни органи. То се углавном односи на претходна питања, најчешће правне природе, која немају значај за предмет доказивања, али су предуслов за решавање кривичноправне ствари. Приликом оцена ових чињеница суд није везан одлукама које су донете у другим судским поступцима или од стране других државних органа у погледу решавања кривичноправне ствари.

Иако је суд, у савременом кривичном поступку, ослобођен законске оцене доказе, већ доказе оцењује слободно, законом се постављају ограничења ове слободе, којима се постиже равнотежа између два интереса, први да се допусти судији да цени доказе слободно, на основу унутрашњих, психичких побуда, и други да он, у том процесу, ограничи објективних правилама, којима се рационализује процес стварања његовог уверења о постојању чињеница.

Основно ограничење је постављено правилом да је суд обавезан да своје закључке о оцени доказа и формирању сопственог уверењу у постојање или непостојање чињеница, исказе у образложеној одлуци како би странке и непосредно виши суд биле у могућности да тај процес примењеног закона логике и правила општег људског искуства судије провере.¹⁷⁸ У образложењу пресуде, суд је, „*inter alia*, обавезан да обрати пажњу на правно релевантне чињенице, исказујући које чињенице и из којих разлога се узимају као доказане или недоказане, док, *prudenti arbitrio*, пресуда се мора заснивати на чињеничном стању, а не на предрасудама, прејудицирању и спекулативном изношењу доказног поступка и једностраном образложењу судске одлуке“.¹⁷⁹

Обавеза суда да образложи своју одлуку, те право побијања одлуке улагањем жалбе или ванредног правног лека, сматра се и „нужним корективом у односу на дејство начела слободне оцене доказа и слободног судијског уверења“.¹⁸⁰ Ово правило подразумева и да суд, у случају начињене грешке, која ће бити предмет другостепене одлуке којој се укида првостепена одлука, исправи своју грешку у поновном поступку.

Суд може слободно оцењивати само доказе које су прибављени на начин и у форми прописаним законом, а своју одлуку не може заснивати на оцени доказима који нису законити. Сврставање незаконитог доказа у доказни материјал на основу ког се утврђују

¹⁷⁵ М.Грубач, (2015), 37.

¹⁷⁶ М.Шкулић (2014), 66.

¹⁷⁷ *Ibidem*, 80.

¹⁷⁸ Д.Крапац (2020), 125.

¹⁷⁹ Šime Pavlović, *Tri načela kaznenog postupka, pravični postupak, non bis in idem i in dubio pro reo*, Rijeka, 2012.,261-262.

¹⁸⁰ М.Шкулић (2014), 66.

правнорелевантне чињенице, долази се до незаконите оцене доказа и незаконитих закључака на којима се темељи пресуда, а прописивањем забране употребе незаконитих доказа, као прописано доказно правило, законодавац *de facto* ограничава слободну оцену ових доказа. Дакле, суд је у обавези да поштује принцип законитости доказа током оцене изведеног доказа у доказном поступку, а његова слобода у оцени доказа односи се на избор које ће доказне радње предузети у конкретном случају, као и који ће степен доказног кредибилитета поклонити доказима до којих дође, али само применом оних кривичнопроцесних радњи које су прописане у самој кривичном поступку.¹⁸¹ Осим тога, законско ограничење слободне оцене доказа, врши се и када закон прописује да суд не може засновати своју пресуду искључиво на појединим доказима, чиме сам законодавац врши оцена ових доказа, дајући им „ограничну“ или „мању“ вредност. То је случај са исказом заштићеног сведока или увидом у записник о саслушању осуђеног саучесника, на којим доказима се пресуда не може заснивати искључиво или у одлучујућој мери.¹⁸²

Одступање од начела слободне оцене доказа односи се и на обавезно коришћење неког доказа ради утврђивања чињеница у кривичном поступку. Тако се, Закоником о кривичном поступку, прописује да се кривични поступак може поновити ако је пресуда заснована на лажној исправи или на лажном исказу сведока, вештака, стручног саветника, преводиоца, тумача или саокривљеног, док се ове чињенице морају поткрепити правноснажном пресудом да су наведена лица осуђена за поменута кривична дела, осим ако се поступак против њих не може спровести због тога што су умрла или постоје друге околности које искључују њихово гоњење.¹⁸³

Чињеница о ранијој осуђиваност окривљеног, као околности која је од значаја за одмеравање казне, у пракси судова утврђује се једнообразно – увидом у извештај из Казнене евиденције. За разлику од нашег процесног закона, Хрватски закон посебно утврђује да се ранија осуђиваност може утврдити само на основу података из јавне исправе коју воде органи надлежни за казнену евиденцију,¹⁸⁴ чиме се и формално прописује одступање од слободне оцене доказа.

У теорији се запажа да се слобода оцене доказа ограничава и када се у кривичном поступку, неком доказу даје „превелики“ кредибилитет. Као пример се наводи налаз и мишљење вештака тј. експертиза о чињеници која одлучна за предмет кривичног поступка и коју фактички самостално утврђује стручно лице тј. вештак. Иако суд не поседује стручна знања из појединих области, он, никако није лишен критичког става према овом, као и према сваком другом доказу, па се правилно закључује „да „експертизација“ кривичног поступка, која одликује прихватање налаза и мишљења вештака по „сваку цену“, заправо не произилази из преке потребе, већ опортуног понашања судија, којима је далеко једноставније да вештак „одлучи“ уместо њих“.¹⁸⁵

Имајући у виду тенденцију модерног доказног права експанзијом доказних ограничења и доказних забрана, као и модерне стратегије доношења одлуке путем израчунавања математичке вероватноће, поставља се питање да ли се одаљавамо од

¹⁸¹ М.Шкулић (2014), 66.

¹⁸² У немачкој на пример, пресуда се не може заснивати искључиво на исказу сведока по чувењу.

¹⁸³ Види члан 472. и 473. став 1. тачка 1.Законика о кривичном поступку.

¹⁸⁴ Види одредбу члана 185 став 1 ЗКП Хрватске.

¹⁸⁵ М.Шкулић (2014), 71-72.

принципа слободне оцене доказа и све више приближавамо некадашњој законској оцени доказа?¹⁸⁶

3.3. Начело *In dubio pro reo*

Начело *in dubio pro reo*, означава стару латинску максиму „у сумњи у корист окривљеног“. Иако је латинског порекла, у кривичноправној теорији, нема сагласности око питања када је заправо ова максима она настала. Многи теоретичари је везују за римско право (*in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justius est quam tutius*¹⁸⁷), неки јој дају чак и „библијско значење“,¹⁸⁸ а према Holtappelsoвој студији из 1965. године, *in dubio pro reo*, први је исказао немачки правник Stübel у свом делу из 1811. године.¹⁸⁹

Ово правило се у теорији, везује за грађански либерализам, у првој половини XIX века, као реакција на правну несигурност која је у инквизиторском кривичном поступку производила пресуда која се окривљеном изрицала када суд није могао да утврди ни кривицу ни невиност окривљеног, услед недостатка доказа.¹⁹⁰ Наиме, постојале су две врсте пресуда, које су доношене у овом случају, једна којом се окривљени „отпуштао испод суђења“ (*absolution ab instantia*), када се окривљени пуштао на слободу и друга, којом је окривљени био осуђен на тзв. „изванредну казну“ (*poena extraordinaria*), која казна је била испод законског минимума. Осим тога, уколико не би било довољно доказа, а окривљени се терети за неко теже кривично дело, он би био подвргнут тортури у циљу добијања његовог признања. По укидању тортуре, у инквизиторским поступцима су се и даље доносиле ове две врсте пресуда, којима се није окончавао кривични поступак. Њихов процесни резултат је био пандан прекиду поступка, јер у случају да суд накнадно прибави доказе, окривљеном је и даље могло да се суди и поступак би могао да се оконча осуђујућом пресудом. Оваква правна несигурност би, према данашњим општеусвојеним стандардима, „у најмању руку“ водила кршењу претпоставке невиности, начела *ne bis in idem*, права на правично суђење и права на одбрану окривљеног.

Ипак, поједини теоретичари су пре афирмације овог принципа у кривичнопроцесно законодавство критиковали његов смисао, сматрајући да опонира начелу истине. Наиме, сматрало се да је „истина основни принцип кривичног поступка и да су чињенице у кривичном поступку или доказне или недоказане, а да позивање на принцип *in dubio pro reo* није прихватљиво, већ представља објективно „линију мањег отпора“ и „бежање“ од тешкоће доказивања када се оне појаве“.¹⁹¹ Имајући у виду да суд и поред свих напора да утврди истинитост чињеница, које су релевантне за доношење одлуке, може остати у „сумњи“, ово

¹⁸⁶ Више о овој теми види: М.Данашка (2001).

¹⁸⁷ У случају сумње следити блаже тумачење исто је толико праведно колико и сигурно.

¹⁸⁸ „Боље је и задовољавајуће ослободити хиљаде кривих лица него да убију једног невиног човека једном“, сматра се да проистиче из Старог Завета- Daniel Epps, „The Consequences of Error in Criminal Justice“, *Harvard Law Review*, 4/2015, 1077.

¹⁸⁹ Р. Holtappels, *Die Entwicklungsgeschichtedes Grundsatzes „in dubio pro reo“*, Gram/de Gruyter&Co Hamburg, 1965. цитирано према: Д.Кгарас (2020), 127. Исто тврде и Henkel и Peters, на које се позива проф. Бајер- V. Bayer (1978), 37.

¹⁹⁰ Д.Кгарас (2020), 127.

¹⁹¹ Бранко Петрић, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Књига I, Београд, 1986, 14.

начело не опонира истини у кривичном поступку нити тежњу истини, већ представља нужан коректив у спречавању „грешака“ да се, због постојање „сумње у њихову кривицу“, невина лица осуде. У теорији се истиче значај најчешће цитираног, Блекстоновог принципа „*Better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer*” („Боље да десет кривих побегне, него да један невин пати“), којом се указује да је у кривичном поступку, мања штета од грешака начињених у корист лажних негативних резултата (пропуст да се осуди кривац) како би се лажни позитивни резултати (осуђивање невиних), свели на минимум.¹⁹² Ипак, теоретичари америчког права указују и на рефлексију Блекстоновог принципа у обликовању друштвеног значења ослобађајућих пресуда. Наиме, истиче се да када се верује да се многи кривци пуштају на слободу, ослобађајућа пресуда се не види као снажан показатељ невиности, већ се може узети као доказ кривице. *Andrew Leipold* наводи: „С обзиром на нашу дубоко укорењену склоност ослобађању кривих људи од осуђивања невиних, снажно сумњамо да су многи оптужени који су ослобођени заправо били криви“¹⁹³ Недоследност у исходу пресуда у кривичним и грађанским поступцима чији је предмет исти догађај, још више јача ову перцепцију, што се види на примеру *O.J. Simpson* - након што је Симпсон ослобођен оптужбе за убиства *Nicole Brown* и *Ron Goldman*, али је проглашен грађански одговоран за овај догађај.¹⁹⁴

Оправданост примене начела „у сумњи у корист окривљеног“ у савременим кривичним поступцима (осим што је нужна последица опште прихваћеног принципа претпоставке невиности) темељи се, дакле, на начелу хуманизма, јер је његова консеквенца – могућност да окривљени буде ослобођен у случају постојања сумње, друштвено прихватљивије него да макар и један окривљени невинно буде осуђен.

За разлику од савремених континентално европских кривичних поступака, у којима ово начело заузима значајно место, у англосаксонским системима *favor defensionis (in dubio pro reo)*, нема већи практичан значај. Наиме, уколико постоји сумња у кривицу окривљеног, онда се и не испуњава услов доказаности - *beyond reasonable doubt*, па самим тим нема дилеме да би порота донела одлуку да окривљени није крив и ослободила га од оптужбе. Суд је, иначе, дужан да „поротнике упуту да је у кривичном поступку окривљеног могуће осудити само ако су докази оптужбе уверили у кривицу окривљеног изнад разумне сумње, док у изузетним случајевима, када терет доказивања пређе на одбрану, она би своје тврдње морала доказати с нижим степеном сумње, степеном вероватности постојања чињеница већем од степена њиховог непостојања“.¹⁹⁵

У немачкој теорији процесног права, правило *in dubio pro reo* широко се примењује, али није изричито прописано у процесном закону, већ је дефинисано кроз одредбе кривичног материјалног права и начела законитости (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) и одредбе уставног права. Уколико нису остварена обележја кривичног дела, и у односу на било који субјективни или објективни елемент суд остане у сумњи, окривљени ће се ослободити оптужбе. И француска теорија и пракса признаје начело *in dubio pro reo*, које се примењује доста широко.

Начело *in dubio pro reo* је повезано са претпоставком невиности, јер се окривљени сматра невиним, све док се његова кривица не утврди правноснажном судском одлуком, а

¹⁹² D. Epps, (2015), 1068.

¹⁹³ Andrew D. Leipold, „The Problem of the Innocent, Acquitted Defendant“, *94 NW. U. L. REV.* 1297, 2000, 1299 цитирано према: D. Epps, (2015), 1100.

¹⁹⁴ *Ibid.*, 1100-1101.

¹⁹⁵ Š.Pavlović (2012), 510. Види и: D.Крапас, *Engleski kazneni postupak*, Pravni fakultet u Zagrebu, 1995, 68.

уколико суд остане у сумњи у погледу његове кривице, суд мора донети ослобађајућу пресуду. Претпоставка невиности даје објашњење за доношење ослобађајуће пресуде у случају да суд остане у сумњи у погледу чињенице која искључује противправност, или кривицу окривљеног или постојање кривичног дела. Међутим, како Бајер запажа, она не објашњава због чега се примењује начело *in dubio pro reo* у случајевима двојбе који логички не резултирају доношењем пресуде којом се окривљени оставља у сумњи и ово је уједно и основна разлика у дејству претпоставке невиности и овог начела. Наиме, поставља се питање границе дејства начело *in dubio pro reo*, нарочито у случају када суд „остане у сумњи у погледу чињенице од којих зависи одлука о казни или других одлука кривичног поступка као што је могућност вођења кривичног поступка, што објашњава као последицу опште тенденције фаворизовања окривљеног и савремене хумане тенденције ублажавања кривичних санкција“.¹⁹⁶ У том смислу, Бајер указује и да поједини теоретичари (нпр. Грубиша и Dolenc), толико екстензивно тумаче ово начело да га примењују у погледу утврђивања чињенице да ли је окривљени благовремено изјавио жалбу или при тумачењу правних прописа.¹⁹⁷

Начело *in dubio pro reo* се нормативно регулише или као засебно начело или уз претпоставку невиности јер се консеквентно изводи из ње¹⁹⁸. У одредби члана 16 став 5 Законика о кривичном поступку, прописано је да ће „суд, сумњу у погледу чињеница од којих зависи вођење кривичног поступка, постојање обележја кривичног дела или примена неке друге одредбе кривичног закона, у пресуди, или решењу које одговара пресуди, решити у корист окривљеног“. Суд је дужан да заснива пресуду само на чињеницама у чију је извесност уверен, док чињенице, које суд није могао утврдити са сигурношћу, приписују се у корист окривљеном. Уколико постоји сумња у постојање чињенице која иде у прилог окривљеном, сматраће се да је она утврђена, а обрнуто уколико је на штету окривљеног, сматра се да није утврђена.

Полазећи од дужности суда да свестрано расправи предмет кривичног поступка и оцени сваки доказ како појединачно тако и у међусобној вези, како би утврдио постојање или непостојање неке правно релеватне чињенице, то се начело *in dubio pro reo* примењује искључиво када се јави сумња у погледу утврђивања чињеница односно када се не може закључити ни да је чињеница постоји нити да непостоји. Наиме, када „постоје противречни докази - они чији садржај упућује, као и они чији садржај не упућује на постојање неке одлучне чињенице, тада суд мора ценити који је од тих доказа веродостојан и на основу њега донети одлуку, а сумња постоји тек када из доказа није могуће извести закључак о непостојању односно постојању неке одлучне чињенице или када доказ допушта могући закључак да нека чињеница постоји али и да не постоји“.¹⁹⁹ Супротно томе, уколико би се погрешно применило ово правно – логично средство, то би било у супротности са темељима кривичног поступка, укључујући и дужност свестраног расправљања предмета, слободне оцене доказа, и делотворности кривичног поступка уопште.²⁰⁰

¹⁹⁶ V. Bayer (1978), 41.

¹⁹⁷ *Ibid.*, 41.

¹⁹⁸ Нпр. Члан 3 ЗКП Хрватске и члан 3 ЗКП Црне Горе "Сл. лист ЦГ", бр. 57/2009, 49/2010, 47/2014 - одлука УС, 2/2015 - одлука УС, 35/2015, 58/2015 - др. закон, 28/2018 - одлука УС и 116/2020 - одлука УС.

¹⁹⁹ Одлука VSRH I Кж-139/15-4 од 28.03.2015. године, преузето из: Ana Garačić, Dragan Novosel, *Zakon o kaznenom postupku u sudskoj praksi*, Knjiga I, Rijeka, 2018, 23-24.

²⁰⁰ *Ibid.*, 24.; види и одлуку Уставног суда РХ, У-III-1371/2009 од 30.06.2010.

Начело *in dubio pro reo* се не примењује на решавање правних питања, већ на решавање чињеничних питања од којих зависи одлука о кривичном делу. На пример, уколико одбрана истиче да је окривљени у конкретном случају противправне радње предузео у нужној одбрани, суд ће при утврђивању чињенице да је оштећени критичном приликом кренуо на окривљеном ножем, применити начело *in dubio pro reo*, у случају да из изведених доказа не може са сигурношћу да утврди ни да је имао нож нити да није имао нож односно у колико остане у сумњи у погледу те чињеница, а од ње зависи постојање кривичног дела. Међутим, при решавању правних питања, да ли се чињеница да је оштећени кренуо ножем на окривљеног, може сматрати истовременим противправним нападом, те да ли је одбрана била неопходно потребна, суд неће применити ово начело већ ће донети о томе донети правни закључак, након што под утврђене чињенице подведе законске услове нужне одбране. Дакле, прва фаза представља решавање чињеничних питања (околности критичног догађаја), на које начело *in dubio pro reo* има дејство, а друга фаза је решавање правних питања (подвођење околности критичног догађаја под правну норму), које представља чист логично - правни силогизам судије. Уколико постоји дилема око решавања неког правног питања, она се решава тумачењем правне норме (*iura novit curia*).

Такође, приликом одмеравања казне, које представља правно питање, нема места примени принципа *in dubio pro reo*, с обзиром да је суд пре упуштања у одлуку о кривичној санкцији и мери и висине кривичне санкције, претходно утврдио чињенице од којих зависи одлука о постојању кривичног дела.

Начела *in dubio pro reo* може се примењивати на утврђивања материјалноправних и процесноправних чињеница. Тако, Законик о кривичном поступку Црне Горе изричито прописује да се ово начело применује када се јави сумња у погледу утврђивања чињенице од којих зависи примена одредбе Кривичног законика и Законика о кривичном поступку. Наш законодавац, као и хрватски, ограничава дејство овог начела на сумњу приликом утврђивања чињеница од којих зависи примена *одредбе кривичног закона*, дакле, примењује се само на материјалноправне одредбе. Поставља се питање да ли се онда ово начело протеже и на утврђивање процесних чињеница (нор. Утврђивање процесних сметњи) које за последицу имају доношење одлуке која не спада у „пресуду или решење које одговара пресуди“, а како је законодавац поставио у члану 16 ЗКП. Примена овог начела, разуме се, не мора резултирати само ослобађајућом пресудом. Када суд доноси пресуду којом одбија оптужбу, услед застарелости кривичног гоњења, а остане у сумњи у погледу времена наступања застарелости он ће применити *in dubio pro reo*, али ова примена се и даље односи на материјалноправну чињеницу – застарелост, која за последицу има примену материјалног закона²⁰¹. Што се тиче других процесних одлука у кривичном поступку, сматрамо да нема места примени овог начела, јер је законодавац поставио јасне границе његове примене, не укључујући решавање сумње у погледу утврђивања процесноправних чињеница. Тиме долазимо и до закључка да начело *in dubio pro reo* нема дејство на утврђивање чињеница од којих зависи законитост доказа, па се не може узети за незаконит доказ онај за који постоји сумња да није законит, већ за који је суд у кривичном поступку, то утврдио.

Најзад, начело *in dubio pro reo*, примењује суд у пресуди или решењу које одговара пресуди, па се примена овог начела у претходним фазама од стране другог органа поступка (јавног тужиоца) а приликом доношења одлука попут одбачаја кривичне пријаве, одустанка од кривичног гоњења и слично, не сматра оправдано и води превише екстензивном тумачењу истог. Ово тим пре што у ранијим фазама кривичног поступка нема суштинске потребе за

²⁰¹ Пресуда Вишег суда у Београду Кж1 189/20 од 25.05.2020. године.

применом овог начела, с обзиром да се питање сумње коначно решава тек у пресуди, када треба елиминисати сваку сумњу и одлучити са извеношћу.²⁰²

4. Прикупљање, извођење доказа и оцена доказа у кривичном поступку

4.1. Кривичноправни субјекти који прикупљају доказе

Процес доказивања састоји се из више процесних активности кривичнопроцесних субјеката, које подразумевају три основне активности - прикупљање доказа, извођење и проверавање доказа и оцену доказа. Овлашћени органи, а под одређеним условима и одбрана прикупљају доказе, затим се они пред органом поступка изводе и проверавају, да би их суд, на основу слободног судијског уверења, оценио и на основу њих донео кривичноправне закључке који су основ судске одлуке. Овај процес се одвија динамично и поступно по фазама, с тим да се неке од ових активности истовремено одвијају, нпр., извођење и оцена доказа, прикупљање и извођење доказа и сл. Током процеса доказивања, странке имају и доказну иницијативу исказану у форми предлагања доказа, а суд осим што има овлашћења да прихвати или одбије доказне предлоге, може у одређеним ситуацијама и сам одредити извођење доказа.

У кривичноправној теорији постоје два модела прикупљања доказа – унилатерална метода и билатерална метода. Унилатерална метода је заступљена у традицији континенталне Европе по којој државни монопол прикупља и изводи доказе, сноси ризик резултата утврђивања чињеница и сви докази су *судски докази*.²⁰³ Код ове методе постоји опасност да ће јавни тужилац у прикупљању и извођењу доказа бити „оптерећен“ доказима који користе оптужби, јер полази од своје тезе да је окривљени учинио кривично дело. Билатерална метода, подразумева да странке могу прикупљати своје доказе и водити истраге (полиција и јавни тужилац са једне стране и бранилац окривљеног са друге стране), постоји сложени систем међусобног обавештавања о резултатима истрага тзв. *discovery* и не постоје „судски докази“, већ докази странака. Страначка истрага је карактеристична за кривични поступак у САД је захтевна у погледу форме предузимања „паралелне истраге“, захтева вештине браниоца и улагање додатних трошкова, што привилегује имућне окривљене. У литератури се запажа да се „јавни бранилац (*public defender*), који заступа сиромашне окривљене, због недостатка финансијских средстава „ретко упуштају у опсежне истражне делатности“, те да се његов посао у великој мери своди на преговоре са јавним тужиоцем о концесијама за случај споразума о признању кривице“.²⁰⁴

У нашем кривичноправном систему заступљен је унилатерални метод уз одређене елементе билатералног метода. Заступљена је тужилачка истрага, у којој јавни тужилац руководи претходним поступком, али нема страначку улогу, већ је орган поступак који је

²⁰² В. Ђурђић, „Претпоставка невиности у кривичном поступку“, *Правни информатор*, број 1, 2007, Београд, 67.

²⁰³ М. Дамашка, (2001), 13-14.

²⁰⁴ М. Дамашка, „О неким učincima странаčki oblikovanog pripremnog kaznenog postupka“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 14, 1/2007, 13.

неутралан и објективан приликом прикупљања доказа, водећи рачуна да прикупи доказе које иду у корист окривљеном, док као инструмент постизања „једнакости средстава“ са окривљеним, уведена могућност прикупљања доказа од стране одбране.

Предистражни поступак или тзв. неформална истрага је прва фаза поступка која има циљ откривање кривичног дела и учиниоца и прикупљање доказа. У овој фази доказе прикупљају јавни тужилац и полиција, а судија за претходни поступак има ограничена овлашћења у предузимању одређених доказних радњи попут издавања наредбе о претресању стана и наредби о предузимању посебних доказних радњи. Јавни тужилац, који руководи предистражним поступком има функционално хијерархијски однос са полицијом и на основу наредби преноси своја овлашћења за прикупљање доказа на полицију. Полиција је у овој фази најважнији субјект за прикупљање доказа у циљу обезбеђења трагова кривичних дела и предмета које могу послужити као доказ. Тако полиција у овој фази може по овлашћењу јавног тужиоца, саслушати осумњиченог, одредити потребна вештачења, предузети увиђај и реконструкцију, уз потврду привремено одузети предмете који могу послужити као доказ у кривичном поступку, ући у стан или друге просторије и, по потреби, извршити претресање, прибавити исправе које могу бити доказ у поступку и сл. Све процесне радње које прибави полиција сматраће се доказом у кривичном поступку уколико су предузете у складу са законом.

У истрази доказе прикупљају јавни тужилац, по његовом овлашћењу полиција и одбрана. Јавни тужилац је дужан да прикупља доказе и материјале како на штету тако и у корист одбране (члан 301 ЗКП), а истовремено он изводи доказе предузимањем процесних радњи попут саслушавања окривљеног и испитивања сведока. Осим јавног тужиоца и полиције који активно учествују у истрази, те суда који има улогу да омогући законске услове да се одређене доказне радње спроведу (доношењем наредби), да наложи извођење доказа када јавни тужилац одбије предлоге одбране, као и да контролише законитост доказа (члан 237. ЗКП), законом се прописује могућност да одбрана самостално прикупља доказе и материјале у њену корист. Ова активност субјеката у функцији одбране, која се у теорији назива и „паралелна истрага“, релативно је новија установа у нашем кривичном поступку. Прикупљање доказа и материјала од стране одбране није обавезна, јер „са једне стране, окривљени није дужан да доказује своју невиност (у складу са дејством претпоставке невиности) и може се држати пасивно у поступку, па самим тим је то само могућност за њега, док са друге стране, ова процесна активност је могућа само у случају да се истрага води против познатог учиниоца“.²⁰⁵

Увођењем овог адверзијалног института, окривљени и његов бранилац су добили право да самостално прикупљају доказе и материјал у корист одбране. Иако су и раније имали право да прикупљају податке о доказима и оспоравају њихову веродостојност, те активности и евиденције нису имале форму процесних радњи нити им је у доказном поступку била дефинисана функција, већ су чак могли да се протумаче као „недозвољени утицаји“.²⁰⁶ И Дамашка наводи да „по унилатералној методи прикупљања доказа и традицији континенталне Европе, држава има монопол да прикупља доказе, па када би одбрана водила неку паралелну истрагу, испитивала сведоке и слично, то би се сматрало утицајем на сведоке и ометањем истражне функције државе“.²⁰⁷ Ипак, како је Законик о кривичном поступку из

²⁰⁵ М.Шкулић (2014), 320.

²⁰⁶ Горан П. Илић *et al.*, 794.

²⁰⁷ М. Дамашка, (2001), 14.

2011. године, имплементирао највише адверзијалних елемената²⁰⁸ у кривични поступак, до сада, није изненађујуће да је и овај институт адверзијалног страначког прикупљања доказа постао саставни део нашег кривичног поступка.

Закоником о кривичном поступку прописано је да осумњичени и његов бранилац могу самостално прикупљати доказе и материјал у корист одбране, те да у остваривању ових овлашћења имају право²⁰⁹:

1) да разговарају са лицем које им може пружити податке корисне за одбрану и да од тог лица прибављају писане изјаве и обавештења, уз његову сагласност, с тим да се ово право не односи на оштећеног и на лица која су већ испитана од стране полиције или јавног тужиоца.

2) да улазе у приватне просторије или просторе који нису отворени за јавност, у стан или просторе повезане са станом, уз пристанак њиховог држаоца;

3) да од физичког или правног лица преузму предмета и исправе и прибаве обавештења којима оно располаже, уз његову сагласност, као и уз обавезу да том лицу издају потврду са пописом преузетих предмета и исправа.

Одредбом члана 301 став 4 ЗКП је прописано да писана изјава и обавештење из тачка 1. овог члана могу се користити од стране окривљеног и његовог браниоца у току испитивања сведока или провере веродостојности његовог исказа или за доношење одлуке о испитивању одређеног лица као сведока од стране јавног тужиоца или суда.

Из овако формулисане одредбе већ се примећује да је сам назив одредбе „прикупљање доказа..“, у потпуној супротности са њеном садржином. Наиме, иако је ова процесна активност одбране названа прикупљање „доказа“, она никако не може одговарати прикупљању материјала, који се може сматрати доказом, из више разлога. Најпре се већ ставом 4 овог члана, утврђује „функција“ прикупљеног материјала, која је искључиво припремна и контролна (може се користити само у току испитивања сведока ради провере веродостојности његовог исказа или ради оцене да ли ће одређено лице бити испитано као сведок од стране јавног тужиоца или суда). Да је интенција законодавца била да се одбрани да самостално право да прикупља доказе, то би се свакако и дефинисало у овој одредби, док формализовање неформалне активности одбране који нема никакав доказни значај не доприноси ни ефикасности поступања нити јачања принципа „једнакости оружја“ у кривичном поступку.

Осим тога, да би се овај материјал сматрао доказом, Законик је морао да предвиди услове под којима се он може прикупити.²¹⁰ Предузимање ових радњи требало би да буде праћено „низом формалности“, које у Законику нису прописане, а што се не може надоместити у судској пракси, јер се ради о нормативним поставкама, а не тумачењу.²¹¹ Није

²⁰⁸ О основним адверзијалним елементима који су унети у Законик о кривичном поступку види: М.Шкулић, „Степен (неусаглашености) кривичног поступка Србије са европским стандардима“, *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације)*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVI редовно годишње саветовање, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Intertex, Златибор – Београд 2016, 69.

²⁰⁹ Одредба члана 301 Законика о кривичном поступку.

²¹⁰ Као што су Закоником прописани услови за доказе које је полиција прибавила предузимањем доказних радњи (члан 287. став 2), или са записником о исказу осумњиченог датом пред органом предистражног поступка (члан 289. став 4).

²¹¹ Горан П. Илић *et al.*, 795-796. У коментару се наводи и „да старање о веродостојности прикупљања доказа и материјала, о смањењу ризика од дискредитације, али и о поштењу као изузетно важном начелу професионалне етике адвоката, налажу браниоцу да мере предострожности предузима, иако га закон на то не обавезује (бранилац би требало да упозори лице с којим ступа у разговор: да има својство браниоца у одређеном кривичном поступку, уз навођење назива суда и назива кривичног дела, да је сврха разговора прикупљање

предвиђена на пример форма у којој бранилац саставља изјаву од лица које им може пружити податке корисне за одбрану. За разлику од нашег нормативног решења, италијанским Закоником о кривичном поступку (*Codice di procedura penale – CPP*),²¹² детаљно су разрађена правила прикупљања доказа од стране окривљеног и браниоца (391 bis – 391 decies). Јасно је дефинисано „да одбрана може резултате сопствене истраге да презентује директно судији који одлучује шта ће се унети у списе предмета“.²¹³ Детаљно су прописани и начин обављања разговора, примања изјава, обавештења и прегледа места и просторија од стране одбране у чије име бранилац, овлашћени приватни истражитељ и по потреби стручни саветник предузимају радње. Тако на пример, обавештења и изјаве се сачињавају како то прописује закон, уз обавезу упозорења о својству и циљу разговора, као и поучавања лица од којег се изјава узима да има право да ускрати изјаву, затим, дозвољено је приступање ради прегледа места и ствари, као и приватним просторијама, о чему се сачињава записник, док се за сва потребна одобрења (нпр. уласка у приватне просторије) бранилац се обраћа судији који доноси наредбу.²¹⁴

За разлику од италијанског модела „паралелне истраге“, у којем је изричито прописано да резултати истраге одбрана могу бити докази у кривичном поступку, као и да је последица кршења одредаба о начину прикупљању доказа немогућност његовог коришћења (и дисциплинска одговорност), наш законодавац јасно искључује могућност да се материјал до којег је одбрана дошла, сматра доказом у кривичном поступку. Самим тим овај материјал, иако се назива „доказ“ који је прикупила одбрана, не подлеже оцени законитости нити се може издвојити из списка.

Право на прикупљање доказа додатно „губи смисао“ са обавезом браниоца да одмах упозна јавног тужиоца са доказе којима располаже, као и да му пре завршетка истраге омогући увид у прикупљене доказе (члан 302. ЗКП), на који начин се „одбрани ускраћује могућност осмишљавања било какве стратегије, а бранилац се обавезује да тужиоцу достави и онај материјал који може користити тужилаштву“.²¹⁵

Иако је *ratio legis* омогућавања одбрани да у току истраге прикупља доказе и материјал у своју корист да се побољша положај окривљеног у истрази и да се обезбеди једнак положај одбране и јавног тужиоца, сви наведени недостаци у нормирању овог института и аргументи изнети у правној теорији, са правом доводе у питање остваривање сврхе увођења овог адверзијалног института у наш правни систем, а што додатно потврђује и потпуни изостанак његове примене у судској и тужилачкој пракси.

доказа у корист одбране, да током разговора не сме пружити обавештења о врсти и садржају, доказа који су у кривичном поступку већ прикупљени и тд.)“.

²¹² *Codice di Procedura Penale*, Testo coordinato ed aggiornato del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447, Aggiornato alla Legge 26 aprile 2019. Механизам „паралелне истраге“, по узору на италијанског законодавца, прихвата Закон о кривичном поступку Републике Северне Македоније - Закон за кривичната постапка, *Сл. Весник* на РМ, бр.150/2010 од 18.11.2010. година, измени *Сл. Весник* на РМ, бр.100/2012 од 6.8.2012 година, бр. 142/2016 од 1.8.2016 година (чл. 306 – 311 ЗКП).

²¹³ J. R. Spencer, *Evidence, European Criminal Procedures* (eds. Mireille Delmas – Marty, J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge 2002, 627.

²¹⁴ Александар Бошковић, „Странацка истрага у српском и италијанском кривичном процесном законодавству и ефикасност истражног поступка“, *Ревија за криминологију и кривично право*, 1/2015, 98-105.

²¹⁵ Југослав Тинтор, „Одбрана, као страна у поступку у тужилачкој истрази (анализа новог ЗКП у Србији)“, *Тужилачка истрага, регионална кривичнопрацесна законодавства и искуства у примени* (ур. И. Јовановић, А. Петровић Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд, 2014, 251.

4.2. Предлагање доказа и преклузија доказа током кривичног поступка

Доказна иницијатива странака је процесна форма у којој суд сазнаје за постојање доказа. Предлагање доказа може да представља „реализацију дужности или права странака у кривичном поступку, па отуда, странка на којој је терет доказивања (јавни тужилац) има дужност да предлаже доказе, а бранилац и окривљени имају право на пружање доказа“.²¹⁶

У фази истраге, бранилац и окривљени имају право да предлажу јавном тужиоцу да предузме доказне радње, а јавни тужилац је дужан да изведе доказе који ће поткрепити довољан степен сумње за оптужење, с тим да јавни тужилац има дужност и да са једнаком пажњом испитује чињенице које терете окривљеног и чињенице које му иду у корист. Јавни тужилац у овој фази има положај непристрасног органа поступка, који врши своју функцију у јавном интересу, ради обезбеђивања примене Устава и закона. У поступку пред судом, јавни тужилац је истовремено и активна страна у поступку која доказује своју оптужбу, па се основано може поставити питање спојивости два захтева у поступку који је страначки конципиран – доказивање оптужбе и непристрасног вођења кривичног поступка.

Приликом одлучивања о доказном предлогу браниоца и окривљеног, тужилац може да одбије предлог или о њему уопште не одлучи у року од 8 дана, када одбрана тај доказни предлог може да упутити судији за претходни поступак, који је дужан да у року од 8 дана одбије или усвоји предлог и наложи тужиоцу да предузме радњу у неком року (члан 302. ЗКП). Када бранилац или окривљени предложе одређивање вештачења у истрази, јавни тужилац, уколико одбије такав предлог, доноси решење против којег окривљени и његов бранилац могу да изјаве жалбу, о којој одлучује судија за претходни поступак у року од 48 сати.

Судија за претходни поступак у тим случајевима, поново цени предлог одбране (околности на које се предлажу докази), уз разматрање до тада прикупљених доказа током предистражног поступка и истраге, с тим да суд не може, као што је то предвиђено у неким кривичнопроцесним законодавствима који познају страначки концепт истраге, сам да изведе такав доказ²¹⁷. У судској пракси, запажа се да судија за претходни поступак ретко усваја предлог одбране и налаже јавном тужиоцу предузимање доказне радње. Избегавање судије да се у овој фази „меша у рад тужиоца“ је највероватније последица неколико фактора, прво, судија за претходни поступак, с обзиром на своја ограничена овлашћења, има пасивну улогу у утврђивању чињеница које су од важности за оптужење и не може сам спровести ни једну истражну радњу, друго, супротстављање ставу јавног тужиоца, који је одговоран за спровођење истраге и подизање оптужног акта, подразумева упознавање са свих до тада прикупљеним доказима уз оцену да ли је конкретан предложени доказ од значаја за утврђивање „оправдане сумње“ која је потребна за подизање оптужног акта и треће, судска контрола свакако следи у фази контроле оптужнице, када кривично ванпретресно веће може наложити јавног тужиоцу да изведе доказе у допуни истраге.

Ипак, овакво поступање у пракси је неоправдано, с обзиром на концепт страначке истраге, у којој је јавни тужилац орган поступка који води истрагу и изводи доказе како у корист окривљеног, тако и у корист оптужбе, док одбрана има овлашћења да предлаже и

²¹⁶ З.Јекић (1989), 38.

²¹⁷ У Радној верзији Закона о изменама и допунама ЗКП – а од 2011. године, било је предвиђено да у случају усвајања предлога осумњиченог и његовог браниоца, судија за претходни поступак предузима доказну радњу.

прикупља доказе у корист окривљеног, а улога судије за претходни поступку је „устојена“ као контролна и превентивна и као таква треба, са једне стране, да елиминише незаконито прикупљене доказе (путем издвајања незаконитих доказа и по службеној дужности), а са друге стране, да спречи пристрасност у поступању јавног тужиоца када не одлучи о предлогу односно одбије предлог одбране за извођење доказа (налагањем тужиоцу да изведе доказе одбране). Пасивно држање суда у овој фази „слаби бригу о комплетности доказа и тачном утврђивању чињеница, што може бити оправдано само у грађанским поступцима у којима је због блаже природе грађанске санкције мање проблематична грешка у утврђивању чињеница“.²¹⁸

Осим што се постојећим законским оквиром утврђује искључива одговорност јавног тужиоца за истрагу, док је контрола суда у погледу доказне поткрепљености оправдане сумње изостала, недостатак овакве концепције је и пропуст законодавца да у овој фази омогући судско обезбеђивање доказа, а нарочито доказа за које постоји опасност да се у расправној фази неће моћи извести.

У немачком кривичном поступку, јавни тужилац утврђује не само чињенице које су против окривљеног већ и оне које му иду у прилог,²¹⁹ али истражни судија (*Ermittlungsrichter*) има одређену улогу и надлежност, па поред оне која је утврђена нашим Закоником о кривичном поступку, има могућност да предузима одређене истражне процесне радње по захтеву тужилаштва (§160 StPO) попут судских саслушања и хитних доказних радњи (§ 58a (1) StPO), као и оних радњи, које не трпе одлагање (§165 StPO), попут на пример, случаја саслушања сведока који је тешко болестан или веома стар, па постоји велика вероватноћа да неће моћи да касније, поново буде саслушан, ако дође до вођења главног претреса.²²⁰

Слично томе, у Хрватској, на предлог јавног тужиоца, оштећеног као тужиоца или окривљеног, судија истраге може у складу са чланом 236 ЗКПХ спровести доказно рочиште на којем се могу спровести одређене доказне радње, попут испитивања сведока из члана 292 и 293 ЗКПХ (као што је дете које није навршило 14 година), испитивања сведока из члана 285 став 1 тачка 1 до 3 ЗКПХ (као што су привилеговани сведоци), ако постоји бојазан да на расправи неће дати исказ, испитивања сведока који неће моћи да буде испитан на расправи, испитивања сведока који је изложен утицају који доводи у питање истинитости исказа и извођење других доказа који се неће моћи касније извести. На овај начин, судским испитивање сведока на доказном рочишту, на којем присуствују јавни тужилац, окривљени, бранилац и оштећени, остварује се право конфронтације односно право окривљеног да испитује сведоке оптужбе и уједно се омогућава присуство и испитивање сведока одбране под истим условима као и сведока оптужбе.

Исто тако, у Републици Српској и Федерацији БиХ судија за претходни поступак може, на предлог странака или браниоца, наредити да се изјава сведока узме на посебном саслушању када је у интересу правде да се сведок саслуша како би се његов исказ користио на главном претресу зато што постоји могућност да неће бити доступан суду за време суђења (чл. 231 ст. 1 ЗКПРС).

²¹⁸ M. Damaška, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven – London 1997, 120.

²¹⁹ § 160 (2) Законика о кривичном поступку Немачке, *Strafprozeßordnung* – StPO, vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 11. Juli 2019 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist.

²²⁰ О томе: М. Шкулић, „Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка“, *Crimen* (IV), 2/2013, 189 – 190.

У расправној фази пред судом, до преласка на страначки поступак, који је ограничио доказну активност суда, преклузија доказа није постојала, већ је суд био дужан да утврди истину у кривичном поступку, без обзира на доказну иницијативу странака. Странке су могле током читавог поступка да предлажу доказе, без икаквих процесних последица, јер суд по службеној дужности могао да изведе сваки доказ. Чак и да је кашњење са предлагањем доказа намерно, то „није био основ да суд одбије извођење доказа, јер би то било у опреси са циљем доказа који иде за тим да пронађе материјалну истину у кривичном поступку“.²²¹

Са увођењем адверзијалних елемената у наш кривични поступак, уведена је преклузија доказа односно забрана предлагања нових доказа, ако је странка за њих знала, али их није предложила на припремном рочишту. Преклузија доказа је карактеристична за адверзијалне системе и поротна суђења, у којима кашњење у предлагању доказа подлеже процесном санкцијом – одбијањем суда да изведе неблаговремено предложен доказ. Федерална правила поступка САД прописују правила „откривања доказа“ и обавезу странка која дође до додатних доказа или материјала подложних откривању и надзору према правилима, да пре или у току суђења, одмах открије њихово постојање другој странци или суду, уколико је претходно друга странка тражила или је суд наредио њихово прибављање (*continuing duty to disclose*), а у супротном такав доказ ће бити екслудирани из кривичног поступка.²²²

Законик о кривичном поступку прописује да током кривичног поступка странке, бранилац и оштећени до завршетка главног претреса могу предлагати да се изведу нови докази и могу поновити предлоге који су раније одбијени, а о извођењу доказа који су предложени одлучује председник већа (чл. 395 ст. 1 и 2 ЗКП). Ако је предложено извођење доказа који је незаконит (у складу са одредбом члана 16 став 1 ЗКП) председник већа ће одбити предлог образложеним решењем. (чл. 395 ст. 3 ЗКП). Председник већа може образложеним решењем одбити доказни предлог ако оцени да је реч о доказу у погледу којег постоји неки од следећих алтернативно прописаних разлога (чл. 395 ст. 4 ЗКП): 1) ако су за доказ странке, бранилац и оштећени знали у току припремног рочишта или након одређивања главног претреса, али га без оправданог разлога нису предложили; 2) уколико је доказни предлог усмерен на доказивање чињеница које нису предмет доказивања или се односи на чињенице које се не доказују; 3) чије извођење је очигледно усмерено на одуговлачење поступка.

Суд ће у пракси ретко поступити у складу са чланом 395 став 4 тачка 1 ЗКП, с обзиром да је „одговоран“ за тачно и потпуно утврђено чињенично стање, па је ризик да првостепена пресуда буде укинута, већи, уколико је такав доказ од утицаја одлуку суда. Такође, ако је суд законом овлашћен да изведе доказе по службеној дужности када је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано распрасио, то је одбијање предлога да се изведе доказ који је значајан за разветљавање чињеничног стања, несврнисходан за остваривање циља кривичног поступка. Ни у адверзијалним поступцима одбијање неблаговремених доказних предлога није честа појава. Супротно томе, у кривичноправној теорији се сматра да су ретки случајеви да суд „посегне“ за преклузијом, уколико би постојала опасност да би она могла довести до битне повреде одредаба.²²³

²²¹ Б.Марковић (1930), 340-341.

²²² Правило 16 тачка С Федералних правила поступка (Discovery and Inspection).

²²³ М. Дамашка, „О неким уџинцима странаџки обликованог припремног казненог поступка“, *Хрватски лјетопис за казнено право и праксу*, vol. 14, 1/2007, 9.

Право на предлагање нових доказа постоји у поступку по жалби (*beneficium provocum*), уз дужност да подносилац жалбе наведе разлоге због којих овај предлог није раније истакао, а у поступку по ванредним правним лековима односно у захтеву за понављање кривичног поступка могу се предложити нови докази.

У хрватском кривичном поступку се од преклузије доказа одустало, па постојећа законска регулатива омогућава да странке могу на главном претресу без ограничења предлагати доказе с циљем утврђивања чињеница, осим ако је реч о незаконитом докази или чињеници која се може доказивати, чињеницама неважним за одлучивање, ако је у питању доказ неприкладан за утврђивање конкретне чињенице или доказни предлог има за циљ да се тиме одуговлачи поступак (члан 421. Закона о казненом поступку Хрватске).

4.3. Извођење доказа *ex officio* према Законику о кривичном поступку

Дамашка наводи да је сликовит пример како традиционална схватања о процесним улогама утичу на примену прописа расправних судија Хашког трибунала у доказном поступку. „Док се судије које потичу из земаља континентално - европске традиције без резерви уплећу у испитивање сведока, њихове колеге из англо-америчких држава сматрају ту активност непожељном или чак неумесном, па се од ње суздржавају. Он истиче да се исте норме о утврђивању чињеница примењују на различит начин (*eadem sed aliter*), а разлог томе је што су у континенталној Европи судије још у касном средњем веку постали истражитељи, који су одговорни за утврђивање чињеница, док је у Енглеској у исто време одговорност и терет утврђивања чињеница пребачена на пороту (пресуђиваче-лаике). Зато се у процесима који се заснивају на енглеској правној традицији у којој на странкама лежи терет доказа, судско уплећање у утврђивање чињеница може лако испасти као помоћ једној или другој страни у доношењу тог терета“.²²⁴

У мешовитом кривичном поступку, какав је наш поступак, суд одлучује о доказима које треба извести на основу предлога странка у поступку, а изузетно по службеној дужности. Право на предлагање доказа представља расправни елемент, а могућност извођења доказа *ex officio* сматра се инквизиторским елементом. Комбинацијом ова два елемента, обезбеђује се „с једне стране сигурност странака да ће својим доказним предлозима које треба извести моћи да исправе евентуална штетна уверења суда о постојању или непостојању чињеница те допринети њиховом правилном и потпуном утврђивању, а с друге стране, омогућава се суду да учествује у извођењу доказа када то захтевају његове сазнајне потребе“.²²⁵

У адверзијаним (страначким) поступцима, тежња је да се обезбеди правични поступак, уз доминацију расправног начела, које подразумева да је свака странка дужна да истакне чињенице и доказе који ће се изводити, док је суд пасиван арбитар који доноси одлуку према резултату „страначког двобоја“. Уколико окривљени не истакне чињенице које му иду у корист и не предложи довољно доказа који поткрепљују чињенице на које се позива, оне се неће износити пред пороту.

Постојећим законским оквиром, напуштено је начело материјалне истине, карактеристично за континентално - европске поступке, па су на место основних постулата доказног права „ступили“ адверзијални елементи који се огледају у томе да суд има ограничену доказну улогу у кривичном поступку, да изводи доказе по страначкој

²²⁴ М. Дамашка (2007), 5.

²²⁵ D. Крапас (2020), 439.

иницијативи и да је терет доказивања на тужиоцу.²²⁶ Нека законодавства су задржала могућност да суд изводи доказе по службеној дужности, дајући превагу истини односно правилном пресуђењу, наспрам страначкој максими.²²⁷

Суд у доказном поступку, после саслушања оптуженог, одређује да се изводе докази које предложи тужилац, потом докази које предложи одбрана, након тога докази чије извођење је одредило веће по службеној дужности и по предлогу оштећеног, а на крају докази о чињеницама од којих зависи одлука о врсти и мери кривичне санкције, с тим да може из оправданих разлога одредити другачији редослед (члан 396 став 1 ЗКП). Приликом извођења доказа суд није пасиван, што произилази из одредаба Законика о кривичном поступку (сведок ће увек бити питан откуд му је познато оно о чему сведочи (члан 98 став 4); суд ће по службеној дужности наредити да се вештачење понови, када су налаз или мишљење вештака нејасни или противречни, или је налаз непотпун, погрешан или сумњиве истинитости (члан 124. став 1); суд изводи доказе од којих зависи оцена да ли признање окривљеног испуњава услове из члана 88. (члан 394. став 3); председник већа увек може да оптуженом, сведоку или стручном сараднику постави питање које доприноси потпунијем или јаснијем одговору на већ постављено питање (члан 398. став 5. и члан 402. став 7 и тд.).

Председник већа може на припремном рочишту наредити прибављање нових доказа за главни претрес (чл. 350 ст. 2), а на главном претресу веће може одредити извођење нових доказа пре завршетка доказног поступка (члан 408 ЗКП), у накнадној допуни доказног поступка (члан 411 ЗКП), у наставку доказног поступка после завршних речи (члан 414 ЗКП) и у току већања и гласања (члан 415 ЗКП).

У складу са чланом 15 став 4 ЗКП, суд може изузетно да „изађе из оквира доказних предлога странака“,²²⁸ тако што ће дати налог странкама да предложе извођење допунских доказе или, изузетно, сам одредити да се такви докази изведу, ако оцени да су изведени докази противуречни или нејасни, као и да је то неопходно, с циљем свестраног расправљања предмета доказивања. Суд ће дати налог странци да предложи допунске доказе уколико су испуњени кумулативни услови и то да су изведени докази противречни или нејасни и да постоји неопходна потреба да се предмет доказивања свестрано расправи. Сматра се да се „унутрашња дисфункција доказа тиче сваког доказа понаособ, а спољашња дисфункција настаје у међусобном односу два или више доказа, док је доказ нејасан (неодређен, неразговетан, неразумљив, недоречен) најчешће сам по себи, а противречан може бити и сам по себи и у односу на друге доказе“.²²⁹ Оцена да ли извођење допунских доказа односно

²²⁶ ЗКП усвојен 2001. године (Законик о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ*, број 70/2001, 68/2002, *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон), предвиђао је концепт доказног поступка уређен на темељу акузаторских елемената и начела материјалне истине: 1) доказују се све чињенице, за које суд сматра да су важне за правилно пресуђење (члан 326 став 2 ЗКП); 2) председник већа утврђује редослед извођења доказа (члан 326 став 3 ЗКП); 3) веће одлучује да се изведу докази који нису предложени или од којих је предлагач одустао (члан 326 став 5 ЗКП); 4) суд саслушава оптуженог, сведока и вештака и даје реч странкама, браниоцу, вештацима (члан 296 став 1 ЗКП); 5) председника већа је дужан да се стара „за свестрано претресање предмета, проналажења истине и отклања свега што одуговлачи поступак, а не служи разјашњењу ствари“ (члан 296 ЗКП).

²²⁷ Према Закону о кривичном поступку Немачке, у циљу утврђивања истине, суд је по службеној дужности дужан да прошири извођење доказа на све оне чињенице и доказе који су значајни за доношење одлуке (§ 244 (2) StPO). И Закон о казненом поступку Хрватске се прописује да „доказивање обухваћа све чињенице за које суд и странке сматрају да су важне за правилно пресуђење“ (члан 418 став 1 ЗКП), а „веће може одлучити да се изведу докази који нису предложени или од којих је предлагатељ одустао“ (419 став 3 ЗКП).

²²⁸ С.Бркић (2014), 299.

²²⁹ Горан П. Илић *et al.*, 134.

извођење доказа *ex officio* неопходно с циљем свестраног расправљања предмета доказивања, зависи од процене председника већа односно судије појединца.

Овде се постављају два питања: Прво, да ли суд може утврђивати чињенице које странке нису истакле током поступка, друго да ли може изводити доказе ради утврђивања чињеница које не иду у прилог одбрани?

Илустроваћемо једним примером: Ако се против окривљеног води поступак због сумње да је супстанце које су проглашене за опојну дрогу - „бупренорфин“ неовлашћено држао ради даље продаје, а окривљени и његов бранилац не истакну чињеницу да је исти био на терапији бупренорфина нити понуде доказе у прилог те чињенице, да ли судија може сам одредити да се ова чињеница утврди извођењем доказа. Исто тако можемо замислити да се бранилац и окривљени позивају на чињеницу да је окривљени био на терапији бупренорфина, али не предложи да се прибави медицински картон из којег произлази да је таква терапија завршена пар година пре инкриминисаног догађаја, која чињеница иде у прилог оптужбе.

Иако је свестрано расправљање предмета доказивања је предуслов да би суд на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа појединачно и у вези са осталим доказима извео закључак о извесности или сумњи у постојање одређених чињеница (члан 419. став 2 ЗКП), сматра се да би „свако екстензивно тумачење права суда да изводи доказе по службеној дужности нарушавало основну концепцију адверзијалног поступка и враћало суд на терен инквизиционе максиме и учинило суђење неправичним“.²³⁰ У судској пракси је заузет став да се одредба члана 15. став 4. мора тумачити крајње рестриктивно, јер је интенција законодавца била управо то да суд „улази у арену“ само изузетно, а било би у супротности са осталим ставовима овог члана и концепцијом целог Законика.²³¹

Сматра се да суд не може изводити доказе *ex officio* у погледу утврђивања чињеница у погледу којих нису ни били изведени докази.²³² Доследно спроведено начело непристрасности налагала би строго уздржавање суда од било какве чињеничне или доказне интервенције у материјал који су странке понудиле. Међутим, у појединим случајевима „интереси правичности би налагали суду да интервенише“ и то у интересу одбране.²³³ Иако суд нема прокламаторну дужност утврђивања материјалне истине, „интереси елементарне правичности би налагали да у појединим случајевима "изађе" из улоге непристрасног арбитра и наложи утврђивање и оних чињеница на које се одбрана није позвала а које би јој могле ићи у прилог или пак да нареди извођење одређених доказа који би поткрепили тезу одбране“.²³⁴ Према становиште једног дела судске праксе суд може изводити *ex officio* доказе искључиво у корист окривљеног (дејством процесних претпоставки које су постављене у корист окривљеног). Суд не би смео да интервенише извођењем доказа *ex officio* ради отклањања противречности или нејасноћа у доказима оптужбе, или ради употпуњавања доказа чија је непотпуност искључиво последица пропуста и недостатака у

²³⁰ Горан П. Илић *et al.*, 135.

²³¹ Правно схватање Вишег суд у Београду– Посебно одељење за организовани криминал и Одељење за ратне злочине, децембар 2011. и 2012. и Одговор дат на седници Кривичног одељења Апелационог суда у Новом саду, 29. и 30. октобар 2014 цитирано према Горан П. Илић *et al.*, 136.

²³² С.Бркић, „Могућности и границе американизације главног претреса према ЗКП Србије из 2001. Године“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Ирена Пејић), бр. 76, Ниш, 2017, 279 – 280.

²³³ В.Бајовић (2014), 139-142.

²³⁴ *Ibid.*, 142.

оквиру тужиочевог терета доказивања.²³⁵ Овакав став полази од основног задатка тужилаштва као државног органа, да гони учиниоце кривичног дела и у поступку докаже оптужбу, због чега суд није није овлашћен да исправља пропусте тужилаштва, које само сноси одговорност за недоказаност кривице окривљеног.

Са друге стране, становиште је да је законодавац предвидео могућност извођења доказа од стране суда, остављајући суду одговорност за тачно и потпуно утврђено чињенично стање. У правној теорији се наводи да се „не може говорити о чистом субјективном терету доказивања – терету доказивања на самим странкама, већ да је на изванредан начин модификован у правцу објективног терета доказивања“.²³⁶ Ово тим пре што се пресуде и када изостаје доказна иницијатива, побијају због погрешног и непотпуно утврђеног чињеничног стања, док се другостепени суд у пракси „не либи“ да наложи извођење новог доказа, на околности које су истицане од странака у поступку. Аргумент да је при извођењу доказа по службеној дужности неизвесно да ли ће исти бити у корист или на штету одбране, управо говори у прилог томе да законодавац није имао интенцију да ограничи ово право суда, јер би тако нешто морало бити прописано.

Одговорност суда за законитост доказа који су изведени у доказном поступку је остала неизмењена, па је суд *ex officio* дужан да води рачуна о томе да ли су докази прикупљени и изведени на законито прописан начин и да ли су у складу са принудним прописима, док, у супротном, има обавезу да их издвоји из списка и њима не може заснивати одлуку.

²³⁵ Горан П. Илић *et al.*, 137-138.

²³⁶ Татјана Бугарски, „Испитивање сведока“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2013, 132.

**ДРУГИ ДЕО – ПОЈАМ НЕЗАКОНИТИХ ДОКАЗА И СТАНДАРДИ ЕВРОПСКОГ
СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА**

1. Доказне забране и незаконити докази у кривичном поступку

1.1. Оцена доказа и доказне забране

У кривичном поступку, који има за циљ решавања кривичноправне ствари, доказивање је најзначајнији, али и најосетљивија фаза. Под доказивањем подразумевамо делатност употребе доказа у циљу утврђивања неке важне чињенице пред судом у кривичном поступку. Она обухвата поступак одлучивања суда о предложеним доказима и доказима који су изведени у претходном поступку, затим, извођење доказа пред судом, када суд сазнаје за садржај доказа и тако „уводи његов спознајни материјал у поступак“, и на крају, суд, овај садржај доказа суд цени тако што га подвргава „савесној“ оцени, на основу чега изводи закључак да ли је нека чињеница доказана или није.²³⁷ Оцена доказа је последња активност суда у поступку доказивања и састоји се „у одређивању вредности откривених и изведених доказа у односу на предмет доказивања, који чини садржај кривичне ствари“.²³⁸

Осетљивост доказне делатности се огледа у томе што је суд дужан да води рачуна о форми доказивања и законитости доказа путем којих доноси своје кривичноправне закључке, на који начин истовремено штити права окривљеног и учесника у поступку. Осим тога, један од темељних захтева кривичног поступка је правично суђење (*fair trial*), а то подразумева „да докази морају задовољити два критеријума: „да информациона садржина доказа буде веродостојна и да доказ настане у правно прописаним оквирима, у супротном доказ ће бити противправан и активирају се механизми процесних санкција“.²³⁹ Иако јавни интерес налаже да се у кривичном поступку дође до истине, с циљем да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција, одлука суда се може заснивати само на доказима који су изведени из законом прописаних доказних средства и на законит начин. Захтев за поштовањем законом предвиђене форме за предузимање доказних радњи своје оправдање налази у чињеници да у кривичном поступку може бити коришћена само „доказна грађа која је, уз поштовање свих процесних форми и гаранција права грађана, прибављена од стране овлашћених органа“.²⁴⁰

Уколико се не инсистира на законитости доказа, доводи се у питање да ли је неко сазнање проистекло из исказа сведока или неког акта који је презентован органу поступка уопште сазнање које може да има неки значај. Сведено на апсурд, непоштовање законитости у прибављању доказа доводи у питање да ли нам је онда уопште доказ и потребан, јер уколико држава не би бирала средство у прибављању доказа, кривични поступак би постао

²³⁷ Д.Кгарас (2020), 437-438.

²³⁸ С.Бејатовић (2016), 289.

²³⁹ Farkas –Róth, *A büntetőeljárás*, Budapest, 2007, 117, цитирано према Иштван Фејеш, „Систем изузетака од примене од примене „Теорије плода отровног дрвета““, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2015, 521.

²⁴⁰ Г.П.Илић (2006), 33.

„фарса кроз примену голе моћи државе“.²⁴¹ Супротно томе, управо се „правилима доказивања, судским путем постављају стандарди понашања државних органа приликом прикупљања и извођења доказа“.²⁴² Овлашћења органа вођења кривичног поступка су, дакле, ограничена захтевом за законитим поступањем.

Прописана правила на основу којих се изводе и оцењују докази, у теорији се сматрају одступањем од начела слободне оцене доказа и слободног судијског уверења, која прокламују сва модерна кривичнопроцесна законодавства.²⁴³ Тако нпр. законодавац прописује да се судска одлука не може заснивати на доказима прибављеним изнуђивањем признања или да суд не може заснивати своју одлуку на доказима прибављеним супротно Уставу и закону. Вредност доказа у кривичном поступку за расветљавање и решење кривичне ствари се заснива на њиховој законитости и о томе је суд дужан да води рачуна током читавог поступка, док у случају непоштовања њихове законитости долази до недопуштеног доказа који се не може употребити у поступку.²⁴⁴ Доказ може бити недопуштен јер је то у закону прописано или може бити недопуштен јер је суд оценио да није у сагласности са правним поретком или правилима кривичног поступка.

Доказна правила, која садрже ограничења и забране, у теорији се називају доказним забранама,²⁴⁵ а прописивање да се одлука не може заснивати на одређеном незаконитом доказу заправо представља прикривено доказно правило.²⁴⁶ Доказна правила и терет доказивања су повезани институти у кривичном поступку, с тим што се први односе на прописане форме извођења и оцене доказа, док се терет доказивања односи на решавање последица неуспеха тог процеса.

У теорији се доказним забранама сматрају забране које се односе на начин извођења доказа и оцену доказа. *Шкулић* сматра да су то правила „по којима се одређена доказна средства начелно искључују од употребе у кривичном поступку, а извори доказа се, из одређених разлога (неетичности, стриктне законске забрањености, непоузданост или њихов криминални карактер) не могу користити за утврђивање чињеница у кривичном поступку нити се на њима може заснивати одлука суда“.²⁴⁷ Под доказним забранама подразумевају се „све правне норме које садрже ограничења за извођење доказа у кривичном поступку које се односе или на забрану коришћења доказних средства и доказа или на забрану њиховог вредновања“.²⁴⁸ Прве су апсолутног карактера и никако не могу бити законита доказна средства, док су друге релативног карактера, будући да се ради о доказним средствима која су иначе допуштена, али нису подобра за коришћење у кривичном поступку, због грешака насталих приликом њиховог извођења.²⁴⁹

²⁴¹ D.Крпач, *Kazneno procesno pravo*, Institucije, Zagreb, 2015, 425.

²⁴² M.Дамашка, „Procesne posljedice upotrebe dokaza dobivenih na nedozvoljeni način“, *Naša zakonitost*, br. 3–6, Zagreb, 1960, 228.

²⁴³ Више о томе: М.Шкулић, „Начело слободне оцене доказа у кривичном поступку“, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1-2, 2002, 295-316; С.Кнежевић, *Основна начела кривичног процесног права*, Студентски културни центар, Ниш, 2012, 102.

²⁴⁴ Д.Димитријевић (1981), 194.

²⁴⁵ Сматра се да је теоретичар *E.Beling* први пут израз „die Beweisverbote“ употребио у свом делу из 1903.године.

²⁴⁶ M.Дамашка, (2001), 23-24.

²⁴⁷ М.Шкулић (2015), 66.

²⁴⁸ М.Шкулић (2014), 187-188.

²⁴⁹ *Ibid.*, 187.

У немачком кривично процесном праву, постоји подела доказних забрана на две групе: „1. Забрана прикупљања одређених доказа и коришћење доказних средстава (Beweiserhebungsverbote) и 2. Забрана вредновања одређених доказа односно коришћења резултата неких доказних средстава (Beweisverwertungsverbote).“²⁵⁰ Прва има за циљ да спречи орган поступка да прикупља одређене доказе или да их прикупља на одређени начин (спречавајуће доказне забране),²⁵¹ а уколико се ови докази ипак прикупе поставља се питање њихове употребе и оцене у кривичном поступку.

Када се на ову спречавајућу доказну забрану надовезује отклањајућа доказна забрана (тј. забрана оцене доказа у закону), она делује тако да се докази не смеју користити, док у случајевима када се она не надовезује, не постоји априори забрана коришћења и поред чињенице да су прикупљени на начин који је противан прописаној форми.²⁵² Дакле, кршење одређених доказних забрана, као што можемо да приметимо, може имати за последицу да се априори не могу користити у поступку или се, пак таква оцена препушта суду, када он може оценити да ли ће такве доказе, и поред неправилности, употребити у кривичном поступку.

Кранац доказне забране дефинише шире, полазећи од тога да се под доказним забранама подразумевају и чињеничне забране. Доказне забране су „скуп правила којима се забрањује доказивање одређене чињенице или се забрањује употреба одређеног доказа за утврђивање неке чињенице.“²⁵³ Под правилима којима се забрањује *доказивање одређене чињенице*, подразумевају се забрана утврђивања чињеница које представљају тајну и забрана расправљања о постојању правно релеватних чињеница које се предмет споразума. Поред тога, под правилима којима се забрањује *употреба одређеног доказа за утврђивање чињенице*, подразумевају се забрана утврђивања одређених чињеница другим доказима (осим прописаних) и забрана утврђивања чињеница путем незаконитог доказа.

Забрана утврђивања одређених чињеница другим доказима осим прописаних односи се на одредбе процесног закона којима се изричито прописује доказно средство којим се поједине чињенице утврђују. То значи да други доказ којим се утврђују ове чињенице нема доказну вредност као што има доказ који закон прописује. У теорији се овакве одредбе у процесним законима сматрају реликтом законске оцене доказа. Тако се одредбом члана 127 ЗКП, одређује да се чињеница врсте и начина настанка телесне повреде доказује вештачењем телесних повреда, док се одредбом члана 131 ЗКП, одређује да се чињеница урачунљивости окривљеног у време извршења кривичног дела, његова процесна способност или способност сведока да пренесе своја сазнања или опажања у вези са предметом сведочења, доказује психијатријским вештачењем.

Дакле, доказне забране су у теоријском смислу сматрају шире од појма незаконитих доказа, будући да је реч о својеврсним правилима, чије ће кршење, у већини случајева, за последицу имати незаконит доказ.

²⁵⁰ S.Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25.Auflage, Verlag C.H.Beck, Minhen, 1998,180.

²⁵¹ Више о томе: *Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht*, 28. izdanje, C. H. Beck, 2014.

²⁵² I. Martinović, D. Kos, „Nezakoniti dokazi: teorijske i praktične dvojbe u svjetlu prakse Europskog suda za ljudska prava“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb)*, vol. 23, 2/2016, 313.

²⁵³ D.Кранас (2020), 442.

1.2. Забрана доказивања одређених чињеница у кривичном поступку

У претходном делу рада смо већ поменули које се чињенице по правилу не доказују у кривичном поступку (општепознате, немогуће чињенице, неспорне чињенице, претпоставке и тд.), док ћемо на овом месту изложити законска правила којима се забрањује доказивање одређених чињеница у кривичном поступку.

У кривичном поступку постоји забрана доказивања чињеница које представљају тајну, што подразумева забрану извођења материјалних доказа, које садрже тајне податке и испитивања сведока који имају обавезу чувања тајне. Чињенице које су садржане у тајним подацима, професионалној тајни или информацијама које је окривљени саопштио браниоцу, по правилу, се не смеју утврђивати у кривичном поступку, осим у изузетним случајевима. Наш Законик о кривичном поступку, одредбом члана 93, прописује да су одређена лица искључена од дужности сведочења. Реч је, најпре, о лицу које би својим исказом повредило дужност чувања тајног податка, док надлежни орган, односно лице органа јавне власти не опозове тајност податка или га не ослободи те дужности, те лице које би својим исказом повредило дужност чувања професионалне тајне (верски исповедник, адвокат, лекар, бабица и др.), осим ако је ослобођено те дужности посебним прописом или изјавом лица у чију је корист установљено чување тајне, као и лице које је бранилац, о ономе што му је окривљени као свом браниоцу поверио. Уколико се наведена лица не ослободе дужности чувања тајне, суд неће моћи да утврђује чињенице о којима ова лица имају сазнања. Чињенице, које представљају службену, државну, професионалну или тајну браниоца, могу се утврђивати по предлогу окривљеног или његовог браниоца, ако такву одлуку донесе суд.²⁵⁴

Суд је субјективно и објективно везан оптужним актом, па је забрањено доказивање чињеница којима се повређује идентитет оптужбе и пресуде, односно превазилажење граница постављеног оптужног акта, што је директна последица важења начела акузаторности– *nemo iudex sine actore*.²⁵⁵ Између кривичне пресуде и оптужбе мора постојати субјективни и објективни идентитет, па се доказивање чињеница у кривичном поступку ограничава на окривљеног који је означен у оптужном акту и на чињенице које су саставни део чињеничног описа оптужног акта, док суд није везан правном квалификацијом тужиоца (члан 420. став 1. ЗКП).²⁵⁶ У погледу субјективне саобразности, нема дилеме, да се она уско тумачи, па се пресуда може односити само на лице које је опредељено у оптужном акту, а уколико се у току тог поступка утврди да је друго лице извршило кривично дело, оно не може бити и осуђено за то дело.

Питање објективног идентитета оптужбе и пресуде изазива дилеме како у теорији тако и судској пракси. Према ранијим теоријским тумачењима и заузетим ставовима у судској пракси, идентитет није био повређен уколико се пресуда заснивала на истом догађају који је предмет оптужног акта, иако су унете чињенице које су утврђене на главном претресу. Теоријске основе ширег тумачења идентитета оптужбе и пресуде су засноване на

²⁵⁴ члан 93. став 2. ЗКП.

²⁵⁵ Овај принцип се не примењује на малолетне учиниоца кривичних дела. Према члану 74. став 4. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, суду за малолетнике дато је овлашћење да донесе одлуку на основу чињеничног стања, утврђеног на главном претресу, без обзира на предлог јавног тужиоца.

²⁵⁶ Чињенична основа подпада под материјални идентитет пресуде и оптужбе, док формални идентитет не мора постојати, јер суд није везан правном квалификацијом тужиоца - Више о томе: Бранко Петрић, „Идентитет оптужбе и пресуде у кривичном поступку“, *Правни живот* 6-7/1980, 13.

дужности утврђивања материјалне истине, односно утврђивање онога шта се десило у стварности. Објективни идентитет постоји онда када се пресуда и оптужба односе „на исти комплекс чињеница, на исти догађај из прошлости, односно конкретно чињење или нечињење оптуженог, с тим да је суд овлашћен да дело може квалификовати слободно, као што може наћи да се ради о довршеном делу уместо покушају“.²⁵⁷ Уже тумачење доминира након доношења ЗКП-а из 1953. године и заснива се на доследнијем поштовању начела акузаторности, у смислу везаности суда за чињенични опис дела наведен од стране тужиоца, док се од истог може одступити под условом да то није на штету окривљеног.²⁵⁸

Суд је овлашћен да мења чињенице и мимо оних наведених у оптужном акту, али се границе мењања у теорији различито тумаче. *М. Грубач*, наводи „да се мора радити о истој радњи, истом догађају, у његовим битним елементима, док се могу изменити околности које се односе на ближа својства кривичног дела или конкретизују кривично дело, али нису правно релеватне за измену предмета оптужбе“.²⁵⁹ Неће бити реч о повреди идентитета у случају да чињеничне измене не представљају *друго* дело, које се битно (диспаратно) разликује од оног које се окривљеном ставља на терет, а што би, примера ради, било у случају да се ради о другом заштитном објекту (нпр. кривично дело убиство и кривично дело помоћ учиниоцу након извршеног кривичног дела).²⁶⁰ У том смислу истиче се да може мењати и допуњавати чињенични опис дела „само док оно, тако модифицирано, остане у границама исте правне квалификације којој одговара чињенични опис из оптужнице, а што подразумева исто или другачије кривично дело (дело које је предмет оптужбе, али у нешто измењеном виду), а не и друго кривично дело“.²⁶¹

У теорији се питање идентитета оптужбе и пресуде решава путем чињеничних скупова, тако да до повреде не долази уколико чињенични скуп одређен у оптужном акту остане исти у пресуди. Чињенични скуп оптужбе састоји се из „подскупова (чињеничних елемената), које чине обележја бића кривичног дела, квалификаторне и привилегијује околности, као и остали елементи, попут времена, места, средство којим је извршено кривично дело, па се промене могу вршити у односу на ужу категорију (подскуп) чињеничних елемената“.²⁶² Измене су могуће за време, место и средство извршења кривичног дела, у правцу умањења наступеле последице извршења кривичног дела, квалификаторних околности, као и степена кривице, а могуће је и додавање привилегованих околности. Није дозвољено да суд додаје и увећава квалификаторну околност нити да нехат мења умишљај, већ је дозвољено једино мењање степена умишљаја,

²⁵⁷ Б. Марковић (1930), 515-517.

²⁵⁸ Вања Бајовић, „Објективни идентитет пресуде и оптужбе“, *Анали Правног факултета у Београду*, година LXI, 1/2013, 201. Шкулић наводи различита тумачења објективног идентитета заснивају на две полазне основе: 1) да је суд везан описом дела садржаним у оптужници, и то према свим појединостима тог описа и независно од чињеничног стања утврђеног на главном претресу, јер у супротном преузима улогу тужиоца што би било супротно начелу акузаторности; 2) суд је везан за догађај који је предмет оптужбе, потпуно независно од описа тог догађаја, садржаног у оптужници, делујући тако према начелу истине - М. Шкулић (2014), 401.

²⁵⁹ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2005, 573.

²⁶⁰ Грубиша прави разлику између другог и другачијег дела - види: Младен Грубиша, „Правила за практично решавање питања објективног идентитета пресуде и оптужбе“, *Наша законитост*, бр. 11-12, Загреб 1960а, 601-618.

²⁶¹ *Ibid.*, 604.

²⁶² Миодраг Мајић, „Чињенични идентитет пресуде и оптужбе: преиспитивање граница дозвољеног одступања“, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 2/2011, 85-105.

односно нехата.²⁶³ Према теорији чињеничних скупова, „правилна процена повреде идентитета оптужнице и пресуде, односно дозвољеног модификовања чињеничног стања наведеног у оптужном акту, заснива се на разликовању значаја различитих категорија чињеничних подскупова и на разумевању односа скупа и подскупа када је реч о чињеничној бази оптужног акта“.²⁶⁴

Када је реч о питању идентитета оптужбе и пресуде, исто је, у контексту законског регулисања кривичног поступка, потребно посматрати рестриктивно. Наиме, ради се о овлашћењу тужиоца да измени или поднесе суду нову оптужницу у случају да оцени да изведени докази на главном претресу указују на другачије чињенично стање од онога обухваћеног оптужним актом (члан 409 став 1 и 2 ЗКП), са једне стране, и то у складу са начелом мутабилитета кривичног гоњења,²⁶⁵ и лимитираној доказној улози суда (члан 15 став 4 ЗКП), са друге стране.

Уколико суд прибегне додавању околности и чињеница у диспозитиву пресуде, којима окривљеном ставља већу количину инкриминације, него што је то у оптужном акту, прекорачиће оптужбу, чиме је учинио апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка (члан 438 став 1 тачка 9 ЗКП). У научним и стручним радовима, указује се на контрадикторну судску праксу по питању шта се сматра прекорачењем оптужбе. Навешћемо поједине судске ставове по овом питању. Тако се прекорачењем сматра уношење износа доспелих обавеза које нису одређене у оптужном акту,²⁶⁶ када суд окривљеног огласи кривим као извршиоца, а не као саизвршиоца како му је стављено на терет оптужним актом.²⁶⁷ Такође, у судској пракси се сматра прекорачењем идентитета оптужбе и пресуде када је у чињенични опис пресуде унето НН лице, које није обухваћено оптужним актом.²⁶⁸ Насупрот томе, прекорачењем се не сматра када суд у чињенични опис изреке унесе поступање оптуженог које представља само претходну фазу у предузетој радњи извршења,²⁶⁹ или када је суд изреком своје пресуде, а на бази утврђеног чињеничног стања, унео другу бланкетну норму Закона о безбедности саобраћаја на путевима, у односу на ону која је наведена у оптужном акту.²⁷⁰ У погледу правне квалификације, меродаван је идентитет заштитног објекта кривичног дела, те да ли суд у чињенични опис диспозитива пресуде

²⁶³ Супротно овом ставу С. Бејатовић сматра да је дозвољено да суд одступи од оптужбе утолико што ће оптуженог прогласити кривим за кривично дело са лакшим обликом виности од оног облика виности који је за то дело дат у оптужници- види: С.Бејатовић (2016),464-465.

²⁶⁴ Горан П. Илић *et al.*,995.

²⁶⁵ Иван Илић, „Идентитет пресуде и оптужбе“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Ирена Пејић), Правни факултет у Нишу, Ниш 2015, 269.

²⁶⁶ Пресуда Вишег суда у Београду, Кж1 480/19 од 26.02.2020. године.

²⁶⁷ Пресуда Врховног Касационог суда Кзз ОК 16/2019 од 18.06.2019. године, пресуда Вишег суда у Београду, Посебно одељење за организовани криминал К-По1 24/16 од 06.03.2018. године и пресуда Апелационог суда у Београду, Посебно одељење Кж1-По1 17/18 од 13.03.2019. године.

²⁶⁸ „Увођењем НН лица у изреку пресуде, а које је, према утврђењу првостепеног суда, учествовало у радњи извршења кривичног дела заједно са окривљенима и то као непосредни извршилац (о чему је код окривљених у таквој ситуацији, морала постојати свест) и додавањем нових радњи извршења окривљенима, првостепени суд је, када је реч о начину извршења кривичног дела, значајно изменио чињенично стање које је по сопственој оцени утврдио, у односу на чињенично стање описано у оптужници“ –из решења Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1.По1 25/19 од 15.07.2020. године и пресуда Вишег суда у Београду, Посебног одељења К.По1 61/14 од 05.04.2019. године.

²⁶⁹ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 442/19 од 23.04.2019. године.

²⁷⁰ Пресуда Врховног суда Србије Кж.1527/03 од 24.11.2004. године и пресуда Основног суда у Ужицу К 140/16 од 13.12.2018. године и пресуда Вишег суда у Ужицу Кж 35/19 од 15.01.2019. године.

уноси битне елементе кривичног дела за које га оглашава кривим. До повреде идентитета оптужбе и пресуде доћи ће у ситуацији када првостепени суд оптужене огласи кривим за кривично дело проневера ако је оптужбом стављено на терет извршење кривичног дела злоупотреба положаја одговорног лица,²⁷¹ када је окривљеном стављено на терет кривично дело код којег се тешка телесна повреда појављује као тежа последица основног облика, а суд окривљеног огласи кривим само за извршење кривичног дела тешке телесне повреде учињене са умишљајем,²⁷² те када је окривљени оглашен кривим да је као службено лице прекорачио границе својих службених овлашћења, а оглашен је кривим да је извршио кривично дело злоупотребе службеног положаја из члана 359. став 1. КЗ-а.²⁷³

Правна квалификација не везује суд приликом доношења пресуде, али су подељена мишљења у теорији и судској пракси, да ли се окривљени може огласити кривим за теже кривично дело. Полазећи од чињеничне везаности оптужбе и пресуде, сматра се да уколико су чињенично описани сви елементи тежег кривичног дела, од оног који је правно квалификовао јавни тужилац у оптужном акту, суд нема препреку да га огласи кривим за описано дело.²⁷⁴ Исто важи и за остала правна питања (облик саучесништва, свршено дело или дело у покушају итд.), која питања би требало решавати ван контекста идентитета пресуде и оптужбе. Овакво становиште се објашњава чињеницом да „правна оцена дела“ не подразумева само његову правну квалификацију, већ подразумева „невезаност суда за страначке предлоге у погледу тумачења свих правних одредаба и категорија, по познатом принципу *iura novit curia*“.²⁷⁵ У том смислу, судска пракса је заузела становиште да предлози тужиоца у погледу кривичне санкције не ограничавају суд у смислу идентитета оптужбе и пресуде.²⁷⁶

Хрватски казнено процесни закон изричито прописује да суд није везан за предлоге тужиоца о правној оцини дела, али оптуженог не може огласити кривим за кривично дело које је теже од оног које му је оптужбом стављено на терет.²⁷⁷

Принцип идентитета пресуде и оптужбе је неопходан за делотворно остваривање права окривљеног на одбрану и пружања правне сигурности, које је загарантовано законом, Уставом и Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода.²⁷⁸

²⁷¹ Пресуда Вишег суда у Београду К 1277/10 од 04.09.2017. године и решење Апелационог суда у Београду Кж1 1201/17 од 12.12.2017. године.

²⁷² Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 1022/15 од 02.11.2015. године и пресуда Вишег суда у Београду К 988/14 од 29.05.2015. године.

²⁷³ Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 213/14 од 03.03.2015. године.

²⁷⁴ Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 1097/14 од 25.11.2014. године.

²⁷⁵ В.Бајовић (2013а), 217.

²⁷⁶ „Оптужба није прекорачена, а првостепени суд није учинио битну повреду одредаба кривичног поступка када у оптужници, а ни у току поступка није стављен предлог за опозивање изречене условне осуде, сходно чл. 67. ст. 1. КЗ“ из пресуде Вишег суда у Чачку К 37/18 од 06.12.2018. године и пресуде Апелационог суда у Крагујевцу Кж 27/19 од 18.01.2019. године.

²⁷⁷ Види одредбу члана 449 став 2 ЗКП РХ, као и одлуку Жупанијског суда у Бјеловару, Кжзд-12/17 од дана 07.09.2017. године, у којој је утврђена повреда ове одредбе када је суд окривљеног осудио за кривично дело тешка крађа, иако је био оптужен за крађу, цитирано према А. Гарачић, Д. Новосел, (2018а), 449.

²⁷⁸ ЕСЉП, иако не испитује принцип идентитета пресуде и оптужбе, разматра је у оквиру заштите члана 6 став 3 ЕКЉП, „да свако мора бити обавештен „потанко“ о природи и разлозима оптужбе како би могао да се брани, па је тако становиште суда да окривљени мора бити правовремено упознат са свим чињеницама које могу довести до строжије квалификације и казне, како би своју одбрану могао практично и делотворно припремити на време“

Правило *Reformatio in peus* у кривичном поступку, установљава забрану која се односи на доказивање чињеница у поновљеном поступку, када изостане жалба тужиоца, у којој ситуацији се не могу доказивати чињенице које превазилазе оквира укинуте пресуде и иду на штету окривљеног. Чињенично стање које суд утврђује у поновљеном поступку приликом доношења пресуде може се кориговати у мери која не доводи у питање примену мере забране прекорачења на горе и из измењеног чињеничног стања се не могу извучити закључци који доводе до теже одлуке за оптуженог у односу на правну оцену дела и кривичну санкцију.²⁷⁹Полазећи од тога, суд не би требао да утврђује чињенице које нису обухваћене првостепеном пресудом.

Законик о кривичном поступку изричито предвиђа доказе на којима се не може искључиво или у одлучујућој мери заснивати пресуда. На овај начин законодавац, законом се одређује квалитет одређеног доказа, који се сматра недовољним да би се на њему заснивала (осуђујућа) пресуда суда. Уколико се пресуда заснива искључиво или у одлучујућој (претежној) мери на том доказу, суд мора донети ослобађајућу пресуду. Тако је прописано да се: судска одлука не може заснивати искључиво или у одлучујућој мери на исказу прикривеног иследника (члан 187 став 3 КЗ); у поступцима за кривична дела за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности, јавни тужилац може испитати сведока и без позивања осумњиченог и његовог браниоца да присуствују испитивању ако оцени да њихово присуство може утицати на сведока, у ком случају судска одлука се не може заснивати искључиво или у одлучујућој мери на том исказу сведока (члан 300 став 2 КЗ); у поновљеном поступку се саучесник окривљеног који је већ осуђен не може саслушавати, нити се може суочити са окривљеним, већ се упознавање са садржином исказа осуђеног саучесника обавља у складу са чланом 406. став 1. тачка 5. овог законика, с тим да се пресуда не може искључиво или у одлучујућој мери заснивати на таквом доказу (481 став 2 КЗ).

Када је у питању оцена да ли је неки доказ „одлучујући“ за судску одлуку односно да ли је „таквог значаја или важности да ће вероватно бити одлучујући за исход случаја“, Европски суд за људска права наводи „када је у питању непроверени исказ сведока који је поткријепљен другим поткрепљујућим доказима, процена да ли је пресудан зависиће од јачине поткрепљујућег доказа... што су поткрепљујући докази јачи, мања је вероватноћа да ће се исказ одсутног сведока третирати као одлучујући“.²⁸⁰

Забрана доказивања чињеница садржана је и у материјалноправним одредбама, па тако на пример, у члану 172. став 5. Кривичног законика забрањено је утврђивање истинитости или неистинитости онога што је изнесено или пронесено, из личног или породичног живота, за кривично дело изношење личних или породичних прилика.

Осим ових, упоредноправна законодавства познају и друге забране доказивања одређених чињеница. У хрватском кривичном поступку, на пример, забрана утврђивања чињеница односи се и на „сполно понашање жртве и њезине сексуалне склоности“, о којем ће бити више речи приликом анализе англосаксонског института *rape shield* у овом поглављу.

- *Pélissier and Sassi v. France*, App. no. 25444/94, Grand Chamber, 25 March 1999, para 52, 54., *Pereira Cruz and others v. Portugal*, ECtHR, App.no 56396/12, 26 June 2018, final 26/9/2018, para 197, 198.

²⁷⁹ Став кривичног одељења Врховног суда Србије од 25. јуна 1986. године.

²⁸⁰ *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, ECtHR, App. no. 26766/05; 22228/06, Grand Chamber, 15 December 2011, para 131.

1.3. Забрана употребе незаконитих доказа и доказних средства

Кривично процесно право одређује низ доказних правила, којима се уређују начин прибављања доказа и процесни услови за извођење доказних радњи, како би се на основу њихових резултата утврдиле чињенице на којима се заснива судска одлука о кривичној ствари. У теорији се нарочито сматра сложеним питање употребе доказа који нису изричито забрањени законом, као и савремени начини прибављања доказа који су последица модерног развоја природних и техничких знања.²⁸¹ Са друге стране, нормативно одређивање појединих процесних облика прибављања и извођења доказа (нпр. начин испитивања сведока), те изричито забрањивање појединих начина прибављања доказа, имају за циљ да се на основу закона (*ex lege*) искључе употребу доказа који су добијени супротно закону и који се због тога сматрају незаконитим. Осим законских забрана, суд је тај који оцењује законитост доказа (*ex iudicio*) уз развијање својих критеријума дозвољености, „вагањем“ интереса који ће определити да ли се један доказ сматра незаконитим или не. Систем незаконитих доказа зависи од тога да ли је реч о оптужном или мешовитом кривичном поступку, као и „у којој мери су присутни елементи попут *crime controle, due process* или *victim participation*,²⁸² те да ли се незаконитост утврђује на основу закона или судске одлуке.

Незаконити или недопуштени докази, како их теорија најчешће назива, су докази који су настали или прибављени кршењем законских одредби о прикупљању и извођењу доказа, па се сваки доказ, који је резултат незаконите доказне радње или употребе незаконитог доказног средства, сматра се незаконитим. То је „онај доказ који се због повреде процесне форме, која истовремено представља повреду основних људских права, не сме користити за доношење пресуде у казненом поступку”.²⁸³ *Незаконитост* доказа, по правилу, подразумева и да се њиховим прикупљањем повређено и неко право окривљеног или другог учесника у поступку, које је зајемчено законом, Уставом и међународним актима. Уобичајено се одређује као „основ који садржински или формално представља повреду основних људских права и не може се користити за извођење закључка о чињеницама које се утврђују у кривичном поступку”.²⁸⁴ Употреба незаконитих доказа, по правилу, штети праву одбране окривљеног, али она се забрањује и када доказ који је незаконито прибављен користи окривљеном, имајући у виду друге интересе јавног поретка који се постижу (законитост кривичног поступка, забрана одређених начина испитивања других учесника у поступку, превентивни утицај на органе гоњења и др.). У правној теорији, позната су два гледишта искључења незаконитих доказа - начелно и утилатарно. Прво, полази од тога да је изузимања незаконитих доказа основно право окривљеног у кривичном поступку које је повезано са

²⁸¹ V. Bayer (1978), 77-78.

²⁸² Г.П.Илић (2015), 76.

²⁸³ Миодраг Симовић, Владимир Симовић, „Забрана употребе незаконитих доказа у кривичном поступку“, *Право и правда – часопис за правну теорију и праксу*, бр. 1, (2013), 125. Види и: Хајрија Сјерчић – Ћолић et al., *Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини*, Заједнички пројекат Вијећа Европе и Европске комисије, Вијеће Европе/Европска комисија, Сарајево 2005, 66.

²⁸⁴ D. Крпач (2010), 1208, 1209. и I. Војанић, Z. Ђурђевић, „*Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava*“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, vol. 15, broj 2/2008, 974.

правом на искључивање самооптуживања, које је основ права на правично суђење.²⁸⁵ Друго, изузимање доказа своди на превентивни утицај на рад органа кривичног гоњења.²⁸⁶

Појам незаконитог доказа одређује се функционално, и то на два начина: први, с обзиром на квалитет и порекло његове доказне некредибилности, која се састоји „у супротности тог доказа одговарајућим правилима која се односе на начин на који је прибављен“ и други, с обзиром на „супротност у односу на правила садржана у неколико алтернативно наведених извора права, тако да доказ сам по себи или према начину прибављања, може бити у супротности с одредбама Устава, закона и међународним актима“.²⁸⁷

Законик о кривичном поступку познаје институт „незаконитих доказа“, прописујући ситуације када се докази сматрају незаконитим. За разлику од оваквог етимолошког одређења, немачки процесни закон и теорија их назива доказним забранама (*Beweisverbote*), док англосаксонски правни системи питање незаконитих доказа разматрају кроз правила о изузимању доказа (*Exclusionary rule*). Дакле, тежиште у ова два упоредноправна система је на забрани коришћења доказа који су прибављени на незаконит начин, односно на њиховом искључењу из доказног материјала, док се наш законодавац определио да такве доказе окарактерише као незаконите, чему се основано може приговорити.

У зависности од тога како се у одређеним правним система, схвата оправданост и важност доказних забрана и издвајања незаконитих доказа и којим интересима се даје већи значај, установља се и модел и начин издвајања незаконитих доказа, који се креће од скепсе према доказним забранама и издвајању доказа, до релативних и апсолутних издвајања у својим аутентичним облицима. Систем незаконитих доказа зависи и од „структуре кривичног поступка, од односа главних кривично процесних тенденција, режима утврђивања незаконитости доказа и степена слободе судова да оцењују законитост доказа, а минимални стандарди забране коришћења незаконитих доказа проистичу из међународних докумената о људским правима и уставом загарантованих права грађана.“²⁸⁸

У упоредном праву, разликују се модели издвајања доказа према њиховој сврси, врсти повреда на које се издвајање примењује, као и начину издвајања доказа који може бити апсолутни, релативни или мешовити. Начин прописивања забране употребе доказа и доказних радњи, може бити општом законском одредбом и посебним одредбама које се односе на предузимање појединачних доказних радњи. Сматра се да се прописивањем широко формулисаних одредби само декларативно пружа заштита права учесника у поступку, а да су посебне одредбе везане за поједина доказна средства много јаснија и ефикаснија за практичну примену.²⁸⁹ Законодавац при томе, може изричито прописати које су то процесне мањкавости и пропусти у предузимању доказних радњи, који налажу суду да извоји тако добијени доказ или да то питање препустити судској пракси. У другом случају, када законодавац не прописује шта се сматра незаконитим доказом, корисно је да пропише смернице којим суд треба да се води приликом оцене законитости доказа.

²⁸⁵ Š.Pavlović (2012), 214.

²⁸⁶ Момчило Грубач, „Анализа судске праксе Европског суда за људска права у кривичним стварима“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, Нови Сад, 11-12/2007, 383-384.

²⁸⁷ J. Nakić, M. Rogić, „Ne/zakoniti dokazi u kaznenom postupku (poseban osvrt na mjere tajnog snimanja telefonskih razgovora i trećega u tim radnjama)“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol 37, broj 1, 2016., 534.

²⁸⁸ Д. Јанковић, И. Миловановић (2015), 544.

²⁸⁹ И. Фејеш (2015), 525.

Већина савремених кривичнопроцесних законодавстава прописује да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су прибављени тежим повредама зајемчених основних права и слобода грађана. Правила о изузимању доказа, прописују се или у процесним законима или чак и у Уставу.²⁹⁰

Одређивање појма и опсега незаконитих доказа на довољно прецизан начин никоме није „пошло од руке“, па тако ни наш законодавац није обухватио све незаконите доказе, нити је дао јединствен „рецепт“ за оцену који докази се по свом начину прибављања сматрају незаконитим и због чега их треба издвојити из доказне грађе. Напредак науке и технологије допринео је томе да је проблем незаконитих доказних средстава стално на „дневном реду“, односно није могуће се сва незаконита доказна средства унапред предвиде законом, због чега оцена о дозвољености истих у великом делу мора бити препуштена суду.²⁹¹ Законик о кривичном поступку изричито предвиђа поједине процесне повреде у предузимању доказних радњи које доводе до незаконитих доказа прописујући и да се на оваквим доказима не може заснивати судска одлука. То је случај код доказних радњи саслушања окривљеног, испитивања сведока и вештака, као и предузимања посебних доказних радњи. Одредбом члана 85 став 5 ЗКП, изричито се предвиђа да се судска одлука не може заснивати на исказу окривљеног, ако окривљени није поучен или му није омогућено да користи права из става 2. овог члана или изјава окривљеног из става 3. овог члана о присуству браниоца није унета у записник или ако је поступљено противно ставу 4. овог члана или ако је исказ окривљеног добијен противно члану 9. овог законика. У примени наведене одредбе суд нема дилему да ли ће такав исказ окривљеног употребити у кривичном поступку и на њему засновати одлуку. Процесна санкција у случају да поступи супротно овој одредби је извесна, такав исказ се не може употребити и суд га мора издвојити из доказне грађе.

Осим појединачних одредба којима се утврђује забрана коришћења доказа услед мањкавости које Законик изричито предвиђа, једном општом одредбом прописано је да се судска одлука не може заснивати на доказима који су, непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, овим закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа²⁹². Када се прописују конкретне одредбе о незаконитим доказима и забрани њихове употребе у кривичном поступку, процесна санкција наступа *ex lege*, док је у осталим случајевима ова санкција последица оцене суда и наступа *ex judicio*. На овај начин поступа и хрватски и италијански законодавац, с тим да хрватски закон, поред појединачних одредби и опште одредбе, прави разлику у тежини повреде права загарантованих уставом, законом или међународним правом, те предвиђа да одређене повреде неће чинити доказ незаконитим уколико интерес кривичног гоњења и кажњавања учиниоца претеже над повредом права.²⁹³ На овај начин, суду се дају смернице приликом одлучивања да ли ће одређене повреде довести до искључења доказа у кривичном поступку.

Забрана употребе доказа и доказних средстава односе се на забрану употребе доказа који су незаконити сами по себи, забрану употребе доказа који су незаконити по начину

²⁹⁰ У члану 29 став 4 Устава Републике Хрватске (НН 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14), прописано је да се докази прибављени на незаконит начин не могу користити у кривичном поступку.

²⁹¹ Момчило Грубач: *Кривично процесно право (процесне радње)*, Службени гласник, Београд, 1996, 70.

²⁹² Члан 16 став 1 ЗКП.

²⁹³ Члан 10 ЗКП РХ.

прибављања, као и забрану употребе доказних средства који нису прописани законом. Подела незаконитих доказа успоставља се и према томе да ли су докази непосредно незаконити или посредно (када су произашли из непосредно незаконитих доказа). Сама незаконитост се, пак, успоставља према одредбама и начелима Устава, Законика о кривичном поступку, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима.

1.3.1. Процесна грешка или незаконит доказ

Судска одлука се не сме заснивати на доказима који су изведени уз процесне пропусте или грешке, због чега нормативни оквир сваког кривичног поступка, нужно мора поставити ограничења и предвидети делотворне процесне санкције, али треба имати у виду и да се не може свака мањкавост предвидети законом нити она аутоматски доводи до незаконитости доказне радње. Осим тога, сматра се да строги прописи и експанзија доказних забрана, могу довести до негативних ефеката у борби против криминалитета и могућности утврђивања стварног чињеничног стања.²⁹⁴ Законик о кривичном поступку изричито прописује да се судска одлука не може заснивати на исказу сведока који дат обманом (95 став 4 ЗКП). Оваква забрана је изричита и не оставља простор судији да је дискреционо тумачи приликом одлучивања да ли ће овај доказ употребити. Ипак, приликом испитивања сведока, орган поступак може начити друге пропусте за које закон не прописује процесну последицу. Ови пропусти могу бити различитог значаја за доношење правилне и законите пресуде. На пример, није истог значаја пропуст тужиоца да обавести браниоца и окривљеног о предузимању доказне радње испитивања сведока у истрази и пропуст тужиоца да потпише записник о испитивању сведока. Управо због разлика у повредама законских норми и њиховом значају за правилну и закониту одлуку су установљене апсолутно битне и релативно битне повреде одредаба кривичног поступка.

Питање неправилности у предузимању процесних (и доказних) радњи се може двојачко посматрати – када орган поступка поступи супротно процесном правилу или када га погрешно примени, а у оба случаја, поставља се питање која неправилност треба да има за последицу процесну санкцију односно које погрешке ће имати за последицу да се доказ сматра незаконитим и као такав се изузети из доказне грађе“.²⁹⁵ Немачка процесна теорија разликује основна обележја процесне радње са сврхом да послуже оцени њеног дејства на правилну судску одлуку, па се тако разликују „обележја ваљаности (радња која има сва процесна својства у погледу места, времена и садржаја радње), делотворности (радња која не производи учинак), допуштености (радња која испуњава одређене претпоставке форме) и утемељености (радња чији садржај не одговара стварности)“.²⁹⁶ Италијански теоретичари праве разлику између „обичне неправилности“ процесне радње која не повлачи никакве последице и „неправилности која може изазвати неделотворност или неваљаност“, која има за последицу ништавост и инегзистеност.²⁹⁷

²⁹⁴ И. Фејеш (2015), 524.

²⁹⁵ D.Крас (2020), 275.

²⁹⁶ *Ibid.*, 275.

²⁹⁷ *Ibid.*, 278.

У правној теорији, прави се разлика процесних недостатака и грешака који чине противправност доказа, према њихој тежини. Тако се разликује кршење прописа правно – техничке, формалне природе, занемаривање неких процесноправних елемената неке радње која не утиче на суштину саме радње, недостаци или неправилности радње које утичу на саму садржину радње, кршење доказних забрана и прибављања доказа супротно уставним границима или кривичним делом.²⁹⁸ Од тежине пропуста у предузимању доказне радње зависи и процесна санкција. Дакле, било које кршење прописане форме извођења доказа не може се сматрати разлогом да се изведени докази сматрају незаконитим нити да и носе законску или судску санкцију њихове неупотребљивости у кривичном поступку.

Поједини пропусти и грешке у предузимању доказних радњи могу бити „поправљени“ конвалидацијом, опозивом или поновним предузимањем процесних радњи. То ће бити случај са кршење прописа правно – техничке природе и занемаривање процесноправних елемената неке радње која може или не мора утицати на њену суштину. Конвалидација предузимања доказних радњи постоји када се накнадним радњама процесних субјекта оснаже радње које су предузете у супротности са законом предвиђеним процесним формама. Тако на пример, уколико овлашћена службена лица започну претрес стана или других просторија без наредбе, а нису испуњени услови за то, пристанак држаоца стана конвалидира овај недостатак и ова доказна радња ће бити законита. Опозив процесних радњи постојаће када суд стави ван снаге одлуку да се предузме одређена доказна радња која не би смела (на пример испитивање сведока који већ има процесну услугу у кривичном поступку). Суд је овлашћен и да поново предузме процесну радњу и исправи начињене недостатке када то закон дозвољава (у случају промене члана већа, као и у поновном поступку по укинutoј пресуди).

Само оне грешке које имају за последицу забрану њихове употребе у кривичном поступку могу трпети санкцију изузимања доказа који су резултат незаконитих доказних радњи и укидање пресуде која се заснива на доказима које суд требало изузети. Грешке суда у примени права или утврђењу чињеничног стања, ЕКЈП, сматра „очигледним у мери која нарушава правичност поступка“, ако су супротне здравом разуму и толико флагрантне и евидентне да се оспорени исход мора третирати као изразито произвољан.²⁹⁹ На пример, Закоником о кривичном поступку прописано је да се осумњичени мора потписати на свакој страни записника о саслушању пред јавним тужиоцем како би се тиме потврдила веродостојност и тачност записника, као и да на крају записника мора стајати потпис записничара. Уколико изостане потпис осумњиченог на свакој страни записника и потпис записничара, да ли то значи да је исказ окривљеног незаконит по начину прибављања?

Првостепени суд је својим решењем овакав записник о саслушању осумњиченог издвојио као незаконит, налазећи да је овакав исказ осумњиченог незаконит по начину прибављања. Другостепени суд је међутим заузео потпуно другачије становиште и укинуо решење првостепеног суда, сматрајући да није свака неправилност у састављању записника довољна да би издвајање тих записника било обавезно у смислу одредбе члана 407. ЗКП, већ је неопходно размотрити да ли се у сваком конкретном случају ради о суштинској неправилности која доводи до тога да одређени доказ не може бити коришћен у кривичном поступку или да се на њему не може заснивати судска одлука. Другим речима, првостепени суд је доносићи побијано решење у наведеном делу „пропустио да изнесе уверљиве разлоге због којих

²⁹⁸ И. Фејеш (2015), 524-525.

²⁹⁹ *Dulaurans v. France*, ECtHR, App. [34553/97](#), 21. march 2000, *Khamidov v. Russia*, ECtHR, App. 72118/01, 15. november 2007 и *Andelković v Serbia*, ECtHR, App. 1401/08, 9. april 2013., цитирано према Горан П. Илић *et al.*, 148.

налази да недостатак потписа осумњиченог на свакој страни наведеног записника и недостатак потписа записничара представља суштински недостатак који самостално доводи у питање аутентичност његове целокупне изјаве забележене на том записнику, нарочито у ситуацији када је њеном саслушању присуствовало више лица која би могла непосредно да се изјасне о томе да ли је предметни записник валидно састављен“.³⁰⁰

Дакле, не могу се све повреде процесних правила сматрати незаконитим доказима, већ само оне којима се уједно крше права окривљеног и учесника у поступку.

2. Сврха доказних забрана и изузимања незаконитих доказа

Питање издвајања незаконитих доказа има не само кривично процесни, већ и „друштвени и политички значај“.³⁰¹ Суштински се односи на супротстављање два интереса, интереса државе да казни учиниоце кривичних дела и примени своју репресивну делатност у сузбијању криминалитета и интереса да се у поступку који се води против учиниоца обезбеди законитост кривичног поступања и поштовање права учесника у поступку, пре свега права на одбрану окривљеног. Кажњавање друштвено штетних понашања врши се законито и уз најнужнија ограничења основних права грађана. Без поштовања захтева законитости и поштовања права окривљеног и других учесника у поступку, довели би се у питању основни постулати правне државе (и њено самоограничење), а држава би изгубила своје морално право да кажњава (*ius puniendi*).

Генеза и сврха доказних забрана су важни сегменти за разумевање успостављених система издвајања незаконитих доказа у упоредноправним законодавствима. Познавање сврхе изузимања доказа и вредности који се њима штите су уједно и основ за смернице суда приликом „вагања“ и одлучивања о издвајању доказа. Без обзира да ли се њима указује на потребу заштите правног поретка од „морално нечистих“ осуда, дисциплиновање органа поступка, заштите права окривљеног и грађана, специјалну или генералну превенцију, правила о изузимању доказа увек делују у циљу постизања више интереса, а не само интереса окривљеног. У супротном, ако би она деловала само у циљу заштите права окривљеног, онда би окривљени својим правом могао диспонирати тј. могао би га се одрећи и захтевати да незаконити докази буду коришћени у кривичном поступку, што није прихватљиво.³⁰²

Правила о издвајању доказа у англоамеричком праву често се примењују и широко су постављена, тако да се из списка морају извојити не само непоуздани докази, већ и они који су поуздани али су прикупљени на начин којим се крше неке уставне слободе и права грађанина, а „како би се спречило нарушавање моралне „чистоће“ пресуде и деловало превентивно на органе кривичног поступка“.³⁰³ Оправданост издвајања незаконитих доказа у англосанксонским системима, посматра се кроз више правних теорија, од којих се у кривичноправној науци највише истичу теорије веродостојности, теорије заштите права,

³⁰⁰ Решење Апелационог суда у Београду Кж2 654/4 од 14.05.2014. године, из Билтена Апелационог суда у Београду број 7, 2015, 99.

³⁰¹ Т.Васиљевић (1981), 305.

³⁰² D.Кгарас (2020), 450-451. Према члану 136а. став 3. Законика о кривичном поступку Немачке, исказ окривљеног, добијен недопуштеним утицајем на његову слободну вољу, не може се користити као доказ у поступку, чак и у случају пристанка окривљеног.

³⁰³ *Ibid.*, 449.

теорије превенција незаконитости и теорије легитимитета.³⁰⁴ Иако свака има своје предности и мане, оне указују на значај и последице незаконитих доказа и различите интересе који имају превагу код издвајања доказа. Тако, теорија веродостојности почива на примеси да је издвајање доказа оправдано када начин њиховог прикупљања нарушава „тачност утврђивања чињеница“, па су многа доказна правила су непотребна.³⁰⁵ Теорија заштите права оправдање за издвајање доказа види у заштити загаратованих права окривљеног, док кривични поступак не сме имати користи од незаконитости, јер није доследно користити се повредом прописа у поступку који се спроводи ради примене закона.³⁰⁶ Ово становиште одговара латинској максими *ex iniuria ius non oritur* - на недељу правда не извире. Прихватањем доказа који су прибављени на незаконит начин, кривични поступак постаје средство за давање легитимитета законских повреда учињених од стране правосудних органа, као носиоца једне гране власти, на штету грађана.

Према другим теоријама, оправдање се види у превентивном дејству које се одражава пре свега на репресивне органе у прикупљању доказа, на специјално превентивну сврху казне, као и спречавање нарушавања ауторитета суда и судских одлука. Превентивно дејство на репресивне органе подразумева искључење недопуштено или незаконито прибављених доказа, у супротном би суд употребом овако прибављених доказа прећутно одобравао незаконите полицијске радње. Овлашћења органа гоњења су ограничена захтевом за легитимним поступањем, што је последица основних постулата правне државе. У једном делу англосаксонске теорије се истиче да је „једини вредан разлог за изузимање доказа „одвраћање од кршења уставних права“, која прави равнотежу између подстицања поштовања Устава и осуде кривих, на тај начин што би доказе требало искључити само када је корист од спречавања кршена уставних права већа од цене изгубљених осуда“.³⁰⁷ Он наводи значајно повећање употребе налога за претрес након одлуке *Mapp v Ohio* и полицијске анкете које показују да званичници верују да правила имају значајну снагу одвраћања и да се понашају у складу са тим, док са друге стране наводи и да из бројних америчких студија произлази да је проценат изгубљених осуђујућих пресуда због искључења доказа веома низак-између (1-2%).³⁰⁸

С обзиром да порота приликом доношења одлуке о кривици окривљеног, није дужна да је образложи, оцењујући сваки доказ посебно и у међусобној вези, постојање доказних забрана се сматра и „корективом слободи пороте“, у циљу онемогућавање пороте да дође у контакт са непоузданим и незаконитим доказима, а ако је већ дошла, да буде упућена од стране судије о њиховој неупотребљивости.³⁰⁹ У енглеском праву, доказне забране се виде као „саставни део *фер* суђења“, па се из доказног материјала извајају докази који су прибављени тако да би њихова употреба имала последице на правичност (*fairness*) поступање

³⁰⁴ Више о овим теоријама: Ž.Karas, „Neke primjedbe o izdvajanju nezakonitih materijalnih dokaza“, *Policijska sigurnost*, Zagreb, 21/2012, 753-774.

³⁰⁵ Ž.Karas (2012), 755.

³⁰⁶ *Ibid.*, 755-756.

³⁰⁷ Steven Penney, „Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence under Section 24(2) of the Charter“, *McGill Law Journal*, Vol 49, 2004, 105, 108.

³⁰⁸ S.Penney (2004), 115-116. Други, пак, тврде да одвраћање не оправдава искључење јер су друштвени трошкови изгубљених осуда превисоки и да постоје други начини одвраћања који не укључују искључивање „поузданих“ доказа и ослобађајућу пресуду – види: Richard Fraser and Jennifer Addison, „What’s Truth Got to Do with It? The Supreme Court of Canada and Section 24(2)“, *Queen’s Law Journal* Vol 29, 2004, 823.

³⁰⁹ I. Martinović, D. Kos (2016), 314. Како наводи Дамашка „порота би се, да није доказних забрана, при утврђивању чињеница могла повести и за ирационалним унутарњим уверењем јер га ионако никоме не мора образлагати“ - Дамашка (2001), 3.

(члан 78 Закона о полицији и доказима у кривичним предметима из 1984). То подразумева да је суд дужан да приликом издвајања незаконитог доказа, претходно утврди да ли је повреда одредбе на штету окривљеног односно да ли такав доказ спречава одбрану у остварењу својих права и оспоравања оптужбе.³¹⁰

У континентално европским системима, идеја о доказним забранама и искључењу доказа сазрева са ограничењем начела истине, јер се до ње не сме долазити по сваку цену, већ се она ограничава процесним формама прикупљања и извођења доказа. Најважнији циљ успостављања доказних забрана је заштита права и слобода грађана, па се незаконити докази углавном везују за оне којима се повређују заготована права окривљених. И у немачком праву, доказне забране се посматрају у светлу ограничавања начела истине и захтева правичног поступка. Ипак према неким ауторима, доказне забрана имају сврху постизања истине у кривичном поступку, јер су незаконити докази неподобни за извођење тачног и потпуног закључка о постојању, односно непостојању одређених чињеница, а као такви не смеју имати „утицај на тежњу суда да сазна истину“.³¹¹

Правила о извођењу процесних радњи и ограничења која процесни субјекти морају поштовати успостављени су у циљу постизања законитости кривичног поступка уопште, како би епилог кривичног поступка била правилна и законита судска одлука, за коју одговара судија. Неприхватљивост незаконитих доказа односи се на све незаконите доказе у једном кривичном поступку - оне које презентује јавни тужилац да би потрепио свој оптужни акт и оне које предложи одбрана (докази у корист окривљеног и докази на штету окривљеног), на доказе који су сами по себи незаконити и који су прикупљени на незаконити начин. Законитост доказа је, дакле, услов за обезбеђење законите судске одлуке и законитог вођења кривичног поступка, а законит кривични поступак је уједно и квалитативна компонента ефикасног кривичног поступка. Под ефикасним кривичним поступком сматра се онај поступак у којем у кратком временском периоду (од његовог покретања па до његовог окончања), уз поштовање законитости његовог вођења, донесена правилна и законита судска одлука.³¹²

Употреба незаконитих доказа у судској одлуци не само да урушава принцип законитости, већ онемогућава спровођење ефикасног поступка, јер се одлука која је заснована на незаконитим доказима побија редовним и ванредним правним лековима, због чега се активира и „процесна санкција“ која може (требало би) довести до укидања пресуде и поновног поступка, док погрешна оцена о законитости једног доказа утиче и на захтев непристрасности у одлучивању. Осим тога, употребом незаконитих доказа нарушава се право на правично суђење, које је заготовано Уставом Републике Србије и чланом 6 ЕКЉП. Правични поступак и његови елементи су произлашли из праксе Европског суда за људска права у одлукама у којима се разматра повреда члана 6 ЕКЉП. „Еластичним“ тумачењем члана 6 ЕКЉП, „под елементима правичног поступка сматра се, између осталог, забрана коришћења незаконитих доказа“.³¹³ До ограничавања права окривљеног, међу којима је и право на правичан поступак једно од најважнијег, долази само изузетно. Оно може бити последица само аргументованог сукоба ставова окривљеног и тужиоца пред независним

³¹⁰ A. Ashworth, *The Criminal Process*, Oxford University Press, Oxford 2005, 122-123.

³¹¹ F. Dencker, *Verwertungsverbote im Strafprozess: ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten*, Carl Heymann, 1977, 39. Цитирано према I. Martinović, D. Kos, (2016), 316.

³¹² С. Бејатовић, „Трајање кривичног поступка и његов утицај на превенцију криминалитета“, *Слободе и права човека и грађанина у концепту новог законодавства Републике Србије I*, 2004-2005, 26.

³¹³ D. Krapac (2020), 162.

судом, пред којим су реализовани принципи законитости и правичности.³¹⁴ Издвајање доказа има сврху да успостави једнакост између странака и учврсти терет доказивања на јавном тужиоцу, јер је дужност јавног тужиоца да пружи законите доказе против окривљеног како би издејствовао осуђујућу пресуду. Суд издвајањем незаконитих доказа, отежава његов терет доказивања, али истовремено и успоставља равнотежу између странака омогућавајући да иступе са једнаким оружјем.

Издавање доказа је у служби заштите учесника у поступку, а нарочито окривљеног коме је загарантовано право на одбрану у кривичном поступку. Докази који су прибављени на незаконит начин уједно представљају и кршење права прокламованих највишим правним актом, међународним актима и законом. Учесницима у поступку се гарантује да њихов исказ неће бити последица примене силе, претње, мучења, гарантује се неповредивост стана, право на приватост и породичан живот, право на достојанство и сва друга права која могу бити повређена незаконитим прибављањем доказа.

Сумирајући све наведене циљеве који се постижу успостављањем доказних забрана и прописивањем правила о изузимању незаконитих доказа, долазимо до закључка да се њима примарно омогућава законит и правичан кривични поступак, постиже једнакост странка и учвршћује терет доказивања на јавном тужиоцу, остварује заштита права учесника у поступку, а да се истовремено остварују и остали интереси попут постизања моралне „чистоће“ поступка и судске одлуке (*ex iniuria ius non oritur*), „дисциплиновање“ органа поступка који прикупљају и изводе доказе, специјално превентивна сврха казне, као и утврђивање тачног и потпуног чињеничног стања (односно да су у служби трагања за истином).

2.1. Незаконити докази и дужност утврђивање истине у кривичном поступку

Процесни субјекти морају поштовати правила и ограничења постављена позитивним процесним законом, како би епилог кривичног поступка била правилна и законита судска одлука. Када говоримо о правилној судској одлуци, говоримо о њеном чињеничном садржају, захтев да она садржи тачно и потпуно утврђено чињенично стање. Овај захтев управо поставља Законик о кривичном поступку, јер као жалбени разлог предвиђа погрешно и непотпуно чињенично стање³¹⁵, задржавајући тиме, обавезу суда да утврђује истину у њеном ограниченом обиму.

Какав је однос између незаконитих доказа и утврђивања истине?

У кривичноправној теорији, истина до које се долази у кривичном поступку дефинише се као „веран подраз кривичног догађаја који се одиграо у прошлости, за који се интересујемо у размерама законом одређеног бића кривичног дела“.³¹⁶ Истина у кривичном поступку се сматра и „највећим степеном подударности између уверења суда и оног што се десило у стварности тј. кривичног дела и његовог учиниоца, док у тренутку проналажења

³¹⁴ С.Кнежевић, „Право на правично суђење“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 2004, 210.

³¹⁵ Члан 440 ЗКП, О томе да ова одредба управо говори да је начело истине задржано у свом ограниченом обиму види и: М. Шкулић, „Начело правичног вођења кривичног поступка и начело истине у кривичном поступку“, *Правни живот*, број 9/ 2010.

³¹⁶ Д.Димитријевић (1981), 44.

истине претходе два процеса: доказивање и процес сазнања“.³¹⁷ У савременим кривичним процедурама, она се сматра циљем кривичног поступка, али се она утврђује у нормативним оквирима, који се у националним кривичним поступцима,³¹⁸ док орган кривичног поступка нема право да „одбацује законом прописану форму поступања под изговором да би могла омести сазнање истине“.³¹⁹

У стручној литератури наилазимо на мишљења да доказне забране ограничавају утврђивање истине у кривичном поступку. Тако се наводи да принцип забране употребе незаконитих доказа најчешће иде на уштрб начела утврђивања истине у поступку, а да се у случају сукоба ова два принципа, треба руководити „значајем вредности, које се њима штите“.³²⁰ Не може се допустити слободно и неограничено истраживање предмета суђења, јер би довело у опасност друге државне и друштвене интересе, међу којима је заштита људских права најважнији, док се ауторитет кривичног поступка мора штитити од „сумњивог доказивања“.³²¹ Професор Аћимовић, забрану употребе појединих доказа види као средство којим се ограничава безусловно постизање истине али истовремено истиче и да „не би остало ништа од неприкосновене личности окривљеног ако би се сва расположива средства користила у кривичном поступку“.³²² Професор Шкулић, истиче да кривични поступак тежи ка утврђивању истине, али да он мора бити правичан, па је до истине потребно и корисно доћи али не по сваку цену, већ уз поштовања како доказних правила и доказних забрана.³²³ Доказне забране се виде и као „препрека утврђивању чињеница у кривичном поступку и то пре свега оних на којима се заснива оптужба“.³²⁴

Бранко Петрић наводи да „испитивање и утврђивање истине није ничим ограничено у кривичном поступку, јер је истина основно начело које је у интересу како друштва тако и окривљеног“.³²⁵ Ово објашњење је детаљно и аргументовано разрађено од стране професорке Загорке Јекић у књизи „Докази и истина“,³²⁶ у којој се наводи, да се незаконито прикупљени и изведени докази до којих се дошло повредом одређених процесних права, не сматрају ограничењем за утврђивањем истине, већ су у питању „забране да се одређеним доказима утврде чињенице“. Аутор најпре истиче да „најгрубљи вид кршења гаранција које су тековина савременог кривичног поступка заснованог на поштовању људског достојанства, интегритета окривљеног и других учесника у кривичном поступку, представља изнуђивање исказа силом, обманом, претњом, због чега су докази добијени на овај начин апсолутно неприхватљиви и њихова употреба би значила поновно увођење формалних доказа чији

³¹⁷ З.Јекић (1989), 72.

³¹⁸ М. Шкулић (2014), 83-84.

³¹⁹ V. Bayer, *Jugoslovesnko krivično procesno pravo, Uvod u teoriju krivičnog procesnog prava* – Prva knjiga, Zagreb 1977, 171.

³²⁰ С.Бркић, „Употреба незаконитих доказа у кривичном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2011, 191.

³²¹ М. Грубач, „Заштита људских права и доказне забране у југословенском кривичном поступку“, *Уставност и законитост у заштити људских права и слобода*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1997, 85.

³²² М. Аћимовић, *Допринос браниоца истини у кривичном поступку*, докторска дисертација, Београд, 1966., 64-65.

³²³ М. Шкулић (2014), 83 и 187.

³²⁴ Тако сматра и Дамашка, види: М. Damaška, „Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study“, *121 University of Pennsylvania Law Review*, 1973, 508-509.

³²⁵ Б. Петрић (1986а), 39.

³²⁶ З.Јекић (1989), 72-77.

садржај и не одговара стварном стању ствари“³²⁷. Ослањајући се на становиште др Бранка Петрића, ауторка констатује да „доказне забране нису никакво ограничење истине и њима се уствари ограничава само коришћење појединих доказа али се не ограничава утврђивање истине јер чињенице које се не могу утврђивати одређеним доказом, без икаквих забрана, могу се утврђивати другим доказима“³²⁷.

Професор Бајер, који је био један од првих теоретичара са простора бивше Југославије, који се бавио проблематиком незаконитих доказа, наводи да је суд, „образлажући пресуду, дужан да наведе које правно релевантне чињенице је утврдио и на темељу којих доказа, те уколико међу доказима уз помоћ којих је утврдио неку чињеницу наведе и неки доказ који је, у смислу закона неваљан, треба сматрати да се утврђење те чињеница заснива на неваљаном доказу“³²⁸. Међутим, он напомиње да се пресуда неће заснивати на незаконитом доказу, ако суд, поред незаконитог доказа, на основу других (законитих) доказе утврди чињенично стање, а ти други докази су „толико „јаки“ да би суд на темељу њих самих могао да утврди исто чињенично стање“³²⁹.

Из напред наведеног, можемо да закључимо да се доказне забране односе искључиво на доказе, а не представљају сметњу за утврђивање истине у кривичном поступку, који је нормативно постављен. Овакво становиште захтева и једно ограничење. Наиме, ако се једна чињеница не може доказати одређеним доказом, из разлога што је такав доказ незаконит сам по себи или је на незаконит начин прибављен, ова чињеница се не би могла доказати ни другим доказом који би произашао из таквог доказа. Дакле овакво доказно ограничење се посредно односи и на доказе које су произашли из незаконитих доказа. На пример, уколико се у поступку доказује чињеница да се код окривљеног у стану налазила извесна количина опојне дроге, таква чињеница се не може доказати записником о претресу стана у који су овлашћени органи полиције ушли незаконито, као што се не може доказати ни потврдом о привременом одузетим предметима која је произашла такође из незаконитог поступања органа. Међутим, то не значи да је овим незаконитим доказом ускраћена могућност утврђивања истине у кривичнопроцесном смислу и утврђивања ове конкретне чињенице која је одлучна за утврђивање објективног обележја кривичног дела. Чињеница да је окривљени поседовао у стану опојну дрогу се може утврдити и другим доказима, попут исказа сведока који су имали таква сазнања, уколико такав доказ буде предложен.

Дакле, незаконити докази нису сметња за утврђивање тачног и потпуног чињеничног стања и истине у кривичнопроцесном смислу, већ су „ограничавајући фактор“ за предузимање одређених доказа односно доказних радњи путем којих ће се утврдити одређене чињенице, с тим што треба водити рачуна и о томе да се та чињеница не може утврдити ни доказима који су проистекли из незаконитих доказа (примена теорије плодова отровног дрвета).

Законик о кривичном поступку је унео новине у сферу доказног поступка, формално елиминишући дужност суда да утврђује истину и уводећи страначко предлагање и извођење доказа уз минимално и само изузетно уплитање суда у извођење доказа. Међутим, дужност суда да правично спроведе кривични поступак и спречи злоупотребу права, да слободно оцењује доказе, па самим тим и води рачуна о законитости доказа који су темељ судске одлуке, остала је неизмењена, чак се може рећи и да је ојачала. Ово нарочито имајући у виду да суд више нема доказну иницијативу и да само изузетно изводи доказе по службеној

³²⁷ З.Јекић (1989), 76-77., Б. Петрић (1986а), 39 и 40.

³²⁸ V. Bayer (1978), 105-106.

³²⁹ *Ibid.*, 107.

дужности, а да је истрага, као важна фаза која претходни главном претресу, и у којој се прикупља доказна грађа будуће судске одлуке, у надлежности странке у поступку односно јавног тужиоца, због чега је још већа одговорност суда да, остваривајући своју уставом загаратовану функцију непристрасног и независног органа власти, који доноси одлуке у име народа, обезбеди законито вођење кривичног поступка уз поштовање свих загартованих права.

2.2. Незаконити докази и право на правично суђење

Право на правично суђење гарантовано је међународноправним и европскоправним документима, а појединачна права зајемчена су у Универзалној декларацији о људским правима и Међународном пакту о грађанским и политичким правима, као и сататутима међународних кривичних судова. Повеља Европске уније о основним правима из 2000. године, гарантује право на правично суђење, које обухвата процесна права и начела у кривичном поступку и право на делотворно правно средство.

Суштина начела правичност се најбоље схвата у положају који појединац има у кривичном поступку. Однос између учиниоца кривичног дела и државе којој припада монопол кажњавања, мора бити уређен тако да се удовољи „нормативним очекивањима“ и да се примењује правично и једнако према свима.³³⁰ Само такав однос у којем ће учинилац кривичног дела имати гаранције да ће остварити сва своја права у поступку и да ће се према њему поступати у складу са општеусвојеним правним стандардима којима се омогућава „правични третман“, може се сматрати правичним и имати правични исход („*result – orientated justice*“), који се огледа „у тачним чињеницама и правилној примени права“.³³¹

Право на правично суђење се сматра „суштинским начелом“ кривичног поступка, који по својој садржини уобличава „дејство свих других кривичнопроцесних начела у функцији правичног решавања кривичне ствари“.³³² Појам „правичност“, спада у „најспорнији појам правне филозофије и правне науке“, док се његов значај у кривичном процесном праву сагледава превасходно кроз „процесноправни критеријум за разматрање структура и интеракција у поступку“.³³³ У теорији се основним обележјима права на правични поступак, сматра право на страначку равноправост („једнакост оружја“), претпоставка невиности, транспарентост и ефикасност поступка. *Cassese* је сматрао да је овај принцип артикулисан кроз три основна принципа: једнакост средстава којима странке располажу, јавност поступка и брзина процедуре,³³⁴ док Ђурђић, истиче да је основна компонента права на правично

³³⁰ D.Крарас (2020), 152.

³³¹ Stefan Trechsel, Sarah J. Summers, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford 2005, 83. Појам процесне поштености помиње и Алан Узелац. Вид.: А. Узелац, „Pravo na pošteno suđenje: opći i građanskopravni aspekti čl. 6 st. 1 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda“, *Usklađenost hrvatskih zakona i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* (ur. Ivana Radačić), Centar za mirovne studije, Zagreb 2011, стр. 90.

³³² М.Шкулић (2014), 86-87.

³³³ D.Крарас (2020), 151. Појам процесне правичности истиче и Алан Узелац. Вид.: Alan Uzelac, „Pravo na pošteno suđenje: opći i građanskopravni aspekti čl. 6 st. 1 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda“, *Usklađenost hrvatskih zakona i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* (ur. Ivana Radačić), Centar za mirovne studije, Zagreb 2011, 90.

³³⁴ *Ibid.*, 87.

суђење „комплексна процесна правила којима се надомешта инфериоран положај окривљеног у односу на државне органе кривичне репресије“.³³⁵

Право на правично суђење је правни стандард, који се деценијама развијао и чији садржај је одређен кроз богату праксу Европске комисије за људска права, а потом и Европског суда за људска права.

У теорији се истиче да се на основу праксе ЕСКЈ може закључити да овај правни стандард подразумева три општа елемента: „остварење начела једнакости оружја, право на образложену судску одлуку и забрану коришћења незаконитих доказа“.³³⁶ Слично и Ђурђић под појмом правичног поступка, подразумева „право странака да присуствују радњама и да буду саслушане, право на једнакост оружја, забрана незаконитих доказа и обавезно образложење судских одлука“.³³⁷ Узелац наводи да право на поштено суђење, обухвата право на приступ суду, право на јавно суђење, право на јавну објаву пресуда, право на саслушање, право на ефективно спровођење пресуда и право на правну сигурност.³³⁸

Иако се у теорији сматра елементом права на правично суђење, Конвенција не садржи изричито правила о начину изузимања доказа или њиховој оцени, већ то питање препушта националним судовима. У литератури се наилази и на дефиницију незаконитих доказа која се заснива на прегледу праксе ЕКЈП, па се незаконитим доказима сматрају они „докази који су прибављени флагрантним кршењем основних људских права и слобода особа против којих се води кривични поступак, зајемчених конвенцијским нормама и стандардима створеним праксом Европског суда, који се не могу употребити у доношењу пресуду у кривичном поступку“.³³⁹ Употреба незаконитих доказа може довести до неправичног суђења, јер се истовремено крше загарантована права окривљеног, док је правовремено изузимање незаконитих доказа у служби заштите права окривљеног и других учесника у поступку. Уколико се окривљени саслуша без браниоца, његов исказ се не може користити у кривичном поступку, јер не само да је поступљено супротно закону, већ је тим поступање дошло до кршења његовог основног права, права на делотворну одбрану у кривичном поступку, а тиме и права на правично суђење. Тако се питање незаконитих доказа разматра у пракси ЕСЈП, у светлу забране повреде појединачних конвенцијских права одбране попут права на једнакост оружја и привилегије против самооптуживања, гарантованих чланом 6 став 1 и 3 Конвенције, забране повреде права на приватни живот, дом или преписку, гарантованих чланом 8 Конвенције, забране мучења, нечовечног или понижавајућег поступања из члана 3 Конвенције и права на делотворни правни лек из члана 13.

Са друге стране, незаконити докази су уско повезани са начелом једнакости оружја у кривичном поступку (апектовано кроз право на правични поступак) које је нарочито изражено у расправном моделу кривичног поступка. Начело једнакости оружја је гаранција окривљеном да може предузимати све радње које може и његов противник, док кривични поступак мора бити успостављен тако да „онемогућује било какву могућност неоправдане дискриминације“, тако да свака од странка „барем, докнекле, у једнакој мери може утицати

³³⁵ Војислав Ђурђић, “Законске гаранције права на правично суђење у кривичном поступку Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Ирена Пејић), број 70, Правни факултет у Нишу, 2015, 373.

³³⁶ D.Кгарас (2020), 162.

³³⁷ В. Ђурђић (2015 а), 375.

³³⁸ Alan Uzelac, 90.

³³⁹ Š.Pavlović (2012), 207.

на рок и исход кривичног поступка“.³⁴⁰ Употребом незаконитих доказа, погоршава се, по природи, неједнак положај који окривљени има у односу на супротну страну у кривичном поступку, јер се докази који су прибављени на недозвољени начин користе као основ за осуђујућу пресуду. Инфериоран положај окривљеног према држави, којој припада монопол кажњавања, још више је изражен уколико се против окривљеног користе докази које је та „моћнија“ страна у поступку незаконито прибавила. Ова неједнакост огледа се не само у томе што је држава та која фактички располаже репресивним мерама у кривичном поступку, већ и због процесне улоге окривљеног, која је двострука. Окривљени се, осим странке у поступку, сматра и извором доказа, због чега, он „ризикује“ да сазнања до којих се долази његовим казивањем, могу послужити и на његову штету. Дакле, уколико окривљени одлучи да изнесе одбрану, исти већ сноси ризик да садржина свега о чему је казивао, може бити употребљена на његову штету, односно може послужити као окривљујући доказ у поступку, па у ситуацији у којој нису испоштоване основна права окривљеног (попут присуства браниоца и других права), његов положај постаје знатно неповољнији.

ЕСЈП у својим одлукама не утврђује правило о допуштености доказа као таквог, већ то сматра првенствено предметом регулисања домаћег права, а питање на које тај суд одговара је да ли је поступак у целини, укључујући и начин на који је доказ прибављен – правичан.³⁴¹ Прегледом судске праксе, утврђује се и да се у одлукама у којима се суд бави незаконитим доказима, то питање разматра у светлу следећих критеријума: права одбране у односу на незаконити доказ, околности под којима је доказ прибављен, као и да ли се осуђујућа пресуда заснива искључиво на незаконитом доказу.³⁴² Полазећи од критеријума који су успостављени у јурисдикцији ЕСЈП, већина држава систем изузимања доказа одређује према оцени да ли незаконит доказ чини поступак неправичним.

Изузимање незаконитих доказа и право на правично суђење су, дакле, у двоструком узрочно - последичном односу. Са једне стране, незаконити докази би требало бити изузети из поступка, онда када је нарушено право на правично суђење, пре свега повредом Уставом и законом загарантованих права окривљеног и других учесника у поступку. Са друге стране, управо спречавањем да се овакви докази користе у кривичном поступку омогућава се законит и правичан кривични поступак и остварује заштита права учесника у поступку.

3. Стандарди Европског суда за људска права у области незаконитих доказа

3.1. Општа разматрања праксе Европског суда за људска права у погледу прихватљивости доказа

Регионални систем заштите људских права у оквиру Савета Европе, тачније Европског суда за људска права у Стразбуру (у даљем тексту као: ЕСЈП), представља најразвијенији и најпотпунији механизам заштите људских права. Каталог људских права гарантован Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода (у даљем

³⁴⁰ Šime Pavlović, *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Protokoli uz Konvenciju Europski sud za ljudska prava*, Rijeka, 2020

³⁴¹ *Станимировић против Србије*, представка 26088/06, 18.10.2011. године; *Хајнал против Србије*, представка 36937/06, 19.06.2012. године.

³⁴² *Schenk v. Switzerland*, ECtHR, App. no. [10862/84](#), 12 July 1988, para 46-48 и *Vukov v. Russia*, ECtHR, App. no. [4378/02](#), 10 March 2009, para 88-90.

тексту: Конвенција) и њеним протоколима се може, у мање или више измењеном облику, пронаћи у концепцијама за заштиту људских права широм света, као и у уставима већине светских демократских држава. Међутим, оно што конвенцијски систем заштите људских права издваја од осталих јесте богата и садржајна пракса Европског суда за људска права, као и обавезност извршења његових пресуда. Наиме, према члану 46 став 1 Европске конвенције свака држава која је потписница Конвенције обавезна, међу њима и Република Србија, дужна је да призна обавезност правноснажних одлука ЕСЉП-а у сваком предмету у коме је она странка.

Како је Република Србија дужна да призна и да поштује обавезност правноснажних одлука ЕСЉП-а у сваком предмету у коме је она странка, то ЗКП предвиђа да се захтев за заштиту законитости може поднети ако је правноснажном одлуком или одлуком у поступку који је претходио њеном доношењу, између осталог, повређено или ускраћено људско право и слобода окривљеног или другог учесника у поступку које је зајемчено Уставом или Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода и додатним протоколима, а то је утврђено одлуком Уставног суда или Европског суда за људска права.³⁴³ Захтев за заштиту законитости из овог разлога се може поднети у року од три месеца од дана када је лицу достављена одлука Уставног суда или Европског суда за људска права.³⁴⁴ Ово ванредно правно средство могу поднети Врховном касационом суду само Републички јавни тужилац, окривљени и његов бранилац.³⁴⁵

Уколико Врховни касациони суд усвоји захтев за заштиту законитости, он својом пресудом, у складу с природом повреде, може: 1) укинути у целини или делимично првостепену одлуку и одлуку донету у поступку по редовном правном леку или само одлуку донету у поступку по редовном правном леку и предмет вратити на поновну одлуку органу поступка или на суђење првостепеном или апелационом суду, с тим да може наредити да се нови поступак одржи пред потпуно измењеним већем; 2) преиначити у целини или делимично првостепену одлуку и одлуку донету у поступку по редовном правном леку или само одлуку донету у поступку по редовном правном леку; 3) ограничити се само на то да утврди повреду закона.

Права зајемчена Конвенцијом и њеним протоколима су у њима описана на концизан начин, тако да ЕСЉП тумачи Конвенцију и њене одредбе као „живи инструмент“ који би требало примењивати тако да се права која она гарантује обезбеде као „стварна и делотворна“, а не само као „теоријска и илузорна“,³⁴⁶ као и да кроз своје одлуке настоји да Конвенцију флексибилно тумачи и да њене одредбе посматра у контексту савремених животних услова и сваког случаја појединачно, те да своје једном заузето становиште примењује и на друге сличне случајеве, модификујући га само према различитости ситуација односно према другачијем чињеничном стању новонасталих предмета. На овај начин понављајући стандарде у својим одлукама, ЕСЉП им даје карактер правила утврђених у судској пракси, која могу служити националним судовима у примени и тумачењу норми домаћег права и оцени његове усклађености са Конвенцијом.

У својим одлукама ЕЉСП наглашава да је питање законитости доказа и њихове употребе у поступку „првенствено питање националног права, а да је његов задатак није да

³⁴³ Чл. 485 ст. 1 тач. 3. ЗКП.

³⁴⁴ Чл. 485 ст. 3 ЗКП.

³⁴⁵ Чл. 483 ЗКП.

³⁴⁶ *Tyrer v. The United Kingdom*, ECtHR, App.no. 5856/72, para 31; *Soering v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 14038/88, para 102; *Artico v. Italy*, ECtHR, App. no 6694/74, 13 May 1980, para 33.

утврди да ли је неко крив или не, већ да ли је поступак у целини био правичан³⁴⁷. Интенција суда је да се не поставља као суд који би био изнад националних судова и који би могао укидати националне судске одлуке. ЕСЉП кроз своје одлуке нарочито понавља да је „његова дужност, у складу с чланом 19 Конвенције да осигура поштовање обавеза из Конвенције, преузетих од стране Високих страна уговорница“, ³⁴⁸ са једне стране, а, са друге стране, као међународни орган применом заједничких правила европске правне традиције настоји да осигура поштовање људских права и слобода, а не решава кривичнопроцесна питања на универзалан начин за све државе потписнице Конвенције.

У пракси ЕСЉП, суд не анализира правила о начину изузимања доказа нити проверава да ли је ли одређени доказ незаконит по националном праву, већ се питањем незаконитих доказа, у својим одлукама, бави искључиво када се њима уједно крше зајемчена конвенцијска права. Осим што се ради о питању које се регулише националним законодавством, препрека оцењивања незаконитости доказа од стране овог суда проистиче из чињенице да се пресуде заснивају на разлозима који су изведени као заједнички за више од 40 кривично процесних права европских држава, док је нормативна конструкција држава чланица о незаконитим доказима веома различита.³⁴⁹ Овај суд није надлежан ни да се бави чињеничним или правним грешкама које је учинио национални суд, осим и у оној мери у којој су те грешке повредиле права и слободу заштићене Конвенцијом³⁵⁰. С тим у вези, није његова улога да одређује да ли су принципијелно одређени типови доказа незаконити докази у смислу домаћег права, већ да одговори на питање да ли је поступак у целини, укључујући и начин на који је доказ прибављен, био правичан. То укључује разматрање наводне незаконитости и тамо где је у питању повреда још неког права према Конвенцији а не само права на правично суђење.³⁵¹

У пресуди Драговић против Хрватске, наводи се између осталог: „При утврђивању је ли поступак у целини био поштен, у обзир треба узети и то јесу ли права одбране поштована. Посебно је потребно испитати је ли подносиоцу дата прилика да оспори аутентичност доказа те да се противити њиховој употреби. Уз то, у обзир треба узети и квалитет доказа, као и то да ли стварају околности у којима су они прибављени сумњу у поузданост и тачност доказа. Иако се проблеми поштеност поступка не јављају нужно у случају кад добијене доказе не подржавају други материјали, треба приметити да када су докази чврсти и не постоји опасност да су непоздани, потреба за доказима који их подржавају одговарајуће слаби.“³⁵²

У складу с начелом супсидијарности и одговарајућом доктрином која спречава суд да поступа као суд четврте инстанце у питањима која се односе на члан 6, коришћење доказа прибављених кршењем унутрашњих супстанцијалних или процесних правила није, као

³⁴⁷ *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, ECtHR, App.no. 21363/93, 21364/93, 21427/93 и 22056/93, 23 April 1997, para 50; *Jalloh v. Germany*, ECtHR, App.no. 54810/00, para 95; *Khan v. the United Kingdom*, ECtHR, App.no. 35394/97, para 34; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, ECtHR, App.no. 44787/98, para 76; *Allan v. the United Kingdom*, ECtHR, App.no. 48539/99, para 42.

³⁴⁸ *Jalloh v. Germany*, ECtHR, App.no. 54810/00, para 94.

³⁴⁹ D. Krapac (2010), 1211-1212.

³⁵⁰ Види: *Schenk v. Switzerland*, ECtHR, App. no. [10862/84](#), 12 July 1988, para 45 и *Allan v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. [48539/99](#), 5 November 2002, final on 5/2/2003, para 42.

³⁵¹ *Pélissier and Sassi v. France*, ECtHR, App.no. 25444/94, para 45; *Khan v. the United Kingdom*, ECtHR, App.no. 35394/97, §34; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, ECtHR, app.no. 44787/98, para 76; *Allan v. the United Kingdom*, ECtHR, App.no. 48539/99, para 42; *Heglas v. The Czech Republic*, ECtHR, App.no. 5935/02, 1 March 2007, para 84.

³⁵² *Dragojević v. Croatia*, ECtHR, App. no. 68955/11, 15 January 2015, para 129.

такво, супротно захтеву „правичности”. Када се судови ослањају на незаконито прибављене доказе, Суд проверава следеће: а) да ли је „незаконитост” у смислу унутрашњег права коинцидирала с „неправичношћу” у аутономном смислу Конвенције; б) да ли је подносилац представке имао могућност да покрене то питање пред домаћим судовима.³⁵³ Дакле, мора се узети у обзир да ли су права одбране поштована, односно, мора се испитати да ли је, у конкретном случају, подносиоцу представке дата могућност да оспорава аутентичност доказа или његово коришћење у поступку. Притом, и квалитет доказа се мора узети у обзир, укључујући и да ли околности у којима је доказ прикупљен бацају сумњу на његову поузданост или тачност. Међутим, „када прибављени доказ није у складу с осталим доказима, када је доказ снажан и нема ризика његове непоузданости, потреба за другим доказима је значајно слабија“.³⁵⁴

ЕСЈП начелно примењује теорију „плодова отровног дрвета“, па се незаконитим доказом сматра и доказ који је прибављен на незаконит начин, али се за њега сазнало из неког изворног доказа прибављеног на незаконит начин.³⁵⁵

С обзиром да према јурисдикцији ЕСЈП, права гарантована Конвенцијом могу бити апсолутно заштићена (недерогабилна), релативно заштићена (дерогабилна) и условна, у зависности од тога да ли су предвиђена одступања у њиховој заштити, различито ће се поступати у оцени повреде која може доћи у обзир у прибављању и коришћењу доказа у националном кривичном поступку. Тако код повреде апсолутно заштићеног права (као што је забрана мучења, нечовечног или понижавајућег поступања из чл. 3. ЕКЈП-а), довољно је да суд утврди да је повреда учињена (уз одступања о којима ће бити речи у даљем тексту), док, код релативно заштићеног права (право на правични поступак из чл. 6. ЕКЈП), суд може утврдити повреду, уз уважавање допуштених ограничења тога права.³⁵⁶

Имајући у виду природу повређеног права, ЕСЈП ће различито поступати приликом оцењивања утицаја тих повреда на сам правичан поступак, тако да из досадашње праксе можемо извршити поделу повреда права које чине доказе незаконитим на: повреде забране мучења, нечовечног или понижавајућег поступања, предвиђене чланом 3 Конвенције (1); повреде права одбране гарантованих чланом 6 став 1 и 3 Конвенције (2); и повреде права на приватни живот, дом или преписку, гарантованих чланом 8 Конвенције (3).

3.2. Докази прибављени кршењем забране мучења, нечовечног или понижавајућег поступања из члана 3 Конвенције

Међународни акти изричито прокламују забрану тортуре и нечовечно и понижавајуће поступање и свако поступање којима се утиче на слободу воље, изнуђивање признања или

³⁵³ D. Vitkauskas, G. Dikov, *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Vijeće Evrope, Strasbourg, 2012, 82-83.

³⁵⁴ *Jalloh v. Germany*, ECtHR, App.no. 54810/00, para 96; *Khan v. the United Kingdom*, ECtHR, App.no. 35394/97, para 35 и 37; *Allan v. the United Kingdom*, ECtHR, App.no. 48539/99, para 43.

³⁵⁵ Š. Pavlović (2020), 298.

³⁵⁶ Више о томе: D.Кгарас (2010), 1215-1216.

друге изјаве од окривљеног или других учесника у поступку.³⁵⁷ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода³⁵⁸ у члану 3, прокламује забрану мучења, прописујући да *нико не сме бити подвргнут мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању*. Директива (ЕУ) 2016/343, у рециталу 45, позива се на УН Конвенцију против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака од 10. децембра 1984. године, на основу које изјава за коју је утврђено да је дата као резултат мучења не треба да се прихвати као доказ у било којем поступку, осим против особе оптужене за мучење, као доказ да је изјава дата.

У јурисдикцији ЕСЉП, уочава се да се чланом 3 конвенције, пружа апсолутна заштита³⁵⁹ од мучења и осталих видова нечовечног поступања, те да члан искључује и могуће „изузетке (у складу са чланом 15 Конвенције) или његову дерогацију чак и у случају постојања стања нужде, када је угрожен опстанак нације,³⁶⁰ сузбијање тероризма³⁶¹ или организованог криминала³⁶². Суд је, заправо сматрао да је прихватање изјава добијених мучењем или другим лошим поступањем, без обзира на њихов утицај на исход поступка, једна „неизлечива“ повреда, која аутоматски доводи до неправичног поступка. За разлику од већине материјалноправних одредби Конвенције, члан 3 не предвиђа изузетке од своје примене, те одступање од његове примене није дозвољено ни према члану 15 став 2 Конвенције у случају јавне опасности која прети опстанку нације.³⁶³ С тога и не чуди став суда да „члан 3. Конвенције садржи једну од најосновнијих вредности демократских друштава“.³⁶⁴

Као што смо већ споменули ЕСЉП не одређује да ли је неки доказ према националном праву незаконит, већ да ли начин његовог прибављања и употребе супротан ЕКЉП. У судској пракси ЕКЉП, нема одлуке којом се констатује да свака повреда из члана 3 Конвенције има за последицу неприхватљивост доказа. Када суд констатује да су се у радњама државних органа остварила обележја мучења или нечовечног поступања, на основу којих радњи је прибављен исказ сведока или окривљеног, то аутоматски доводи до процесне нелегитимности оваквог исказа. Дакле, код личних доказа прибављеним мучењем, нечовечним или понижавајућим поступањем, аутоматски долази и до кршења права на правични поступак. Код осталих доказа (материјалних) који су прибављени мучењем, „аутоматски се надовезује повреда права на правични поступак“, а ако су прибављени

³⁵⁷ Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Конвенција против тортуре ОУН, Конвенција против мучења и нечовечних и понижавајућих казни или поступака, Декларација о заштити свих лица од мучења и других свирепих, нечовечних или понижавајућих поступака или казни, Европска конвенција о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака итд.

³⁵⁸ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима („Службени лист СЦГ – Међународни уговори“, бр.9/03, 5/05 и 7/05 – исправка и „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 12/10 и 10/15), у даљем тексту ЕКЉП.

³⁵⁹ Апсолутно заштићена права (без одступања) су, поред забране мучења, нечовечног или понижавајућег поступања и забрана ропства (чл. 4. ст. 1), одређеност кривичног дела и казне (чл. 7. ст. 1.), *ne bis in idem* (чл. 4. Протокола 7) и укидање смртне казне у свим околностима (чл. 1. Протокола 13)-види: Harris, O'Boyle, and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd Ed., Oxford, 2009., 5 -18.

³⁶⁰ *Irska v. UK*, ECtHR, App. no. [5310/71](#), 18 January 1978, para 163., *Labita v. Italy*, ECtHR, App. no. 26772/95, 6 April 2000, para 119, види и Ш.Павловић (2012), 63-64.

³⁶¹ *Tomasi v. France*, ECtHR, App. no.12850/87, 27 August 1992, para 115.

³⁶² *Selmouni v. France*, ECtHR, App. no.25803/94, 28 July 1999, para 95.

³⁶³ *Chahal v. The United Kingdom*, ECtHR, App .no. 22414/93, 15 November 1996, para 79, *Selmouni v. France*, ECtHR, App.no. 25803/94, para 95; *Jalloh v. Germany*, ECtHR, App.no. 54810/00, para 99.

³⁶⁴ *El-Masri v. The Former Yugoslav republic of Macedonia*, ECtHR, App. no. 39630/09, 13 December 2012, para 195.

нечовечним или понижавајућим поступањем, повреда права из члана 6 Конвенције ће се утврдити „ако је то утицало на исход поступка“.³⁶⁵ Оваквим приступом је ЕКЉП први пут увео „конвенцијско ексклузивско правило односно апсолутну забрану употребе доказа прибављених мучењем“.³⁶⁶ Код повреда мањег интезитета, прихватљивост доказа се сагледава „у дејству према праву на правичност, а зависи од тога да ли се пресуда заснива на том доказу или пресуду поткрепљују и други докази“.³⁶⁷ Треба имати у виду и да ЕКЉП у својим одлукама не одређује да је држава обавезна да одређени доказ извоји, иако установи кршење апсолутног права.

ЕСЉП наглашава да „употреба доказа прибављеног кршењем члана 3 отвара озбиљна питања правичности поступка“, јер „иако Суд није утврдио да је апликант био подвргнут мучењу инкриминишући докази, било у форми признања или материјалних доказа, прибављени применом насиља, бруталности или других радњи које се могу окарактерисати као мучење не би никада требало да буде доказ о кривици окривљеног, без обзира на његову доказну вредност“.³⁶⁸

Осим тога, у многим предметима ЕСЉП је увео стандард да онда када се злостављање односи и на треће лице (најчешће сведока или саокривљеног), а не директно на окривљеног као и у случају када је признање или инкриминишући исказ дат у оправданом страху од каснијег злостављања може се радити о повреди члана 3 Конвенције.³⁶⁹

Право на забрану мучења и нечовечног и понижавајућег поступања и кажњавања има важну примену и у поступању према лицима која су лишена слободе, према којима се мора поступати уз поштовање њихових људских права и минималних ограничења права,³⁷⁰ као и у медицинском третману затвореника.³⁷¹ Мера лишења слободе, која неизбежно садржи елемент патње и нарушавања достојанства, не значи лишење права гарантованих у конвенцији, нити сме прећи степен озбиљности иза кога се поступање у примени мере може окарактерисати као нечовечно или понижавајуће.³⁷²

3.2.1. Материјално правни аспект члана 3 ЕКЉП

Приликом утврђивања материјалноправног аспекта - да ли је дошло до повреде конвенцијског права из члана 3, ЕКЉП у својим одлукама, опредељује да се ради о мучењу, или нечовечном поступању или понижавајућем поступању, или утврђује да се кумулативно

³⁶⁵ I.Martinović, D.Kos, (2016), 320-321.

³⁶⁶ I. Vojanić, Z. Đurđević (2008), 979.

³⁶⁷ D.Крарас (2010), 1216-1217.

³⁶⁸ *Jalloh v. Germany*, ECtHR, App.no. 54810/00, para 105.

³⁶⁹ *Станимировић против Србије*, представка 26088/06, 18.10.2011.године, пара 52, *Хајнал против Србије*, представка 36937/06, 19.06.2012. године, пара 114.

³⁷⁰ Види и Препоруку Комитета министара Савета Европе Rec (2006) 2 од 11. јануара 2006.

³⁷¹ Erik Svanidze, Smith Graham, *Training Manual on the Prohibition of Torture and Inhuman and Degrading Treatment and Punishment*, Fighting ill-treatment and impunity and enhancing the application of the ECtHR case-law on national level “FILL” Council of Europe, Strazbur, 2018, 31-35.

³⁷² *Belyayev v. Rusia*, App. no. 9967/06, 17 October 2013; види и Горан П. Илић et al., 109-111.

остварују и једне и друге радње, или само констатује да је дошло до повреде члана 3 Конвенције.³⁷³

У цитираној одлуци *Irska v. UK*, истиче се да злостављање „да би спадало у примену члана 3, мора досећи одређени минимум степена тежине“, а процена овог степена зависи од више околности попут „трајање поступка, телесних и душевних последица, а у неким случајевима и пола, доби и здравственог стања жртве“. У овој одлуци се утврђују пет техника испитивања и то стојећи положај дуже време, стављање капуљаче, излагање буци, депривација сна и лишавање хране и воде (*para 96*) које представљају нечовечно и понижавајуће поступање противно члану 3 ЕКЉП. Суд је мучење дефинисао³⁷⁴ као „намерно нечовечно поступање које узрокује веома озбиљну и сурову патњу“, па је закључио да у конкретном случају није достигнут степен тежине који је потребан да би представљале мучење, већ је довело до нечовечног и понижавајућег поступања (*para 167-168*). Основна разлика између „мучења“ и „нечовечног и понижавајућег поступања“ је интензитет патње, која код мучења мора бити озбиљна и посебно намерно поступање. Даљи фактори укључују сврху због које је поступање предузето и постојање намере или мотивације која стоји иза тога. Овај стандард се, међутим, променио у пракси суда, па је у одлуци *Selmouni v. France*, утврђено да је достигнут степен мучења иако се констатује да би, према критеријума из *Irska v. UK*, конкретне радње представљале нечовечно и понижавајуће поступање.³⁷⁵ Ова пресуда се иначе сматра зачетником развоја стандарда за оцену повреде демократских вредности, јер је Суд заузео став да одређене радње које су раније квалификоване као нечовечно и понижавајуће поступање, могу у будућности добити квалитет мучења.³⁷⁶

Први пут када је суд утврдио да је учињена повреда забране мучења било је у случају *Aksoy v. Turkey*,³⁷⁷ када је окривљени скинут наг и завезаних руку окачен да виси, док је испитиван од стране полиције. Суд је констатовао да је такво поступање било намерно и да је била потребна одређена припрема и напор да би се оно спровело, а да је подносилац представке претпео озбиљну патњу, те је оквалификовао ове радње као мучење. Суд је *под мучењем* подразумевао и силовање окривљеног од стране представника државе,³⁷⁸ присилно храњење,³⁷⁹ употребу електрошокова,³⁸⁰ гушење и мучење педрецима уз претњу силовањем,³⁸¹ батињање по табанима³⁸² и друго.³⁸³

У јуриспуденцији ЕКЉП, поред озбиљности поступања, постоји и сврсисходни елемент, који дефинише мучење као намерно доношење тешког бола или патње у циљу,

³⁷³ “У погледу лица лишеног слободе, свако прибјегавање физичкој сили које није било строго неопходно због понашања самог тог лица, умањује људско достојанство и представља кршење права утврђеног у члану 3“ - види: *Siništaj & Others v Montenegro*, ECtHR, App. no 1451/10, 7260/10 and 7382/10, 24 November 2015, para 149.

³⁷⁴ Дефиниција је преузета из: Конвенције против мучења и других сурових, нечовјечних или понижавајућих поступања или кажњавања, Генерална скупштина УН-а, 10. децембар 1984, Уједињене нације.

³⁷⁵ *Selmouni v. France*, ECtHR, App.no. 25803/94, para 95.

³⁷⁶ Ивана Бодрожић, „Пракса Европског суда за људска права и кривична дела тероризма“, *Страни правни живот*, 3/2016, Београд, 151.

³⁷⁷ *Aksoy v. Turkey*, ECtHR, App. no. 21987/93, 18 December 1996, para 62.

³⁷⁸ *Aydin v. Turkey*, ECtHR, App. no. 23178/94, 25 September 1997.

³⁷⁹ *Nevmerzhitsky v Ukraine*, ECtHR, App. no. 54825/00, 5. April 2005, para 98.

³⁸⁰ *Mikheyev v Russia*, ECtHR, App. no. 7761/01, 26 January 2006, para 129.

³⁸¹ *Menesheva v Russia*, ECtHR, App. no. 59261/00, 9 March 2006, para 61.

³⁸² *Corsacov v Moldavia*, ECtHR, App. no. 18944/02, 4 April 2006, para 65.

³⁸³ E.Svanidze, S.Graham, 11-14.

између осталог, добијања информација, кажњавања или застрашивања.³⁸⁴ Дакле, тортуре које су биле предмет кршења члана 3 Конвенције нису биле управљене само на присилна признања и изнуђивања исказа, већ и на пуко испољавање силе³⁸⁵ као и приликом депортације у информативним разговорима. У предмету *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*,³⁸⁶ примењене су драстичне мере тортуре према подносиоцу представке кога су ухапсиле македонске власти и тајно га предали службеницима СИА, који су га најпре држали 23 дана у хотелу у Скопљу и испитивали га о везама са исламским терористичким организацијама, да би га пре депортације, претукли, насилно скинули, злостављали чврстим предметом и у оковима и са капуљачом га насилно ставили у авион. Суд је оценио да су „мере које су коришћене у комбинацији и са предумишљајем, биле са циљем да узрокују велики бол или патњу ради прибављања информација, кажњавања и застрашивања подносиоца представке“, док је утврђена одговорност тужене државе, јер њене власти нису предузеле разумне кораке да избегну ризик од злостављања („мучења и окрутног, нехуманог и понижавајућег поступања“) за које су знали или су морали да знају.³⁸⁷

Нечовечно поступање или кажњавање је узроковање „стварне телесне повреде или интензивне физичке или психичке патње“ и „превазилазити неизбежан елемент патње или понижења који су повезани са датим обликом легитимног поступања или кажњавања“, док се *понижавајућим поступањем* сматра злостављање са „намером да се код жртве изазове осећај страха, тегобе и мање вредности, поступање којим се жртва доводи у стање понижености и безнађа“.³⁸⁸ За разлику од мучења, патња узрокована нечовечним поступањем не мора нити намерна нити имати конкретну сврху или мотив. Док се код нечовечног поступања акценат ставља на физичку и психичку патњу, за понижавајуће поступање важни су понижење и срамота,³⁸⁹ с тим иако се често поклапају, могуће је да понижавајуће поступање не буде нечовечно.³⁹⁰

ЕКЉП је брутално и нечовечно поступање у предметима *Abu Zubaydah v. Lithuania*³⁹¹ и *Al Nashiri v. Romania*³⁹² окарактерисало као нечовечно поступање или кажњавање. Након терористичког напада 11. септембра 2001. године, СИА је држала у тајним затворима на територијама Литваније и Румуније два притвореника, над којима је спроводила „пооштрене методе испитивања“, како би прибавала информације о терористичким актерима напада. Притворски режим је обухватао потпуну изолацију, са оковима, симулирано дављење, ускраћивање воде и хране, излагање буци и светлости и друге недопуштене методе, које су проузроковале трајне последице по психичко стање оба затвореника. ЕКЉП је утврдио да су власти Литваније и Румуније биле упознате са активностима СИА и чак сарађивале,

³⁸⁴ Види: *Ilhan v. Turkey* ECtHR, App. no. 22277/93, 27 Jun 2000, para 85.

³⁸⁵ *Vladimir Romanov v Russia*, ECtHR, App. no. 41461/02, 24 July 2008, para 70 и *Dedovskiy and others v. Russia*, ECtHR, App. no. 7178/03, 15. may 2008, para 85.

³⁸⁶ *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ECtHR, App. no. 39630/09, 13 December 2012.

³⁸⁷ Министар Републике Македоније се 26. марта 2018. године, по упућеној мери Комитета министара Савета Европе, јавно извнио подносиоцу представке у име владе, што су пренели сви познати светски штампани и електронски медији.

³⁸⁸ *Kudla v Poland*, ECtHR, App. no. 30210/96, 26 October 2000, para 92.

³⁸⁹ E.Svanidze, S.Graham, 18.

³⁹⁰ *Yankov v Bulgaria*, ECtHR, App. no. 39084/97, 11 December 2003, para 120.

³⁹¹ *Abu Zubaydah v. Lithuania*, ECtHR, App. no. 46454/11, 31 May 2018, final 18 October 2018, para 640,641 i 644.

³⁹² *Al Nashiri v. Romania*, ECtHR, App. no. 33234/12, 31 May 2018, para 724.

допуштајући и вансудски трансфер у други притвор, чиме су изложили подносиоце представке озбиљном ризику од злостављања.³⁹³

У предмету *Denizci and Others v Cyprus*,³⁹⁴ суд је утврдио да се ради о нечовечном поступању, које не представља мучење, наводећи, између осталог, да је предузето у друге сврхе, а не ради изнуђивања признања. У предмету *Jalloh v Germany*,³⁹⁵ немачки полицијски службеници, су на основу налога тужиоца одвели окривљеног (странца) у болницу, где су му након што је одбио да узме средство за повраћање како би испљунуо кесице са опојном дрогом, уз примену физичке силе полицијских службеника путем сонде дали инфузију што је поузроковало да исповрати кесице. ЕСЉП је утврдио да је таква примена силе од стране полицијских службеника представљала “нечовечно и понижавајуће поступање”, које је противно члану 3. ЕКЉП-а. Суд је истовремено утврдио да је прибављањем овог доказа, на којем се заснивала пресуда, повређено право на привилегију против самооптуживања. У овој одлуци суд је констатовао „да докази прибављених насилним радњама, бруталношћу или другим поступцима који се могу означити као мучење, не могу бити доказ жртвине кривице без обзира на њихову доказну вриједност“,³⁹⁶ а да је суд у овом случају „иако се не ради о мучењу већ о нечовечном поступању, проценио да је повређено право на правичан поступак не уводећи при томе, доказну забрану за ниже облике повреде чланка 3. од мучења“.³⁹⁷ Оцењујући да ли је повређено право на правични поступак у конкретном случају суд је сматра да „јавни интерес за осудом окривљеног није такве тежине да оправдава употребу незаконитог доказа, јер се радило о уличном дилеру ухваћеног са малом количином дроге, који је на крају осуђен на условну осуду“.³⁹⁸

Пресуда у предмету *Gäfgen v. Germany*, установила је рестриктивнији приступ према доказима који су прибављени мучењем, неприхватајући да деривативни докази прибављени мучењем аутоматски доводе до неправичности, а самим тим и изузимања ових доказа, што је уједно супротно теорији „плодова отровног дрвета“. Суд је навео да сматра „да су и правичност кривичног суђења и ефикасна заштита апсолутне забране из члана 3. у том контексту, само ако се покаже да је повреда члана 3. имала утицаја на исход поступка против окривљеног, односно утицала на његову осуду или казну“, док је суд у конкретном случају закључио „да у посебним околностима случаја подносиоца представке, пропуст да се искључе спорни стварни докази, обезбеђени након изјаве изете нечовечним поступањем, није имало утицаја на осуду и казну подносиоца представке“.³⁹⁹

³⁹³ Више о томе: Ш.Павловић (2012), 81-83.

³⁹⁴ *Denizci and Others v Cyprus*, App. no. 2532/94 i 27207/95, 23 May 2001, para 384.

³⁹⁵ *Jalloh v. Germany*, ECtHR, EctHR, App.no. [54810/00](#), Grand Chamber, 11 July 2006, para 82. ЕКЉП је осим повреде члана 3 Конвенције, утврдио и повреду права на правично суђење загарантовано правом 6 Конвенције. Види: D.Кгарас (2010), 1217.

³⁹⁶ Суд је ово поновио и у пресуди *Harutyunyan v. Armenia*, ECtHR, App.no. 36549/03, 28 June 2007, final 28 September 2007, para 113.

³⁹⁷ I. Bojanić, Z. Đurđević, 979.

³⁹⁸ *Jalloh v. Germany*, para 107.

³⁹⁹ *Gäfgen v. Germany*, фуснота 637., para 186-187.

3.2.2. Процесно правни аспект члана 3 Конвенције

Конвенцијом УН против мучења и других сурових, нечовечних или понижавајућих поступања или кажњавања, прописана је обавеза држава да пропишу да је мучење и друго нечовечно поступање кривично дело и да спроводе истраге ових радњи. Чланом 4 прописано је да се акти мучења, укључујући покушај мучења и саучесништво или учествовање у актима мучења сматрају кривичним делима и да буду на одговарајући начин кажњени по домаћем кривичном праву.

Процесни аспект повреде члана 3. ЕКЉП тиче се и делотворности истраге, која подразумева адекватан механизам држава чланица да испититају сваки случај у којем лице тврди да је претрпело повреде из члана 3 Конвенције. Без предузимања одговарајућих мера и делотворне истраге, апсолутна забрана злостављања и нечовечног или понижавајућег поступања и кажњавања, упркос суштинској важности, не би имала практичних ефеката.⁴⁰⁰ ЕКЉП је у својим одлукама навео да постоји очекивање да ће држава кривично гонити и казнити намерно злостављање од стране лица која представљају државу у интересу борбе против некажњивости и поштовања забране мучења и злостављања у пракси.⁴⁰¹ То подразумева истрагу, која би могла довести до идентификације и кажњавања одговорних лица⁴⁰² и утврђивања да ли је сила коришћена од стране службених лица државе, била оправдана у датим околностима.⁴⁰³

Када особа поднесе „доказиву“ тврдњу или изнесе веродостојну тврдњу да је претрпела поступање државних службеника противно члану 3, та одредба, у вези са општом дужношћу из члана 1. Конвенција, подразумева да треба да постоји ефикасна званична истрага.⁴⁰⁴ Наводи о злостављању морају бити поткрепљени одговарајућим доказима, који могу произаћи из коегзистенције довољно снажних, јасних и сагласних закључака или сличних необоривих чињеничних претпоставки, а у процени доказа суд примењује стандард доказивања "ван разумне сумње",⁴⁰⁵ при чему иако је терет доказивања на власти, ЕКЉП није везан мишљењем домаћег суда. На пример, према пракси ЕКЉП свака повреда претрпљена у полицијском притвору доводи до јаке претпоставке да је лице у питању било изложено злостављању.⁴⁰⁶ Без обзира на начин истраге, власти морају да делују чим се поднесе званична притужба, па чак и кад, строго говорећи, није поднета притужба, мора се започети истрага ако постоје довољно јасни показатељи да је примењено злостављање.⁴⁰⁷ Ово пре свега из разлога што „власти морају узети у обзир посебно рањиве ситуације у којима се жртве налазе и чињеницу да ће људи који су били изложени озбиљном мучењу често бити мање спремни или ради да уложе притужбу“.⁴⁰⁸

⁴⁰⁰ Горан П. Илић et al., 112.

⁴⁰¹ *Gäfgen v Germany*, para 119.

⁴⁰² *Labita v. Italy*, ECtHR, Grand chamber, App. no.26772/95, 6 April 2000 и *Assenov and others v. Bulgaria*, ECtHR, App. no. 24760/94, 28 October 1998, para 102.

⁴⁰³ *Kaya v. Turkey Merits*, ECtHR, App. no. 22535/93, 28 March 2000, para 87.

⁴⁰⁴ *Алмашу против Србије*, бр. представке 21388/15, 8. октобра 2019, пасус 60.

⁴⁰⁵ *Irska v. UK*, ECtHR, ECtHR, App. no. [5310/71](#), 18 January 1978, para 161.

⁴⁰⁶ *Voicenco v. Moldova*, ECtHR, App. no. 41088/05, 11 July 2006, para 103.

⁴⁰⁷ *Станимировић против Србије*, бр. представке 26088/06, 18. октобра 2011, пасус 39.

⁴⁰⁸ *Batu and others v. Turkey*, ECtHR, App. no. 33097/96 и 57834/00, 3 June 2004, para 133.

Према међународним стандардима који су установљени у пракси ЕКЉП и литератури Савета Европе, истрага мора бити адекватна, темељна, благовремена, независна и непристрасна, довољно транспарентна и уз учешће оштећеног.⁴⁰⁹ Што се тиче адекватности, велики значај има исход истраге у кривичном или дисциплинском поступку, укључујући и тежину санкције која је изречена у случају да је установљена одговорност.⁴¹⁰ Ипак, ефикасност и адекватност истраге не значи да она мора да заврши оптужењем осумњичених односно њиховим кажњавањем, јер обавеза спровођења ефикасне истраге није обавеза резултата, већ обавеза средстава. Истрага је темељна када надлежни државни органи савесно и што потпуније покушају да утврде шта се догодило, док не би требало да се ослањају на исхитрене или неосноване закључке ради завршетка истраге или да им они буду основа за њихове одлуке.⁴¹¹ Брза је када се спроводи без одуговлачења, а независна када су овлашћени органи који спровode истрагу независни од оних који су умешани у догађаје.⁴¹² Да би се осигурала довољна јавна контрола, жртва или његова породица морају бити укључени у поступак у мери у којој је то неопходно ради заштите њихових легитимних интереса.⁴¹³ Делотворност истраге уопште је значајна за превентивно деловање на органе гоњења, како у будуће не би поступали незаконито.

3.2.3. *Случај Gäfgen v. Germany*

Вредно је помена одлука ЕСЉП у познатом предмету *Gäfgen v. Germany* из 2010. године.⁴¹⁴ У овом случају, окривљени Гафтен, студент права, намамио је брата своје познанице, деветогодишњег дечака у свој стан, под изговором да је сестра ту оставила јакну, потом га је угушио и закопао тело, а након извесног времена је његовим родитељима тражио милион еура откупину за дечака. Окривљени је преузео новац и након што је део новца уновчио, он је лишен слободе од стране полиције. Окривљени је у полицијској станици најпре рекао да су дечака преузели други отмичари. Заменик министра полиције немачке покрајине Хесен наложио полицијским службеницима да приликом испитивања окривљеног запрете болним мерама принуде уколико окривљени и даље настави да упорно одбија да открије место на коме је дете сакривено. Након тога полицајци су му претели и физички га злостављали, услед чега је окривљени полицији открио место на коме се налази жртва, те је она на том месту нашла беживотно тело отетог детета, заједно са другим материјалним доказима, да би касније окривљени био осуђен за убиство и отмицу детета на казну доживотног затвора. Двојица полицајаца која су испитивала окривљеног у Немачкој су оглашена кривим за кривично дело принуде и осуђени су. У представци поднетој суду у Стразбуру окривљени је, између осталог, тврдио да му је повређено право на правично суђење, јер су докази прибављени кршењем члана 3. Конвенције.⁴¹⁵

⁴⁰⁹ E.Svanidze, S.Graham, 85.

⁴¹⁰ *Cestaro v Italia*, ECtHR, App. no. 6884/11, 7 April 2015, para 205-210.

⁴¹¹ *Assenov and others v. Bulgaria*, ECtHR, App. no. 24760/94, 28 October 1998, para 103 и даље.

⁴¹² *Mikheyev v Russia*, ECtHR, App. no. 77617/01, 26 January 2006, para 108-110.

⁴¹³ *Yatsenko v. Ukraine*, ECtHR, App. no. 75345/01, 16 February 2012, para 43.

⁴¹⁴ *Gäfgen v. Germany*, ECtHR, App. No. 22978/05, judgment of 01.06.2010., para 174, 175,180,184.

⁴¹⁵ Више о анализи случаја *Gäfgen v. Germany*: В. Бајовић (2015), 124 – 125.

У овом случају утврђена је повреда члана 3 у погледу третмана окривљеног током истраге, док је есенцијално питање било питање законитости доказа на основу којих је он осуђен, односно питање утицаја доказа прибављених нечовечним поступањем противним члану 3, који третман није достигао ниво мучења у смислу овог члана, на правичност поступка из члана 6 Конвенције. Суд је у овом предмету нагласио супротстављене интересе, где би издвајање материјалних доказа умањило ефикасност кривичног гоњења и кажњавања учинилаца кривичних дела, нарочито када су забрањени методи испитивања коришћени не ради спровођења истражних радњи већ из превентивних разлога, с циљем да заштите једно од најосновнијих права гарантованих Конвенцијом – право на живот отете девојчице. У овом предмету суд је закључио да ће коришћење материјалних доказа прибављених третманом супротним члану 3 који није класификован као мучење (већ је реч о нечовечном или понижавајућем поступању) кршити право на правично суђење само ако се утврди да је кршење члана 3 имало утицај на исход поступка, односно на осуду окривљеног.

ЕКЉП је, дакле, одбио да примени теорију „плодова отворног дрвета“ на доказе који су произашли из повреде члана 3. Конвенције, налазећи да ова повреда не доводи аутоматски до неправичног поступка, као и да докази прибављени кршењем члана 3 Конвенције нису имали имали *одлучујући значај* на резултат поступка. Суд је констатовао да је „случај посебан по томе што су спорни стварни докази изведени из незаконите методе испитивања која сама по себи није имала за циљ да унапреди кривичну истрагу, већ је примењена у превентивне сврхе, односно да би се спасио живот детета, а самим тим и у циљу заштите другог суштинског права загарантованог Конвенцијом, односно члана 2“, док са друге стране „да члан 3. Конвенције гарантује апсолутно право подносиоцу представке, те да не може бити одмеравања других интереса у односу на њега, као што је тежина кривичног дела или јавни интерес за ефективно кривично гоњење..“

Суд је након опсежне анализе закључио да „сматра да је друго признање подносиоца представке на суђењу које је – само или поткрепљено даљим неокаљаним стварним доказима – представљало основу за његову осуду за убиство и отмицу уз изнуду и његову казну, док оспорени стварни докази нису били потребни и нису коришћени да се докаже његова кривица или да му се одреди казна“, због чега је „дошло до прекида у узрочно-последичном ланцу који је водио од забрањених метода истраге до осуде и казне подносиоца представке у односу на спорне стварне доказе, па је испоштована привилегија против самооптуживања“. У конкретном случају је ЕСЉП прихватио наводе државе да је национални суд своју осуду засновао искључиво на признању апликанта учињеном на главном претресу, које је поткрепљено и „неисквареним“ материјалним доказима до којих се дошло независно од исказа окривљеног учињеног услед претњи у истрази, као што су сведочење жртвине сестре, писани докази о планирању отмице и новац пронађен у стану окривљеног и др. Тиме је дошло до прекида у узрочном ланцу између забрањених метода испитивања и доказа прибављених против окривљеног. С обзиром да је окривљени имао прилике да оспорава прихватљивост материјалних доказа, да је признање на главном претресу дато слободно без икакве принуде, Суд је утврдио да није било повреде права на правично суђење.

Roxin је у својој анализи приметио да, иако је ЕКЉП сматрао да је дозвољено касније признање на главном претресу, такво признање је суштински недопуштено јер произилази из недозвољених претњи мучењем у претходном поступку. Законитост таквог каснијег признања, по његовом становишту, могла би се ценити само у случају да је окривљени претходно изричито упозорен да се његово раније признање неће користи. С друге стране, до прихватања касније одбране окривљеног, суд је дошао „вагањем“ тежине повреде права

окривљеног и тежине кривичног дела, иако је, у случају овако озбиљене повреде права окривљеног, вагање искључено.⁴¹⁶

У издвојеном мишљењу шесторице судија наведено је да *"Друштва заснована на владавини права себи не могу дозволити директно, индиректно или на било који други начин прихватање доказа који су апсолутно забрањени чланом 3 Конвенције, док је најефикаснији начин заштите ових права апсолутно изузимање свих доказа прибављених кршењем члана 3 конвенције и проглашавање поступка у коме су овакви докази коришћени неправичним."*⁴¹⁷

3.3. Докази прибављени кршењем права на правично суђење из члана 6 Конвенције

Општа је сагласност у процесној правној теорији и пракси да је право на правично (поштено, *"fair"*) суђење најважније процесно право, које представља један од основних елемената демократског друштва и владавине права и једно је од основних људских права које је загарантовано чланом 6. Европске конвенције за заштиту људских права и слобода (ЕКЉП). То право је од великог значаја за сва национална законодавства земаља потписница ЕКЉП, које припадају континентално европском и англосаксонском (адверзијалног) систему и ставља се „испред осталих вредности демократског друштва“.⁴¹⁸ У пресуди *Delcourt v. Belgium*, наводи се да „у демократском друштву, право на правично суђење заузима толико истакнуто место да рестриктивно тумачење члана 6 став. 1 ЕКЉП, не би одговарао циљу и сврси те одредбе“.⁴¹⁹ Устав РС у члану 32 став 1 гарантује право на правично суђење - право окривљеног да суд независан, непристрасан и претходно законски установљен, правично и у разумном року јавно расправи и одлучи о основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега.

Право на правично суђење представља „стожерни принцип кривичног процесног права и састоји из низа појединачних права и процесних гаранција, који својим синергичним дејством конкретан кривични поступак чине правичним“.⁴²⁰ Ово право је нормативно одређено у члану 6 ЕКЉП и примењује у свим судским поступцима (грађанским, кривичним, управним и др.).

Сходно члану 6. Конвенције, право на правично суђење у кривичним поступцима обухвата права сваког да током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Пресуда се мора изрећи јавно, али се штампа и јавност могу искључити с целог или с дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака, или у мери која је, по

⁴¹⁶ Види: Clause Roxin, *Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?*, *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, Verlag C.H. Beck, München, 2005., 461-471.

⁴¹⁷ Види: *Gäfgen v. Germany*- Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku and Power, Judgment of 01.06.2010, para 9 i 10.

⁴¹⁸ Š.Pavlović (2012), 5-6.

⁴¹⁹ *Delcourt v. Belgium*, ECtHR, App. no. 2689/65, 17 January 1970, para 25.

⁴²⁰ Саша Кнежевић, „Право на правично суђење“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, XLIV/2004, Ниш, 210.

мишљењу суда, неопходно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде (став 1); Право сваког ко је оптужен за кривично дело да се сматра невиним све док се не докаже његова кривица на основу закона (став 2); Право сваког: а) да без одлагања, подробно и на језику који разуме, буде обавештен о природи и разлозима оптужбе против њега, б) да има довољно времена и могућности за припремање одбране, ц) да се брани лично или путем браниоца кога сам изабере или, ако нема довољно средстава да плати за правну помоћ, бесплатно добије браниоца по службеној дужности када интереси правде то захтевају, д) да испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитају и да се обезбеди присуство и саслушање сведока у његову корист под истим условима који важе за оне који сведоче против њега, е) да добије бесплатну помоћ преводиоца ако не разуме или не говори језик који се употребљава на суду (став 3).

Процењивање суђења као правичног из члана 6. Конвенције подразумева испитивање правичности поступка сагледаног у целини, укључујући и истражну фазу, али и радње које претходе формалном отварању истраге, дакле целину поступка у материјалном (суштинском) и формалном (процедуралном) смислу. Према ставу ЕСЉП „у једном демократском друштву право на правично суђење, у значењу које му даје Конвенција, заузима толико важно место да рестриктивно тумачење члана 6. став 1. не одговара циљу и сврси те одредбе. Зато права и обавезе која чине предмет права на правично суђење не могу бити одређивани искључиво према унутрашњем законодавству земље потписнице, иако оно има битан значај за утврђивање садржаја овог права.“⁴²¹

За оцену (не) законитости доказа су нарочито од значаја два права одбране, право на кофронтацију и привилегија од самооптуживања.

Право на кофронтацију, који је саставни део права на правично суђење и део „минималних права окривљеног“, подразумева право окривљеног да испитује сведоке одбране под једнаким условима као сведоке оптужбе, као и право да се са њима суочи. Концепт „сведока“, по Конвенцији има много шире значење од оног у европским националним правним системима, с обзиром да „укључује сведоке који сведоче на суђењу и свако лице које је свесно или несвесно дало информације за кривични поступак“, углавном у својим изјавама полицији.⁴²² Уколико се окривљеном ускрати право на кофронтацију са сведоком, пресуда се не сме заснивати искључиво или у одлучујућој мери на исказу сведока којег окривљени није имао прилике да испита нити у једној фази поступка, јер ће доћи до повреде чл. 6. Конвенције. Одступања од права на испитивање сведока оптужбе, дозвољено је изузетно, када је на пример немогуће пронаћи сведока. Међутим, чак и тада потребно да „домаћи органи предузму позитивне кораке како би се оптуженом омогућило испитивање сведока или његово суочење са њим, а што подразумева активно тражење сведока...суд се мора уверити да су домаће власти урадиле све што је разумно било могуће како би осигурале присутност сведока.“⁴²³

Европски суд за људска права (ЕСЉП) заузео је став да су право на ћутање и право да окривљени не треба самог себе теретити (привилегија од самооптуживања), „два опште

⁴²¹ *Delcourt v. Belguim*, EctHR, App.no. 2689/65, 17. January 1970, *Moreira de Azevedo V. Portugal*, ECtHR, App.no. 11296/84, 23. October 1990, *König v Germany*, EctHR, App.no. 6232/73, 31. May 1978.

⁴²² Arangüena Fanego Coral, „Requirements in Relation to Witness Examination under Article 6.3 d) ECHR“, Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights (eds. Javier García Roca, Pablo Santolaya), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2012, 282.

⁴²³ *Lučić protiv Hrvatske*, EctHR, zahtjev br. 5699/11, 27.02.2014, 79.

прихваћена интернационална стандарда која леже у суштини појма правичног поступка“.⁴²⁴ Право појединца да сам себе не оптужује пре свега односи на поштовање воље окривљеног да се брани ћутањем, те с тим у вези, процесне гаранције забране самооптуживања, која је конститутивни елемент права окривљеног на правично суђење зајемченог чланом 6. Европске конвенције о људским правима, подразумевају забрану коришћења у кривичном поступку доказа у којима неко лице само себе окривљује уколико је тај доказ прибављен принудом или обманом или подстицањем тог лица да даје инкриминишуће изјаве против себе, односно састоје се у обезбеђењу права окривљеног, да изјаве које даје, у ситуацији када је суочен са оптужбом за кривично дело, даје потпуно слободном вољом.

Без обзира на ово право, остаје могућност прибављања материјала, чак и уз употребу силе и против воље осумњиченог, као што су вађење крви и урина, контрола даха, физички прегледи ради ДНК анализе. Ове радње, међутим, „не утичу на слободу окривљеног да одбијањем усмене изјаве не доприноси утврђивању чињеница у кривичном поступку“.⁴²⁵

С тим у вези ЕСЉП наглашава тесну повезаност привилегије против самооптуживања и претпоставке невиности полазећи од тога да су право на ћутање и привилегија против самооптуживања међународни стандарди који су основа поштеног поступка у смислу члана 6. Конвенције.

Иако изричито то није наведено, члан 6. Европске конвенције захтева да се окривљеном омогући да користи помоћ браниоца адвоката већ у почетним фазама полицијског саслушања које је понекад од одлучног значаја за законитост и правичност целог даљег тока кривичног поступка, као и за одлуку суда. Ово правило инкорпорирано је у ЗКП, на начин да је у члану 68. тачка 2 ЗКП под називом “Поука осумњиченом о његовим правима” прописано да окривљени има право да ништа не изјави, ускрати одговор на поједино питање, слободно изнесе своју одбрану, призна или не призна кривицу. Право је окривљеног да не износи своју одбрану, или да је изнесе у целости или делимично, што је у складу са принципом акузаторности које обавезује тужилаштво да доказује кривицу окривљеног ван разумне сумње, док насупрот томе окривљени није дужан да доказује своју невиност. У смислу одредбе члана 68. став 1 тачка 1 ЗКП окривљени има право да у најкраћем року, а увек пре првог саслушања, подробно и на језику који разуме буде обавештен о делу које му се ставља на терет, о природи и разлозима оптужбе, као и да све што изјави може да буде коришћено као доказ у поступку, док је орган поступка у смислу става 2 истог члана дужан да пре првог саслушања окривљеног поучи о правима из става 1. тач. 2) до 4) и тачка 6) овог члана.

С обзиром на то да се право појединца да сам себе не оптужује пре свега односи на поштовање воље окривљеног да се брани ћутањем, то се нарочито наглашава да привилегија против самооптуживања значи да у кривичном поступку оптужба не сме прикупљати доказе кориштењем принуде или силе, нити обмане или преваре против окривљеног, нити се сме подстицати на самооптуживање.

Право на ћутање и имунитет од самооптуживања сходно члану 6. став 1. ЕКЉП спречавају органе гоњења, тужилаштво да прибави доказе “тако што ће кршити вољу

⁴²⁴ *Saunders v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 19187/91, 17 December 1996; *Allan v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. [48539/99](#), 5 November 2002, final on 5/2/2003; *Quinn v. Ireland*, ECtHR, App. no. 36887/97, 21 December 2000, final 21/03/2001.

⁴²⁵ D.Крпач, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2003., 264-265

оптуженога да не сведочи против себе самог. Право на ћутање не може се ограничити само на непосредно признање незаконитог дела, већ и на сваку изјаву која би доцније могла бити искориштена у кривичном поступку у прилог аргументацији тужилаштва" ⁴²⁶. То се право окривљеног преклапа се с претпоставком невиности сагласно члану 6 став 2. Конвенције.

Судска пракса ЕСЉП показује три основна типа ситуација у којима је забезежено кршење воље оптужених који су одлучили да не сведоче: а) обавеза да се сведочи наметнута законом под претњом казне, ⁴²⁷ та категорија обухвата и неправилно пребацивање терета доказивања када се од оптуженога тражи да докаже своју невиност; б) принуда, која може бити физичка ⁴²⁸ или психолошка ⁴²⁹; и в) принуда помоћу преваре када се користе технике прикривене, тајне истраге. ⁴³⁰

Кроз своје одлуке, ЕСЉП обично налаже тест на основу кога ће се утврдити да ли је повређена суштина тог права. На основу те анализе „суштине права”, оно што представља правично суђење “не може бити предмет једног јединог непромењивог правила, већ у извесној мери зависи од околности сваког конкретног предмета. Зато је понекад потребан “*sui generis*” тест размерности, посебно када је реч о мањим преступима, да би се оправдао закључак да у датом предмету није прекршен члан 6 Конвенције”⁴³¹ Тај тест „суштине права” користи три главна критеријума да се утврди да ли су принуда или кршење воље окривљеног дозвољени по члану 6 Конвенције: а) природа и степен принуде који су примењени за прибављање доказа; б) тежина јавног интереса у датој истрази и кажњавања кривичног дела о коме је реч; в) постојање било каквих релевантних заштитних механизма у самом поступку и начин на који се користи било који материјал који је на тај начин прибављен. ⁴³² Ипак, опште је правило да докази прибављени коришћењем принуде или силе, обмане или преваре против осумњиченог, односно оптуженог “не смеју имати пресудну или битну тежину у поступку доношења осуђујуће пресуде”⁴³³.

Тако се у јурисдикцији суда утврђује да се пресуда не може засновати на “непреиспитаном доказу” ако нису задовољени захтеви правично спроведеног поступка односно да пресуда не може бити заснована искључиво или у одлучујућој мери на исказу лица које оптужени „није имао прилику да испита током истраге или суђења јер се тиме право на одбрану ограничава у мери која је неспојива с гаранцијама које пружа члан 6 ЕКЉП”. ⁴³⁴

Суд се изричито изјашњава и у погледу незаконитости доказа до којег је суд дошао испитујући *информатора*, када је установио да коришћењем овог доказа долази до повреде привилегије против самооптуживања (па самим тим и права на правично суђење), јер употреба исказа информатора о сазнањима шта му је окривљени испричао, није ништа друго

⁴²⁶ *Aleksandar Zaichenko v. Russia*, ECtHR, App. no. 39660/02, 18 February 2010, final 28/06/2010, para 52–60.

⁴²⁷ *Saunders v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 19187/91, 17 December 1996.

⁴²⁸ *Jalloh v. Germany*, para 103–123.

⁴²⁹ *Gäfgen v. Germany*, para 169–188.

⁴³⁰ *Allan v. the United Kingdom*, para 45–53.

⁴³¹ *O’Halloran and Francis v. United Kingdom*, ECtHR, App. no. 15809/02, 29 June 2007.

⁴³² *Jalloh v. Germany*, para 117.

⁴³³ *Saunders v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 19187/91, 17 December 1996.

⁴³⁴ *Asch v. Austria*, ECtHR, App. no. 12398/86, 26 April 1991, para 27; *Luca v. Italy*, ECtHR, App 33354/96, 25 February 2001, final on 27/5/2001, para 39.

до повреде његове слободе избора између изношења одбране и ћутања.⁴³⁵ Становиште да је незаконитим доказима повређено право на правично суђење окривљеног, суд зазима и у случају када се пресуда заснивала на исказима полицајаца агената провокатора,⁴³⁶ када је окривљени предао полицији доказе без присуства браниоца,⁴³⁷ као и у случају када су полицајци насилно дали осумњиченом средство за повраћање да би дошли до прогутаног пакетића дроге.⁴³⁸ У пресуди *Драгојевић против Хрватске*,⁴³⁹ ЕСЉП је констатовао „да прислушкивањем телефона подносиоца и тајним надзором над њим дошло до мешања у његово право на поштивање приватног живота и дописивања, а имајући у виду да домаће право није довољно јасно регулисало овлашћења надлежних органа приликом одређивања примене ове мере“. Ипак, како то није био једини доказ на којем је суд темељио првостепену пресуду суд и поред повреде члана 8. Конвенције, није утврдио повреду права на правично суђење.

3.4. Докази прибављени кршењем права на приватни живот, дом и преписку из члана 8 Конвенције

Члан 8 Конвенције гарантује да свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке (став 1), при чему се јавне власти неће мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других (став 2). Из цитиране одредбе произилази да члан 8 штити приватни живот, породични живот, дом и преписку. Да би прибављање одређеног доказа прекршило члан 8, потребно је да су радње прибављања предузете супротно домаћем закону, да нису неопходне у демократском друштву, или да не служе остваривању једног од легитимних циљева члана 8 став 2. По природи ствари, повреде права на приватни живот, дом и преписку могу покренути питање законитости тако прибављених доказа, што представља и предмет анализе овог рада, док ће повреде права на породични живот по правилу остати ван тог опсега.

Под правом на приватан живот подразумевају се „сви аспекти везани за лични идентитет, као што су лично име, фотографија, физички или морални интегритет“, а заштита коју пружа члан 8 Конвенције, посебно се односи на „развој, без спољашњег утицаја, личности сваког појединца у његовим односима са другим људским бићима“.⁴⁴⁰

У својим одлукама ЕЉСП заузима став да се коришћење доказа који су прибављени супротно члану 8 само по себи није супротно захтевима права на правично суђење из члана 6

⁴³⁵ *Allan v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. [48539/99](#), 5 November 2002, final on 5/2/2003, para 53.

⁴³⁶ *Teixeira de Castro v. Portugal*, ECtHR, 44/1997/828/1034, 9 June 1988, para 39.

⁴³⁷ *Šebalj v. Croatia*, ECtHR, App. no. 4429/09, 28 June 2011.

⁴³⁸ *Jalloh v. Germany*, ECtHR, App. no. 54810/00, 11. July 2006, para 107.

⁴³⁹ *Dragojević v. Croatia*, ECtHR, App. no. 68955/11, 15 January 2015.

⁴⁴⁰ *Von Hannover v Germany*, Grand Chamber, ECtHR, App.no.59320/00, 7 February 2012, para 95.

став 1 Конвенције.⁴⁴¹ У случајевима кршења члана 8 Конвенције којима се прибављају инкриминишући докази, мора се проценити да ли је подносилац представке био жртва притиска, принуде или обмане ради прибављања признања или материјалних доказа који га инкриминишу. Уколико се приликом спорног претреса прибаве материјални докази, ЕСЉП се позива на свој познати и напред већ поменути стандард из предмета *Saunders*,⁴⁴² да је реч о „материјалним доказима који постоје независно од воље окривљеног, те да њихово прикупљање само по себи не крши члан 8 Конвенције“.⁴⁴³ Суд је у својим одлукама ценио и „нужност претресања“, која постоји у ситуацији када постоје и други докази који указују на кривично дело, али нпр. треба пронаћи и одузети *corpus delicti*, када постоје постоје и поштују се националне процедуралне гаранције против самовоље, те када је у конкретном случају испуњено начело пропорционалности у ужем смислу (околности да ли је окривљеном пружена могућност да добровољно преда предмете или да се одговарајућим исказом „ослободи“ претресања, да ли се ради о тежем кривичном делу и да ли је наредба за претресање била „неограничена и несразмерна“).⁴⁴⁴

Почевши од предмета *Schenk v. Switzerland*, у коме је нелегално сачињен снимак телефонског разговора коришћен као инкриминишући доказ против окривљеног, и касније,⁴⁴⁵ ЕСЉП је доследно истрајавао у свом ставу да коришћење тако прибављених доказа не чини поступак неправичним, с обзиром да спорни снимак није једини доказ на коме се заснива осуда. Ово је резултат примене једног од тестова које суд примењује када процењује правичност поступка: – „да ли је доказ прибављен кршењем члана 8 једини или бар доказ на коме се претежно заснива осуда, те да ли је окривљени имао прилике да оспорава аутентичност и коришћење спорног доказа“.

Према сада важећој пракси, поред већ поменутих критеријума ЕСЉП цени и квалитет самог доказа, односно да ли околности његовог прибављања „бацају“ сумњу на његову тачност или поузданост, те када када доказ није поткрепљен другим доказима или када је доказ „веома јак и нема ризика његове непозданости, потреба за додатним доказима који га поткрепљују је сразмерно слабија“,⁴⁴⁶ у ком случају (не) правичност није спорна. Став ЕСЉП по овом питању погодује више начелу ефикасности кривичног гоњења него заштити права окривљених у поступку и његову правичност. Може се зато и рећи да овакав став подрива једно од основних начела изражених кроз познате ставове да право на правично суђење ужива изузетно високо место у демократским друштвима и да се оно не може жртвовати ради интереса ефикасности,⁴⁴⁷ да се Конвенција мора интерпретирати као кохерентна

⁴⁴¹ *Schenk v. Switzerland*, ECtHR, App.no. 10862/84, 12 July 1988, para 76; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, ECtHR, App.no. 44787/98, 25 September 2001, para 37-38; *Khan v. the United Kingdom*, ECtHR, App.no. 35394/97, 12 May 2000, para 35; *Bykov v. Russia*, ECtHR, App. no. 4378/02, 10 March.2009, para 91.

⁴⁴² *Saunders v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 19187/91, 17 December 1996.

⁴⁴³ *Kalnėnienė v. Belgium*, ECtHR, App. no. 40233/07, 6 September 1978, para 52.

⁴⁴⁴ D.Крас (2010), 1221-1222. Види и: *Camenzind v. Switzerland*, ECtHR, App. no. 21353/93, 16 December 1997 и *Buck v. Germany*, ECtHR, App. no. 41604/98, 28 April 2005, Final 28/07/2005.

⁴⁴⁵ *Khan v. the United Kingdom*, para 34; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, para 76; *Heglas v. The Czech Republic*, ECtHR, App.no. 5935/02, 1 March 2007, para 89–92.

⁴⁴⁶ *Bykov v. Russia*, para 90; *Khan v. the United Kingdom*, para 35-37; *Allan v. the United Kingdom*, ECtHR, App. no.48539/99, 5 November 2002, final on 5/2/2003, para 43.

⁴⁴⁷ *Delcourt v. Belgium*, para 25.

целина,⁴⁴⁸ као и да права која гарантује Конвенција морају да се обезбеде као „стварна и ефикасна“, а не као „теоријска и илузорна“.⁴⁴⁹

Притом, ЕСЉП у својој пракси овим поводом није заузимао став о теорији „плода отровног дрвета“, односно није било предмета у којима би утврђивањем повреде права на правично суђење санкционисао оне поступке у којима су на основу неког незаконитог доказа прибављени други докази, чија незаконитост није непосредна. Самим тим, потенцијално је могуће да незаконити доказ не буде једини доказ на коме се осуда заснива, већ да остатак чињеничне подлоге за осуду произилази из других доказа, до којих се пак не би дошло без тог доказа, те да такав поступак не крши члан 6 Конвенције. Описани ризик нарочито постоји код прибављања доказа супротно члану 8, односно повредом права на приватни живот, дом или преписку, јер се незаконитим прислушкивањем или претресањем може доћи до трага који би водио ка новом доказу, који не би био обухваћен првобитном незаконитошћу, већ би само био посредно незаконит.

С обзиром на повећане могућности за прибављање доказа противно члану 8 Конвенције, где сада, поред традиционалних метода прислушкивања телефона или претреса стана или пословних просторија, домаће власти могу незаконито прибављати доказе преузимањем садржаја из мобилних телефона, личних рачунара, средстава видео надзора, кућних уређаја, али, нарочито, и из онлајн садржаја, у које спадају садржаји похрањени на друштвеним мрежама, електронској кореспонденцији, тзв. „cloud“ технологији и сл., овакав ризик постаје још већи. То се нарочито односи на употребу “Personal assistant” уређаја, као што су „Google Assistant“ компаније Гугл, Siri компаније, Епл, као и компаније Амазон, који снимају и похрањују многобројне податке својих корисника, и које су као такве, потенцијални ризик за кршења права на приватност, гарантованог чланом 8 Конвенције.

У предмету *Schenk v. Switzerland*, судије Pettiti, Spielmann, De Meyer и Carrillo Salcedo у свом заједничком издвојеном мишљењу, наводе да „поштовање закона приликом прикупљања доказа није апстрактан или формалистички захтев, већ напротив, то је од примарне важности за правичност кривичног поступка. Ниједан суд не може засновати своју осуду на доказима који су прибављени на не само неправичан начин, него и незаконито, те уколико то и учини, суђење се не може сматрати правичним у смислу Конвенције“.⁴⁵⁰

У предмету *Khan*, судија Loucaides је у свом издвојеном мишљењу нагласио да „не може да прихвати да суђење може бити правично у смислу члана 6, уколико се нечија кривица утврђује доказима прибављеним кршењем људских права гарантованих Конвенцијом“, као и да „уколико се кршење члана 8 прихвати као „правично“, не видим како се полиција ефикасно може одвратити од понављања недозвољеног понашања ... и да не могу да прихватим да се суђење и осуда која произилази из таквог поступања могу сматрати правичним“.⁴⁵¹

Ове ставове прихвата и судија Tulkens у свом издвојеном мишљењу у предмету *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, понављајући да „појам „правичности“, када се разматра у контексту Европске Конвенције за заштиту људских права, имплицира поштовање

⁴⁴⁸ *Klass and Others v. Germany*, ECtHR, App. no.5029/71, 6. September 1978, para 68-69.

⁴⁴⁹ *Tyrer v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no 5856/72, 25 April 1978, para 31; *Soering v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no 14038/88, 07 July 1989, para 102; *Artico v. Italy*, ECtHR, App. no 6694/74, 13 May 1980, para 33; Заједничко несагласно издвојено мишљење судија Pettiti, Spielmann, De Meyer и Carrillo Salcedo.

⁴⁵⁰ *Schenk v. Switzerland*.

⁴⁵¹ *Khan v. the United Kingdom*.

владавине права, које претпоставља поштовање људских права предвиђених Конвенцијом“, те да се „не може говорити о правичном суђењу уколико је оно спроведено кршењем закона“. Судија Tulkens наводи и да се „треба истаћи да оно што је забрањено једном одредбом (члан 8) не може бити дозвољено другом (члан 6), те да када утврди да нема повреде члана 6, као у овом предмету, Суд чини члан 8 потпуно неделотворним“. Притом, подсећа и на став суда из предмета *Osman v. the United Kingdom*,⁴⁵² да „постоји потреба да се обезбеди да полиција врши своја овлашћења у контроли и превенцији криминалитета на начин који у потпуности поштује одредбе поступка и остале гаранције које легитимно ограничавају делокруг њихове акције ... укључујући гаранције садржане у члановима 6 и 8 Конвенције“.⁴⁵³

Напред наведена становишта деле и понављају и судије Spielmann, Rozakis, Tulkens, Casadevall и Мијовић Љиљана у издвојеном мишљењу у предмету *Bykov v. Russia*, наглашавајући да „коришћење доказа прибављених кршењем члана 8 захтева екстремно ригорозно испитивање од стране Суда у погледу правичности поступка“, и да је: „у овом случају повреда члана 8 утврђена услед незаконитости, односно услед повреде критеријума „у складу са законом“, те да правичност поступка коју предвиђа члан 6 захтева законитост, тачније да правичност поступка претпоставља законитост и, тим пре, поштовање права гарантованих Конвенцијом, што је и задатак Суда да контролише“.⁴⁵⁴

На крају, утврђивање повреде права на поштовање приватног живота, дома или преписке из члана 8 не доводи аутоматски до незаконитости доказа насталог том повредом, већ је потребно да поступак у коме је тај доказ коришћен не задовољи трипартитни тест Суда – 1) да ли се осуда заснива једино или бар у претежном делу на доказу прибављеном кршењем члана 8, 2) да ли је окривљени имао прилике да оспорава аутентичност и коришћење спорног доказа и 3) да ли околности његовог прибављања бацају сумњу на његову тачност или поузданост, односно да ли у случајевима смањене поузданости има других доказа који га поткрепљују. Изложени тест није кумулативан, нити алтернативан, већ све околности Суд цени и посматра заједно. Ипак, може се извући закључак да ће бити јако тешко доказати повреду права на правични поступак у овим случајевима, већ ће подносиоци представке, као и у досадашњој пракси Суда, морати да се задовоље исходавањем утврђене повреде члана 8.

Међутим, треба нагласити да тако утврђена повреда члана 8 Конвенције неће бити од утицаја на одлуку домаћег суда којим је подносилац представке оглашен кривим, већ једино окривљеном пружа накнаду нематеријалне штете, као вид правичног задовољења за тако учињену повреду. Наше је мишљење да управо такав исход представља најбољу потврду погрешности описаног приступа Суда у решавању питања незаконитих доказа насталих услед повреда права из члана 8 Конвенције. Поред тога што подрива уживање права из Конвенције, иако је према члану 19 Конвенције једини задатак Суда да обезбеди њихово поштовање од стране Високих страна уговорница, овакав приступ Суда заправо оставља државама да прописују и санкционишу прибављање доказа кршењем права на приватни живот, дом или преписку, као и коришћење таквих доказа у кривичном поступку. У даљем тексту, предмет анализе су и појединчане релевантне одлуке Европског суда за људска права и ставови овог суда.

⁴⁵² *Osman v. the United Kingdom*, app. no. 23452/94, 28 October 1998, para 116.

⁴⁵³ *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*.

⁴⁵⁴ *Bykov v. Russia*.

**ТРЕЋИ ДЕО - УПОРЕДНОПРАВНИ ПРИКАЗ О ДОКАЗНИМ ЗАБРАНАМА И
ПРАВИЛО ЕКСКЛУЗИЈЕ ДОКАЗА**

1. Правила о изузимању незаконитих доказа у два велика правна система

1.1. Апсолутан и релативан систем издвајања доказа

Када је реч о кривичном поступку, још увек се у упоредном праву, разликују основна кривичнопроцесна решења, присутна у различитим државама, али ипак многи законски механизми показују и одређене мање или више изражене сличности, што се заснива како на међусобном утицају кривичнопроцесних система, тако и на прихваћеној традицији у конкретним правним системима, одређеним историјским разлозима и бројним другим факторима.⁴⁵⁵ Држава континенталне Европе углавном имају мешовите кривичне поступке, осим Италије, која је свој систем засновала претежно на адверзијалним принципима, док англосаксонске државе углавном почивају на адверзијалним основама.

Правила о изузимању доказа су једна од ретких правила, која се по својим карактеристикама не могу поларизовати на англосаксонски модел и европско-континентални модел. Јединствени модел изузимања доказа постоји у америчком праву, које је творац овог правила, док остале државе англосаксонског система и европско-континенталног система имају извесне заједничке карактеристике које се пре свега огледају у њиховом релативном систему издвајања у различитом опсегу издвајања. У овој раду, иако следимо поделу на два велика правна система и анализирамо карактеристике правила о изузимању доказа различитих представника ових система, већа пажња ће бити посвећена апсолутном моделу издвајања које је карактеристично за америчко право.

Правила о изузимању незаконитих доказа сматрају се једним од најконтроверзнијих доктрина у кривичном поступку, а нарочито је то контраверзно питање у Сједињеним Америчким Државама, која се сматра *колевком* правила *exclusionary rule*.⁴⁵⁶ Настанак доказних забрана и изузимања доказа упоредно се установљавају у англосаксонским системима и европско континенталним системима. Тако је под утицајем бројних англоамеричких доктрина, успостављен систем апсолутног издвајања (аутоматско издвајање), уз одређене изузетке који су се „изнедрили“ кроз судску праксу Врховног суда САД, а у европско континенталним системима, који су иначе *скептички* по питању издвајања доказа (која представља препреку спознаје истине), развио се систем релативног (дискреционог) изузимања доказа, које су прихватиле и државе англосаксонског система. У теорији се истиче да је „опште познато“ да ексклузионо правило у континенталним правима ни издалека није тако широко развијено као у англоамеричком праву.⁴⁵⁷

У земљама англосаксонског система због функционално радвојене надлежности судије и пороте, може се спречити стварни утицај незаконитих доказа на пороту, јер се на преходном рочишту одлучује о искључењу доказа, који ни не долазе у „додир“ са поротом. Супротно томе, у континенталним системима, судско веће или судија појединац, неминовно

⁴⁵⁵ М.Шкулић, „Основи упоредног кривичног процесног права и основи проблеми реформе кривичног поступка Србије“, *Зборник "Казнена реакција у Србији"*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, 54 - 55.

⁴⁵⁶ Y. Mae, „Comparative analysis of exclusionary rules in the United States, England, France, Germany and Italy“, *International Journal of Police Strategies & Management*, 1999, 280.

⁴⁵⁷ С. Бркић (2011), 212.

долази у контакт са незаконитим доказима, који имају овлашћење да изузму доказ из поступка, али суштински не могу „затворити очи“ пред оним што су видели.

Класични инквизиторни поступак није се сусретао са проблемима поротног суђења, с обзиром на доминанацију професионалних судија, које су дужне да образложе своју одлуку и не могу побећи од логичких правила, па су се у континенталном праву доказне забране појавиле, тек по сазевању свести да истина није једини циљ кривичног поступка, већ да пажњу треба усмерити и на заштиту других друштвених вредности.⁴⁵⁸

Упоредни модели издвајања незаконитих доказа, разликују се према оправдању или сврси издвајања, начину издвајања и врстама повреде које се санкционишу издвајањем доказа. Ове разлике се разноврсно комбинују према потребама правног система, али примећено је да већина држава не користи опсежно издвајање доказа, док, ниједна осим САД, не користи апсолутни начин издвајања.⁴⁵⁹ Нарочито је за земље европско континенталног права страна да прихвате апсолутно издвајање доказа и његову честу примену. И сама правила о прикупљању доказа су стриктнија у common law системима него у европско континенталним (нпр. Претресање стана без наредбе због „опасности од одлагања“ је могуће у европско континенталном закону). Дамашка примећује да ексклузивско правило о изузимању доказа представља реткост за континенталне земље, док доктрина „плодова отровног дрвета“ звучи готово као *фантастика* за њихове правнике.⁴⁶⁰

Већа потреба за издвајањем доказа у америчком праву и уопште у акузаторском типу кривичног поступка, може се правдати пасивном улогом суда, који има улогу контроле доказа које су странке прикупиле и извеле у току поступка. Како је одлука о кривици окривљеног у надлежности пороте и то лаика, већа је потреба да се она заснива на доказима који су законито прибављени и којима се не крше права окривљеног како исти не би утицали на коначну одлуку пороте. Незаконити докази у common law неће бити представљени пороти, јер ће их претходно судија искључити, док у системима који почивају на инквизиторским принципима, суд ће се упознати са доказом, али га ипак мора занемарити, што се по неким теоретичатима сматра излетом у нереално.⁴⁶¹ Можемо рећи и да је контрола доказа у common law системима већа, а да странке у овом систему имају веће потешкоће да се њихови докази прихвате. Наиме, у оба система, судија мора одлучити који ће се докази извести на главном претресу, с тим да у common law, суд се приликом те одлуке бави углавном питањем прихватљивости тог доказа, док у европско континенталним системима, суд углавном прихвата све доказе који су логички релевантни.⁴⁶² Принцип једнакости оружја је изражен у страначким системима, па се издвајањем доказа, постиже важна сврха – стављање у једнак положај странака у поступку, односно јачање терета доказивања јавног тужиоца, који је по природи ствари у доминантнијем положају у односу на окривљеног.

Осим тога, за разлику од европско континенталних система, основна сврха правила о изузимању незаконито прибављених доказа у америчком праву је "дисциплиновање полиције" и спречавању њене самовоље и незаконитог поступања, с обзиром на постојећи

⁴⁵⁸ I.Martinović, D.Kos, (2016), 314.

⁴⁵⁹ Ž.Karas, „Neke primjedbe o izdavanju nezakonitih materijalnih dokaza“, *Policajska sigurnost*, Zagreb, godina 21., broj 4, 2012., 754.

⁴⁶⁰ M.Damaška (1973),522.

⁴⁶¹ M.Damaška, (1997), 48.

⁴⁶² *Ibid.*, 513.

систем државне полиције који није централизован, па се на овај начин успоставља контрола локалне полиција казно да ће остати без "плодова" свог рада.⁴⁶³

Традиционално у *common law* САД се издвајају у примени апсолутног правило искључења, које се заснива на заштити уставних права грађана с тим да се овакав приступ током времена релативизовао путем изузетака који су прихваћени у пракси Врховног суда САД. Амерички exclusionary rule, који је апсолутног карактера, у главним обележјима није прихваћен у европско континенталним државама али ни у државама common law система. Енглеска, Канада, Аустралија и Нови Зеланд примењују релативни систем издвајања, заснован на слободној одлуци суда у сваком конкретном предмету. У енглеској традицији принцип инклузије традиционално преовлађује, односно незаконити докази су у начелу прихватљиви, осим ако се њима угрожава општа правичност, када је дискреционо право суда да ли ће искључити доказе. Дискреција о правичности се фокусира на шире питање „да ли ће прихватање доказа бити неправедно према оптуженом, а не због забринутости о људским правима, одвраћању од недоличног понашања у истрази или о статусу судова у очима заједнице“.⁴⁶⁴

У мешовитом моделу поступка које је засновано на принципу легалитета и утврђивања материјалне истине, мање се инсистира на на тзв. "једнакости оружја" и терету доказивања, јер је суд доминантан у доказном поступку и његова основна дужност је да тачно и потпуно утврди чињенично стање, док се и сврха издвајања доказа не остварује „дисциплиновањем“ процесних органа, како је то одређено у америчком праву, јер се њихова одговорност за кршење закона свакако санкционише кроз инкриминације прописане материјалним законима.⁴⁶⁵ Кривични законици предвиђају низ кривичних дела која је могуће извршити приликом незаконитог прикупљања доказа (изнуђивање исказа, злостављање и мучење, нарушавање неповредивости стана, противзаконито претресање, неовлашћено прислушкивање и снимање и сл.), начело легалитета кривичног гоњења обавезује јавног тужиоца на покретање кривичног поступка против свакога (па и полицајца) ко прекрши закон, док начело утврђивања материјалне истине понекад захтева да се и "прогледа кроз прсте" на поједине неправилности у прикупљању доказа, под условом да такве неправилности не утичу на правичност поступка у целини.⁴⁶⁶ Сматра се да се државе радије опредељују за релативни систем, имајући у виду искуство у примени апсолутног издвајања у америчком праву, а вођени интересом да се окривљени осуди, нарочито када су тешка кривична дела у питању. *Spencer*, наводи да су „незаконита претресања лоше појаве, али да се кривична дела попут силовања или убиства сматрају лошијим појавама, због чега би у неким случајевима било изненађујуће да се издвоје докази“.⁴⁶⁷

Европска комисије је давајући своје мишљење о статусу незаконитих доказа у кривичним постуцима држава чланица ЕУ, утврдила да од 17 европских држава, у седам се незаконити докази у начелу не издвајају (нпр. Енглеска, Француска, Немачка и Аустрија), док су у другој групи држава (Белгија, Кипар, Шпанија, Грчка, Ирска, Италија, Луксембург,

⁴⁶³ В.Бајовић (2013),750-751.

⁴⁶⁴ William van Caenegem, "New trends in illegal evidence in criminal procedure: general report - common law", Sep. 2007., доступно на :http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/223,4-5.

⁴⁶⁵ В. Бајовић, „О правно неваљаним доказима и плодовима отровног дрвета“, *Правни живот бр. 9/2013*, књига 563, година LXII, Удружење правника Србије, Београд, 2013, 744.

⁴⁶⁶ В.Бајовић (2013),755.

⁴⁶⁷ Delmas-Marty, M. i Spencer, J. R. (ur.), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004., 603 цитирано према: Ž. Karas, M. Jukić: „Promjene u sustavu nezakonitih dokaza, s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 16, broj 2/2009, 608.

Малта, Холандија, Португал), докази у начелу издвајају, али се не у сваком случају, уважавајући околности случаја уз балансирање опречних јавних интереса.⁴⁶⁸ У већини случајева постоје изузеци од правила, било да се ради о прихватљивости или неприхватљивости доказа прибављених кршењем права на поштовање приватног живота и других загарантованих права. Процес балансирања да ли ће се неки доказ изузети заснива се на тежини повреде учињене у прикупљање доказа, утицаја који повреда може имати на поузданост доказа, или место тог доказа – да ли је он централни или периферни за утврђивање одговорности оптужени.

Релативни систем издвајања подразумева процес балансирања, у коме се незаконитост доказа оцењује примењујући различите интересе, као што је нпр. интерес правичности, карактеристичан за Уједињено Краљевство, кодификовано у члану 78 (1) Закона о полицији и доказима из 1984. године, или као што се у Немачкој и Француској, оцењује тежина кривичног дела и друге вредности, као што су заштита окривљеног и учесника у поступку и тд. Било би погрешно сматрати да је статус незаконито прибављених доказа у државама нужно на штету оптуженог. У Данској, где су судови у принципу слободни да оцењују изведене доказе, прихватају се докази који су повољни за окривљеног, без обзира на начин прибављања.

1.2. Настанак и развој правила ексклузије у праву САД

*Exclusionary rule*⁴⁶⁹ је настало у англосаксонском праву, а њиховом колевком се сматра судска пракса САД. Сматра се да су ова правила о изузимању доказа настала из скептицизма који се односи на хронично неповеће американаца према влади, које постоји још од доношења Повеље о правима (Bill of Rights), а она, заједно са Четвртим амандманом сматрају се антивладиним документима.⁴⁷⁰ Још је Повеља о правима, 1791. године, имала за циљ да ограничи федерацију у доношењу закона који би задирали у основна права и слободе грађана, али се одредбе Повеље нису примењивале у кривичним поступцима према праву савезних држава, јер је пракса Врховног федералног суда важила само у поступцима пред федералним судовима.⁴⁷¹ Правила о изузимању доказа (*Exclusionary rule*) настала су првенствено кроз утврђивање повреда кршења Четвртог амандмана уз Устав САД, услед незаконите претраге и заплене. Као што смо већ споменули у одељку који се односи на сврху доказних забрана, циљ постављања ових правила у САД је спречавање противустановног поступања полицијских службеника⁴⁷² односно едукацију и дисциплиновање полиције,⁴⁷³ а потом и заштита права учесника у поступку, пре свега права на приватност (V. амандман Устава САД). Поред тога, ексклузионо правило доприноси "равноправности оружја", као један од важних елемената расправног модела поступка, у којем је терет доказивања на

⁴⁶⁸ EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, Opinion on the status of illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of the European Union, CFR-CDF, 2003., 7-9.

⁴⁶⁹ "A rule that excludes or suppresses evidence obtained in violation of an accused person's constitutional rights." - Black's law dictionary, Standard 9th edition (Edited by Bryan A. Garner), 2009, 1855.

⁴⁷⁰ "The Bill of Rights in general and the fourth amendment in particular are profoundly anti-government documents.." - Anthony G. Amsterdam, „Perspectives on the Fourth Amendment“, *Minnesota Law Review*. 848, 1974, 353.

⁴⁷¹ D.Крапач (2020), 446.

⁴⁷² *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, 217 (1960).

⁴⁷³ *U.S. v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976).

тужиоцу, па је оцена законитости доказа које тужилац презентује, важан чинилац у јачању положаја окривљеног. У оквирима савременог америчког кривичног права и правне теорије постоје становишта према којима *exclusionary rule* превазилази заштиту од незаконитих доказа који су прибављени кршењем IV Амандмана (V и VI амандмана), „те пружа заштиту грађанима и у околностима када долази до кршења начела о фер и правичном суђењу (*due process clause*)“.⁴⁷⁴

Први поступак у којем је размотрено *Exclusionary rule*, сматра се грађански поступак *Boyd v. SAD*,⁴⁷⁵ који се односио на оптуженог који је био приморан да приложи потенцијално *самооптужувачку* пословну документацију. Суд је утврдио да је повређено право оптуженог на самооптуживање из Петог амандмана и закључио да доказ треба искључити из доказног поступка, због уставне повреде. У овој одлуци је заузето становишта да иако се ради о грађанском поступку, аналогно се примењује Пети амандман, који проглашава да ниједно лице „неће бити приморан, у било ком кривичном предмету, да буде сведок против себе“ и Четврти амандман који се односи на „неразуман претрес и заплелу“.⁴⁷⁶

Ово правило је потврђено 1914. године у значајном случају против *Weeks v. United States*, када је суд пресудио да су докази (исправе) прикупљени као резултат незаконите претраге и заплелне неприхватљиви у федералном кривичном поступку, јер се њима крше уставне забране које су намењене заштити народа од таквог неовлашћеног деловања. *Weeks* је осуђен на основу доказа одузетих из његовог стана, у току два претреса, без налога, а неки од доказа састојали су се од приватних исправа сличним онима у предмету Бојд. Суд је једногласно закључио да је првостепени суд требао искључити доказе, са образложењем да четврти амандман, „ставља на судове, као и на службенике за спровођење закона, ограничења у вршењу власти у складу са његовим гаранцијама“, у супротном „Четврти амандман нема никакву вредност, и може бити и избачено из Устава.“⁴⁷⁷

Даљи развој правила о изузимању доказа водио је настанку правила о издвајању доказа који су посредно прибављени на незаконит начин односно доктрине „плода отровног дрвета“, која доктрина се први пут тако назива у одлуци Врховног суда САД, *Nardone v. United States*, а претходно се примењује у случају *Silverthorne Lumber Co. v. United States*.⁴⁷⁸

У предмету из 1949. године, *Wolf v Colorado*⁴⁷⁹, заменик шерифа је без налога отишао у ординацију лекара и запленио књигу за заказивање како би сазнао имена пацијената, затим је пацијенте испитао и на основу тих сазнања, лекар је у кривичном поступку осуђен. Утврђујући да ли су докази прихватљиви за суд, Врховни суд је стао на становиште да, иако су у оквиру четвртог амандмана забрањени неразумни претреси и заплелне, они се санкционишу путем клаузуле о правилима поступка - *The Due Process Clause* за сваку државу

⁴⁷⁴ Н. Halilović, „Doktrina “neizbježnog otkrića” u američkom pravu i njezini efekti na dopustivost dokaza u kaznenom postupku“, *Kriminalistička teorija i praksa* 5 (9), 2018, 24-25.

⁴⁷⁵ *Boyd v. SAD*, 116 U.S. 616 (1886).

⁴⁷⁶ Четврти амандман гласи: „Не сме се претресима и заплелом кршити право грађана на безбедност личности, станова, хартије од вредности, имовине и налог за то се не сме издавати, сем у случају вероватног основа поткрепљеног заклетвом или свечаном изјавом, уз тачан опис места на коме треба извршити претресање лица или ствари које треба заплелити“, док Пети амандман, између осталог, прописује: „Нико (се) не може ... натерати у било каквом кривичном суђењу да сведочи против самога себе...“.

⁴⁷⁷ *Weeks v. United States*, 1914 (232 U.S. 383).

⁴⁷⁸ Види: *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, (1920) и *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939).

⁴⁷⁹ *Wolf v Colorado*, 1949, USSC 101; 338 US 25, (1949) и *Mapp v Ohio* 357 US 643, (1961).

(који су подложни промени у било ком тренутку од стране Конгреса), док је у конкретном случају, уставна права повредила држава Колорадо, која та правила о изузимању у овом случају, не предвиђа. На овај начин суд је фактички поставио државно правило изнад савезног. Суд је истакао и да постоје „друга средства“ заштите у спровођењу права на приватност зајемченог Четвртим амандманом (гоњење полицијских службеника у кривичном или дисциплинском поступку). Ипак, и поред ове одлуке, Врховни суд је наставио да оцењује методе на основу којих су докази прибављени према клаузули о правилима поступка. Тако је суд, у предмету *Rochin v. California*,⁴⁸⁰ у којем су докази о поседовању наркотика добијени насилним давањем еметичког раствора оптуженом у болници, јер полицијски службеници нису успели да га спрече да прогута одређене капсуле, заузео становиште да се ови докази морају изузети. Образложење за ову одлуку заснивало се на „шокирању савести“ (*"shock the conscience"*), јер су полицијске методе биле превише непожељне, што је постало и извесни критеријум у доношењу одлуке о изузимању доказа.

Иако суд није имао уједначене ставове по питању да ли кршење права окривљених на приватност од стране полицијских службеника једне државе, треба разматрати у свим државама као разлог изузимања доказа у кривичном поступку,⁴⁸¹ 1961. године у предмету *Mapp v Ohio*⁴⁸², суд је, коначно (позивајући се и на *Boyd* и *Week* случај, а критикујући ставове из *Wolf* случаја) закључио да је „логички и уставно неопходно“ да се правило ексклузије примењују на све државе, јер је то „битан део права на приватност“ (национални стандард), образлажући и да је то уставна привилегија неопходна за одвраћање од непрописног понашања полиције („...наша одлука, утемељена на разуму и истини, даје појединцу ништа више од онога што му Устав гарантује, полицајцу ништа мање од онога на шта поштено спровођење закона има право, а судовима тај правосудни интегритет тако потребан у истинско спровођење правде...“).⁴⁸³ У одлуци је констатовано и да држава, прихватајући доказе који су незаконито одузети, подстиче непослушност савезног устава, који је дужна да поштује, док се, супротно томе, примењујући правило о изузимању доказа којим се крши Четврти амандман, као федерално право подстиче поштовање закона од стране јавности и чува судски интегритет неопходан за „истинско“ спровођење правде.⁴⁸⁴

Exclusionary Rule је од тада постао обавезан правни лек за сва кршења Четвртог амандмана држава САД, без обзира на појединачна правила држава, а највећу примену је имао приликом изузимања материјалних доказа прибављених кршењем забране „неразумних претреса и заплене“ из Четвртог амандмана (права на приватност).

Сматра се да је развој правила о изузимању доказа свој успон имао у судској пракси Врховног суда САД, од 1959. године до 1969. године, да би касније у наредним раздобљима, у одлукама највише инстанце, његова примена почела „видно да слаби“, стварајући све више изузетака, међу којима је најпознатији био „изузетак добре вере“ (*good faith exception*),⁴⁸⁵ који је постао савезно правило у оцени законитости доказа. Упоредно са том тенденцијом, у

⁴⁸⁰ *Rochin v. California* 342 U.S. 165 (1952).

⁴⁸¹ Види и супротну одлуку *Irvine v. California*, 347 U.S. 128 (1954). Више о одлукама које су донете пре *Mapp v Ohio*: Dale W. Broeder, „The Decline and Fall of *Wolf v. Colorado*“, 41 *Nebraska Law Review* 185, 1962, 185-219.

⁴⁸² *Mapp v Ohio* 357 US 643,(1961),Више о детаљима случаја *Mapp*: *Ibid.*, 194-195.

⁴⁸³ Osborn, Debra, „Suppressing the Truth: Judicial Exclusion of Illegally Obtained Evidence in the United States, Canada, England and Australia“, *Murdoch University School of Law*, Vol.7, no.4, december 2000., internet izdanje.

⁴⁸⁴ Dale W. Broeder (1962), 202-203.

⁴⁸⁵ Види: *New York v. Belton*, 453 U.S. 454 (1981).

судским одлукама највиших судских инстанци, ограничавала се и примена теорије „плодова отровног дрвета“.

Иако је у почетку судска пракса развила више теорија о сврси апсолутног издвајања доказа, касније одлуке се ограничавају на сврху спречавања полиције од недоличног понашања и повреде права. Врховни суд се по том питању изјаснио у предмету *United States v. Calandra*,⁴⁸⁶ наводећи да је основна сврха одвраћање од недопуштеног односно недоличног понашања полиције, одбацујући све остале доктрине, укључујући и ону да је то „лично уставно право оптуженог“. У овој одлуци, Врховни суд је сматрао да правило о искључењу није „лично уставно право“, већ само „судски креиран правни лек осмишљен да заштити права из Четвртог амандмана уопште кроз свој ефекат одвраћања.“ Сматра се да је том одлуком савезно правило деградирано и репозиционирано као правни лек, који се примењује само када је то оправдано једном једином сврхом: одвраћањем.⁴⁸⁷ У бројним одлукама, након тога, констатована је искључиво ова сврха изузимања доказа.⁴⁸⁸ Врховни суд је наглашавао наводну способност правила да спречи неуставно понашање полиције,⁴⁸⁹ слањем поруке да се докази прибављени кршењем права оптуженог неће се користити на суђењу и стварањем страха полицији од казне.⁴⁹⁰ При томе, као што се констатује у *Calandri*, суд је примењивао изузетке од правила искључивања доказа, када год њихови трошкови надмашују потенцијал да одврати полицијско понашање.

Врховни суд је додатно ограничење правила искључивања доказа применио када се полиција „у доброј вери“ и „разумно“ ослањала на налог који је издао суд, иако налог није поткрепљен вероватним разлогом, сматрајући да „не постоје докази који указују на то да су судије склоне да игноришу или пониште Четврти амандман“.⁴⁹¹ Суд је делимично одустао од заштите права оптуженог када је усвојио изузетак добре намере у САД. У предмету *United States v. Leon*, суд је први пут применио анализу трошкова и користи у контексту прихватања незаконито прикупљених доказа у поступку, сугеришући да „судско кажњавање лошег понашања органа гоњења више није примарно оправдање за позивање на правило“.⁴⁹² Дакле, оправдање искључења непосредно или посредно незаконитих доказа није се видело више у спречавању недоличног понашања полиције, већ у томе да корист од одвраћања надмашује трошкове искључења. Ово је уједно најважнији и најконтраверзнији изузетак од примене доктрине плодова отровног дрвета. У теорији се сматра да је због екстензивног тумачења доктрине *good faith*, она нанела „тежак ударац ексклузионом правилу“, ⁴⁹³ док је, стварајући дистикцију „између незаконитог поступања суда и незаконитог поступања полиције (иако

⁴⁸⁶ *United States v. Calandra*, 1974 (414 U.S. 338).

⁴⁸⁷ Резултат је да иако су државни и савезни судови још увек били обавезни да разматрају правило о искључењу у случају кршења Четвртог амандмана, више нису обавезни да га примењују у сваком случају - Megan McGlynn, „Competing Exclusionary Rules in Multistate Investigations: Resolving Conflicts of State Search-and-Seizure Law“, *Yale Law Journal*, Vol 127 no 2, 2017.,415.

⁴⁸⁸ *Stone v Powell*, 428 US 465, 485, 486 (1976), *US v Janis*, 428 US 433, 466 (1976), *Michigan v DeFillippo*, 443 US 31, 38 n.3 (1979), *US v Peltier*, 422 US 531, 536-39 (1975) и др.

⁴⁸⁹ William C. Heffernan & Richard W. Lovely, „Evaluating the Fourth Amendment Exclusionary Rule: The Problem of Police Compliance with the Law“, 24 *U. Michigan Law Review Reform* 311, 1991, 315.

⁴⁹⁰ *Hudson v. Michigan and Its Ancestors*, 93 *Iowa Law Review*, 1742, 1750 (2008).

⁴⁹¹ *United States v. Leon* 468 U.S. 897 (1984), *Arizona v. Evans* 115 S. Ct. 1185, 1193 (1995).

⁴⁹² Vincent A. Nagler, „Nix v. Williams: Conjecture Enters the Exclusionary Rule“, 5 *Pace L. Rev.* 657, 1985, 661.

⁴⁹³ И. Фејеш (2015), 536.

суд треба да брине о правној сигурности и има овлашћења да казни оне који се не држе правних правила), угрозила и правичност поступка“.⁴⁹⁴

Суд је у предмету *United States v. Leon* поставио параметре који ограничавају примену изузетка *good faith exception* наводећи хипотетичке случајеве: (1) када је суд није био неутралан у разматрању налога за претреса, (2) када је полицајац (извршилац налога) знао или је требало да зна да су информације које су дате судији биле лажне, па је суд доведен у заблуду, (3) када дата изјава под заклетвом није поткрепљена доказима па је ослањање на налог било неразумно; и (4) када је налог био *prima facie* мањкав у одређивању места претресања или ствари које се одузимају услед чега полицајац (извршилац налога) не би могао разумно претпоставити да је налог валидан.⁴⁹⁵ Суд је у овој одлуци тврдио да изузетак „у доброј вери“ није успостављен да одреди да ли је неко уставно право повређено, већ се она примењује када се искључењем доказа у конкретном случају не унапређују интерес одвраћања полиције од незаконитог понашања, због чега не служи и главној сврси искључења. Судије које се нису слагале са овим ставом изразиле су забринутост у вези са потенцијалним негативним ефектом изузетка на понашање полиције.⁴⁹⁶

У другом предмету, суд је одлучио да је искључење непотребно када се полиција „у разумној мери“ ослањала на компјутерске податке који су били грешком суда нетачни.⁴⁹⁷ У предмету *Massachusetts v. Sheppard* суд је заузео исти став наводећи да само грешке учињене од стране полицијских службеника у прикупљању доказа могу довести до незаконитости доказа.⁴⁹⁸ У теорији се сматра да је суд овим изузетима предузео значајан корак у циљу упозорења будућим учиниоцима кривичних дела, да „пуки технички прекршаји од стране полиције“ више нису одрживо средство за бекство од одговорности, онда када се заснивају на *објективном разумном понашању* органа гоњења.⁴⁹⁹ У својим одлукама, суд наводи да одвраћајућа правила о искључењу имају смисла у ситуацијама када полиција намерно или немарно поступа и тиме окривљеног лишава неког права, док тамо где је званична полицијска акција спроведена у потпуној доброј намери, разлог за одвраћање губи велики део своје снаге. Само уколико се ради о „намерном, безобзирном или озбиљно немарном“ поступању полицијских службеника оправдава се издвајање доказа, јер је ефекат одвраћања већи од трошкова искључења (коју плаћа правосудни систем).⁵⁰⁰ Суд је оценио да нема места изузимању доказа, када су полицијски службеници поступали по законским овлашћењима који су касније промењени, налазећи да се ради о савесном поступању у доброј вери, а у свему према тада важећем праву.⁵⁰¹

Струја неслагања међу апелационим судовима око тога да ли се изузетак „у доброј вољи“ у конкретном случају примењује или не, довела је до недоследног понашања полиције

⁴⁹⁴ B. Obradović, I. Župan, „Plodovi otrovne voćke“ u hrvatskom i poredbenom pravu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 18, broj 1/2011,120.

⁴⁹⁵ Steven M. Szymanski, „Exclusionary Rule - Good-Faith Exception: New Limitations on the Suppression of Illegally Obtained Evidence -Arizona v. Evans“, *79 Marquette law review* 1083, 1996, 1087.

⁴⁹⁶ Alyson M. Cox, „Does It Stay, or Does It Go?: Application of the Good-Faith Exception When the Warrant Relied Upon Is Fruit of the Poisonous Tree“, *72 Wash. & Lee L. Rev.* 1505, 2015,1515.

⁴⁹⁷ *Arizona v. Evans* 115 S. Ct. 1185, 1193 (1995). Види и: *Illinois v. Krull* 480 U.S. 340 (1987).

⁴⁹⁸ *Massachusetts v. Sheppard*, 468 U.S. 981 (1984).

⁴⁹⁹ S. M. Szymanski (1996), 1100.

⁵⁰⁰ *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009).

⁵⁰¹ *Davis v. United States*, 564 U.S. 229 (2011).

у свом поступању.⁵⁰² Допуштајући да се овај изузетак у неким јурисдикцијама примењује, а у другим не, права грађана су неједнако заштићена и неједнако спровођење закона је спутано, због чега је изузетно важно да суд примењује јединствене стандарде за суочавање са овим правним питањем у циљу доследне заштите личних слобода грађана гарантоване Четвртим амандманом.⁵⁰³

Пракса врховног суда је осим успостављања изузетка „добре вере“, успоставила бројна одступања од примене екслузијског правила - допуштање употребе незаконитих доказа, који су прибављени од приватних лица,⁵⁰⁴ употреба незаконитих доказа за оповргавање неистините одбране у другом поступку,⁵⁰⁵ као и у односу на лица чије право није повређено (приватност треће стране).⁵⁰⁶

Касније су постављена и друга ограничења од правила изузимања доказа, па се ово правило није примењивало на рочиштима за условну казну,⁵⁰⁷ на рочиштима за изрицање казне,⁵⁰⁸ као и на рочиштима за депортацију,⁵⁰⁹ са аргументацијом је суд одбијао да примени правила о издвајању када се не односе на кривична суђења (*criminal trials*), уз посебно наглашавање трошкова поступка, нарочито код условне осуде. Тенденција експанзије изузетака у америчкој судској пракси, уводи посредно размерност (релативност), а суд њима, заправо ограничава уставна права и проширује полицијска овлашћења, која су пре биле недопуштена, чиме издвајање незаконитих доказа „остаје непријатељ одредбе коју штити“.⁵¹⁰

Данашња судска пракса и изузеци који су установљени све више доводе у питање систем апсолутног издвајања доказа у америчком праву. У теорији је од постојања до данас правило о изузимању доказа, критиковано, посебно његови ефекти на „дисциплиновање полицијских службеника“. Још 1923. године, *Дин Вигмор* га је назвао „погрешном сентименталношћу“, наводећи да се њиме “да се њиме мазе криминалне класе становништва...а ревносни службеник закона за заједницу сматра се већом опасности него некажњени убица..“⁵¹¹ Одбацујући такво правило 1926. године, судија *Benjamin Cardozo* је приметио: „Злочинац треба да изађе на слободу јер полицајац погрешно“.⁵¹² Судија *Warren Burger* председник Врховног суда САД, за време свог мандата, истицао је да „не постоји емпиријски доказ који би потврдио да правило заправо одвраћа од незаконитог понашања

⁵⁰² Апелациони судови 5 и 6 округа су доследно примењивали *good-faith exception* –види: *United States v. McClain*, 444 F.3d 556 (6th Cir. 2006), *United States v. Woerner*, 709 F.3d 527 (5th Cir. 2013), *United States v. Massi*, 761 F.3d 512 (5th Cir. 2014), а Апелациони судови 9 и 11 округа нису примењивали –види: *United States v. Vasey*, 834 F.2d 782 (9th Cir. 1987) и *United States v. McGough*, 412 F.3d 1232 (11th Cir. 2005) - више о томе: Alyson M. Cox (2015), 1515-1533.

⁵⁰³ Alyson M. Cox (2015), 1548.

⁵⁰⁴ Четврти Амандман не обезбеђује заштиту против приватне акције, ма колико незаконите или криминалне биле. Види: *Gindrat v. People*, 138 ИЛ. 103, 27 N.E. 1085 (1891)

⁵⁰⁵ *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971)

⁵⁰⁶ "must have been a victim of a search or seizure, one against whom the search was directed" - *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969); *Jones v. United States* 362 U.S. 257 (1960).

⁵⁰⁷ *Pennsylvania Bd. of Probation and Parole v. Scott*, 524 US 357 (1998).

⁵⁰⁸ *Pryor V US* 98-7046 (1999).

⁵⁰⁹ *INS v. Lopez-Mendoza*, 468 U.S.1032, 1050 (1984).

⁵¹⁰ Ž. Karas, M. Jukić (2009),613.

⁵¹¹ Wigmore, D.J, *Evidence*, 2nd ed, 1923. - цитирано према: D. Osborn (2000).

⁵¹² *People v. Defore*, 150 N.E. 585, 587 (N.Y. App. 1926), cert. denied, 270 U.S. 657 (1926).

органа гоњења“.⁵¹³ У свом критичком ставу, *Kaplan* указује и на велики број кривичних предмета који се окончавају споразумом о признању кривице у оквиру којих се не поставља питање законитост прибављених доказа.⁵¹⁴ Новији критичари сматрају и да се апсолутно издвајање доказа користи само у системима где остала примерена средства за надзор законитости полиције нису уведена, па се покушава постићи исти циљ на тежи начин, за које време „нас, све, чини мање заштићеним у нашим особама, кућама и папирима.“ (што је прокламовано Четвртим амандманом).⁵¹⁵ Дамашка издвајање незаконитих доказа сматра „огледним примером координативног америчког облика власти где локалне полицијске организације измичу наметању стандарда кроз хијерархију, па их због тога, издвајањем доказа, санкционирају судови“.⁵¹⁶

2. Теорија „Плодова отровног дрвета“ и њени изузеци

Доктрина „плодова отровног дрвета“ (*fruit of the poisonous tree doctrine*) се сматра најважнијом теоријом о искључивању доказа у англосаксонском праву. Она функционише заједно са правилом искључења (*exclusionary rule*) како би се искључили секундарни докази прибављени као „плод“ неуставног акта, за разлику од доказа који имају примарни однос са противуставним понашањем.⁵¹⁷ Суштина теорије је да се изузимање незаконитих доказа прошири и на доказе које су посредно незаконити. Дакле, забрањује се коришћење доказа који су проистекли из забрањеног доказа, иако је тај доказ прибављен на законит начин, јер „ако је дрво отровно, биће његов плод отрован, и биће отровано и лице које поједе плод“.

Овакав приступ је први пут примењен 1920. године у предмету *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, када се суд суочио са питањем да ли национални истражитељи могу да користе доказе које су копирали из докумената обезбеђених током илегалног претресања. Суд је одбацио тврдњу владе да иако Устав САД забрањује незаконито прикупљене доказе, то не искључује предност које би власт стекла из информација добијених услед незаконитог акта.⁵¹⁸ У одлуци се истиче да „незаконито прикупљени докази неће бити коришћени само пред Судом, већ уопште неће бити коришћени“, а узгредно се и наводи „да то не значи да тако добијене чињенице постају свете и неприступачне“, већ би се могле користити уколико би „проистекли из независног извора“.⁵¹⁹ У израженом мишљењу ове одлуке, које се сматра зачетком ове доктрине, већ се ствара изузетак од плодова отровног дрвета, који ће се касније у америчкој пракси развити кроз донете одлуке (*теорија независног извора*).

Доктрина о плоду отровног дрвета има за циљ да „докази који су незаконито прибављени, укључујући све изведене доказе који из њих произилазе, треба да буду потиснути.“⁵²⁰ Уколико би применили доктрину на неки једноставан пример, то би значило

⁵¹³ *Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents*, 403 U.S. 388, 416 (1971).

⁵¹⁴ J. Kaplan, „The Limits of the Exclusionary Rule“, *Stanford Law Review*, Vol. 26, No. 5, 1974, 1027-1055.

⁵¹⁵ A. Amar Reed, *Fourth Amendment First Principles*, Harvard Law Review, vol. 107.,1994., 785.

⁵¹⁶ M.Damaška (1986), 237.

⁵¹⁷ Alyson M. Cox(2015),1512.

⁵¹⁸ Jeffrey M. Bain and Michael K. Kelly, „Fruit of the Poisonous Tree: Recent Developments as Viewed Through Its Exceptions“, *31 U. Miami L. Rev.* 615, 1977, 616.

⁵¹⁹ Види: *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, 1920.

⁵²⁰ *Segura v. United States*, 468 U.S. 796, 804 (1984).

да у кривичном поступку у којем се утврди да је претрес стана и других просторија извршен незаконито, све оно што је пронађено у стану се не може користити као доказ. На овом примеру, прва заштита од употребе незаконитих доказа се примењује у односу на записник о претресању стана, као доказ, који је непосредно прибављен на незаконит начин и представља – отровно дрво. Друга заштита су сви остали докази који су проистекли искључиво из тог незаконитог доказа. То би била опојна дрога која је пронађена и потврдом о привремено одузетим предметима одузета- плодови овог дрвета. У одсуству других доказа, коначан резултат би била ослобађајућа пресуда.

Након деветнаест година од *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, у предмету *Nardone v. United States*, суд је ову доктрину формално и назвао „fruit of the poisonous tree“, наводећи да су „у кривичном поступку пред савезним судом, докази прибављени прислушкивањем телефона кршећи Закон о комуникацијама из 1934. неприхватљиви“, те да се то не односи „само на пресретнуте разговоре, већ, имплицитно, и на доказе прибављене коришћењем знања стеченог из таквих разговора“.⁵²¹ У образложењу одлуке се разматра веза између повреде закона и доказа, установљавањем изузетка „ослабљене везе“ која ће се даље развијати у пракси. Врховни суд је потврдио да је кључ баланса између ефективног деловања полиције и заштите права из Четвртог амандмана, да докази прикупљени на основу противуставног претреса или заплене, не могу бити коришћени на „било који начин, против оптужених“.⁵²²

Предмет *Wong Sun v. United States*⁵²³, сматра се случајем који представља обележје доктрине плодова отровног дрвета.⁵²⁴ Врховни суд САД је анализирао прибављене доказе утврђујући који од њих представљају плодове отровног дрвета. У суђењу пред федералним окружним судом, без пороте, окривљени су осуђени за транспорт и прикривање илегално увезеног хероина, што је по закону федерације кажњиво. Иако је Апелациони суд констатовао да су хапшења окривљених без налога била незаконита, јер нису заснована на „вероватном разлогу“ у смислу Четвртог амандмана нити на „разумним основама“ у смислу Закона о контроли наркотика из 1956. године, он је потврдио њихове осуде, сматрајући да преостали докази нису плод незаконитог хапшења, те да су правилно уврштени у доказну грађу. У конкретном случају, Тоу је приликом незаконитог хапшења признао да је умешан у препродају дрогу и указао на Њеа, након чега је полиција ухапсила Њеа и пронашла опојну дрогу, а он је кривицу пребацио на Тоуа и на Wong Sunu, који је недуго после пуштања самоиницијативно отишао у полицију и признао кривично дело.⁵²⁵ Отровно дрво у конкретном случају је било незаконито хапшење Тоуа, док се Врховни суд САД бавио питањем да ли су преостали докази плодови овог отровног дрвета. Суд је најпре закључио да су хапшења и Wong Suna и Тоуа прекршила њихова права загартована Четвртим амандманом, јер су извршена без „вероватног разлога“. Даље се фокусирао на добровољност признања, па је закључио да је изјава Тоуа „отровни плод“, незаконитог хапшења, јер није био „довољно добровољан чин да би се надоместила „мрља“ кршења IV амандмана“, за разлику од признања Wong Suna, које признање се, због временске удаљености од првобитног незаконитог хапшења, сматрао довољно добровољним, јер се он вратио

⁵²¹ *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338, 1939.

⁵²² Alyson M. Cox (2015), 1512.

⁵²³ *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

⁵²⁴ Jeffrey M. Bain and Michael K. Kelly (1977), 617.

⁵²⁵ B. Obradović, I. Župan (2011), 117.

добровољно на испитивање.⁵²⁶ Суд је закључио и да заплена наркотика није нарушила право на приватност личности или просторија Wong Suna.

Доктрина плодова отровног дрвета примењивала се и на изузимања исказа сведока. Тако је суд у случају када је полиција незаконито зауставила возила, па су путници касније морали да сведоче против оптужених, изузимао ове доказе као „плод“ отровног дрвета односно незаконитог поступања.⁵²⁷

Ако бисмо доктрину плодова отровног дрвета, тумачили екстензивно, у доказном ланцу један незаконити доказ аутоматски би “отровао” све остале доказе.⁵²⁸ Међутим, с обзиром на „крутост“ доктрине, успостављени су изузеци који одвајају плод од дрвета, чинећи га чистим у односу на првобитну „отрованост“.⁵²⁹ Ови изузеци дерогирају правило о искључењу доказа који су прибављени на незаконит начин и конвалидирају “незаконитост” прикупљених доказа, тако да су прихватљиви у кривичном поступку. Још 1961. године, у предмету *Mapp v Ohio*⁵³⁰, установљени су изузеци попут „независног извора“ (*independent source*), „неизбежно открића“ (*inevitable discovery*), „добре вере“ (*good faith exception*), „нешкодљиве грешке“ (*harmless error exception*)⁵³¹ и „ослабљене везе“ (*rule of attenuation*).

Један од најважнијих изузетака је успостављање теорије добре вере (*good faith doctrine*), о којој је већ било речи у наслову „Настанак и развој правила ексклузије у праву САД“, пре свега, због утицаја на „слабљене“ правила ексклузије у америчком праву. Овде ћемо више пажње посветити теорији ослабљене везе, теорији неизбежног открића, теорији независног извора, теорији сребрног послужавника и другим теоријама које су се развиле у судској пракси Врховног суда САД у области изузимања доказа који су произашли из незаконитих доказа.

2.1. Теорија ослабљене везе

Овај изузетак у теорији је успостављен као доктрина „ослабљене везе“ (*attenuated connectyon princyple doctrine*) или „очишћене мрље“ (*purged taint doctrine*). Као што смо споменули већ се у првој одлуци *Nordone v. United States*, којом се формално уводи доктрина плодова отровног дрвета под тим називом, конституише се и њен изузетак који се заснива на односу везе између повреде права и прибављеног доказа. У овој одлуци се наводи да „софистицирани аргумент може доказати узрочну везу између информација добијених незаконитим прислушкивањем и доказа“, али да „таква веза може постати толико ослабљена да распрши мрљу“.

⁵²⁶ Више о овом случају види: „*Rawlings v. Kentucky: More on Unpoisoning the Fruit or Shall We Just Plant Another Tree?*“, 38 *Wash. & Lee L. Rev.* 257, 1981, 260-261.

⁵²⁷ *United States v. Barragan- Martinez*, 504 F.2d 1155 (9th Cir. 1974) и *United States v. Guana-Sanchez*, 484 F.2d 590 (7th Cir. 1973), цитирано према: Jeffrey M. Bain and Michael K. Kelly (1977), 629-630.

⁵²⁸ В. Obradović, I. Župan (2011), 117.

⁵²⁹ И. Фејеш (2015), 520.

⁵³⁰ *Mapp v Ohio* 357 US 643,(1961).

⁵³¹ Доктрина нешкодљиве грешке уређена је савезним правилима о доказима, којим је прописано да грешка, недостатак или одступање не утиче на законитост доказа, ако се њом не угрожава неко од загаратованих права странке (*Federal Rules of Criminal Procedure*, 2016, 52a и *Federal Rules of Criminal Procedure*, 2017, 103 a).

У судској пракси примена ове доктрине подразумева анализу везе између доказа и незаконитог акта, па се као одлучни критеријум узима околност да ли је незаконити доказ стварно проистекао из доказа прибављеног повредом закона или се његово прибављање може у таквој мери одвојити од тог доказа да то „чисти“ доказ од првобитне „отровности“.⁵³² Веза између незаконитог поступања и доказа може бити ослабљена под дејством различитих фактора, а узимани су у обзир фактори попут временске дистанце, утицаја догађаја, намере прекршиоца закона, природе доказа проистекле из повреде закона и заштићеног интереса.⁵³³

У одлуци *Wong Sun v. United States*, суд у одлуци закључује да “нису сви докази плодови отровног дрвета само зато што не би били откривени без незаконитог поступања полиције“, уместо тога прикладније је питање да ли су „такви докази произашли из искоришћавања првобитне незаконитости или средствима која су довољно удаљена да би очистила мрљу незаконитости“. Околности које указују на удаљеност доказа од незаконитости (незаконитог доказа), могу бити временска дистанца или друге околности. Суд је, анализирајући да ли је ова веза између незаконитости и доказа удаљена у предмету *Wong Sun*, одлучио да су изјаве дате од Тоуа у непосредној вези са његовим незаконитим хапштењем, док је код признања *Wong Sun*, опредељујућа била временска дистанца од незаконитог хапшења до његове изјаве. Такође, у овом случају околност која је удаљила повреду права од прикупљања доказа била је и „добровољност“ односно околност да је окривљени слободном вољом отишао након пар дана у полицију и признао кривично дело.

Врста и природа доказа као околност која утиче на везу између повреде права и прибављеног доказа, разматрана је у пресуди *United States v. Ceccolini*⁵³⁴, у којој је полиција за сведока очевица сазнала приликом незаконитог претреса, који је касније и испитан у поступку и теретио окривљеног. У одлуци је суд закључио да су материјални фактори које треба узети у обзир, „дужина "пута" између повреде Четвртог амандмана и сведочења сведока, степен слободне воље сведока и чињеница да би искључење сведочења сведока трајно онемогућило да сведочи о релевантним и материјалним чињеницама“. Суд је закључио и да се „на правило искључења треба ређе позивати када је тврдња заснована на узрочно-последичној вези између уставне повреде и откривања сведока него када се слична тврдња износи за материјалне доказе“. Овде се прави разлика између „окаљаних“ материјалних и личних доказа, што је подржано и у пресуди *United States v. Silvestri*,⁵³⁵ иако је тај став касније промењен.

У одлуци Врховног суда *Hudson v. Michigan*⁵³⁶, окривљени се позивао на повреду права из Четвртог амандмана, захтевајући да суд не прихвати доказе прикупљене претресом стана, јер је полиција Детроита, пре уласка у кућу прекршила правило „куцај и објави“ (*The Knock-And-Announce*). У образложењу одлуке су анализирана мерила када је доказ прихватљив упркос томе што проистиче из незаконитог доказа. Посебно је разматрана природа доказа и заштићени интереси. У одлуци се констатује да „до слабљења може доћи не само када је узрочна веза удаљена, већ и када изузимање доказа не би служило интересу који се штити уставном гаранцијом“. У конкретном случају, када се посматрају интереси који се штите правилом „куцај и најави“, а то су заштита људског живота и тела (јер ненајављени улазак може да изазове насиље изненађеног станара), имовине (јер би грађани вероватно

⁵³² Ibidem.

⁵³³ И. Фејеш (2015), 530.

⁵³⁴ *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978).

⁵³⁵ *United States v. Silvestri*, 787 F.2d 736 (1st Cir. 1986).

⁵³⁶ *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 126 S. Ct. 2159 (2006).

отворили врата по најави, док насилни улазак може да је уништи), и приватности и достојанства, који могу бити нарушени, утврђује се да се они не могу никако „довести у вези са прикупљањем доказа, због чега је правило о искључењу неприменљиво“. Осим тога, наводи се и да је у конкретном случају „вредност одвраћања зависи од јачине подстицаја да се изврши забрањено дело, док је у овом случају он минималан, јер се реално може очекивати да се игнорисањем „куцања и објаве“ може спречити уништавања доказа и избегавања отпора који угрожава живот“.

Дакле, за утврђивање стандарда "толико ослабљен да распрши мрљу", релевантна је сврха изузимања доказа, јер је оправдано само искључење доказа које ће произвести одвраћање од незаконитог поступања и самим тим је у узрочној последичној вези са повредом.

У одлуци *Utah v. Strieff*⁵³⁷, суд најпре препознаје три изузетка од правила искључивања доказа: доктрину независног извора, доктрину неизбежног открића и доктрину ослабљене везе. За последњу доктрину, наводи се да омогућава да се прихвате докази „када је веза између неуставног полицијског поступка и доказа далека или је прекинута околношћу која је утицала на то да кршење права није у служби издвајања“. Суд је у конкретном случају, закључио да је незаконито заустављање изолован инцидент, који је удаљен од прибављеног доказа. Том приликом разматрана су три фактора: временски период између неуставног понашања и откривања доказа (што је време ближе, већа је вероватноћа да ће докази бити прикривени), присуство интервенишућих околности (интервенишућа околност је била откривање важећег налога за хапшење) и оцена сврхе и флагрантност у поступању (што је недолично понашање грубље, то га више треба одвраћати, док немар, грешке у процени итд., нису довољни).⁵³⁸

2.2. Теорија независног извора

Изузетком доктрине „плодова отровног дрвета“ сматра се када посредни доказ није у каузалној вези са незаконитом доказом, већ је овај „плод“ откривен и из независног извора. Доказ може бити првествено откривен из незаконитог доказа, али ако касније буде откривен и на законит начин он ће бити прихваћен. Исто тако, прихватљив је доказ уколико првенствено буде откривен на законит начин, па касније дође до повреде закона. Тужилаштво је тада дужно да докаже да је до доказа полиција дошла на “чист” односно законит начин, независно од претходног односно накнадно незаконитог акта.

Врховни суд је већ у споменутој пресуди *Silverthorne Lumber Company v. United States (1920)* навео да “сазнање до којих се дошло из независног извора, може бити прихваћено у кривичном поступку”. У предмету *Murray v. SAD*⁵³⁹ успостављена доктрина „независног извора“, која је постала општеприхваћена у америчком *common law*. Полиција је незаконито ушла у магацин где се држала марихуана, на основу сазнања информатора, затим је напустила магацин, а део полицијских агената је остало да посматра магацин, док је други део захтевао од суда налог за претресање (али на основу исказа информатора под заклетвом). По

⁵³⁷ *Utah v. Strieff*, DJDAR 5919 (2016).

⁵³⁸ Види и: *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975).

⁵³⁹ *Murray v. SAD*, 487 U.S. 533 (1988).

прибављању налога, извршен је законито претресање, а дрога је одузета. Суд је одлучио да могу да се користе докази, које је полиција обезбедила у законитом претресању, који ни на који начин независе од доказа, обезбеђеним у ранијим незаконитим претресима, јер Четврти амандман не захтева искључење доказа који су откривени на начин који је потпуно независан од првобитног илегалног уласка. У конкретном случају, иако је сазнање федералних агената да се марихуана налази у складишту стечено у тренутку незаконитог уласка, оно је такође стечено и у тренутку уласка на основу судског налогом, због чега доктрина независног извора дозвољава прихватање сведочења о том знању. У одлуци се као главно питање поставља „да ли је претрес на основу судског налога, заправо био истински независан извор информација и опипљивих доказа о којима је реч“. Закључује се и да „ово не би био случај да је одлука агената да траже налог била подстакнута оним што су видели током првог незаконитог уласка или ако су информације добијене током тог уласка представљене судији и утицале на његову одлуку да изда налог“. Како је у конкретном случају налог прибављен на основу исказа сведока који је добијен још пре незаконитог продирања у магацин, а не на основу информација о томе шта је полиција затекла при незаконитом уласку у магацин, овај доказ је био независан од претходно незаконитих радњи полиције.

Суд је слично резонувао четири године раније, у предмету *Segura v. United States*,⁵⁴⁰ када је полиција противправно ушла у стан окривљеног и ту остала до прибављања налога за претресање. Пронађени докази су били прихватљиви јер је за њих био обезбеђен законит налог. Докази су проистекли из извора „који нису у потпуности повезани са првобитним уласком“, а који су већ били познати полицијским агентима, па чињеница да ли првобитни улазак био незаконит или не, ирелевантна је за прихватљивост доказа, јер он не представља „плод отровног дрвета“. У овој пресуди, теорија неизвесног извора је објашњена на примеру „када је незаконит улазак истражитељима дало сазнање о чињеницама А и Б, али је чињеница Ц сазната на друге начине, може се рећи да је чињеница Ц прихватљива јер је изведена из „независног извора“.

Судија Scalia је навео да се суд у оба предмета, суочио са питањем да ли се, и поред прибављеног налога за претрес они докази који су претходно уочени приликом нелегалног уласка у стан могу искључити. Он даље објашњава да би за „полицајца, који има основан разлог да добије налог за претрес, било „глупо“ да прво уђе у просторије на незаконит начин, јер чинећи то он ризикује искључење свих доказа у просторији, како виђених тако и невиђених“. Његова таква радња би „додала много тежи терет убеђивања првостепеног суда за добијање налога - да информације добијене незаконитим уласком нису утицале на одлуку полиције да тражи налог или на одлуку судије да га изда“. Прихватљивост ових доказа, он оправдава и примером „да би сазнање о постојању мртвог тела, до ког се дошло из независног извора, морало бити искључено ако су државни агенти претходно уочили тело тело током незаконитог претреса стана окривљеног“.⁵⁴¹

И у *Seguri* и у *Murray*, обезбеђење доказа предузела је иста група полицајаца која је извршила први илегалан улазак, па се може закључити да, иако је информација на којој је заснован накнадни налог био, у оба случаја, "потпуно неповезан" са илегалним уласком, повезаност јесте постојала у полицијским службеницима који су првобитно прекршили права из IV амандмана.⁵⁴² С друге стране, о томе да ли је извор заиста и независан, можемо

⁵⁴⁰ *Segura v. United States*, 468 U.S. 796. (1984).

⁵⁴¹ *Murray v. United States*, (Scalia, J., dissenting).

⁵⁴² Craig M. Bradley, „*Murray v. United States: The Bell Tolls for the Search Warrant Requirement*“, *Indiana Law Journal*: Vol. 64, Iss. 4, Article 4, 1989, 910.

закључити давањем одговора на питање „да ли би полиција захтевала налог од суда да приликом незаконитог уласка није видела шта се налази у магацину?“. У теорији се оправдано указује да су овим изузетком потпуно остала незаштићена права из IV амандмана, као и да се њиме подстиче полиција у противустановном кршењу права. Наиме, омогућавање полицији да незаконитим радњама прво утврди шта би пронашла претресом просторије, а потом у зависности од резултата опсервације, затражи налог од суда и на основу „независног извора“ односно информација „старог доброг доушника“, заплени доказе или не затражи уколико се увери да нема доказа, по принципу „Види шта има, па иди по налог“, ни на који начин не одвраћа полицију од незаконитих аката.⁵⁴³ Како је у предмету *Murray*, констатовано и да би овакви докази могли бити пронађени односно „да би доказ неминовно открио независан извор“, то се доводи у питање и да ли је судски налог уопште потребан, јер и када га нема, а постојао је основ за налог, он би неминовно открио доказе који су нелегално заплени.⁵⁴⁴ Сви ови аргументи воде закључку судије који је изразио неслагање са одлуком *Murray*, налазећи да се оваквим ставом суда „девастира клаузула о налогу за претрес“.⁵⁴⁵

2.3. Теорија неизбежног открића (inevitable discovery)

Доказ који је прибављен на основу незаконитог доказа неће се изузети, уколико би неизбежно био откривен и на законити начин. Тужилаштво је дужно да докаже да би ван сваке сумње („надмоћним доказом“) доказ био неизбежно откривен и на законит начин. Ова доктрина се проширује дејство доктрине „независног извора“, али се од ње и разликује. Код „неизвесног извора“, докази су откривени на законит начин, након што је дошло до кршења права окривљеног, код „неизбежног открића“, доказ је прибављен кршењем права окривљеног, али би неминовно био откривен и законитим путем (будућа извесна околност).

Четири године након формалног дефинисања доктрине „*fruit of the poisonous tree*“ у предмету *Nordone v. United States*, судија Hand је проширио употребу доктрине независног извора у предмету *Somer v. United States*,⁵⁴⁶ па се овај случај у правној теорији сматра генезом неизбежног открића.⁵⁴⁷ У *Someru*, савезни агенти су незаконито ушли у стан окривљеног, када су од његове супруге сазнали да се он враћа кући, сачекали га испред стана претресли аутомобил, када су откривени докази о кријумчарењу. Суд је заузео становиште да тужилаштву треба дати прилику да „докаже да би полиција, независно од онога што је супруга окривљеног њима открила, дошли до доказа на законит начин односно да им нису ни биле потребне незаконито добијене информације“.

У предмету *Nix v Williams*⁵⁴⁸, суд је разматрао кршење права из VI амандмана, када је полиција на незаконит начин, од окривљеног сазнала где се налази леш у тренутку када је

⁵⁴³ B. M. Craig (1989), 910-920.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, 920.

⁵⁴⁵ Murray, 108 S. Ct. at 2536 (Marshall, J., dissenting).

⁵⁴⁶ *Somer v. United States*, 138 F.2d 790 (2d Cir. 1943).

⁵⁴⁷ Vincent A. Nagler (1985), 664.

⁵⁴⁸ *Nix v Williams* 467 US 831 (1984). Сматра се да је мишљење дато у овој пресуди надградња из пресуде *Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387 (1977).

полиција претраживала место догађаја. Полиција је обавестила браниоца да доводи окривљеног у станицу, али је на путу до станице, полицијски службеник започео разговор са окривљеним и дошао до информације где се налази леш. Дакле, инкриминишуће изјаве добијене кршењем права окривљеног, довеле су полицију до тела жртве, због чега је и прекинута започета потрага у којој је учествовало око 200 волонтера. Окривљени је оглашен кривим због кривичног дела убиства и осуђен на доживотни затвор. У конкретном случају, не би могла да се примени теорија „независног извора“, с обзиром да је полиција до кључног доказа (леша) дошла из незаконитог доказа, а не из независног извора. Врховни суд је одлучио да овај доказ може да се прихватати иако произилази из незаконитог доказа, јер би од стране полиције на законит начин и у кратком временском року леш у истом стању био откривен“.

У одлуци се наводи „да је доктрина о неизбежном открићу екстраполација из доктрине независног извора: пошто би окаљани докази били прихватљиви ако би били откривени путем независног извора, требало би да буду прихватљиви и ако би неизбежно били откривени“. Ако тужилаштво већином доказа може да утврди да би информације на крају или неизбежно биле откривене законитим путем – овде потрагом добровољаца – онда разлог за одвраћање има тако мало основа да би доказе требало прихватити.

У складу са изузетком неизбежног откривања, „тужилаштво није дужно да доказује одсуство лоше вере, пошто би такав захтев резултирао да порота буде ускраћена за релевантну и несумњиву истину која би била доступна полицији и без њених незаконитих активности“. Сматра се да би ово ставило полицију у гору позицију него што би била да није дошло до незаконитог понашања, док би се занемарила огромна друштвена цена „искључивања истине у спровођењу правде“. Искључивање физичких доказа који би неминовно били откривени, према овој доктрини, не би имало негативних утицаја на правичност кривичног суђења, док је она примењива у случајевима у којима је суд могао да буде уверен да би докази на крају били откривени без уставне повреде.⁵⁴⁹

Двојица судија (Brennan и Marshall) су издвојили мишљење, наводећи између осталог да би се од тужиоца морало захтевати да поднесе „недвосмислене и убедљиве“ доказе у погледу неизбежности откривања, чиме би се уједно направила дистикција између „доктрине неизбежног открића“ и „доктрине независног извора“. Иако се ради о доктрини која је у складу са Уставом и која је резултат доктрине „независног извора“, овај изузетак, по њиховом мишљењу, имплицира већи терет доказивања него што је код доктрине „независног извора“.

Теорија „неизбежног открића“ је заживела у судској пракси и примењивала се у различитим ситуацијама, на различите врсте претресања и заплена у случају хапшења,⁵⁵⁰ нарочито у случају не постојања важећег налога за претрес, када је суд сматрао да би исти докази неизбежно били откривени на основу законитог хапшења. Суд је, такође, прихватао исказ сведока до чијих личних података се дошло незаконитим претресом, уз објашњење да би суд неизбежно открио идентитет тог сведока.⁵⁵¹ У одређеним ситуацијама судови су чак узимали у обзир и информације које су дали цивилни запослени у владиним

⁵⁴⁹ види: B. M. Craig (1989) и Osborn, Debra (2000).

⁵⁵⁰ Види: *United States v. Roper*, 681 F.2d 1354 (11th Cir. 1982) и *People v. Green*, 80 Misc. 2d 626, 363 N.Y.S. 2d 753 (N.Y. Sup. Ct. 1975).

⁵⁵¹ *United States v. Twomey*, 508 F.2d 858 (7. Cir. 1974).

агенцијама када су анализирали неизбежност откривања.⁵⁵² Изузетак „неизбежног открића“ је примењен и у једној крајње интересантној ситуацији. Оптужени је осуђен због претњи смрћу председнику Регану, која пресуда је заснована на писму које му је одузето док је био у затвору на Флориди, чиме је прекршено његово право из Четвртог амандмана. Суд је прихватио овај доказ, сматрајући „да је постојала разумна вероватноћа да би председничково особље неизбежно отворило ово писмо по његовом доласку у Вашингтон, да то није учинило особље затвора“.⁵⁵³

Као што можемо да приметимо доктрина „неизбежног открића“ се доста екстезивно примењивала у судској пракси, доводећи у питање гаранције из Четвртог амандмана, што није случај са доктрином „неизвесног извора“. Иако је заједничко за обе доктрине да се докази не искључују, јер би то довело полицију у гори положај, од оног да незаконитости није било, разлике између ове две доктрине су значајне. Код „неизвесног извора“ прихвата се само изведени доказ, а код „неизбежног открића“ и непосредни и посредни доказ. То даље указује да је за разлику од изузетка независног извора у којем вероватно постоји одговарајућа равнотежа између одвраћања од злоупотребе полиције и прихватања доказа, јер су примарни докази искључени, код неизбежног открића ефекат одвраћања се уопште не постиже.⁵⁵⁴ Посебно је од значаја што нижестепени судови различито примењују „неизбежно откриће“ и не ограничавају се на критеријум предвидљивости и извесности да би доведени докази били откривени, као што је то био случај *Nix v. William*, где је потрага за лешом била у току. Дакле, уколико тужилаштво не докаже предвидљивост и извесност да би докази били откривени, ова доктрина губи своју сврсисходност.

2.4. Теорија сребрног послужавника и друге теорије

У предмету *Weeks v. SAD* из 1914. године, који се сматра „уставотворцем“ exclusionary rule, Врховни суд САД је заузео становиште према којем претрес стана окривљеног и заплена инкриминишућих докумената, до којих се дошло без судског налога, представљају кршење IV амандмана. Наведена одлука је обавезивала искључиво савезне власти на поштовање exclusionary rule. Суд се у предмету *Weeks* ослањао искључиво на обавезу федералних органа, па је поништена Виксова осуда, јер је утврђено да су незаконити претрес предузели федерални агенти и тиме прекршили Четврти амандман, што оправдава примену федералног правила о искључењу.

Док правило о искључењу доказа није обавезивало све државе,⁵⁵⁵ службеници држава унутар савеза су поступали супротно доказним забранама, а онда су такве доказе препуштале савезним органима што се није сматрало противзаконито. Такво поступање је довело до развоја доктрине „сребрног послужавника“ (silver plate doctrine), јер се на овај начин

⁵⁵² Види: *People v. Soto*, 55 Misc. 2d 219, 285 N.Y.S.2d 166 (1967). Окривљени је избоо жртву и одложио нож у поштанско сандуче, када је ухапшен на основу незаконитог признања полиција је дошла до ножа, који је прихваћен као доказ, јер је суд приметио да би поштар неминовно нашао нож и предао га надређенима, цитирано према: Vincent A. Nagler (1985), 669.

⁵⁵³ *United States v. Wilson*, 671 F.2d 1291 (11th Cir. 1982), доступно на: <https://casetext.com/case/united-states-v-wilson-167>, приступањено: 1.4.2020. године.

⁵⁵⁴ Vincent A. Nagler (1985), 683-685.

⁵⁵⁵ Доношењем одлуке у предмету *Mapp v. SAD*, правило о искључењу доказа се примењује се на савезне државе односно све државе унутар савезне владе.

„сервирају“ докази који да су прибављени од стране савезних органа не би били допуштени. Савезни суд је, дакле, могао да уведе незаконито или непрописно заплењене доказе од стране службеника државе чанице, све док савезни службеници нису учествовали у њиховом прибављању. То се односило и на незаконите доказе и доказе који су произашли из незаконитости полицијских органа државе чланице.

Уколико би осим полицијских службеника држава иучествовао и службеник савезног органа, такав доказ се није могао користити. У предмету *Byars vs US*,⁵⁵⁶ суд је закључио „да би у складу са теоријом сребрног послужавника, савезна влада могла да „користи доказе које су непрописно запленили државни службеници који раде у потпуности за свој рачун“, али је у конкретном случају доказ био ипак неупотребљив јер је у његовом прибављању учествовао савезни агент.⁵⁵⁷ У суштини, радило се о „заједничкој операцији локалних и савезних службеника“, што је покренуло примену федералног правила о искључењу. Касније те исте године, у предмету *Gambino v. SAD*,⁵⁵⁸ суд је применио федерално правило о искључењу када, за разлику од Бајарса, федерални агенти нису били физички присутни током илегалног претреса, већ војници државе Њујорк који су запленили доказе „искључиво у име Сједињених Држава“. Према ставу суда, савезно тужилаштво је „било у ствари ратификација хапшења, претреса и заплене коју су извршили војници у име Сједињених Држава“.

У случају *Lustig v. SAD*,⁵⁵⁹ према којој се теорија сребрног послужавника и даље примењивала, док је у одлуци *Wolf vs Colorado*, истакнута обавеза свих држава чланица да поштују права из IV амандмана. Суд је истакао да „свакако нема разлике да ли ће државни службеник пронаћи доказе и предати их федералном агенту у циљу њихове употребе у федералном тужилаштву, или ће сам савезни агент „вадити предмете из торбе“, па овакво поступање значи „повлачење превише танке линије у примени забране Четвртог амандмана“.⁵⁶⁰

Ова доктрина је коначно укинута одлуком Врховног суда у предмету *Elkins v. SAD*,⁵⁶¹ када је суд закључио да се теорија „сребрног послужавника“ више не може примењивати. Суд је навео да се овом докрином „угрожавају напори држава - чланица да гарантују заштиту уставних права“, док подстиче „подметање и избегавање у сарадњи савезне државе у кривичној истрази“.

Ипак ова теорија се поново „оживела“ под другим именом у предмету *United States v. Calandra*,⁵⁶² када је суд поставио правило „коллатералне употребе“ за поступке са великом поротом, које је врло слично теорији сребрног послужавника, чиме је Врховни суд је на „мала врата“ вратио проширену верзију ове доктрине.⁵⁶³

У теорији је позната и доктрина „обрнутог сребрног тањира“, која се односи на случајеве у којима судови прихватају доказе прибављене од савезних службеника на начин који не крше закон савезне власти, али би прекршили закон своје државе или државни

⁵⁵⁶ *Byars vs SAD*, 237 U.S. 28 (1927).

⁵⁵⁷ И. Фејеш (2015), 537.

⁵⁵⁸ *Gambino v. United States*, 275 U.S. 310 (1927).

⁵⁵⁹ *Lustig v SAD*, 338 U.S. 74,78-79 (1949).

⁵⁶⁰ *Wolf v Colorado*, 1949, USSC 101; 338 US 25, (1949).

⁵⁶¹ *Elkins v. SAD*, 364 U.S. 206 (1960).

⁵⁶² *United States v. Calandra*, 1974 (414 U.S. 338).

⁵⁶³ И. Фејеш (2015), 537.

устав.⁵⁶⁴ У предмету *New Jersey v. Mollica*,⁵⁶⁵ федерални службеници су без налога за претрес добили евиденцију наплате телефонских позива из хотелских соба оптужених, затим су ову евиденцију предали државним службеницима који су, користећи ове информације, прибавили налоге за претрес и извршили претрес соба оптужених, одузимајући доказе о коцкању. У кривичном поступку, које је уследило појавила су се два важна питања. Прво је да ли се уставна заштита New Jersey-а од незаконитог претреса и заплене односи и на евиденцију хотелских рачуна коришћењу телефона у хотелској соби. Друго је да ли се таква државна уставна заштита примењује када заплену таквих доказа врше савезни службеници који након тога доставе доказе државним службеницима. Суд је сматрао да су докази прихватљиви, налазећи прво да се „уставна забрана незаконитог претреса и заплене примењује на евиденцију наплате телефонских позива у хотелској соби“, док „федерални службеници који делују независно од државних органа и у складу са савезним законом, нису ограничени државним уставом нити он забрањује накнадну употребу тих записа од стране тужилаштва у сврхе утврђивања вероватног разлога за издавање претреса“.

Ипак, овакав став примене доктрине „обрнутог сребрног таџира“ није јединствен. Напротив, државни судови у Новом Мексику и на Хавајима су искључили доказе које су прибавили савезни службеници кршећи уставна права државе оптуженог.⁵⁶⁶ Суд је у предмету *New Mexico v. Cardenas-Alvarez*,⁵⁶⁷ утврдио да је искључење доказа дозвољено „због пропуста федералних агената да се придржавају строжијих параметара Устава Новог Мексика“. У предмету *Hawai'i v. Torres*,⁵⁶⁸ Врховни суд Хаваја је дошао до истог закључка, примећујући да „докази које су прибавили савезни службеници морају бити прикупљени на законит начин према уставима дотичних држава, пре него што буду предати тужиоцу за кривично гоњење.

Доктрина „међудржавног сребрног послужавника“ (*The interstate silver platter doctrine*), настаје у ситуацијама када су докази прикупљени од стране органа гоњења једне државе, кршењем права оптуженог која су заштићена уставом друге државе.⁵⁶⁹

Новија доктрина се односи и на правило једностраног искључења доказа, који се примењује ако су државни органи прибавили неки доказ повредом процесних права окривљеног, односно уколико су прибавили доказ који је посредно незаконит, суд може употребити овај доказ уколико је у корист одбране, а окривљени је сагласан са његовом применом.⁵⁷⁰

И поред свих изузетака које је прецедентно право исвојило, чињеница је да строга правила о изузимању доказа у великој мери отежавају тужиоцев терет доказивања у САД-у, штитећи на тај начин интересе одбране, јер и у случају примене неког од наведених изузетака од теорије плодова отровног дрвета, тужилац је тај који мора да докаже

⁵⁶⁴ *Hawai'i v. Torres*, 262 P.3d 1006, 1014 n.15 (Haw. 2011); више о „The Reverse Silver Platter“ види: Riley M. Wavra, „State Constitutional Rights Be Damned: Reconsidering the Indifferences to State Constitutional Violations in Federal Criminal Proceedings“, 82 *Mont. L. Rev.* 237, 2021, 241-243.

⁵⁶⁵ *New Jersey v. Mollica*, 554 A.2d 1315, 1325 (N.J. 1989).

⁵⁶⁶ Riley M. Wavra (2021), 242.

⁵⁶⁷ *New Mexico v. Cardenas-Alvarez*, 25 P.3d 225 (N.M. 2001).

⁵⁶⁸ *Hawai'i v. Torres*, 262 P.3d 1006 (Haw. 2011)

⁵⁶⁹ Види: *Helm v. Kentucky*, 813 S.W.2d 816 (Ky. 1991).

⁵⁷⁰ И. Фејеш (2015), 538.

"претежношћу доказа" да би исти доказ свакако био прибављен или да је полиција поступала у "доброј вери".⁵⁷¹

3. Апсолутна ексклузија у државама САД

Апсолутна ексклузија је систем издавајања доказа, у којем је обавезно (аутоматско) издвајање у случајевима које савезни и државни уставни прописују, без могућности „вагања“ супротстављених интереса од стране суда. У систему кривичног правосуђа САД, судови примењују *exclusionary rule* како би спречили тужилаштво да користи доказе којима су окривљеном повређена уставна права, а посебно право из Четвртог амандмана које штити од напада на приватност или незаконитог претреса и заплене. Дана 8. фебруара 1995. представнички дом је усвојио Закон о реформи правила о искључивању доказа, уз изузетак „добре вере“, па се кршење уставних права из Четвртог амандмана штити на највишем - федералном нивоу.

Свака од педесет држава има неки вид заштите појединца од незаконитог претреса, који је прописан Четвртим амандманом, неке државе су усвојиле правила искључивања својим уставима, а неке, их нису изричито предвиделе у националним оквирима. Државе које су усвојиле сопствена правила о искључивању јединствене су у ставу да је то правило *правни лек* осмишљен са циљем заштите права оптужених у случају претреса и заплене.⁵⁷² Ипак, постоје значајне разлике у државним правила о искључивању, док су судови развили доктрине које се преклапају или одступају од федералне доктрине. Овако постављен систем изузимања доказа у којем се на федералном нивоу све више сужава примена правила о ексклузији доказа, док на државном нивоу државе различито прописују и примењују своја правила о изузимању, доводи до конфузије у судској пракси, посебно када се нпр. претрес изврши у једној држави, а оптужени буде кривично гоњен у другој.⁵⁷³ Ипак, државе се не одричу могућности да предвиде правила о изузимања доказа, будући да је, са једне стране, доктрина о одвраћању полицијских службеника од незаконитог поступка одиграла значајну улогу у развоју државне и савезне доктрине искључивања доказа, док са друге стране, и поред чињенице да различита правила о искључивању можда нису прописана уставом свих држава, иста ипак јесу уставно укорјењена.⁵⁷⁴

Поједине државе поред ове основне сврхе, искључењем доказа штите и право на приватност, па тако држава Пенсилванија на пример, полазећи од обе прописане сврхе, не признаје изузетак у доброј вери.⁵⁷⁵ Дакле, докази добијени зато што се полиција у доброј вери ослањала на налог који недостаје, неприхватљиви су за овај суд, док супротно томе у

⁵⁷¹ В.Бајовић (2013b),475.

⁵⁷² Thomas K. Clancy, „The Fourth Amendment’s Exclusionary Rule as a Constitutional Right“, *10 OHIO ST. J. CRIM. L.* 357, 2013, 363.

⁵⁷³ С обзиром на недостатак теоријске сагласности и смерница савезног суда у области сукоба закона, судови су усвојили различите приступе решавању сукоба закона о међудржавном претресу и одузимању. У теорији се решавање ових сукоба закона сматра контравезним питањем.

⁵⁷⁴ Megan McGlynn (2017), 419.

⁵⁷⁵ *Commonwealth v. Johnson*, 86 A.3d 182, 188 (Pa. 2014)

Охају, такви докази су прихватљиви.⁵⁷⁶ Такође, Апелациони суд у Њујорку, је одбацио је изузетак у доброј вери, тумачећи да се и тада остварује сврха „одвраћања“, јер се овим изузетком „...даје позитиван подстицај другима да се у будућности не ангажују у сличним незаконитим радњама.“⁵⁷⁷ Разлика се прави и у прихватању доктрине „трећих страна“, па је запажано да су закони Кентаки и Илиноис потпуно различити.⁵⁷⁸

У својој јуреспуденцији, Врховни суд САД је државама дао „одрешене руке“ у развоју сопствене доктрине и оне нису спречене да користе “балансирајући приступ како би разграничили обим својих сопствених правила о искључивању“.⁵⁷⁹ Тако је на државама било да својим правилима установе обавезно издвајање или могућност овог балансирања (постављајући нпр. критеријум да ли је већа корист од изузимања доказа у односу трошкове поступка).

Осим САД, које још увек примењују систем апсолутног издвајања, неке европске земље, попут Холадије и Белгије, покушале су да успоставе амерички систем издвајања доказа, али без успеха. Такође и Нови Зеланд је након десет година безуспешних покушаја, прешао на релативни систем. Повод је била одлука у предмету *R. v. Shaheed*,⁵⁸⁰ која се односила на учиниоца кривичног дела силовања и отмице деце, који је откривен узимањем узорка крви без налога на основу пријаве друге девојчице да ју је окривљени прати. Образложење одбацивања апсолутног система, заснивало се на тежњи друштва за кажњавање учиниоца, механичким деловањем и неосетљивошћу, уз остварени утицај одлука ЕСЉП-а.⁵⁸¹

3.1. Доказне забране у САД

У америчкој теорији истиче се подела незаконитих доказа, односно доказа који су неприхватљиви, и то на: незаконито прибављене и законито прибављене, али неприхватљиве (тзв. *inflammatory evidence*).⁵⁸² Незаконито прибављен доказ се сматра сваки доказ који је прибављен кршењем загрантованих права Уставом САД, или је проистекао из незаконитог доказа. Овакви докази се аутоматски издвајају на претходном рочишту пред судијом, а захваљујући функционалној надлежности између професионалног судије и лачике пороте, незаконити докази никада не долазе пред поротнике те их они самим тим не могу ни "имати у подсвести" приликом одлучивања о кривици.⁵⁸³ О изузимању доказа се расправља на претходном рочишту, док се на поротном суђењу могу изводити искључиво докази који су прошли ову "претходну контролу."

⁵⁷⁶ Megan McGlynn (2017), 417-418., *State v. Hoffman*, 141 Ohio St. 3d 428, (2014).

⁵⁷⁷ *People v. Bigelow*, 488 N.E.2d 451, 458 (N.Y. 1985).

⁵⁷⁸ *LaFollette v. Commonwealth*, 915 S.W.2d 747, 748 (Ky. 1996) и *People v. Jackson*, 452 N.E.2d 85, 88-89 (Ill. App. Ct. 1983).

⁵⁷⁹ *California v. Greenwood*, 486 U.S. 35, 45 (1988).

⁵⁸⁰ *R. v. Shaheed*, 2 NZLR 377, (2002).

⁵⁸¹ S. Mount, „*R. v. Shaheed: The Prima Facie Exclusion Rule Re-examined*“, *New Zealand Law Review*, 2003, 48. - цитирано према Ž. Karas, M. Jukić (2009), 609.

⁵⁸² В.Бајовић (2013b), 744-745.

⁵⁸³ *Ibid.*, 744.

Инфламаторни докази су, пак, они који су законито прибављени, али се изузимају, јер би им се од стране лаика придао већи значај него што то реално имају. Према правилу 403 Federal Rules of Evidence, релевантни докази ће се изузети у случају када је њихова доказна снага мања од опасности да би њихово извођење код поротника створило одређене предрасуде или их довело у заблуду у погледу значаја који им треба придати. Правило 404 наводи да је доказ о карактеру генерално неприхватљив када се њиме доказује понашање особе у складу са карактерном цртом. Карактер је стварни квалитет појединца, а репутација те особе је статус у заједници како га виде други људи.⁵⁸⁴ Због ове разлике, судови ограничавају употребу доказа о карактеру, с обзиром на то да ови докази нису у непосредној вези са оптужбом, а због бојазни да их порота, услед предрасуда које има, може погрешно протумачити. Одлука о прихватању ових доказа подразумева балансирање доказне вредности, са једне стране, и потребе за доказима, који са собом носе штету која би могла да настане услед њиховог признавања, са друге стране.

Како су незаконити докази сви они који су прибављени кршењем уставно загаратованих права окривљеног, у наредном излагању изложићемо најважније случајеве кршења уставних права која активирају процесну санкцију exclusionary rule-a. Поред тога, анализираћемо и забрану Rare Shield, као установу коју не познаје већина европских држава, али како постоји тенденција њеног усвајања, значајно је изложити и њене карактеристике. Поступањем супротно овој забрани такође се активира процесна санкција искључења доказа из кривичног поступка.

3.1.1. *Забрана самооптуживања*

Забрана самооптуживања, садржински означава латинску максиму Nemo tenetur prodere se ipsum - нико не може присиљавати неког да сам против себе сведочи. Привилегија против самооптуживања има шири домашај од права на ћутање, с обзиром да право окривљеног да се уздржи од вербалног давања исказа, обухвата и његово право да се уздржи од давања било каквих доказа у кривичном поступку против своје воље.⁵⁸⁵ У теорији се сматра да је ова забрана настала у континенталној Европи, али да је своју примену у европским системима нашла тек касније, док је данас „привилегија против самооптуживања“ стандард који се често разматра у оквиру јурисдикцији Европског суда за људска права. У англосаксонским системима, ова привилегија је у свом данашњем облику настала из кршења V. амандмана федералног Устава САД („Нико (се) не може натерати у било каквом кривичном суђењу да сведочи против самога себе“).

Забрану самооптуживања у common law систему познавало је енглеско право још од XIV века, с тим што се она односила само на сведока који се не може присиљавати да даје самоинкриминишући одговор под заклетвом.⁵⁸⁶ Приликом доношења амандмана на федерални Устав САД, 1979. године, привилегија против самооптуживања се такође односила само на сведока, да би касније кроз јурисдикцију Врховног федералног суда она била проширена.⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ *State v. Ussery*, 118 N.C. 1177 (1896).

⁵⁸⁵ В. Бајовић, *Право на одбрану ћутањем*, Правни живот 10/2008, 6.

⁵⁸⁶ М.Дамашка (2001), 60-61.

⁵⁸⁷ У *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1, 6 (1964), привилегија против самооптуживања је постала обавезујућа за све државе (*incorporating privilege against selfincrimination through due process clause of Fourteenth Amendment*).

Најзначајнији помак у овом смеру представља доношење одлуке у предмету *Miranda v. Arizona*.⁵⁸⁸

Пре ове одлуке, прихватљивост признања у кривичном поступку била је разматрана у судској пракси у оквиру теста „добровољности“ или „укупности околности“. Према овом приступу, судови су одлучивали од случаја до случаја, да ли је воља окривљеног који је признао дело била „сломљена“ или „претерана“ или је признање било "добровољно".⁵⁸⁹ Суд би изводио закључке да је признање добровољно, уколико понашање односно примењене методе према окривљеном нису биле превише увредљиве или сувише тешке. Уколико се, пак, може утврдити да јесте било непримерено у већој мери (што подразумева правну принуду) признање би се сматрало принудним. Дакле, истински невољна признања добијена мучењем или другом силом,⁵⁹⁰ насиљем,⁵⁹¹ обманом, обећањима или претњом су била у супротности са законом и подводила су се под ригидно правило искључивања.⁵⁹² Чак и признање које је дато након непримерено дугог саслушања, сматрало се невољним.⁵⁹³

Одлука Врховног суда у предмету *Miranda v. Arizona* односила се на случај признања датог у преткривичном поступку, без претходног потпуног упозорења окривљеног о својим правима. Чињенично стање је било следеће.

Miranda v. Arizona: Ернесто Миранда, двадесеттворогодишњак, ухапшен је у својој кући и одведен у полицијску станицу у Фениксу, где је идентификован од стране жртве силовања и отмице, након чега је саслушан од стране полиције у „соби за испитивање“. Саслушавала су га два полицајца два сата, што је резултирало потписаним, писменим признањем. На суђењу су писмено признање предочили пороти и изведено је као доказ, и поред чињенице да пре ни током саслушања, Миранда није био обавештен да може да се брани ћутањем, да има право на адвоката који може да присуствује саслушању, док је остало нејасно да ли је упозорен да све што каже може бити употребљено против њега. Миранда је проглашен кривим за отмицу и силовање и осуђен на казну затвора у трајању од 60 година.⁵⁹⁴ У жалбеном поступку, Врховни суд Аризоне је закључио да Мирандина уставна права нису прекршена приликом добијања признања, јер је признање у складу са тестом „добровољности“ и било добровољно.

Врховни суд је преиначио пресуду Врховног суда Аризоне у Миранди, налазећи да је прекршена привилегија против самооптуживања у датим околностима. У пресуди су истакнута три важна закључка:

1) да се привилегија Петог амандмана мора применити и ван судских и других формалних поступака и служи да заштити особе у свим окружењима у којима је њихова слобода на значајан начин ограничена од тога да буду приморани да се инкриминишу;

⁵⁸⁸ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

⁵⁸⁹ Yale Kamisar, "Miranda v. United States." in *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, 2d ed., edited by K. L. Hall and J.W.Ely Jr., Oxford: Oxford Univ. Press, 2009, доступно на: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1134&context=other>.

⁵⁹⁰ *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278, 281-82 (1936).

⁵⁹¹ *Payne v. Arkansas*, 356 U.S. 560, 564-65 (1958).

⁵⁹² Stephen C. Thaman, „*Miranda in Comparative Law*“, *Staint Louis University Law Journal*, Vol. 45, No. 2, 2001, 583.

⁵⁹³ *Ashcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 143, 150 (1944).

⁵⁹⁴ Види: Јован Ћирић, "Случај Миранда и његове репрекусије на казнену реакцију данас", *Наука, безбедност, полиција*, Београд, Год. 11, број 3, 2006, 17–37.

2) привилегија се односи и на неформалне принуде, коју врше органи гоњења током „саслушања у притвору“, односно испитивања које иницирају органи гоњења након што је неко лице приведено или на било који други начин лишено слободе. У конкретном случају, „неформалне принуде“ подразумевају да појединац који је „ухапшен и из познатог окружења и одведен у полицијски притвор, окружен антагонистичким снагама, и подвргнути техникама убеђивања (описаним у стандардним приручницима за полицијско испитивање), не може другачије него под принудом да говори“, јер окружење за „испитивање у притвору“ носи сопствену „значаку застрашивања“, које се сматра у супротности са привилегијом;

3) под таквим условима, тужилаштво не може да користи изјаве, било ослобађајуће или осуђујуће, осим ако не докаже употребу процесних заштитних механизма ефикасних да осигура привилегију против самооптуживања. Ови механизми подразумевају да је окривљени упозорен да „*пре сваког испитивања има право да ћути, да све што каже може бити употребљено против њега на суду, да има право на присуство браниоца и да ако не може да приушти адвоката, биће му постављен пре било каквог испитивања ако то жели.*“⁵⁹⁵

Ова упозорења се морају дати пре сваког испитивања окривљеном када му је лишена слобода, па и уколико дође до прекида у саслушању, она морају бити поновљена. Лишењем слободе се осим традиционалних лишења попут задржавања и притвора, сматра и када је окривљени затечен у стану и опкољен полицајцима.⁵⁹⁶

Упозорења *Миранда* су постала предуслов за свако саслушање у притвору (in-custody questioning) од стране полицијских службеника, с тим да се окривљени може добровољно, свесно и интелигентно одрећи остваривања ових права. У јурисдикцији Врховног суда која је уследила, разрађена су Мирандина правила. Право на присуство браниоца је, такође, било значајно питање за судску праксу (када су настала и тзв. Едвардсова правила), па је тако заузето становиште да се окривљени мора недвосмислено одрећи права на браниоца, док у ситуацији када он изрази жељу да ангажује браниоца, а полицијски службеници поново иницирају разговор са окривљеним и тада добију његово признање, долази до кршења његовог права против саоптуживања (осим ако окривљени добровољно не започне накнадни разговор).⁵⁹⁷ Међутим, његово позивање на право да бранилац присуствује саслушању мора бити недвосмислено и јасно.⁵⁹⁸ Врховни суд је заузео становиште да право окривљеног на ћутање у поступку, као врста привилегије од самооптуживања, не сме да произведе негативне закључке по њега, јер се ради о праву окривљеног.⁵⁹⁹

Када се окривљени не налази у притвору, право на ћутање је ограничено на ситуацију када се он изричито позива на то своје право, док се његово неодговарање узима као оптужујући доказ у ситуацији када делимично одговара на нека питања полиције, а на друга ћути, не дајући разлоге за то.⁶⁰⁰ Врховни суд је пиликом разматрања законитости признања

⁵⁹⁵ Врховни суд је под истим околностима преиначио наведену пресуду Врховног суда Аризоне, преиначио пресуду њујоршког апелационог суда (*Vignera v. New York*), преиначио пресуду Апелационог суда за девети округ (*Westover v. United States*) и потврдио пресуду Врховног суда Суда Калифорније (*California v. Stewart*).

⁵⁹⁶ *Orozco v. Texas*, 394 U.S. 324 (1969).

⁵⁹⁷ *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477 (1981) и *Oregon v. Bradshaw*, 462 U.S. 1039, 1045 (1983).

⁵⁹⁸ Изјава окривљеног да би можда требао изјаву да даје у присуству браниоца, без показивање јасне намере да жели браниоца у поступку не представља кршење Мирандиних правила- види: *Davis v. United States*, 512 U.S. 452 (1994).

⁵⁹⁹ *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965).

⁶⁰⁰ *Roberts v. United States*, 445 U.S. 552, 557 (1980).

датог након незаконитог хапшења, утврдио и да Мирандина упозорења не могу озаконити признање дато након кршења IV амандмана.⁶⁰¹ Тако у ситуацији када је окривљени незаконито ухапшен, доведен у полицијску станицу, где је након саопштавања Мирандиних упозорења, признао кривично дело, то не може отклонити првобитну незаконитост хапшењем.⁶⁰²

Врховни суд је између 1966. и 2000. године, донео неколико пресуда које су довеле у питање уставност Мирандиних упозорења, експанзијом изузетака којима се органишава применљивост упозорења и искључење исказа прибављеног кршењем Миранда.⁶⁰³ У предмету *Michigan v. Tucker*, суд је истакао да упозорења Миранде нису „сама по себи заштићена Уставом“, већ их је посматрао као „профилактичке стандарде“ осмишљене да „заштите“ или „пруже практично појачање“ за привилегију од самооптуживања.⁶⁰⁴ Деценију касније, прво у предмету *New York v. Quarles*,⁶⁰⁵ признајући изузетак за „јавну безбедност“, а затим у предмету *Oregon v. Elstad*,⁶⁰⁶ указујући на то да тужилаштво може у великој мери користити изведене доказе прибављене кршењем Миранда правила, суд је поновио овај начин гледања на Миранда правила као у Такеровом случају, истичући разлику између изјава које су заправо „изнуђене“ или „принуђене“ и оних добијених само кршење Мирандиних „профилактичких правила“.⁶⁰⁷

У наведеном периоду, Врховни суд је заузео становиште да се иако се изузима изјава прибављена кршењем Миранда правила, тужилаштво има право да је користи како би оповргло накнадну одбрану окривљеног.⁶⁰⁸ Суд је дозволио и да се прикупљају докази до којих је полиција дошла приликом саслушања окривљеног којим је прекршено Миранда правило.⁶⁰⁹ Врховни суд САД је такође одобрио експлицитну обману коју користи полиција да наведе осумњичене да разговарају са полицајцима или њиховим агентима, па тако, агенти могу осумњиченог испитивати у затвору без упозорења у његовој затворској ћелији, све док осумњичени није свестан да овај ради за полицију.⁶¹⁰ Такође дозвољено је и постављање „*jailplants*“ односно полицијских доушника у затворске ћелије са окривљеном, све док се активно не саслушава то лице.⁶¹¹

Ипак, у предмету *Dickerson v. SAD*, суд је поново афирмисао укорененост Мирандиних упозорења у Петом амандману и дистанцирао се од раније судске праксе која је довела у питање њену уставност, називајући упозорења као „профилактичка“ и „сама по себи незаштићена Уставом“.⁶¹² У теорији се истиче и да судска пракса није спремна да напусти

⁶⁰¹ Врховни суд САД закључује да „изјава може бити довољно добровољна да избегне класификацију као принудна самоинкриминација која подпада под пети амандман, а ипак није довољно добровољна да прекрши узрочно-последична веза између кршења четвртог амандмана и накнадне изјаве“ – види: *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975) и *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200 (1979).

⁶⁰² *Kaupp v. Texas*, 538 U.S.626 (2003).

⁶⁰³ Stephen C. Thaman (2001),586.

⁶⁰⁴ *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 451-52 (1974).

⁶⁰⁵ *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984).

⁶⁰⁶ *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985).

⁶⁰⁷ Y.Kamisar (2009).

⁶⁰⁸ *Harris v. New York*, 401 U.S. 222,226 (1971).

⁶⁰⁹ *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 451-52 (1974).

⁶¹⁰ *Illinois v. Perkins*, 496 U.S. 292, 300 (1990).

⁶¹¹ *United States v. Henry*, 447 U.S. 264, 272 (1980); *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436, 460(1986).

⁶¹² Stephen C. Thaman (2001),586., види: *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000).

„Миранду“, која је постала део америчке културе, посебно ако се она посматра као дугогодишњи напор да се успостави равнотежа између потребе за полицијским испитивањем и потребе за заштитом окривљеног од недозвољених притисака полиције.⁶¹³

У новијој судској пракси Врховног суда САД, и даље се запажа тренд стварања изузетака од заштите права на забрану саопштјивања. У предмету *United States v. Patane*,⁶¹⁴ окривљени је ухапшен због узнемиравања своје девојке, када је у сред читања Мирандиних упозорења, он прекинуо полицијског службеника и рекао да су му права позната и да поседује пиштољ. Полиција је уз његов пристанак пронашла пиштољ, на основу чега је оптужен. Суд је закључио да су „докази који су пронађени резултат добровољног исказа“ и да се могу користити на суду, док Мирандина упозорења, која овде нису прочитана до краја, служе да би се спречило кршење уставних права и присилно давање исказа, што овде није случај. У одлуци *Salinas v. Texas* је утврђено да није дошло до повреде права из Петог амандмана када је окривљени, без привођења и примања Мирандиних упозорења, добровољно одговорио на нека од питања полицајца о убиству, али је „ућутао“ на питање да ли ће балистичко тестирање спојити његову сачмарицу са чаурама пронађеним на месту злочина, које недавање одговора је тужилаштво искористило као доказ за његову кривицу. Судија је закључио да је захтев за заштиту права из Петог амандмана неоснован јер се „он није изричито позвао на привилегију ћутања као одговор на питање полицијског службеника“.⁶¹⁵

3.1.2. *Maryland v. King* – Законитост узимања ДНК узорка

Форензичка ДНК технологија и успостављање ДНК базе података, данас представљају веома корисно доказно средство, али и најпрецизнији метод проналаска учиниоца и откривања кривичних дела у модерним кривичноправним ситемима. Ова комбинација биолошког знања о ДНК-у, уз примену математичко - технолошког знања о базама података, представља снажан доказ за идентификацију, а касније и за осуду учинилаца кривичних дела, али истовремено, она је снажан доказ за утврђивање невиности учиниоца. ДНК тестирање у Сједињеним Државама почело је 1987. године и имало је значајан утицај на систем кривичног правосуђа. Од 1989. године, више од 300 осуђених лица у САД-у ослобођено је на основу накнадног ДНК вештачења, док је у око 50 % случајева у којима су спровођена накнадна ДНК вештачења и у којима је утврђено да су особе које су се налазиле у затворском систему САД-а недужне, применом ДНК анализе пронађен и учинилац.⁶¹⁶ У почетку, ДНК базе података укључивале су само „оне класе преступника са високом стопом рецидива, као што су сексуални и насилни преступници, док данас свака држава и савезна влада прикупља и анализира ДНК од свих лица осуђених за тешка дела.“⁶¹⁷

⁶¹³ Y. Kamisar (2009).

⁶¹⁴ *United States v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004).

⁶¹⁵ *Salinas v. Texas*, 133 S. Ct. 2174 (2013).

⁶¹⁶ D. Derenčinović, S. Roksandić Vidlička, M. Dragičević Prtenjača, „Projekti nedužnosti“ i naknadna dнк vještačenja u Republici Hrvatskoj – moguća stvarnost ili nedostižna želja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 67 (3-4), 2017, 374.

⁶¹⁷ Maclin Tracey, „Maryland v. King: Terry v. Ohio Redux“, *Supreme Court Review* 359, 2013, 364.

ДНК вештачење предвиђено је у готово свим процесним законима, али законитост узимања узорка, успостављање врсте система базе података ДНК, као и чување података, отвара бројна питања која се заснивају на преваги два опречна интереса – заштите права на приватност и оправданости кршења ових права у циљу постизања јавних интереса. Државе САД су проширивале своје системе прикупљања ДНК, па је тако 2002. године Вирџинија постала прва држава која је прикупила ДНК од осуђених и ухапшених лица, која се терете због кривичних дела са елементима насиља, док је три године касније, Конгрес донео статут који захтева да се узорци ДНК прикупљају од свих особа ухапшених од стране савезних службеника, без обзира на природу кривичног дела.⁶¹⁸ Одлука Врховног суда САД у случају *Maryland v. King*,⁶¹⁹ представља најважнији преседан у новијој пракси савезног суда, који се односи изузетке од кршење IV амандмана Устава САД. Она се сматра контраверзном одлуком у теорији америчког права, јер се њоме потврђује легитимитет прикупљања ДНК материјала од ухапшеног лица, чиме се, у случају тешких кривичних дела, даје превага интереса друштва над интересима појединца. Стручна јавност у Америци је подељена поводом овог питања, па је доношење ове одлуке наилазило, како на подршку, тако и на критике. Осим тога, полемика се наставила и дуго времена након поменуто одлуке, будући да је статутом Мериленда озакоњено и чување ДНК узорка у бази података и за лица након што су осуђена, због чега се у теорији са правом истицало да су она лишена права на приватност.

У извојеном мишљењу судије *Powell* у предмету *United States v Robinson*,⁶²⁰ истицало се да „у случају законитог лишења слободе, претрес лица није само изузетак од права из Четвртог амандмана, већ је и „разуман“ претрес према том амандману“, док је и право на приватност ухапшеног „леgitимно умањено чињеницом хапшења“. Овакви ставови су након четрдесет година и прихваћени доношењем одлуке у предмету *Maryland v. King*.

Чињенично стање - Полиција Државе Мериленд је 10. априла 2009. године, ухапсила Alonza Јауа Kinga, због „напада првог степена“, јер је групи људи претио сачмаром. Полицијски службеник је, након хапшења, узео његов ДНК узорак (букалним брисом) у складу са Законом о прикупљању ДНК Мериленда, којим је прописано да се узорак може ставити у базу података и бити обрађен након што појединац буде ухапшен. Полицијско форензичко одељење је уношењем ДНК узорка у систем установило да се исти поклапа са ДНК трагом који је сачуван из стана оштећене која је била силована 2003. године, а који случај је остао нерешен, између осталог, јер је учинилац био маскиран. Тужилаштво Мериленда је, на основу ове подударности у бази ДНК, оптужило Kinga и за кривично дело силовање. Велика порота је, по захтеву тужилаштва, издала налог за други ДНК узорак који је прихваћен у кривичном поступку који се водио због кривичног дела силовање. King је у том поступку захтевао од Окружног суда да се овакав доказ изузме из кривичног поступка, јер су повређена његова права из Четвртог амандмана, који забрањује неразумне претраге и заплене. Предлог је одбијен и он је оглашен кривим и осуђен на доживотну казну затвора, без могућности условног отпуста. По његовој жалби Апелациони суд је преиначио првостепену пресуду уз образложење да је узимање узорка ДНК кршење Четвртог амандмана и да се не може користити као доказ, а да је статут Мериленда био противустан. Тужилаштво Мериленда се жалило на пресуду и затражило од Врховног суда САД да размотри случај, те се застало са поступком. До доношење одлуке Врховног суда САД, застало се и са прикупљањем ДНК-а од лица у Мериленду.

Питање које се поставило у предмету пред Врховним судом САД односило на то да ли закон Мериленда који прописује форензичко тестирање узетих узорака ДНК од лица ухапшених због кривичних дела са елементима насиља, крши Четврти Амандман. Већином гласова (пет према четири), Врховни суд САД је донео одлуку и закључио да узимање биолошког узорка у тренутку хапшења у идентификационе сврхе не представља повреду Четвртог амандмана Устава САД-а, када су у питању тешка дела.

⁶¹⁸ M. Tracey (2013), 365.

⁶¹⁹ *Maryland v. King*, 569 US 435 (2013).

⁶²⁰ *United States v Robinson*, 414 US 218, 237 (1973) (Powell, J, concurring).

Образложење одлуке у суштини се заснива на следећим утврђеним чињеницама и закључцима:⁶²¹

Приликом одлучивања суд је, најпре, оценио да „коришћење букалног бриса унутар образа лица, ради добијања узорка ДНК јесте претрага према Четвртом амандману“, јер је дошло до „упада у тело лица“ узимањем букалног бриса, али да се ради о упаду (у ткиво лица) који је брз и безболан и не захтева „хируршки упад испод коже“, због чега уједно не представља претњу за „здравље или безбедност“ ухапшеног.

У пресуди се констатује и да „када полицајци изврше хапшење поткрепљено вероватним разлогом да држе осумњиченог за озбиљно кривично дело и доведу га у станицу, како би био задржан у притвору, узимање и анализа ДНК букалног бриса ухапшеног је, као узимање отисака прстију и фотографисање, односно легитиман поступак полиције који разуман према Четвртом амандману“. Иако суд не опредељује да ли узимање отисака прстију представља претрагу, он се позива на интерес владе „да правилно идентификује ко је ухапшен и коме се суди“⁶²² као и на овлашћење полицијских службеника да се информишу о идентитету и то рутинским и прихваћеним средствима, у која, између осталог, спада и упоређивање отисака прстију са електронским базама података познатих криминалаца и нерешених злочина. Суд наводи да је једина разлика између ДНК анализе и база података о отисцима прстију „тачност коју ДНК пружа без премца“. Ова идентификација путем ДНК је, између осталог, важна јер „у интересу правде, може имати спасоносни ефекат ослобађања особе која је незаконито затворена“, као што може „значајно побољшати и систем кривичног правосуђа и полицијске истражне праксе“, омогућавајући „да се утврди да ли се биолошки материјал скоро са сигурношћу поклапа са осумњиченим“.

Пошто је „потреба за налогом у великој мери смањена овде, где је ухапшени већ био у полицијском притвору за озбиљно кривично дело поткрепљено вероватним разлогом, претрес се анализира позивањем на разумност, а не индивидуализовану сумњу,⁶²³ а разумност се утврђује одмеравањем „промовисања легитимних државних интереса“ наспрам „степенa до којег [претрага] задире у приватност појединца“ (Nuoming v. Houghton)⁶²⁴ У овој равнотежи разумности, суд констатује да се „велики значај придаје и интересу владе за идентификацијом ухапшених и немерљивом потенцијалу ДНК идентификације у сврху тог интереса“, па у поређењу са значајним државним интересом и јединственом ефикасношћу идентификације ДНК, „уметање бриса образа за добијање узорка ДНК је минимално“. Испитивање разумности узима у обзир још две околности у којима посебна сумња није категорички потребна: „смањена очекивања приватности од стране лица која су приведена“ и „минимални упад“ (Illinois v. McArthur).⁶²⁵ У том смислу, суд наводи и да „инвазивна операција може да изазове довољно тешку забринутост у погледу приватности да претрес захтева налог, без обзира на смањена очекивања ухапшеног у вези са приватношћу“.

Такође, што се тиче кршења права на приватност, овај суд констатује да обрада локуса узорка ДНК испитаника није задирала у приватност окривљеног на начин који би учинио његову идентификацију ДНК неуставном. Ти локуси потичу из некодирајућих делова ДНК који не откривају генетске особине ухапшеног и мало је вероватно да ће открити било какве

⁶²¹ *Maryland v. King*, 569 US 435 (2013).

⁶²² *Hiibel v. Sixth Judicial Dist. Court of Nev., Humboldt Cty.*, 542 U.S. 177 (2004).

⁶²³ *Samson v. California*, 547 U.S. 843 (2006).

⁶²⁴ *Wyoming v. Houghton*, 526 U.S. 295 (1999).

⁶²⁵ *Illinois v. McArthur*, 531 U.S. 326 (2001).

приватне медицинске информације. Чак и када би могли да пруже такве информације, они заправо нису тестирани у том циљу. Коначно, Закон пружа законску заштиту за заштиту од таквих инвазија на приватност.

Четири судије које су гласале против ове одлуке, изнеле су своје аргументе због којих сматрају да је у конкретном случају Кингу повређено право из Четвртог амандмана.⁶²⁶ Аргументација се заснивала на чињеници да је претрага (упад) буксалним брисом, ма колико безболна и брза била, извршена, без постојања претходне сумње да је Кинг извршио кривично дело и без других доказа који би поткрепили ту сумњу. Судија *Scalia* је, са заједљивошћу, приметио да би „претрес аутомобила законито заустављених возача могао открити податке о нерасветљеним кривичним делима које је починио возач, али нико не би рекао да је таква претрага имала за циљ „идентификовање” њега и ниједан суд не би сматрао да је такав претрес законит.⁶²⁷ У том смислу, поменути судија је сматрао да је, у конкретном случају, упоређивање ДНК профила у лабораторији ФБИ, имало за циљ, да се утврди да ли се исти подудар са било којим од ДНК профила пронађених на местима нерешених злочина, а не, као што се у одлуци наводи, да се изврши идентификација, нити је та сврха уопште предвиђена законом Мериленда. У погледу кључног аргумента, у супротном мишљењу се закључује и да ДНК не доприноси да невини докажу своју невиност, с обзиром да „прикупљање ДНК од ухапшеног ради анализе у односу на базу података ФБИ не може помоћи ослобађању погрешно осуђених лица, због тога што база података ФБИ укључује само ДНК трагове из неразјашњених злочина“. Врховни суд је у пресуди *Осборн против Окружног тужиоца* одбацио слободно право затвореника да ураде ДНК тестове који би доказали њихову невиност, па се та „шкрта“ пресуда сматра упечатљивим контрастом у односу на „топли загрљај“ суда у предмету *Meryland v. King*.⁶²⁸

Већинском мишљењу у овој пресуди замера се и што нису постављених критеријуми који би одредили која су то „тешка дела“, за која је утврђено да узимање ДНК профила од ухапшеног није кршење IV амандмана, што се такође истиче у издвојеном мишљењу судије *Scalia*, па постоји оправдана бојазан да ће се то чинити и у односу на све ухапшене.⁶²⁹

Након ове одлуке, судови су наставили да поступају у складу са одлуком Врховног суда САД из 2013. године, прихватајући резултате упоређивања ДНК узетих од ухапшених лица, уз образложење да се ради о методама који су истоврсни узимању отисака.⁶³⁰ *Maryland v. King* је отворио ове и многе друге дилеме везане за дозвољеност узимања ДНК профила ухапшених лица, али његов значај је несумњив за америчко право, па не чуди изјава судије

⁶²⁶ Види: М. Tracey (2013), 370-375.

⁶²⁷ *Ibid.*, 371.

⁶²⁸ Brandon. L. Garrett, „Criminal Justice and the Court’s Past Term“, Harvard University Press Blog, *Harvard University Press*, Aug 2, 2013, online at http://harvardpress.typepad.com/hup_publicity/2013/08/criminal-justice-and-the-courts-past-term-brandon-garrett.html.

⁶²⁹ Scalia, J, dissenting: „...*I cannot imagine what principle could possibly justify (limiting King’s holding to serious offenses), and the Court does not attempt to suggest any. If one believes that DNA will ‘identify’ someone arrested for assault, he must believe that it will ‘identify’ someone arrested for a traffic offense. This Court does not base its judgments on senseless distinctions. At the end of the day, logic will out...Make no mistake about it: As an entirely predictable consequence of today’s decision, your DNA can be taken and entered into a national DNA database if you are ever arrested, rightly or wrongly, and for whatever reason*“- М. Tracey (2013), 387.

⁶³⁰ Види: *People v. Roberts* (Cal. Ct. App., Aug. 20, 2021, No. C081843) 2021 WL 3700319.

Samuel Alita, да је он „можда најважнији предмет кривичног поступка који је овај суд водио деценијама”.⁶³¹

3.1.3. Забрана Hearsay и кршење VI.амандмана

Забрана употребе исказа сведока „по чувењу“ (*testes de auditu alieno*) је доказна забрана која је карактеристична за англосаксонске системе. Она се због своје природе више наметнула у common law системима, иако и европскоконтинентални системи „препознају“ сведоке по чувењу и дају им ограничну доказну вредност у различитим оквирима. Дамашка наводи да „презумтивну забрану hearsay не би имало смисла преносити у континентално право, јер би се тиме створио велики број доказних забрана и самим тим велики број ситуација у којима би судија требало да одлучи да ли је hearsay прихватљив или не“. Он објашњава да у англосаксонским системима не постоји начин испитивања сведока у којем сведок прво у слободном излагању износи чињенице које су му познате (као што је то случај у континенталном праву), већ се од почетка испитивања, сведоку се постављају питања која су уска и специфична, чиме се отвара могућност да процесни противник уложи приговор hearsay.⁶³²

Ипак и поред тога, Европски суд за људска права већ одавно разматра hearsay кроз право конфронтације (*Right to Confrontation*), односно право окривљеног да се суочи са сведоком и кроз право окривљеног да испитује сведока оптужбе, а које право је елемент права на правично суђење. Право окривљеног на „суочавање“ са сведоцима који га терете према ЕСЉП подразумева његово право да испитује сведоке, тј. да учествује у извођењу доказа њиховим испитивањем/саслушањем.⁶³³ Суд је заузео становиште да се судови у ситуацији одсутности сведока могу користити доказом по чувењу (*hearsay evidence*), али само до границе до које је очувана равнотежа и права одбране.⁶³⁴ Иако се начелно не може спровести унакрсно испитивање са деривативним сведоком, што је у супротности са начелом правичног поступка, пракса ЕКЉП опрезно иступа са hearsay забраном коју разматра када су сведоци оптужбе у питању. Осим тога, деривативни сведоци се могу испитати, по ставу овог суда, али се на њима заснива пресуда само уколико постоје и други докази, којима се утврђују одлучне чињенице.⁶³⁵ Дамашка запажа да се и у англосаксонском праву када је реч о деривативним доказима, „често тражи короборација: деривативни доказ мора се поткријепити другима, ако се на њему жели утемељити пресуда“ односно „на самом том деривативном доказу не може се темељити пресуда.“⁶³⁶

Право на конфронтацију и право на унакрсно испитивање део су Шестог амандмана Устава САД, која обавезују државе према Четрнаестом амандману. Сматра се да је забрана Hearsay, која је призната од стране готово сваке државе, заснована на идеји да се непоуздани

⁶³¹Transcript of Oral Argument, *Maryland v King*, No 12-207, 35 (Feb 27, 2013), online at http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/12-207-lp23.pdf

⁶³² М.Дамашка (2001), 52.

⁶³³М. Шкулић, *Организовани криминалитет – Појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Друго измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2018, 631.

⁶³⁴ Ш.Павловић (2012), 344.

⁶³⁵ *Blastland v. UK*, ECtHR, App. no. 12045/86, 7 May 1987.

⁶³⁶ М. Дамашка (2001), стр. 45.

докази не би требали износити пред суд. Изјаве ван суда су „традиционално“ искључене, јер „им недостају конвенционални показатељи поузданости: обично се не дају под заклетвом или другим околностима које импресионирају говорника свечаношћу његових изјава; реч декларанта не подлеже унакрсном испитивању; а није доступан како би порота оценила његово држање и кредибилитет“.⁶³⁷

Дакле, као што се у судским одлукама највише инстанце САД истиче, исказ сведока „по чувењу“, као и писане изјаве сведока, опонирају свим оним гаранцијама које су успостављене како би се доказ сматрао веродостојним у кривичном поступку. Најпре, доводи се у питање ефикасност полагање заклетве код особе која сведочи о сазнањима која нису властита. Затим, реакције сведока и његов природни страха од суднице и јавна срамота ако се разоткрије да не говори истину, па чак и страх да кривично одговора за давање лажног исказа, изостају у односу на деривативне сведоке. Уз то и саме процесне странке, а ни порота нису у могућности да прате евентуалне артикулације сведока које би могле навестити да он не говори истину. У одлукама Врховног суда САД, истицало се да је то, између осталог, циљ hearsay-а, јер окривљени нема прилику да „присили сведока да стане лицем у лице са поротом да би га могли погледати и судити по његовом држању и начину на који сведочи о томе да ли му треба веровати“.⁶³⁸ Окривљеном се ускрађује загарантовано право да испита сведока на јавном суђењу у његовом присуству, док су његова права на унакрсно испитивање и остварење конфронтационог права, неостварива. У англосаксонској теорији се посебна важност даје унакрном испитивању. Сматра се да је унакрсно испитивање „без сумње највећи правни механизам икада измишљен за откривање истине“, а при томе је и „витална карактеристика“ англо-америчког система⁶³⁹ и једна од гаранција која је суштинска за правично суђење.⁶⁴⁰

Забрана Hearsay прописана је чланом 802 Федералних закона о доказима (Federal Rules of Evidence), којим се прописује да се hearsay не прихвата, осим у случају промене федералног устава, ових федералних закона или прецедентом Врховног суда САД. У члану 801, дефинишу се појмови попут *Изјава* (што подразумева усмену изјаву, писану изјаву или невербално понашање), *Декларанта* (особа која је дала изјаву), *Изјаве из друге руке* (под којом се подразумева ситуација када декларант не сведочи на суђењу или рочишту, већ странка нуди доказе за доказивање истинитости онога што се тврди у изјави) и *Изјаве које нису из друге руке*.⁶⁴¹

Традиционални изузеци забране Hearsay данас су прописани кроз правила 803 и 804 федералних закона о доказима, док се сматра да је судска пракса услед бројности ових изузетака „практично прогутала правило Hearsay“.⁶⁴² Најважнијим изузетком сматра се прихватањем *admissions* - извансудских изјава окривљеног које се могу користити као доказ, у случају да он износи супротну изјаву, од оне коју је сазнао сведок „по чувењу“.⁶⁴³

⁶³⁷ *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S. 284 (1973).

⁶³⁸ *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237 (1895).

⁶³⁹ John Henry Wigmore, *Wigmore's Code of the Rules of Evidence in Trials at Law*, Third Edition, Little, Brown and Company, Boston 1942, 29.

⁶⁴⁰ *Alford v. United States*, 282 U.S. 687 (1931).

⁶⁴¹ Dostupno na https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_802

⁶⁴² *De La Salle Institute v. United States*, 195 F. Supp. 891 (N.D. Cal. 1961).

⁶⁴³ Више о томе: M.Damaška (2001),43-53.

Анализа односа конфронтационе клаузуле и правила о прихватању Hearsay, кроз јуриспуденцију САД, вршила се са аспекта јавне политике и потребе случаја. У једној старијој пресуди *Mattox v. United States*, констатује се да постоје ограничења уставних одредаба, а да је њихова легитимност „призната много пре усвајања Устава, који уопште не задиру у његов дух“. Истиче се и да општа правила закона ове врсте, колико год била корисна у њиховој примени и драгоцене за оптуженог, морају повремено уступити место разматрањима јавне политике и потребама случаја. Рећи „да би криминалац, након што је једном био осуђен сведочењем одређеног сведока, требао ићи слободан, једноставно зато што је смрт затворила уста тог сведока, уставну заштиту би довело у неоправдану меру. Закон, у својој мудрости, изјављује да се права јавности не смеју у потпуности жртвовати како би се оптуженом осигурала случајна корист“.⁶⁴⁴

Врховни суд САД, примењујући право на суочење и унакрсно испитивање позива се на тестове утврђивања доступности сведока и адекватне прилике за унакрсно испитивање.⁶⁴⁵ Када „сведок Hearsay-а није присутан ради унакрсног испитивања на суђењу, клаузула о суочењу обично захтева доказивање да је недоступан. Чак и тада, његова изјава је прихватљива само ако има адекватне „индикације поузданости“, тест који се испуњава када докази или потпадају под „чврсто укоренењени изузетак из друге руке“ или носи „конкретне гаранције веродостојности“ („Робертова правила“).⁶⁴⁶ Индикатор поузданости је постојао нарочито код изјава које су биле резултат „неутралног научног тестирања“ (писане изјаве вештака), који докази су „конкретне гаранције веродостојности“ и по овом становишту, прихватљиве су без конфронтације.

У јуриспуденцији Врховног суда САД је посебно разматрана конфронтациона клаузула која се односи на право окривљеног да се са оштећеним суочи „лицем у лице“, што подразумева да сведок сведочи на суђењу, у окружењу у коме могу окривљени и сведок виде се и чују.⁶⁴⁷ Важан аспект права на комфортацију је и „ограничење тужиоца да као доказ у поступку против окривљеног изнесе признање једног од саокривљених, те уколико саокривљени одбије да непосредно сведочи, VI амандман Устава САД-а забрањује коришћење његовог исказа и признања у поступку против других саокривљених“.⁶⁴⁸ У покушају да се оваква забрана ограничи, судска пракса је „изнедрила“ правила изузетака, па су тако „изјаве једног учесника у завери допуштене су против другог, упркос *hearsay* правилу, под условом да су дате током завере“.⁶⁴⁹ У случају *Evans v. State*, у пасусу 6, наводи се да: „Није била грешка, да се призна изјава *Williams-a*, саоптуженог, у случају у коме је било довољно доказа да се утврди *prima facie* случај завере између њега, *Truett-a* и оптуженог *Evans-a* да су завереници извршавајући заверу украли аутомобил и лишили живота лица, када је изјава дата након извршења кривичног дела, али док је завера настављена од стране

⁶⁴⁴ *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237 (1895).

⁶⁴⁵ О томе: Erwin N. Griswold, „The Due Process Revolution and Confrontation“, *University of Pennsylvania Law Review* vol. 119, 5/1971, 715–719.

⁶⁴⁶ *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980).

⁶⁴⁷ Jessica Smith, “Remote Testimony and Related Procedures Impacting a Criminal Defendant’s Confrontation Rights”, *Administration of Justice Bulletin No. 2013/02*, 3.

⁶⁴⁸ Више о томе: В.Бајовић, „Исказ саокривљеног као доказ у кривичном поступку“, *Правни живот* 9/17, 720. Види и *Burton v. United States*, 391 U.S. 123, (1968). Види и: Paul Marcus, "The Confrontation Clause and Co-Defendant Confessions: The Drift from Bruton to Parker v. Randolph", *Law Forum*, No 3, 1979, 559 – 560.

⁶⁴⁹ Confrontation: The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, Vol. 62, No. 4 (Dec., 1971), Published by: *Northwestern University Pritzker School of Law Stable URL*, 516, доступно на <https://www.jstor.org/stable/1141704>, приступљено 24. јул 2021.

окривљеног и његовог саучесника *Williams-a*, прикривањем идентитета, чувањем тајне извршења кривичног дела и негирањем кривице“.⁶⁵⁰

Ово уставно право је потврђено у предмету *Coy v. Iowa*, у којем је суд утврдио да је „тешко замислити очигледније или штетније кршење право оптуженог на сусрет лицем у лице“ у ситуацији када су две малолетне сексуалне жртве сведочиле су иза паравана, тако да их је окривљени видео „мутно“, док оштећени уопште нису могли да виде окривљеног.⁶⁵¹ Потпуно супротно становиште Врховни суд заузима, само две године касније, у предмету *Maryland v. Craig*, када је допустио изузетак од права на суочавање „лицем и лице“ у ситуацији када је судија допустио испитивање сведока детета, које је било жртва злостављања, путем једносмерног техничког линка, тако да су дете, тужилац и бранилац отишли су у посебну просторију, док су судија, порота и оптужени остали у судници. У овој ситуацији, дете, које није могло да види окривљеног, испитано унакрсно, док се снимак сведочења, видео монитором, приказао онима у судници, па су порота, судија и окривљени могли да прате његово понашање, док је окривљени био у електронској комуникацији са браниоцем.⁶⁵² У одлуци се наводи и да је „интерес јавне државе за физичко и психичко благостање жртва злостављања деце може бити довољно важан да надмаши, барем у неким случајевима, право оптуженог да се суочи са својим тужиоцима на суду.“⁶⁵³

„Робертс“ тест поузданости је био заступљен у судској пракси, док се у случају *Crawford v. Washington*,⁶⁵⁴ није заузело другачије становиште које је поштрило забрану *Hearsay* која се односила на вансудске изјаве које нису подложне унакрсном испитивању. Случај се односио на снимак изјаве супруге окривљеног у полицији, који је коришћен као доказ против окривљеног, иако супруга као привилеговани сведок није сведочила нити је унакрсно испитана. У овој одлуци, закључује се да, иако је крајњи циљ конфронтационе клаузуле о суочењу да се обезбеди поузданост доказа, она је по својој природи „процесна, а не материјална гаранција,“ којом се „налаже, не да сами докази буду поуздани, већ да се поузданост процењује на одређени начин: тестирањем унакрсним испитивањем.“⁶⁵⁵ Изјаве сведока, који се не појаве на суђењу не могу се прихватити, осим ако је сведок недоступан, а окривљени је раније имао прилику да га унакрсно испита.⁶⁵⁶ Конфронтациона клаузула се примењује на сведочење у судници против оптуженог и на изјаве ван суда дате на суђењу у исту сврху, с тим да се ново правило највише поставља у односу на вансудске изјаве.⁶⁵⁷ жртве насиља у породици која није сведочила, дате службенику који је први узео изјаву или оператеру 911, вансудске изјаве жртве сексуалног насиља над дететом која није сведочила

⁶⁵⁰ *Evans v. State*, 222 Ga. 392 (Ga. 1966).

⁶⁵¹ *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012, 1016–22 (1988).

⁶⁵² *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990), Jessica Smith (2013), 3-4.

⁶⁵³ *Ibidem*.

⁶⁵⁴ *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

⁶⁵⁵ *Ibidem*.

⁶⁵⁶ The Crawford Rule - Testimonial statements by witnesses who are not subject to cross-examination at trial may not be admitted unless the witness is unavailable and there has been a prior opportunity for cross-examination - Jessica Smith, „Understanding the New Confrontation Clause Analysis: Crawford, Davis, and Melendez-Diaz“, *Administration of justice bulletin*, no. 2/2010, 1-2.

⁶⁵⁷ Немогућност читања на суђењу записника о исказима датим током истраге, последица је и потпуно неформалне природе истраге у кривичном поступку САД.⁶⁵⁷ Изузетак је прихватање исказа недоступних сведока датих пре суђења, у односу на које је пре суђења задовољено право окривљеног на унакрсно испитивање - М. Шкулић, „Основне контроверзе система страначког доказивања на главном претресу према правилима Законика о кривичном поступку Србије“, *Континентално право – Часопис за одржив и складан развој права – КоПра*, година 3, број 3, Београд 2019, 20.

члану породице, социјални радник, или лекар, форензички извештај, од стране аналитичара који не сведочи, који идентификује супстанцу као контролисану супстанцу или навођење њене тежине, налаз обдукције, од стране медицинског вештака који није сведочио, у којем се наводи узрок жртве смрт, изјава хемијског аналитичара у случају војње под алкохолом, када аналитичар није доступан на суђењу и писмени записник овлашћеног лица за обезбеђење доказа, када не сведочи на суђењу.⁶⁵⁸ У одлуци *Davis v. Washington*,⁶⁵⁹ проширено је Крофордово правило. Разматране су две врсте изјаве жртва: изјаве жртава насиља у породици дате током позива 911 и изјаве жртве насиља у породици полицији како би реаговали. Суд је дефинисао да се сведочењем не сматрају „изјаве које су дате током полицијског испитивања под околностима које објективно указују да је примарна сврха испитивања да се омогући пружање помоћи полицији у хитним случајевима који су у току“, док се сведочењем сматрају „изјаве којима је примаран циљ да се утврде или докажу чињенице из прошлих догађаја потенцијално релевантних за касније кривични поступак“.⁶⁶⁰

У одлуци *Melendez-Diaz v. Massachusetts*⁶⁶¹, Врховни суд САД је заузео становиште да је повређено право на конфронтацију када је суд употребио извештаје о хемијском испитивању опојне дроге, као доказ против окривљеног, с обзиром да окривљеном није дата прилика да унакрсно испитује вештаке који су ове извештаје сачинили. Суд је навео и да се ради о изјавама о сведочењу датим „под околностима које би сведока објективно навеле да разумно верује да ће изјава бити доступна за употребу на каснијем суђењу“, као и да је њихова једина сврха била да „обезбеде *prima facie* доказе о саставу, квалитету и нето тежини супстанце, док тврдња државе Масачусетс да аналитичари не подлежу суочењу зато што нису „оптужујући“ сведоци не налази упориште ни у тексту Шестог амандмана, ни у судској пракси овог Суда.

Иако је судска пракса утврдила бројне изузетке од Hearsay, ова забрана и даље заузима важно место у англоамеричком праву, од које се неће одустати због потребе заштите коју пружа VI амандман Устава САД.

3.1.4. Rape shield

Rape shield правила су установљена да заштите жртве сексуалних злочина током кривичног поступка. Уз врло ограничене изузетке, њима се спречавају оптужени и бранилац да износе доказе о сексуалном понашању, прошлости или угледу жртава. Пре увођења ових федералних правила, оптуженом је било дозвољено да пороти изнесе доказе о сексуалној прошлости жртве. Оптужени су имали тенденцију да у својој одбрани жртве представе као неморалне, доводећи њихову „неморалност“ у узрочни однос са кредибилитетом њиховог исказа - јер ако је сведок неморалан и има промискуитетну прошлост, зашто би му порота веровала и у конкретном случају. Крајем 1970 –тих до 1980-тих, законодавци су препознали да су жртве у кривичним поступцима доживљавале понижење и срамоту, што их је деморалисало да учествују у поступку и да пријављују сексуалне деликте.

⁶⁵⁸ Jessica Smith (2010), 4-5.

⁶⁵⁹ *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813 (2006).

⁶⁶⁰ Jessica Smith (2010), 9.

⁶⁶¹ *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305 (2009).

У кривичноправној теорији, са друге стране, *ratio legis* ове забране почива на становишту да чињенице о карактеру, моралу и сексуалној прошлости жртве нису од значајног утицаја за утврђивање правнорелевантих чињеница у поступцима за кривична дела против полне слободе. Ако се, не пример, кривични поступак води због кривичног дела силовања, против оптужног који је оштећену коју непознаје сачекао у лифту зграде и физичком снагом извршио обљубу над њом, чињеница каква је њена сексуална склоност и репутација, потпуно је ирелевантна за утврђивање чињеница од којих зависи одлука о конкретном кривичном делу.

Сврха постављања изузетака од доказне забране је неспорна, јер се на супротној страни заштите жртве налази право окривљеног на одбрану, које обухвата право на конфронтацију са сведоком оптужбе, загрантовано уставом и међународни документима о људским правима.

Први *Rape shield* усвојила је држава Michigan, након чега су и осталих четрдесет осам држава и Дистрикт Колумбије следели пример и усвојили законе о заштити од силовања, којим су предвидели један или више изузетака од правила да је забрањено извођење доказа на околности сексуалне прошлости и репутације жртве (попут прихватања доказа о претходном сексуалном понашању између жртве и оптуженог; доказ о алтернативном извору сперме, трудноће или повреда; доказ о обрасцу претходног сексуалног понашања жртве; доказ пристрасности или мотив да се измисли сексуални напад; докази да се докаже да је оптужени имао разумно, али погрешно уверење у пристанак жртве; доказ о претходној лажној оптужби жртве за сексуални напад).⁶⁶² Законима девет држава, оставља се дискреционој оцени судије право да призна или забрани доказе о сексуалној историји жртве.

Савезним правилима о доказима (*Federal rule of evidence 412*), забрањена је употреба доказа у парничном или кривичном поступку који укључују доказе да се жртва бавила другим сексуалним понашањем или докази за којима се утврђују сексуалне предиспозиције жртве. Смисао ових доказних правила је успостављања равнотеже између заштите приватности и угледа жртве а да се притом не повреди право оптуженог на правично суђење засновано на претпоставци невиности. Изузеци су прописани за кривични поступак, па се могу користити докази о посебним случајевима сексуалног понашања жртве, ако се њима доказује да је то неко друго лице осим оптуженог, био извор сперме, повреде или других физичких доказа; докази о посебним случајевима сексуалног понашања жртве у односу на оптуженог за сексуално злостављање, ако окривљени тиме доказује пристанак или ако је тужилац предложио доказе; и докази чије би искључење представљало кршење уставних права окривљеног.⁶⁶³

Ови изузеци јавили су се као последица адаптације ове доказне забране у судској пракси, појавом околности из прошлог сексуалног живота које су таквог квалитета да су имале значајну доказну снагу и утицај на одлуку о кривици окривљеног, а чије би игнорисање довело до погрешне осуде односно неправилне одлуке суда.

Врховни суд САД је у својим одлукама, одлучујући о оправданости изузетака од примене *Rape shield*, износио становиште да држава има легитимне интересе да забрани

⁶⁶² M. J. Anderson, „From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law“, Villanova University School of law, *Public law and legal theory Research paper*, 5/2002, 41-44.

⁶⁶³ Федералним законом уводи се забрана употребе доказа „других сексуалних понашања“ жртава силовања, дозвољавајући такве доказе у оквиру строго дефинисаних околности. Више о *Rape shield*- Rosanna Cavallaro, *Rape Shield Evidence and the Hierarchy of Impeachment*, *American Criminal Law Review*, vol 56, 2/2019, 295-314.

окривљеном да се распитује о сексуалној прошлости жртве. Ови интереси укључују охрабривање жртава да пријаве сексуалне преступе и признавање од стране судова и друштва уопште, да „нечедне жене“ нису посебно склоне лагању.⁶⁶⁴ Међутим, наведени интереси морају бити уравнотежени са уставним правима окривљеног да изнесе одбрану, испита сведоке и суочи се са својим тужиоцем (жртвом). С тим у вези, суд је констатовао и да је право на унакрсно испитивање имплицитно садржано у клаузули о конфронтацији (Шести амандман), те да помаже у обезбеђивању „тачности процеса утврђивања истине“, док се за ограничење или ускраћивање овог права захтева да пажљиво испитивање конкурентног државног интереса.⁶⁶⁵

Околности из сексуалног живота жртве могу бити одлучујући за проверу одбране окривљеног. У једном кривичном поступку⁶⁶⁶ окривљени је „сведочио“ да је оштећену „покупио“ на улици и у аутомобилу најпре разговарао са њом о "сексуалним услугама" у замену за новац. Након њиховог разговора, она је пристала да изведе орални секс са оптуженим за новац. Када је завршила орални секс и добила новац од окривљеног, он је понудио више новца за сексуални однос и она је на то пристала. Током унакрсног испитивања, окривљени је изјавио да је оштећеној понудио двадесет долара за орални секс и пет долара додатно за полни однос, а након што су сексуални чинови завршени, окривљени је одбио да јој плати договорени додатак новца, "јер није била добра". Након тога, окривљени је позвао сведоке који су позитивно идентификовали фотографије оштећене, као проститутке, која ради у зони Одсека и улица Росе, иако је оштећена спорила да се бавила проституцијом. Након опсежних усмених расправа, судија је одлучио да ће дозволити сведоцима да сведоче у циљу угрожавања кредибилитета оштећене. Врховни суд је поступајући по жалби тужиоца, закључио да се захтев оптуженог за прихватање ових доказа заснива се на његовом праву на конфронтацију из Шестог амандмана, као и да је без ових доказа њему ускраћено право на одбрану и повређено право на правичан поступак, са чим се суд сложио, јер је право оптуженог на правичан поступак у суштини је право на правичну прилику да се одбрани од оптужби државе. Суд је коначно закључио да су докази о претходној сексуалној активности жртве апсолутно круцијални за обезбеђивање правичног суђење окривљеном и очувања права на контронтацију, те да би, без ових доказа, окривљени био спречен да изнесе своју одбрану пристанка.⁶⁶⁷

Оправданост употребе доказа из сексуалног живота жртве утврђена је и у случају када је окривљени имао право да предложи доказе неопходне за доказивање своје тезе одбране да су оптужбе оштећене за силовање лажне, јер нису биле изоловани случај у односу на окривљеног, већ су биле део уобичајеног манипулативног понашања оштећене, које се са сличним мотивом и начином, већ одиграло у односу на трећа лице. Врховни суд САД је

⁶⁶⁴ Види: *People v Arenda*, 416 Mich. 1; 330 N.W.2d 814 (1982); *People v Williams*, 416 Mich. 25; 330 N.W.2d 823 (1982).

⁶⁶⁵ Види: *Chambers v Mississippi*, 410 U.S. 284, 294; 93 S Ct 1038; 35 L Ed 2d 297 (1973); *Berger v California*, 393 U.S. 314, 315; 89 S Ct 540; 21 L Ed 2d 508 (1969).

⁶⁶⁶ Види: *People v Slovinski*, 166 Mich. App. 158, 167; 420 N.W.2d 145 (1988).

⁶⁶⁷ Danhof, C.J., судија који је извојио мишљење у овом случају навео је да се не слаже са мишљењем већине да су докази о наводној проституцији релевантни за питање пристанка. Rape shield одражава опште правило да „докази о претходном сексуалном животу, у облику доказа о угледу или посебног случаја понашања, имају малу или никакву релевантност на питање пристанка подносиоца жалбе са туженим (*People v Hackett*, 421 Mich. 338, 354; 365 N.W.2d 120 (1984)). Чињеница да је наводно финансијски изазван пристанак не чини доказе о наводној проституцији ништа релевантнијим од доказа о угледу у *Hackett*, који су кориштени за показивање пристанка на хомосексуалне активности, при томе се не треба бавити питањем права окривљеног на конфронтацију, јер се то његово право односи само на релевантне доказе.

закључио да је доказ ранијих лажних навода, доказ о централном питању у случају силовања, те да би његово искључење могло одбити доказе који су критични за одбрану, па је наложио нижестепеном суду да прихвати извођење доказа на ове околности.⁶⁶⁸

Чињенице из прошлог живота оштећене ће нарочито имати доказни значај када се ради о њеним ранијим полним односима са окривљеним. Ако замислимо да наводна оштећена (жртва) наводи да јој окривљени није никад био љубавник, већ само пријатељ, а да одбрана располаже информацијом да је неколико дана пре инкриминисаног догађаја са њим имала полне односе, забрањивање доказивање те чињенице, или постављање питања о њој приликом унакрсног испитивања, може лако проузроковати погрешну оцену веродостојности исказа оштећене, а потом и неоправдану судску одлуку.⁶⁶⁹ Међутим, у америчкој судској пракси и ове чињенице се не смеју доказивати уколико би штета коју њихово доказивање проузрокује оштећеној имало знатну превагу над њиховом доказном вредношћу.⁶⁷⁰

Чињенице о ранијем сексуалном понашању и сексуалним склоностима, такође могу бити значај за утврђивање правнорелевантних чињеница у кривичном поступку. У једном случају из америчке судске праксе који је деведесетих година прошлог века уживао велики медијски публицитет, у кривичном поступку који се водио против окривљеног Оливера Јовановића, због отмице, сексуалног злостављања и напада, оштећена *Jamie Rzucek* је сведочила о разним „изопаденим“ полним злостављањима које је преживела од окривљеног. Супротно томе, теза одбране је била да се том приликом радило о споразумном садомазохистичком односу, у прилог чега је одбрана предложила доказ њене електронске преписке и порука које је пре инкриминисаног догађаја слала окривљеном о потреби за трпљењем бола (о господару-робу који укључује наношење бола, говорећи о окривљеном као "непријатељу бола у трезору", а о себи као "упорно дно", односно мазохиста који тера доминантног партнера да нанесе више бола него што је намеравао и тд.). Позивом на законску забрану доказивања полних склоности, суд је одбио да се изведе тај доказ и осудио окривљеног на 15 година затвора, али је Апелациони суд утврдио да делови порука у којима пише о својим садомазохистичким интересима и искуствима нису требали бити искључени из испитивања. Врховни суд САД потврдио пресуду Апелационог суда.⁶⁷¹

Приликом доношења одлуке Врховног касационог суда у издвојеном мишљењу судије, указано је да је „Rare shield изричито је израђен у сврху заштите оних особа које су сексуално активне изван законом дозвољене везе. Он служи веома важном циљу политике уклањања одређених препрека пријављивању сексуалних злочина. Конкретно, закон је направљен да подстакне жртве сексуалних деликата да процесуирају своје нападачи без страха да би се њихове претходне сексуалне активности, без обзира на њихову природу,

⁶⁶⁸ *United States v. Stamper*, 766 F. Supp. 1396, 1400.

⁶⁶⁹ М. Дамашка, „Prigovori jednoj преширокој доказној забрани“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, Vol. 16, 2/2009, 849.

⁶⁷⁰ Правило 412. Савезних Правила о доказима наводи „if otherwise admissible under these rules“, што упућује на начело из правила 403 да се релевантан доказ може извојити ако штетне поседице његовог извођења имају знатну превагу над његовом доказном вредности - М. Дамашка (2009), 853.

⁶⁷¹ *People v. Jovanovic*, 263 A.D.2d 182, 700 N.Y.S.2d 156 (N.Y. App. Div. 1999). У *New York Times* се писало да су након одлуке Врховног суда САД, у поновљеном поступку све оптужбе против Јовановића коначно биле одбачене 1. новембра 2001. године, када је оштећена одбила да сведочи током поновљеног суђења 2001. године, док је Јовановићев адвокат, *Paul F. Callan*, тврдио је да је саставио списак сведока против *Rzucek* који укључује бивше дечке који би могли сведочити о њеној умешаности у садомазо везе-
<https://www.nytimes.com/2001/11/02/nyregion/charges-dismissed-in-columbia-sexual-torture-case.html>,
приступљено: 20.04.2020. године.

могле користити против њих на суђењу. Законодавац је настојао да спречи збуњивање суђења стварима везаним за претходно сексуално понашање жртве које немају одговарајући утицај на кривицу или невиност оптуженог, већ служе само за оспоравање карактера подносиоца жалбе и наношење штете порота. Ограничавање његове применљивости и заштите, како већина сматра, служило би само за враћање сата на дане када је главна одбрана било које такве оптужбе била клевета подносиоца жалбе..⁶⁷²

Допуштеност извођења доказа на околности из ранијег сексуалног живота оштећене, поставља се и када се докази изводе на околности сексуалних склоности окривљеног, што је разуме се, дозвољено. Дамашка, илуструје пример неоправданог неједнаког приступа допуштености два доказа - да је окривљени пре инкриминисане обљубе изјавио пред сведоцима да мора поштопото, задовољити своју пожуду и други да је оштећена склона сексу као „еротизирана нимфа“ те да се у време спорног сношаја пожалила да пати од незадовољене потребе за сексуалним ужитком. Као оправдање би могла доћи у обзир само емпирички непоткрепљена хипотеза да судови у правилу греше при одлучивању о постојању пристанка на полни однос подцењујући полну агресивност мушкараца и прецењујући наклоност жена полном ужитку.⁶⁷³

Ова доказна забрана, својствена адверзијаним поступцима, уведена је 2008. године у хрватско кривичнопроцесно законодавство, по узору на амерички институт *rape shield*, а познаје га и италијански закон о кривичном поступку.⁶⁷⁴ Међународни суд за бившу Југославију је садржао правило о забрани извођења доказа о претходном сексуалном понашању жртве, које је усвојено у циљу заштите жртве од шиканирања у кривичном поступку.⁶⁷⁵ У Закону о казненом поступку Хрватске, одредбом члана 422, прописана је забрана употребе доказа којима се утврђују чињенице које се односи на „раније сполно понашање жртве⁶⁷⁶ и њене сексуалне склоности“. Изузетно, допуштено је доказивати да сперма, други материјални трагови или повреде описане у медицинској документацији потичу од друге особе, а од оптуженог. Хрватско законодавство ову доказну забрану не искључује за друга кривична дела за разлику од америчког и италијског законодавства које забрањују изношење чињеница из полног живота само у поступцима за кривична дела против полне слободе.

У хрватског судској пракси, поставило се питање шта су чињенице које се односе на „раније сполно понашање жртве и њене сексуалне склоности“, у смислу члана 422 Закона о казненом поступку. Тако је у одлукама заузето становиште да су одређивање вештачења на околност склоности жртве у интимном животу и испитивања сведока на околности да ли оштећена имала пре окривљеног „више љубавника“ незаконити доказ, док је потврда о

⁶⁷² Mazzarelli, J.P. (concurring in part and dissenting in part), издвојено мишљење у случају *People v. Jovanovic*, 263 A.D.2d 182, 700 N.Y.S.2d 156 (N.Y. App. Div. 1999).

⁶⁷³ М. Дамашка (2009), 851.

⁶⁷⁴ Legge 15. Febbraio 1966, n. 66, *Norme contro la violenza sessuale, art. 15*, који прописи су пренети и у члан 472(3)(bis) Codice di Procedura Penale. Ова доказна забрана је уведена деведесетих година прошлог века и у прописе међународних кривичних судова, Правилном 96. Правилника о поступку и доказима Међународног кривичног суда за бившу Југославију, као и правилном 71. Правилника о поступку и доказима Међународног сталног кривичног суда.

⁶⁷⁵ М.Шкулић, *Међународни кривични суд*, Надлежност и поступак, Досије, Београд, 2005, 137.

⁶⁷⁶ Хрватска кривичноправа теорија, критикује појам „жртве“, наводећи, између осталог, да се овим појмом законодавац повео због страних узора, док, закључак о учињеном кривичном делу и постојању жртве суд доноси током кривичном поступка, па је пре његовог окончања преурањено говорити о “жртви”, јер се коси и с претпоставком невиности окривљеног - М. Дамашка (2009), 847.

гинеколошком прегледу оштећене законит доказ и не представља доказ на околности из ранијег полног живота.⁶⁷⁷

За разлику од бројних изузетака које предвиђа законодавство САД, хрватски законодавац је прописао само један изузетак, које решење се оправдано критикује у хрватској правној теорији, указујући на оправданост изузетака које прописује англоамеричко законодавство. Критикујући нормативне оквире хрватске доказне забране, Дамашка, подсећа да *„примјеном забране долази, првенствено до забацивања доказа који упућују на недужност, а не доказа који упућују на кривњу..па се намеће се закључак да заштита интимне сфере наводне жртве мора понекад уступити пред ризиком неоправданог дугогодишњег одузимања слободе недужном грађанину: исправна просудба супротстављених друштвених вриједности не смије подлегнути чарима помодне политичке коректности..“*⁶⁷⁸

4. Велика Британија

4.1. Настанак и развој „инклузијског“ права

У Енглеској и Велсу, питање прихватљивости незаконито прикупљених доказа, није достигло ниво дебате који постоји у Сједињеним Америчким Државама, а теоретичари тој теми нису посветили велику пажњу. Историјски гледано, енглески став о незаконито прибављеним доказима и њена „инклузивна“ пракса, били су антитеза америчком ставу.⁶⁷⁹ Према енглеском обичајном праву, правило је да су сви релевантни и поуздани докази прихватљиви, док се у случајевима у којима се поставља питање законитости доказа, судови ретко опредељују да искључе доказе. Као и у америчком праву, о прихватљивости и релеватности доказа одлучује судија пре изношења предмета пред пороту, а како би се спречио ризик од довођења у заблуду лаичке пороте.⁶⁸⁰ Докази се из доказног материјала не могу аутоматски издвојити, иако су прибављени повредама поступка, већ је суд овлашћен да по својој оцени издвоји оне доказе оптужбе, који су прибављени повредом општеприхваћених правних стандарда утврђивања одговорности или се одбрани не пружа могућност оспоравања доказа, па се њиховим издвајањем постиже равнотежа између окривљеног и органа власти, која је предуслов за правични (fair) поступак.⁶⁸¹ У енглеском праву се говори о искључивању из доказног материјала било ког „неправичног доказа“ (*exclusion of unfair evidence*), под којим се подразумева доказ који би „за правичност у поступању имао тако негативан ефекат да га не треба прихватити“.⁶⁸²

⁶⁷⁷ Види одлуке: VSRH, I Kž-800/13 од дана 4.02.2014. године, VSRH, I Kž-623/15 од дана 1.02.2016. године и VSRH, I Kžm-3/14 од дана 4.09.2014. године, преузете из: А.Гарачић, Д.Новосел, (2018а),23-24.

⁶⁷⁸ М. Дамашка (2009), 855.

⁶⁷⁹ D.Osborn (2000).

⁶⁸⁰ М.Симовић, А. Хрустић, „Законитост доказа у кривичном поступку у Енглеској“, Зборник радова 33. Сусрета Копаоничке школе природног права Слободан Перовић, Унификација права и правна сигурност, Копаоник, 2020, Том I, 579.

⁶⁸¹ Р. Murphy, 60, 64 и 72.

⁶⁸² D.Крас, *Engleski kazneni postupak*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1995, 87.

Критеријуме за допустивост доказа, *A.Zuckermann* дефинише тако да „докази морају да дају допринос расветљавању спорних чињеница, а да при томе не представљају губитак времена и не изазивају друге „невоље“ које би њихово извођење могло проузроковати“, у супротном, ако би тај губитак или „невоље“ премашиле спознајну вриједност неког доказа, судија га мора оценити недопустивим и забранити његово извођење пред поротом.⁶⁸³

Енглески аутори начелно сматрају да се неслагање са начином прикупљања доказа не може се користити као оправдање за искључење.⁶⁸⁴ Сходно томе, обичајно право је незаконито прибављене доказе третирао као прихватљиве, ако су релевантни и поуздани и ако њихово прихватање не би деловало против оптуженог на такав начин да би суђење учинило неправичним. За разлику од енглеског права, где је доказ *prima facie* прихватљив ако је релевантан, у шкотском праву је правило да су незаконито прибављени докази *prima facie* неприхватљиви, осим ако се незаконитост може на неки начин оправдати.⁶⁸⁵

Фокус на верификацији кредибилитета доказа као критеријум за питање незаконитости доказа, експлицитно је нагласио Lord Godard у *Kuruma v The Queen*⁶⁸⁶, наводећи да „Тест који треба применити у разматрању да ли су докази прихватљиви је да ли су они релевантни за предметна питања, ако јесу, прихватљиви су и не тиче се суда како се добијају“. Наводи се и да „судија има право да неприхвати доказе, ако би се строго придржавање правила о релевантности претворило у неправичан однос према окривљеном“, па уколико би се на пример, до докумената од оптуженог дошло триком, нема сумње да би судија то исправно могао да одбаци“. У познатом случају *R v. Leatham*,⁶⁸⁷ у којем је формулисано издвајање незаконитих доказа, наводи се чак, да „није важно како ћете добити доказ, па и ако га украдете чак он ће бити прихватљив“. ⁶⁸⁸ Каснији случајеви су потврдили овај став, с тим да су објаснили да првостепени судија и даље има дискреционо право да искључи доказе у кривичном предмету, ако би докази имали за последицу неправедно суђење оптуженом. У предмету *R v Payne*⁶⁸⁹, Апелациони суд је укинуо првостепену пресуду, јер су коришћени докази на незаконит начин прибављени. Наиме, окривљени који је био умешан у судар аутомобила, пристао је да да узорак крви како би се наводно утврдило да ли болестан, док је на суду дат исказ лекара на околности стања пијанства, због чега је окривљени и осуђен. Суд је изразио мишљење да су докази неприхватљиви, јер окривљени не би пристао на преглед да је знао да ће лекар бити испитан на те околност.⁶⁹⁰ Овакво становиште је било супротно правилу прихватљивости доказа и оспорено је у каснијим одлукама као прецедентно право.

У предмету *Jeffrey v. Black*⁶⁹¹, Лорд је изложио природу дискреционог права и околности у којима се могу докази искључити, наводећи да, „судије имају *onus*

⁶⁸³ Adrian Zuckermann, *The Principles of Criminal Evidence*, Clarendon Press, Oxford, 1989, 49, цитирано према: М.Симовић, Амна Хрустић (2020), 581.

⁶⁸⁴ C. Harfield, *Covert Investigation*, Oxford: Oxford University Press, 2012, 28.

⁶⁸⁵ *Lawrie v Muir*, JC 19 (1950).

⁶⁸⁶ *Kuruma v The Queen*, AC 197, 203, (1955).

⁶⁸⁷ *R v. Leatham*, 121 Eng. Rep. 589 (Q.B. 1861).

⁶⁸⁸ Kersi B. Shroff, Stephen F. Clarke, „Admissibility of illegally obtained evidence: A comparative analysis of the laws of England, Scotland, Ireland, Canada, Australia and New Zealand,“ *Law Library of Congress Washington, D.C.*, 1981, 8.

⁶⁸⁹ *R v Payne*, 1 All ER 848, (1963).

⁶⁹⁰ Kersi B. Shroff, Stephen F. Clarke (1981), 12.

⁶⁹¹ *Jeffrey v. Black*, Q.B. 490 Div'l Ct. 1977, (1978).

дискреционо право да не прихвате доказе које је изнело тужилаштво, ако мисле да би било неправедно или опресивно...то је дискреција коју сваки судија има све време у односу на све доказе које је изнело тужилаштво. Иако је изузетак, ако је случај такав да полиција није само ушла неовлашћено, већ се бавила преваром или стварањем заблуде, или су били опресивни или неправедни, или су се понашали на начин који је за моралну осуду, онда је правосуђе отворено да примени своје дискреционо право и не прихвати доказе..“.⁶⁹² У предмету *R v Warickshall* је констатовано да је признање недопустиво, јер није било вољно, али чињенице које су теретиле окривљеног, а које су произашле из тог признања, сматрале су се прихватљивим.⁶⁹³

У предмету *R v Sang* суд даје необично тумачење последице незаконито прибављених доказа. Између осталог се наводи „да чињеница да је доушник навео оптуженог да изврши наводни злочин, због чега се сматра да су докази против оптуженог били непрописно добијени од стране полиције, може бити фактор ублажавања казне изречене оптуженом и предмет грађанског или дисциплинског поступка против полиције, али не и основ по којем је судија је могао да искористи своје дискреционо право да искључи доказе“.⁶⁹⁴ У овој одлуци се напомиње да улога суда није да „дисциплинује полицију, већ обезбеди фер поступак“.

Краљевска комисија која је била формирана, 1981. године, издала је извештај у коме је предложила свеобухватну статутарну реформу закона о полицији. Након опсежне парламентарне дебате, Закон о полицији и доказима о кривичном делу је донет 1984. Он, између осталих, садржи осам главних делова, Овлашћења на „Стоп и претражи“; Овлашћења за улазак, претрес и заплону; Хапшење; Притвор; Испитивање и поступање полиције према лицима; Исправни докази у кривичном поступку; Доказ у кривичном поступку и Полицијске притужбе и дисциплина.⁶⁹⁵ Чланом 78 прописано је, између осталог, „да суд може у било ком тренутку одбити да изведе доказе, које је тужилаштво предложило, уколико се чини да би, имајући у виду све околности, укључујући и околности у којима су докази прибављени, прихватање доказа толико негативно утицало на правичност поступка да суд то не би требало да прихвати“. У одлуци *R v Chakley*, сугерише да се уведеним чланом 78 „само поново наводи став обичајног права“, док се негира да је исти заснован на новом идеолошком образложењу за искључење доказа.⁶⁹⁶ У овој одлуци се истиче да се докази неће прихватити уколико је незаконит начин прибављања утицао на квалитет доказа.⁶⁹⁷

Накнадне одлуке су, међутим, показале да суд у пракси тумачи ово правило у оквиру сопствених термина, не постављајући стриктне смернице за његово тумачење, због чега је пракса врло неуједначена. У одлукама, суд наводи да је „непожељно је давати било какве опште смернице о начину на који треба да се спроводи дискреционо право судије према члану 78 или његова инхерентна овлашћења - околности се бесконачно разликују“.⁶⁹⁸ У поједини одлукама се констатује и да је дискреционо право суда према овом правилу исто, а

⁶⁹² Kersi B. Shroff, Stephen F. Clarke (1981), 13.

⁶⁹³ *R v Warickshall*, 1 Leach 263, 168 ER 234 (1978).

⁶⁹⁴ *R v Sang*, AC 402 (1980).

⁶⁹⁵ Police and Criminal Evidence Act 1984, dostupno na: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents>

⁶⁹⁶ *R v Chalkley*, 2 Cr. App. R. 79 C. A (1998).

⁶⁹⁷ "Save in the case of admissions and confessions and generally as to evidence obtained from the accused after the commission of the offence there is no discretion to exclude evidence unless its quality was or might have been affected by the way in which it was obtained".

⁶⁹⁸ *R v Samuel*, Q.B. 615, (1988).

у некима да је шире од дискреционог права који се ослањао на обичајно право.⁶⁹⁹ Енглески правни систем, допушта кориштење доказа који проистичу из незаконитих доказа, па се у теорији истиче да су енглеске судије „спремне да једу воће, колико год дрво било отровно“.⁷⁰⁰ Незаконити докази могу бити издвојени уколико би то било у супротности са правичним поступком (*due process*), док незаконитост доказа који су произашли из незаконитих доказа, цене само уколико су произашли из присилних или незаконитих признања. Суд је искључивао доказе према правилу 78, код незаконитих признања применом неуставних или незаконитих метода и у оквиру заштите начела „правичног поступка (*fairness*)“,⁷⁰¹ док је по питању материјалних доказа углавном прихватао доказе, позивајући се на њихову поузданост.

У предмету *R v Nathaniel*,⁷⁰² оптужени је осуђен за силовање, на основу узорка крви који му је узет пар година раније када је био под истрагом за два силовања, али исти грешком полиције није био уништен, иако га је полиција обавестила да ће бити уништен ако буде ослобођен за кривична дела. Апелациони суд је искључио доказ и супротставио се уверењу да су материјални докази високе доказне вредности у случају озбиљних кривичних дела, уз напомињање и да су „судови невољни као и закон, да искључе научне доказе који јасно показују да је окривљено лице учинило тешко дело, као што је силовање“.

Изостанак упозорења окривљеном на његова права, иако се сматра кршењем закона од стране полиције, углавном не узрокује неправичност због које би суд искључио доказе. У неким одлукама се то образлагало изостанком *зле намере* код полицијских службеника⁷⁰³ односно поступању у *доброј вери*, које не утиче на неправичност.⁷⁰⁴

У енглеској пракси, обавезно су се искључивали докази прибављени тортуром или мучењем, а од посебног значаја је било разматрање дозвољености трикова и провокације од стране полиције. Судови су у ранијим одлукама износили осуду на поступања полиције која се служила триковима и замкама. Судија Lord Godard је изнео општу осуду заробљавања као методе полиције, наводећи у једном случају из 1947. године, да „суд са забринутости и неодобравањем посматра чињеницу да је полицијски орган у Дербију сматрао да је исправно да пошаље полицијске службенике у јавну кућу да почине прекршај, како би открили доказе против оптуженог“.⁷⁰⁵ У једном предмету, четрдесет година касније, окривљеном, који се бавио дознакама које прима Главна пошта из филијала, подметнуто је од полиције писмо са 100 фути, које нису наведено у његовом садржају. Окривљени је осуђен и доказ који је прибављен од стране „агента провокатора“ прихваћен. У одлуци апелационог суда⁷⁰⁶ се наводи да је овај случај далеко од агента провокатора, већ се ради о потврђеној сумњи на тесту на којем је пало поштење окривљеног, који је требао да буде „човек од поверења поште“. Овакав трик је сматран ефикасним средством против криминала, под паролом да „невин човек не би пао на тесту“.

⁶⁹⁹ *R v Christou and Wright*, 4 All ER 559, (1992) и *R v Cooke*, Crim. L. R. 497, (1995).

⁷⁰⁰ Nigel Cooper, *The Fruit of the Poisoned Tree – The Admissibility of Evidence in Civil Cases*, доступно на: <http://www.bgja.org.uk/wpcontent/uploads/2014/02/NigelCooper.pdf>. Види и: Hutton, Glenn & Johnston, *Evidence and Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2004, 189.

⁷⁰¹ D.Крапс (1995), 85.

⁷⁰² *R v Nathaniel*, 2 Cr. App. R. 565, (1995).

⁷⁰³ *R. v. Gill & Anor*, EWCA Crim 2256 (2003).

⁷⁰⁴ *R. v. Hoyte*, Crim.L.R. 215 (1994).

⁷⁰⁵ *Brannan v Peek*, 1 K. B. 68 [1947] All ER 572 (1948).

⁷⁰⁶ *R v Ramen*, 10 Cr. App. R. (s) 334, (1988).

У јурисдикцији енглеског кривичног права, примећује се да се незаконити, а нарочито поуздани материјални докази нерадо искључују, док је, основни критеријум „да ће њихово прихватање негативно утицати на *правичност* суђења“, без одговарајућих смерница у пракси, „несигуран“ концепт. Због тога и није изненађујуће што је Енглеска била тужена пред Европским судом за људска права због повреде члана 6. Конвенције, услед коришћења доказа прибављених на незаконит начин.⁷⁰⁷

У Ирској, судови су најпре искључивали доказе ради заштите права окривљених и његовог обештећења, јер је „позитивна дужност суда да поврати што је више могуће тако оштећену особу на положај у којем би био да му права нису захваћена.“⁷⁰⁸ Овакав приступ је доведен у везу и са уставном обавезом прописаном чланом 40 (3), да државе својим законима гарантују поштовање и заштиту права грађана.⁷⁰⁹ У предмету *The People v Kenny*, наводи се „да докази који се прибављају кршењем уставних и личних права грађана, морају бити, осим ако суд не утврди да је до кршења права дошло ненамерно односно случајно или постоје ванредне оправдавајуће околности.“ Ирски *prima facie* приступ је био близак америчком систему и такође је подразумевао изузетке неизбежног открића доказа и непостојања директне узрочне везе између уставне повреде и доказа који је прибављен.⁷¹⁰ Међутим у Ирској се доношењем одлуке *DPP v JC*⁷¹¹, уводи балансирање супротстављених интереса и поставља између осталог правило да ће се докази искључити ако постоји „намерно и свесно кршење“ Устава, уколико полиција зна да крши уставна права окривљеног, када несмотрена или је крајње немарна у погледу уставности њиховог деловања. Докази се супротно томе могу прихватити када службеници државе тврде да немају сазнања о кршењу (што одговара изузетку „у доброј вери“) и ако су докази могли на други начин да се открију, што доказује тужилац. Ново правило о искључењу доказа сада више примарно не штити права појединца, већ интерес одвраћања по правилу да доказу неће бити искључени ако су добијени ненамерним кршењем права.⁷¹²

У Шкотској је искључивање незаконитих доказа било засновано на обичајном праву, а произашло је из праксе која се односи на незаконита (присилна) признања. У значајном предмету *Lawrie v Muir (1950 JC 19)*, суд је сматрао да је правно питање утврдити да ли незаконито прибављени треба да буду прихваћени имајући у виду потребу за равнотежом очувања грађанских слобода уз обезбеђивање правде.⁷¹³

⁷⁰⁷ *Khan v. the United Kingdom*, ECtHR, App. no. 35394/97, 12 May 2000. и *Chalkley v United Kingdom*, ECtHR, App. No. 63831/00, 12 June 2003.

⁷⁰⁸ Види: *The State v Governor of Mountjoy Prison*, ILRM 465 at 484., (1985).

⁷⁰⁹ *The People v Kenny*, 2 IR 110, [1990], цитирано према: Kent Roach, *Reclaiming Prima Facie Exclusionary Rules in Canada, Ireland, New Zealand, and the United States: The Importance of Compensation, Proportionality, and Non-Repetition*, 2020, CanLIIDocs 2557, <https://canlii.ca/t/sxm4>, 9.

⁷¹⁰ Kent Roach (2020), 10.

⁷¹¹ *DPP v JC*, IESC 31 [JC], (2015).

⁷¹² Више о томе: Yvonne Marie Daly, „Overruling the protectionist exclusionary rule: DPP v JC“, *The international journal of evidence & proof*, Volume 19, issue 4, 2015, 270-280

⁷¹³ William van Caenegem (2007), 3-4.

4.2. Привилегија против самооптуживања

Развој права на ћутање у Енглеској трајао је вековима, а тицао се борбе између ривалских система кривичног поступка - акузаторског обичајног права судова и инквизиторских црквених судова, први су се ослањали на презентоване доказе, а други на исказе оптужених по сваку цену.⁷¹⁴

Право на ћутање и правно заступање осумњичених имало је посебан статус у систему енглеског кривичног правосуђа, описан као једна од „светих крава“ британског правосуђа и „једно од најважнијих и основних права грађанина“.⁷¹⁵ Британска влада је 1988. године наредбом одговорила на серију терористичких напада ограничавањем права на ћутање осумњичених ухапшених у Северној Ирској, с тим да се ограничења нису односила само на осумњичене за тероризам, већ и на осумњичене за сва кривична дела у Северној Ирској.⁷¹⁶

За разлику од америчког права, у Енглеској, закон из 1994. године (*Criminal Justice and Public Order Act*) допушта суду и пороти да изведе штетне последице „ћутања“ окривљеног током полицијског испитивања, као и на главном претресу.⁷¹⁷ Према одредбама СЈРОА, дозвољава се судијама и пороти да као доказ кривице окривљеног тумаче његово неодговарање на питања и одбијања окривљеног да сведочи у случају да окривљени раније није споменуо чињеницу на којој заснива одбрану, а под датим околностима је могло да се да помене ту чињеницу; ако оптужени не сведочи, судије и тужиоци могу позвати пороту да да они донесу закључак који им се чини исправним, укључујући „општи смисао“ о томе да нема објашњења окривљеног за изведене доказе против оптуженог и да је оптужени крив; судије и поротници могу извући закључак и томе што окривљени не одговори на полицијска питања о било којим сумњивим предметима, супстанцама или ознакама, које се су пронађене на особама или одећи или месту где су ухапшени; судије и поротници могу донети закључке о томе што окривљени није објаснио полицији зашто је био присутан на месту или у време извршења кривичног дела за које се терети.⁷¹⁸

Увођење законског ограничења права окривљеног на ћутање, сматра се компромисом због унапређења права окривљених Законом о полицији и доказима за кривично дело (PSSE), посебно права на бесплатан и независан савет у полицији (што се сматра суштинским обележјем права на правично суђење).⁷¹⁹ Наиме, у Енглеској и Велсу, закон предвиђа систем „дежурних адвоката“, који су присутни у затвору и могу да се посаветују са ухапшенима у било ком тренутку, што на пример, није дозвољено у америчком праву. Ипак, у теорији се истиче да је сврха доношења закона да се ограничавањем права на

⁷¹⁴ Види: Damaška (2001), 59-61.

⁷¹⁵ Hannah Quirk, „Twenty years on, the right of silence and legal advice: the spiralling costs of an unfair exchange“, *Northern Ireland Legal Quarterly* 64(4), 2013., 465. Види и: *R v Samuel*, 87 Cr App R 232, 245, (1988).

⁷¹⁶ The Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1988.

⁷¹⁷ Пре доношења овог закона, право на ћутање предвиђало је да се не могу изнети штетни закључци у ситуацији када окривљени заснива своју одбрану на чињеницама које није раније споменуо, као и у ситуацији да не сведочи. Судија је морао јасно да стави до знања пороти да чињеница да окривљени неће да сведочи није доказ његове кривице-Halsbury's laws of England 937-38 (1990). Након доношења закона, лице за које постоје основи сумње да је извршило кривично дело мора бити упозорено да „не мора ништа да каже, али да то може нашкодити његовој одбрани ако не спомене, када га испитују, а касније се на то ослања на суду“.

⁷¹⁸ Чланови 34-39 Criminal Justice and Public Order Act, 1994, (СЈРОА), доступно на <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents>.

⁷¹⁹ Hannah Quirk (2013), 466.

ћутање контролише криминал, приморавању окривљених да признају, а уједно се тиме и повећа број осуђујућих пресуда.⁷²⁰ Супротно томе, наводи се студија Краљевске комисије, која је показала је да су осумњичени ћутали у 4,5 одсто случајева, у којима су обављени разговори, док се у другој студији исте комисије, истиче и да је 41% оних који су ћутали ослобођено у поређењу са 49% оних који су одговарали на полицијска питања.⁷²¹ Очигледно је да неуспех полиције у добијању признања окривљеног није довело до ослобађања у значајном броју, па је питање како се повећавањем признања и осуде утиче на смањење криминала. С друге стране, истиче се да присиљавање или навођење осумњичених на разговор, има практичне последице у подстицању лажних признања, када се не понуде уверљива објашњења од стране окривљених, док се помера фокус са сведока и других доказа, на „инквизиторски“ фокус на испитивање осумњичених ради добијања доказа о њиховој кривици.⁷²² Такође, сматра се да је закон створио очекивања да ће оптужени сарађивати са полицијом у поступцима који се воде против њих, олакшавајући тужилаштву да сноси терет доказивања.⁷²³

СЈРОА није дао никакве смернице о томе шта би требао да буде закључак када се окривљени брани ћутањем, док је касније судска пракса потврдила да је тај закључак негативан тј. на штету окривљеног. Како се у пракси поставило питање контрадикторности ограниченог права на ћутања и права окривљеног на савете адвоката (јер која је суштина адвоката ако окривљени не може да послуша савет да се брани ћутањем), то је суд у својим одлукама јасно ставио до знања да порота треба одвојено да испитује разлоге зашто је адвокат саветовао окривљеног на ћутање и разлоге мотивације окривљеног за прихватање тог савета. У једној одлуци се наводи „суд је објаснио да ће претпоставити да ће адвокати дати одговарајуће савете и то мора укључити ризике ћутања и скривања чињеница од полиције, док је на окривљеном да сам доноси одлуку да ли ће одговорити на питања или ће то одбити и преузети ризик који иде уз то“.⁷²⁴

Европски суд за људска права је у случају осуђујуће пресуде која се заснивала на материјалним доказима који су прибављени претњом полиције да ће окривљени кривично одговарати ако не сарађује и не преда документа, укорио британске судове и нагласио да су право на ћутање и привилегија против самооптуживања, који су језгро начела правичног поступка, признати међународни стандарди којима се окривљени штити од присиле државних органа“.⁷²⁵ У теорији се констатује и да остваривање права на ћутање пружа много мању заштиту од упозорења Миранде у САД.⁷²⁶

⁷²⁰ Gregory W. O'Reilly, „England Limits the Right to Silence and Moves towards an Inquisitorial System of Justice“, 85 *J. Crim. L. & Criminology* 402 (1994-1995), 404.

⁷²¹ Roger Leng, „The Royal commission on criminal justice“, *Research study no. 10*, 1993, цитирано према Gregory W. O'Reilly (1994-1995), 404.

⁷²² Gregory W. O'Reilly (1994-1995), 405.

⁷²³ Hannah Quirk (2013), 468.

⁷²⁴ *R v Betts; R v Hall*, 2 Cr App R 257, 271 (2001), 473., Hannah Quirk (2013), 473-474.

⁷²⁵ *Saunders v. UK*, ECtHR, App. no. 19187/91, 17 December 1996.

⁷²⁶ S. C. Thaman, (2001), 597.

4.3. Забрана Hearsay

У поступку утврђивања чињеница, обе процесне стране имају право да износе чињенице по условом да обе могу и проверити веродостојност ових чињеница, што подразумева hearsay правило, према којој особа сведочи о властитим опажањима, а не „усменом предајом“.⁷²⁷ Правило забране Hearsay-a је, традиционално, истакнута карактеристика закона о доказа какав се развио у свету енглеског говорног подручја.⁷²⁸ У време настанка правила Hearsay у Енглеској, постојећи кривични поступак је имао три доминантне карактеристике: орган који је утврђивао чињенице (порота са лаицима) није давао разлоге својих одлука, због чега није било делотворних лекова којим би се могло уверити да ли се та одлука заснивала непосредним доказима, суђења су била кратка и нису се могла одложити, па ако је доказ „из друге руке“ и прихваћен, није било могућности да се исти провери и, на крају, поступак је био контрадикторан и доказна иницијатива је била у потпуности препуштена странкама.⁷²⁹

Важан елемент правичног (fair) суђења, подразумева и право на унакрсно испитивање сведока и неприхватање деривативних доказа односно hearsay доказа. Идеја сукоба „лицем у лице“ била је једна од најосновнијих гаранција права на правично суђење из обичајног енглеског права. Као и код доказа који су незаконито прикупљени, суд полази од основног критеријума –поузданости доказа, који се у случају hearsay оцењује неприхватљивим. Изузеци од правила Hearsay су били предвиђени члановима 23 – 26 Закона о казненој правди од 1988. године (Criminal Justice Act). Писана изјава сведока је, на пример, била прихватљива уколико је постојао оправдани разлог да сведок не сведочи (смрт или због свог телесног или психичког стања је неспособан да присуствује као сведок), као и када је сведок дао изјаву ван Велике Британије или не може да се пронађе или осећа страх. Суд приликом прихватања доказа, цени да ли је то у интересу правде, а дужан је да узме у обзир природу и извор документа и његову аутентичност, важност доказа коју изјава пружа, могућност његовог оспоравања, као и да ли постоји ризик да ће њено прихватање или искључење довести до неправедности према оптуженом или, ако их има више, неком од њих.⁷³⁰

Закон о казненој правди (Criminal Justice Act)⁷³¹ од 2003. године, ступио на снагу 2005. године, садржи проширена правила о изузецима правила Hearsay. Закон прописује оцену судије да ли је случај против окривљеног “у потпуности или делимично заснован на доказу по чувењу“. У кривичном поступку, изјава која није дата усмено у кривичном поступку је прихватљива као доказ за чињенице које су изнете, ако се њом остварује било који од прописаних изузетака. У теорији се истиче да се, овим изменама, које се односе на сужавање правила Hearsay-a и стварање нове тзв “инклузивне дискреције“, која омогућава суду да призна уверљивост доказа из друге руке, елиминише ризик од стварање неправде изазване искључењем доказа који су убедљиви и поуздани.⁷³² Доношењем СЈА, којим су се одбацила ригидна правила и успоставила судска дискреција, омогућено је да се релевантни и поуздани докази прихвате када је то у интересу правде, на основу прописаних критеријама.

⁷²⁷ Д.Крапац (1995), 66-65.

⁷²⁸ JR Spencer, *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2008, 1.

⁷²⁹ M Damaska, (2001), 43-53.

⁷³⁰ Доступно на <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/33/contents>, приступљено 18. јануара 2021.

⁷³¹ Доступно на <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents>, приступљено 18. јануара 2021.

⁷³² JR Spencer, (2008), 35.

Истиче се да закон представља компромис између заговорника чине судске дискреције и заговорника извесних и предвидљивих категоричких изузетака.⁷³³ Закон одваја доступне и недоступне сведоке (умрли, физички или психички неспособни, недоступни суду, као и они који имају страх од сведочења), а претходну изјаву недоступног сведока суд прихвата уколико је, између осталог, сведок идентификован тако да може да се утврди његов кредибилитет.⁷³⁴ Изјава застрашених сведока се третира као изјава недоступног сведока и прихвата се ако је то у интересу правде.

У предмету *Barnaby v. DPP*, девојка је позвала 999, описујући напад од њеног дечка, међутим када је полиција узела изјаву од ње она није желела да је потпише из страха од учиниоца, наводећи да је раније тукао. Њена изјава је коришћена у поступку у складу са CJS, а другостепени суд је потврђујући осуђујућу пресуду стао на становиште да „иако суд има важну одговорност да осигура правично суђење оптуженом, потребно је донети пажљиве одлуке у ситуацијама ове врсте, када постоји реалан ризик да жртва породичног злостављања претрпи додатну штету након њене сарадње са тужилаштвом“.⁷³⁵ Сличан став је заузет у одлуци *R v Horncastle*, у ситуацији када је жртва након што је дала писану изјаву у полицији идентификујући своје нападаче, преминула, а осуђујућа пресуда је донета скоро у потпуности на доказу из „друге руке“.⁷³⁶

Европски суд за људска права је у два случаја у којима су окривљени осуђени на основу писмених изјава из друге руке, у разматрању ових и сличних случајева према члану 6(3)(д) ЕКЉП, изнео став „да не постоји апсолутно право на конфронтацију, већ су допуштени докази из друге руке, ако је окривљени није лишен правичног суђења, наглашавајући да је “...врло важно да имате на уму приликом разматрања њених доказа да је нисте видели како сведочи; нисте је чули како сведочи; нисте чули како се њена изјава испитује, иако би јој (одбрана) несумњиво поставила низ питања.....Имајте на уму да вам је овај доказ прочитан....”⁷³⁷

У теорији је истиче да су правила СЈА постигла свој циљ прихватања доказа „из друге руке“ у кривичном поступку, те да су чак стопе осуђујућих пресуда у Великом Британији од доношења овог закона порасле са 75 на 83%, док се и даље сматра да поједностављење оцене прихватљивости ових доказа није постигнуто, јер се комбинују традиционални изузеци са судијским дискреционим правом.⁷³⁸

5. Аустралија и Нови Зеланд

У Аустралији је прихваћен релативни систем издвајања незаконитих доказа, произашао из обичајног права и Устава. Дискреционо право суда да искључи доказе заснива

⁷³³ Mark S. Brodin, „The British Experience with Hearsay Reform: A Cautionary Tale“, 84 *Fordham L. Rev.* 1417, 2016, 1422.

⁷³⁴ Criminal Justice Act 2003, § 116.

⁷³⁵ *Barnaby v. DPP* EWHC (Admin) 232, (2015), цитирано према: Mark S. Brodin (2016), 1423.

⁷³⁶ *R v Horncastle* UKSC 14, (2009).

⁷³⁷ *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, ECtHR, App. 26766/05, 22228/06, 15 December 2011, para.16

⁷³⁸ Mark S. Brodin (2016), 1426-1427.

се на балансирању циљева правичности, произашло из енглеског закона и јавне политике правосудног система. Ово дискреционо право је установљено у пресуди *Bunning v Cross*,⁷³⁹ у којој је Виши суд Аустралије закључио да судије „имају дискреционо право да изузму незаконите доказе, након што размотре конкуретне захтеве јавне политике и одмере их један против другог“. Са једне стране, потреба јавности је да се учиниоци кривичних дела осуде, а са друге стране, јавни интерес је да се појединац заштити од незаконитог поступања. У овој одлуци се наводе фактори који су релеватни за дискреционо право суда, попут тежине кривичног дела, поузданост доказа и природе кривичног дела, намере полицијског службеника, могућност прибављања доказа на законит начин и утицај на веродостојност доказа. У предмету *R v Ireland*,⁷⁴⁰ суд је раније потврдио овај став, истичући да „осуде добијене уз помоћ незаконитих или непоштених радњи могу се добити и за високу цену,..због тога постоји судска дискреција“. Изузимање доказа се најпре односило на незаконите претресе и остале противправне радње полиције. У пресуди *Cleland v The Queen*,⁷⁴¹ је проширено изузимање доказа и на самооптужујуће доказе, с тим да је суд закључио да „добровољно и поштено добијено признање које је дато током незаконитог притвора треба искључити само у најизузетнијим околностима“.

У Новом Јужном Велсу и територијама на нивоу Комонвелта (тј. федералног) примењује се јединствени закон о доказима, који кодификује обичајно право у вези са доказима, прописујући дискреционо право суда да искључе доказе који су незаконито или непрописно прибављени позивањем на непотпуну листу фактора које треба узети у обзир при доношењу одлуке.⁷⁴²

Аустралијски модел се сматра флексибилним и подржава принцип да друштво на неки начин мора да се искупи за незаконито понашање полицајца игноришући кривицу оптуженог, чиме се суштински ослобађају и оптужени и полицајац од последица њихових незаконитих радњи. Осим тога, дискреционо право јавне политике се тиче „одвраћања, односно спречавања власти да прихвати незаконите доказе и упуштања у недолично и незаконито поступање у будућности“, док је суштина одвојеног развоја ове дискреције у судској пракси и његово укључивање у Закон о јединственим доказима „брига за одржавање угледа суда и његових поступака, како се не би дозволило да се он укаља привидним одобравањем незаконитог понашања“.⁷⁴³

Нови Зеланд је напустио апсолутни систем издвајања доказа,⁷⁴⁴ након доношења одлуке у случају *R. v. Shaheed*⁷⁴⁵ када је увео балансирање интереса као одлучујући систем искључења доказа. У овој одлуци суд је изразио своју забринутост да апсолутни систем издвајања доказа „не даје изглед адекватног обраћања интересу заједнице да они који су криви за тешка кривична дела не треба да прођу некажњено.“ Суд је објаснио да судије одлучују да ли је искључење „сразмерно“ кршењу, наводећи да ће „искључивање често бити једини одговарајући одговор тамо где је дошло до озбиљног кршења права оптуженог, учињено намерно или безобзирно или где је поступање полиције у вези са тим кршењем било грубо немарно.“ Од других фактора који утичу на изузимање доказа, у овој одлуци, се

⁷³⁹ *Bunning v Cross*, HCA 22, 141 CLR 54 (HCA), (1978).

⁷⁴⁰ *R v Ireland*, 126 CLR 321, (1970).

⁷⁴¹ *Cleland v The Queen*, HCA 67, (1982).

⁷⁴² William van Caenegem (2007), 3.

⁷⁴³ William van Caenegem (2007), 7.

⁷⁴⁴ Види: *R v Butcher*, 2 NZLR 257 at 266 (CA), (1992).

⁷⁴⁵ *R. v. Shaheed*, 2 NZLR 377, (2002).

спомињу и поузданост доказа и њихов значај за кривични поступак и способност полиције да прибави доказе без кршења права. Постојање узрочно – последичне везе између кршења права окривљеног и прикупљања доказа је фактор, на основу ког је у случају *Shaheed*, као доказ опстала идентификација са фотографије (јер није у узрочној проследично вези са незаконито прикупљеним ДНК).⁷⁴⁶ *Shaheed* тест је касније кодификован на Новом Зеланду, када су законом прописани фактори који утичу на судску дискрецију у доношењу одлуке о искључењу доказа.⁷⁴⁷ Ту су између осталог наведени следећи фактори, важност сваког права које је прекршено, природа незаконитости, да ли је то било намерно, непромишљено или учињено у лошој намери, природа и квалитет незаконито прибављених доказа, озбиљност кривичног дела за које се оптужени терети, доступност законитих других истражних техника, постојање алтернативних правних лекова за искључење доказа, да ли је било хитности и да ли је незаконитост била неопходна да би се избегла претпостављена опасност за полицију или друге.

Иако је одлука *Shaheed* имала огроман значај за успостављање система издвајања доказа у Новом Зеланду и постављања теста пропорционалност, сматра се да судови нису развили судску праксу која системски користи пропорционално резонување са јасним и предвидљивим тестовима за то.⁷⁴⁸

6. Доказне забране у европскоконтиненталним системима

6.1. Немачко право

У немачком кривичном поступку примењује се истражно начело, а истина је основни принцип доказном поступку, али предвиђа своја ограничења у циљу остваривања других јавних интереса. У одлукама ВГН се истиче да „начело закона о кривичном поступку није да се истина мора истражити по сваку цену“,⁷⁴⁹ па је следствено томе и немачка доктрина, у којој постоје бројни опречни ставови око сврхе, класификације и тумачења доказних забрана (*Beweisverbote*), сагласна око једног, да су доказне забране норме о ограничењу дужности полиције и јавног тужилаштва (§ 163 и 160 StPO), суда (§ 244 ст. 2. StPO), утврђивању чињеница у поступку и представљају „неуролошку тачку кривичног поступка усклађеног са начелом правне државе“⁷⁵⁰ односно „излив моралне вредности“ према којој је боље кривца ослободити него недужног осудити“.⁷⁵¹

У немачком кривичном праву, као што смо навели раније, прави се разлика између забране прикупљања доказа (*Beweiserhebungsverbote*) и забране коришћења доказа

⁷⁴⁶ Kent Roach, „Reclaiming Prima Facie Exclusionary Rules in Canada, Ireland, New Zealand, and the United States: The Importance of Compensation, Proportionality, and Non-Repetition“, 43-3 *Manitoba Law Journal* 1, 2020, 23-26.

⁷⁴⁷ The Evidence Act 2006 (NZ), 2006/69, s 30.

⁷⁴⁸ Kent Roach (2020), 25-26.

⁷⁴⁹ „Es ist kein Grundsatz der StPO, dass die Wahrheit um jeden“ – BGHSt, W. Ger., 14 Entscheidungen des BGHSt 358, 14. June 1960.

⁷⁵⁰ Roxin/Schünemann (2014) , 5. poglavlje.

⁷⁵¹ Kühne, H. H., Strafprozessrecht, 7. Aufl., 2007., rdn 880, uz poziv na Trajanov reskript iz D. 48., 19, 5, цитирано према D.Krapac (2010), 1208.

(*Beweisverwertungsverbote*). Забрана прикупљања доказа не води нужно до забране употребе доказа (односно до тога да се одређени резултати доказа не могу узети у обзир у пресуди), већ она мора – осим ако није правно стандардизована – бити одређена у сваком појединачном случају „вагањем“ односно одмеравања сукобљених интереса у сваком појединачном случају.

Немачка прихвата релативни систем издвајања незаконитих доказа, с тим да суд неће прихватити само оне доказе који су прибављеним грубим пропустима или кршењем најосетљивих уставних права окривљених.⁷⁵² Немачка судска пракса је усвојила правило о „вагању интереса“ (*Abwägungslehre*) при оцени законитости доказа, док се забрана употребе доказа успоставља пре свега ради заштите индивидуалних права појединаца. Доказне забране (*Beweisverwertungsverbote*) у кривичном поступку су успостављене су законским одредбама и уставним доктринама. Прва забрана оцене доказа законски је прописана 1950.године, као реакција на ауторитарну праксу Трећег Рајха, а односила се на забрану употребе доказа прибављеног различитим облицима физичког и психичког злостављања окривљеног.⁷⁵³ Сада, Законик о кривичном поступку у члану 252 прописује да се докази користе само ако су прибављени коришћењем дозвољених истражних метода,⁷⁵⁴ а поред тога садржи и посебна правила којима се успостављају забране попут примене одређених метода мучења и присиљавања, хипнозе,⁷⁵⁵ забране против самооптуживања, привилегије сведока и тд.⁷⁵⁶

Осим *ex lege* доказних забрана, немачко право познаје и доказне забране које је развила јурисдикција и литература. Две важне уставне доктрине су постављене у немачкој судској пракси - *Rechtsstaatsprinzip* и *Verhältnismässigkeit*, прва према којој се не могу користити докази који су прибављени преварама и бруталним методима, по принципу „очувања чистоте судског процеса“ и друга која установљава се принцип пропорционалности, између интереса приватности окривљеног и значаја доказа и тежине кривичног дела за које се терети.⁷⁵⁷ Теорија правних кругова (*Rechtskreislehre*) коју је успоставила 1964. године, одлука Савезног врховног суда *BGHSt 19, 325*, предвиђено је постојање три круга права (интимни, приватни и пословни). Највећа заштита је омогућена у сфери интимног живота и достојанства (*Intimsphäre*), чије кршење проузрокује апсолутну забрану извођења и оцене доказа, а потом се штите права на приватност (*Privatsphäre*), за која се, у случају незаконитих доказа, утврђује сразмерност вагањем основног циља

⁷⁵² S.Cramer, M.Bürgle, *Die Strafprozessualen Beweisverwertungsverbote*, Stuttgart: Boorberg, 2004, 299.

⁷⁵³ I. Martinović, D. Kos (2016), 317.

⁷⁵⁴ § 252 Законика о кривичном поступку Немачке, *Strafprozeßordnung* – StPO, vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 11. Juli 2019 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist; S. Pürner, *Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike Njemačke*, (prevod dela: *Strafprozessordnung -StPO*, prevodilac: Авдић Е.), University press-Magistrat izdanja, Sarajevo,2011.

⁷⁵⁵ §136a StPO између осталог прописује: „Слобода оптуженог да доноси одлуке и испољава своју вољу неће бити нарушена злостављањем, изазваним умором, физичким ометањем, употребом дрога, мучењем, обманом или хипнозом. Принуда се може применити само у мери у којој је то дозвољено законом о кривичном поступку. Забрањено је претити окривљеном мерама које нису дозвољене законом о кривичном поступку или привођењем у корист која није предвиђена законом. Мере које нарушавају памћење или способност оптуженог да разуме и прихвати дату ситуацију нису дозвољене.“ Устав Немачке у члану 104 став 1 тачка 1, прописано да „Ухапшена лицу не смеју се ни психички ни телесно злостављати“.

⁷⁵⁶ Види: § 69 Abs. 3, 136a Abs. 3 S. 2, 81c Abs. 3 S. 5, 100c Abs. 5 S. 3, § 100c Abs. 6 S. 2, 108 Abs. 3, 477 Abs. 2 StPO.

⁷⁵⁷ Craig M.Bradley, "The Exclusionary Rule in Germany", *Articles by Maurer Faculty*, 1983, <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/956>, 1034.

кривичног гоњења и заштите права грађана.⁷⁵⁸ Према овој теорији, у случају кршења доказне забране, могућност употребе доказа зависиће од тога да ли повреда у битној мери погађа правни круг окривљеног или је пак од мањег значења.⁷⁵⁹

Кључни приговор теорији правних кругова у немачкој литератури је непримереност поделе прописа који се односе на заштиту окривљеног и на оне који то нису, јер је у интересу окривљеног и правичан кривични поступак уопште. С тога, су немачки судови стварајући своју праксу одлучивања о забрани употребе доказа, примењивали и друге теорије, попут теорије правичности као и теорије заштитне функције, чији је фокус да ли повређено правило служило заштити положаја окривљеног у кривичном поступку и заштити сврхе пружања доказа. Док је старија пракса, права окривљеног сматрала корективом начелу материјалне истине, новија јурисдикција права окривљеног уздиже на исти ранг с начелом материјалне истине, тако да при вагању захтев за потпуно утврђеним чињеничним стањем више нема предност над правима окривљеног.⁷⁶⁰ У једној одлуци,⁷⁶¹ суд није прихватио као доказ приватне снимке против окривљеног, наводећи да су ови докази у супротности са принципима људског достојанства, права против самооптуживања и права на ћутање.

Осим одмеравања два супротстављена интереса и то државног интереса у кривичном гоњењу лица и заштите права грађана, релевантан фактор је и тежина кривичног дела и повреде поступка. Тако, као што је Roxin, приметио у пракси је била дозвољена употреба незаконито прибављеног снимка разговора за кривично дело подметање пожара и угрожавање сигурности, док је другачије било одлучено када је истоврсан незаконит доказ употребљен за лакша кривична дела.⁷⁶² У одлуци Савезног уставног суда⁷⁶³ се наводи да „не постоји правна норма која би садржала забрану оцене свих доказа прибављених на правно дефицитан начин. Процена питања какве последице има евентуална повреда процесних правила кривичног поступка и да ли то укључује забрану коришћења доказа је првенствено у надлежности судова. У том контексту, кривични судови у устаљеној, арбитрарној судској пракси претпостављају да је кривичнопроцесном праву стран општеважеће принцип да свака повреда одредаба о прикупљању доказа повлачи за собом кривичнопроцесну забрану искоришћавања, те да се то питање увек треба решавати према околностима појединачног случаја, узимајући у обзир супротстављене интересе, а посебно врсту забране и тежину повреде.“. У одлуци се констатује и да није дошло до кршења права на правично суђење коришћењем спорних доказа, с обзиром да је „право на правично суђење повређено само ако свеукупни поглед на процесно право – укључујући његово тумачење и примену од стране судова – покаже да нису донети закључци који су обавезни у складу са владавином права.“.

Немачки судови у својој пракси не издвајају незаконите доказе, већ забрана употребе доказа у процесном смислу значи да суд приликом доношења пресуде не може узети у обзир доказе на које забрана утиче, а уколико то учини, другостепени суд ће укинути пресуду и вратити првостепеном суду на поновно одлучивање. С обзиром на то да је оцена законитости доказа готово искључиво у надлежности судова, то су се у богатој јурисдикцији немачких

⁷⁵⁸Ž. Karas, D.Štrk, „Izdvajanje nezakonitih materijalnih dokaza u poredbenom kaznenom postupovnom pravu“, *Zagrebačka pravna revija*, Vol. 2 No. 2, 2013, 193-194.

⁷⁵⁹ BGHSt 11, 213.

⁷⁶⁰ Види одлуке: BVerfGE 80, 367, 375 и BVerfG, 1 BvR 1611/96, цитирано према: I.Martinović, D.Kos (2016), 318.

⁷⁶¹ BGHSt, W. Ger., 14 Entscheidungen des BGHSt 358, 14.06.1960.године.

⁷⁶² S.Roxin (1998), 192.

⁷⁶³ 2 BvR 2225/08, BVerfG, од 02.07.2009. године, под I и II.

судова мењали ставови који се односе на употребљивост доказа којима се крше право окривљеног или нека друга права, док је запажен рестриктиван приступ. Донедавно је на пример, суд могао да користи као доказ исказ окривљеног, који није био упозорен на право ћутања, ако се могло претпоставити да је упознат са тим правом и без упозорења, као што се користио и исказ сведока који није био упозорен да може ускратити исказ, са образложењем да та норма не служи заштити окривљеног.⁷⁶⁴ Суд је прихватио доказе који су проистекли из тајног надзора телекомуниција, на основу неблагоприятне наредбе суда, позивајући се на превагу штете од два кривична дела и чињеницу да је окривљени био познат као најбољи немачки провалник сефова.⁷⁶⁵ У случају незаконитог узимања узорка крви ради утврђивања алкохолисаности, од стране неовлашћеног лица, суд је прихватио ове доказе, и поред констатоване повреде поступка, са образложењем да преовладава тежња друштва за разјашњењем кривичног дела у односу на тежњу за заштитом телесне неповредивости грађана.⁷⁶⁶

У пракси *BGH*, установљено је и правило противречности, које обавезује окривљеног да се, за неке грешке у прикупљању доказа, мора изричито противити до краја доказног поступка, иначе се докази могу користити као основа за пресуду и касније се не могу оспоравити у жалбеном поступку. Дакле, у немачком праву се могу користити незаконити докази ако се окривљени са тим сагласи у поступку.⁷⁶⁷

Према *K.Rogallu*, који је извршио систематизацију незаконитих доказа, незаконит начин прикупљања или извођења доказа доводи до неупотребљивости доказа уколико је доказ прикупљен нарушавањем неког основног права или слободе грађана, радњом за коју не постоји никакав законски основ или постоји основ, али предузете радње ограничења основним права или слободе грађана прераста у њено укидање или у случају када држава према учиниоцу кривичног дела, као свом будућем противнику на суду, од почетка поступа на неморалан начин или жели да изигра неко његово лично право или право одбране, чиме се заправо нарушава начело „правичног поступка“.⁷⁶⁸ Супротно томе, *Rogall*, наводи примере када незаконит начин прикупљања или извођења доказа не мора доводи до неупотребљивости доказа наводећи ситуације: када процесна санкција неупотребљивости у поступку онемогућава одбрану окривљеног, уколико се ради о проценој повреди која штити право окривљеног којег се окривљени може одрећи, уколико је повређена процесна норма само у односу на једног окривљеног иако има више окривљених и када су докази прибављени ван кривичног поступка од стране приватних лица.⁷⁶⁹

Кад је реч о “плодовима отровног дрвета”, немачки Савезни суд начелно не прихвата ову теорију, позивајући се пре свега на основну сврху њемачког поступка а то је испитивање материјалне истине, а посебно ценећи и да ће се, по закону Немачке, против овлашћених службених лица засебно водити поступак због незаконитог поступања, који поступак не

⁷⁶⁴ V. Pfeiffer, *Gerd Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, München, C. H. Beck, 2003, 258, цитирано према I.Martinović, D.Kos (2016),323.

⁷⁶⁵ BGHSt 44, 243; BGH 3 StR 181/98, од 11.11.1998. године.

⁷⁶⁶ BGHSt 24, 125; 3 StR 189/70 од 17. 03.1971.године, види: Ž. Karas, M. Jukić (2009),616-617.

⁷⁶⁷ То се односи на забрану злостављања и мучења, с обзиром да је чланом §136а StPO изричито прописано да забране се примењују чак и ако је оптужени пристао на предложену меру, а да изјаве добијене кршењем ове забране неће се користити као доказ, чак и ако је оптужени пристао на њихову употребу.”

⁷⁶⁸ F. Höpfel, B.Huber, *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen*, Max-Planck Institut für Strafrecht, Freiburg, 1999, 144 i dalje, citirano prema D.Krapac (2020),453.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, 454-455.

омета утврђивање истине.⁷⁷⁰ Савезни суд је у својим одлукама потврдио да се забрана употребе незаконитих доказа односи само на „директну употребу незаконито прибављених доказа у кривичном поступку ради утврђивања питања кривице“, док је питање „у којој мери чињенице које подлежу забрани употребе доказа могу бити коришћене да оправдају прикупљање других доказа решено тако да...процедуралне грешке које резултирају забраном употребе доказа немају аутоматски ефекат на остале радње у кривичном поступку“.⁷⁷¹ Међутим, у немачкој јурисдикцији, примећује се да су судови показали ригорознији став према искључењу доказа који су резултат незаконитог прислушкивања (доктрина воћа отровног дрвета). Пример овог судског става је пресуда у којој је савезни жалбени суд размотрио случај незаконитог прислушкивања А, који је био осумњичен за учешће у кривичном делу завера, док су снимци разговора открили доказе о злочину који није био обухваћен овим делом, али је А био ухапшен и по пуштању снимака признао то дело и поновио признање на суђењу.⁷⁷² У пракси немачких судова, заштита личност је проширена и на лична документа попут дневника, па се он није могао корисити у кривичном поступку као доказ.⁷⁷³

У предмету Европског суда за људска права, *Gäfgen v. Germany*,⁷⁷⁴ суд је потврдио став немачког суда и одбио да примени теорију „плодова отровног дрвета“, релативизовајући свој дотадашњи чврст став у погледу неопходности изузимања доказа било да је директно или индиректно прибављен применом мучења, нечовечног или понижавајућег поступања.

6.1.1. Случај *Daschner*

Након поменутог случаја *Gäfgen v. Germany*, у теорији се расправљало питање о томе да ли у изузетним случајевима може бити допуштено мучење или нечовечно поступање, ако би за циљ имало спашавање живота невиних. Какве последице овај изузетан разлог има на одговорност представника репресивне власти, али и на незаконитост прикупљених доказа? Илустрација ових дилема се најбоље уочавају кроз анализу овог случаја, али и касније вођеног кривичног поступка пред немачким судом, против два полицијска службеника, заменика шефа франкфуртске полиције, *Wolfgang Daschner* и полицијског службеника *Ortwina Ennigkeita*, који су у поступку против *Gäfgen*, нечовечно поступали и претили му мерама мучења, како би од њега „извукли“ информацију о томе где се отети дечак налази.⁷⁷⁵ Обојица су осуђени, *Daschner* због кривичног дела навођење подређеног на извршење кривичног дела, а *Ennigkeita* због кривичног дела принуде. *Daschner*-у је на основу немачког закона изречена судска опомена, због нарочито олакшавајућих околности.⁷⁷⁶

⁷⁷⁰ В. Obradović, I. Župan (2011), 122.

⁷⁷¹ 2 BvR 2101/09, BVerfG, од 09.11.2010. године, под III.

⁷⁷² BGH, 27 BGHSt 355 од 22.02.1978. године, С. Bradley, (1983), 1055-1056.

⁷⁷³ BGHSt, W. Ger., 19 Entscheidungen des BGHSt 325, 21.03.1964.

⁷⁷⁴ *Gäfgen v. Germany* App. No. 22978/05, judgment of 01.06.2010., para 174, 175, 180, 184.

⁷⁷⁵ Детаљније о овој теми види: Roxin (2005), 461-471, на коју анализу се ослања и: I. Bojanić, Z. Đurđević, 984-991.

⁷⁷⁶ Kai Ambos, "May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?", *Journal of International Criminal Justice* 6, Oxford University Press, 261-287, 2008, 263-264.

Дакле, као што смо навели радило се о случају отмице детета и затраженог откупа, за које дело је ухапшен Magnus Gaefgen. Након једног испитивања, полицијски службеник је поступајући по наредби надређеног окривљеном запретио мучењем како би он открио где се детете налази. Подређени, заменик шефа франкфуртске полиције Daschner је о томе сачинио и службену белешку у којој је наредио *Ennigkeita* да изврши притисак на Гефгена. Исход другог испитивања је био да је окривљени признао да је дечака убио и открио је место где се налазио леш.

Анализа случаја два полицајца који су одговарали пред немачким судом довела је до неколико дилема. Основна дилема у правној литератури се водила око тога да ли је могућ компромис између заштите људског достојанства, који је императив понашања свих а нарочито репресивне власти и изузетном прибегавању тортури када је то начин да се спасе живот неког лица. Прво, поступање заменика шефа франкфуртске полиције и полицијског службеника, осим што остварује бића кривичних дела за које се терете, представља и кршење немачког устава који прокламује забрану мучења („психичког и телесног злостављања“), као и повреду зајемченог права на достојанство. Одбрана *Daschner* се заснивала на тези да забрана мучења важи само за кривично гоњење, а не и за отклањање опасности, што представља дужност полиције у ситуацији када се изнуђује одговор на конкретно питање где је дете сакривено. Међутим, сматра се да забрана мучења не може да важи само за кривично гоњење, с обзиром да је уставна и међународна категорија нити се може одвојити у датој ситуацији, јер признањем, окривљени не само да је указао где је детете већ је истовремено изнуђено оптужио себе. Друго, покушаји да се ови потези полиције подведу под нужну одбрану и крајњу нужду у смислу одредаба немачког кривичног закона, су неодрживи.⁷⁷⁷ Пре свега, заштита од забране мучења нема изузетака (ни када је „угрожен опстанак нације“), она подразумева осим телесног повређивања и повређивање достојанства окривљеног, које је безусловно, па се не може сматрати сразмерним средством за отклањање опасности нити нужну одбрану. С друге стране, нема услова се оправда одбрана односно отклањање опасности у ситуацији када поступа полицијски службеник, јер он није „обични грађанин“, када обавља своју дужност. У том смислу и *Roxin* наводи да се „право не може штитити кршењем права и уставних и међународних стандарда, па самим тим ни злостављање не може да буде "нужно" у оквирима нужне одбране“.⁷⁷⁸

Осим тога, ни заштита достојанства жртве не може да оправда кршење достојанства учиниоца, јер држава не треба да се служи истим мерама као и учиниоци колико год има обавезу да штити грађане. Неповредивост људског достојанства је апсолутно заштићено право и његово кршење се не може оправдати ни постизањем највиших интереса државе нити заштитом других загарантованих права, па макар се радило о праву на живот. У супротном, ако би држава одустала од апсолутне заштите овог права и правила уступке зарад остварења других интереса, без обзира на њихов значај, отворио би се простор злоупотребама, а неприкосновеност достојанства би остала без заштите. *Roxin* је сматрао неодрживом и позивање на вансудску крајњу нужду, која се односи на ситуације када бомбаш не жели да открије где је постављена бомба, чиме су угрожени животи грађана. Он је сматрао да претња мучењем није била последње средство у датој ситуацији када се није

⁷⁷⁷ Супротно томе, немачки теоретичар *Volker Erb* наводи да и поред императива да „принуда окривљеног представља повреду елементарног достојанства човека и да се не може правдати ни заштитом достојанства другог“, ипак се „противправност деловања државних службеника може искључити применом института нужне одбране“- види: *Volker Erb*, "Stellungnahme zum "Fall Daschner", Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozeßrecht, Universität Mainz, 2004, доступно на: <http://www.jura.uni-mainz.de/erb/Dateien/Daschner-Stellungnahme.pdf>, (online), приступљено: 15.3.2021.

⁷⁷⁸ *Roxin* (2005), 462.

могло ни очекивати да је дете живо према свим околностима, јер би у том случају учинилац добровољним откривањем места где је детете, побољшао свој положај. Упркос томе, неспорно је да су бројне олакшавајуће околности постојале у поступању полиције, јер је она испред себе имала два интереса која штити – живот и достојанство, а из своје перспективе могла је да сачува само једну.

6.2. Француско право

У француском кривично процесном праву, прокламује се слобода оцене доказа,⁷⁷⁹ уз истицање да суд прихвата доказе који су непосредно изведени у контрадикторном поступку. принцип слободе доказа предвиђа да се сваки доказ може прихватити. Опште правило је да се у току поступка могу се извести сви докази, ако је оптужени дата прилика да их расправља и оспори.

Суд прихвата доказе који су непосредно изведени у контрадикторном поступку, те по принципу слободне доказа сваки доказ се може прихватити, што значи да се у току поступка могу се извести сви докази, уз услов да је оптуженом дата прилика да их расправља и оспори. Најважнији принципи доказног права су терет доказивања, претпоставка невиности и контрадикторност у извођењу доказа, као и постојање дубоко укорењеног мишљења судије (*intime conviction*). У члану 353 Code de procédure pénale, прописује се да „закон не позива поротнике да одговарају за средства из којих су се сами уверили, не прописује им правила по којима они морају посебно да зависе од обима и прихватљивости доказа...закон им поставља само ово једно питање које садржи пуну меру њихових дужности: „Имате ли дубоко уверење?“⁷⁸⁰ Оцена сваког доказа, уз одређене изузетке, зависи дакле, од дубоког уверења истражног судије, расправног судије и судије поротника.

Међутим, иако нема стриктне одредбе у СРП, докази су прихватљиви само ако су прибављени законито, што је уједно и дејство начела законитости доказа и гаранције из Декларације о правима човека и грађанина од 1989. године,⁷⁸¹ па у том смислу, судија може да изгради своје дубоко укорењено уверење само на доказима прибављеним и изведеним у складу са законом.⁷⁸² Стриктно је забрањено коришћење доказа прибављеним мучењем или тортуром јер то кршење члана 3. ЕКЛП. Касациони суд се у својим одлукама позива на стандарде и одлуке Европског суда за људска права, заузимајући став да ово није у супротности са чланом 6 Европске конвенције о људским правима (у вези са правом на правично суђење), пошто је прихватљивост доказа регулисана правилима унутрашњег права

⁷⁷⁹ Види члан 427 Законик о кривичном поступку Француске, Code de procédure pénale (CPP), 1958, Modifié par LOI 2019-222 du 23 mars 2019 - art. 44 (V).

⁷⁸⁰ Види члан 353 ССР.

⁷⁸¹ Члан 7 Декларације о правима човека и грађанина из 1989. године, усвојене 28. августа 1789. године.

⁷⁸² G. Arthur Martin, „The Exclusionary Rule Under Foreign Law“, 52 *J. Crim. L. Criminology & Police Sci.* 271, 1961, 275.

сваке државе Међутим, Суд увек мора да обезбеди да оспорено доказно средство није једино за доношење осуђујуће пресуде.⁷⁸³

Истражни судија према члану 81 СРП, наређује истрагу у којој се прикупањају докази ради откривање истине, с тим да се истрага мора водити на начин којим се не крше права окривљеног. У судској пракси се, при томе, прихвата докази који су резултат тајних мисија полиције, све док агенти не провоцирају злочин.⁷⁸⁴

У француском праву прикупљање доказа у супротности са правила које закон прописује има за последицу ништавост доказног материјала. Прави се при том разлика између текстуалних ништавости (*les nullités textuelles*) које су изричито предвиђене законом, и битних ништавости (*les nullités substantielles*), насталих у судској пракси.⁷⁸⁵ Суд ће поништити доказ ако се ради о суштинским повредама права, узимајући у обзир околности које се односе на интерес странака, као и постављених циљева кривичног поступка, а све како би се постигла најбоља равнотежа (*le meilleur équilibre possible*).⁷⁸⁶ Приликом одлучивања о ништавости доказа, суд узима у обзир и да ли је до кршења права дошло, због јавног интереса, као и да ли се другим доказима утврђују чињенице до којих се дошло незаконитим прибављањем доказа. Тако је Врховни суд укинуо пресуду истражног већа Апелационог суда у Паризу, са образложењем „да није доказано да је мешање у изворе новинара током истраге било од највећег интереса јавности нити да је било других мера које би биле довољне да утврде наводне повреде професионалне тајне и идентификују ауторе“.⁷⁸⁷

Кривично веће Касационог суда прихвата доказе аудио-снимком који је сачинио појединац без знања лица које се снима или затекне у процесу снимања. У складу са чл. 141 ст. 2 ЦПП (СРП), докази који су кривични органи прикупили на незаконит начин или кршећи правила ваљаности не могу се користити, осим ако је њихова употреба неопходна за расветљавање тешких кривичних дела. С тога је потребно одмерити интересе између јавног интереса за откривање истине и приватног интереса окривљеног да незаконито прикупљени докази остану неупотребљиви. Што је озбиљније кривично дело које ће се расветлити, већи ће бити јавни интерес да се утврди истина. У категорију тешких кривичних дела спадају само кривична дела за која је запређена казна затвора преко три године (чл. 10 ал. 2 ЦПП(СРП), и још неколико кривичних дела која се односе на опојну дрогу.

Уз поштовање начела контрадикторности, Кривично веће Касационог суда у више својих одлука заступало је став да се докази могу прихватити, чак и ако су прибављени на незаконит начин, што се посебно односи на аудио и видео снимке који су прибављени без знања супротне стране. Поштовање контрадикторности је неопходан пандан флексибилности и важан фактор за прихватљивост доказа у кривичном праву. Докази које су стране приложиле су прихватљиви ако се подносе акузаторној расправи. То конкретно значи да се

⁷⁸³ *Arret Schenk c/ Suisse* 12 јули 1988, n° 10862/ 84, Ово решење је преузето у четири наредне пресуде: *Khan c/ Royaume Uni*, 12 mai 2000 ; J.D.I. 2001, p. 205 ; *PG et JH c/ R.U.*, 25 sept. 2001, JDI 2002, p. 301 ; *Jasper c/ R.U.*, 16 fév. 2000, id. ; *Fitt c/ R.U.*, 16 fév. 2000.

⁷⁸⁴ Cour de cassation, Chambre criminelle, du 30 octobre 2006, pourvoi n° 06-86175, pourvoi n° 06-86176.

⁷⁸⁵ Више о томе: Г.П.Илић (2006), електронска база Intemex. Види и : Jean Pradel, „France: Procedural Nullities and Exclusion“. In: Thaman S. (eds) *Exclusionary Rules in Comparative Law, Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol 20. Springer, Dordrecht, 2013, 145-160.

⁷⁸⁶ Guinchard, Serge i Buisson, Jacques, *Procédure Pénale*, Litec, Paris, 2002., 992.

⁷⁸⁷ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 25 février 2014, pourvoi n° 13-84.761.

„тајни“ снимак може користити као доказ на суђењу „ако је прослеђен супротној страни и ако га она може оспоравати, као и сваки други доказ“.⁷⁸⁸

Уз поштовање поменутог начела, кривични судови могу прихватити било које доказе појединца сходно члану 427. ЦПП(СРР), чак и ако су прибављени на неправичан начин.⁷⁸⁹ Према тумачењу ове одредбе, жртве кривичних дела, с тога могу да пруже доказе који су прикупљени чак и недозвољеним методама, као што су тајни аудио снимци сачињени од „приватног лица“ и без знања лица које се снима. То правило не важи за службу полиције или жандармерије, које за разлику од самих жртава, нису овлашћене да на овај начин прикупљају доказе.

Употреба снимка приватног телефонског разговора чији је аутор жртва је дозвољена када је то оправдано потребом доказивања чињеница и потребама његове „одбране“.⁷⁹⁰ Слично, Касациони суд је 7. марта 2012. године се није сложио са закључком суда да су такви докази прибављени на неправичан или недозвољен начин и да повлаче за собом ништавост, будући да је о изведеним доказима могло да се расправља супарнички, односно страначки.⁷⁹¹ Захваљујући добро утврђеној судској пракси Кривичног одељења, Касациони суд⁷⁹² поставља принцип да ниједна законска одредба не дозвољава кривичном судији да занемари доказна средства странака на основу тога што би незаконито или неправедно добијен. Судско прихватање тајних аудио снимака произилази из принципа слободе доказивања кривичних дела, утврђеног у Законику о кривичном поступку.

У пресуди од 31. јануара 2012. године, кривично одељење Касационог суда потврдило прихватљивост тајних снимака телефонских разговора госпође Battencourt са њеним саговорницима, укључујући и са адвокатима, које је снимио њен батлер. Суд наводи да је „оваквим одлучивањем истражно веће образложило своју одлуку, будући да сачињавање спорних снимака, само по себи, није предвиђено као доказна радња у смислу члана 170. Законика о кривичном поступку, али може бити доказно средство о коме се може контрадикторно расправљати, док се „транскрипција“ ових снимака, која имају једину сврху материјализације њиховог садржаја, може прихватити као доказ (не може даље бити предмет поништења). Врховни суд је стога прихватио као доказ чак и транскрипт приватних разговора између адвоката и његовог клијента, налазећи и да одредбе члана 66-5 Закона из 1971. године, које се односе на пословну тајну, нису применљиве у овом случају. Суд подсећа „да појединац може искористити доказе који су вероватно незаконити, посебно оне које би нарушили нечији приватни живот само уколико се о њима може расправљати на контрадикторан начин током поступка“. Ови снимци које је направио појединац, а не јавни орган без знања те особе представљају доказне предмете.⁷⁹³

⁷⁸⁸ Cour de cassation, Chambre criminelle, Crim, 13-6-2001, pourvoi n° 00-85580, као и 31-1-2007, pourvoi n° 06-88.051.

⁷⁸⁹ Члан 427 гласи: „Осим у случајевима када је законом другачије одређено, кривична дела се могу утврдити било којим начином доказивања, а судија одлучује по свом дубоком уверењу. Судија своју одлуку може засновати само на доказима који су му достављени током поступка и о којима се пред њим контрадикторно расправља“.

⁷⁹⁰ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 31 janvier 2007 pourvoi n° 06-82383.

⁷⁹¹ Cour de Cassation, Chambre criminelle, Crim du. 7 mars 2012, pourvoi n° 11-88.118.

⁷⁹² Cour de Cassation, Chambre criminelle, Crim. du 6 Avril 1993 ; Crim. 6 Avril 1994 ; Crim. 11 Juin 2002.

⁷⁹³ Cour de Cassation, Chambre criminelle, Crim du 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-85464.

Међутим, када орган прикупља доказно средство на недозвољен начин (на пример, прислушкивање телефона без поштовања процедуре), биће теже да се прихвати извођење таквог доказа од стране органа, а не појединца. Осим тога, треба имати у виду и да појединац прикупљањем доказа на овај начин ризикује подношење кривичне пријаве због нарушавања приватности или противправног снимања, које је у неким случајевима предвиђено као кривично дело из члан 226-1 и 226-2 Кривичног законика.

Касациони суд заступа становиште и да постављање видео надзора на јавном месту не подразумева радњу принуде, нити напад на интегритет лица које се снима и да службеници полиције, поступајући у складу са чланом 14. СРП имају право на постављање и коришћење уређаја за видео надзор, уз претходно одобрење јавног тужиоца и под његовом контролом, а без сагласности дотичних лица, како би се идентификовали извршиоци или саучесници кривичних дела. Ово тим пре што јавни тужилац има овлашћење из чл. 39-3 и 41. СРП да, под својом ефективном контролом постави видео надзор на јавном путу, ради прикупљања доказа о повредама кривичног закона. Пошто је мешање у приватни живот које произилази из такве мере по својој природи ограничено и сразмерно циљу коме се тежи, то није у супротности са чланом 8. Европске конвенције о људским правима човека. Суд је у конкретном случају имао у виду и да је постављању камера „претходила прелиминарна истрага, која је отворена након информација да је у стану у Ватрелосу вероватно била смештена плантажа канабиса од приближно хиљаду биљака које ће бити убране у кратком року, док је истрага потврдила да се у овој кући заиста узгајала марихуана и да је у њој откривено око пет килограма биљног канабиса, осушеног и видно напуштеног“.⁷⁹⁴

Када је су питању аудио снимци сачињени без сазнања лица које се снима, вредно је пажње поменути и случај „Краљ Марока“. Наиме, у овом предмету радило се о утврђивању да ли је било директног или индиректног учешћа носиоца јавних овлашћења у прибављању доказа од стране појединца, који се састоји у томе да снима осумњичене за наводне радње уцене и изнуде средстава, који су контактирали представника краља Марока и захтевали давање велике суме новца како се не би објавиле компромитујуће информације за мароканског суверена. Адвокат који заступа краља Марока тајно је снимао разговоре, с тим што су снимци ових разговора достављени полицији која их је „транскрибовала“ и уврстила у списе предмета. Истражно веће је сматрало да је „став истражитеља био пасиван, да стога није било било каквог неправедног понашања од стране истражитеља и одбио је захтев за ништавост снимака“. Међутим, кривично веће Касационог суда је укинуло пресуду истражног већа, наводећи да се „посредним учешћем истражних органа у незаконитом прибављању доказа од стране трећих лица крше одредбе чланова 6, 8 и 10 Европске конвенције о људским правима, прелиминарне одредбе чланови 41, 81, 100-5, 171, 174, 591, 593, 706-73, 706-96 и 802 ЦПП(СРП), које се тичу недостатка и противречност мотива, недостатка правне основе и кршења принципа правичности доказа и права одбране“. Веће касационог суда је истакло „да је легитимно да жртва која је поднела пријаву за радње уцене и изнуде средстава обавести истражитеље о напретку корака које предузимају осумњичени и о разговорима током његових састанака са њима, да су истражитељи могли да предузимају законом прописане радње и да на пример испитају ауторе снимка, али да не могу експлоатисати приватну странку у прибављању доказа, јер се тиме заобилазе правила поступка“.⁷⁹⁵

⁷⁹⁴ Cour de Cassation, Chambre criminelle 08.decembre 2020, pourvoi n° 20-83.885, Крим., 15.04.2015, n°14-87620.

⁷⁹⁵ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle 10 novembre 2017. pourvoi n° 17-82028 и с тим у вези одлука истог суда: 20 septembre 2016 pourvoi n° 16-80820,

У једној одлуци Врховног суда Француске,⁷⁹⁶ суд је анализирао да ли је првостепени суд требало да поништи доказе који су прикупљени током истраге. У првом делу одлуке се разматрало питање прихватљивости доказа, који су настали надзором разговора у притворској јединици између окривљеног и његове породице. Суд је стао на становиште да се „наведени разговори који укључују окривљеног и чланове његове породице према одредбама ЦПП (СРР), одржавају у присуству затворског особља, које мора бити у стању да чује и разуме разговор који се мора водити на француском језику“, због чега „приворена лица морају бити свесна одсуства поверљивости изговорених речи“. Осим тога, снимање разговора одржаним у просторијама за посете, по налогу судије, „спада у овлашћење контроле предвиђене законом и не прелази овлашћења која судија има из члана 81. СРР“. Из ових разлога, закључено је да се не крше права одбране предвиђена чланом 114. Законика о кривичном поступку и не се крше одредбе члана 6. Европске конвенције о људским правима нити члана 8. Европске конвенције. С тога је суд прихватио као доказе прислушкване приватне разговоре у притворској јединици, чак и разговоре адвоката и његовог клијента. У другом делу исте одлуке, суд је нашао да треба поништити доказ прикупљен од стране истражног судије, када је приликом испитивања сведока коришћена метода хипнозе коју је обављао вештак хипнолог. Суд је разматрао аргументе првостепеног суда да „хипноза није забрањен процес и представља експерименталну технику, којој се прибегавава у циљу активирања памћења сведока“, те да „не може бити штетна за сведока, ако се обавља уз његову сагласност, а да истовремено не штети ни правима окривљеног“. Врховни суд је закључио „да се испитивањем сведока под хипнозом избегавају правила поступка и угрожавају права одбране, чак и ако се то практикује уз сагласност заинтересоване стране“.⁷⁹⁷

Судска пракса Касационог суда је принципима најбоље равнотеже успоставила правила неприхватања доказа у случају незаконитог претреса стана, као и кршења правила против самооптуживања. Незаконит претрес стана, неће се поништити уколико суд није узео у обзир овај доказ приликом доношења одлуке.⁷⁹⁸ Према одредбама кривичног процесног права, претрес ће бити законит и уколико постоји сагласност држаоца стана, при чему је био свестан незаконитости претреса.⁷⁹⁹ Што се тиче доказа „из друге руке“, записник полиције о испитивању сведока (*procès – verbaux*), који се уноси у „досије“ представља доказ, а пред судом ће се испитати сведок, с тим да суд има овлашћење да прочита суду такав записник о изјави одсутног сведока.⁸⁰⁰

Суд „теорију плодова отровног дрвета“ начелно примењује, али се не зна тачан обим примене и она зависи од случаја до случаја. Тако незаконито претресање обично доводи до искључења директних „плодова“, с тим да се касније изјаве сведока или признања понекад искључене, док незаконито претресање лица повлачи са собом искључење материјалних доказа.⁸⁰¹

⁷⁹⁶ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 12 décembre 2000, pourvoi n° 00-83.852.

⁷⁹⁷ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 12 décembre 2000, pourvoi n° 00-83.852.

⁷⁹⁸ G. Arthur Martin (1961), 275-276.

⁷⁹⁹ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 28 novembre 2017, pourvoi n° 17-82.296.

⁸⁰⁰ J. R. Spencer (2002), 619.

⁸⁰¹ C. Bradley, „Criminal procedure a worldwide study“, second edition, *Carolina Academic Press*, Durham, North Carolina, 2007., 213.

Пресуда се не може заснивати на исказу окривљеног који није упозорен на своје право да може да се брани ћутање и право на адвоката.⁸⁰² Тако је у својој пресуди Касациони суд одбио је жалбу Државног тужиоца Апелационог суда у Douai-и, на пресуду истражног већа наведеног Апелационог суда од 23. августа 2018. године, којом је суд утврдио ништавост наредбе о продужењу притвора према ЛК и наложио његово пуштање на слободу, уз стављање под судски надзор, потврдивши пресуду истражног већа по јединственом касационом основу, преузетом из повреде члана 6. став 3. Европске конвенције о људским правима. У конкретном случају, на рочишту за одређивање, односно продужење притвора, повређено је право на правично суђење окривљеног, због тога што је рочиште одржано без присуства његовог адвоката-браниоца,⁸⁰³ иако свако лице које се саслушава о кривичном делу за које се терети, има право, ако је затражило помоћ адвоката, да се претходно и поверљиво састане са њим.⁸⁰⁴ Због повреде члана 6 став 1 Конвенције, која се састоји у томе да окривљени није обавештено о свом праву, током расправе, да даје изјаве, да одговара на постављена му питања или да ћути, Касациони суд је укино и поништио у свим одредбама, пресуду истражног већа Апелационог суда у Кајену.⁸⁰⁵

Суд прихвата доказе који прикупљени са друштвених мрежа (Instagram, Facebook, Twitter), иако се законом овакав начин прикупљања доказа не предвиђа. Врховни суд је дозвољавао да се у поступку читају кометари са друштвених мрежа и слике које су објављене, којима се доказују релевантне чињенице у поступку.⁸⁰⁶ Такође пресуда се не може заснивати на изјави анонимног сведока нити исказу прикривеног иследника.⁸⁰⁷

6.3. Италијанско право

Законик о кривичном поступку Републике Италије (*Codice di Procedura Penale*)⁸⁰⁸ који се примењује од 1989. године, значајан је јер уводи акузаторски модел кривичног поступак и уместо судске истраге уводи тужилачку истрагу, док се уводе бројни адверзијални елементи попут страначког модела прикупљања и извођења доказа, унакрсног испитивања сведока, забрана испитивања сведока „по чувењу“ и других. Законик је усвојио бројна англо-америчка процесна правила „да није чудо што се проширило мишљење да је Италија напустила континентално процесно наслеђе и зачала својеврсну варијанту акузаторног казненог поступка.“⁸⁰⁹ Увођењем ових елемената у постојећи традиционални европско-континентални

⁸⁰² Cour de cassation, Chambre criminelle, 7 Mars 2012, pourvoi n° 11-88.118.

⁸⁰³ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle 12.Decembre n°18-85.154

⁸⁰⁴ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 24.Mars 2021; pourvoi n° 43 1786 и 02 Mars 2021; n°20.85491

⁸⁰⁵ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 14.Mai 2019. pourvoi n°E 19-81.408, као и 01.Janvier 2021; pourvoi n°20.86037.

⁸⁰⁶ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 23 mai 2018, pourvoi n°17-82.896 , 27 juin 2018, p. n°17-84.889.

⁸⁰⁷ Чланови 706-62 ССР и 656-1 ССР.

⁸⁰⁸ Законик о кривичном поступку Италије, Codice di Procedura Penale, Testo coordinato ed aggiornato del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447, Aggiornato alla Legge 26 aprile 2019.

⁸⁰⁹ М. Дамашка, „Sudbina angloameričkih procesnih ideja u Italiji“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 13(1), Zagreb, 2006, 4.

систем, који је карактеристичан по свом циљу утврђивања материјалне истине, задао је огромне проблеме у примени, на које је указао Уставни суд Италије, проглашавајући одређене одредбе закона неуставним.⁸¹⁰

Три важне одлуке Уставног суда Италије,⁸¹¹ односиле су се на прихватање доказа у кривичном поступку.⁸¹² Једна се односила на ригидну одредбу италијанског кривичног процесног права којом је предвиђено *забрана hearsay*, уз само три изузетка (ако је сведок преминуо или је болестан или је недоступан), па је суд заузео становиште да је неоснована забрана да се полицијски службеници испитају на околности о којима им је сведок говорио. Реформа строге забране *hearsay*, уз одступања која су ужа од оних који поставља америчко право и јурисдикција Европског суда за људска права (која ограничења познаје само за доказе тужилаштва), окарактерисане су као “папским од папе”.⁸¹³ Сада је забрана *Hearsay* предвиђена у одредби члана 195 СРР, са изузетцима који довољавају да се посредна сазнања користе у кривичном поступку. Друга се односила на забрану упознавања са записником о саслушању саизвршиоца из претходног поступка, ако је на главном претресу одбио да изнесе одбрану, док се трећа односила на забрану коришћења ранијег исказа сведока који је противречан његовом исказу на главном претресу. У овим одлукама, Уставни суд је указивао на контрадикторност ових решења начелу утврђивање материјалне истине у поступку и захтева да суд тачно и потпуно расветли кривичну ствар у поступку.

Исход доношења ових одлука је био супротан од очекиваног, уследиле су промене Устава Италије, изгласавањем амадмана који садржи забрану да се окривљеном суди на основу вансудских исказа сведока, осим у случајевима кад је проуоставним актом онемогућено сведоку да исказује пред судом или постоји објективна немогућност да даје исказ или када окривљени пристане на употребу оваквог исказа, док су преостале забрана поново прописане Законом о кривичном поступку.⁸¹⁴

Италијански СРР у члану 191, прописује да се докази прибављени повредом законом утврђених забрана не могу се користити у кривичном поступку. Странке могу да истичу незаконитост доказа током читавог поступка. Упркос овог на изглед „широкој“ гаранцији да се у поступку неће користити докази који су прибављени незаконито, у теорији се истиче да је ова одредба у пракси врло ограничена. Разлози за то виде се пре свега у чињеници да постоји низ посебних закона који дозвољавају полицији да врши „претресе и заплене“ без судског налога, док је одлукама највише судске инстанце, *Corte di Cassazione*, сужена примена ове одредбе, становиштем да се процесна санкција забрање коришћења доказа примењује само за изричито прописане забране.⁸¹⁵ Осим утемељене забране да се не могу користити искази лица, који су добијени мучењем или другим повредама људског достојанства⁸¹⁶ и повреде уставом загарантованих права, преостале незаконитости у прикупљању доказа, а нарочито када је у питању претресање стана или других просторија

⁸¹⁰ А.Бошковић (2015),99 и М. Дамашка (2006),9-11.

⁸¹¹ *Vidi presude Ustavnog suda Italije, Corte costituzionale: 24/1992. Gazz. Uff. 1 serie speciale, 5 feb. 1992, n.6, Foro It. 1992, 1052, 254/1992. Gazz. Uff. 1 serie speciale, 4. jun.1992, n. 24, Giur. It. 1993, I, 533255/1992. Gazz. Uff. 1 serie speciale, 4 jun. 1992, n. 24, Foro It. 1992, I, 2012.*

⁸¹² *Ibid.*, 99-102 и М. Дамашка (2006),9-11.

⁸¹³ М. Дамашка (2006),6.

⁸¹⁴ М.Дамашка (2006), 11.

⁸¹⁵ С.Bradley (2007), 320-321.

⁸¹⁶ Види и члан 188 СРР, којим се забрањује употреба метода или техника којим се утиче на памћење или репродукцију чињеница од стране сведока, чак и уз његов пристанак.

или лица, неће условити примену члана 191 CPP. Теорија „плодова отровног дрвета“ се одбацује када је у питању незаконит претрес, јер се докази произашли из њега не посматрају као део те радње, већ као посебна радња, чија се законитост одвојено цени.⁸¹⁷ Поред тога, овлашћена службена лица ће у случају злоупотребе приликом предузимања доказне радње претресања бити кривично гоњена у складу са чланом 609 кривичног закона. Чак и када се ради о незаконитом увиђају или претресање адвокатске канцеларије, које подразумева већи степен обазривости, докази *corpus delicti* који су пронађени ће бити коришћени у кривичном поступку.⁸¹⁸ У погледу доказа који су прикупљени незаконитим прислушкивањем или пресретањем комуникације, члан 267 садржи посебну забрану да се исти не могу користити, уколико јавни тужилац није добио наредбу суда. Међутим одредба члана 271 CPP, прописује да се прислушкивање које је предузето без налога суда, не може користити у кривичном поступку, изузев ако резултати чине *corpus delicti*.⁸¹⁹

У кривичном поступку се користе снимци надзорних камера са јавних места, као и снимци видео надзора постављених у приватним објектима и на радном месту. У једној одлуци Врховног суда Италије разматрана законитост прибављеног видео снимка на радном месту, па је суд констатовао да се „резултати видео снимака направљених камерама које је послодавац инсталирао на радном месту могу се користити у кривичном поступку, чак и ако је окривљени радник, пошто правила Статута донета ради чувања њихове поверљивости не забрањују мере заштите имовине предузећа и с тога не оправдавају постојање доказне забране“. Што се тиче снимака који су сачињени од стране приватних лица, судска пракса је најпре дозвољавала да се ови снимци користе иако су прибављени без наредбе суда. Међутим, новија пракса је под утицајем праксе Европског суда за људска права, становишта да су тако прикупљени докази у супротности са правом на приватност, због чега се не могу користити у кривичном поступку. У једној одлуци највише судске инстанце констатује се да је „снимак разговора које је један супружник водио код куће са другим лицем незаконит доказ, будући да је прибављен супротно чл. 615 бис, односно реч је о доказима прибављеним противправним мешањем у приватни живот.⁸²⁰

Ограниченост примене правила о издвајању доказа одражава се на ставове судске праксе и предвиђање конвалидације незаконитог доказа. У једној одлуци, Врховни суд Италије је стао на становиште да се „неупотребљиви доказ може конвалидирати, па чак и записник о исказу окривљеног који је дат без браниоца уколико он касније на главном претресу буде давао исказ уз присуство браниоца, када му се може предочити и садржина претходног исказа пред полицијом“.⁸²¹ Такође, суд нема обавезу да издвоји из списка незаконит доказ, већ може само одбити да га прочита. У одлуци суда се тако констатује да „присуство докумената који се у поступку не сме користити као доказ у спису предмета, сама по себи не отвара питање њихове незаконитости, све док судија евентуално не наложи њихово читање или док барем не испољи вољу да се такви документи користе за потребе судске одлуке.⁸²²

⁸¹⁷ S.Thaman, „Fruits of The Poisonous Tree in Comparative Law“, *Southwestern Journal of International Law*, vol. 16, 2010, 375.

⁸¹⁸ C.Bradley (2007), 322. Види члан 103 CPP.

⁸¹⁹ Види и: Cfr. Cassazione Penale, SS.UU., sentenza 13 gennaio 2009, n. 1153 in *Altalex Massimario*.

⁸²⁰ Cassazione penale, Sez. V, sentenza n. 35681 del 13 agosto 2014.

⁸²¹ Cassazione penale, Sez. II, sentenza n. 26738 del 19 giugno 2013.

⁸²² Cassazione penale, Sez. V, sentenza n. 22003 del 22 maggio 2013.

7. Међународно кривично право

7.1. Међународни кривични суд за бившу Југославију

Међународни суд је установљен у мају 1993. године и то од стране Уједињених нација, као одговор на масовне злочине који су се у том тренутку дешавали у Хрватској и Босни и Херцеговини. Вести о овим злочинима, као и о хиљадама убијених и рањених, мучених и сексуално злостављаних у логорима, те о стотинама хиљада прогнаних цивила из својих домова, одјекнуле су светом и подстакле Савет безбедности Уједињених нација на деловање.

У складу са главом VII Повеље Уједињених нација, Савет безбедности УН је на својој 3217. седници одржаној дана 25. маја 1993. године, усвојио Резолуцију број 827 (1993), којом је основао Међународни кривични суд за бившу Југославију (МКСЈ), са задатком да суди починиоцима ратних злочина на подручју бивше Југославије након 1991. МКСЈ је био први суд за ратне злочине после међународних судова у Нинбергу и Токију. Сматра се да је, узимањем за правни основ главе VII Повеље УН, оснивање трибунала „изједначено са принудном мером ради успостављања и очувања међународног мира“.⁸²³

Статутом МКСЈ⁸²⁴ установљена је његова надлежност за међународно кривично дело ратног злочина, злочина против човечности и геноцида почињених на територији бивше Југославије почев од 1991. године.⁸²⁵ Када је реч о правима окривљеног Статут разликује права осумњиченог и права оптуженог, па тако утврђује да осумњичени има право правног заступника по властитом избору, што укључује право да му се, ако нема довољно средстава да је сам плати, додели бесплатна правна помоћ, као и на неопходно превођење на језик и са језика који говори и разуме.⁸²⁶ Када су у питању права оптуженог, Статутом је одређено његово право на правично и јавно суђење, право на поштовање начела равноправности странака у поступку, а потом и права: да да буде обавештен, на језику који разуме, о природи и разлозима оптужби против њега, да му се омогући одговарајуће време за припрему оптужнице, на суђење у разумном року, да има браниоца, да испитује сведоке, на преводиоца, и, најзад, право да не буде приморан да сведочи против себе ни да призна кривицу (привилегија против самооптуживања).⁸²⁷

Правне норме које регулишу процесна права у поступку пред Трибуналом се у свом највећем делу налазе у Правилнику о поступку и доказима и он представља основни и најзначајнији формални извор кривичног процесног права које се примењује пред МКСЈ, јер се њиме на детаљан и исцрпан начин уређују питања која се тичу процесноправне материје.⁸²⁸ Правилник доносе судије МКТЈ на основу овлашћења које им даје члан 15.

⁸²³ Зоран Стојановић, *Међународно кривично право*, Девето допуњено издање, Београд, 2016, 135.

⁸²⁴ Статут је доступан на: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf.

⁸²⁵ Статут МКТЈ је усвојен као саставни део Резолуције Савета безбедности УН бр. 827 од 25. маја 1993. године последњи пут измењен 07. јула 2009. године.

⁸²⁶ Члан 18 тачка 3 Статута „Истрага и припрема оптужнице“.

⁸²⁷ Члан 21 Статута „права оптуженог“.

⁸²⁸ Правилник о поступку и доказима је усвојен 11. фебруара 1994. године. Доступан је на: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_en.pdf.

Статута МКТЈ. Сматра се да је непотпуним регулисањем општег дела кривичног права, доношењем Правила поступка и доказивања од стране самог трибунала, те њиховим честим променама, повређено начело правне сигурности, као и основни принципи кривичног права (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine culpa*), чиме је значајно ограничено право на одбрану окривљеног и остављена могућност разних злоупотреба. У прилог томе говори и чињеница да је Правилник о поступку и доказима, који усвојен 11. фебруара 1994. године, у периоду након доношења, а до 2015. године, измењен и допуњен, укупно 50 пута.⁸²⁹

Правилник садржи више од четрдесет норми које наводе разлоге интереса правичности као извор права. Норме Правилника су позицију одбране ојачале у односу на стандарде који постоје у *civil law* традицији, а и позиција суда је нешто јача него у земљама *comon law* традиције, јер суд поседује одређен степен доказне иницијативе.⁸³⁰

Иако се питање правичности суђења огледа посебно у дефинисању законитости или незаконитости појединих доказа које презентују странке у поступку, суду, с тим у вези у предвиђање обавезне ексклузије таквих доказа из судског предмета, прецизне одредбе о томе не садрже кључни акти Трибунала ни Статут нити Правилник о поступку и доказима. С тога се правичност суђења и заштита људских права у кривичним поступцима пред МКТЈ могу разматрати само у светлу међународно признатог стандарда људских права, као што је Универзална декларација о људским правима. На ово упућује Извештај Генералног секретара УН, у којем је, између осталог, наведено: „Опште је признато начело да Међународни трибунал мора у потпуности да поштује међународно прихваћене стандарде о правима оптужених у свим фазама поступка. По мишљењу генералног секретара такви међународно прихваћени стандарди посебно су садржани у члану 14 Међународног пакта о грађанским и политичким правима“.⁸³¹ Уколико се приликом предузимања доказних радњи поступа супротно овим стандардима, радило би се о незаконитим доказима.

Начин судског решавања, односно судска пракса МКТЈ, требало би да има кључну улогу у даљем развоју међународног кривичног права, међутим, како је реч о *ad hoc* трибуналу, његове одлуке немају обавезујуће прецедентно дејство за друге судове и трибунале, осим у смислу могућег уверавајућег ауторитета *ratio decidendi* његових одлука, а што у многоме зависи од одговора на питање да ли је јуриспруденција МКТЈ у складу са међународно признатим нормама и стандардима људских права. У том смислу, судија МКТЈ Дејвид Хант закључује: „О Трибуналу се неће судити по броју осуђујућих пресуда које је изрекао нити по брзини којом је спровео стратегију окончања рада Трибунала (*completion strategy*), наметнуту од стране Савета безбедности, већ према томе да ли су суђења била правична“.⁸³²

Нажалост, пракса Трибунала није увек у складу са горе наведеним начелом и принципима, имајући у виду општи приступ питањима људских права који заговарају судска већа МКТЈ у својим одлукама. Овај општи приступ је формулисан у првом суђењу пред

⁸²⁹ „Измене и допуне су ступале на снагу одмах тј. без претходног објављивања, а примењивале се и у поступцима који су у току (Правило 6С)“ – З. Стојановић (2016), 140.

⁸³⁰ Члан 15 Правилник о поступку и доказима: Судије Међународног суда усвајају правила о поступку и доказима за вођење претпретресне фазе поступка, суђења и жалбеног поступка, прихватање доказа, заштиту жртава и свједока и друга релевантна питања.

⁸³¹ Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808(1993), S/25704, 106.

⁸³² Dissenting Opinion of Judge David Hunt on Admissibility of Evidence in Chief in the Form of Written Statement, Prosecutor v. Slobodan Milosevic, 21 October 2003, para 22.

МКТЈ (Тужилац против Тадића),⁸³³ а који су прихватила сва већа у свим поступцима, па је тешко пронаћи одступања од ставова који су заузети у овом предмету. Наиме, Претресно веће I је стало на становиште да није везано универзалним начелима о заштити људских права, на начин на који их тумаче друга тела која се баве заштитом људска права, због јединствене структуре МКТЈ и природе предмета којима се бави. Посебно, Веће је нагласило да су чл. 14. Међународног пакта о грађанским и политичким правима и чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода предвиђени да се примењују у уобичајеним кривичним поступцима, али како се Трибунал бави злочинима за које се сматра да су тако ужасни да захтевају да буду обухваћени универзалном судском надлежношћу, то нема места примени поменутих чланова у поступцима пред Трибуналом.

С тога се закључује да Међународни трибунал, на неки начин, „може да се упореди са војним судовима чије су могућности за правичан поступак (*due process*) често ограничене, а правила доказног поступка мање стриктна“ и даље „као таква, тумачења других судских тела, члана 14. Међународног пакта о грађанским и политичким правима и члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права, имају ограничену релевантност приликом примене одредаба Статута и Правилника о поступку и доказима МКТЈ, јер ова тела тумаче те одредбе у контексту сопственог правног оквира“.

Овакав приступ тумачења људских права за који се определио МКТЈ посебно забрињава ако се посматра са позиције очекивања да МКТЈ доследно примењује међународно признате стандарде људских права, а исти је у супротности са очекивањима које је на недвосмислен начин истакао Генерални секретар УН у горе поментутом извештају. И у вези са тим, судије Жалбеног већа МКТЈ, судија Волфганг Шомбург је написао: „Особа која је оптужена пред МКТЈ... не може имати ограниченију заштиту људских права само зато што се његово суђење одвија пред међународним кривичним трибуналом уместо пред националним судом“.⁸³⁴

Ни „Једнакост оружја“ није одлика МКТЈ, јер је Тужилаштво у много бољем положају од одбране у погледу особља, финансијских средстава, спољне подршке, а поготову с обзиром на обавезе држава да сарађују са Тужилаштом. Такве могућности, и једнаке обавезе држава, нису присутне на страни одбране.

Осим тога, спровођење истраге је потпуно једнострано и у искључивој је надлежности Тужилаштва. Иако је Тужилаштво, према одредби члана 68 Правилника о поступку и доказима, да одбрани обелодани све ослобађајуће и олакшавајуће доказне материјале које поседује, дугогодишња пракса у раду МКТЈ је показала да је у скоро свим предметима Тужилаштво само одређивало шта је „противно његовој позицији“, при чему није постојала стварна могућност да оптужени адекватно испита материјале које је прикупило Тужилаштво. У предмету Тарчулоски,⁸³⁵ одбрана је ставила примедбу која се састоји у томе што је бранилац је реаговао на такву наводно ‘једнострану’ истрагу од стране тужилаштва на следећи начин – „Тражили смо од истражитеља да дођу у Витез и да не интервјуишу само једну страну [...]. Било је то први пут да сам се суочио са проблемом „моји сведоци“ и „ваши сведоци“, јер у земљи у којој смо радили, обично смо имали сведоке суда...“

⁸³³ *Tužilac protiv Tadića*, IT-94-1-A. У предмету Тужилаштво против Купрешкића, Жалбено веће је истакло: „Међународни трибунал мора увек да пажљиво процени одлуке других судова пре него што се позове на тај необавезујући судски прецедент као на постојеће право.“ Judgment, para. 542.

⁸³⁴ W.Schomburg, „The Protection of Human Rights of the Accused Before the ICTY and Rwanda (ICTR)“, *Internationale Strafrechtsbarkeit – Status quo and Perspektiven* (eds. K. Bard, R. Soyser) Wien –Gratz 2005,76

⁸³⁵ *Tužilac protiv Boškoski & Tarčulovski*, IT-04-82.

Овакво озбиљно дерогирање права окривљеног на одбрану је констатовало и претресно веће у предмету Тужилаштво против Блашкића,⁸³⁶ када је констатовало да „Правило 68...се не преводи у право Одбране да добије све доказе Тужилаштва који могу бити корисни у одбрани од оптужби које су наведене у оптужници. И даље: „Тужилаштво нема обавезу да се консултује са оптуженим ради доношења одлуке о томе који материјал сугерише невиност или олакшава кривицу оптуженог или утиче на кредибилитет доказа Тужилаштва“.

Обавеза обелодањивања доказног материјала је у потпуности у надлежности тужилаштва, док одбрани није дозвољено да спроводи такозвану *fishing expedition* претрагом материјала који се налази у поседу Тужилаштва, па Веће неће дозволити приступ материјалима у поседу Тужилаштва „осим уколико Одбрана не покаже да су конкретни докази релевантни за припрему одбране и да су у поседу Тужилаштва или да Тужилаштво има контролу над овим доказима“.⁸³⁷

Правилем 95 забрањено је извођење доказа за које постоји сумња у њихову веродостојност, до којих се дошло на „неетичан“ начин, или који би угрозили беспрекорност поступка. Иако се правило назива „докази који су прибављени средствима супротним међународно заштићеним љуским правима“, такви докази се не спомињу у самој одредби, иако се према њој они не би могли користити.⁸³⁸ Доказне забране су прешироко постављене, док сумња у веродостојност не може бити предмет незаконитих доказа, већ оцене доказа. Што се тиче деривативних доказа, а нарочито „сведока по чувењу“, они су коришћени у великој мери у судској пракси трубунала. Деривативни докази који су прикупљени у другим поступцима пред трибуналом најпре се нису користили, а касније су, под одређеним условима, били дозвољени. Поводом тога, браниоци су истицали да је повређено право на одбрану јер окривљени нису имали прилике да испитају сведоке, а самим тим и право на правично суђење, али је трибунал у децембру 2000. године, „инкорпорирао одређене измене правила поступка и омогућио коришћење писаних изјава и транскрипата из других поступака“.⁸³⁹ Осим тога, правилем 71а, омогућено је испитивање сведока пред службеником суда ван главног претреса, уколико постоје посебне околности и то је у интересу правде. Председавајући службеник „води рачуна о томе да се ванпретресни исказ узме у складу са Правилником и да се направи записник ванпретресног исказа, у који ће ући унакрсно испитивање и приговори које уложи било која страна, да би о њима одлучивало Претресно веће“.⁸⁴⁰

Комуникација између адвоката и клијента сматра се привилегованом у складу са правилем 97, с тим да се она може обелоданити ако клијент на то пристане или ако то обелодани трећа особа која је то сазнала од клијента. На овај начин дозвољава се да сазнања која су заштићена односом поверења између браниоца и окривљеног буде део доказног материјала преко деривативног доказа.

⁸³⁶ *Tužilac protiv Blaškića*, IT-95-14.

⁸³⁷ *Prosecution v. Delalić and others*, Decision on the Motion by the Accused Zjenil Delalić for the Disclosure of Evidence, Case No. IT-96-21-PT, September 1996, para 9

⁸³⁸ М.Шкулић (2005), 124.

⁸³⁹ М.Шкулић (2005), 125.

⁸⁴⁰ Правило 71 Е.

У складу са јуриспруденцијом Трибунала, „задатак саслушања, оцењивања и одмеравања доказа презентованих на суђењу је остављен Претресном већу. Ваља имати на уму и то да двоје судија, који обоје поступају разложно, на основу истих доказа, могу извести различите закључке.“

Изнети ставови су само део критичке анализе рада и ставова МКТЈ, који су заузимала судска већа у својим одлукама, који нам, заправо, онемогућавају детаљну стручну анализу по питању дефинисању незаконитих доказа у овом раду од стране Трибунала.

По нашем мишљењу, једини јасан став по питању валидности доказног материјала изведеног у поступку заузело је Жалбено веће у предмету Тужилац против Фатмира Лимаја.⁸⁴¹

Наиме, Жалбено веће је у овом предмету заузело став да се сведочења везана за идентификацију окривљеног, посебно идентификацију у судници, не могу прихватити, јер у поступку идентификација у судници не треба придати доказну тежину због тога што су идентификације у судници су саме по себи непоуздане “како све околности суђења нужно наводе таквог сведока да идентификује лице коме се суди”.

Жалбено веће подсећа на свој закључак у предмету „Купрешкић и други“,⁸⁴² где је увело одређене стандарде, односно правила којих се суд мора држати при оцени валидности исказа сведока који препознаје окривљеног, указујући, при томе, да судска већа мора узети у обзир тешкоће у вези с доказивањем идентитета неке особе у поједином предмету и свако сведочење које томе служи мора пажљиво оценити пре него што га прихвати као једини основ осуђујуће пресуде. При томе се мора имати у виду свест о слабостима људске перцепције и постојању озбиљне опасности да дође до неостварења правде ако се суд ослони на исказе сведока који тврде да су препознали оптуженог – ма колико ти сведоци били у то сигурни-ако није било адекватне прилике да се њихова опажања провере.

Као релевантне за оцену валидности таквог сведочења-препознавања морају се узети у обзир следећи фактори, као што су:

- идентификација оптуженог од стране сведока који су оптуженог само летимично видели или који га нису могли добро видети због неке препреке;
- идентификација у тами или након трауматичног догађаја који је сведок доживео;
- неподударности или нетачности у исказу о физичким карактеристикама оптуженог у време догађаја;
- давање погрешне идентификације или случај кад сведок прво изјављује да не препознаје оптуженог да би га потом ипак препознао;
- неспојиви искази више сведока; те
- накнадна изјава свједока да се сећа оптуженог у околностима које упућују на “очигледну могућност” да је сведок био под утицајем сугестија других.

Поред тога, Жалбено веће примећује да на сведочења о идентификацији може утицати дужина времена које је протекло између злочина и конфронтације.

⁸⁴¹ *Tužilac protiv Limaja i drugih*, IT-03-66.

⁸⁴² *Tužilac protiv Kupreškića i drugih*, IT-95-16.

Осим тога, сведочења везана за идентификацију могу бити контаминирана несвесном трансференцијом. С тога је потребно држати се правила за тест идентификације која се применују на непозната лица:

правило 1. Не би требало да постоји ниједна прилика у којој је сведок могао да види починиоца пре него што га је срео на месту злочина.

правило 2. После злочина, сведок не би требало да је видео било какве слике осумњиченог. Та појава се зове несвесна трансференција

Жалбено веће се уверило да је Претресно веће разумно узело у обзир правило 2 о могућности да ће до несвесне трансференције доћи када се сведоку предочи слика починиоца после извршења злочина и, потом исправно закључило да су, после догађаја у заробљеничком логору, сви ти сведоци видели Фатмира Лимаја у средствима јавног информисања. Поред тога, ниједан од исказа тих сведока у вези с идентификацијом није одбачен само на основу могуће несвесне трансференције. Према томе, Жалбено веће „се уверило да је Претресно веће разумно поступило зато што је узело у обзир ту могућност када је одбило да прихвати исказе тих сведока у вези с идентификацијом“.

7.2. Међународни стални кривични суд

Формирање трибунала за бившу Југославију и Раунду убрзало је процес оснивања Међународног сталног кривичног суда. У супротном тешко би било одговорити зашто трибунали само у случају бивше Југославије и Руанде примењују правду, а не и у другим случајевима тешких повреда међународног хуманитарног права, јер таква примена селективне правде негира принцип владавине права.

Иако идеја о оснивању јединственог, сталног међународног кривичног суда није нова, услови за реализацију те идеје стекли су се 1998. године када је на дипломатској конференцији одржаној у Риму под покровитељством Уједињених нација усвојен Статут сталног Међународног кривичног суда. Статут Међународног кривичног суда ступио је на снагу 1. јула 2002. године, а свечано отварање је уследило 11. марта 2003. године полагањем заклетве од стране судија. Уз Статут и Елементе кривичних дела, трећи важан документ везан за постојање Суда је „Правилник о поступку и доказима“. Основни задатак ових процедуралних правила се залаже за прецизирање услова за правично и ефикасно суђење, али је важно нагласити како се усвајањем ових правила успостављају строга нормативна правила и оквир за деловање Суда. Усвојене одредбе омогућавају квалитетну заштиту права појединаца током суђења, али и у претходним поступцима.

Приликом оснивања сталног Међународног кривичног суда као кључно појавило се питање међународног кривичног права које би тај суд примењивао. Тако су у Статут унете одредбе којима су регулисани неки основни кривичноправни институти и детаљно су прописана кривична дела која су у надлежности суда, даље прецизирана у Елементима кривичних дела усвојеним од стране Скупштине земаља које су прихватиле Статут. Статут садржи и одредбе процесног карактера којима се регулише поступак пред Судом, а детаљније су разрађена у Правилима поступка и доказивања које је, такође, усвојила поменута Скупштина.

Република Србија је прихватила Статут доношењем Закона о потврђивању Римског статута⁸⁴³ (у даљем тексту Статут), док је Законом о сарадњи са међународним судом,⁸⁴⁴ утврдиле начин, обим и облике сарадње државних органа Републике Србије са Међународним кривичним судом, као и пружање правне помоћи том суду и извршења његових одлука, те особености поступка за кривична дела прописана чланом 5. Статута Међународног кривичног суда, односно за кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом (Глава XXXIВ Кривичног законика).

Интересантно је споменути да досадашња јуриспруденција и пракса Међународног кривичног суда не следи решења установљена у јуриспруденцији МКТЈ, нарочито не она која су горе изложена, у тачки 6.1.

Осим тога, статутом се гарантују права окривљеног у том смислу да се најпре, потврђује опште начело *Ne bis in idem*, потом прокламује да „примена и тумачење права, према овом члану, мора бити у складу са међународно признатим људским правима, и без прављења разлика базираних на: полу - онако како је пол дефинисан у члану 7. став 3, старости, раси, боји коже, језику, религији или уверењу, политичком или другом мишљењу, националном или социјалном пореклу, богатству, рођењу или по било ком другом основу“ Такође прокламује и начела кривичног права; *Nullum crimen sine lege*, *Nulla poena sine lege*, забрану ретроактивности-*rationae personae*, јасно одређујући да нико, према овом Статутом, није кривично одговоран за дело које у тренутку извршења није било кривично дело из надлежности овог Суда, потом да „лице које Суд огласи кривим може бити кажњено само у складу са овим Статутом, да: “нико, према одредбама овог Статута, није кривично одговоран за дело које је извршио пре ступања на снагу овог Статута“ и на крају да је „у случају да је до доношења правоснажне одлуке у конкретном предмету дошло до измене закона који се има применити, Суд дужан да у односу на лице против кога се спроводи истрага, коме се суди односно коме се изриче пресуда, примени одредбу оног закона који је по њега повољнији“.

Осим тога, Статутом се гарантују права окривљеног у кривичном поступку на начин да се забрањује да окривљени у току истраге не сме бити подвргнут никаквом облику силе, принуде или претње, нити било каквом другом облику окрутног, нечовечног или понижавајућег третмана или таквој казни. Окривљени не сме бити противзаконито хапшен или притваран и не сме бити лишен слободе осим по основама и у складу са оним процесним радњама које су предвиђене овим Статутом. Потом се Статутом установљавају права окривљеног у поступку, почев од његовог права на бесплатну помоћ стручног тумача, уколико се испитује на језику различитом од језика који окривљени говори и у потпуности разуме, праву на стручну помоћ браниоца по његовом избору, или, ако је нема, о праву да му се таква помоћ обезбеди у сваком случају када то захтевају интереси правде, и то да је ова стручна помоћ браниоца бесплатна - ако лице нема довољно средстава за то; те о свим правима која препознаје и наше законодавство.

У контексту права окривљеног на одбрану, утврђена је обавеза тужиоца да у што краћем року открије доказе које поседује или који су под његовом контролом, а за које верује да показују или могу да покажу невиност оптуженог или да умање његову кривицу, или који могу да утичу на веродостојност доказног материјала оптужбе. У случају сумње у вези са применом овог става, одлуку ће донети суд. На овај начин установљена је „контрола“ рада тужилаштва од стране суда.

⁸⁴³ Закона о потврђивању Римског статута, „Сл.лист СФРЈ“-Међународни уговори бр.5/2001.

⁸⁴⁴ Закон о сарадњи са међународним судом, „Сл.гласник РС“, бр.72/2009.

У односу на доказна средства вредно је напоменути право суда да цени и изјашњава се о значају и прихватљивости сваког доказа, узимајући у оцену, између осталог, доказну снагу сваког доказа појединачно као и чињеницу да ли је конкретан доказ такве природе да би могао да прејудуцира кривицу окривљеног и као такав да негативно утиче на правично суђење или на правичну оцену исказа сведока, а све у складу са одредбама Правила поступка и извођења доказа. Одредбом 69 став 4 Статута, постављају се два услова која се примењују приликом оцене релеватности или допуштености сваког доказа и „то проузроковање штете на правично суђење и правичну оцену исказа сведока“.

Такође, статут предвиђа и случајеве у којима се поједини докази имају сматрати незаконитим доказима, тако што одређује да докази прибављени на начин који представља поступање противно одредбама Статута или представља кршење међународно признатих људских права, не могу се прихватити уколико је извршена повреда која изазива оправдану сумњу у поузданост доказа или би прихватање тако прибављеног доказа било неприхватљиво са етичке тачке гледишта или би озбиљно угрозило интегритет поступка. Овако постављење незаконитих доказа је проблематично, јер осим што се захтева да су докази противни Статуту или међународно признатим људским правима, потребно је остваривање и додатног алтернативног услова (да повреда доводи до озбиљне сумње у поузданост доказа или да би употреба таквих доказа била противречна угледу суда и сврси његовог постојања), чиме се „отвара простор за врло широко тумачење па и арбитрност“.⁸⁴⁵ Осим тога, Статутом се не предвиђа примена теорије „плодова отровног дрвета“, што се може сматрати пропустом ако се узме у обзир да се ради о признатом доказном стандарду које се прихвата законима држава потписница. Захтев за оцену допуштености доказа, износи се у тренутку подношења доказа претресном већу или касније, када се сазнало за недопуштен доказ (одредба 64/1).

Иако се у теорији истичу пропусти у уређењу доказног поступка пред судом, па тако Шабас истиче да је „највеће изненађење за правнике common law система не искључење hearsay“,⁸⁴⁶ стални међународни кривични суд представља огроман корак напред у истицања међународне сарадње и заједничке воље за бољом и сигурнијом будућношћу. Без обзира да ли ће се и у којој мери моћне државе повиновати одредбама Статута и пристати да се према својим грађанима понашају на исти начин као и према свима, установљење овог суда сведочи о упорној тежњи за постизање универзалне правде, постизање некажњивости појединаца за најтежа кривична дела.

Стални међународни кривични суд представља огроман корак напред у истицања међународне сарадње и заједничке воље за бољом и сигурнијом будућношћу. Без обзира да ли ће се и у којој мери моћне државе повиновати одредбама Статута и пристати да се према својим грађанима понашају на исти начин као и према свима, установљење овог суда сведочи о упорној тежњи за постизање универзалне правде, постизање некажњивости појединаца за најтежа кривична дела.

⁸⁴⁵ Више о томе: М.Шкулић (2005), 472-474.

⁸⁴⁶ А.Шабас, „An introduction to the International Criminal Court“, *Cambridge University press*, New York, 2004, 150, цитирано према: М.Шкулић (2005), 474.

**ЧЕТВРТИ ДЕО-НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ
СРБИЈЕ**

1. Историјски развој доказних забрана у кривично процесном законодавству

1.1. Законик о поступку судском у кривичним делима за књажеводство Србију од 1865. године

Све до половине XIX века у Србији није било значајнијих писаних правних прописа, који се односе на уређење кривичног поступка, иако је за време првог и после другог устанка било донето више значајних прописа у организацији судске и полицијске власти.⁸⁴⁷ Предлог за кодификацијом прописа о кривичном поступку, по одобрењу Државног савета, априла месеца 1865. године, преточен је у Законик о поступку судском у кривичним делима.

Законик о поступку судском у кривичним делима за књажеводство Србију ступио је на снагу 10. априла 1865. године и био је први кривично процесни закон који је донет на територији бивших југословенских република.⁸⁴⁸ Заједно са Полицијском уредбом од 1850, представљао је кривични поступак за све кривична дела.⁸⁴⁹ Писан је по узору на аустријски Законик о кривичном поступку из 1853. године, али се мора признати да то није био добар узор, јер је у себи садржавао доста елемената инквизиторског система кривичног поступка.⁸⁵⁰ Када су у питању доказно право и докази, о којима се говори од 220 до 239 члана, основна карактеристика закона је усвајање позитивне законске оцене доказа. Како су из аустријског закона и предузете одредбе о доказима, преузета је и теорија законских принудних доказа. У параграфу 5 Законика о поступку судском у кривичним делима од 1865. године било је прописано да су: „*Сва надлежательства и поједини званичници, који се казнителним ислеђењем занимају, дужни старати се, да невини не буду гоњени, а повини да не избегну заслужену казну,*“ што је подразумевало да се увек тражи материјална истина - да ли постоји кривично дело и учинилац.⁸⁵¹

Законик разликује природне, где спадају увиђај, вештачко мишљење, признање, сведоџба сведока и испржава и вештачки доказ (члан 222), с тим да се не допушта да се најтежа казна изрекне на основу вештачког доказа (члан 243), док се смртна казна не може изрећи без признања окривљеног, утемељеног на исказима заклетих сведока. Под вештачким доказом се подразумева посредни доказ или основи подозрења, који има мању доказну вредност од природног доказа.⁸⁵² У одредби члана 220 овог закона наводи се: „суд ће само оно за истинито држати, што је по прописима овог законика доказано“. У следећој одредби

⁸⁴⁷ М.Грубач (2004), 55.

⁸⁴⁸ Закон о кривичном поступку у Црној Гори је донет 1910.године, у Словенији и Далмацији 1873.године, у Хрватској и Славонији 1875.године, у Босни и Херцеговини 1891.године и у Банату, Бачкој, Барањи и Међумурју 1896. године.

⁸⁴⁹ Закон о кривичном поступку је важио за злочинства и преступе, а за иступе је и даље важила Полицијска уредба из 1850. године. Кривични законик из 1860. године познавао је три врсте кривичних дела: 1) злочине, за које се могла изрећи смртна казна, робија или заточење; 2) преступе, који су кажњавани затвором дужим од месец дана, лишењем звања или новчаном казном од 30 талира и 3) иступе, као најлакша кривична дела за која се учинилац могао казнити затвором до месец дана или новчаном казном до 300 талира.

⁸⁵⁰ С.Бејатовић (2016), 74. Аустријски закон је замењен 1873. године савременим Законом о кривичном поступку.

⁸⁵¹ Борислав А. Милојковић, *Законик о поступку судском у кривичним делима (са објашњењем и коментаром) са Полицијском уредбом и законом о пороти*, Нови Сад, Супек – Јовановић и Богданов 1920, 8 - 9.

⁸⁵² Види: Б.Марковић (1921), 102-103.

се наводи да ће суд: „сваки доказ по правилима од 223 до 229 оцењивати, и по томе суд ће сваки доказ оцењивати само у свези са свима другима, ислеђењем или претресом засведоченим околностима; суду није дозвољено мимо садржаја акта нека претпостављења чинити, и на основу тога или важност доказа побити, или оно за доказано узимати, што по закону није“. Законик прави разлику између потпуног доказа и непотпуног доказа. У одредбама 223-239, прописани су услови који морају бити испуњени да би постојао потпун доказ, на основу којег се може изрећи казна, док су полудокази основ за ослобођење из недостатка доказа и друге одлуке којима се не изричу казне.⁸⁵³

Из наведених одредби се закључује да се не оставља простор судији да одлучује по свом уверењу и да „чини било каква претпостављења“, већ је закон усвојио позитивну теорију законских доказа.⁸⁵⁴ Суд је дакле у својој пресуди наводио изведене доказе и ценио их у складу са законским правилима кривичног поступка, доносећи закључак о томе да ли се поједини доказ, или основ подозрења, има сматрати по закону као потпун или непотпун доказ. У теорији се примена ове доказне теорије оштро критиковала, па тако, Б.Марковић, запажа да „наш Кривични поступак није граница за држављане ни за државу, јер је све у њему рђаво, а поглавито доказна теорија која од судија ствара обичног занатлију, коме правна спрема мало помаже код стеге законских правила“.⁸⁵⁵ Судија се поистовећивао и са „аутоматом, који није дужан да мисли, већ само да примењује формуле из закона на најразличитије случајеве из праксе свакодневног живота“.⁸⁵⁶

Законитости доказа се не поклања пажња, већ се говори о „безвредности доказа“, па је тако, код квалитативних услова признања, изричито прописано да признање окривљеног мора бити израз његове слободне воље, те се не може користити признање прибављено претњом, силом или другим забрањеним средствима. Забрањено је и одуговлачење са испитивањем окривљеног у циљу признања. Међутим, и такво признање се могло користити као доказ уколико би га окривљени поновио слободан од сваког незаконитог утицаја. Тада ће признање вредети као потпун доказ под условом да у себи садржи такве околности које се подудару са ислеђеним околностима кривичног дела.⁸⁵⁷ Признање је важан доказ у кривичном поступку, јер и у случају да нема других доказа којима се утврђују околности кривичног дела, признањем ће се доказити постојање кривичног дела. Што се тиче испитивања сведока, када је суд пропустио да поучи сведока о свом праву да не сведочи, сведоџба ће бити без вредности и она се сматра да не постоји. Међутим, она ће вредети уколико сведок касније изјави да би исту сведоџбу дао и да му је речено да не мора сведочити.⁸⁵⁸

Порота није предвиђена Закоником о поступку судском у кривичним делима за књажевство Србију, већ је порота уведена Законом о пороти из 1871. године. Према овом закону важила је теорија слободног судијског уверења за поступак пред поротним судом, па тако ће „поротници који учествују у саветовању и закључењу као и судије своје уверење о томе, да ли оптужени доиста крив или није крив, црпити из доказа, који су на главном

⁸⁵³ Б.Марковић (1921), 109-110.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, 87-90.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, 90.

⁸⁵⁶ Б. Петрић, „Поводом 125-те годишњице од доношења Законика о поступку судском у кривичним делима за књажевство Србију“, *Право-теорија и пракса*, 6-7/1991, 156.

⁸⁵⁷ Члан 226 Законика о поступку судском у кривичним делима за књажевство Србију, види и Б.Марковић (1921), 210-211.

⁸⁵⁸ Б.Марковић (1921), 232.

претресу показани и из познавања ствари“.⁸⁵⁹ Одредбом члана 41 Закона о пороти је прописано да ће „докле судије и поротници буду решавали о питању кривице, дотле ће се они имати држати строго уверења, које су дужни да прибаве на укупног ислеђења и прибраних доказа, као и познавања ствари“, при томе „они нису дужни држати се прописаних правила о доказима, но ипак су дужни да покажу своје разлоге, на којима своје мишљење оснивају“.

Законик о поступку судском у кривичним делима за књажевство Србију познавао је три правна лека: редовни правни лек против мериторних судских одлука - незадовољство против осуђујућих пресуда, изузев ако је донета од стране поротног суда и редовни правни лек против мериторних и процесних судских одлука - жалба, као и један ванредни правни лек - молба за поновно суђење.⁸⁶⁰ Основи побијања судске одлуке се могу поделити на погрешну примену материјалног закона и на повреду кривичног поступка. Судска одлука се може побијати због погрешног или непотпуног утврђеног чињеничног стања. Повреде кривичног поступка се односе и на употребу доказа за које је закон предвидео да немају вредности (нпр. када је суд пропустио да поучи сведока о свом праву да не сведочи).

Овај Законик је остао на снази у Србији и након уједињења до доношења Законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије из 1929. године.

1.2. Законик о судском кривичном поступку за краљевину СХС од 1929. године

Закоником о судском кривичном поступку који је донет 16.02.1929.године, систематски је уређена јединствена материја кривичног процесног права за југословенске земље.⁸⁶¹ Овај законски текст је урађен по узору на савремени аустријски закон о кривичном поступку из 1873. године. Одговарао је немачко-аустријском типу кривичног поступка акузаторског процесног система, а био је у складу са савременим стандардима либералне европске државе, са низом решења која се ни данас не могу сматрати застарелим.⁸⁶² Законик је ступио на снагу 1.јануара 1930.године у целој држави, изузев Србије и Црне Горе, где је ступио на снагу током 1931. године и 1932. године. Основна новина коју доноси је усвајање теорије слободног судијског уверења,⁸⁶³ као последица акузаторског начела и начела усмености и непосредности, што произилази из одредбе члана 274, која гласи: „о питању, има ли се или се нема која чињеница узети доказаном, одлучују судије по свом слободном уверењу, које су стекли на основу савесна претреса и оцене свих доказа, изнесених на главном претресу и нису везани ни за каква доказна правила“.⁸⁶⁴ Подела на потпуне и непотпуне доказе, као и на природне и вештачке губи на значају, па је потпун доказ „сваки доказ који ствара код судије уверење о истинитости чињенице, која је предмет доказа, на

⁸⁵⁹ Члан 38 Закона о пороти за књажевство Србије, Београд, Државна штампарија, 1871.

⁸⁶⁰ И.Илић, „Систем правних лекова у кривичном поступку Србије XIX века“, у: *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, Ниш, 2014, 161-178.

⁸⁶¹ Законик је објављен у Службеним новинама, бр. 45-XX, 23. фебруара 1929.године.

⁸⁶² М.Симовић, *Кривично процесно право*, треће измењено и допуњено издање, Факултет за безбедност и заштиту, Бања Лука, 2009, 40.

⁸⁶³ До доношења овог законика, само су Србија и Црна Гора предвиђале законску оцену доказа, док су остале државе усвојиле теорију слободног судијског уверења.

⁸⁶⁴ Б.Марковић (1930), 329.

основу кога судија долази до уверња о виности или невиности окривљеника“, док је непотпун доказ који није у стању да код судије створи такво уверење.⁸⁶⁵

Поступак је заснован на акузаторском начелу, покреће се по захтеву овлашћеног тужиоца, који може бити јавни, приватни или супсидијерни, пред судом, који је састављен само од судија професионалаца, без учешћа поротника. Нови систем правних лекова је са гледишта логике био савршено конструисан, али претерано компликован (три редовна правна лека против пресуде), формалистички постављен и неприступачан (ревизију против пресуде окружног суда као зборног због тога је обавезно морао сачињавати адвокат).⁸⁶⁶ Законик о судском кривичном поступку из 1929. године је на детаљан начин прописао садржину образложења пресуде, а многа решења предвиђена у овом Законику су задржана и у наредним процесним законима.

Иако не набраја доказе, законик познаје следећа доказна средства: судски увиђај, вештачко мишљење, сведоџба сведока, признање, исправе и индиције. О законитости доказа се не говори изричито у закону, али су правила по којима се изводе доказе од утицаја на доказни значај појединих доказних средства или изостанак било каквог значаја (безвредни докази).

Судски увиђај се предузима „када год је за утврђивање или разјашење какве важне чињенице поступку потребно личној опажање“ (члан 181), а у надлежности је истражног судије (члан 104). Одредбом члана 93 законика, прописује се да увиђај може извршити и полицијска власт, али то није не представља увиђај у техничком смислу и не може се користити као доказ, осим ако га истражни судија не одобри. Оцена вештачког мишљења, у првом реду зависи од способности вештака и то од техничке способности и од правне способности, а у случају да недостаје нека способност вештака ни вештачко мишљење се не може узети за доказ.⁸⁶⁷ Према одредби члана 185, за вештаке се не могу узети лица која су неспособна у складу са чланом 168 и не могу бити испитана као сведоци, која су неспособна у складу са чланом 178 и не могу се заклетити, која су према члану 169, ослобођена дужности сведочења и лица према којима је кривично дело учињено. Уколико је у давању мишљења учествовало неко лице које не може бити узето за вештака, вештачење се „не вреди“ односно не може се користити у поступку.

Законик прописује да се неће узети као доказ исказ сведока који није био упозорен на своје право да није дужан да сведочи. Овако упозорење и одговор о томе да ли сведок жели да сведочи мора бити јасно унето у записник у противном је „сведоџба без вредности“. Према члану 169, није дужно да сведочи, између осталог, лице које је верено за окривљеног, брачни друг, сродник окривљеног, лице са којим је окривљени у кућној задрузи, као ни крштени кум окривљеног, стратељ, хранитељ и другом блиском односу које је законом одређено. Оцена веродостојности исказа сведока зависи између осталог и од тога да ли је сведок казивао слободно, а ако се докаже да његов исказ резултат наговора, помићивања, обећања, или изнуђења, такав сведок не може бити веродостојан.⁸⁶⁸ Признање више нема исти значај као што је имало у претходном кривичном процесном закону, којим је прихваћена теорија законских принудних доказа, већ је сада једно од доказних средстава који су на располагању суду. Као и у претходном закону, признање мора бити израз слободне

⁸⁶⁵ Б.Марковић (1930), 339.

⁸⁶⁶ Т. Васиљевић, (1981), 34.

⁸⁶⁷ Б.Марковић (1930), 378.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, 402.

воље, па признање које је резултат обећања обмане претње или силе (члан 155), не може имати никакву вредност. Законик забрањује и постављање капциозних и сугестивних питања (члан 154), али и свих других средстава којима се утиче на слободну вољу окривљеног. Признање које је поновљено као резултат слободне воље окривљеног, може бити доказ ако садржи ислеђене околности које окривљеном, да није учинилац кривичног дела не би могле бити познате. Да би се исправа могла користити у кривичном поступку потребно је да се утврди истинитост њеног садржаја. По својој садржини испаве се сматрају или предметом увиђаја (она која у себи садржи чињенице *corpus delicti*), или имају писмени облик у коме се јављају остала доказна средства (исправе које у себи садрже признање, вештачко мишљење, сведбу сведока или основ подозрења), а по својој спољашњој форми сматрају се као самостална доказна средства.⁸⁶⁹

Законик је први пут увео забрану да полиција у фази извиђаја, формално саслушава грађане и предузима друге извиђајне радње (члан 93 став 2), па како је одредбама о читању записника прецизирано да се могу читати само судски записници (члан 263), то се службене белешке грађана нису могле користити као доказ у кривичном поступку.

Законик о судском кривичном поступку за краљевину СХС познаје две врсте правних лекова: 1. Редовни правни лекови (против судских одлука које нису постале правноснажне) и то : жалба, непотпун и потпун призив и ревизија, 2. Ванредни (нередовни) правни лекови : захтев за понављање поступка и захтев за заштиту закона. Ревизија је редован, деволутивни и по правилу суспензиван правни лек странака или других по закону овлашћених лица, којим се пресуде окружног суда побијају у целости или делимично због повреда формалног или материјалног закона (*error in iuris*).⁸⁷⁰ Повреде формалног закона могу бити апсолутне и релативне. Релативне повреде формалног закона су „читање списа на главном претресу о безвредном исказу или безвредној истражној радњи, повреда ког прописа, чију примену закон налаже као претпоставку да поступак или радња вреди и противзаконито искључење јавности главног претреса“.⁸⁷¹ За разлику од апсолутних повреда, код релативних повреда формалног закона, за поништај пресуде је потребно да Касациони суд утврди да постоји узрочна веза са пресудом, која подразумева да је баш та повреда била од утицаја на доношење такве пресуде.

Први разлог се односи на то да је суд и поред противљења окривљеног или жалиоца, прочитао доказ који по закону не вреди, као што је записник о полицијском увиђају без одобрења истражног судије или исказ сведока који се није изричито одрекао свог законског права да не сведочи или овакво упозорење није констатовану у записник. Други разлог се односи на ситуацију када је на главном претресу повређен пропис, којим се „претпоставља да доказна радња вреди“, попут испитивања сведока чије сведоџбе не вреде, испитивање сведока који се нису изричито одрекли свог законског права да не сведоче, ако су се заклела лица која се не смеју заклети, ако су за вештака узета лица која не могу бити испитана или заклета као сведоци и др.⁸⁷²

Овај законик је био на снази до капитулације Југославије, 6.априла 1941. године, али се и након тога примењивао пред појединим судовима.

⁸⁶⁹ Б.Марковић (1930), 421.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, 558.

⁸⁷¹ Члан 336 став 4 Законика о судском кривичном поступку за краљевину СХС.

⁸⁷² Види детаљније о томе: Б.Марковић (1930), 567-568.

1.3. Закон о кривичном поступку од 1948. године

Кривично процесно право за време рата одликовало је „фактичко суђење, без чврстих форми, како у погледу организације рада судова, тако и у погледу кривичног поступка и постепено доношење потребних правних докумената који се односе на кривични поступак“, док није постојао кривични процесни закон, а низ процесних решења се налазило у Закону о уређењу народних судова и у Закону о јавном тужилаштву.⁸⁷³

На основу чл. 74 тач. 6 Устава у вези чл. 4 тач. 9 Закона о Президијуму Народне скупштине ФНРЈ, Президијум Народне скупштине ФНРЈ је прогласио Закон о кривичном поступку који су донели Савезно веће и Веће народа Народне скупштине ФНРЈ на својим седницама од 29. септембра 1948. године,⁸⁷⁴ а ступио на снагу месец дана касније, 06.12.1948.године. Донет је у време у којем је држава ФНРЈ представљала политички систем који се заснива на социјализму преузетом из болшевичког и стаљинистичког режима у Совјетском Савезу, у време по избијању сукоба са Стаљином 1948. године, када је политички врх ондашње Југославије, настојао да докаже да све те „оптужбе“ из Москве „нису тачне“ и да су југословенски комунисти заправо највернији следбеници СССР-а. У намери да докажу оспорену правоверност прихватили су совјетски узор где год и кад год је то било могуће.

Једна од жртава тежње да се докаже приврженост СССР-у и Стаљину био је кривични поступак, па је ЗКП из 1948. године био састављен по узору на кривични поступак СССР-а. Осим тога, основна начела ЗКП базирала су се на основним начелима на којима је почивало уређење ФНРЈ а то су јединство власти и принцип федерализма, као и монопартијски систем уз идеолошки печат владајуће партије.⁸⁷⁵

Битне промене унутар друштвено-политичког система Југославији нису се дешавале мимо устава.⁸⁷⁶ Још од АВНОЈ-а, у време настајања нове југословенске државе, до данас устав је био онај друштвени акт који је означио и својеврсни и социјалистички споразум народа да се на објективној норми граде социјалистички друштвени односи.“⁸⁷⁷ Због тога се у светлу посматрања промена у домену судске власти, па и кривичног поступка треба осврнути и на уставе на основу којих су касније донесени закони који уређују судство. У самом уставу прокламована је демократија као облик власти: „власт произилази из народа и припада народу“.⁸⁷⁸ Првим уставом ФНРЈ је по угледу на први устав Совјетског Савеза укинута подела власти која је постојала у ранијој југословенској, тј. руској држави.⁸⁷⁹ Југословенским уставотворцима је као модел при писању устава који је утемељио државно-правно поредак

⁸⁷³ С.Бејатовић (2016), 76.

⁸⁷⁴ Закон о кривичном поступку објављен је у Службеном листи ФНРЈ, број 97., 6 новембра 1948. године.

⁸⁷⁵ Више о томе: Татјана Кандић, „Судска власт у уставном и законодавном развоју Републике Србије“, Правни факултет у Београду, Београд 2012, 12 *Еудаимонија – година I*, 1/2017.

⁸⁷⁶ Устав ФНРЈ од 31. јануара 1946. године.

⁸⁷⁷ Димитрије Кулић, „Нови устав и уставне промене“, *Зборник Правног факултета у Нишу – ванредни број посвећен новим уставима*, 1974, 3

⁸⁷⁸ Чл. 6, Устав Федеративне Народне Републике Југославије- Устав ФНРЈ (1946), „Службени лист ФНРЈ“ бр. 10/19469.

⁸⁷⁹ Милан Петровић, Милош Прица, *Увод у велике правне системе*, Свен Ниш Самоиздат, Ниш, 2013, 87.

ФНРЈ на начелима комунистичке идеологије, послужио Стаљинов устав из 1936. године.⁸⁸⁰ Међутим, као што није могућа апсолутна подела власти, тако није могуће ни апсолутно јединство власти, те се, ипак, судови настоје да одвоје од представничког тела.⁸⁸¹ Тако је првим уставом Врховни суд ФНРЈ је потчињен Народној скупштини у организационом смислу како је и Врховни суд СССР био подређен Врховном совјету, као и остали судови у односу на представничка тела која су бирала и разрешавала судије, али не и у функционалном смислу будући да је уставом загарантована независност.⁸⁸² Принцип федерализма у домену судске власти подразумевало је врховне судове република и АП Војводине који одлучују у предметима на основу републичког закона.

У таквој политичкој атмосфери, поштујући основан начела тадашњег устава, донет је и ступио на снагу Закон о кривичном поступку, што се све одражавало на форму и карактер његових основних начела кривичног поступка и на функционисање његових основних института. С тога, су у кривичном поступку примењивани основни принципи засновани на тековинама народне револуције, правно изражени у Уставу од 1946., Закону о уређењу народних судова од 1945. и материјалним кривичним законима који су садржавали извесне одредбе процесног карактера (Закон о кривичним делима против народа и државе од 1945, Закон о сузбијању недопуштене трговине, спекулације и приведне саботаже од 1945. и др.).⁸⁸³ Уз ово, делимично су у погледу тока кривичног поступка, форми процесних радњи и појединих процесних ситуација примењивана и правна правила старог југословенског кривичног поступка (на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време окупације).⁸⁸⁴

Кључне карактеристике ЗКП: извиђај и истрага су били у рукама јавног тужиоца; формална одбрана је била могућа само у поступку пред судом; притвор и истражни затвор се могао по одобрењу јавног тужиоца продужавати неограничено; оштећени није могао преузимати гоњење; круг лица овлашћених на жалбу био је знатно ограничен и др.⁸⁸⁵

Након Другог светског рата, у складу с одредбама Устава ФНРЈ из 1946. године, јавно тужилаштво је организовано као контролно-извршни орган Народне скупштине који има право на подизање тужбе и жалбе, право интервенције у току судског и управног поступка, право да кривично гони те да подноси захтеве за заштиту законитости против правноснажних одлука судова и управних органа, као и да врши надзор у циљу правилног испуњавања закона од стране свих министарстава и осталих њима потчињених управних органа и установа на нивоу друштвене заједнице и улаже правна средства ради заштите уставности и законитости. Организација тужилаштва остаје заснована на принципима централизма и хијерархијског устројства. Своју функцију тужилаштво врши на основу устава и закона, а складу са политиком утврђеном општим актима скупштина друштвенополитичких заједница. Дужност и право јавног тужилаштва је да обавештава надлежну скупштину о примени закона и о свом раду.

⁸⁸⁰ Мирослав Свирчевић, „Апорија Устава из 1974. године“, *20 година о 20 година од разбијања СФРЈ-Институт за упоредно право*, Београд 2011, 146-147.

⁸⁸¹ Јован Стефановић, „Уставно право ФНР Југославије и компаративно“, *Школска књига*, Загреб 1956, 55.

⁸⁸² *Ibid*, 129

⁸⁸³ Д. Димитријевић, (1982), 78.

⁸⁸⁴ Види: Т. Васиљевић, (1981).

⁸⁸⁵ Види: Т. Васиљевић, (1977).

У овим оквирима тужилаштво је имало снажну улогу у кривичном поступку, нарочито у стадијуму претходног кривичног поступка, који је према ЗКП, носио наслов ислеђење и састојао се од фазе извиђаја и истраге. У току читавог претходног кривичног поступка јавни тужилац је у правом смислу *dominus litis*, јер је он не само руководио овим делом кривичног поступка, већ је изводио све извиђајне и истражне радње самостално, без икакве судске контроле у доношењу својих одлука.

У извиђајном поступку имао је права надзора над радом „Народне Милиције“, односно органа унутрашњих послова, с тим што су они могли самостално да покрену извиђај, да предузимају све мере и изводе све извиђајне радње, те да доносе одлуке, као што су решења о обустави и решења о прекиду кривичног поступка. Записници о саслушању о испитивању лица у полицију су могли да се користе у кривичном поступку.

Истрагу је спроводио јавни тужилац, али је у својим одредбама ЗКП је предвиђао да истрагу самостално могу спроводити иследници јавног тужиоца, као и овлашћени службеници Управе државне безбедности. Формална одбрана је била могућа само у поступку пред судом, не и у поступцима пред иследним или истражним органима и у току извођења ових радњи, притвор и истражни затвор се могао по одобрењу јавног тужиоца продужавати неограничено, оштећени није могао преузимати гођење; круг лица овлашћених на жалбу био је знатно ограничен и др.

Радње „ислеђења“ и правила њиховог предузимања прописане су у глави XIV. Ту спадају: претресање лица и стана и одузимање предмета (146-155), испитивање окривљениг (156-163), испитивање сведока (164-171), увиђај и вештачење (172-179). Радња „испитивање окривљеног“ предузимана је тако да се поштује личност окривљеног (чл. 157 ст. 1), док према њему није била дозвољена употреба силе, претње, обмане или сличне мере да би се дошло до његове изјаве или признања (чл. 157 ст. 2). У складу са чланом 164, не може се испитати као сведок: 1) лице које би повредило државну тајну својим исказом, осим ако га надлежни орган не ослободи чувања тајне; 2) бранилац окривљеног о ономе што му је окривљени поверио као свом браниоцу, док се одредбом члана 165, прописују разлози за ослобађање од дужности сведочења (брачни друг окривљеног, сродници окривљеног по крви у усходној или нисходној правој линији, а у побочној до другог степена закључно, усвојилац или усвојеник окривљеног), с тим да ослобођење не важи када су у питању кривична дела против народа и државе. Одбијање сведочења може бити разлог лишења слободе сведока до три месеца (члан 166).

Иследну радњу претресање стана наређује јавни тужилац или иследни орган писменом наредбом. Претресање врше они сами или службена лица која на то они овласте или по њиховом налогу припадници народне милиције. Претресање се врши дању, али се може наставити и ноћу. Претресању стана или лица присуствују два пунолетна грађанина као сведоци

У фази извиђаја и истраге ЗКП није давао никаква овлашћења суду како у погледу руковођења поступком и у погледу извођења извиђајних и истражних радњи, тако да није било контроле рада јавног тужиоца и иследних органа и органа овлашћених да воде истрагу.

Право на браниоца није предвиђено у претходном поступку- у поступку ислеђења: извиђаја и истраге, али је предвиђено право окривљеног да изјављује жалбу против решења јавног тужиоца и иследног органа, увек кад у овом закону није изрично предвиђено да жалба није дозвољена. Такође, уведено је и право окривљеног да у току ислеђења може присуствовати свим иследним радњама, осим испитивању сведока и испитивању саокривљених. Међутим, жалба на решење изјављује се Јавном тужиоцу кад је решење донео

иследни орган, а вишем јавном тужиоцу кад је решење донео јавни тужилац . Против решења о отварању истраге није дозвољена жалба.

Иако окривљеном припада право на одбрану, ово право је ограничено тако да окривљени то право може користити само у поступку пред судом и то кад му суди у првом степену врховни суд аутономне покрајине, Врховни суд народне републике и Врховни суд ФНРЈ. Окривљени мора имати браниоца и кад му суди у првом степену срески или окружни суд за тешка кривична дела, као и онда ако је окривљени малолетан, нем, глув или тешко болестан, а по оцени суда није у могућности да се сам брани .

Како је ЗКП објективно представљао одраз друштвено-економских односа и потребе борбе против свих видова криминалне делатности у датим условима, како унутрашњим, тако и спољашњим , односно стања, које смо напред описали, и потребе борбе против свих видова криминалне делатности у датим условима, како унутрашњим, тако и спољашњим, својим одредбама није давао шире гаранције окривљеном и његовој одбрани, а објективно је представљао одраз тадашњег стања.

Закон не садржи одредбе о незаконитим доказима, па у члану 4 одређује да Суд, јавни тужилац и иследни органи слободно оцењују доказе и нису везани ни за каква каква доказна правила у оцени да ли постоји извесна чињеница, док у члану 4 одређује да при утврђивању чињеница важних за одлуку суд оцењује доказе по правилу непосредно.

С тога ЗКП из 1948. године неће остати упамћен по увођењу тужилачке истраге, већ по кршењу права учесника у поступку и то углавном у истрази. То потврђују бројни документи из тог периода. Тако је Јавни тужилац ФНРЈ у једном свом распису из тог периода упозоравао јавног тужиоца НР Србије да иследни органи радње предузимају у „сугестивној форми“, да су окривљени током истраге не ретко себе „изванредно теретили“, чиме је рад органа ислеђења губио доказну снагу, а читав поступак стављан „под сумњу“.

1.4. Законик о кривичном поступку од 1953.године

Законик о кривичном поступку је усвојила Народна скупштина 10. септембра 1953. године и проглашен је Указом Председника републике, а објављен је у Службеном листу ФНРЈ број 40 од 30. септембра 1953. године, заједно са Уводним законом. Ступањем на снагу, Законика о кривичном поступку, 1.јануара 1954. године, престао је да важи Закон о кривичном поступку од 12.октобра 1948. године. Законик о кривичном поступку је мењан више пута и то 31. јануара 1957. године („Службени лист ФНРЈ“ број 4/57 од 31. јануара 1957), 28. децембра 1959. године („Службени лист ФНРЈ“ број 52/59 од 1. јануара 1960. године), 25. јула 1962. године („Службени лист ФНРЈ“ број 30/62), 15. марта 1965. године („Службени лист СФРЈ“ број 12/65), 11. маја 1967. године („Службени лист СФРЈ“ број 23/67 од 24. маја 1967. године и бр. 50/67 од 13.децембра 1967. године, са исправком бр.25/68), 26.новембра 1970 („Службени лист СФРЈ“ број 54/70 од 3. децембра 1970. године) и 31. јануара 1973 („Службени лист СФРЈ“ број 6/73 од 8. фебруара 1973. године, са исправком бр.9/73). Након из маја 1967. године дата је нова нумерација целог Законика.

Чланом 9 и 10 Законика о кривичном поступку ФНРЈ, прописано је начело материјалне истине и слободне оцене доказа, без ограничења формалним доказним правилима. Процесуална страна наступања и извођења доказа и систем доказа одеђени су законом, па су органи поступка дужни да изводе доказе на онај начин у оним моментима поступка како су законом прописане и да користе само она доказна средства која закоником,

или по природи доказног поступка нису искључена.⁸⁸⁶ У законнику се изричито забрањује изнуђивање признања од окривљеног или какве друге изјаве, а у одредбама којима се уређује начин испитивања окривљеног, прописује се забрана употребе силе, претње, обмане или сличних средства да би се дошло до његове изјаве или признања.⁸⁸⁷ Међутим, и поред ове забрана, „доказна вредност изнуђеног признања, које је истинито, не може се оспорити само зато што је изнуђено, јер се несумњиве чињенице не могу не признати, али то не умањује кривичну одговорност изнуђача у складу са чланом 151 КЗ“.⁸⁸⁸ Законик не прописује изричито у којим ситуацијама се исказ окривљеног сматра незаконитим доказом, већ само садржи правила о његовом испитивању. У складу са одредбом члана 203 став 2 ЗКП ФНРЈ, окривљеном се мора саопштити зашто се окривљује и основи сумње које стоје против њега, па ће се питати шта има да наведе у своју одбрану, а саопштиће му се да није дужан да изнесе своју одбрану нити да одговара на постављена питања. Такође, окривљени може бити испитан у одсуству браниоца ако се изричито одрекао тог права, ако је браниоцу ускраћено да присуствује извођењу ове истражне радње, ако бранилац није присутан иако је обавештен о испитивању или ако за прво испитивање није обезбедио присуство браниоца ни у року од 24 става од часа када је поучен о овом праву.⁸⁸⁹ Ако је поступљено супротно овим правилима или ако предвиђена упозорења нису убележена у записник на исказу окривљеног се не може заснивати судска одлука.⁸⁹⁰

Што се тиче саслушања сведока, прописује се да се као сведок не може саслушати „лице које би својим исказом повредило дужност чувања службене или војне тајне, док га надлежни орган не ослободи те дужности и бранилац окривљеног о ономе што му је окривљени као свом браниоцу поверио“.⁸⁹¹ Уколико суд ипак саслуша ова лица, на њиховим исказима не може заснивати своју одлуку.⁸⁹² Одредбом члана 212 ЗКП ФНРЈ, прописано је да уколико сведок није био упозорен да не мора да сведочи или уколико се није изричито одрекао тог права, или ако упозорење и одрицање није убележено у записник, на његовом исказу се не може заснивати судска одлука. Одредбом 225 ЗКП ФНРЈ, прописано је да се за вештака не може узети лице које не може бити саслушано као сведок или лице које је ослобођено дужности сведочења, као ни лице према коме је кривично дело учињено, а ако је узето, на његовом налазу и мишљењу не може се заснивати судска одлука.

ЗКП ФНРЈ не прописује битну повреду одредабама кривичног поступка када се пресуда заснива на незаконитом доказу, већ предвиђа једну уопштenu релативно битну повреду која се односи на непримењивање или неправилно примењивање било које одредбе овог законика, или повреду права на одбрану, уколико је то било или могло бити од утицаја на законито и правилно доношење пресуде.⁸⁹³

⁸⁸⁶ Т. Васиљевић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 1957, 9.

⁸⁸⁷ Види члан 6 и 203 став 8 ЗКП ФНРЈ.

⁸⁸⁸ Т. Васиљевић (1957), 223.

⁸⁸⁹ Члан 203 став 9 ЗКП ФНРЈ.

⁸⁹⁰ Члан 203 став 10 ЗКП ФНРЈ.

⁸⁹¹ Члан 211 ЗКП ФНРЈ.

⁸⁹² Члан 211 став 2 ЗКП ФНРЈ.

⁸⁹³ Види члан 334 став 2 ЗКП ФНРЈ.

1.5. Законик о кривичном поступку СФРЈ од 1977.године

Законик о кривичном поступку СФРЈ, донет је 24.12.1976. године, а ступио на снагу 1977.године, измењен је Законом о изменама и допунама Закона о кривичном поступку из 1985. године, са исправком из 1986. године.⁸⁹⁴ У закону је основно начело утврђивања материјалне истине, па закон прокламује да су „суд и државни органи који учествују у кривичном поступку дужни да истинито и потпуно утврде чињенице које су од важности за доношење законите одлуке“.⁸⁹⁵ Када се све чињенице, на основу законито спроведеног поступка истинито и потпуно утврде, може се са сигурношћу донети одлука о томе да ли постоји или не постоји материјално-правни однос, па ако постоји какав је и какве су његове реперкусије у сфери материјалног кривичног права.⁸⁹⁶ Одредбом члана 16 ЗКП СФРЈ се прокламује слободна оцена доказа, без постављања правила у погледу квалитета и квантитета доказа. Ова слобода, наиме, није потпуна, јер се „сваки материјални и вербални доказ може користити у поступку ако је законито прибављен и реалан.“⁸⁹⁷

Одредбом члана 83 ЗКП СФРЈ прописано да ће се записници о исказима окривљеног, сведока и вештака издвојити, када је у закону изричито прописано да се на исказу окривљеног, сведока и вештака не може засновати судска одлука. Уколико се пресуда заснива на доказу на коме се по ЗКП не може заснивати, ради се о апсолутно битној повреди о којој другостепени суд води рачуна по службеној дужности, осим уколико је с обзиром на друге доказе, очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда.⁸⁹⁸

Докази које закон сматра неваљаним и на којима се не може заснивати судска одлука, прописани су у посебним одредбама о испитивању окривљеног, сведока и вештака. Што се тиче испитивања окривљеног, према њему се не сме употребити сила, претња или друга слична средства (члан 259 став 3) да би се дошло до његове изјаве или признања, док окривљени може бити испитан у одсуству браниоца ако се изричито одрекао тог права, а одбрана није обавезна, ако је браниоцу ускраћено да присуствује извођењу ове истражне радње, ако бранилац није присутан иако је обавештен о испитивању (члан 168), или ако за прво испитивање окривљени није обезбедио присуство браниоца ни у року од 24 сата од часа кад је поучен о овом праву (члан 67 став 2), осим у случају обавезне одбране.⁸⁹⁹ Ако је поступљено противно овим одредбама или ако изјаве окривљеног из става 9 овог члана о присуствовању браниоца нису убележене у записник, на исказу окривљеног не може се

⁸⁹⁴ Пречишћен текст Закона о кривичном поступку обухвата: Закон о кривичном поступку („Службени лист СФРЈ“ број 4/77), Закон о изменама и допунама Закона о кривичном поступку („Службени лист СФРЈ“ број 14/85) и Исправка Закона о кривичном поступку („Службени лист СФРЈ“ број 36/77), а објављен је у „Службеном листу СФРЈ“ број 26/86 од 16. маја 1986. године.

⁸⁹⁵ Члан 15 став 1 ЗКП СФРЈ.

⁸⁹⁶ Б.Петрић (1986а), 38.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, 41.

⁸⁹⁸ Члан 364 став 1 тачка 8 ЗКП. У пресуди Врховног суда Србије Кж 227/79 од дана 2.3.1979. године се наводи између осталог да када се пресуда о кривници оптуженог лица заснива искључиво на исказима службених лица органа унутрашњих послова о ономе што је то лице њима рекло у инфомративном разговору, стоји битна повреда из тачке 8, ако с обзиром на друге доказе, није очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда- цитирано према Ш.Вуковић, *Закон о кривичном поступку, са објашњењима и судском праксом*, Београд, 1981, 69.

⁸⁹⁹ Члан 218 став 8 и 9 ЗКП СФРЈ.

заснивати судска одлука.⁹⁰⁰ Ако се приликом испитивања сведока, поступи противно одредбама за испитивање сведока, записник о исказу сведока се не може користити. То се односи пре свега на забрану употребе силе, претње или других сличних средстава (члан 259 став 3), као и уколико је као сведок саслушано лице које се не може саслушати као сведок (члан 226) или лице које не мора сведочити (члан 227), а није на то упозорено или се није изричито одрекло тог права, или ако упозорење и одрицање није убележено у записник, или ако је саслушан малолетник који не може схватити значај права да не мора сведочити.⁹⁰¹ Тако се „извештај СУП-а о разговору са милиционером и записник о његовом саслушању као сведока у истрази морају издвојити из списка ако милиционер није ослобођен дужности чувања службене тајне”.⁹⁰² Судска пракса је заузела став да се „на исказу сведока који касније у истој ствари постане окривљени не може заснивати судска одлука, а записник о саслушању сведока који у истој кривичној ствари постане окривљени издваја се из списка предмета”.⁹⁰³ Такође, суд не може користити записник о испитивању вештака односно налаз и мишљење вештака, уколико се ради о лицу које не може бити вештак или ако је за вештака узето лице које је ослобођено од дужности сведочења.⁹⁰⁴

Подаци и обавештења прикупљена од стране органа унутрашњих послова од грађана у смислу члана 151 ЗКП СФРЈ, могу се користити само у истрази односно до подизања оптужног предлога или оптужнице, а после тога истражни судија их издваја из списка.⁹⁰⁵ У судској пракси је заузето становиште, које ни данас није спорно, да се исказ „овлашћеног радника органа унутрашњих послова као сведока о његовим непосредним запажањима и сазнањима о одлучним чињеницама“ може користити као доказ у кривичном поступку. Оно што је интересантно је да судска пракса предвиђа могућност „раздвајања“ ових непосредних сазнања од сазнања прикупљених на основу члана 151 ЗКП СФРЈ. Тако се у једној одлуци највише судске инстанце закључује да се „издвајање и раздвајање записника о саслушању као сведока овлашћеног радника органа унутрашњих послова у који су унета његова непосредна запажања и сазнања заједно са његовим сазнањима која потичу од обавештења која је њему дао окривљени, врши тако што се из записника о саслушању препише део његовог исказа о његовим непосредним запажањима, док се цео записник издваја из списка предмета”.⁹⁰⁶ У судској пракси се разматрала и законитост доказа који нису изричито прописани ЗКП СФРЈ, па је закључено да "дискете за рачунар, на које су унети подаци које има у виду одредба члана 128. КЗ СРЈ, могу бити доказ у кривичном поступку, под условом да су прибављене на законит начин"⁹⁰⁷, док се у једној одлуци као доказ прихвата „магнетофонска трака на којој је оптужени снимао своје разговоре са сведоцима пре покретања кривичног поступка“.⁹⁰⁸

⁹⁰⁰ Члан 218 став 10 у вези става 8 и 9 ЗКП СФРЈ.

⁹⁰¹ Члан 228 ЗКП СФРЈ.

⁹⁰² Решење Врховног суда Србије Кж ИИ 129/84 и решење Окружног суда у Београду К 533/83, цитирано према: С.Јанковић, судија Врховног суда Србије, Недозвољени докази у судској пракси, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, број 3/2007, Интермех, Београд, електронско издање.

⁹⁰³ Начелни став Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда од 22. и 23. маја 1986. године - Начелни ставови Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда, Интермех, Београд, 2004, 350.

⁹⁰⁴ Члан 244 став 1 ЗКП СФРЈ.

⁹⁰⁵ Члан 83 став 3 ЗКП СФРЈ.

⁹⁰⁶ Решење Врховног суда Војводине Кж 395/86 од 06. новембра 1986. године.

⁹⁰⁷ Пресуда Врховног војног суда ИИК број 52/96 од 29. априла 1996. године.

⁹⁰⁸ Пресуда Врховног суда Србије Кж 1199/86 од 23.04.1987. године и пресуда Окружног суда у Београду К 135/86 од 10.09.1986. године.

Законик прописује да се записници и обавештења, издвојени по одредбама члана 83 овог закона, могу користити на главном претресу и у поступку по правним лековима у изузетним ситуацијама које су таксативно одређене. То је уједно и најважнија новина ЗКП СФРЈ, у односу на свог претходника. Прва се односи на ситуацију када окривљени сам тражи да се прочитају издвојени записници о његовом испитивању или о саслушању лица која он поименично означи и обавештења која су окривљени и та лица дали органима унутрашњих послова (члан 151), а нису у питању лица наведена у члану 226 тачка 1 овог закона (лица која би својим исказом повредило дужност чувања службене или војне тајне). У том случају, увек се читају сви записници и обавештења лица на која се захтев окривљеног односи, осим записника који су издвојени због изнуђивања изјаве силом, претњом или другим сличним забрањеним средствима, али ће се и ти записници прочитати ако окривљени то изричито захтева.⁹⁰⁹ Из ове одредбе се може закључити да су наведени докази проглашени незаконитим, искључиво у корист окривљеног, па се он може одрећи тог свог заштитног права, услед чега тај доказ постаје опет законит.⁹¹⁰ Иако је нејасно који су мотиви окривљеног да захтева да се прихвати његов исказ дат под принудом, у литератури се истиче да могућност да се конвалидирају искази који добијени силом претњом или другим забрањеним средствима доводи до тога да се пресуда „темељи на резултату кривичног дела“.⁹¹¹ Посебно је нејасан мотив законодавца да окривљеном препусти одлуку о томе да ли ће се користити искази сведока који су добијени присилом или другим забрањеним средствима, када се уопште и не ради о заштити права окривљеног, већ других лица. Друга ситуација се односи на одлуку првостепеног или другостепеног већа које, на главном претресу, по саслушању странака, одлучи да се у поступку користе записници о испитивању окривљеног, који су издвојени само због повреде одредбе члана 218 став 9 овог закона и обавештења која је окривљени дао органима унутрашњих послова, јер се и поред извођења доказа којима суд располаже не могу разјаснити важне чињенице у поступку, а коришћење тих записника и обавештења би допринело разјашњавању ствари, а у питању су кривична дела за која је прописана казна затвора од двадесет година или тежа казна.⁹¹² Овај изузетак одсликава „одустајање од демократских начела у кривичном поступку“, у ситуацији када примена таквог начела доводи до тога да „најтежа кривична дела остану необјашњена“.⁹¹³

Законодавац је прописивањем ове одредбе омогућио конвалидацију незаконито прикупљених доказа, давајући тиме предност интересу окривљеног у кривичном поступку и начелу истине, под условима које закон прописује. Одредбом члана 85 ЗКП СФРЈ, прописује да ће суд, уколико на основу члана 84 закона користи записнике, који су били издвојени, на главном претресу, по потреби, саслушати истражног судију, односно службено лице органа унутрашњих послова које је извршило истражну радњу испитивања окривљеног, односно саслушати сведока или вештака (члан 162 став 4 и члан 155) о околностима под којима је испитивање, односно саслушање извршено и забележено.⁹¹⁴ Даље се прописује да „ако се приликом коришћења обавештења (члан 84) установи да између исказа окривљеног, односно сведока и садржине обавештења постоји несагласност у погледу важних околности, а окривљени, односно сведок изјављује да обавештења уопште није дао или да садржина обавештења не одговара оном што је он изјавио, може се саслушати службено лице органа

⁹⁰⁹ Члан 84 став 1 тачка 1 ЗКП СРФЈ.

⁹¹⁰ V.Bayer (1978), 100.

⁹¹¹ Ibidem.

⁹¹² Члан 84 став 1 тачка 2 ЗКП СРФЈ.

⁹¹³ V.Bayer (1978), 101.

⁹¹⁴ Члан 85 став 1 ЗКП СФРЈ.

унутрашњих послова о садржини примљеног обавештења и о начину и околностима под којима је обавештење примљено и забележено“.⁹¹⁵ Одредбом члана 85, дакле, даје се овлашћење суду да поново утврђује законитост доказа, која је већ утврђена правноснажним решењем о издвајању доказа (јер су докази већ извојени).

Записници и обавештења који су прочитани на основу члана 84 закона не могу се користити у другом поступку, док се осуђујућа пресуда не може се засновати искључиво на њима.⁹¹⁶ С обзиром да закон изричито прописује да се ради о осуђујућој пресуди, то значи да се осуђујућа и одбијајућа пресуда могу заснивати искључиво на коришћеним издовјеним записницима и обавештењима из члана 84 закона.⁹¹⁷

1.6. Законик о кривичном поступку од 2001. са изменама од 2009. године

Основни циљ кривичног поступка прописан је у члану 1 Законика о кривичном поступку,⁹¹⁸ „да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које предвиђа кривични закон и на основу законито спроведеног поступка“. У одредби члана 17 Законика, прописује се начело истине, тако да су „суд и државни органи који учествују у кривичном поступку дужни да истинито и потпуно утврде чињенице које су од важности за доношење законите одлуке“. У кривичном поступку се ниједан доказ не третира као неспоран, без обзира да ли у погледу њега постоји сагласност странака, већ је суд обавезан да сходно начелу истине, утврђује веродостојност и поузданост сваког доказа у складу са начелом слободне оцене доказа и у складу са својим слободним судијским уверењем. У теорији се сматрало да је једно од важнијих ограничења утврђивања истине у кривичном поступку, издвајање недозвољених доказа. ЗКП не даје дефиницију нити термилошки одређује недозвољене доказе, док се општом одредбом члана 18. став 2. прописује на којим доказима се не може заснивати судска одлука: "Судске одлуке се не могу заснивати на доказима који су сами по себи или према начину прибављања у супротности са одредбама овог законика, другог закона, устава или међународног права". Законик одређује функционални појам недозвољених доказа,⁹¹⁹ предвиђајући доказе (доказна средства) које закон изричито забрањује и они који законом нису забрањени али су недозвољени због начина прибављања. Законик не искључује могућност употребе доказних средстава који нису прописани законом, већ је суду препуштено да у циљу утврђивања истине, употреби друга доказна средства која му стоје на располагању, уколико она нису у супротности са правним поретком, принудним прописима и начелима поступка.

Суд ће недозвољени (незаконити) доказ издвојити из списка. Обавеза издвајања доказа за истражног судију, председника већа и веће у складу са одредбама члана 178. ЗКП, 283. став 3. ЗКП, 337. став 3. ЗКП установљена је у току читавог поступка, док је чланом, 374. став 4. ЗКП, прописано да ће судија известилац другостепеног суда вратити списе

⁹¹⁵ Члан 85 став 1 ЗКП СФРЈ.

⁹¹⁶ Члан 85 став 2 и члан 86 ЗКП СФРЈ.

⁹¹⁷ Б.Петрић (1986а), 175.

⁹¹⁸ Законик о кривичном поступку, "Службени лист СРЈ", бр. 70/2001, 68/2002, "Службени гласник РС", бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007 и 72/2009.

⁹¹⁹ М. Шкулић: *Кривично процесно право (општи део)*, друго издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006, 218.

првостепеном суду како би председник већа првостепеног суда донео решење о издвајању записника из списка. Уколико се пак пресуда заснива на таквом доказу, у складу са одредбом члана 368. став 1. тачка 10. ЗКП, постоји апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка (на коју другостепени суд пази по службеној дужности), која повлачи обавезно укидање пресуде.

Законик о кривичном поступку садржи неколико изричитих одредби којима се одређује који су то незаконити докази у кривичном поступку, док оцену законитости других доказних средства и доказа оставља у надлежности судској пракси. Одредбом члана 89. став 10. ЗКП прописано је да се на исказу окривљеног не може заснивати судска одлука: ако је према окривљеном употребљена сила, претња, обмана, обећање, изнуда, изнуривање или друга слична средства (члан 131. став 4. ЗКП) да би се дошло до његове изјаве или признања или неког чињења које би се против њега могло употребити као доказ (став 8 овог члана) или ако окривљени није поучен о правима из члана 89. став 2. ЗКП, те ако изјаве окривљеног из члана 89. став 9. ЗКП о присуствовању браниоца нису убележене у записник. Осим тога, записник о саслушању осумњиченог састављен пред службеницима полиције који не садржи изјаву осумњиченог о одрицању права на превођење, уколико се поступак не води на језику тог лица, представља доказ који је прибављен супротно одредби члана 9. став 3. Законика о кривичном поступку и на њему се не може заснивати судска одлука.⁹²⁰

Одредбом члана 99. ЗКП прописано је да се на исказу сведока не може заснивати судска одлука уколико је као сведок саслушано лице које се не може саслушати као сведок (члан 97. ЗКП) или лице које не мора да сведочи (члан 98. ЗКП), а није упозорено на то или се није изричито одрекло тог права, или ако упозорење и одрицање није убележено у записник, ако је саслушан малолатник који не може да схвати значај права да не мора сведочити, ако је исказ сведока изнуђен силом, претњом или другим сличним забрањеним средством (члан 131. став 4.). Узупозорења сведоку морају бити дата и на главном претресу и пред истражним судијом.⁹²¹

Осим ових законских ограничења коришћења доказа, у судској пракси су издвајани записници о саслушању сведока због других законских неправилности. Ако „сведок није упозорен да није дужан да одговара на поједина питања којима би изложио себе кривичном гоњењу, па после његовог саслушања дође до подизања оптужног акта против њега за кривично дело прикривања, испуњени су услови да се записник о његовом саслушању као сведока издвоји из списка.”⁹²² У ситуацији када је "саслушан као сведок, брат окривљеног, који је у бекству, па је према њему поступак раздвојен и прекинут, у поступку против његовог саучесника на околности о повезаности његовог брата са критичним догађајем, без претходног упозорења да је ослобођен дужности сведочења, учињена је битна повреда

⁹²⁰ Пресуда Врховног суда Србије Кзз.123/07 од 09. 05.2007. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 4/2007, Интермех, Београд.

⁹²¹ "Стоји битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 368. став 1. тачка 10. ЗКП уколико сведок који је ослобођен дужности сведочења приликом саслушања на главном претресу не буде упозорен да је ослобођен дужности сведочења и то не буде унето у записник, без обзира што је овај сведок пред истражним судијом упозорен да је ослобођен дужности сведочења и то упозорење је унето у записник приликом његовог саслушања пред истражним судијом"-*Правно схватање усвојено на седници Кривичног одељења Врховног суда Србије 17.9.2007. године.*

⁹²² Решење Округног суда у Београду Кж 258/05 од 10.02.2005. године и решење Општинског суда у Лазаревцу К 81/04 од 25.11. 2004. године.

одредбе члана 99. ЗКП и ради се о доказу на коме се не може засновати пресуда".⁹²³ Такође, сведок се мора саслушати у складу са одредбама ЗКП, па је за суд био неприхватљив видеоснимак сачињен од окривљеног, на којем је забележен исказ сведока страног држављанина који је недоступан суду.⁹²⁴

Одредбом члана 116. став 1. ЗКП прописано је да се за вештака не може одредити лице које не може бити саслушано као сведок, затим лице које је ослобођено од дужности сведочења, као ни лице према коме је кривично дело учињено, а ако је такво лице одређено за вештака, онда се на његовом налазу и мишљењу не може заснивати судска одлука. Такав налаз и мишљење, односно записник о саслушању вештака се, у складу са одредбом члана 178. ЗКП, издваја из списка предмета. Налаз и мишљење судског вештака се сматра законитим доказом ако је израђен на основу наредбе суда и у складу са одредбама 113-132. ЗКП, док се на достављеном налазу и мишљењу од стране странке у поступку не може заснивати судска одлука.⁹²⁵

Код примене мера надзора и снимања телефонских разговора или комуникација другим техничким средствима и оптичких снимања из члана 232. ЗКП, уколико је поступљено противно одредбама ЗКП или наредби истражног судије, у складу са одредбом члана 233. став 4. ЗКП, на таквим подацима се не може заснивати судска одлука и ова обавештења и подаци се морају издвојити из списка. Судска пракса је сматрала законитим доказом „преглед садржаја мобилног телефона - увид и читање садржине СМС порука међусобно упућених између оптужених и сведока, који не представља доказ стечен применом члана 232. ЗКП, већ увиђај на покретној ствари“.⁹²⁶ У посебним одредбама о поступку за кривична дела организованог криминала (члан 504 ЗКП), прописује се обавеза издвајања доказа када није поступљено у складу са одредбама о начину предузимања посебних радњи које законик предвиђа.

Обавештења која прикупе органи унутрашњих послова (полиције), као и обавештења која прикупи јавни тужилац, у складу са одредбом члана 178. став 3. ЗКП, издвајају из списка. Међутим, то се не односи на записник из члана 226. став 9. ЗКП (када је осумњичени саслушан у присуству адвоката по одредбама ЗКП). Судска пракса је била уједначена у ставу да се ни полицијски службеници не могу саслушавати као сведоци на околност шта су окривљени⁹²⁷ или грађани,⁹²⁸ изјавили у преткривичном поступку у полицији.

⁹²³ Решење Врховног суда Србије Кж И 168/06 од 16.02.2006. године и пресуда Окружног суда у Јагодини К 194/05 од 02.12. 2005. године.

⁹²⁴ Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 1795/02 од 17.10.2002.године и пресуда Општинског суда у Младеновцу К. 47/02 од 30.05. 2002. године, Билтен Окружног суда у Београду, 66/2005, Интермех, Београд.

⁹²⁵ Решење Окружног суда у Нишу Кж. 1211/06 и пресуда Општинског суда у Нишу К. 804/05, Билтен судске праксе Окружног суда у Нишу, 26/2008, Интермех, Београд. Види и: Пресуду Окружног суда у Краљеву Кж. 41/07 од 14.2.2007. године и пресуду Општинског суда у Врњачкој Бањи К. 65/06 од 18.12.2006. године, Билтен судске праксе Окружног суда у Краљеву, бр. 2/2007, Интермех, Београд,

⁹²⁶ Пресуда Врховног суда Србије Кж-И-2678/07 од 18.02.2008. године и пресуда Окружног суда у Чачку К. 96/07 од 15.10. 2007. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 1/2008, Интермех, Београд.

⁹²⁷ Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 551/08 од 29.02.2008. године и пресуда Општинског суда у Лазаревцу К. 164/07 од 25.12.2007. године, Билтен Окружног суда у Београду, 78/2008, Интермех, Београд, Види и: пресуду Окружног суда у Београду, Кж. 551/08 од 29.02.2008. године, и решење Апелационог суда у Нишу Кж.1. 2233/10 од 21.06.2010. године.

⁹²⁸ Решење Апелационог суда у Нишу Кж.1 3997/10 од 23.02.2011. године и пресуда Вишег суда у Врању К. 62/10 од 04.10.2010. године.

Законик у члану 132 ЗКП изричито прописује да „Фотографије или звучни, односно звучни и видео снимци радњи спроведених у складу са овим закоником, могу да се користе као доказ и на њима се може заснивати одлука суда“. У овој одредби детаљно се прописују услови под којима се резултати ове доказне радње сматрају законитим и поузданим у кривичном поступку.

Док су поједини теоретичари истицали да је Законик о кривичном поступку прихватио теорију „плодова отровног дрвета“, јер то јасно произилази из законске формулације („...према начину прибављања у супротности са одредбама овог законика, другог закона, устава или међународног права“) ⁹²⁹, а други сматрали да је "толико чистуност очигледно претерано и није прихватљиво за наше кривично процесно право", ⁹³⁰ те се не примењује ова теорија, судска пракса је по том питању била неуједначена, па се није могло са сигурношћу закључити да ли суд прихвата доказе који су поизашли из незаконитих доказа. У једној одлуци је наведен став да „чињеница да је одређени доказ, у преткривичном поступку прибављен на незаконит начин, на мора да умањује његову доказну снагу". У конкретном случају, објашњено је да, иако „претресање стана није извршено у складу са законом, па се с тога такав записник не може употребити као ваљан доказ“, потврду о одузетим предметима, суд треба да цени "у склопу свих доказа“, са образложењем да „без обзира што је радња која је претходила одузимању предмета спроведена на незаконит начин, сама радња одузимања предмета је у потпуности законски спроведена, те стога представља доказ у кривичном поступку". ⁹³¹

Међутим, у неким одлукама је примењена теорија „плодова отровног дрвета“, па је суд у истој ситуацији стао на становиште да се потврда о привремено одузетим предметима не може користити као доказ у кривичном поступку, уколико је произашла из незаконитог претресања. ⁹³² Такође, суд је и у другим ситуацијама примењивао теорију „плодова отровног дрвета“. Тако је суд у једној одлуци, закључио да је "пресуда заснована на недозвољеном доказу када се окривљени изјашњавао о својој изјави датој полицији иако је белешка о том разговору издвојена из списка (члан 368. став 1. тачка 10. ЗКП)", ⁹³³ а у другој одлуци да се „не може користити исказ сведока о ономе што је чуо од привилегованог сведока који није био упозорен на то своје право“. ⁹³⁴

Дакле, систем незаконитих доказа је постављен веома строго, и поред извесне релативизације у судској пракси. ⁹³⁵ Суд је дужан да води рачуна о законитости доказа, али да истовремено утврђује истину у поступку. Процесна санкција заснивања одлуке на незаконитим доказима је апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступку на коју

⁹²⁹ *Ibid.*, 217-218.

⁹³⁰ М. Грубач, *Кривично процесно право- Увод и општи део*, III издање, Службени гласник, Београд, 2004, 291.

⁹³¹ Решење Окружног суда у Београду Кж 2333/02 од 19.10.2002. године и решење Трећег општинског суда у Београду К 582/02 од 18.06.2002. године.

⁹³² Пресуда Врховног суда Србије, Кж.1 1964/04 од 29.12.2004.године, пресуда Врховног суда Србије, Кж.1 2064/05 од 21.12.2005. године и пресуда Врховног касационог суда, Кзз 90/10 од 07.04.2010. године.

⁹³³ Пресуда Врховног суда Србије Кж 986/04 од 09.11.2004. године и пресуда Окружног суда у Пироту К 6/03 од 11.02.2004. године.

⁹³⁴ Пресуда Окружног суда у Суботици, Кж497/07 од 31.03.2008. године.

⁹³⁵ Види: В.Бајовић (2013),755-756. Као пример се, између осталих, наводи већ цитирана одлука Апелационог суда у Београду, Кж.1 3892-1/2011 од 28.09.2011. године, у којој је заузето становиште да „употреба евентуалне силе према окривљеном мора бити на несумњив начин утврђена, тј. о таквој чињеници мора постојати правноснажна пресуда, у ком поступку би лице које је према окривљеном евентуално применило силу било осуђено за извршење кривичног дела против службене дужности."

другостепени суд пази по службеној дужности (чл. 380 ст. 1 тач. 1 ЗКП), што даје основа за тумачење да је тежња законодавца била усмерена на то да коришћење незаконитих доказа аутоматски доводи до укидања пресуде.⁹³⁶ Поред тога, постојала је могућности улагања ванредног правног лека у случају ове повреде.⁹³⁷

2. Незаконити докази према важећем Законику о кривичном поступку

2.1. Основне новине у ЗКП, нови адверзијани елементи и измене у систему незаконитих доказа

Усвајањем Законика о кривичном поступку из 2011. године, кривични поступак у Србији, који је мешовитог карактера, установљава на новим адверзијалним елементима, уз задржавање појединих традиционалних инкривизиторских решења. Њиме се „радикално се раскида са српском правном традицијом“, а на концепцијском плану, у кривичном поступку Србије „најзначајније су две новине: промена природе истраге и адверзијално уређење главног претреса“.⁹³⁸

Увођење јавнотужилачке истраге, која се спроводи на основу инкривизиторских основа, сушта је супротност страначком моделу поступка који доминира у судској фази поступка, док је јавни тужилац и орган поступка и странка у поступку. У теорији се истиче да је разлика између ових, „тешко спојивих структуралних елемената поступка“, изискивала додатне концепцијске промене, које су изостале,⁹³⁹ због чега је примена одређених законских норми парадоксална. Основна промена се огледа у напуштања традиционалног начела истине и успостављање пасивне улоге суда у доказном поступку, уз ограничену могућност да суд изводи доказе по службеној дужности и утврђује чињенично стање, без доказне иницијативе. Са друге стране као што се оправдано истиче у теорији, задржава се одговорност суда за тачно и потпуно утврђено чињенично стање, што доводи суд у незавидан положај. Као и код сваког страначког поступка, инсистира се на начелу расправности и терету доказивања на јавном тужиоцу, уводи се припремно рочиште на којем се ограничава доказна иницијатива странака, окривљени се изјашњава о оптужби, а потенцира се примена поједностављених форми решавања поступка, уз често споразумевање странака. Одбрани се даје право да сама прикупља доказе, иако, ово право, као што смо већ анализирали, није спроводиво нити даје резултате.⁹⁴⁰

⁹³⁶ В.Бајовић (2013), 756.

⁹³⁷ Чланом 430 ЗКП/2001 је предвиђао могућност улагања захтева за ванредно преиспитивање правноснажне пресуде у случају ове повреде, али је новелама из 2009. године ово ванредно правно средство избачено из нашег система.

⁹³⁸ В.Ђурђић, „Перспектива новог модела кривичног поступка Србије“, НБП – *Журнал за криминалистику и право*, 2015, 72.

⁹³⁹ *Ibid.*, 73.

⁹⁴⁰ М.Шкулић, „Степен (не)усклађености кривичног поступка Србије са европским стандардима“, *Европске интеграције и казнено законодавство* (Поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVI редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд, 2016, 68-69.

Што се тиче доказног поступка, указаћемо на два парадокса. Први се односи на то да су изузеци од начела непосредности остали неизмењени, те да суд може извршити увид у записнике о испитивању лица сачињене пред јавним тужиоцем, иако лице никада није испитано пред судом. У теорији се оправдано истиче да је нелогично да су „задржана су иста одступања заступљена у ранијем процесном законику, иако је драстично измењена правна физиономија истраге“, што нужно доводи до урушавања тзв. "једнакости оружја", као конститутивног елемента права на правично суђење, јер „докази изведени од јавног тужиоца и полиције у истрази, имају исту доказну снагу као и докази који се изводе на главном претресу“.⁹⁴¹

Други парадокс се односи на нашу тему дисертације. У претходном кривично процесном моделу, који се заснивао на начелу материјалне истине и активној улози суда у утврђивању чињеничног стања, успостављен је строги систем незаконитих доказа, који је за последицу имао апсолутну битну повреду одредаба кривичног поступка у случају да се судска одлука заснива на незаконитим доказима. Иако је судска пракса показала да постоји тенденција релативизације у изузимању доказа, нормативни оквир је неспорно пружао јаке гаранције окривљеном да против њега „неће бити коришћени незаконити докази“. Након доношења Законика о кривичном поступку из 2011. године, којим се уводи страначки модел поступка и бројни адверзијални институти којима се јача равноправност између странака и успоставља принцип „једнакости оружја“, као један од најважнијих принципа за остваривање права на правично суђење, очекивало се, ако не јачање доказних забрана, онда у „најмању руку“ да нормативне гаранције искључења незаконитих доказа буду неизмењене. Међутим, иако је озакоњена „теорија о плодовима отровног дрвета“ и тиме и формалноправно проширен круг незаконитих доказа који се издвајају, заштита од употребе незаконитих доказа је новим процесним законом, потпуно изгубила свој значај. Уместо апсолутно битне повреде одредаба кривичног поступка, заснивање судске одлуке на незаконитим доказима је релативно битна повреда кривичног поступку на коју суд не пази по службеној дужности, тако што се *"пресуда заснива на доказу на коме се по одредбама овог законика не може заснивати, осим ако је, с обзиром на друге доказе, очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда"* (чл. 438 ст. 2 т.1 ЗКП). Овим решењем, враћена је одредба из 1976 године, која је већ била критикована у теорији и стручној јавности. Т. Васиљевић је истицао да „правила о изузимању незаконитих доказа оваквом одредбом губе на значају“ док "оцена да ли би пресуда била иста и да је тај доказ изостао представља област чистих претпоставки“,⁹⁴² јер се пресуда никада не заснива само на једном доказу, па је увек могуће "образложити" да би пресуда била иста и без таквог доказа. И заиста, не може се ни замислити ситуација да се пресуда заснива само на спорном доказу и да без њега не би била донета иста пресуда.

В.Бајовић наводи да је изузимање незаконитих доказа „од посебног значаја у новоусвојеном расправном моделу који пасивизује суд стављајући акценат на тужiocев терет доказивања, па је у том смислу непоходно јаче инсистирање на томе да тужилаштво и полиција макар доследније примењују закон приликом прикупљања доказа, а у интересу заштите права одбране“.⁹⁴³ У супротном неће се спречити незаконито претресање, саслушање окривљеног, снимање и друге незаконитости у прикупљању доказа.

⁹⁴¹ С.Кнежевић, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2015, 72 – 75.

⁹⁴² Т.Васиљевић (1981), 604

⁹⁴³ В.Бајовић (2013), 754.

2.2. Појам и врсте незаконитих доказа према одредби члана 16 став 1 ЗКП

У Законику о кривичном поступку не дефинише се појам незаконитог доказа, али је у члану 16. став 1. ЗКП прописано „да се судске одлуке не могу заснивати на доказима, који су непосредно или посредно, сами по себи, или по начину прибављања, супротни Уставу, закону, општеприхваћеним правилима међународног права, као и међународним уговорима“. Изузетно, у поступку који се води због прибављања таквих доказа, овакви докази се могу употребити у кривичном поступку. Члан 84 ЗКП прописује „да докази који су прибављени противно члану 16. став 1. овог законика (незаконити докази) не могу бити коришћени у кривичном поступку“. За разлику од претходног законског решења, незаконити докази не само да више не могу бити основ за пресуду, већ не могу уопште бити коришћени у кривичном поступку. На овај начин осим формалног утицаја незаконитих доказа у сазнајном смислу спречава се и утицај фактичког прикривеног утицаја тих доказа док се налазе у предмету до судске одлуке. Незаконити докази се издвајају из списка, стављају у посебан запечаћени омот и чувају код судије за претходни поступак до правноснажног окончања кривичног поступка, а након тога се уништавају и о томе се саставља записник. Изузетно од става 2. овог члана, незаконити докази се чувају до правноснажног окончања судског поступка који се води због прибављања таквих доказа“. Како се ради о „судском поступку“, то се отвара могућност да се незаконити докази чувају до правноснажног окончања како кривичног (нпр. због изнуђивања исказа, нарушавања неповредивости стана и тд), тако и парничног поступка (на пр. за накнаду штете у случају телесне повреде или нарушења здравља или новчану накнаду нематеријалне штете), који буде покренут против лица која су прибавила незаконите доказе.⁹⁴⁴

Члан 84 ЗКП разрешава дилеме у термилолошком смислу, па недозвољени или недопуштени докази,⁹⁴⁵ како су најчешће називани у теорији и пракси, означава као „незаконите доказе“. Као што смо анализирали у првом поглављу може се поставити и питање да ли је термилолошко одређивање „доказа“ уопште адекватно с обзиром да се незаконитим радњама не могу утврђивати чињенице у поступку. У теорији се истиче и да је појам незаконитих доказа ужи од недозвољених доказа, па се теоретичари пре опредељују за „недозвољене доказе“, који обухватају не само доказе које закон изричито забрањује јер су у супротности са законом и другим актима, већ оне који су по оцени суда, сами за себе или по начину прибављања „у супротности са правни поретком, начелима поступка или друштвеним моралом“. ⁹⁴⁶ Новим решењем, опсег незаконитих доказа у општој одредби 16 став 1 ЗКП, проширује се и на посредно незаконите доказе чиме се сада нормативно и без дилеме прихвата теорија „плодова отровног дрвета“. Незаконитим доказима се сматрају не само они докази који су сами по себи или начину прибављања незаконити, већ и они који су законити али су „плод“ ових незаконитих доказа.

Закоником о кривичном поступку извршена је енумерација доказних средстава који су дозвољени у кривичном поступку, прописујући детаљно услове и начине њихове употребе од стране кривичнопроцесних субјеката (правила о саслушању осумњиченог, испитивању сведока и вештака, претресање стана и лица, тајном праћење и снимање и друга). Свако поступање процесних субјеката на начин супротан од прописаног, по правилу доводи до

⁹⁴⁴ Г.П.Илић (2015), 85.

⁹⁴⁵ Д.Димитријевић (1981), 194.

⁹⁴⁶ М.Писарић, „О недозвољеним доказима у кривичном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2010, 366.

незаконитог доказа. Поред тога, Законик се опредељује за слободан систем доказних средстава,⁹⁴⁷ што значи да не искључије друга доказна средства, али за разлику од претходног законика не предвиђа њихову форму,⁹⁴⁸ већ судовима даје слободу да у складу са принудним прописима и начелима поступка одређује да су употребљена доказна средства законита, а њихови резултати поуздани и примењиви у кривичном поступку.

Систем незаконитих доказа се није мењао и заснива се на издвајању незаконитих доказа, који су *ex lege* прописани у закону и судском издвајању доказа који су у супротности са одредбом члана 16 став 1 ЗКП. Дакле, законодавац је препустио суду да оцени да ли су остале повреде које нису изричито прописане законом, по свом карактеру такве да би се доказ сматрао незаконитим.⁹⁴⁹ С обзиром на карактеристике нашег система, Г. Илић истиче да се разликује „апсолутна и релативна незаконитост доказа с обзиром на начин њиховог прибављања“, а да „релативна незаконитост нема за последицу обавезно издвајање таквог доказа из поступка, већ то зависи од оцене суда у којој мери је начин прибављања одређеног доказа у супротности с правним поретком и стандардима људских права у кривичном поступку“.⁹⁵⁰ За разлику од решења у упоредном праву, законодавац није прописао који су то интереси којима се суд води када „вага“ да ли ће одређени доказ сматрати незаконитим и издвојити га из кривичног поступка, а то није учинила ни судска пракса. По начину издвајања наш систем је апсолутни с обзиром да се прописује обавеза издвајања незаконитих доказа, а по процесној санкцији он је релативан, јер судска одлука може заснивати на незаконитом доказу, ако то није једини доказ због којег би се донела иста пресуда.

Што се тиче незаконитих доказа који су изричито прописани у Законнику о кривичном поступку, најпре је у одредби члана 9 ЗКП је прописана забрана мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, примена силе, претње, принуде, обмане, медицинских средстава и захвата, као недозвољени начини утицаја на слободу воље учесника у поступку, којима се изнуђује признање, изјава или радња од окривљеног или другог учесника у поступку. Сваки доказ прибављен на овај начин мора се извојити из списка.

Законик изричито прописује да се на записницима и обавештења прикупљених од грађана из члана 288 ЗКП, не може заснивати одлука,⁹⁵¹ док је, као што смо већ објаснили, неспорно у судској пракси, да се ни овлашћена службена лица полиције не смеју саслушавати о садржини ових обавештења, јер су таква сазнања посредно незаконита. У одредбама које регулишу начин и услове под којима се предузимају посебне доказне радње,⁹⁵² изричито је прописано када се доказ не може користити у кривичном поступку и на њему заснивати судска одлука.

Незаконити докази су предвиђени и у посебним одредбама којима се регулишу доказне радње и они се не разликују од решења у претходном ЗКП. У члану 85. став 5. ЗКП прописано је да се судска одлука не може заснивати на исказу окривљеног, ако он није поучен или му није омогућено да користи права из члана 68 став 1 ЗКП, којима се јемчи

⁹⁴⁷ М.Писарић (2010), 363-364

⁹⁴⁸ Види члан 132а Законика о кривичном поступку из 2001.године.

⁹⁴⁹ Г.П.Илић (2015), 82.

⁹⁵⁰ *Ibid.*, 82-83.

⁹⁵¹ Члан 237 став 3 ЗКП.

⁹⁵² Чланови 161-187 ЗКП.

његово право на одбрану, ако изјава окривљеног из става 3. овог члана⁹⁵³ о присуству браниоца није унета у записник или ако је поступљено противно ставу 4. овог члана⁹⁵⁴ или ако је исказ окривљеног добијен противно члану 9. овог законика.

Ако је као сведок испитано лице противно члану 93. став 1. овог законика или ако лице које је ослобођено од дужности сведочења (члан 94.) није на то упозорено или се није изричито одрекло тог права или ако упозорење и одрицање није убележено у записник или ако је исказ сведока добијен противно члану 9. овог законика, на исказу сведока не може се заснивати судска одлука.⁹⁵⁵ Дакле, судска одлука се не може заснивати на исказу сведока, искључног од дужности сведочења нити ослобођеног од дужности сведочења. Лице које је искључено од дужности сведочења, може се испитати, ако то предложи окривљени или бранилац.⁹⁵⁶ Ако је вештак лице, које је ослобођено дужности сведочења, или је запослено код окривљеног, оштећеног, или неког другог послодавца, заједно са оштећеним и окривљеним, на његовом исказу се не може заснивати судска одлука.⁹⁵⁷

Одредбом члана 16. ЗКП-а разликују се докази који су у супротности Уставу, у супротности закону, у супротности општеприхваћеним правилима међународног права, као и у супротности међународним уговорима. Сваки доказ који је супротан било ком од наведених аката се сматра незаконитим, а често ће такав доказ бити у супротности са кумулативно више аката, као што је то на пример случај код забране мучења и нечовечног поступања, која забрана је предвиђена Уставом РС, ЕКЉП и Закоником о кривичном поступку. Незаконити докази могу бити по својој природи „сами по себи“ незаконити или прибављени на незаконит начин, а могу бити изворни (непосредни) и деривативни (посредни), који су произашли из њих. Задржавањем ове поделе, законодавац је пропустио прилику да „степенује“ повреде права која су зајемчена Уставом, законом, општеприхваћеним правилима међународног права и међународним уговорима. Наиме, није свака супротност овим актима таквог квалитета да треба да доведе до незаконитости прибављања доказа. Овако екстезивно дефинисање незаконитих доказа без истицања суштинских и важних повреда Устава и других аката доводи до релативизације изузимања доказа у ситуацијама када је то преко потребно.

Навешћемо пример закона из региона који другачије уређује питање опсега незаконитих доказа.⁹⁵⁸ Чланом 10. ЗКП РХ, прописано је:

⁹⁵³ „Окривљени ће се након тога позвати да се изричито изјасни о томе да ли ће узети браниоца по свом избору, уз упозорење да ће му ако не изабере браниоца у случају обавезне одбране, бити постављен бранилац по службеној дужности у складу са одредбама овог законика“ - члан 85 став 3 ЗКП.

⁹⁵⁴ „Окривљени може бити саслушан у одсуству браниоца ако се изричито одрекао тог права, ако уредно позвани бранилац није присутан иако је обавештен о саслушању (члан 300. став 1.), а не постоји могућност да окривљени узме другог браниоца или ако за прво саслушање окривљени није обезбедио присуство браниоца ни у року од 24 часа од часа кад је поучен о овом праву (члан 68. став 1. тачка 4), осим у случају обавезне одбране“ - члан 85 став 4 ЗКП.

⁹⁵⁵ Члан 95 став 4 ЗКП.

⁹⁵⁶ Члан 93 став 2 ЗКП.

⁹⁵⁷ Члан 116. став 1. и 2. ЗКП.

⁹⁵⁸ Члан 17 став 2 ЗКП Црне Горе прописује: „Судска одлука се не може заснивати на доказима који су прибављени повредама људских права и основних слобода зајемчених Уставом или потврђеним међународним уговорима, или на доказима који су прибављени повредама одредаба кривичног поступка, као и другим доказима за које се из њих сазнало, нити се такви докази могу користити у поступку“. Чланом 17 ЗКП Босне и Херцеговине (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 3/2003, 32/2003 – ispr, 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 – dr. zakon, 93/2009, 72/2013 i 65/2018):

„(1) Судске се одлуке не могу темељити на доказима прибављеним на незаконит начин (незаконити докази).

(2) Незаконити су докази:

1) који су прибављени кршењем Уставом, законом или међународним правом прописане забране мучења, нечовјечног или понижавајућег поступања,

2) који су прибављени повредом Уставом, законом или међународним правом зајамчених права обране, права на углед и част, те права на неповредивост особног и обитељског живота, осим у случају из ставка 3. овог чланка,

3) који су прибављени повредом одредаба казненог поступка и који су изричито предвиђени овим Законом,

4) за које се сазнало из незаконитих доказа.

(3) Не сматрају се незаконитима докази прибављени повредом права и слобода из ставка 2. тачке 2. овог чланка у поступку за тешке облике казних ђела из надлежности жупанијског суда, код којих интерес казненог прогона и кажњавања починитеља претеже над повредом права.

(4) Судска одлука не може се темељити искључиво на доказу из ставка 3. овог чланка.“

У Хрватској је Законом о казненом поступку из 2008. године реформисан систем незаконитих доказа и уведено је релативно издвајање одређене категорије доказа. Истакнуте су повреде које за последицу имају обавезно апсолутно издвајање, и друге повреде за које важи начело сразмерности односно „вагања“, слично оном које је развијено у немачкој судској пракси.⁹⁵⁹ О оправданости и предностима релативног издвајања незаконитих доказа биће више речи у петом поглављу, а сада анализирамо значај нормирања повреда на којима се заснивају незаконити докази. Као што можемо да приметимо, највећи степен заштите је прописан за кршење Уставом, законом или међународним право зајемчене забране мучења, нечовечног поступања, када ће се докази прибављени кршењем ове забране безусловно издвојити. У другу категорију спадају повреде права на одбрану, права на углед и част, неповредивост личног и породичног живота, које чине доказ незаконитим, осим у случају тешких кривичних дела, када интерес кривичног гоњења и кажњавања учиниоца, претеже над интересом заштите повреде права. Трећа група незаконитих доказа су они који су прибављени кршењем одредаба кривичног поступка и који су изричито предвиђени овим законом, на којима се не може искључиво заснивати одлука. Овако нормирање је прошло контролу Уставног суда РХ, који је својом одлуком од 19. јула 2012. године,⁹⁶⁰ као проблематично се поставило питање могућности конвалидације доказа прибављених повредом права на достојанство, које је до 2012. године било у другој групи незаконитих доказа, али је Законом о измјенама и допунама ЗКП-а (НН 143/12) избрисано из чл. 10. став 2. тачке 2 ЗКП РХ.⁹⁶¹

Забрањено је од осумњиченог, оптуженог или било којег другог лица које учествује у поступку изнуђивати признање или какву другу изјаву. Суд не може засновати своју одлуку на доказима прибављеним повредама људских права и слобода прописаних уставом и међународним уговорима које је Босна и Херцеговина ратификовала, нити на доказима који су прибављени битним повредама овог закона. Суд не може заснивати своју одлуку на доказима који су добијени на основу доказа из ст. 2. овог члана.

⁹⁵⁹ Види: Е. Ivičević Karas, „Осврт на реформу хрватског казненог поступка кроз призму окривљениковог права на правични поступак“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Број 68, 2014, 488-489.

⁹⁶⁰ Одлука и решење U-I-448/2009, U-I-602/2009, U-I-1710/2009, U-I-18153/2009, U-I-5813/2010, U-I-2871/2011.

⁹⁶¹ I. Martinović, D. Kos (2016), 334.

Значајно је напоменути да је ЗКП РХ пре 2008. године примењивао исти систем незаконитих доказа који је прописан нашим ЗКП из 2001. године, а да су након тога учињене ове реформе.⁹⁶² Систем у којем су све повреде произашле незаконитим прикупљањем доказа једнаке, уз вишегодишњу тенденцију судске праксе да релативизује и „избегава“ издвајање доказа, потпуно губи свој смисао. Нити све повреде треба да доведу до последице издвајања незаконитих доказа нити све незаконите доказе треба релативизовати. Једини начин да се осигура да се докази прибављени озбиљним кршењем права која су заграбована уставом и међународним актима, је нормирање повреда права уз селекцију оних које аутоматски повлаче са собом последицу изузимања доказа.

Основна новина у кривичном поступку тиче се процесне санкције употребе незаконитих доказа. Уколико се судска одлука заснива на незаконитом доказом, биће захваћена релативно битном повредом кривичног поступка на коју суд не пази по службеној дужности. Дакле, пресуда се неће укинути, уколико би се, с обзиром на друге доказе, очигледно и без тог доказа донела иста пресуда.⁹⁶³ Ова одредба се односи на било који незаконит доказ па и онај који је прибављен кршењем забране мучења и нечовечног поступања и других забрањених средстава.

2.2.1. *Незаконити докази сами по себи и по начину прибављања*

Докази који су незаконити сами по себи или директно правно неваљани докази,⁹⁶⁴ су они који су садржински односно по својој природи у супротности са правним прописима или међународним стандардима о заштити људских права. У теорији се сматра да се у основи и не ради о доказу, јер „не постоји веродостојан материјални основ за извођење закључка о чињеници која се утврђује у поступку“.⁹⁶⁵ И заиста веома је тешко извојити доказе који су незаконити сами по себи, а да се незаконитост не односи на њихов начин прибављања. Као примери оваквих доказа се у теорији и пракси се наводе, ирационална доказна средства, као што је случај са „лицима која немају непосредна сазнања о самом догађају, али познају окривљеног и својим ауторитетом би се заклели да окривљени не би могао да изврши кривично дело“,⁹⁶⁶ или заклетвом као доказним средством или кривичном пријавом која не представља доказ.⁹⁶⁷ Незаконити докази сами по себи су и обавештења примљена од грађана, с обзиром да су прибављена на начин који прописује закон али се не могу користити као доказ у кривичном поступку.

Докази који су прибављени на незаконит начин или индиректно правно неваљани докази су они који су законити сами по себи, али су прибављени на незаконит начин. Начелно, свако поступање у прикупљању доказа, противно закону чини доказ незаконитим,

⁹⁶² Члан 9. ст. 2. ЗКП је под незаконитим доказима сматрао оне „који су прибављени кршењем Уставом, законом или међународним правом зајамчених права обране, права на достојанство, част и углед те права на неповредивост особног и обитељског живота, као и они докази који су прибављени повредом одредаба казненог поступка и који су изричито предвиђени овим Законом, те други докази за које се из њих сазнало”, Више о томе: Marina Carić: „Zabrana utemeljenja sudskih odluka na nezakonitim dokazima“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol.13, 2/2006, Zagreb, 993-1033.

⁹⁶³ Члан 438 став 2 тачка 1 ЗКП.

⁹⁶⁴ М.Шкулић (2014), 191.

⁹⁶⁵ Г.П. Илић (2015), 82.

⁹⁶⁶ Окружни суд у Београду Кж. 139/02 од дана 30.01.2002. године - цитирано према: Г.П. Илић (2015), 82.

⁹⁶⁷ Т.Васиљевић, М.Грубач (2005), 54.

али то не значи да свака незаконитост у прикупљању доказа производи процесно дејство. Разликује се формална повреда од материјалне повреде која доводи до незаконитости доказа, па се на пример, неће сматрати незаконитим доказом „искказ сведока приликом чијег испитавања је суд пропустио да унесе у записник упозорење да може ускратити одговор на одређена питања, ако она нису ни постављена“.⁹⁶⁸ Незаконит начин прибављања доказа може бити изричито законом прописан, када се судска одлука не сме засновати на таквом доказу. Уколико је окривљени саслушан без браниоца у поступку у којем је обавезна одбрана, суд ће извојити записник о саслушању окривљеног. Када закон изричито не предвиђа незаконит начин прибављања доказа, суд одлучује о томе да ли ће доказ који је прибављен кршењем неке одредбе о кривичном поступку или загрантованог права, извојити као незаконит. По правилу, поступање супротно одредбама које уређују начин и услове под којима се предузимају доказне радње у кривичном поступку, има за последицу издвајање доказа. На пример, када је „на записнику о претресању стана констатовано само присуство браниоца и окривљеног, а не и два сведока, а обзиром да Законик о кривичном поступку, као формални услов за законитост ове доказне радње прописује присуство два пунолетна грађанина као сведока, овакав записник о претресању стана и других просторија цени се као незаконит доказ *по начину прибављања*“.⁹⁶⁹ Изведени докази су „*по начину прибављања незаконити*, када овлашћена службена лица органа унутрашњих послова провоцирају одређено лице на извршење кривичног дела, уместо да се ограничи на истраживање криминалне делатности тог лица на, у основи, пасиван начин без активног подстрекавања да дело буде извршено“.⁹⁷⁰ Доказ мора бити непосредни резултат незаконите радње у прикупљању доказа или да је произашао из незаконитог доказа (теорија „плодова отровног дрвета“). У одлуци Врховног касационог суда, закључено је да „чињеница да јавни тужилац није у законом предвиђеном року из члана 296. став 2. ЗКП донео наредбу о спровођењу истраге, не утиче на законитост претходно прибављених доказа у току преткривичног поступка уколико су они прикупљени у складу са одредбама Законика о кривичном поступку“.⁹⁷¹

2.2.2. Непосредно и посредни незаконити докази

Непосредни незаконити докази су они који су сами по себи или по начину прибављања непосредно незаконити, а посредно незаконити су они који су законити али који су произашли из незаконитих доказа. Формулацијом о незаконитости доказа који је посредно, према начину прибављања, супротан Уставу, Законнику, другом закону и стандардима људских права у кривичном поступку, законодавац је изричито прихватио доктрину о „плодовима отровног дрвета“.⁹⁷² У члану 10. став 2. тачка 4. Закона о казненом поступку Хрватске, још је експлицитније формулисана ова теорија, јер је одређено да се

⁹⁶⁸ А. Гарачић, Д.Новосел (2018), 32-33.

⁹⁶⁹ Решење Апелационог суда у Новом Саду Кж. 2 306/15 од 24.02.2015. године и решења Вишег суда у Новом Саду Кв 1192/14 од 06.02.2015. године, Билтен Вишег суда у Новом Саду, број 6/2015, Интермех, Београд.

⁹⁷⁰ Пресуда Вишег суда у Нишу К бр. 248/10 од 30.12.2010. године, Билтен Вишег суда у Нишу, број 32/2014, Интермех, Београд.

⁹⁷¹ Пресуда Врховног касационог суда К33. 1247/17 од 07.12.2017. године, решење Апелационог суда у Београду Кж2. 1502/17 од 17.10.2017. године и решење Вишег суда у Београду К. 373/17 – Кв. 2474/17 од 18.09.2017. године, Билтен Вишег суда у Београду, број 89/2018, Интермех, Београд.

⁹⁷² Г.П. Илић (2015), 83.

„незаконитим доказима сматрају докази, прибављени из незаконитих доказа“. Да би се посредни доказ сматрао незаконитим, потребно је да је прибављен на основу материјала који се сматра доказом, иначе се не би могла приметити теорија „плодова отровног дрвета“.⁹⁷³ Самим тим, како проф. Г. Илић сматра „доказ који је незаконит сам по себи не представља основ за извођење закључка о чињеници која се утврђује у кривичном поступку“, па се ни у том случају не може приметити ова теорија.⁹⁷⁴ У пракси највише судске инстанце су се посредно незаконитим доказима сматрале искази сведока који су произашли из сазнања сведока који никада није испитан у кривичном поступку. У образложењу једне одлуке⁹⁷⁵ се наводи да се првостепена пресуда заснива на „исказима сведока ББ, ВВ и др ГГ, који су се изјашњавали о ономе што им је оштећено дете саопштило у вези са критичним догађајем, а које лице у току поступка никада није испитано у вези са чим су у првостепеној пресуди дати разлози због чега је одбијен предлог одбране да се оштећени саслуша са образложењем да је тим вештака кабинета за судску психијатрију Клиничког центра Војводине оценио да би учествовање оштећеног у кривичном поступку као сведока за њега било веома трауматично, чак и уз ограничења прописана законом и да оштећени није способан да схвати значај права да је ослобођен од дужности сведочења, узимајући у обзир његова когнитивна ограничења“. По налажењу Врховног касационог суда „исккази наведених сведока су посредно незаконити докази, јер се односе на чињенице које су сазнали од оштећеног детета, а о којима то лице није сведочило ни пред јавним тужиоцем нити пред судом, што је у супротности са одредбама члана 68. став 1. тачка 10) ЗКП, и члана 33. став 5. Устава Републике Србије, према којима окривљени, између осталог, има право да испитује сведоке оптужбе, па се самим тим, на тим доказима не може заснивати судска одлука у смислу члана 16. став 1. ЗКП“.

2.3. Примена теорије „Плодова отровног дрвета“ и њених изузетака на законско решење

Доктрина за коју је Дамашка тврдио да „континенталном правнику звучи као научна фантастика“⁹⁷⁶ званично је уведена у наш кривично процесни закон и оснажена у судској пракси. Преласком на расправни модел поступка „теорија о плодовима отровног дрвета“ и правила о изузимању незаконито прибављених доказа, додатно добијају на значају, будући да „отежавају“ тужиоцев доказни терет, стављајући тиме окривљеног у „равноправнији положај“.⁹⁷⁷ Следствено томе, ако су органи гоњења незаконито предузимали доказне радње, сносиће негативне последице кроз немогућност коришћења доказа (резултата) до којег су дошли и доказа који се сматра његовим „сазнајним садржајем“.⁹⁷⁸ На овај начин се спречава да се незаконит доказ конвалидира кроз друге доказе до којих се дошло захваљујући незаконитом радом процесних субјеката. Без примене ове теорије, не би се могло доследно

⁹⁷³ Berislav Pavišić, *Komentar Zakona o kaznenom postupku*, Rijeka, 2011, 88.

⁹⁷⁴ Г.П. Илић (2015), 84.

⁹⁷⁵ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 608/2020 од 15.09.2020. године.

⁹⁷⁶ „Exclusionary rules in this area are a rarity in continental law and the "poisonous fruit" doctrine sounds almost fantastic to civil law lawyers“ - M.Damaška (1973), 522.

⁹⁷⁷ В.Бајовић (2013), 755.

⁹⁷⁸ Marina Carić, „Izdvajanje nezakonitih dokaza iz spisa predmeta - ključni trenutak kaznenog postupka“, *Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva*, Zagreb, 2004., 298.

спровести изузимање незаконитих доказа из чињеничне грађе на основу које суд доноси одлуку. Иако суд може посредно незаконите доказе извојити по службеној дужности, по правилу, окривљени доказује да је доказ произашао из незаконитог доказа, а тужилац доказује да ти докази имају „независно порекло“ односно нису плод незаконитог доказа.⁹⁷⁹

Уставни суд је потврдио примену теорије „плодова отровног дрвета“, када је утврдио да је редовни суд, издвајањем записника о претресању из списка предмета као доказа на којем се не може заснивати судска одлука, улазак у стан и претресање које је након тога извршено у суштини оценио као незаконите, а да се такав недостатак није могао отклонити саслушањем полицајаца који су извршили претрес стана и читањем потврде о одузетим предметима, јер је реч о доказима који не би постојали да није било незаконитог уласка у стан и извршеног претресања.⁹⁸⁰ Реч је, дакле, о доказима који су, посредно, према начину прибављања у супротности са Уставом предвиђеним јемствима о неповредивости стана, као и одредбама ЗКП о начину на који се без одлуке суда може ући у стан или друге просторије и извршити претресање, а услед тога се ни судска одлука не може на њима заснивати.⁹⁸¹

У судској пракси је углавном јединствено становиште да се „као законити докази не могу се прихватити нити докази који сами по себи нису незаконити, али произилазе из незаконито прибављеног доказа“. Врховни касациони суд утврдио да су незаконити докази записник о претресању стана и записник о претресању гараже, јер је претресу присуствовао само један сведок, па је незаконита и потврда о привремено одузетим предметима, који је произашла из незаконитих претресања.⁹⁸² У сличној ситуацији, апелациони суд је сматрао да је „правилно усвојен предлог браниоца окривљеног, да се из списка предмета издвоје и записник о претресању стана и других просторија, будући да се ради о незаконитом доказу, при чему је првостепени суд доказе, који су проистекли из овог доказа, оценио као незаконите, а имајући у виду да је у нашем кривично процесном праву, када су у питању овакви докази прихваћена теорија о "плодовима отрованог дрвета", која подразумева да се не могу прихватити као законити докази ни докази који сами по себи нису незаконити, али произилазе из незаконито прибављеног доказа“.⁹⁸³

У другој одлуци, другостепени суд је утврдио да је дошло до битне повреде одредаба кривичног поступка, када првостепени суд „није узео у обзир записник о претресању просторија окривљеног и потврду о привремено одузетим предметима већ су они издвојени из списка предмета као докази на којима се пресуда не може заснивати, али је зато њихову садржину утврдио преко исказа полицајских службеника, тако што је исте саслушао на околности где је претрес извршен, ко је присуствовао претресању, које ствари су пронађене, њихов опис и локацију где су се налазиле“. У образложењу ове одлуке се наводи „да је суд, предузимањем радње саслушања полицајских службеника као сведока, које је извршено у складу са Закоником о кривичном поступку, утврдио чињенице које се тичу садржине незаконитих доказа-записника о претресу стана и других просторија и потврде о привремено одузетим предметима, и тако заобишао императивне одредбе наведеног законика о недозвољеним доказима“, даље се констатује и да је „суд слободан у оцени доказа, али не

⁹⁷⁹ Odluka VSRH, I Kž-581/15-4 od 10.11. 2015.godine - A.Garačić, D.Novosel (2018a), 36.

⁹⁸⁰ Одлука Уставног суда Србије, Уж 3650/2012 од 11.12.2014.године, цитирано према: Горан П.Илић, „Судско тумачење и правна сигурност у кривичном праву“, *Култура полиса*, 32/2017, 393.

⁹⁸¹ Г.П.Илић (2015),83.

⁹⁸² Пресуда Врховног касационог суда Кзз 620/2020 од 15.7. 2020. године.

⁹⁸³ Пресуда Апелационог суда у Београду КЖ1 176/20 од 10.09.2020. године и пресуда Вишег суда у Београду К 441/17 од 21.11.2019. године, Билтен Вишег суда у Београду, број 91/2020, Интермех, Београд.

може се користити сваки извор њиховог прибављања, јер је битан начин на који се долази до истинитог утврђивања чињенице, а у конкретном случају искази полицијских службеника се заснивају на незаконитом претресу стана и других просторија, па су и сами незаконити“.⁹⁸⁴

Наш законик и судска пракса су се начелно определили за ригидну примену теорије „плодова отровног дрвета“, иако је, америчка пракса, која је послужила као узор нашем законодавцу, створила многе изузетке од примене ове теорије. Главна предност оваког приступа, представља апсолутну заштиту права окривљеног, али, са друге стране, у неким ситуацијама, корисно је да се утврди да ли постоји директна веза између незаконитог и посредног доказа или да ли би посредни доказ био откривен и без првобитног незаконитог доказа, уместо што судска пракса, по потреби, прибегава неиздвајању доказа, ослањајући се на питање „да ли би пресуда и без тог доказа била донесена“.

3. Докази и извори сазнања који су незаконити по општим одредбама ЗКП

3.1. Обавештења и изјаве грађана прикупљена у предкривичном поступку

Обавештења и изјаве грађана прикупљена у предкривичном поступку представљају неформалне радње на основу којих полицијски службеници заснивају своја сазнања о кривичном делу и учиниоцу. Она нису доказ у кривичном поступку и суд не може заснивати своју одлуку на њима, јер закон не прописује процесну форму и гаранције које су прописане за саслушање окривљеног и испитивање сведока. Још је Огорелица указивао да се полицијски записници не смеју читати на главном претресу осим ако се не ради о записнику са увиђаја и претрагама, који могу бити конвалидирани од стране судије.⁹⁸⁵

У складу са начином прикупљања који је оперативног карактера, ови докази немају процесноправну вредност, већ само информативну. Бајер сматра да се ради о тзв. доказима у спознајном смислу или неформалним доказима,⁹⁸⁶ који служе органу поступка (јавном тужиоцу) да на њима заснива основ/основану сумњу да је одређено лице извршило кривично дело и захтев за спровођење истраге, као и да из њих определе истражне радње које ће се предузети у претходном поступку. На основу записника и обавештења сачињеним у преткривичном поступку, полиција сачињава кривичну пријаву, ако је она подносилац, јавни тужилац темељи и своју одлуку о томе која лица ће позвати да у својству сведока дају своја непосредна и посредна сазнања о критичном догађају. Ове неформалне радње у виду, записника, обавештења, службених белешки имају значај за расветљавање спорних чињеница и „препуштене су иновативности и правилима искуства и логике, па због тога и требају да буду слободне од прописа који би регулисали њихову форму и облик“.⁹⁸⁷

У упоредно правним системима, доказни значај неформалних радњи које се предузимају у преткривичном поступку је регулисан на различитим принципима. Према

⁹⁸⁴ Пресуда Апелационог суда у Нишу Кж 557/14 од 05.02.2015. године, Билтен Вишег суда у Нишу, број 33/2015, Интермех, Београд.

⁹⁸⁵ Nikola Ogorelica, *Kazneno procesualno pravo*, Zagreb, 1899, 462.

⁹⁸⁶ V. Bayer (1978), 110.

⁹⁸⁷ D.Крарас (2020),444.

истраживању Мах-Planck института за страну и упоредно кривично право у Немачкој, разликују се три модела: у првом је стриктно забрањено да се на претресу користите неформалне полицијске белешке о испитивању грађана као докази (Италија, САД, Данска), у другом је начелно забрањено али изузетно допуштено уколико се странке сагласе (на пример у Немачкој) или је лице које је дало изјаву у даљем поступку недоступно, или се предочавање белешки користи како би се испитала веродостојност исказа сведока на расправи, и трећи модел, начелно допушта да се користе белешке о испитивању грађана без огачења (Француска) или ако се појављују као једино доказно средство (Холандија).⁹⁸⁸

Према одредбама нашег закона, судија за претходни поступак ће по службеној дужности или на предлог странака и браниоца, након завршене истраге донети решење о издвајању сачињених записника и обавештења од стране полиције (у погледу свих обавештења која су, у смислу члана 282. став 1. тачка 2 и став 4. и члана 288. овог законика, јавном тужиоцу и полицији, дали грађани).⁹⁸⁹ Истим чланом прописано је да ће јавни тужилац када подигне оптужницу без спровођења истраге (непосредно оптужење), доставити списе у којима се налазе оваква обавештења судији за претходни поступак, који ће поступити по одредбама овог члана.⁹⁹⁰ Законик, установљавањем ове *ex officio* обавезе судије за претходни поступак, не оставља „простор“ да ове белешке и записници буду саставни део списка у даљој фази поступка и тиме на било који начин утичу на расправни суд приликом доношења одлуке. Уколико се, пак, пре подизања оптужног акта не издвоје, суд има обавезу у даљем току поступка, по службеној дужности и по предлогу странака да их издвоји из списка.⁹⁹¹ Разлог издвајања записника и обавештења је у томе што би употреба исказа који су добијени без икаквих процесних формалности, чинила бесмисленим доказе који се прикупљају уз поштовање процесне форме и гаранције правичног суђења и заштите људских и грађанских права.⁹⁹² У Босни и Херцеговини, на пример, овлашћена службена лица могу прикупљати изјаве од стране грађана и оне могу бити доказ у кривичном поступку, уколико службеници поступи у складу са одредбом члана 86 ЗКП БиХ, односно уколико упозоре лице на права и дужности које имају као сведоци у кривичном поступку.⁹⁹³

Међутим, наведена обавеза издвајања ових записника и обавештења, иако има свој смисао, у пракси, заправо, уопште није „заживела“. Ако би смо извршили увид у правноснажно окончане предмете првостепених судова, запазили би смо да се службене белешке и комплетан прилог достављен уз кривичну пријаву налази у списима. Разлози за такво поступање могу се видети у пасивности судије за претходни поступак да поступа у складу са својом обавезом, а касније и пасивности странака да инсистирају на издвајању ових белешки у фази потврђивања оптужнице и даљем току поступка.

⁹⁸⁸ *Strafprozessreform: Konzepte und Orientierungen zum neuen Vorverfahren* (1991), 194-201, цитирано према D.Кгарас (2020), 444-445.

⁹⁸⁹ Члан 237 став 3 ЗКП. У записнике и обавештења у смислу одредбе члана 237 ЗКП, не спада записник о саслушању окривљеног у полицији у присуству браниоца.

⁹⁹⁰ Истоветна одредба постоји у члану 211 Законика о кривичном поступку Crne Gore, *Službeni list Crne Gore*, br. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – одлука US, 2/2015 – одлука US, 35/2015, 58/2015 – др. закон и 28/2018 – одлука US.

⁹⁹¹ Члан 337 став 6 ЗКП, 346 став 5 ЗКП, 358 став 1 ЗКП и 407 став 1 тачка 2 ЗКП. Пред другостепеним судом је утврђена иста обавеза издвајања 445 став 2 ЗКП.

⁹⁹² V. Bayer (1978), 118.

⁹⁹³ Види члан 219 Закона о кривичном поступку Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 3/2003, 32/2003 – ispr, 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 – др. закон, 93/2009, 72/2013 и 65/2018.

Навешћемо пример хрватског закона о казном поступку који садржи другачије, али засигурно, практичније решење. Одредбом члана 86 став 3 и 4 ЗКП РХ, прописано је:

„Државни одвјетник уз оптужницу за казна дјела за која је прописана казна затвора тежа од пет година не доставља обавијести које су у складу с чланком 208. овог Закона дали грађани, записнике из чланка 206.г ставка 4. овог Закона те изјаве из чланка 205. ставка 7. овог Закона. Ако је државни одвјетник доставио обавијести и записнике противно ставку 3. овог чланка, председник оптужног вијећа дужан их је издвојити након примитка оптужнице те вратити државном одвјетнику“

У хрватском кривичном поступку, дакле, јавни тужилац уз оптужницу за кривична дела преко пет година, не доставља записнике и обавештења прикупљена у предкривичном поступку, а уколико их ипак достави, председник оптужног већа ће их извојити из списка и вратити јавном тужиоцу. Овде се процесно поступање разликује у односу на издвајање незаконитих доказа (који и према хрватском закону стављају у посебан омот и чувају код судије за претходни поступак). Записници и обавештења која су прикупљена од стране полиције, се не сматрају доказима у кривичноправном смислу уопште, због чега се исти не издвајају у фази истраге, а након оптужења се ни не достављају.⁹⁹⁴ И заиста, можемо да се сложимо да службена белешка о примљена од грађанина не представља доказ који незаконит по свом начину прибављања, јер Законик управо предвиђа такву форму у којој је сачињена. Осим тога, у хрватским коментарима се истиче да се „на основу тих белешки не примењује теорија плодова отровног дрвета“.⁹⁹⁵ Записници и белешке се достављају уз оптужницу за кривична дела до пет година, јер уколико није спроведено истраживање нема ни записника о испитивању сведока, па оптужно веће не би могло донети одлуку о потврђивању оптужнице. Када оптужно веће потврди оптужницу оно ће издвојити ове белешке и записнике.

С обзиром на праксу домаћих судова да се записници и белешке у смислу члана 288 ЗКП достављају суду уз оптужницу, да их кривично ванрасправно веће по правилу не издваја из списка, већ су њен саставни део током читавог поступка, па се у судској пракси јављају питања њиховог утицаја на друге доказе, које их „контаминирају“ на различите начине.

Тако је заузето становиште да се "оштећени не може испитивати у својству сведока у погледу садржине обавештења које је дао органу полиције, па ни у погледу околности зашто се садржина његовог исказа у обавештењу разликује од исказа који је дао пред истражним судијом, јер се на таквом обавештењу не може заснивати судска одлука."⁹⁹⁶ Суд не може предочавати сведоцима на главном претресу службене белешке о њиховим исказима датим у полицији, које не могу бити доказ нити упитати сведоке за разлике у казивању, јер тиме на посредан начин цени белешке као доказе, иако их није прочитао на главном претресу, чиме заснива и пресуду на доказу на коме се не може заснивати.⁹⁹⁷ Сведок полицијски службеник се не може испитивати на околности садржине службених белешки које је сачинио нити изјаве грађана коју је узимао у преткривичном поступку. У једној одлуци другостепеног суда се наводи да је првостепени суд правилно закључио да у ситуацији када „држављанин Ирака и држављанка Мађарске нису испитани у својству сведока, те нису упозорени на своја права у складу са одредбама Законика о кривичном поступку, нарочито о праву да на језику који употребљавају дају свој исказ и праву на превођење нити је о њиховим сазнањима сачињен записник у складу са Закоником, то се ни наводи полицијских службеника о таквим

⁹⁹⁴ Odluka VSRH, I Kž-464/17-4 od 3. oktobra 2017. godine.

⁹⁹⁵ А.Гарачић, Д.Новосел, (2018а), 239-240.

⁹⁹⁶ Решење Вишег суда у Нишу Кв. 642/10 од 24.06.2010. године, Билтен Вишег суда у Нишу, број 32/2014, Интермех, Београд.

⁹⁹⁷ Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж1 7092/10 од 01.02.2011. године.

сазнањима до којих су дошли у разговору са њима не могу користити као доказ у кривичном поступку“.⁹⁹⁸

Супротно томе, Врховни касациони суд је у једној својој одлуци заузео становиште да се полицијском службенику може предочити службена белешка коју је сачинио поводом догађаја и да она није незаконит доказ. У тој одлуци суд закључује да „службена белешка број 905/09 од 04.11.2009. године коју је сачинио полицијски службеник ББ сама по себи не представља незаконит доказ, те имајући у виду да је сведоку ББ приликом његовог испитивања на главном претресу одржаном пред Основним судом у Сенти дана 11.05.2016. године, с обзиром на протек времена од критичног догађаја, предочен садржај наведене службене белешке коју је сачинио поводом критичног догађаја и он је извршио увид у исту, те је изјавио да је потпис на службеној белешци његов и да је све било тако као што је наведено у службеној белешци, при чему примедби на исказ сведока од стране браниоца окривљеног није било, а што произилази из записника о главном претресу од 11.05.2016. године, то стога, по налажењу Врховног касационог суда, садржај службене белешке представља саставни део исказа сведока ББ и као такав не представља незаконит доказ“.⁹⁹⁹

Искази овлашћених службених лица полиције, могу бити доказ на коме се заснива судска одлука, уколико се изјашњавају о својим личним запажањима на лицу места,¹⁰⁰⁰ као и о својим чулним опажањима „при довођењу окривљеног у Полицијску станицу и о понашању окривљеног том приликом“.¹⁰⁰¹ У једној одлуци Врховног касационог суда се констатује да „када је у питању исказ сведока – овлашћеног службеног лица МУП-а ББ дат на записнику о главном претресу дана 19.11.2019. године, полицијски службеник се изјашњавао само о својим непосредним опажањима до којих је дошао приликом вршења службене радње поступања поводом поднете кривичне пријаве од стране оштећене, а која кривична пријава се односила на „нестајање“ новца, а није се изјашњавао о самој садржини разговора са оштећеном... то по оцени Врховног касационог суда исказ наведеног сведока није незаконит доказ“.¹⁰⁰² Такође, полицијски службеници се могу изјашњавати о чињеницама „да ли је окривљени указао на лице од кога набавља опојну дрогу и да ли је оперативним радом откривено лице од кога је окривљени набављао дрогу, јер те околности представљају основ за ослобађање од казне“.¹⁰⁰³

Сазнање полицијских службеника о томе где се налазе предмети извршења кривичног дела, до ког је дошао приликом предузимања службене радње, су чињенице о којима се полицијски службеници могу изјашњавати у свом исказу датом у кривичном поступку. У одлуци Врховног касационог суда, суд је разматрао захтев браниоца у којем се истиче да се

⁹⁹⁸ Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 од 681/20 од 03.09.2020. године и пресуда Првог основног суда у Београду К 194/19 од 11.06.2020. године. Види и решење Апелационог суда у Новом Саду Кж1 1174/12 од 10.06.2014. године и пресуда Вишег суда у Новом Саду К 1990/10 од 06.02.2012. године.

⁹⁹⁹ Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 446/19 од 15.05.2019. године. Види и пресуду Кзз 1341/18 од 27.11.2018. године.

¹⁰⁰⁰ Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 80/2014 од 27.02.2014. године; Пресуда Апелационог суда у Новом Саду бр. Кж.1 2350/13 од 24.10.2013. године и пресуда Основног суда у Сомбору бр. К.1490/12 од 03.04.2013. године.

¹⁰⁰¹ Пресуда Вишег суда у Ужицу Кж 16/21 од 3.02.2021. године и пресуда Основног суда у Ужицу К 436/20 од 19.11.2020.године.Види и пресуду Вишег суда у Зајечару Кж.437/14 од 13.03.2015.године и пресуду Основног суда у Зајечару ЗК.452/2013 од 15. 09. 2014. године.

¹⁰⁰² Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1080/20 од 27.10.2020. године. Види и пресуду Врховног касационог суда Кзз 1190/2020 од 20.10.2020.године.

¹⁰⁰³ Пресуда Апелационог суда у Београду Кж.1.бр. 4324/11 од 22.11.2011. године.

пресуда заснива на незаконитом доказу јер је „другостепени суд у својој пресуди Кж1 758/18 од 24.04.2019. године свој закључак – да је окривљена примила 20.000 евра у свом стану од ББ, засновао на исказу сведока ГГ који је у својству службеног лица извршио претрес стана окривљене дана 04.06.2008. године и који је у исказу навео да је ушао у стан окривљене, да је одмах питао где је новац и да му је окривљена одговорила: "То што тражите налази се ту" и показала му испод јастука који се налазио на кревету, тако да није ни вршен претрес“. Супротно наводима захтева, Врховни касациони суд налази „да побијаном пресудом није учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП, обзиром да исказ поменутог сведока по својој садржини не представља саопштавање изјаве окривљене о предметном догађају, у информативном разговору са полицијским службеником, већ се сведок ГГ изјашњавао о томе на који начин је вршен претрес стана окривљене АА, о чему се у току поступка могао изјашњавати“.¹⁰⁰⁴

3.2. Изнуђивање и присила у саслушању окривљеног и других лица у кривичном поступку

Прихватајући обавезе из међународних докумената, готово све државе су забрану мучења и нечовечног поступања преточиле у начело највишег правног акта. Устав Републике Србије прокламује неповредивост физичког и психичког интегритета прописујући да нико не може бити изложен мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању, нити подвргнут медицинским или научним огледима без свог слободно датог пристанка¹⁰⁰⁵. Према члану 28 Устава, према лицу се мора поступати човечно и с уважавањем личности.

Чланом 9 Законик о кривичном поступку, изричито предвиђа да је забрањена и кажњива свака примена мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, силе, претње, принуде, обмане, медицинских захвата и других средстава којима се утиче на слободу воље или изнуђује признање или каква друга изјава или радња од окривљеног или другог учесника у поступку. Посебним издвајањем забрањености мучења и осталих средстава на законодавном нивоу додатно се осигурава да се докази прибављени на овај начин не могу користити у кривичном поступку. У овој одредби се не предвиђа изричито да се судска одлука не може заснивати на исказима учесника у поступку уколико је исти дат применом наведених присилних метода. Оваква процесна санкција предвиђа се изричито уколико се ради о исказу сведока или окривљеног (члан 85 став 5 ЗКП и члан 95 став 4 ЗКП),¹⁰⁰⁶ међутим то се изричито не предвиђа за остале учеснике у поступку- нпр. судског вештака.¹⁰⁰⁷ У односу на остале учеснике у поступку процесна санкција се утврђује тумачењем члана 16 ЗКП, који се примењује у односу на све доказе који су незаконито прибављени односно прибављени у супротности са Уставом и законом.

Члан 9 ЗКП је осим забране мучења, нечовечног поступања или понижавајућег поступања, које представља међународни заштићени стандард и апсолутно право које се гарантује грађанима без изузетака, предвидео и друге облике којима се утичу на слободу вољу или изнуђује признање или каква друга изјава или радња од окривљеног или другог

¹⁰⁰⁴ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1342/2019 од 18.12.2019. године.

¹⁰⁰⁵ Члан 25 Устава РС (Сл. гласник РС, бр. 98/2006), у даљем тексту Устав РС.

¹⁰⁰⁶ Види члан 85 став 5 и 95 став 4 ЗКП.

¹⁰⁰⁷ За разлику од немачког кривично процесног закона који то изричито предвиђа, види одредбу 72 StPO.

учесника у поступку. Дакле према закону једнака заштита се пружа свим забрањеним средствима, па примера ради, иста последица наступа без обзира да ли се до изнуђивања признања дошло мучењем или нечовечним поступањем, или се дошло услед обмане или других средстава.

Поступање супротно члану 9 КЗ је санкционисано пре свега материјалним одредбама Кривичног законика, којима се прописује кривично дело изнуђивање исказа из члана 136 КЗ и злостављање и мучење из члана 137 КЗ. Кривично процесна последица примене мучења, нечовечног или понижавајућег поступања је изузимање доказа који су прибављени на овај начин. Суд би требао увек да изузме доказ када се до исказа учесника у поступку и других доказа дошло предузимањем наведених радњи присиле, којима се утиче на слободу воље или изнуђује признање. Узрочну везу између примене забрањених поступака и изнуђених реакција треба тумачити не само када окривљени призна или сведок укаже на окривљеног, већ и када се окривљени брани ћутањем, када износи нетачне или нелогичне информације или када сведок користи или не искористи своје право да не сведочи.¹⁰⁰⁸

Законик о кривичном поступку прописује незаконите радње присиле и утицања на вољу лица, наводећи мучење, нечовечно и понижавајуће поступање, силу, претњу, принуду, обману, медицинске захвате и друга средства, које радње треба разликовати од вештог испитивања путем законитих техника које нису забрањене у кривичном поступку уколико не представљају обману, клопку и било какво подстицање на кривично дело.¹⁰⁰⁹ Суд је закључио да су полицијски службеници изнуђивали исказ, када су „у вршењу службе у намери да изнуде изјаву од оштећеног, употребили према њему силу, тако што су га након привођења у просторије ОУП тукли тражећи да им да податке где се налази одређено лице, извршили су кривично дело изнуђивања исказа“.¹⁰¹⁰ Обмана је постојала у ситуацији када је окривљеном „приликом задржавања у полицији обећано да ће бити пуштен са задржавања и да неће против њега бити одређен притвор уколико призна кривично дело у присуству браниоца“. У овом случају, првостепени суд је правилно оценио да је исказ окривљеног дат у МУП-у РС, ПУ за град Београд, ПС Чукарица, изнуђен употребом обмане, односно недозвољеним обећањем, којим се утицало на слободну вољу окривљеног и на тај начин дошло до његовог признања које служи као доказ. Из образложења првостепене одлуке о издвајању незаконитог доказа произилази да је постојање *обмане*, утврђено из исказа окривљеног и исказа сведока (овлашћеног службеног лица и заменика тужиоца), ценећи околности конкретног догађаја, околности кривичног дела, осуђиваност окривљеног и уобичајено поступање тужиоца у сличним поступцима.¹⁰¹¹ Супротно томе суд је заузимао став да се не може радити о незаконитом доказу уколико нема ниједног доказа да су према окривљеном примењена недозвољена средства којима се утицао на његову вољу.¹⁰¹²

¹⁰⁰⁸ Горан П. Илић *et al.*, 108.

¹⁰⁰⁹ *Ramanauskas v Lithuania*, ECtHR, App. no.74420/01, 5 February 2008. и *Vanyan v. Rusia*, ECtHR, App. no. 53203/99, 15 December 2005.

¹⁰¹⁰ Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1524/02 од 10.09.2003.године.

¹⁰¹¹ Решење Апелационог суда у Београду Кж2. 810/16 од 19.05. 2016. и решење Вишег суда у Београду К. 791/11 од 4.03.2016. године, Билтен Вишег суда у Београду, број 87/2016, Интермех, Београд.

¹⁰¹² Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебно одељење, Кж1 По1 4/17 од 06.09.2017. године. Из образложења: „Из списка предмета не произилази да је према окривљеном била примењена сила, у полицији и у тужилаштву, нити је он у својим исказима помињао ову околност, а ни касније током поступка, при чему приликом пријема именованог у Окружни затвор у Београду, нису констатоване било какве повреде, а што произилази из налаза и мишљења сталног судског вештака ВВ, који се изјаснио о једној повреди која могла настати на дан хапшења али и раније, док је окривљени у свом исказу на главном претресу навео да су га у

Да би се радило о изноуђивању исказа применом недозвољених средстава, није спорно да је и према пракси ЕКЉП и према домаћој судској пракси, потребно да постоје одређени докази и чињенице односно као што ЕКЉП наводи да постоји „когзистенција довољно снажних, јасних и сагласних закључака или сличних необоривих чињеничних претпоставки“. Међутим, то никако не значи да та чињеница мора бити утврђена у кривичном поступку правноснажном осуђујућом пресудом. У једној одлуци Апелационог суда се наводи да „у ситуацији када су окривљени и његов бранилац записник о саслушању потписали без примедби, употреба евентуалне силе према окривљеном мора бити на несумњив начин утврђена, тј. о таквој чињеници мора постојати правноснажна пресуда, у ком поступку би лице које је према окривљеном евентуално применило силу било осуђено за извршење кривичног дела против службене дужности.“¹⁰¹³ Овакав став је у супротности са праксом ЕКЉП, која у својим одлукама, анализира све чињенице утврђене у поступку и околности које су релевантне за закључак да је у конкретном случају дошло до примене недозвољених средстава, попут мучења, нечовечног поступања и других облика утицања на вољу окривљеног или другог учесника у поступку. Делотворна истрага, према пракси ЕКЉП, не значи да је покренут кривични поступак, а по најмање да исти мора бити окончаан.

У пресуди Врховног касационог суда, којом су разматрани наводи о мучењу и злостављању окривљеног пред судијом за претходни поступак, се закључује да је суд „ради оцене законитости ових доказа био у обавези да спроведе делотворну истрагу у циљу утврђивања, да ли је злостављања било и да ли постоји евентуална узрочна веза између злостављања и прибављања наведених доказа. Ова обавеза проистиче из дужности примене члана 1. Конвенције за заштиту људских права и основних слобода којом се „јемчи свакоме у својој надлежности, права и слободе одређене у делу и ове Конвенције“, док се одредбом члана 3. наведене Конвенције експлицитно налаже постојање делотворне званичне истраге када лице изнесе кредибилну тврдњу да је поступано супротно члану 3. Конвенције од стране полиције или других државних органа. Да би истрага била делотворна, истрага и лица која је спроводе морају бити независна од оних чије се поступање истражује. Европски суд за људска права је у више својих пресуда (Крسمановић против Србије од 19.12.2017. године, Славко Лакатош и др. против Србије од 19.06.2012. године, Милановић против Србије од 14.12.2010. године и др.) изразио горе наведени став. Стога ће законитост записника о претресању окривљеног од 20.08.2013. године, као и законитост потврде о привремено одузетим предметима од 21.08.2013. године у односу на предмете одузете приликом претреса лица зависити од тако делотворно спроведене истраге, а ради утврђивања евентуалног утицаја злостављања и мучења окривљеног на законитост ових доказа“.¹⁰¹⁴

У предмету Станимировић против Србије,¹⁰¹⁵ ЕКЉП је утврдио да „употреба изјава окривљених у кривичном поступку прибављених мучењем или другим лошим поступањем као доказа за утврђивање правно релевантних чињеница у кривичним поступцима чине те поступке у целини неправичним“. Суд је констатовао и да је „у конкретном случају, и поред чињенице да је у кривичном поступку против подносиоца представке утврђено да је он

полицији тукли преко два и по сага, по свим деловима тела, те би у том смислу било животно и логично да је задобио већи број повреда у односу на оне које су констатоване у поменутом налазу, због чега правилно првостепени суд није прихватио његову одбрану коју је дао на главном претресу, где је негирао извршење кривичних дела, наводећи да је иста признао, јер је био изложен психичкој и физичкој тортури.“

¹⁰¹³ Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж.1 3892-1/2011 од 28.09.2011. године.

¹⁰¹⁴ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 620/20 од 15.07.2020. године.

¹⁰¹⁵ Станимировић против Србије, ЕСЉП, Представка број 26088/06, 18. октобар 2011, пар. 51 – 52. Више о пресудама против Србије: Марко Сладојевић, *Србија и Европски суд за људска права*, Службени гласник, Београд 2017, 109 – 110.

мучен у фебруару 2001. године и да су могући починиоци идентификовани, кривична истрага није обављена, па је јасно да наведени стандарди нису задовољени и да је дошло до повреде члана 3. Конвенције.“¹⁰¹⁶ У овом случају, домаћи судови су „утврдили да је подносилац представке мучен у полицијској станици у Смедереву и нису прихватили као доказ изјаве које је он тамо дао 10. и 17. фебруара 2001. године, али су одбили да забране прихватање изјава које је подносилац представке дао пред истражним судијом 13., 14. и 19. фебруара 2001. године. Лекарски извештаји потврђују да је подносилац представке био брутално претучен (његове повреде су укључивале и сломљено ребро) и да Влада не оспорава веродостојност навода подносиоца представке да је такође примио електричне шокове и био изложен претњама смрћу и гушењу. С обзиром на озбиљност овог мучења као и временску блискост признању пред истражним судијом, Суд не види ниједан разлог за сумњу да је подносилац представке заиста дао то признање из страха да ће га полиција даље мучити, што је према томе последица његовог злостављања у полицијској станици у Смедереву“.¹⁰¹⁷

У предмету Крсмановић против Србије¹⁰¹⁸ подносилац представке је указао на пропусте да држава спроведе независну, делотворну и темељну истрагу о његовом злостављању током хапшења и боравка у притвору. Суд је установио да је „поступање државних органа било неделотворно а посебно истичући идентификацију представника државе који су злостављали подносиоца представке иако је доказано да је подносилац представке био подвргнут злостављању док је био под контролом полиције што укупности представља сумњу Суда у погледу делотворности истраге, због чега је дошло до повреде процесне обавезе из члана 3. Конвенције“.¹⁰¹⁹

4. Извори сазнања који нису предвиђени Законом о кривичном поступку

4.1. Примена полиграфа и других психолошких метода приликом испитивања лица

Пре него што извршимо анализу да ли се окривљени може испитати применом полиграфа и какав то доказни значај има у кривичном поступку, подсетићемо се на основне карактеристике полиграфа.

У настанак данашњег модерног полиграфа (Lie detector) учествовали су многи научници, а сматра се да је прву машину за откривање лажи конструисао Ламброзо у 19 веку.¹⁰²⁰ Полиграф је данас инструмент који је прихваћен у многим земљама као средство које се користи у јавне и у приватне сврхе, за безбедносне провере, провере кредибилитета исказа, у борби против тероризма, али и као законито доказно средство. Специјализовани полиграфски тест (СИТ) је доказно средство прописано законима Јапана, Индије, САД, као и

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, пар. 41.

¹⁰¹⁷ Станимировић против Србије, пар. 52.

¹⁰¹⁸ *Крсмановић против Србије*, ЕСЈП, Представка број 19796/14, 19. децембар 2017. године.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, пар. 83-84.

¹⁰²⁰ Више о историји полиграфа: Ж.Алексић, М. Шкулић, *Криминалистика*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011; Ж. Алексић, „Примена полиграфа у кривичном поступку“, ур. М.Бошковић и Д. Лакићевић (ур.), *Пракса органа унутрашњих послова и кривичноправна проблематика примене полиграфа у откривању кривичних дела и учинилаца Београд*, Институт безбедности, 1987, 3–27.

у Мађарске, а најдужу традицију употребе има у САД. У теорији се не оспорава његов криминалистички значај и поузданост резултата, која по неким истраживањима износи чак и 99,94%, али европско континентални системи и даље нису спремни да га сврстају у законито доказно средство, већ његову употребу ограничавају на криминалистичку обраду предмета у преткривичним фазама поступка.¹⁰²¹

Полиграф се заснива „на старом искуству да човек када лаже по правилу доживљава узбуђење због страха да његова лаж не буде откривена“,¹⁰²² док се све те промене које настају у организму приликом одговарања на питања, бележе уз помоћ полиграфа. Постоје различити тестови и технике испитивања на полиграфу, али од суштинске важности су вештина и стручност испитивача који мора поседовати интедисциплинато знање како би резултати теста били поуздани. Осим тога, постоје механизми контроле и други фактори, који утичу на добијање „лажних“ резултата полиграфа, због чега се често оспорава његова поузданост.

Закон о полицији прописује полиграфско испитивање, као једну од дозвољених полицијских мера и радњи.¹⁰²³ Полицијски службеник може спровести ово испитивање ради прикупљања обавештења, искључиво уз добровољан писани пристанак лица и након што га упозна са радом уређаја. Обавезан пристанак лица произилази из Устава РС, који јемчи да је „физички и психички интегритет неповредив, те да нико не може бити изложен мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању, нити подвргнут медицинским или научним огледима без свог слободно датог пристанка.“¹⁰²⁴ Пристанак се може опозвати, па полицијски службеник мора прекинути примену полиграфског испитивања ако лице од којег се траже обавештења изјави да писану сагласност повлачи.¹⁰²⁵ Према Закону о полицији, полиграфско испитивање се, без обзира на пристанак, не може применити у односу на одређене категорије лица (лице које је под утицајем алкохола, опојних дрога или других психоактивних супстанци, лице које има озбиљна срчана обољења или респираторне сметње, лице у изразито стресном стању, лице које је под дејством лекова за смирење, лице које показује видљиве знаке душевне болести, привремене душевне поремећености или је у другом болесном стању које онемогућава испитивање, лице које осећа интензиван физички бол, трудници и породиљи, лице које није навршило 14 година живота). Технике испитивања прописује министар интерним актом полиције.

Законик о кривичном поступку не предвиђа полиграфско испитивање као доказну радњу нити прописује да се резултати овог испитивања могу користити у кривичном поступку. Основни приговор допуштености његове примене у кривичном поступку односи се на нужно задирање у приватност окривљеног, јер он приликом полиграфског испитивања не може давати исказ у слободном излагању, већ одговарајући на питање даје податке које можда не би пристао да даје.¹⁰²⁶ Његов пристанак се односи на учествовање у полиграфском испитивању, а не на свако питање које му буде постављено. Уколико би странке у кривичном поступку, приложиле извештај о полиграфском испитивању, суд не би могао да га уврсти у доказни поступак нити да на њему заснива одлуку. У судској пракси је у једној одлуци чак заузето становиште да у том случају суд не доноси решење о издвајању доказа као незаконитог, с обзиром да се уопште не ради о доказу. У овој другостепеног суда је наведено

¹⁰²¹ Више о томе види Иштван Фејеш, *Савремени криминалитет и доказно право*, Нови Сад, 2002, 133 и даље;

¹⁰²² V. Bayer (1978), 79.

¹⁰²³ Члан 47 Закона о полицији ("Сл. гласник РС", бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018).

¹⁰²⁴ Члан 25 Устава РС.

¹⁰²⁵ Члан 57 Закона о полицији.

¹⁰²⁶ V. Bayer (1978), 84.

да је „решењем на основу члана 84. ЗКП-а из списка предмета издвојен Извештај о полиграфском испитивању окривљених од 12.9.2019. године, иако у конкретном случају није било места издвајању, имајући у виду да је одредбом 84 ЗКП уређено питање незаконитих доказа, док извештај о полиграфском испитивању нема статус доказа, не користи се уопште у доказном поступку, па се у том смислу ни не издваја из списка предмета посебним решењем“.¹⁰²⁷ Извештај о полиграфском тестирању не може бити ни предмет изјашњења сведока у кривичном поступку, па се „судска одлука не може заснивати на исказу сведока (форензичког вештака - полицијског службеника) који је спровео полиграфско тестирање окривљеног и у свом исказу се изјашњавао о томе како се окривљени понашао када су му предочени резултати тестирања и шта му је окривљени након тога рекао и признао“.¹⁰²⁸ Осим тога, како се наводи у овом решењу, „Законик предвиђа силу, претњу и "друга слична средства, па говори о тзв. "наркоанализи" али не спомиње полиграф, док употреба полиграфа као метода утврђивања чињеница није дозвољена у нашој кривичној процедури, ни на захтев окривљеног, па због тога подаци добијени путем овог инструмента не могу представљати доказ у кривичном поступку“.

Иако се полиграфско испитивање не користи као доказ у кривичном поступку, било би корисно да се предвиди у Законику о кривичном поступку, као помоћно средство у предкривичном поступку, које, попут прикупљања обавештења од грађана, може да има значајну улогу у прикупљању доказа, а нарочито може да има значај у избору осумњичених, уколико их је више.

Законик о кривичном поступку изричито забрањује сваку примену медицинских захвата и других средстава којима се утиче на слободу воље или изнуђује признање или каква друга изјава, па су забрањене лоботомија, наркоанализа и слична средства. Медицински захвати попут хируршких операција на мозгу и давање средстава и медикамената којима би се утицало на вољу окривљеног или другог лица, не примењују у савременим кривичним поступцима, ни уз добровољни пристанак лица.

4.2. Изјаве и обавештења дате у другом поступку

Изјаве и обавештења дати пред другим државним органима, иако нису предвиђени као доказ, Закоником о кривичном поступку, могу имати одређени значај у кривичном поступку, како на утврђивање релеватних чињеница, тако и за проверу веродостојности исказа окривљеног и других учесника у поступку. У поступцима који се воде због кривичних дела против безбедности јавног саобраћаја, прилог записника о увиђају (који је доказ у кривичном поступку) су својеручне изјаве дате од учесника у саобраћајној незгоди на лицу места. Исто тако, у списима предмета могу бити здружене службене белешке, у којима се, између осталог интерпретирају изјаве лица над којем је спроведена царинска и друга контрола или изјаве лица над којима је вршена контрола инспекторијата одређене области (нпр. грађевинског инспектора или инспектора за заштиту на раду). Поставља се питање да ли су ове изјаве и обавештења законити докази у кривичном поступку и да ли се на њима може засновати пресуда.

¹⁰²⁷ Решење Апелационог суда у Новом Саду, Кж2. 454/21 од 06.04.2021. године.

¹⁰²⁸ Решења Апелационог суда у Новом Саду Кж2 1633/19 од 4.11.2019. године, Билтен Апелационог суда у Новом Саду, Број 10/2020, Интермех, Београд.

Пре одговора на ова питања указаћемо на значај ови изјава у пракси, илустрацијом примера. Окривљени се терети због извршења кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја, тако што је према наводима оптужног предлога, не придржавајући се саобраћајних прописа, наставио своје кретање иако је била укључена црвена сигнализација и након тога остварио контакт са возилом оштећеног, услед чега је оштећени задобио лаке телесне повреде. Окривљени је у својој одбрани током кривичног поступка тврдио да је на семафору било зелено светло из ког разлога је наставио своје кретање, док је оштећени у свом исказу тврдио да је он прошао раскрсницу када је светлосна сигнализација то дозволила. Тужилац је предложио да се изврши увид у писану својеручну изјаву окривљеног са лица места, из које произилази да је окривљени, као учесник у саобраћају навео да се није зауставио на семафору иако је на њему било црвено светло. Тужилац је предложио да се садржина изјаве предочи окривљеном у његовој одбрани.

Као што можемо да приметимо својеручна изјава окривљеног садржински има велики значај на утврђивање одлучне чињенице - да ли је окривљени наставио кретање и поред црвене сигнализације, што уједно доказује субјективни елемент кривичног дела (евентуални умишљај), али исто тако има значај и на веродостојност одбране окривљеног у поступку с обзиром на његово контрадикторно изјашњавање непосредно након критичног догађаја и у току кривичног поступка.

С обзиром да је наведена изјава дата у једном неформалном поступку, без процесних гаранција и упозорења окривљеном какве последице може имати његова изјава на кривични поступак, она се може поистоветити само са обавештењима прикупљених од стране грађана. Дакле не може бити доказ у кривичном поступку, јер се иста доказна вредност не може дати материјалу прибављеног без икаквих гаранција и упозорења лицу које даје изјаву, због чега се изјава не може сматрати доказом који би се ценио засебно нити у оквиру других доказа који су прибављени у поступку са одређеним процесним гаранцијама.

У једној одлуци другостепеног суда, констатовано је да је првостепени суд учинио битну повреду одредбама кривичног поступка, када је у оквиру одбране окривљеног ценио и његову изјаву дату у управном поступку пред инспектором грађевинске струке. Овај суд је закључио „да се пресуда заснива на доказу на коме се по одредбама ЗКП не може заснивати, јер суд није могао да у доказном поступку изводи као доказ, а затим и цени записник о саслушању окривљеног од 30.10.2013. године, који је сачињен у просторијама Одељења за инспекцијске послове Општинске управе ГО Палилула од стране грађевинског инспектора, с обзиром на правну природу ових поступака, као и различит процесни положај странака, који су условљени самом врстом кривичног и управног поступка, па се основано жалбом истиче да саслушање које је као доказну радњу предузео орган управе нема нужни процесни квалитет који има саслушање окривљеног полазећи од корпуса права прописаних чланом 68 ЗКП. С тога, у овом проценом случају, реч је о незаконитом доказом у смислу члана 84 у вези члана 16 став 1 ЗКП. С тим у вези се не може прихватити оцена суда да је окривљени својом одбраном „на неки начин“ признао извршење кривичних дела, која му се стављају на терет“.¹⁰²⁹

У старијој пракси суд је износио становиште да се "записник у коме је садржан исказ грађанина, а који је сачињен од стране инспекцијског органа или каквог другог органа, а не у судском поступку, не може у судском поступку користити као доказ и на њему се не може

¹⁰²⁹ Решење Апелационог суда у Београду Кж1 512/16 од 05.05.2016. године.

заснивати пресуда".¹⁰³⁰ Такође суд се исто определио када су у питању изјаве учесника у саобраћају, па је у једној одлуци констатовано „да записник о увиђају сачињен од стране овлашћеног службеног лица МУП-а садржи изјаву очевидца саобраћајне незгоде која представља само евидентирање чињеница слободном интерпретацијом полицајца, па стога у суштини има карактер обавештења прибављеног од органа унутрашњих послова у смислу члана 225. ЗКП које се не може користити као доказ у поступку (члан 178. ЗКП), односно на којем се не може заснивати пресуда“. ¹⁰³¹Међутим суд закључује да „се у конкретном случају, пресуда не заснива на овој изјави као доказу, већ на исказу који је поменути полицајац као сведок дао на главном претресу, након што му је ради подсећања прочитана његова изјава из записника о увиђају, при чему је навео потребне чињенице и околности о саобраћајног незгоди.

Са друге стране суд може извести као доказ исказ сведока дат у парничном поступку, јер се у датом поступку пружају извесне гаранције лицу које се испитује као сведок, те се овај исказ може предочити сведоку, јер је он дужан да говори истину и има другачији процесни положај у односу на окривљеног. Суд је ипак у пракси одбијао да заснива пресуду на исказу датог у парничном поступку. Суд је у једној старијој одлуци закључио да се „на исказима сведока саслушаних у парничном поступку, који су прочитани на главном претресу, и поред сагласности странака за њихово читање, не може се заснивати кривична пресуда“. ¹⁰³² Такође, у кривичном поступку се може извести као доказ исказ саокривљеног дат у одвојеном - раздвојеном кривичном поступку и неће се сматрати незаконитим доказом. У одлуци у предмету Кзз 1142/2017, закључује се да исказ саокривљеног дат у одвојеном (раздвојеном) кривичном поступку није сам по себи недозвољен доказ, већ, таква процесна ситуација када је доказ који терети окривљеног прибављен у другом кривичном поступку, без могућности окривљеног да се о том доказу изјасни и да побија његову веродостојност услед неприсуствовања доказној радњи (јер његово присуство по закону није обавезно), по ставу ВКС може се уподобити процесној ситуацији и положају окривљеног у случају понављања поступка у коме је окривљени осуђен у одсуству (члан 479. ЗКП). У том случају саучесник, према одредби члана 481. став 2. ЗКП, који је већ осуђен не може се саслушавати нити суочити са окривљеним него се његови ранији искази читају по 406. став 1. тачка 5) ЗКП, али се пресуда не може заснивати искључиво или у одлучујућој мери на његовом исказу.¹⁰³³

Што се тиче доказа који саставни део других кривичних поступака, они се могу користити у кривичном поступку уколико се односе на исти животни догађај. У једној одлуци Врховног касационог суда утврђује се „да су поводом истог догађаја вођена два одвојена кривична поступка, против окривљеног Стефана Миливојевића (К.18/19) и малолетног АА (Км.бр.18/19). Првостепени суд је, након што је прихватио предлог Вишег јавног тужиоца у Чачку да се прибаве и здруже ради увида списи Км.бр.18/19 против малолетног АА, извео као доказ потврду о привремено одузетим предметима Полицијске станице Горњи Милановац од 11.09.2018. године по којој је од окривљеног АА одузета једна пвц кесица са садржином сасушене биљне материје зелене боје“. Код оваквог стања ствари,

¹⁰³⁰ Решење Окружног суда у Краљеву Кж 186/04 од 17.11.2004. године и пресуда Општинског суда у Краљеву К 289/01 од 02.12.2003. године.

¹⁰³¹ Пресуда Врховног суда Србије Кж. ВП. 5/05 од 22.12.2005. и пресуда Војног суда у Нишу К. 300/02 од 18.08.2004. Године, Билтен Окружног суда у Београду, бр. 73/2006, Интермех, Београд.

¹⁰³² Решење Окружног суда у Нишу Кж 368/04 и пресуда Општинског суда у Алексинцу К 204/03.

¹⁰³³ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1142/2017 од 23.11.2017, Билтен Врховног касационог суда, број 2/2018, Интермекс, Београд.

суд је оценио да се у конкретном случају „неосновано поднетим захтевом за заштиту законитости указује да је учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП извођењем доказа из другог кривичног предмета, јер је суд на главном претресу извео као доказ потврду о привремено одузетим предметима од окривљеног АА у вези истог животног догађаја у вези ког су вођени поступци према окривљеном Стефану Миливојевићу и окривљеном малолетном АА, па је несумњиво да се на тако изведеном доказу може заснивати пресуда“.¹⁰³⁴

4.3. Снимци и фотографије сачињени ван кривичног поступка као докази у кривичном поступку

У савременом свету, снимање и фотографисање је захваљујући данашњој технологији и њеном развоју, уобичајена свакодневица у животу сваког грађанина. Ипак слобода употребе сачињених аудио-визуелних снимака и фотографија у различите сврхе је ограничена заштитом права на приватност, а одређени случајеви подлежу и кривичноправној заштити. У Кривичном закону, чланом 143. се инкриминише неовлашћено прислушкивање, снимање разговора, изјава или каквог саопштења који му нису намењени, а чланом 144. КЗ, инкриминише се неовлашћено сачињавање фотографског, филмског, видео или другог снимка неког лица ако се тиме осетно задире у његов лични живот, као и употреба таквог снимка, уколико се предајом, показивањем или на други начин ставља на располагање трећем лицу, како би се упознао са његовом садржином.

Кривично процесни значај снимака и фотографија које сачине трећа лица као доказ у кривичном поступку је питање које одавно изазива дилеме у правној литератури и судској пракси. Проблем настаје већ код одређивања правне природе снимака и фотографија, па су у теорији подељења мишљења око питања да ли се они сматрају исправом или доказом који је сачињен властитим опажањем или посебном врстом доказа. Б.Марковић је под исправом у ширем смислу подразумевао „сваки мртав предмет из кога се може извести да једна чињеница постоји“, па се и фотографија и снимак могу подвести под ову врсту доказа.¹⁰³⁵ Према Вауер-у „снимци добијени техничком регистрацијом чињеница“ су посебна врста доказа у односу на исправе, због разлика које постоје у њиховом настанку, прве настају на основу опажања техничких инструмената, а друге настају на опажању човека (аутора исправе), па су резултати ових опажања, па самим тим и сазнајни садржаји различити.¹⁰³⁶ У немачкој теорији се технички снимци и фотографије спадају у доказе који су настали властитим опажањем, док се не могу подвести под врсту исправе, јер не садрже записе учињене писмом као исправе и не могу се читати као исправе.¹⁰³⁷ Без обзира у коју класификацију материјалних доказа ћемо уврстити снимке и фотографије, они „имају и свој посебан значај, који произлази како из њиховог великог информативног потенцијала, тако и из одређених важних доказних питања која се у вези њих посебно постављају, а посебно

¹⁰³⁴ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1325/20 од 24.11.2020. године.

¹⁰³⁵ Б.Марковић (1921), 265.

¹⁰³⁶ V.Вауер (1978), 213-215 и D.Крарас (2020), 512.

¹⁰³⁷ D.Крарас (2020), 511.

њихове аутентичности и законитости прибављања“.¹⁰³⁸ По својој садржини ради о дигиталном доказу, који садржи информације генерисане у дигиталном облику.¹⁰³⁹ Сматра се да је нарочито тешко одредити доказни карактер тонског снимка, за који се истиче, да посебну тешкоћу представља питање да ли је он по правилу материјални доказ, односно доказ који може бити предмет увида, или увиђаја у њега, попут увида у друге ствари, (тело човека, било да је жив, било да се ради о лешу), или је тонски снимак ипак исправа.¹⁰⁴⁰ У судској пракси се аудио и видео снимци сматрају исправама. Наиме, „полазећи од одредбе члана 112 став 26 КЗ којом је ближе одређен појам исправе, те да видео снимак са сигурносних камера бензинске пумпе „ВВ“, који је настао као вид општих безбедоносних мера које се предузимају на јавним местима, односно у јавним објектима као што је бензинска пумпа, а у којима се снимање редовно обавља из безбедоносних разлога, по налажењу Врховног касационог суда, представља предмет који је подобан да служи као доказ неке чињенице која има значај за правне односе, то се, дакле, наведени видео снимак сходно одредби члана 112 члана 26 КЗ може сматрати исправом и као такав се може користити, односно извести као доказ у кривичном поступку“.¹⁰⁴¹

Уколико је снимак или фотографија прибављен и употребљен на начин којим се остварује биће кривичног дела из чланова 143. и 144., сматраће се незаконитим доказом, сами по себи, с обзиром да је исти у супротности са Кривичним закоником. Најчешћи модус извршења кривичног дела из члана 143 КЗ је неовлашћено прислушкивање и тонско снимање телефонских разговора, код кога је објект радње кривичног дела је *туђ разговор* (без пристанка сниманог лица), с тим да је спорно у судској пракси, да ли се под „туђим разговором“ подразумева и разговор у коме учествује извршилац овог кривичног дела.¹⁰⁴² Са друге стране, неспоран је доказни значај аудио-визуелних снимака и фотографија који су прибављени као резултат посебних доказних радњи (тајни надзор комуникације и прикривеног иследника) или које сачине овлашћена службена лица и стручна лица (судски вештаци) у предузимању процесних радњи, попут фотодокументације или видео снимака приложених уз записник о увиђају или реконструкцији, обдукциони налаз, антрополошко вештачење итд.

Законик о кривичном поступку, осим посебне доказне радње тајног надзора комуникације,¹⁰⁴³ не прописује изричито снимке или фотографије као доказе у кривичном поступку, осим што прописује „начин упознавања са писменима и снимцима“, тако што одређује да ће се оптички или тонски снимак или електронски запис који се користе као доказ, на главном претресу репродуковати тако да се присутна лица могу упознати са његовим садржајем.¹⁰⁴⁴ Ипак то не значи да су такви докази незаконити сами по себи, нити

¹⁰³⁸ М. Шкулић, „Доказни значај у кривичном поступку фотографије, аудио и видео снимака када није у питању радња аудио и видео надзора из члана 232. Законика о кривичном поступку“, *Билтен Окружног суда у Београду*, бр. 70, Београд, 2006, 9.

¹⁰³⁹ О дигиталним доказима биће више речи у наредном поглављу.

¹⁰⁴⁰ М. Шкулић (2006), 9.

¹⁰⁴¹ пресуда Врховног касационог суда Кзз 104/2019 од 06.02.2019. године.

¹⁰⁴² З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, Службени Гласник, 2018, 525. Према Стојановићу, туђ разговор обухвата и разговор у коме учествује извршилац овог кривичног дела ако без пристанка другог лица тонски снима тај разговор. Супротно томе, М. Мајић истиче да је саговорнику разговор намењен-М.Мајић, „О употреби аудио и видео снимака у кривичном поступку“, *Билтен 78/2008*, Интермех, Београд.

¹⁰⁴³ Види чланове од 166 до 173 ЗКП.

¹⁰⁴⁴ Види члан 405 ЗКП. С тим у вези интересантна је и одлука којом је другостепени суд нашао „да у ситуацији у којој је јавни тужилац суду доставио примерак наредбе на основу које је наређено одговорном лицу АА да преда видео снимак са сигурносних камера на основу одредбе члана 147 став 3 у вези са ставом 1 ЗКП, преглед

да „има сметњи да се користе такви докази, уколико се начином њиховог прибављања не остварују обележја кривичних дела“.¹⁰⁴⁵ Иако је последњим изменама Законика о кривичном поступку из 2001. године била прописана изричита одредба којом су предвиђени услови за коришћење снимака и фотографија као доказ у кривичном поступку, важећи ЗКП више не регулише ову област.¹⁰⁴⁶ Нејасно је због чега се одустало од постављања било каквих нормативних оквира доказа, који у савременом кривичном поступку имају изузетан значај. Шкулић посебно истиче и да се *"с обзиром на распрострањеност прављења аудио и видео снимака и фотографисања у данашње време, врло тешко да органи кривичног поступка и пре свега суд, потпуно лише могућности да користе такве материјалне доказе, осим када они произлазе из одредаба Законика о кривичном поступку о аудио и видео надзору као виду посебне доказне (истражне) технике."*

За оцену законитости снимака и фотографија које су прибавили странке у поступку или овлашћена службена лица од трећих физичких или правних лица, као што проф. Шкулић истиче у цитираном раду, неопходно је да постоји пристанак лица које се налази на снимку/фотографији или да се његова сагласност подразумева. То ће бити у случају употребе снимака надзорних камера, које покривају јавне површине и које су постављене у „јавном интересу“¹⁰⁴⁷, из безбедносних разлога у циљу заштите људи и имовине. Као доказ се могу користити „фотографије и звучни или видео записи окривљеног, настали без његове сагласности, у оквиру општих безбедносних мера које се предузимају на јавним површинама, у јавним објектима или просторијама, радњама, продавницама, банкама, мењачницама и другим срединама за обављање пословне делатности“.¹⁰⁴⁸ За прибављање видео записа са ових безбедносних камера није потребна наредба за претрес сходно чл. 155. ЗКП, „јер се ради о доказној радњи привременог одузимања предмета из чл. 147. ЗКП, док се посебна правила о претресању уређаја за аутоматску обраду података прописана чл. 155. ЗКП, не односе на увид у садржај спорних видео снимака који су изузети са безбедносних

видео снимка сигурносне камере не представља претресање у смислу одредбе члана 152 став 3 ЗКП, будући да у ситуацији у којој је јавни тужилац издао поменути наредбу, ЦД са видео записима оштећене АА није прибављен на недозвољен начин, односно не представља незаконито прибављен доказ, већ представља привремено одузет предмет у предистражном поступку, па имајући у виду чињеницу да је јавни тужилац наредио трасолошко вештачење, то је становиште другостепеног суда да је исти поступио у складу са одредбом члана 113 ЗКП, којом је прописано да вештачење одређује орган поступка. Имајући у виду све наведено, другостепени суд је установио да преглед видео снимка сигурносне камере, у конкретном случају, не представља претресање, па је усвојио жалбене наводе јавног тужиоца којима се истиче да се претресање уређаја на основу нареде суда односи на уређаје за које се сумња да садрже електронске доказе о извршеном кривичном делу, а не на уређаје који бележе податке о извршиоцу кривичног дела, односно на уређаје који су тако програмирани да бележе све што се „догађа“ на одређеном просторном делу.“- Из решења Апелационог суда у Новом Саду Кж 2. 1357/19 од 19. 09.2019. године - Из Билтена Апелационог суда у Новом Саду, Број 10/2020, Интермех, Београд.

¹⁰⁴⁵ Закључак усвојен на заједничкој седници Кривичног одељења виших судова са подручја Апелационог суда у Крагујевцу, одржаној дана 24.10.2014. године.

¹⁰⁴⁶ Види одредбу члана 132а Законика о кривичном поступку из 2001. Прописано је да се фотографије или звучни, односно звучни и видео снимци радњи спроведених у складу са овим закоником, могу користити као доказ и на њима се може заснивати одлука суда, под условима и на начин како је детаљно било уређено у неколико ставова, предвиђајући као основне услове законите употребе ових доказа, сагласност окривљеног или другог лица које се налази на снимку или фотографији или услов да се ради о аудио видео снимцима који су настали као вид општих безбедносних мера које се предузимају на јавним површинама од стране установа, државних органа или држаоца стана или других просторија.

¹⁰⁴⁷ пресуда Врховног касационог суда Кзз 1411/2018 од 11.12.2018. године.

¹⁰⁴⁸ Види: пресуду Апелационог суда у Београду Кж1. 103/14 од 11.02. 2014. године и пресуду Апелационог суда у Новом Саду Кж1.2358/12 од 8.11. 2012. године. Види и пресуду Врховног касационог суда Кзз 104/2019 од 06.02.2019. године.

камера¹⁰⁴⁹. Највиша судска инстанца је потврдила законитост ових снимака на бензинској пумпи,¹⁰⁵⁰ у кладионици,¹⁰⁵¹ у фирми¹⁰⁵² и у школи.¹⁰⁵³ Исти приступ се примењује и у односу на приватан видео надзор стамбених зграда, ресторана и кафића, где се видео надзор спроводи у циљу опште безбедности и у циљу заштите приватног интереса.

Прећутна сагласност се подразумева на основу упознавања са истакнутим упозорењем о спровођењу видео надзора, па се не може сматрати да је у питању неочекивано снимање.¹⁰⁵⁴ Међутим, чак и да упозорења није истакнуто, сматра се да је сваки просечан грађанин свестан да се јавни простори и објекти попут аеродрома, железничких станица, метроа, стадиона итд. снимају из безбедносних разлога, па на то прећутно пристаје, због чега се не ради о кршењу права на приватност. Осим становишта да у овим случајевима постоји прећутна сагласност окривљеног, за дозвољеност употребе ових снимака, постоје и нешто другачија објашњења у стручним радовима. Тако се наводи да се „основ "дозвољености" оваквог снимања не налази у чињеници давања претпостављене сагласности, већ у чињеници да није ни вршено снимање одређеног лица, већ *одређеног простора* у којем се наведено лице случајно затекло".¹⁰⁵⁵ Тако је другостепени суд нашао да је сврха камера, које су постављене на гранични прелаз, у власништву МУП РС, „повећање сигурности и безбедности преласка државне границе, као и откривање криминалних активности у вези са преласком људи, аутомобила и робе преко државне границе“ и „исте су постављене и програмиране да бележе све што се догађа *на одређеном просторном делу* у складу са законом, па се изузимањем предметних снимака са безбедносних камера на граничном прелазу, не задира се у загарантована људска права и слободе изван оквира Закона и Устава Републике Србије“.¹⁰⁵⁶ У сваком случају, било да се ради „о прећутном пристанку“ или „снимању одређеног простора“, снимак надзорних камера се сада без много дилема у пракси, користи и сматра законитим доказом у кривичном поступку.

У судској пракси је допуштено коришћење снимака који су сачињени од представника медија, попут емисија, преноса утакмица, извештавања са јавних скупова и сличних јавних догађаја, који су забележили инкриминисано понашање. Легитимност објављивања снимака којима се угрожава право на приватност произилази из Закона о јавном информисању и медијима,¹⁰⁵⁷ који уређује начин остваривање слободе јавног информисања и ситуације у којима се право на приватност ограничава у интересу јавности. Законом се између осталог

¹⁰⁴⁹ Решење Апелационог суда у Новом Саду Кж1 1497/19 од 30.10.2019. године - Из Билтена Апелационог суда у Новом Саду, Број 10/2020, Интермех, Београд

¹⁰⁵⁰ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 104/2019 од 6.2.2019. године.

¹⁰⁵¹ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 158/2019 од 26.2.2019. године.

¹⁰⁵² Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1080/2020 од 27.10. 2020. године.

¹⁰⁵³ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 927/2019 од 1.10.2019. године.

¹⁰⁵⁴ Закон о приватном обезбеђењу ("Сл. гласник РС", бр. 104/2013, 42/2015 и 87/2018) прописује да, када се послови заштите објеката или простора који се користе за јавну употребу врше уз употребу уређаја за снимање слике, правно лице и предузетник за приватно обезбеђење дужни су да на видљивом месту истакну обавештење да је објекат или простор заштићен видео обезбеђењем, а корисник услуга је обавезан да то прихвати и архивирани снимке чува најмање 30 дана и да их, на захтев, стави на увид овлашћеном полицијском службенику (члан 32 став 1).

¹⁰⁵⁵ М.Мајић (2008), Интермех електронска база података.

¹⁰⁵⁶ Решење Апелационог суда у Новом Саду Кж1 1497/19 од 30.10.2019. године - Из Билтена Апелационог суда у Новом Саду, Број 10/2020, Интермех, Београд.

¹⁰⁵⁷ Закон о јавном информисању и медијима, „Сл. гласник РС“, бр. 83/2014, 58/2015 и 12/2016-аутентично тумачење.

прописује да приватност може бити ограничена ако се запис односи на мноштво ликова или гласова (навијача, концертне публике, демонстраната, уличних пролазника и сл.), или се ради о запису с јавног скупа. Такође, приватност може бити ограничена ако је објављивање у интересу правосуђа, националне безбедности или јавне безбедности. С обзиром да се законом допушта објављивање снимака јавности, то се репродуковане истог у кривичном поступку сматра допуштеним.

4.3.1. Аудио и видео снимци и фотографије сачињени од стране грађана

Проблеме у пракси највише задају ситуације када приватно лице путем техничких уређаја, тајно сачињава аудио видео снимке других лица или снимке разговора са другим лицем, које није дало сагласност за то. Када је у питању снимање разговора са неким лицем, примећује се да постоји сличност са посебном доказном радњом Тајног надзора комуникације, код које службено лице врши снимање одређеног лица на које се односи наредба. Разлика се огледа у том што ово службено лице не учествује у комуникацији са лицем кога надзире, па је очигледно да се не може закључити да се ради о незаконитом доказу због тога што нема наредбе суда. Такође, у овом случају се не ради ни о доказу који је прибављен кривичним делом (неовлашћено прислушкивање и снимање) јер разговор „јесте њему намењен“, па се не остварују елементи овог кривичног дела. Међутим, основни аргумент којим се изражава противљење коришћења овог доказа је нарушавање права на приватност лица.¹⁰⁵⁸ Крапац објашњава да се у овој ситуацији окривљени не може позвати на своје право на приватност јер „правни поредак не штити криминалца од тога да ли ће његов сарадник, пријатељ или партнер постати сарадник полиције“, осим уколико се ради о подстрекавању на вршење кривичног дела, што свакако није допуштено.¹⁰⁵⁹ Међутим, судска пракса у Хрватској прихвата ове доказе само у ситуацији када „интерес кривичног гоњења и кажњавања учиниоца претеже над повредом права“.¹⁰⁶⁰ У супротном се сматра да се Уставом ХР, штите сви облици слободе изражавања, па је снимање разговора дозвољено само када је особа која снима разговор ту другу особу упозорила да се тај разговор снима, у ком случају би се сматрало да се та особа одрекла свој уставног права.¹⁰⁶¹

Анализом домаћих судских одлука, утврђено је да је пракса потпуно неуједначена по овом питању. Апелациони суд у Крагујевцу је у једном предмету прихватио као дозвољен

¹⁰⁵⁸ Право на приватност није изричито регулисано Уставом Републике Србије, али се јемчи у правном систему Републике Србије на основу члана 8 Европске конвенције о људским правима и основним слободама, којим се штити право на поштовање приватног и породичног живота.

¹⁰⁵⁹ D.Крапас (2020), 514.

¹⁰⁶⁰ „...s toga se s pravom ističe u žalbi USKOK-a da okolnosti konkretnog slučaja, a posebno imajući u vidu interes cjelokupnoga hrvatskoga društva i prevencije tzv. Trgovine mandatima, opravdavaju da postupanje optuženika bude smatrano teškim kaznenim djelom kod kojeg interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom njegovih prava iz članka 10. stavka 2. točke 1. ZKP/08, time što je sniman razgovor bez naloga sudbene vlasti, odnosno bez optuženikovog znanja i pristanka na takvo snimanje..dokazi koje je prvostupanjski sud izdvojio iz spisa predmeta ne smatraju se nezakonitima u smislu članka 10. stavka 3. ZKP/08“ -VSRH, I Kž-Us 6/14 od 21. januar 2014. godine; види и VSRH, I Kž-Us 31/12 od 25. septembra 2012. godine, citirano prema: Ž.Karas, „Sudska praksa o zakonitosti dokaza: tajno snimanje sugovornika; vaganje nezakonitih dokaza; snimka nadzora“, *Policijska sigurnost*, Zagreb, 24/2015, broj 4,353.

¹⁰⁶¹ Види: одлука Жупанијског суда у Загребу, I Kž-455/17-4 од 13. јуна 2017. године и VSRH, I Kž-Us -151/15-4 од 15. децембра 2015. године -цитирано према А.Гараčić, D.Novosel, 30-32.

доказ аудио снимак разговора између окривљеног и оштећене који је она самоиницијативно снимала својим мобилним телефоном, без сагласности окривљеног, јер је оштећена дала изричиту сагласност. У образложењу одлуке је наведено да „...у ситуацији када се на звучном снимку истовремено налази глас оштећене која је изричито сагласна са прављењем тог снимка, односно исти је самоиницијативно и лично сачинила, то је, по налажењу Апелационог суда, правилан закључак првостепеног суда да се не ради о недозвољеном доказу“.¹⁰⁶² У једној другој одлуци, изнет је потпуно другачији став, да се ради о незаконитом доказу, јер такав начин прикупљања доказа није прописан ЗКП. Наиме, како је наведено у образложењу „ доказ је прибављен супротно одредби чл. 15. ст. 1. ЗКП и чл. 16. ст. 1. ЗКП и глави 7. ЗКП, односно одредбама из тач. 2. и 3. којима су прописане доказне радње и посебне доказне радње, па како није предвиђена могућност да се као доказ користи аудио снимак прибављен на начин на који је то учинио сведок, правилно је поступио првостепени суд када је одбио извођење предложеног доказа као недозвољеног, јер је снимање разговора између окривљеног и оштећеног мобилним телефоном, сведока, урађено на недозвољен начин и у супротности и са Уставом, наведеним законским одредбама и општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима“.¹⁰⁶³

У појединим одлукама запажа се да се суд приликом оцене незаконитости прибављања аудио-видео снимка друге особе, упушта у оцену утврђивања постојања кривичног дела лица које је сачинило снимак, па чак даје и закључак о томе да је неко лице (најчешће сведок или оштећени у кривичном поступку), извршио кривично дело неовлашћено фотографисање из члана 144 став 1 Кривичног законика. У једној одлуци се наводи „да из видео снимка произилази да је приватни тужилац тајно и кришом сачинио предметни снимак, па самим тим није имао сагласност окривљеног кога је снимао, па све напред наведено указује да је приватни тужилац сачинио видео снимак неовлашћено, те да је на овај начин извршио кривично дело неовлашћено фотографисање из члана 144 став 1 КЗ односно да је неовлашћено начинио видео снимак другог лица и тиме осетно задро у његов лични живот. Обзиром да је према наводима приватног тужиоца, окривљени био го до појаса, због чега је наведени доказ незаконит према начину прибављања.“¹⁰⁶⁴ У другостепеној одлуци се закључак првостепеног суда не прихвата, јер суд „није анализирао и оценио мотиве због којих је приватни тужилац сачинио снимак, а првостепени суд је могао утврдити да је овакво поступање приватног тужиоца било везано за заштиту сопствених интереса, са обзиром на понашање окривљеног, или није, посебно када је утврдио да је приватни тужилац извршио кривично дело неовлашћено фотографисање из члана 144 став 1 КЗ“. С тим у вези, првостепени суд је пропустио да анализира законску формулацију наведеног кривичног дела, из које произилази да је за постојање кривичног дела, неопходно да је снимак сачињен неовлашћено, што значи без пристанка лица које се снима, али да не представља сваки неовлашћен снимак ово кривично дело, већ је неопходно да је тиме дошло до осетног задирања у приватан живот снимљеног лица...осим наведеног неопходно је утврдити како објективне тако и субјективне елементе било ког кривичног дела, па и

¹⁰⁶² Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж.1-5181/13 од 25.11.2013. године и пресуда Вишег суда у Крушевцу К.66/12 од 23.09.2013. године, Билтен Апелационог суда у Крагујевцу, број 1/2015, Интермех, Београд.

¹⁰⁶³ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-152/16 од 1.3.2016. године и пресуда Вишег суда у Чачку К.бр.39/2014 од 10.12.2015. године, Билтен Вишег суда у Чачку, број 1/2017, Интермех, Београд.

¹⁰⁶⁴ Пресуда Првог основног суда у Београду К 1343/17 од 29.06.2020. године.

кривичног дела из члана 144 став 1 КЗ, пре него што се изведе закључак да је извршено кривично дело.¹⁰⁶⁵

Најпре, када је у питању аргумент да снимак сачињен од стране грађана није предвиђен као доказна радња и није прибављен у складу са законским одредбама, морамо приговорити да доказ не мора бити изричито прописан у Законику о кривичном поступку да би се употребио у кривичном поступку, док положај „сниматеља“ као обичног грађанина не обавезује поштовање процесних одредаба у предузимању доказних радњи, јер се не ради о органу поступка на кога се ова правила односе. Поред тога, поставља се питање због чега би грађанину било забрањено да обезбеди доказе, када има обавезу пријављивања кривичног дела. Грађанин тада уз кривичну пријаву доставља доказ којим се поткрепљује наводе кривичне пријаве. Чланом 280 ст. 3 ЗКП-а, прописано да је подносилац кривичне пријаве из става 1. овог члана дужан да наведе доказе који су му познати и предузме мере да би се сачували трагови кривичног дела, предмети на којима је или помоћу којих је учињено кривично дело и други докази. Ако грађани „не би могли самостално снимати учиниоца, то значи да би грађанин требало дојавити полицији информацију о могућем кривичном делу и њима препустити даље деловање, с тим да је упитно колико доказа би могла прикупити полиција и да ли би било услова да за примену посебних доказних радњи, само на основу сазнања о кривичном делу“.¹⁰⁶⁶ Осим тога, суд ће о околностима његових сазнања сазнати и из његовог исказа у својству сведока, па ће овај достављени снимак имати функцију и провере веродостојности таквог исказа. Ово је нарочито од значаја уколико снимак сачињава лице које оштећено кривичним делом, па се може тумачити да је снимак обезбеђен и у његовом личном интересу.¹⁰⁶⁷ Поред тога, незаконитост аудио видео снимка који је сачињен од сведока, не треба да зависи од тога да ли је постоји правноснажна судска одлука о томе да је сведок учинио кривично дело неовлашћено фотографисање или снимање, нити је суд то треба да утврђује, јер он није овлашћен да у поступку који се води против окривљеног, а не против лица које снимање извршило оцењује да ли је извршио кривично дело, имајући у виду пре свега принцип идентитета оптужбе и пресуде.

Сматрамо да у ситуацији када грађанин снима разговор са својим саговорником, његова сагласност довољна да би се снимак користио као доказ у кривичном поступку, јер је такав разговор био намењен особи која је исти забележила. Сагласност треба да се претпоставља када је лицу познато да се сачињава снимак његовог разговора.¹⁰⁶⁸ Такође, када се ради о фотографији или снимку другог лица оне се могу користити као доказ у кривичном поступку, „ако су фотографије направљене уз прећутну или изричиту сагласност окривљеног када се он налази на фотографији“.¹⁰⁶⁹

¹⁰⁶⁵ Решење Вишег суда у Београду Кж1 489/20 од 12.10.2020. године.

¹⁰⁶⁶ Ž. Karas, (2015), 350.

¹⁰⁶⁷ Закон о заштити података о личности, „Сл. гласник РС”, бр. 87/2018.године, прописује да се овај закон не примењује на обраду података о личности коју врши физичко лице за своје личне потребе.

¹⁰⁶⁸ У решењу Вишег суда у Београду Кж2 939/19 од 01.10.2019. године, наводи се да се „основано жалбом указује, да је према стању у списима предмета приватни тужилац предметни аудио–видео запис сачинио мобилним уређајем који је држао у својој десној руци и који је био у видном пољу окривљеног, па је окривљени видео да га приватни тужилац снима мобилним уређајем и да му је упутио инкриминисане рећи, чиме је пристао да речи које је упитио приватном тужиоцу и његов лик биди забележени на аудио-видео запису...због чега је погрешан закључак суда да се ради о доказу који је по начину прибављања супротан са законом“.

¹⁰⁶⁹ Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 бр. 450/21 од 3.06.2021. и пресуда Вишег суда у Београду К бр. 630/20 од 6.04.2021. године, Из Билтена Вишег суда у Београду, Број 92/2021, Интермех, Београд.

Осим тога, разговор је намењен оном који снима и онда када се држи говор јавно, за круг особа које нису индивидуално одређене нпр. на јавном предавању.¹⁰⁷⁰ Исто се односи и на фотографију преписке из мобилног телефона коју преда један од учесника у њој. У једном предмету, бранилац је у захтеву за заштиту законитости „оспорио могућност употребе фотографије екрана мобилног телефона (скриншот), на ком су приказане СМС поруке које је упутио окривљени сведоцима, као доказа у кривичном поступку, наводећи да се не ради о фотографији, „већ исти само представљају одштампан текст у црно-белој боји на папиру А4 формата, за који пуномоћник оштећене тврди да је снимак екрана телефона сведока, при чему оригинали истих не постоје и није их сачинила полиција на основу наредбе суда, већ их је одштампала сама оштећена и предала суду”. Врховни касациони суд је нашао да „одштампани текст порука упућених од стране окривљеног наведеним сведоцима („скриншотови“) представљају саставни део исказа сведока, који су својим исказима датим на главном претресу потврдили аутентичност наведених порука“.¹⁰⁷¹ Највиша судска инстанца је заузела став и да „увид у одштампани екран мобилног телефона оштећеног представља доказну радњу увиђаја на ствари (исправи), за које није обавезно постојање наредбе суда”.¹⁰⁷²

Друга је ситуација када лице тајно снима разговоре других лица и фотографише лица у приватном окружењу, јер се тиме крши њихово право на приватност и резултат таквог снимања и фотографисања не би требало да се користи као доказ у поступку, јер је незаконито прибављен. Супротно томе, у ситуацијама када грађанин на јавном месту сними или фотографише вршење кривичног дела, то се не разликује од права медија да објаве снимке вршења кривичних дела која су забележили, па сматрамо да право на приватност прелази у јавну сферу и претеже интерес државе да инкриминисано понашање санкционише.¹⁰⁷³ За оцену законитости снимака и фотографија сачињених од грађана, као што примећујемо значајно да се утврде све околности под којима је снимак односно фотографија настала.¹⁰⁷⁴

Приликом оцене законитости ових доказа, неопходно је пронаћи равнотежу између правичности, и једног од основних циљева сваког кривичног поступка – да се чињенично стање правилно и потпуно утврди, са једне стране, и прешироке употребе оваквих доказа,

¹⁰⁷⁰ V.Bayer (1978), 228.

¹⁰⁷¹ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 726/2020 од 9.9.2020. године, види: М.Писарић, „(Не)законити докази у кривичном поступку у пракси Врховног касационог суда у 2019. и 2020. Години“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 2/2021, 447–448.

¹⁰⁷² Пресуда Врховног касационог суда Кзз 740/2019 од 10.9.2019. године.

¹⁰⁷³ Исти став је заузет и за полицијског службеника који је снимао нереде на утакмици. „Може се користити као доказ видео снимак којим су снимљени нереде на трибинама, на фудбалској утакмици, сачињен од стране полиције без наредбе истражног судије“. Суд је у доказном поступку извео доказе прегледом видео снимка и саслушањем као сведока полицајца који је вршио снимање предметног насиља, а на околност шта је видео кроз објектив камере - пресуда Окружног суда у Београду Кж. 410/09 од 12.02.2009. године и пресуда Другог општинског суда у Београду К. 682/07 од 11.11.2008. године, Билтен Окружног суда у Београду, 79/2009, Интермех, Београд.

¹⁰⁷⁴ „Из списка предмета не произилази као неспорна чињеница да је приватни тужилац тајно, и без знања окривљеног сачинио наведени видео запис својим мобилним телефоном, а у вези које чињенице су контрадикторни одбрана окривљеног и исказ сведока - приватног тужиоца, па ће наведена чињеница бити тачно и потпуно утврђена након спроведеног доказног поступка и након свестране оцене доказа како појединачно, тако и у њиховој међусобној вези, а све у смислу одредби чланова 16. и 419. став 2. ЗКП-а, како би се тачно утврдила околност везана за начин сачињавања наведеног аудио-видео записа, и како би првостепени суд одлучио да ли ће исти прихватити или не као доказ у поступку, и ако га прихвати, како ће га ценити- Решење Вишег суда у Београду, Кж2. бр. 207/19, од 06.03. 2020.године.

која би, са друге стране, водила контрапродуктивности, будући да би неретко и сами грађани имали улогу одређене врсте „прикривених иследника“, наводећи друге грађане на предузимање појединих инкриминисаних радњи које представљају кривична дела, те би се на тај начин прибављали (незаконити) докази.

Када суд реши претходно питање које се тиче законитости употребе овог доказа, он је дужан да утврди и његову поузданост. Када је реч о аутентичности оваквих доказа, потребно је посебно водити рачуна о чињеници да развој технологије, нарочито у последњој деценији, оставља широке могућности нарушавања аутентичности оваквих доказа путем најразличитијих врста измена (монтаже, скраћивања и сл.), због чега је веома значајно да се у кривичном поступку, она са сигурношћу утврди. Суд ће у разматрању овог питања, посебно утврђивати када и где је настао снимак или фотографија,¹⁰⁷⁵ да ли је уређај којим се снимало био исправан, да ли је снимак мењан, као и друге релеватне околности. Такође, када се ради о снимцима и фотографија на којима се налази окривљени или други учесници у поступку, суд ће у највећем броју случајева, идентификацију лица са снимка утврдити уз стручну помоћ судских вештака из области антропологије или антропологије, а како би са сигурношћу дошао до закључка о истоветности тог лица са лицем са снимка или фотографије. ЗКП прописује и радњу препознавања окривљеног путем препознавања гласа (члан 90 став 4 ЗКП), док одредба члана 141 став 3 уводи могућност да се од окривљеног, сведока, или другог лица, ради утврђивања чињеница у поступку узме узорак гласа ради упоређивања.

¹⁰⁷⁵ У једној одлуци се између осталог наводи да „с обзиром да није разјашњено на који начин су прибављене предметне фотографије, и да ли потичу са снимка и којег, то се образложење првостепеног суда, у погледу порекла и аутентичности фотографија, за сада не може сагледати у другостепеном поступку, у смислу начина на који је првостепени суд дошао до свог закључка“- Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 бр. 450/21 од 3.06.2021. и пресуда Вишег суда у Београду К бр. 630/20 од 6.04.2021. године, Из Билтена Вишег суда у Београду, Број 92/2021, Интермех, Београд.

**ПЕТИ ДЕО-НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ И ДОКАЗНЕ РАДЊЕ У КРИВИЧНОМ
ПОСТУПКУ**

1. Уопштено о доказним радњама

Доказним радњама се докази прикупљају, обезбеђују, изводе и проверавају. У зависности од њихове функционалне повезаности са доказима, доказне радње могу бити монофункционалне и вишефункционалне.¹⁰⁷⁶ Доказне радње које су начелно примењиве у доносу на све кривичне поступке, називају се опште доказне радње и ту спадају саслушање окривљеног, испитивање сведока, вештачење, увиђај и реконструкција, коришћење исправа, узимање узорака, провера рачуна и сумњивих трансакција, привремено одузимање предмета и претресање.¹⁰⁷⁷ Осим ових доказних радњи, Законик прописује посебне доказне радње (специјалне истражне технике), које се односе на откривање и доказивање тешких кривичних дела која су такстаивно одређена и искључиво се могу применити на кривичне поступке који се воде због тих дела. По својој природи, разликујемо личне изворе доказа, који се односе на прикупљање и извођење доказа које произлази из сазнања неког лица и материјалне доказе, којима се прикупљају докази из ствари.

У овом раду анализираћемо поједине доказне радње које су најчешће предмет оцене законитости у теорији и пракси и то: саслушање окривљеног, испитивање сведока, исказ судског вештака и налаз мишљење, претресање, привремено одузимање предмета, исправе и други материјални докази, као и посебне доказне радње. Осим тога, предмет анализе су и дигитални (електронски) докази, чија појава у кривичном поступку је последица напретка модерне технологије и комуникације.

2. Лични извори доказа и незаконити докази

2.1. Саслушање окривљеног

Доказна радња саслушања окривљеног је неизоставна процесна радња која се предузима како у претходном поступку тако и у фази главног претреса. Она има двоструки циљ у кривичном поступку, да се окривљеном да прилика да врши своју функцију одбране и тако побија казнено правни захтев овлашћеног тужиоца односно да се брани ћутањем и да својим исказом омогући утврђивање релеватних чињеница како оних које му иду у корист тако и оних које му иду на штету.¹⁰⁷⁸ Осим тога, окривљени у кривичном поступку има и процену улогу странке у поступку, па самим тим има и законом прописане дужности према органу поступка. У кривичноправној теорији се наводи да овај сложен положај окривљеног, који се у исто време јавља и као процесни субјект и као доказно средство „избија и питање о правној природи исказа окривљеног”.¹⁰⁷⁹ Окривљени се сматра извором доказа односно он

¹⁰⁷⁶ М.Шкулић (2014), 196.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, 197-198.

¹⁰⁷⁸ М.Шкулић, Т.Бугарски, 264-265.

¹⁰⁷⁹ Т.Васиљевић (1981), 324.

може бити извор доказа само ако се брани на активан начин, а његово саслушање, као врста доказне радње представља доказно средство.¹⁰⁸⁰

Окривљени има право да се брани на начин како сматра да му највише погодује, да своју одбрану током поступка мења, док је суд дужан да изврши оцену одбране окривљеног, како појединачно, тако и у међусобној вези са осталим изведеним доказима и на основу такве оцене изводи закључак о томе да ли је нека чињеница утврђена или није.¹⁰⁸¹ За разлику од других учесника у поступку попут сведока и вештака, окривљени у складу са својим загрантованим међународним и законским правима нема дужност давања исказа, већ оптира да ли ће изнети одбрану или ускратити одбрану. Окривљени, као странка у поступку, по дефиницији, не мора сведочити, јер се „*a priori*“ сматра пристрасним и због тога вероватно да неће да говори објективну истину“.¹⁰⁸² Он није није дужан да истинито исказује у кривичном поступку, не заклиње се нити може кривично одговарати за неистинито казивање, за разлику од сведока.¹⁰⁸³ Управо из овог разлога, доказни значај исказа окривљеног у кривичном поступку за утврђивање чињеничног стања, је крајње проблематично, јер ако је легитимно средство окривљеног да се користи „лажима“, како се онда њима може дати било какав поуздан значај. Окривљени је, поврх свега, лично заинтересован да се одбрани од оптужног акта, па његова „непосредна сазнања“ могу бити инструисана мотивима сопствене користи. Овакав положај окривљени има у мешовитим правним системима, док је у адверзијалном систему положај окривљеног, другачији. Окривљени је првенствено процесна странка која је у равноправном положају са тужиоцем, док је изјашњавање окривљеног пред судом, раритет. Уколико се одбрана пак одлучи да предложи, као доказно средство, саслушање окривљеног, у том случају, окривљени има процесни положај сведока у кривичном поступку. То даље значи да је он дужан да говори истину и да се заклиње пред судом, сnoseћи све кривичноправне последице давања лажног исказа. С обзиром на наведено, у овим ретким случајевима када окривљени ипак изнесе своја сазнања под заклетвом, доказни значај његовог исказа знатно је већи него исказ окривљеног у мешовитим поступцима.

Саслушање окривљеног у кривичном поступку се одвија у више фаза узимање личних података и поучавање окривљеног о његовим правима, изношење одбране у слободном излагању и на крају постављање питања. Претпоставке за саслушање окривљеног прописане одредбом члана 85 ЗКП су основни стандарди чија примена представља предуслов да би се доказ произашао из радње саслушања окривљеног сматрао законитим. Орган поступка који предузима радњу саслушања ће најпре прикупити личне податке од окривљеног, а потом му саопштити и омогућити да користи права из члана 68. став 1.ЗКП, те упозорити га на своје дужности које има (члан 70. ЗКП) и на последице ако их не испуни. Окривљени се након тога изричито изјашњава о томе да ли ће узети браниоца по свом избору, уз упозорење да ће му ако не изабере браниоца у случају обавезне одбране, бити постављен бранилац по службеној дужности у складу са одредбама овог законика.¹⁰⁸⁴

¹⁰⁸⁰ М.Шкулић (2014), 122.

¹⁰⁸¹ Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж. 1 По. 1 6/10 од 12. 04.2010. године.

¹⁰⁸² Stefan Trechsel, Sarah J. Summers, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford 2005, 301.

¹⁰⁸³ Васиљевић истиче да „лажно исказивање окривљеног у сопственој корист Закон нити забрањује нити кажњава, јер се сматра да не постоје мере које би могле спречити окривљеног да у одбрани своје слободе и основних правних добара употреби средства којима би се могло замерити са гледишта морала“ - Т.Васиљевић (1981), 327.

¹⁰⁸⁴ Члан 85 став 3 ЗКП.

Посебна права окривљени има уколико је лишен слободе. Чланом 69 ЗКП прописано је да има право да одмах на језику који разуме буде обавештен о разлогу хапшења, да пре него што буде саслушан, има са браниоцем поверљив разговор који се надзире само гледањем, а не и слушањем,¹⁰⁸⁵ да захтева да без одлагања о хапшењу буде обавештен неко од чланова његове породице или друго њему блиско лице, као и дипломатско-конзуларни представник државе чији је држављанин, односно представник овлашћене међународне организације јавноправног карактера, ако је у питању избеглица или лице без држављанства и да захтева да га без одлагања прегледа лекар кога слободно изабере, а ако он није доступан, лекар кога одреди јавни тужилац, односно суд. Ускаћивањем неког од ових права, како би се принудио исказ окривљеног, доводи до незаконитог исказа окривљеног, који не може бити доказ у кривичном поступку.

Окривљени има загарантовано право да ништа не изјави у поступку, да се брани ћутањем и да не оптужује себе у поступку. У кривичном поступку је у складу са чланом 9 ЗКП, забрањена свака присила и примена силе приликом саслушања, иначе се такав исказ не може користити као доказ. Право на одбрану ћутањем је „право окривљеног да се вербално не изјашњава пред судом и другим државним органима, да не износи своју одбрану и не одговара на постављена питања“ и „елеменат привилегије против самооптуживања“.¹⁰⁸⁶ Европски суд за људска права је у неколико пресуда изнео становиште да је „привилегија против самооптуживања „срж“ правичног односа у поступку, због чега поприма и кардиналну важност у европским кривичним поступцима“.¹⁰⁸⁷ Иако ово право није *expressis verbis* наведено у Конвенцији, оно се сматра међународним стандардом, којим се окривљени „штити од државне присиле и осигурава од судски грешака“.¹⁰⁸⁸

Одбрана ћутањем окривљеног се не може користити као доказ да је учинио кривично дело. О ограничењима права окривљеног на ћутање и привилегије против самооптуживања, се изјашњавао и ЕСЉП у случају *Saunders v. The United Kingdom*, када је закључио да: „право да се не инкриминише, посебно, претпоставља да тужилаштво у кривичном предмету настоји да докаже своју тезу против оптуженог без прибегавања доказима прибављеним методама принуде или угњетавања мимо воље оптуженог, те у том смислу, право је уско повезано са претпоставком невиности садржаном у члану 6.2 Конвенције“.¹⁰⁸⁹ Одбрана ћутањем не може имати за последицу ни извођење негативног закључка од стране суда. Ипак, Европски суд за људска права установљава одступања, налазећи да ово право није апсолутно, те да под одређеним условима порота може добити упутства од судије да ли може да „из ћутања окривљеног“ извуче негативан закључак.¹⁰⁹⁰ У случају *John Marray v. The United Kingdom*, суд је анализирао могућност одступања када је од окривљеног затражено објашњење ћутања, јер су докази против окривљеног то захтевали, а које објашњење је окривљени био у ситуацији да изнесе, па је закључио да недавање било каквог објашњења "може, на основу здравог разума, произвести закључак да нема објашњења и да је окривљени крив."¹⁰⁹¹

Законик у одредби члана 85 став 4 ЗКП изричито прописује када окривљени може бити саслушан у одсуству браниоца и то ако се изричито одрекао тог права, ако уредно

¹⁰⁸⁵ Чланом 108 став 7 ЗКП РХ прописано да је поверљив разговор траје до 30 минута.

¹⁰⁸⁶ В. Бајовић, (2008), 5 – 6.

¹⁰⁸⁷ М.Данашка (2001), 55.

¹⁰⁸⁸ *Saunders v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 19187/91, 17 December 1996, para 68.

¹⁰⁸⁹ *Saunders v. The United Kingdom*, para 68.

¹⁰⁹⁰ *Condron v. The United Kingdom*, App. no. 35718/97, 2 May 2000, final on 2/8/2000, para 66

¹⁰⁹¹ *John Marray v. The United Kingdom*, ECtHR, 18731/91, Grand Chamber, 8 February 1996, para 47 и 51.

позвани бранилац није присутан иако је обавештен о саслушању (члан 300. став 1.ЗКП), а не постоји могућност да окривљени узме другог браниоца или ако за прво саслушање окривљени није обезбедио присуство браниоца ни у року од 24 часа од часа кад је поучен о овом праву (члан 68. став 1. тачка 4. ЗКП), осим у случају обавезне одбране.

Ако окривљени није поучен или му није омогућено да користи своја права из члана 68. став 1. ЗКП или изјава окривљеног о присуству браниоца није унета у записник или ако саслушан без присуства браниоца супротно наведеном ставу 4. овог члана или ако је исказ окривљеног добијен противно члану 9. овог законика (кршењем забране мучења, нечовечног поступања и изнуде), на исказу окривљеног не може се заснивати судска одлука. Поступање супротно наведеној одредби, доводи до обавезе органа поступка да издвоји записник о саслушању окривљеног или како највиша судска истанца у одлукама наводи „ова законска одредба је, по налажењу овога суда, императивне природе и не оставља никакву могућност њеног двојног тумачења“.¹⁰⁹²

Уколико се окривљени саслушава у полицији, он мора дати свој пристанак и пре саслушања мора бити обавештен о праву да узме браниоца, који ће присуствовати његовом саслушању, у супротном записник о саслушању окривљеног се не може користити као доказ у кривичном поступку.¹⁰⁹³ Саслушање окривљеног у полицији се спроводи по правилима за саслушање уз предочавање и омогућавање коришћења свих права које окривљени има у кривичном поступку. Уколико би осумњичени одбио браниоца, полиција не би могла да га саслуша позивањем на члан 289. став 4. ЗКП,¹⁰⁹⁴ док се на исказу окривљеног не може заснивати пресуда ни уколико се окривљени у полицији изричито одрекао права на браниоца.¹⁰⁹⁵ Ипак, према ставу судске праксе, уколико је у случају обавезне одбране осумњичени у полицији саслушан без присуства браниоца, то није од значаја за законитост и правилност пресуде, у ситуацији у којој овако изнета одбрана није коришћена као доказ у пресуди.¹⁰⁹⁶

Поред присуства браниоца давању исказа окривљеног, обавеза органа поступка је да пре саслушања окривљеног, у потпуности примени члан 85. став 3. ЗКП и да окривљеног позове да се изричито изјасни о томе да ли ће узети браниоца по свом избору, односно да ли жели да га заступа избрани бранилац уз упозорење да ће му ако не изабере браниоца, у случају обавезне одбране, бити постављен бранилац по службеној дужности и такву изјаву окривљеног унесе у записник. У супротном, уколико изјава окривљеног не буде унета у записник о саслушању окривљеног, он не може бити коришћен у кривичном поступку, без обзира на присуство браниоца по службеној дужности. У одлуци Врховног касационог суда, којом је усвојен захтев за заштиту законитости браниоца окривљеног, утврђује се да записник који је сачињен о предузетој радњи испитивања окривљеног у својству осумњиченог представља незаконит доказ и на истом се не може заснивати пресуда, у ситуацији када је утврђено „на записнику није констатовано да се окривљени изричито изјаснио о томе да ли ће узети браниоца по свом избору, нити је наведено да је упозорен да ће му бити постављен бранилац по службеној дужности ако не изабере браниоца, већ је само наведено да пристаје да у предистражном поступку да свој исказ у присуству браниоца

¹⁰⁹² Цитирано из пресуде Врховног касационог суда Кзз 453/2020 од 17.06.2020. године.

¹⁰⁹³ Види члан 289 ЗКП.

¹⁰⁹⁴ Горан П. Илић *et al.*, 766.

¹⁰⁹⁵ Решење Апелационог суда у Београду Кж1 5743/13 од 22.01.2014. године.

¹⁰⁹⁶ Пресуда Основног суда у Крагујевцу К 1291/15 од 16.06.2016. године и пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 163/17 од 13.02.2017. године.

по службеној дужности Драгана Миливојевића“.¹⁰⁹⁷ Дакле, овако стриктно тумачење одредбе члана 85 став 3 ЗКП значи да није довољно да окривљени пристане да да исказ у присуству постављеног браниоца по службеној дужности, већ се записник о саслушању сматра незаконитим доказом јер није изричито унета изјава окривљеног о праву на браниоца односно о томе да не жели изабраног браниоца већ браниоца по службеној дужности.

Међутим, каснијом одлуком Врховног касационог суда је заузето другачије становиште, па се може закључити да се највиша судска инстанца ипак „оградила“ од овако ригидног става. У пресуди Кзз 1051/2021, наводи се да „иако према правном схватању Врховног касационог суда заузетом на седници Кривичног одељења од 30.11.2020. године, записник о саслушању осумњиченог сачињен у смислу члана 289. став 4. ЗКП, уколико осумњичени није упозорен и није се изјаснио у смислу члана 85. став 3. ЗКП, представља у начелу незаконити доказ на коме се у смислу члана 85. став 5. ЗКП пресуда не може заснивати, у сваком конкретном случају треба проценити да ли упозорење дато окривљеном и његово изјашњење о присуству браниоца на записнику испуњава стандард упозорења који одговара условима из члана 85. став 3. ЗКП, а имајући при томе у виду и ставове Европског суда за људска права у пресуди у предмету Алмаши против Србије¹⁰⁹⁸“. Даље се наводи и да „у конкретном случају, окривљеном АА су пре давања исказа саопштена његова права из члана 68. став 1. ЗКП (права окривљеног) и омогућено њихово коришћење, чиме је испуњена претпоставка за законито саслушање окривљеног из члана 85. став 2. ЗКП, након чега је окривљени позван да се изјасни о својим правима, између осталог и о праву да се брани уз стручну помоћ браниоца у складу са одредбама ЗКП, што подразумева право на изабраног браниоца или, уколико га не изабере, на браниоца по службеној дужности, па се окривљени АА изричито изјаснио да жели да да исказ у присуству браниоца по службеној дужности – адвоката Бојане Јевтић и да исту прихвата као свог браниоца, а са којом је потом обавио поверљив разговор, а након чега је окривљени дао свој исказ“.¹⁰⁹⁹ Дакле у овој одлуци суда утврђено је да и поред недостатка експлицитне изјаве окривљеног о праву на браниоца, дата упозорења и изјашњење окривљеног о присуству браниоца, могу испуњавати стандарде прописане чланом 85. став 3. ЗКП.

¹⁰⁹⁷ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 325/2020 од 20.05.2020. године. Исти став је заузет и у пресудама Врховног касационог суда Кзз 453/2020 од 17.06.2020. године, Кзз 147/2020 од 13.02.2020. године, Кзз 791/2019 од 12.09.2019. године и Кзз 1141/2020 од 28.10.2020. године. У пресуди Кзз 147/2020, Врховни касациони суд је ВКС је одбио као неоснован 333 који је поднео Републички јавни тужилац против правноснажних решења о издвајању записника о саслушању осумњиченог који су у предистражном поступку саслушани у присуству браниоца по службеној дужности, али без претходне поуке и упозорења из чл. 85. ст. 3. ЗКП).

¹⁰⁹⁸ *Алмаши против Србије*, ЕСЉП, број представке 21388/15 од 08.10.2019. године. У параф. 112-113 се, између осталог закључује да је „Основни суд 20. јула 2011. године одлучио да из списка предмета издвоји признање подносиоца представке од 18. априла 2011. године на основу тога што у званичном записнику који је вођен том приликом нема изричите изјаве подносиоца представке о томе да ли је желео да ангажује заступника лично или је уместо тога био вољан да прихвати адвоката именованог од стране државе. Међутим, укидајући ову одлуку, Апелациони суд је 1. децембра 2011. године дао образложење да без обзира на спорна питања везана за поступак избора, подносилац представке је у то време јасно прихватио именовање, о чему сведочи његова сарадња са поменутиим адвокатом, спремност да да изјаву у њеном присуству и одсуство било каквих примедби у вези с тим 18. априла 2011. године. С тим у вези, Суд у потпуности подржава разлоге које је предочио Апелациони суд уз напомену да подносилац представке, у сваком случају, до тада није изразио своју наводну жељу да лично ангажује услуге адвоката. С обзиром на расположиве доказе, Суд не може закључити да је подносилац представке у ствари био ограничен у свом слободном избору браниоца, што стога чини непотребним да се даље бави питањем да ли је била угрожена правичност кривичног поступка у целини, на било који начин“.

¹⁰⁹⁹ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1051/2021 од 29.09.2021. године. Исти став је заузет и у пресудама Врховног касационог суда Кзз 591/2019 од 12.6.2019.године и Кзз 219/2020 од 19.5.2020. године. Види и решење Апелационог суда у Београду Кж2 1887/2013 од 24.04.2013. године.

Окривљени мора имати браниоца у кривичним поступцима у којима је обавезна одбрана током читавог поступка. Промена правне квалификације није од утицаја на законитост записника о саслушању окривљеног, по блажој правној квалификацији. Осим тога, околност да је окривљеном првобитно у овом кривичном поступку било стављено на терет нехатно извршење кривичног дела, а затим да је јавни тужилац извршио измену чињеничног описа кривичног дела и правне квалификације истог стављајући на терет окривљеном умишљајно извршење кривичног дела, у конкретном случају не утиче на законитост првобитно дате одбране окривљеног на првобитном записнику, имајући у виду да у конкретном случају постоји истоветност основног догађаја о којем се окривљени током поступка изјашњавао у својој одбрани, те имајући при томе у виду да је јавни тужилац законом овлашћен да, ако оцени да изведени докази указују да је чињенично стање другачије од оног које је окривљеном првобитно стављено на терет и врши измене чињеничног описа кривичног дела и промене правне квалификације кривичног дела.¹¹⁰⁰ Међутим, уколико је окривљени саслушан без браниоца због кривичног дела до 8 година, па је након тога подигнут оптужни акт за кривично дело за које је обавезна одбрана, записник из претходног поступка се сматра као незаконит.¹¹⁰¹ Иако се давање исказа без присуства браниоца, када је обавезна одбрана претежно третира „апсолутно незаконитим доказом“, на којем се не може заснивати пресуда, другостепени судови поступајући у складу са одредбом члана 438 став 2 тачка 1 ЗКП, не морају укинути пресуду ако се она не заснива само на том доказом, већ би се и без њега донела иста пресуда.¹¹⁰²

Када, приликом саслушања окривљеног, орган поступка не упозори окривљеног на његова права загартована одредбом члана 68 и ове поуке не унесе на записник или му онемогући да се користи својим правима, такав записник о саслушању се не може користити у кривичном поступку нити се на њему може заснивати пресуда. Тако на пример уколико се окривљени није изричито одрекао права на матерњи језик односно на превођење, јер разуме српски језик, записник о његовом саслушању се не може користити као доказ у кривичном поступку.¹¹⁰³ Такође, уколико окривљени буде задржан преко осам сати, након чега буде саслушан у полицији, записник о његовом саслушању представља незаконит доказ.¹¹⁰⁴

Закоником о кривичном поступку изричито је забрањено постављање сугестивних и капциозних питања окривљеном,¹¹⁰⁵ па би се добијени одговори на основу ових питања сматрали незаконитим доказима и не би могли бити коришћени у кривичном поступку.

Са друге стране, на оцену законитости доказне радње саслушања окривљеног, не могу утицати техничке грешке и друге незнатне неправилности приликом сачињавања записника

¹¹⁰⁰ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 559/2021 од 16.06.2021. године.

¹¹⁰¹ Решење Апелационог суда у Београду Кж2 2683/21 од 23.12.2021. године и решење Трећег основног суда у Београду К 8/20 од 13.09.2021. године.

¹¹⁰² Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1243/2019 од 27.11.2019. године.

¹¹⁰³ Пресуда Врховног суда Србије Кзп 123/07 од 9.05.2007. године.

¹¹⁰⁴ Решење Апелационог суда у Београду Кж2 4652/10 од 23.12.2010. године.

¹¹⁰⁵ Након што је окривљени завршио слободно изношење свог исказа, а потребно је да се исказ употпуни или разјасни, поставиће му се питања која: 1) морају бити јасна, одређена и разумљива; 2) не смеју садржати обману, нити се заснивати на претпоставци да је окривљени признао нешто што није признао (капциозна питања) и 3) не смеју представљати навођење на одговор (сугестивна питања) - члан 86 став 3 ЗКП.

о саслушању окривљеног попуст грешака у куцању, одсуство потписа записничара на крају записника или окривљеног на свакој страници.¹¹⁰⁶

2.2. Исказ саокривљеног

Иако се окривљени не поучава о томе да све што изјави може бити употребљено и против другог лица, јер Законик о кривичном поступку и не предвиђа такву обавезу,¹¹⁰⁷ његов исказ у кривичном поступку има доказни значај како у односу на утврђивање целокупног чињеничног стања, тако и у односу на утврђивање кривице саокривљених. По правилу, исказ саокривљеног ће бити коришћен у поступку против окривљеног, уколико је он имао могућност конфронтације са њим, као што то право има у односу на сведоке оптужбе. Право на конфронтацију је гарантовано окривљеном не само чланом 33 став 5 Устава РС и чланом 68 став 1 тачка 10 ЗКП, већ је и гаранција права на правично суђење прописана чланом 6 став 3 тачка д ЕКЉП.

Међутим, Законик о кривичном поступку прописује да на главном претресу суд може извршити увид у исказ саоптуженог у погледу кога је кривични поступак раздвојен или већ окончан правноснажном осуђујућом пресудом¹¹⁰⁸. Овај законски механизам спречава мешање процесних улога окривљеног и сведока у кривичном поступку, али уједно представља и „најкрупније и процесно најдалекосежније одступање од објективног аспекта начела непосредности у извођењу доказа на главном претресу“.¹¹⁰⁹ С обзиром да је Законик о кривичном поступку из 2011. године увео расправни модел кривичног поступка, овако проширени значај исказа окривљеног, у кривично правној теорији сматра се „парадоксалним решењем“, које је проблематично како у контексту доказног кредибилитета таквог исказа, тако и у погледу уставом загарантованог права окривљеног да „испита сведоке против себе или да постигне да се они испитају“.¹¹¹⁰ У правној теорији се указује и да је нелогично да циљ истраге коју води јавнотужилачки орган буде и обезбеђење доказа, јер то може да чини само суд у одређеном облику функционалне надлежности, као што је судија за претходни поступак.¹¹¹¹

Осим тога, за разлику од претходног ЗКП,¹¹¹² важећи процесни закон не прописује обавезу јавног тужиоца да осумњиченог и браниоца обавести о предузимању доказне радње саслушање саокривљених. Наиме, иако је одредбом члана 300 став 4 ЗКП, тужилац дужан да обавести браниоца о доказним радњама, под доказним радњама се у члану 300 ЗКП

¹¹⁰⁶ Види: пресуду Вишег суда у Ваљеву Кж1 90/19 од 07.08.2019. године, пресуду Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 5576/10 од 13.12.2010. године, као и решење Апелационог суда у Београду Кж2 654/14 од 14.05.2014. године.

¹¹⁰⁷ Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 1 496/12 од 7.03.2012. године и пресуда Вишег суда у Београду К. 960/10 од 30.09.2011. године. Наведено према: А. Трешњев, Збирка судских одлука из кривичноправне материје (Девета књига), Службени гласник, Београд, 2013, 182.

¹¹⁰⁸ Члан 406. став 1. тачка 5. ЗКП.

¹¹⁰⁹ М. Шкулић, Т. Бугарски, 468.

¹¹¹⁰ В. Бајовић (2017), 715 и 720. О проблематичности овог решења види и: М. Шкулић, “Критичка анализа неких одредби новог Законика о кривичном поступку Србије из 2011. године” у: М. Шкулић, Г. Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије- Реформа у стилу један корак напред- два корака назад*, Београд, 2012.

¹¹¹¹ М. Шкулић, Г. Илић (2012), 65 – 69.

¹¹¹² Види члан 251 став 1 и 5 ЗКП, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002 и *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон, 72/2009 и 76/2010.

сврставају испитивање сведока, вештака и увиђај, а тако се доследно и примењује у јавнотужилачкој пракси.¹¹¹³ Самим тим, могућа је ситуација да суд заснива пресуду на исказу саоптуженог, који је претходно саслушан у истрази, а потом је према њему раздвојен поступак, а да окривљени нити његов бранилац уопште нису имали прилику да му постављају питање нити да захтевају суочење. Иако се може упоредити, нешто је другачија ситуација када Законик даје превагу праву на ћутање и привилегији против самоотпуживања у односу на право одбране да испита саокривљеног, па изричито дозвољава упознавање са исказом окривљеног из претходног поступка, када он одбије да одговара на питања или да изнесе одбрану на главном претресу.¹¹¹⁴

Европски суд за људска права гаранције из члана 6 став 1 и 3 (д) ЕКЉП примењује и на сведока и на саокривљеног, када је њихов исказ основ осуђујуће пресуде. Према Конвенцији „сведок има аутономно значење, тако да се сведоцима не сматрају само особе, које се позивају на главни претрес да сведоче усмено, већ и особе, међу којима може бити и саоптужени, чије се писмене изјаве усвоје у доказни спис и који се нису појављивали пред судом“.¹¹¹⁵ У случају *Lucà v. Italy*,¹¹¹⁶ утврђује се да дошло до повреде члана 6 став 1 и 3 (д) ЕКЉП, када је домаћи суд осудио подносиоца представке искључиво на основу изјава које је дао саокривљени пре суђења, а да ни подносиоцу представке нити његовом адвокату није дата могућност у било којој фази поступка да га испитају. При томе, не захтева се да се ова могућност пружи искључиво на главном претресу, већ је довољно да је одбрана имала такву могућност у било којој фази поступка.

Што се тиче одлука домаћих судова, заузета становишта највише судске инстанце су била основ за поступање судова и примену одредбе члана 406. став 1. тачка 5. ЗКП. Врховни касациони суд је најпре на седници кривичног одељења тог суда¹¹¹⁷ заузео став да се записник полиције о саслушању осумњиченог који је извршен у присуству браниоца може користити као доказ у поступку против другог саоптуженог у погледу кога је кривични поступак раздвојен.

Овакво, опште прихваћено становиште је „проблематично“ са неколико процесних аспекта. Најпре, ако имамо у виду да је исказ који осумњичени даје у полицији, условљен пристанком осумњиченог и присуством његовог браниоца, док, са друге стране, исказ грађанина који даје обавештење полицији нема никакву доказну вредност јер се не позива у својству сведока, са правом се у кривичноправној теорији истиче да на овај начин „исказ осумњиченог добија већу тежину и „шире дејство“ у односу на исказ сведока“.¹¹¹⁸ Ако још

¹¹¹³ Иако окривљени и бранилац приговарају доказној радњи саслушању саокривљеног у истрази и истичу повреду права на одбрану, јер нису обавештени о предузимању ове радње, кривично ванпретресно веће се не упушта у разматрање овог питања са образложењем „да се на главном претресу поново изводе докази на којима ће се заснивати евентуална пресуда, а да се докази прикупљени у фази истраге не користе непосредно, аутоматски, него искључиво по предлогу странака, на основу одлуке суда да ли ће да их изведе или не према резултату главног претреса и процесним улогама учесника у поступку, при чему ће на главном претресу окривљени против којих је подигнута оптужница имати право да, евентуално, траже издвајање доказа из списка предмета, о чему ће одлучивати судеће веће...“ - из решења Првог основног суда у Београду К 1669/17 – Кв 1668/17 од 14.3.2018. године. Слично и у решењу Првог основног суда у Београду К 160/17 – Кв 131/17 од 24.2.2017. године.

¹¹¹⁴ Види члан 397 став 6 ЗКП.

¹¹¹⁵ М.Сладојевић, 147-148. Види: *Kostovski v. The Netherlands*, ECtHR, App.No 11454/85, final on 20 November 1989.

¹¹¹⁶ *Lucà v. Italy*, ECtHR, App.No.33354/96, 27 February 2001, final on 27 may 2001, para 41 – 45.

¹¹¹⁷ Седница кривичног одељења Врховног касационог суда од 04.04.2014. године.

¹¹¹⁸ В.Бајовић (2017), 727.

имамо у виду да окривљени неретко у пракси баш у овој предистражној фази, признају кривично дело и терете саокривљене, само да би обезбедили бољи положај у даљем току поступка и избегли одређивање неке теже мере за обезбеђивање присуства окривљеног и несметаног вођења кривичног поступка, то је још већа опасност од употребе овог исказа против саокривљеног у каснијим фазама поступка. Још је Б.Марковић истицао „правило је да сведоџба саучесника нема доказне вредности, јер саучесник има интереса да кривицу натура другом и гледа да увуче другога, а његовој свеџби се не може веровати јер је укаљан учешћем у кривичном делу па се не може ни претпоставити да ће бити честит и да ће хтети казати истину.“¹¹¹⁹ Најзад, поступање домаћег суда у складу са заузетим становиштем, имала је за последицу и утврђивање повреде члана 6 став 1 и 3 (д) ЕКЉП у предмету Димовић против Србије.¹¹²⁰ У овом случају, ЕСЉП, утврђено је да се пресуда домаћег суда „одлучујуће заснивала на непровереном доказу“ и то на исказу саокривљеног из полиције који услед смрти није могао бити испитан од стране друге двојице окривљених. Три критеријума су пресудна за оцену да ли је дошло до повреде члана 6 став 1 и 3 (д) ЕКЉП, да ли постоји оправдан разлог да се исказ одсутног сведока прихвати као доказ, да ли је исказ одсутног сведока био једини или одлучујући доказ за осуду подносиоца, односно за исход поступка и да ли су постојали примерени фактори противтеже који ублажавају тешкоће са којима се суочила одбрана због прихватања доказа који није могао да се провери а којима би се обезбедило да суђење у целини буде правично.¹¹²¹ Суд је значајну тежину дао чињеници „да је одсуство марљивости од стране домаћих органа било примарни разлог за прихватање изјаве С. К. као доказа тек након његове смрти и, сходно томе, немогућности одбране да га унакрсно испита на претресу“.¹¹²²

Дакле, исказ окривљеног дат у полицији не може бити одлучујући за осуђујућу пресуду саокривљеног, уколико он нема могућности да га испита у кривичном поступку, а чињеницу „да је саокривљени у својој одбрани у полицији, у присуству браниоца, навео да је предметно кривично дело извршио са окривљеним“, треба третирати као извесну индицију о саокривљеном као извршиоцу, али „никако као довољан, поуздан и несумњив доказ, јер би се у супротном осуда одлучујуће заснивала на непровереном доказу“.¹¹²³

У складу са стриктним тумачењем Законика о кривичном поступку окривљени се не може испититати у својству сведока на главном претресу нити може бити подвргнут унакрсном испитивању.¹¹²⁴ У црногорском Законнику о кривичном поступку,¹¹²⁵ прописано је да се „не смеју заклињати лица за која је доказано или за која постоји основана сумња да су извршила или учествовала у кривичном делу због кога се саслушавају“, док се у кривично процесном закону Републике Хрватске, не може испититати као сведок „окривљеник у поступку у којем су примењене одредбе чланка 25 овог Закона“,¹¹²⁶ односно окривљени у јединственом поступку. Ова забрана се не односи саокривљеног према којем је поступак

¹¹¹⁹ Б.Марковић (1921), 262.

¹¹²⁰ *Димовић против Србије*, ЕСЉП, представка број 24463/11, пресуда од 18. јуна 2016.

¹¹²¹ Види: *Schatschaschwili v. Germany*, ЕСтHR, App.No 9154/10 final on 15 December 2015.; *Al-Khawaja i Tahery v. UK*, ЕСтHR, App. 26766/05 i 22228/06, final on 15 December 2011.

¹¹²² *Димовић против Србије*, пара 48.

¹¹²³ Из пресуде Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 393/17 од 30.3.2017. године.

¹¹²⁴ Види члан 107 став 1 тачка 2 ранијег Законика о кривичном поступку.

¹¹²⁵ члану 118 став 1 тачка 2 ЗКП ЦГ.

¹¹²⁶ Члан 284 став 1 тачка 3 ЗКП РХ.

правноснажно окончан или пресудом или прихватањем закључења споразума о признању кривичног дела, јер тада не постоји опасност од самоинкриминације.¹¹²⁷

У складу са одредбом члана 406 став 1 тачка 5 ЗКП, суд се може упознати са исказом саоптуженог у две алтернативно прописане ситуације, уколико је поступак према њему раздвојен, а није окончан и уколико је окончан правноснажно осуђујућом пресудом. Под „опуженим“ се подразумева „лице против кога је оптужница потврђена и лице за које је поводом оптужног предлога, приватне тужбе, предлога за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења одређен главни претрес или рочиште за изрицање кривичне санкције.¹¹²⁸ Иако је термилошки јасно одређено да наведена одредба није применљива у случају да лица нису била саоптужена у кривичном поступку, у судској пракси, се запажа тренд екстезивног тумачења ове одредбе у погледу окривљених који су правноснажно ослобођени или према којима је оптужба правноснажно одбијена.¹¹²⁹ Међутим, Врховни касациони суд је заузео становиште да исказ окривљеног са којим се суд упознао у тој ситуацији, представља незаконит доказ и да се на њему не може заснивати судска одлука. У једној пресуди је усвојио захтев за заштиту законитости окривљеног, утврдивши да „према окривљеној АА није раздвојен кривични поступак, нити је окончан правноснажном осуђујућом пресудом, због чега одбрана ове окривљене није могла бити прочитана на главном претресу, у смислу члана 406. став 1. тачка 5) ЗКП, нити се на одбрани окривљене АА могу заснивати правноснажне пресуде, док с обзиром на друге доказе изведене у овом кривичном поступку, није очигледно да би и без тог доказа била донета иста пресуда“.¹¹³⁰

На седници дана 13. маја 2014. године, заузето је становиште да се суд применом одредбе члана 406. став 1. тачка 5. ЗКП може само упознати са садржином исказа саокривљеног, а не испитивати окривљеног у својству сведока у три процесне ситуације.¹¹³¹ Прве две процесне ситуације се односе на понављање поступка и поновни поступак по делимично укинutoј пресуде, када ће се суд упознати са исказом саоптуженог, с тим да се пресуда не може искључиво или у одлучујућој мери заснивати на таквом доказу. Трећа ситуација се односи на став суда да се саоптужени, односно осуђени према коме је кривични поступак већ окончан правноснажном пресудом донетом по основу споразума о признању кривичног дела не може позивати на претрес и саслушавати нити испитивати у својству сведока, него треба применити одредбу члана 406 став 1 тачка 5 ЗКП-а. Дакле, када окривљени пре закључивања споразума о признању кривичног дела признао кривично дело износећи своју одбрану на записнику о саслушању пред јавним тужиоцем односно пред судом, у зависности од фазе поступка у којој се усваја споразум, суд се може упознати са садржином таквог исказа окривљеног и његов исказ ће за саокривљене имати релевантан доказни значај. И у овој процесној ситуацији, јавни тужилац нема законску обавезу да саокривљеног и његовог браниоца обавести о предузимању доказне радње саслушања окривљеног пре закључивања споразума.

¹¹²⁷ Z. Đurđević, „Procesna jamstva obrane prema suokrivljeniku kao svjedoku optužbe“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 16, 2/2009, 792.

¹¹²⁸ Види члан 2 став 1 тачка 3 ЗКП.

¹¹²⁹ Види пресуду Апелационог суда у Београду Кж1 826/2020 од 26.11.2020. године и пресуду Вишег суда у Београду К 1132/12 од 01.07.2020. године.

¹¹³⁰ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 184/2021 од 04.03.2021. године.

¹¹³¹ Више о томе: Б.Цветковић, „Спорна питања у примени Законика о кривичном поступку“, 18-21, *Билтен Врховног касационог суда* 3/2014, Београд. Види и: <http://cdn-host.bgdream.net/lt/news/sudska-praksa/odgovori-na-pitanja-podrucnih-sudova/krivicno-odeljenje/odgovori-krivicnog-odeljenja-na-pitanja-viseg-suda-u-smederevu.html>.

У кривичноправној теорији и пракси су поводом овог става била подељена мишљења.¹¹³² Са једне стране, у овој процесној ситуацији се могу изнети аргументи да се упознавањем са исказом саокривљеног ускраћује право одбране да испита таквог саокривљеног који представа заправо сведока оптужбе,¹¹³³ а нарочито када се има у виду да окривљени „приликом закључења споразума фактички “тргује” својим процесним правима, рачунајући да му се тако нешто “исплати” због блаже санкције, па самим тим чињенице наведене у споразуму нису утврђиване и доказиване већ договорене“.¹¹³⁴ Истиче се и да одредбом члана 406 став 1 тачка 5 ЗКП, за разлику од одредбе која се односи на понављање поступка у члану 481 ЗКП суду даје само *могућност* упознавања са садржином исказа саокривљеног који је правноснажно осуђен а не и обавезу, па самим тим се саокривљени може у поступку који се води против осталих окривљених испитати у својству сведока.¹¹³⁵ У прилог овом ставу стоји и закључак са радног састанка председника кривичних одељења судске праксе у кривичној материји апелационих судова и Врховног касационог суда одржаног дана 30.06.2014.године, у којем је између осталог наведено да је у процесним ситуацијама које се не односе на поновљени поступак, где је дошло до раздвајања поступка у односу на неке окривљене, имајући у виду одредбу члана 406 став ЗКП, могуће упознавање са раније датим исказима саокривљених док је изузетно у неким процесним ситуацијама могуће је саслушање окривљених као сведока, али за такву одлуку мора дати образложење.

Поборници становишта да се окривљени према коме је донета правноснажна пресуда на основу споразума не може испитати у својству сведока, као главни аргумент истичу забрану мешања процесних улога.¹¹³⁶ Разлог забране кумулације функција окривљеног и сведока види се у „некомпатибилности њихових процесних улога односно различитост, па чак и контрадикторност њихових права и обавеза“.¹¹³⁷ Осим тога, окривљени који је правноснажано осуђен не може да се испита као сведок нити да се суочавати са окривљеним, јер је већ осуђен, због чега је оправдано да се примени изузетак од начела непосредности. У прилог овог става, стоји и мишљење заузето у једној пресуди Апелационог суда у Београду, у којој се наводи да је „првостепени суд правилно поступио када је одбио предлог одбране да се саокривљени (осуђени) који су осуђени пресудама којима је усвојен споразум на основу признања кривичног дела испитају у својству сведока, будући да наведена лица не могу имати у истом кривичном поступку (у односу на све окривљене је подигнута јединствена оптужница) својство окривљеног и својство сведока“.¹¹³⁸ У једној пресуди Врховног касационог суда наводи се да „одредба члана 406. став 1. тачка 5) ЗКП омогућава суду да на главном претресу, и без сагласности странака, изведе доказ и то путем вршења увида или читања садржине записника о исказу саоптуженог према којем је кривични поступак раздвојен или је већ окончан правноснажном осуђујућом пресудом, те упознавање са садржином записника о исказима односно одбранама окривљених, датим пре закључења споразума о признању кривичног дела и то вршењем увида у исте и њиховим читањем, уместо непосредног испитивања ових окривљених на претресу пред другостепеним судом,

¹¹³² Б.Станковић, „Пресуда о прихватању споразума о признању кривичног дела-спорна питања у пракси“, *Билтен Вишег суда у Београду*, број 87, година 2016, Београд,

¹¹³³ Више о томе: Ј. Тинтор, „Одбрана као страна у поступку у тужилачкој истрази (анализа новог ЗКП)“, *Тужилачка истрага регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, Београд, 2014, 255.

¹¹³⁴ В.Бајовић (2017),724.

¹¹³⁵ Горан П. Илић et al, 954.

¹¹³⁶ Александар Трешњев: „Дилеме у примени споразума о признању кривичног дела“, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2013, 249-250.

¹¹³⁷ Z. Đurđević (2009),789.

¹¹³⁸ Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1.по1.бр.22/14 од 06.02.2015.године

суд је поступио у свему законито, сагласно процесној одредби члана 406. став 1. тачка 5) ЗКП, који докази и по начину прибављања и по својој садржини представљају законите доказе на којима се пресуда може заснивати“.¹¹³⁹

Међутим, иако упознавање са исказом саопштеног, који је правносажно осуђен, није незаконит доказ сам по себи, он не сме бити одлучујући доказ у поступку према осталим саокривљенима. У пресуди Врховног касационог суда,¹¹⁴⁰ је захтев за заштиту законитости оцењен као основан, јер је „осуђујућа пресуда у конкретном случају заснована искључиво на исказу раније осуђеног саокривљеног, који је он оповргао и који није поткрепљен доказима на које се позивају првостепени и другостепени суд нити проверен евентуално другим доказима“. Суд треба обазриво да примењује ову процесну могућности, а доказни кредибилитет исказа саокривљеног цени пажљиво у оквирама свих релевантних околности и доказа конкретног случаја, не примењујући члан 406 став 1 тачка 5 ЗКП, уколико се исказ саокривљеног, покаже „одлучујућим“ за осуду саокривљених.

2.3. Испитивање сведока

Испитивање сведока односно сведочење као доказно средство у кривичном поступку, представља саопштавање од стране одређеног лица, сведока, важних обавештења о чињеницама, које су од значаја за расветљење и решење кривичне ствари.¹¹⁴¹ Субјект који је носилац садржаја сведочења односно извор из кога произилазе доказни подаци је сведок. Дефиниције сведока су у теорији биле различите, али су увек носиле исту бит, а то је постојање непосредних или посредних сазнања неког лица о критичном догађају. Бајер говори о сведоку као особи различитој од окривљеника, којој је нешто познато о чињеницама које се утврђују у кривичном поступку и коју је истражни судач или расправни суд позвао да о тим чињеницама даде свој исказ.¹¹⁴² Сведок је „физичко лице, које у кривичном поступку има обавезу да да исказ о чињеницама релевантним за поступак, које је чуло опазио у прошлости или је за чињенице чуо од неког другог лица“.¹¹⁴³

Релеванти међународни инструменти иако се баве питањима положаја и улоге сведока и њихових права, различито дефинишу сам појам сведока. Као пример навешћемо Препоруку Р(97)13 Савета Европе,¹¹⁴⁴ у којој се сведок дефинише као „свака особа, без обзира на њен статус у оквиру националног закона о кривичном поступку, која поседује информације релевантне за кривични поступак“. Као што се може уочити ова дефиниција је широко постављена не само обзиром на сазнања која то лице треба да поседује, која је нашим Закоником ограничена на она релевантна за решавање кривичне ствари, а не целокупног поступка, већ и у односу на субјекте, где поред сведока обухвата и вештаке, судске тумаче и друга лица.

¹¹³⁹ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 778/2020 од 15.10.2020. године.

¹¹⁴⁰ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1142/2017 од 23.11.2017. године, из Билтена *Врховног касационог суда* 2/2018, Београд, 181.

¹¹⁴¹ Д. Димитријевић (1981), 212

¹¹⁴² V. Bayer (1978), 155.

¹¹⁴³ М. Шкулић, Т. Бугарски, 271.

¹¹⁴⁴ ф. Council of Europe. Recommendation No R (97) 13 Intimidation of Witness and Rights of Defence, Adopted by the Committee of Ministers on 30 September 1997, at the 600th Meeting of the Ministers' Deputies, internet http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/victims/recR_97_13e.pdf, доступна дана 15.05.2019. године.

Домаћи законодавац сведока дефинише као свако оно лице за које је вероватно да ће дати обавештења о кривичном делу, учиниоцу или о другим чињеницама које се утврђују у поступку.¹¹⁴⁵ На овом месту важно је напоменути да законодавац, најпре, поставља *материјални услов* за давање својства сведока одређеном лицу у кривичном поступку, а исти се огледа у *поседовању одређених сазнања*, и то (алтернативно) о самом догађају који је предмет кривичног поступка, окривљеном или о некој другој чињеници коју је потребно утврдити у кривичном поступку. *Формални услов*, од чијег испуњења ће зависти да ли ће одређено лице заиста и бити испитано у својству сведока, огледа се у постојању процесне иницијативе, односно *доказног прелога*, који је потом, потребно, да орган поступка заиста и прихвати.

Осим што се поменути материјалним условом, у једном ширем смислу, одређује ко може бити сведок у кривичном поступку, а с обзиром на то да ли то лице може дати обавештења о неком догађају, Законик о кривичном поступку одређује и у ужем смислу, које категорије могу, односно не могу, бити сведоци у кривичном поступку. Тако се, као сведоци се могу јавити оштећени, приватни тужилац и оштећени као тужилац, који у таквој ситуацији истовремено имају двоструки процесни статус у кривичном поступку, односно и статус странке, односно потенцијалне странке (оштећени) и статус сведока.¹¹⁴⁶

Уколико суд посумња у способност сведока да пренесе своја опажања, наредиће неуропсихијатријско вештачање сведока на те околности. Ипак, то није обавеза суда, већ само процесна могућност. Чињеница да неко лице лишено пословне способности, сама по себи, не искључује могућност да он буде испитан у својству сведока у кривичном поступку, уколико он поседује општу способност да буде сведок, а у току поступка се није појавила сумња у његову способност да пренесе своја сазнања и опажања у вези са предметом сведочења.¹¹⁴⁷

Законодавац прописује да је свако лице дужно да се одазове позиву да сведочи, као што је кумулативно дужно и да сведочи, осим у ситуацијама у којима је постоји искључење или ослобођење од дужности сведочења.

Када је реч о заклетви сведока, прописано је да ће орган поступка од сведока захтевати да пре сведочења положи заклетву, док ће се одбијање и разлози за то унети у записник (члан 96 ЗКП), те је на овом месту занимљиво напоменути да само одбијање да се заклетва положи само по себи не мора значити да је реч о неистинитом казивању, нити да ће се у сваком случају радити о незаконитом доказу.

У случају да је као сведок испитано лице противно одредби која регулише искључење од дужности сведочења (члану 93. став 1 ЗКП) или ако лице које је ослобођено од дужности сведочења (члан 94.) није на то упозорено или се није изричито одрекло тог права или ако упозорење и одрицање није убележено у записник или ако је исказ сведока добијен противно одредби законика која регулише забрани мучења, нечовечног поступања и изнуде (члан 9 ЗКП), на исказу тог сведока не може се заснивати судска одлука.¹¹⁴⁸ Иако на овом месту законодавац изричито спомиње само лице које је испитано супротно одредби члана 93 став 1

¹¹⁴⁵ Члан 91 ЗКП.

¹¹⁴⁶ Члан 92 став 1 ЗКП.

¹¹⁴⁷ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 540/19 од 06.06.2019. године.

¹¹⁴⁸ члан 95 став 4 ЗКП.

ЗКП, мишљења смо да исто треба да важи и за лица испитана супротно одредби става другог наведеног члана. У сваком случају, смисао ове одредбе, најпре, лежи у прописивању одређене последице у случају да орган поступка пропусти да испуни своју дужност приликом руковођења поступком, односно занемари обавезу да упозори сведока или да такво упозорење и евентуално одрицање од права унесе у записник, док се део одредбе који се односи на забрану мучења, нечовечног поступања и изнуде има поистоветити са таквом забраном у односу на саслушање окривљеног, о чему је претходно већ било речи.

Други мањи пропусти у испитивању сведока, попут пропуштања органа поступка да сходно одредби члана 235 став 1 и 3 ЗКП, упозори испитано лице да прочита и потпише записник, односно изостанак потписа испитаног лица не води нужно незаконитости тако изведеног доказа. Ипак у судској пракси, налазимо и на становиште да се записници о саслушању сведока пред надлежним јавним тужилаштвом који нису потписани од стране саслушаних сведока, не могу се узети као доказна средства у поступку.¹¹⁴⁹

2.3.1. Искључење од дужности сведочења

Институт искључења од дужности сведочења¹¹⁵⁰ установљен је, како због потребе да се заштити општи интерес, односно интерес поједине професије, који се начелно може огледати у очувању поверења у исту, тако и због потребе да се очува природна неспојивост својства сведока са другим својствима које одређено лице може имати у кривичном поступку. Наиме, интенција законодавца је била да, прописивањем оваког института, интерес Републике Србије, као и интерес очувања интегритета одређених професија, превагне над интересом прикупљања одређених сазнања и утврђивања чињеница у конкретном кривичном поступку. Ипак, не може се занемарити да је овај институт делом установљен и у циљу заштите самог окривљеног и његовог положаја у кривичном поступку.

Тако искључење од дужности сведочења постоји у односу на лице које би давањем исказа у својству сведока у одређеном кривичном поступку повредило дужност чувања тајног податка. На овом месту потребно је напоменути да је тајни податак, у смислу Закона о тајности података¹¹⁵¹ податак од интереса за Републику Србију који је законом, другим прописом или одлуком надлежног органа донесеном у складу са законом, одређен и означен одређеним степеном тајности.¹¹⁵² Међутим, ово искључење је ограниченог временског трајања, будући да је предвиђено да исто важи све док орган или лице органа јавне власти, који су за то надлежани, не опозову тајност податка или лице (потенцијалног сведока) не ослободе од дужности чувања тајног податка.¹¹⁵³ Санкција за сведока који би поступио супротно својој обавези чувања тајног податка, била би његова кривична одговорност, будући да важећи КЗ предвиђа читаву лепезу кривичних дела у циљу очувања тајности

¹¹⁴⁹ Решење Вишег суда у Ваљевоу, Кв. 41/14 од 6. 5. 2014. године.

¹¹⁵⁰ У термији се лица која су искључена од дужности сведочења називају и „релативно неспособна“ да сведоче-Момчило Грубач, Тихомир Васиљевић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Пројурис, Београд, 2014, 219.

¹¹⁵¹ Закона о тајности података ("Сл. гласник РС", бр. 104/2009), у даљем тексту ЗТП.

¹¹⁵² члан 2 став 1 тачка 2 ЗТП.

¹¹⁵³ члан 93 став 1 тачка 1 ЗКП.

државне, службене и војне тајне, као што предвиђа и кривично дело које се односи на тајну сазнату у вршењу позива.¹¹⁵⁴

И лице које би својим сведочењем у кривичном поступку повредило дужност чувања професионалне тајне искључено је од дужности сведочења.¹¹⁵⁵ Законодавац *exempli causa* као лица у односу на која постоји професионална дужност чувања тајне наводи верског исповедника, адвоката, лекара и бабицу, иако, потом предвиђа да овакво лице може бити ослобођено поменуте дужности, како посебним прописом, тако и изјавом лица у чију корист је чување тајне установљено, чиме се и ова дужност релативизује. Ипак, пресуда се може заснивати на исказу лекара као сведока уколико се не ради о лекарској тајни у смислу чл. 93. ЗКП и уколико не доводи у питање право сведока из чл. 94. ЗКП, али не може да се заснује само на том исказу, већ је потребно да постоје и други докази, што зависи од конкретног предмета.¹¹⁵⁶ Врховни суд Србије је 1963. године, заузео становиште да „нема повреде позитивне тајне ако лекар дома народног здравља, који је приликом лекарског прегледа пацијенткиње сазнао од ње, да је отац полно злоставља и то пријавио у име дома здравља надлежном органу гоњења.“¹¹⁵⁷

Коначно, и лице које је би у својству сведока било позвано да казује о ономе што му је као свом браниоцу поверио окривљени, искључено је од дужности сведочења, која одредба има за циљ заштиту онога што је окривљени приликом припремања одбране поверио свом браниоцу или оштећени свом пуномоћнику. С обзиром на то да законодавац јасно и изричито не прецизира процесни моменат у којем је окривљени наведено поверио свом браниоцу, мишљења смо да није од значаја да ли приликом давања исказа сведока (браниоца) исти још увек врши функцију одбране, као што није ни неопходно да казује о конкретном догађају који је предмет актуелног кривичног поступка у којем је такав сведок позван да сведочи, већ је потребно оцену вршити у сваком конкретном случају. Тако, у кривичном поступку се не може као сведок саслушати бранилац окривљеног који је с њим у пословном односу био дуже време и заступао га у парници поводом које се води актуелни кривични поступак.¹¹⁵⁸

Важно је у виду имати да је предмет заштите само оно што је окривљени своје браниоцу *поверио*, па тако нема препрека да бранилац у својству сведока буде испитан, чак и у истом кривичном поступку у којем је некада обављао функцију одбране, али на неке друге околности. Тако би у обзир дошле ситуације у којима би суд, примера ради, браниоца позвао да као сведок казује о физичком или психичком стању у којем је окривљени први пут износио своју одбрану пред јавним тужиоцем или полицијом, у присуству некадашњег браниоца (садашњег сведока), а све са циљем утврђивања да ли је одбрана изнета од стране окривљеног том приликом била последица евентуалне физичке силе, претње или принуде. Реч је о ситуацији у којој би бранилац казивао о ономе што је конкретном приликом својим чулима опазио, а не о садржини онога што је у дознао у односу поверења које је са својим брањеником имао.

Како је институт искључења од дужности сведочења, поред разлога о којима је већ било речи, једним својим делом установљен и у корист окривљеног, то законодавац

¹¹⁵⁴ види члан 141 КЗ.

¹¹⁵⁵ члан 93 став 1 тачка 2 ЗКП.

¹¹⁵⁶ Закључак усвојен на седници Кривичног одељења Апелационог суда у Нишу, одржаној дана 16. и 17.04.2014. године, усаглашени са закључцима Кривичног одељења Врховног касационог суда на састанку Кривичног одељења Апелационог суда у Нишу дана 01.12.2014. године.

¹¹⁵⁷ Одлука ВССИ.Кж.642/63 од 21.12.1963. године, цитирано из: М.Грубач, Т.Васиљевић (2014), 220.

¹¹⁵⁸ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 137/06 од 11.12.2006. године.

окривљеном или његовом браниоцу оставља могућност давања процесне иницијативе у виду предлога суду, да изузетно испита у својству сведока лице које је искључено од дужности сведочења.¹¹⁵⁹ Будући да ће, у случају стављања оваквог предлога од стране одбране, бити потребно одлучити који је интерес, у конкретном случају, претежнији, то је и оправдано што је могућност доношења наведене одлуке остављена *само суду*, без обзира у којој фази кривичног поступка поступка такав предлог буде стављен, а не и јавном тужиоцу као органу поступка који руководи кривичним поступком у ранијим фазама, а све с обзиром на супротстављеност интереса окривљеног и јавне тужбе.

Поред искључења од дужности сведочења која законодавац јасно прописује (члан 93) и судска пракса изнедрила је поједине случајеве обавезног искључења сведочења. Тако се сматра незаконитим доказом садржина исказа лица, које је у истрази саслушано у својству сведока, а које је, потом, у каснијим фазама кривичног поступка, стекло својство окривљеног.¹¹⁶⁰ Овакав став датира још из 1986. године, када је на XXX заједничкој седници Врховног суда Србије, утврђено да ће се записник о испитивању сведока који у истој кривичној ствари постане окривљени издвојити из списка као незаконит доказ.

2.3.2. Ослобођење од дужности сведочења

Круг лица на која се односи институт ослобођења од дужности сведочења може се поделити на она која се окривљеним имају одређени лични однос (крвно, тазбинско или доптивно сродство, односно одређена заједница живота) и на она која под овај круг „потпадају“ због свог личног својства.

Законодавац предвиђа да су од дужности сведочења ослобођени лице са којим окривљени живи у браку, ванбрачној или другој трајној заједници живота, сродник окривљеног по крви у правој линији, у побочној линији до трећег степена закључно, као и сродник по тазбини до другог степена закључно, усвојеник и усвојитељ окривљеног.¹¹⁶¹ Ratio legis ове одредбе лежи у одређеном блиском, приватном и личном односу који окривљени има са таквим сведоком, а који однос по својој природи води разумној и очекиваној сумњи да сведок неће (макар у потпуности) истинито казивати. Овакво решење опште је прихваћено и у упоредним законодавствима, а мишљења смо да се може сматрати оправданим, будући да би постојање императивне одредбе која оваквим лицима (без изузетка) не би дозвољавала могућност да се користе својим правом да не сведоче, водило неефикасном и непотребном извођењу доказа у виду испитивања сведока, а које не би доприносило тачном и потпуном утврђивању чињеничног стања у конкретним кривичним поступцима.

Док дефинисање степена сродства и брачне заједнице неће представљати већи проблем,¹¹⁶² законодавац је отишао корак даље прописујући да ванбрачна заједница представља трајну заједницу живота одређену законом (чиме упућује на одредбе Породичног закона), као и заједницу у којој је рођено заједничко дете без обзира на њено трајање, као што је и отклонио сумњу шта то представља другу трајнију заједницу живота, прописујући

¹¹⁵⁹ члан 93 став 2 ЗКП.

¹¹⁶⁰ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 2048/05 од 29. 05.2006.године.

¹¹⁶¹ члан 94 став 1 ЗКП.

¹¹⁶² члан 3 Породичног закона (*"Sl. glasnik RS", br. 18/2005, 72/2011 - dr. zakon i 6/2015*).

да је реч о заједници два лица која по трајању и узајамним обавезама има одлике породичног живота.¹¹⁶³

У сваком сваком конкретном случају сведок треба да докаже постојање односа са окривљеним који је такве природе да оправдава примену института ослобођења од дужности сведочења, док трајније заједнице живота између лица истог или различитог пола, треба да постоје у процесном моменту у којем је лице позвано да сведочи. Постојање односа у прошлости, а који више не егзистира (нпр. бивши брачни/ванбрачни партнери), не би водило ослобађању од дужности сведочења.¹¹⁶⁴ Међутим, уколико би се такав однос поновно успоставио, и то не нужно у истоветном изворном облику, али ипак, у облику који потпада под оне обухваћене институтом ослобођења од дужности сведочења, имало би места примени члана 94 ЗКП. Тако би од дужности сведочења био ослобођен бивши брачни друг окривљеног, када је брак разведен, али су сведок и окривљени након тога засновали ванбрачну заједницу и живе у ванбрачној заједници у време одржавања главног претреса.¹¹⁶⁵

Са друге стране, нема места екстензивном тумачењу домена примене одредбе члана 94 став 1 ЗКП, када је реч о врстама и степенима сродства, па се тако у једној одлуци суда ванредног правног лека наводи да, имајући у виду „да сведок ББ и оштећена АА, која је усвојена ћерка окривљеног, нису закључили брак, већ да живе у ванбрачној заједници, то се, по оцени Врховног касационог суда тазбинско сродство заснива у моменту закључења брака, што конкретно није случај, те се, стога, по оцени тог суда, а супротно наводима из захтева браниоца окривљеног, не може сматрати да се сведок ББ и окривљени налазе у тазбинском сродству, због чега суд и није био дужан да овог сведока пре саслушања упозори да је ослобођен од дужности сведочења у смислу члана 94. став 1. тачка 2) ЗКП“.¹¹⁶⁶

Само постојање неког од односа које законодавац предвиђа као односе на које се примењује институт ослобођења од дужности сведочења неће *a priori* водити таквом ослобођењу. Ово стога што је преурањено закључивати да ће се такав сведок касније заиста и користити својим законским правом да не сведочи, те све док га орган поступка не поучи о наведеном праву и такву поуку и одговор не унесе на записник, оправдано је сматрати да дужност сведочења постоји.

О питању да ли суд може засновати своју одлуку на исказу сведока који своје сазнање о правно одлучним чињеницама црпи из исказа сведока који је ослобођен дужности сведочења (привилегованог сведока) постоје су опречна мишљења у судској пракси. Иако се начелно у судској пракси сматра да би то водило „изигравању слободе одбијања исказа признате овим сведоцима“,¹¹⁶⁷ већински став је да сведок на овај начин казује о чињеницама које је својим чулима сам опазио, због чега коришћење тог исказа као доказа у кривичном поступку није у супротности са било којом одредбом ЗКП, па се самим тим и не ради о

¹¹⁶³ члан 2 став 1 тачка 25 ЗКП.

¹¹⁶⁴ „По фактичком престанку ванбрачне заједнице, сведок оштећена нема више својство ванбрачне супруге окривљеног, те не спаде у круг лица које је ослобођено од дужности сведочења- из пресуде Врховног касационог суда Кзз 1254/2020 од 10.11.2020. године.

¹¹⁶⁵ Пресуда Вишег суда у Београду Кж1 25/21 од 8.02.2021. године и пресуда Другог основног суда у Београду К 1273/20 од 18.12.2020. године - Из Билтена Вишег суда у Београду, број 92/2021, Интермех, Београд.

¹¹⁶⁶ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 546/2019 од 11.06.2019. године.

¹¹⁶⁷ М.Грубач, Т.Васиљевић (2014), 224.

незаконитом доказу у смислу одредбе члана 84 став 1 у вези са чланом 16 став 1 ЗКП.¹¹⁶⁸ Оправданост оваквог става се може досвести у питање када применимо теорију „плодова отровног дрвета“, јер је такво сазнање сведока проистекло из незаконитог доказа.

Врховни касациони суд се у својим одлукама различито изјашњавао поводом овим посредних сазнања сведока која потичу од привилегованих сведока. У три своје одлуке, овај суд је изнео становиште да „околност да су *привилеговани сведоци* искористили своје право да не сведоче на главном претресу, и да су њихови претходно дати искази издвојени из списка предмета, нема за последицу незаконитост исказа сведока, радника Центра за социјални рад о околностима за које су сазнали док су, у оквиру активности из делокруга рада, обављали разговоре са привилегованим сведоцима“, као и да „акти Центра за социјални рад, који се односе на чињенице и околности из исказа малолетне оштећене која је искористила право да не сведочи у кривичном поступку, представљају службену документацију о предузетим мерама из надлежности тог органа, те ни сами по себи нити по начину прибављања нису докази на којима се пресуда не би могла заснивати“.¹¹⁶⁹ Супротно томе, у једној одлуци Врховни касациони суд констатује да се пресуде „заснивају на исказима сведока ББ, ВВ и др ГГ, који су се изјашњавали о ономе што им је оштећено дете саопштило у вези са критичним догађајем, а које лице у току поступка никада није испитано у вези са чим су у првостепеној пресуди дати разлози због чега је одбијен предлог одбране да се оштећени саслуша (са образложењем да је тим вештака кабинета за судску психијатрију Клиничког центра Војводине оценио да би учествовање оштећеног у кривичном поступку као сведока за њега било веома трауматично, чак и уз ограничења прописана законом и да оштећени није способан да схвати значај права да је ослобођен од дужности сведочења, узимајући у обзир његова когнитивна ограничења), па се самим тим ови докази сматрају незаконитим и на њима се не може заснивати судска одлука у смислу члана 16 став 1 ЗКП“.¹¹⁷⁰

Паралелно са могућношћу да сведок који је ослобођен од дужности сведочења ускрати органу поступка давање свог исказа у целини, законодавац предвиђа и могућност ускраћивања исказа и само у односу на поједина питања. У складу са одредбом члана 95 став 2 ЗКП, сваки сведок ће бити упозорен да није дужан да одговори на одређено питање уколико је вероватно да би тиме себе или лице из члана 94. став 1. законика изложио тешкој срамоти, знатној материјалној штети или кривичном гоњењу, а овакво упозорење унеће се у записник. Уколико сведок није упозорен да није дужан да одговара на поједина питања којима би изложио себе кривичном гоњењу, па после његовог саслушања дође до подизања оптужног акта против њега за кривично дело прикривања, испуњени услови да се записник о његовом саслушању као сведока издвоји из списка.¹¹⁷¹

Најзад, законодавац предвиђа да се као сведок не може испитати малолетно лице које, с обзиром на свој узраст и душевну развијеност, није способно да схвати значај права да је ослобођено од дужности сведочења, осим ако то сам окривљени захтева.¹¹⁷² Већ је било речи

¹¹⁶⁸ Усаглашени став поводом спорних питања, утврђен на заједничкој седници Апелационих судова и Врховног суда, одржаној 02.12.2016 у Крагујевцу - Из Билтена Врховног касационог суда, број 1/2017, Интермех, Београд.

¹¹⁶⁹ Пресуде Врховног касационог суда Кзз 210/2020 од 19.5.2020. године, Кзз 1095/2019 од 31.10.2019. године и Кзз 654/2019 од 25.6.2019. године - цитирано према: М.Писарић (2021),444.

¹¹⁷⁰ Пресуда Кзз 608/2020 од 15.09.2020. године.

¹¹⁷¹ Решење Окружног суда у Београду Кж 258/05 од 10.02.2005. године и решење Општинског суда у Лазаревцу К 81/04 од 25.11.2004.године.

¹¹⁷² члан 94 став 2 ЗКП.

о способности да се буде сведок у кривичном поступку, те је јасно да законодавац није предвидео старосну границу као услов за поседовање таквог својства, из чега произилази да у обзир долазе, како малолетници, тако и дете у кривично правном смислу. Дакле, малолетник сам по себи није изузет од сведочења, већ се не може саслушати као сведок само уколико се ради о лицима која су ослобођена дужности сведочења (па нису способна да схвате значај могућности да се користе тим својим правом). Тек у случају да орган поступка утврди да код малолетника постоји наведена неспособност, такво лице не може бити испитано као сведок. Тако се у једној одлуци наводи да „одбрана указује и на то да је суд погрешно засновао одлуку на исказу малолетника, с обзиром на то да сведок није имао старатеља нити стручно лице које би му објаснило његову позицију као сведока“. Међутим, другостепени суд сматра да се не може прихватити закључак одбране да је исказ сведока незаконит. Наиме, „малолетник сам по себи није изузет од сведочења, већ само уколико се ради о лицима која су ослобођена од дужности сведочења. Одредба члана 94. став 3. ЗКП која гласи: "да малолетно лице које, с обзиром на узраст и душевну развијеност, није способно да схвати значај права да не мора да сведочи, не може се саслушати као сведок, осим ако то сам окривљени захтева...", се не може посматрати изоловано и не може да се не доведе у везу управо са ставом 1. наведеног члана који говори о томе која лица су ослобођена сведочења. Другостепени суд је мишљења да управо став 3. наведеног члана упућује на ситуацију када малолетник не мора, с обзиром на одређени однос са окривљеним да сведочи, тачније када је у питању привилеговани сведок који није у обавези да сведочи, те по налажењу другостепеног суда, сваки сведок, па макар било и малолетно лице, дужан је да се одазове позиву суда и да сведочи у смислу одредбе члана 96. став 3. ЗКП, осим ако је њихово саслушање по Законику искључено и ако је ослобођен од дужности сведочења. Када се има на уму да у конкретном случају сведок не спада ни у једну групу лица која би била ослобођена од сведочења, то је првостепени суд правилно проценио да је способност да схвати значај сведочења, те је наведени исказ користио приликом пресуђења у овој кривичноправној ствари“.¹¹⁷³

Са друге стране, другостепени суд је у једној одлуци заузео становиште да је „суд неправилно применио одредбе члана 94 став 2 ЗКП када је на главном претресу у својству сведока испитао 13 и 15 година стару децу окривљеног и оштећене, а да претходно није утврдио да ли су ова малолетна лица, с обзиром на узраст и душевну развијеност, способна да схвате значај права да су ослобођени од дужности сведочења, посебно када се има у виду да се оштећена писаним молбама обраћала суду тражећи да њена деца не буду саслушана јер је њихово психичко здравље у великој мери угрожено због поступка развода ње и окривљеног“.¹¹⁷⁴

Саслушање оштећеног који је малолетник у кривичном поступку мора се обавити у присуству родитеља чије је право и дужност да заступа дете у свим правним пословима и у свим поступцима изван граница пословне способности детета сходно члану 72. Породичног закона, те је у смислу члана 56. ЗКП, као законски заступник оштећеног малолетника овлашћен да даје све изјаве и да предузима све радње на које је по том законику овлашћен оштећени.¹¹⁷⁵

¹¹⁷³ Пресуда Апелационог суда у Београду Кж.1 1279/14 од 13.11.2014. и пресуда Вишег суда у Београду К. 59/11 од 15.04.2014. године - Билтен Вишег суда у Београду, број 86, Интермех, Београд.

¹¹⁷⁴ Из решења Вишег суда у Зајечару 4Кж.1. 140/15 од 12.10.2015. године, којим је укинута пресуда Основног суда у Зајечару К.214/14 од 10.06.2015. год. и предмет враћен првостепеном суду на поновно суђење.

¹¹⁷⁵ пресуда Врховног касационог суда Кзз 865/2021 од 12.10.2021. године.

Међутим, када се у виду има и одредба члана 98 став 1 ЗКП, којом је, између осталог, прописано да се сведок испитује понаособ и без присуства осталих сведока, могло би се поставити питање како орган поступка треба да поступи у ситуацијама у којима је реч о јединству процесних улога, односно када се законски заступник малолетника истовремено у кривичном поступку јавља и као сведок-оштећени, тј. да ли ће његово присуство испитивању малолетног сведока водити незаконитости таквог доказа. Ипак, мишљења смо да се у напред наведеној ситуацији не би радило о незаконитом доказу, будући да се одредба члана 56 ЗКП има сматрати претежнијом, односно нема места искључењу њене примене, а овакав став заузео је и суд ванредног правног лека када је нашао да суд приликом саслушања сведока малолетних ВВ и ГГ, у присуству законског заступника није повредио одредбу члана 98. став 1. ЗКП, а околност што је ББ, као мајка и законски заступник малолетних ВВ и ГГ, у истом поступку имала и својство сведока оштећене, не доводи у питање законитост записника о исказима наведених сведока.¹¹⁷⁶

Могуће су ситуације у којима би давање исказа малолетника било од претежнијег значаја у односу на његову неспособност да схвати свог права на ослобођење од дужности сведочења. Поштујући положај окривљеног у кривичном поступку, односно чињеницу да је једним својим делом институт ослобођења од дужности сведочења установљен и у интересу повољнијег положаја окривљеног у кривичном поступку, законодавац је извршио релативизацију поменутог правила и то тако што је предвидео могућност да *окривљени сам захтева* да се у својству сведока испита и малолетник који није способан да схвати значај права које подразумева ослобођење од дужности сведочења. Ову ситуацију треба разликовати од случаја када орган поступка сам оцени да је одређени малолетник способан да схвати значај овог свог права, односно у ситуацији у којој одбрана захтева да се малолетник испита и поред неспособности да ово право разуме, када је такво испитивање обавезно неопходно предузети уз помоћ стручног лица (психолога, педагога и сл.).

Законодавац предвиђа и то да је лице које има основа да ускрати сведочење према једном од окривљених, ослобођено од дужности сведочења и према осталим окривљенима, ако се његов исказ према природи ствари не може ограничити само на остале окривљене.¹¹⁷⁷ Које су то ситуације у којима се исказ сведока не може ограничити само на преостале окривљене фактичко је питање, о којем ће орган поступка одлучивати у сваком конкретном случају. У сваком случају, могло би се закључити да ће давање одговора на ово питање органу поступка свакако бити знатно отежано уколико се ради о кривичном поступку који за предмет има кривично дело евентуално извршено у саизвршилаштву, будући да је казивање о заједнички предузетим радњама извршења неретко тешко ограничити само на неке од извршилаца, док ситуације у којима се у јединствени кривични поступак води против више лица, а поводом различитих кривичних дела, по правилу, неће представљати проблем. Тако се у једној одлуци наводи да саслушање као сведока брата окривљеног, који је у бекству, па је према њему поступак раздвојен и прекинут, у поступку против његовог саучесника на околности о повезаности његовог брата са критичним догађајем, без претходног упозорења да је ослобођен дужности сведочења, учињена је битна повреда одредбе члана 99. ЗКП и ради се о доказу на коме се не може засновати пресуда.¹¹⁷⁸

¹¹⁷⁶ пресуда Врховног касационог суда Кзз 865/2021 од 12.10.2021. године.

¹¹⁷⁷ члан 94 став 4 ЗКП.

¹¹⁷⁸ Решење Врховног суда Србије Кж I 168/06 од 16.02.2006. године и пресуда Окружног суда у Јагодини К 194/05 од 02.12.2005. године.

2.3.3. Упознавање са садржином исказа сведока

Упознавање са садржином записника о исказима сведока датим у истрази, представља изузетак од начела непосредности. Сведок се не испитује на јавном контрадикторном главном претресу, већ се суд упознаје са записником о његовом испитивању односно са исправом која садржи његов исказ. Овакав начин извођења доказа, који карактерише пре свега писменост својствена је инквизиторском поступку, док се ретко прописује као правило у европско континенталним системима. У судовима основног ранга у Француској, суд има овлашћење да прочита записник о испитивању сведока дат у полицији.¹¹⁷⁹

У једном старом случају који се нашао пред Европским судом за људска права, предмет анализе је био кривични поступак против окривљеног, који се окончао осуђујућом пресудом само на основу пријаве белгијског принца, који никада није испитан у кривичном поступку. Суд је установио да дошло до повреде из члана 6 став 3 Конвенције, наводећи „право на одбрану које је суштински део права на правично суђење у начелу захтева да подносилац захтева има могућност да оспори било које аспекте навода тужиоца током суочавања или испитивања било у јавности било у његовом дому.“¹¹⁸⁰ ЕСЉП у својој пракси у више одлука истиче да повреда права окривљеног да испитује сведоке постоји „када окривљеном није дата могућност да испита сведока чији је исказ битан за предмет“, као и да је она посебна изражена „када му ни у једној фази поступка није дата прилика да испита сведоке чији су искази прочитани на расправи“.¹¹⁸¹

Законик о кривичном поступку у члану 406 став 1 тач. 1, 2 и 4 ЗКП, прописује да се суд може упознати са садржином записника о исказу сведока уколико су 1) испитана лица умрла, душевно оболела или се не могу пронаћи, или је њихов долазак пред суд немогућ или знатно отежан због старости, болести или других важних разлога, 2) странке сагласне да се тако поступи уместо непосредног испитивања сведока или вештака који није присутан, без обзира да ли је био позван или не, уколико 4) сведок или вештак без законског разлога неће да да исказ на главном претресу. У ставу два прописује се да се записници о ранијем испитивању лица која су ослобођена дужности сведочења (члан 94. став 1.) не смеју се извести у складу са одредбама овог члана ако та лица нису уопште позвана на главни претрес или су на главном претресу изјавила да неће да сведоче.

У складу са наведеном одредбом суд се упознаје са записницима о испитивању сведока који су испитани пред другим органом поступка- јавним тужиоцем и нису никада изведени пред суд. На овај начин, пресуда ће се заснивати на исказу сведока, којем окривљени и бранилац нису присуствовали (када се водила истрага против непознатог учиниоца или је испитан сведок од стране јавног тужилаштва посебне надлежности без позивања окривљеног и његовог браниоца, као и у случају испитивања сведока по претходном одобрењу судије за претходни поступак) односно уколико су присуствовали, имали су могућност да постављају питање сведоку само преко органа поступак и били су ускраћени за унакрсно испитивање које је дозвољено на главном претресу.¹¹⁸²

¹¹⁷⁹ J. R. Spencer, *Evidence, European Criminal Procedures* (eds. Mireille Delmas – Marty, J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge 2002, 619.

¹¹⁸⁰ *Bricmont v. Belgium*, ECtHR, App. no. 10857/84, 7 July 1989, para 81.

¹¹⁸¹ Š.Pavlović (2020), 376.

¹¹⁸² Више о томе види: М. Шкулић, Г. Илић (2012), 65 - 69.

За разлику од нашег решења, ЗКП РХ прописује доказно рочиште у претходном поступку, на којем судија за претходни поступак у присуству странака и браниоца може извести доказне радње из члана 236 ЗКП РХ, а између осталог, испитати сведоке који неће моћи да се испитају на главном претесу, сведоке који су ослобођени дужности сведочења или за које постоји опасност да на претресу неће казивати.¹¹⁸³ На овај начин омогућава се судско обезбеђење доказа уз остварење права окривљеног и браниоца на конфронтацију.¹¹⁸⁴ Уколико доказне радње нису спроведене на доказном рочишту, искази сведока или вештака се могу прочитати под условима из члана 431 ЗКП РХ, који су слично формулисани као наш члан 406 ЗКП, али се на тим записницима, не може у искључивој мери или у одлучујућој мери заснивати осуђујућа пресуда.¹¹⁸⁵ Дакле, хрватски законодавац додаје још један услов да би се суд упознао са исказима сведока или вештака датим пред јавним тужиоцем, ограничавајући доказну снагу тако прикупљених доказа.

Упознавање са садржином одсутног сведока, проблематично је са аспекта права на одбрану окривљеног и то његовог права да поставља питања сведоку оптужбе, да преиспитује поузданост његовог исказа и суочи се са њим. Право на конфронтацију и *Hearsay* детаљно је разрађено у пракси англосаксонског права и пракси Европског суда за људска права. Иако упознавање са исказом сведока из истраге, уместо његовог испитивања сведока на главном претресу, само по себи, није нужно противно члану 6 Конвенције, ЕСЈП истиче да у начелу „сви докази морају бити изведени у присуству окривљеног на јавном саслушању, са изношењем противних аргумената.“¹¹⁸⁶ Суд је утврђивао повреду права на правичан поступак узимајући у обзир да ли прихватање исказа одсутног сведока чини поступак у целини неправичним, према критеријумима „троделног теста“ који су постављени у случају *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*.¹¹⁸⁷

Први критеријум је постојање „доброг разлога да се прихвати исказ одсутног сведока“ без испитивања од стране одбране у смислу члана 6 став 1 и став 3 (д) Конвенције, што би било у ситуацији када је сведок умро или је био одсутан због страха који се може приписати окривљеном или онима који делују у његово име као, у овом случају када се сматра да се окривљени одрекао својих права из члана 6 став 1 и став 3 (д) Конвенције.¹¹⁸⁸ Други критеријум је да се осуда не заснива искључиво или у одлучујућој мери на изјави једног одсутног сведока којег оптужени није имао прилике да испита, јер је то неспојиво са захтевима правичности према члану 6 („једини или одлучујуће правило- *sole or decisive rule*“) и „неоправдано ограничава“ права окривљеног.¹¹⁸⁹ Према пракси ЕСЈП, примена другог теста није апсолутно правило и треба се примењивати на флексибилан начин, узимајући у обзир специфичности конкретног правног система. Чак и када је изјава „из друге руке“ била

¹¹⁸³ Види члан 235 и 236 ЗКП РХ:

¹¹⁸⁴ Спровођење доказних радњи које не трпе одлагање пред судом у истрази предвиђа и Законик о кривичном поступку Црне Горе и Закон о кривичном поступку БиХ. Доказно рочиште познаје и Македонија.

¹¹⁸⁵ Види члан 431 ЗКП РХ.

¹¹⁸⁶ *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, ECtHR, App. no. 10588/83 и 10590/83, 6 December 1988, para 78.

¹¹⁸⁷ *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, ECtHR, App. no. 26766/05; 22228/06, Grand Chamber, 15 December 2011, para 119. Овај троделни тест се анализирао и у пресудама: *Schatschaschwili v. Germany*, ECtHR, App. no. 9154/10, Grand Chamber, 15 December 2015, para 107, *Seton v. United Kingdom*, ECtHR, App. 55287/10, 31 March 2016, final on 12/9/2016, para 58 – 59 и др.

¹¹⁸⁸ Види и пресуде када није показан „добар разлог“: *Mild and Virtanen v. Finland*, ECtHR, App. 39481/98 and 40227/98, 26 July 2005; *Bonev v. Bulgaria*, ECtHR, App.no. 60018/00, 8 June 2006 и *Pello v. Estonia*, ECtHR, App. 11423/03, 12 April 2007. Чак и у ситуацији да није испуњен први тест суд је ценио преостала два теста.

¹¹⁸⁹ *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, para 128; Види и: *Unterpertinger v Austria*, ECtHR, App.no. 9120/80, 24 November 1986, para 33.

једини или одлучујући доказ против окривљеног, његово прихватање као доказ не би аутоматски резултирало, повредом члана 6 став 1. Конвенције, већ се цени и трећи критеријум. Он се односи се на оцену суда да ли је било „довољно фактора балансирања“, укључујући и „јаке процесне гаранције који се у целини посматрају а које омогућавају правичну и правилну процену поузданости тих доказа“ односно да су „ти докази довољно поуздани с обзиром на њихову важност у предмету“.¹¹⁹⁰ У предмету *Schatschaschwili v. Germany* се као релевантни елементи фактора равнотеже наводе „приступ првостепеног суда непровереним доказима, доступност и снага других инкриминишућих доказа; и процесне мере предузете да се надокнади недостатак могућности одбране за непосредно унакрсно испитивање сведока на суђењу“.¹¹⁹¹ Ови елементи се односе пре свега на могућности да се провери кредибилитет сведока, да је одбрана у прилици то да учини и да други докази поткрепљују исказ неиспитаног сведока.

Наш Законик у члану 406 став 1 тачка 1 ЗКП, наводи *exempli causa* разлоге за упознавање са садржином записника о исказима сведока као што су смрт лица, душевна болест, немогућност проналажења, немогућност доласка пред суд или знатно отежан долазак пред суд због болести, старости или других важних разлога. Одсутност сведока се мора доказати исцрпљењем свих мера који наш Законик предвиђа.¹¹⁹² У пракси ЕСЈП се у том смислу очекује „марљивост“ органа поступка које се дефинише као предузимање „разумних напора ради осигурања присуства сведока“.¹¹⁹³ Испитивање сведока „треба да се покаже „немогућим“, а одбрани се мора пружити адекватно средство да оспори и испита сведока оптужбе“.¹¹⁹⁴ Код отежаног приступа суду, треба имати у виду и члан 404 Законика о кривичном поступку, који предвиђа могућност испитивања сведока ван главног претреса.

Смрт сведока представља „апсолутну немогућност обезбеђивања присуства сведока“, као и тешка болест сведок,¹¹⁹⁵ када се судови могу користити *доказом по чувењу*, наравно у границама у којима постоји баланс у положају странака у поступку и чувања права одбране.¹¹⁹⁶ У вези примене члана 406 став 2 ЗКП, у судској пракси се као спорно питање појавило да ли се суд може упознати са садржином исказа сведока који има право да не сведочи и који је дао свој исказ у претходном поступку, али је до почетка главног претреса преминуо. Већински став судске праксе је да на главном претресу, може да се прочитати његов исказ из претходног поступка и на њему заснује пресуда.¹¹⁹⁷ Исти став је постигнут и у

¹¹⁹⁰ *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, para 147.

¹¹⁹¹ *Schatschaschwili v. Germany*, ECtHR, App. no. 9154/10, Grand Chamber, 15 December 2015, para 145.

¹¹⁹² позив (члан 193 став 2 ЗКП), те мере процесне принуде довођење и новчано кажњавање (члан 101 ЗКП, члан 384 ст. 1 и 3 ЗКП).

¹¹⁹³ *Schatschaschwili v. Germany*, para 139. Види и: *Lučić v. Croatia*, ECtHR, App. no. 5699/11, 27 February 2014, final on 27/5/2014, para 79.

¹¹⁹⁴ *Asch v. Austria*, ECtHR, App. no. 12398/86, 26 April 1991, para 27.

¹¹⁹⁵ Види: *Vronchenko v. Estonia*, ECtHR, App. no. 59632/09, 18 July 2013, final on 18/10/2013, para 58; *Matysina v. Russia*, ECtHR, App. no. 58428/10, 27 March 2014, final on 27/6/2014, para 163.

¹¹⁹⁶ *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, ECtHR, App.no. 19874/92, 7 August 1996, para 52; види и: Š.Pavlović (2020), 375.

¹¹⁹⁷ Одговори Апелационог суда у Крагујевцу на спорна правна питања постављена од стране кривичних одељења виших и основних судова са подручја овог апелационог суда, са седнице Кривичног одељења одржане дана 1. фебруара 2017. године. У вези овог спорног правног питања није постигнута сагласност између кривичних одељења виших судова, а већинско је схватање да се такав исказ може прочитати у смислу наведене законске одредбе- из Билтена Апелационог суда у Крагујевцу, број 1/2017, Интермех, Београд.

ситуацији када сведок, након испитивања, а у току кривичног поступка, постане сродник оптуженог, те затим до главног претреса умре.¹¹⁹⁸

Посебан третман имају привилеговани сведоци. Када је реч о упознавању са садржином исказа привилегованог сведока датог у фази истраге, без обзира што се у тренутку давања таквог исказа радило о законитом доказу, на испитаном сведоку је да касније диспонира могућношћу да се такав доказ користи у кривичном поступку. Законодавац по овом питању не оставља дилему, будући да је прописано да се записници о ранијем испитивању лица која су ослобођена дужности сведочења (члан 94. став 1.) не смеју се извести у складу са одредбама овог члана 406 ЗКП уколико та лица нису уопште позвана на главни претрес или су на главном претресу изјавила да неће да сведоче.¹¹⁹⁹ У случају да суд прочита овакав доказ поред непозивања сведока на главни претрес, односно поред касније измене његове одлуке да сведочи, радиће се *o par excellence* незаконитом доказу који не би могао бити коришћен у кривичном поступку.

Такође, у ситуацији у којој би у ранијој фази кривичног поступка (макар и да је реч о главном претресу који је претходно одржан у односу на каснији главни претрес) привилеговани сведок дао свој исказ, а потом се касније одлучио да се користи својим правом да не сведочи, ранији исказ не би смео да буде коришћен као доказ, без обзира на садржину казивања. Следствено наведеном, пракса је изнедрила и могућност да привилеговани сведок у каснијој фази кривичног поступка конвалидира законитост свог раније датог исказа. У једној одлуци Врховног касационог суда наводи се „да репродукција видео записа саслушања оштећене АА, те читање њеног исказа који је дала пред Вишим јавним тужиоцем у Новом Саду дана 22.05.2017. године, који докази су изведени на главном претресу одржаном дана 18.06.2018. године не представљају незаконите доказе, обзиром да су исти изведени у склопу испитивања оштећене АА на главном претресу који је одржан дана 18.06.2018. године, тј. као увод у давање исказа оштећене на том претресу на коме се иста изричито изјаснила, након што је упозорена да није дужна да сведочи, да не жели да се користи својим правом и да жели да сведочи из које изјаве јасно произилази да се оштећена сагласила и са извођењем репродукције видео записа њеног исказа те читања њеног исказа датим пред Вишим јавним тужиоцем у Новом Саду“.¹²⁰⁰

У вези са законском могућношћу упознавања са исказом сведока, потребно је у виду имати и да законодавац прописује дужност јавног тужиоца да браниоцу осумњиченог упути позив за присуство радњи саслушања осумњиченог, односно да осумњиченом и његовом браниоцу упути позив, а оштећеног обавести о времену и месту испитивања сведока или вештака.¹²⁰¹ Истовремено, препознајући све специфичности и сложености поступака за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности, законодавац јавном тужиоцу оставља могућност да, изузетно, може испитати сведока и без позивања осумњиченог и његовог браниоца да присуствују таквом испитивању, и то у случају да оцени да њихово присуство може утицати на сведока. Већ на први поглед, а и поред чињенице да су предмет поступака за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности неретко најтежа кривична дела, учачава се да се оваквим поступањем јавног тужиоца повређује право на одбрану окривљеног, те је управо из тог разлога, законодавац превидео ограничени домет овако прибављеног доказа. Наиме,

¹¹⁹⁸ Пресуда Врховног суда Србије Кж 1023/82 од 17.02.1983. године.

¹¹⁹⁹ члан 406 став 2 ЗКП.

¹²⁰⁰ пресуда Врховног касационог суда Кзз 546/2019 од 11.06.2019. године.

¹²⁰¹ члан 300 став 1 ЗКП.

одредбом члана 300 став 2 ЗКП прописано је да се у том случају, судска одлука не може заснивати искључиво или у одлучујућој мери на том исказу сведока, што сматрамо оправданим.

У сваком случају, уколико би јавни тужилац током претходног поступка испитао сведока, при томе не упућујући позив осумњиченом и његовом браниоцу за присуство таквој радњи, радило би се о незаконитом доказу, односно записник о испитивању тог сведока не би могао бити коришћен као доказ у кривичном поступку, а будући да би се радило о поступању супротно одредби члана 300 став 1 ЗКП. Ипак, по налажењу Врховног касационог суда постоји могућност конвалидације исказа сведока датих у ранијим фазама кривичног поступка уколико у каснијој фази буде обезбеђена контрадикторност поступка. Наиме, овај суд налази да „када су у питању искази сведока ВВ, ГГ и ДД, иако стоје наводи да су исти, у претходном поступку, прибављени супротно члану 300. став 1. ЗКП, стоји и чињеница да су сведоци ВВ, ГГ и ДД, саслушани на главном претресу дана 04.12.2020. године на записнику о главном претресу састављеним пред Основним судом у Краљеву у наставку доказног поступка, као и да је на главном претресу дана 04.12.2020. године присуствовала окривљена АА, као и њен бранилац адвокат МР, чиме је обезбеђена контрадикторност поступка, односно могућност окривљеној и браниоцу да постављају питања сведоцима и испоштовано право на одбрану, у погледу саслушања сведока, због чега неосновано бранилац окривљене АА, указује да су побијане пресуде донете уз битну повреду одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП“.¹²⁰²

2.3.4. Препознавање лица или предмета

Чланом 90 и 100 ЗКП прописана је процесна радња препознавања лица или предмета, од стране окривљеног или сведока. Сматра се да препознавање није доказно средство ни доказни основ већ мера за утврђивање веродостојности исказа сведока.¹²⁰³ У САД, само препознавање „по правилу нема доказни значај, већ се спроводи пре формално покренутог поступка као тзв. линијско изборно препознавање, те уколико сведок у току поступка изјави да је одређено лице препознало то постоје доказ у поступку“.¹²⁰⁴

Поступак препознавања је прописан одредбама члана 100. став 1. и члана 90. став 1. ЗКП. Окривљеном или сведоку ће се показати лице или предмет заједно са више других непознатих лица или предмета, с тим да лице које је предмет препознавања не може да види сведока, нити сведок може да види то лице пре него што приступи препознавању. Лица и предмети који се показују морају бити сличних особина, онима какве је сведок или окривљени претходно описао. Када лице приступи препознавању, он ће се упитати да ли лице или предмет може да препозна и са којим степеном вероватноће. У предистражном поступку и у истрази, препознавање лица се обавља у присуству јавног тужиоца. Може се извршити и препознавање путем гласа уколико је то потребно. Записник о препознавању предмета прибављен противно члану 16. став 1. ЗКП, када је у њему „констатовано да је оштећеној у просторијама ПУ Прокупље, показана само једна мајица на којој преовлађују

¹²⁰² Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1096/21 од 05.10.2021. године.

¹²⁰³ М.Грубач, Т.Васиљевић (2014), 233.

¹²⁰⁴ М.Шкулић (2014), 208.

сива, црна, розе и светло плава боја са називом произвођача у доњем десном углу и са розе пругама на предњој страни, која је одузета од окривљеног и да се оштећена након разгледања мајице изјаснила да је лице које јој је покидало ланчић носило такву мајицу са сигурношћу од 90%“.¹²⁰⁵ Врховни касациони суд је у овом случају усвојио захтев за заштиту законитости и укинуо правноснажне пресуде јер се заснивају на незаконитом доказу. У другим пресудама, суд је утврдио да је радња предузимања извршена незаконито, када је „сведоку приликом препознавања показано пет лица, од којих су тројица окривљени, уместо да је у групи за препознавање само један од окривљених“,¹²⁰⁶ као и када „осумњичени пре обављеног препознавања не буде поучен о својим правима“¹²⁰⁷, али с обзиром на остале изведене доказе, закључио је да би иста пресуда била донесена и без овог незаконитог доказа.

Препознавање се може извршити на исти начин и путем фотографија, уколико лице које се препознаје није доступно. У једној одлуци, другостепени суд је укинуо првостепено решење, којим је издвојен записник о препознавању са фотографија, између осталог, јер овлашћена службена лица нису доставила доказ суду да ли су претходно покушали да обезбеде присуство окривљеног који се препознавао као учинилац кривичног дела, а што је *condition sine qua non* за предузимање ове радње препознавања. Другостепени суд је изнео становиште да у конкретном случају „овлашћена службена лица нису дужна да достављају суду доказ о позивању окривљеног, будући да предузимање наведе радње представља поступање полицијеу циљу извођења или предузимања неке доказне радње, због чега та чињеница није од утицаја на законитост прибављања доказа“.¹²⁰⁸ Осим тога, и судској пракси се ова радња препознавања, која би требало да се предузима изузетно, сматра радњом којом се проверава веродостојност исказа сведока односно саставним делом сведочења, па се ни присуство јавног тужиоца не сматра неопходним, иако је то законом прописано.¹²⁰⁹

2.4. Испитивање вештака и налаз и мишљење

Законодавац доказну радњу вештачења дефинише путем разлога за њено одређивање, односно постављањем услова за предузимање ове доказне радње, прописујући у члану 113 ЗКП да ће орган поступка (дакле полиција, јавни тужилац или суд) одредити вештачење онда када је за утврђивање или оцену неке чињенице у поступку потребно стручно знање, истовремено предвиђајући и забрану у односу на циљ вештачења, и то тако што је прописано да се вештачење не може одредити ради утврђивања или оцене правних питања о којима се одлучује у поступку. Дакле, вештачење ће бити одређено у свим оним ситуацијама у којима су, за утврђивање неке чињенице која је предмет доказивања у кривичном поступку, неопходни стручно знање или посебне вештине, односно када је потребно о некој чињеница која је већ утврђена дати стручни ванправни закључак, будући да и законодавац полази од максиме *iura novit curia*.

Следствено наведеном, вештак је лице које располаже потребним стручним знањем за утврђивање или оцену неке чињенице у поступку, а по правилу, ће бити одређен један

¹²⁰⁵ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 596/2020 од 1.9.2020. године.

¹²⁰⁶ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 294/2019 од 28.3.2019. године.

¹²⁰⁷ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 127/2019 од 6.02.2019. године.

¹²⁰⁸ Решење Вишег суда у Београду Кж2 850/21 од 10.08.2021. године и решење Првог основног суда у Београду К 299/21 од 27.04.2021. године.

¹²⁰⁹ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 246/2021 од 10.03.2021. године.

вештак, осим у ситуацијама када је реч о сложеним вештачењима, када ће бити одређено два или више вештака, као што је предност дата оним вештацима који се налазе на списку сталних вештака, док се други могу одредити само уколико (алтернативно) постоји опасност од одлагања, спреченост сталних вештака или то захтевају друге околности.¹²¹⁰ Такође, предност приликом одлучивања коме ће орган поступка поверити обављање вештачења, дата је државним и домаћим установама/органима и стручњацима, док стране установе, органи и стручњаци у обзир долазе једино у недостатку домаћих, односно када је то оправдано због посебне сложености случаја, природе вештачења или других важних околности.¹²¹¹

Начелно, на органу поступка је да у сваком конкретном случају процени да ли уопште постоји потреба за одређивањем вештачења, док је изазетак од наведеног, обавеза да се вештачење одреди и то уколико постоји сумња у вези са вештачењем телесних повреда (члан 127 став 1 ЗКП) или вештачењем леша (члан 129 став 1 ЗКП), односно уколико се појави сумња поводом урачунљивости окривљеног или његове способности да учествује у поступку (члан 131 ЗКП).

Законодавац предвиђа и разлоге за изузеће вештака,¹²¹² те најпре, полази од тога да се за вештака се не може одредити лице које је искључено (члан 93.) или ослобођено (члан 94.) од дужности сведочења, а уколико је такво лице одређено за вештака, на његовом налазу и мишљењу не може се заснивати судска одлука. На овом месту, потребно је уочити да, и поред упућивања на одредбе које се се односе на сведоке, одредба члана 116 став 1 ЗКП не оставља простор за екстензивније тумачење када је реч о релативној неспособности да се вештачи. Наиме, за разлику од могућности који је остављена лицу ослобођеном од дужности сведочења (о чему је већ било речи), а будући да такво лице може само одлучити да се не користи својим правом да не сведочи, те да донесе одлуку да да исказ, у односу на вештака такво диспонирање није могуће. Дакле, уколико се у односу на неко лице стекну разлози из члана 94 ЗКП, конкретно лице *a priori* не може бити одређено за вештака. Мишљења смо да је овакво прописивање законодавца последица чињенице да су вештаци, за разлику од сведока, „*заменљиви*“, те у том смислу њихово присуство у кривичном поступку није ексклузивно резервисано за њихову личност, не улазећи на овом месту у евентуалне критике овом законском решењу.

Разлог за изузеће од дужности вештачења постоји и у погледу лица које је запослено код оштећеног¹²¹³ или окривљеног или је, заједно са њима или неким од њих, запослено код другог послодавца, а за вештака се, по правилу, неће одредити лице које је испитано као сведок.¹²¹⁴ Будући да је законодавац упутио само на одредбу члана 37 става 1 ЗКП, могло би се закључити да је последица изостављања става 2 цитираног члана, та да захтев за изузеће вештака у одређеном предмету не би могао бити стављен уколико постоје околности које изазивају сумњу у његову непристрасност, већ би се наведено могло истицати само у оквиру жалбе против првостепене одлуке суда.

¹²¹⁰ члан 114 став 1, 2 и 3 ЗКП.

¹²¹¹ члан 114 став 4 и 5 ЗКП.

¹²¹² члан 116 ЗКП

¹²¹³ Види: *Brandstetter v. Austria*, ЕСТНР, App. no.11170/84, 12876/87 и 13468/87, 28 August 1991, у којој одлуци ЕСЉП није утврдио повреду из члана 6 став 1 у вези става 3 (д) Конвенције, када је налаз и мишљење у поступку израдио судски вештак који је запослен код послодавца који је поднео пријаву против окривљеног. Више о томе: Š.Pavlović (2020),382.

¹²¹⁴ члан 116 став 2 и 3 ЗКП.

Чини се да законодавац не оставља простор за шире тумачење околности које улазе у круг ралога за изузеће вештака, па се тако може закључити да ни чињеница да лице одређено као вештак није уписано у регистар сталних судских вештака није разлог за стављање захтева за изузеће од вештачења. Ово стога што у ЗКП то изричито није прописано, и поред тога што је у члану 8. Закона о судским вештацима наведено да физичко лице може обављати вештачење само ако је уписано у регистар вештака.¹²¹⁵

Међутим, незаконито је вештачење извршено „од стране Ј.М. дипломираног биолога, (на околност зостављања и мучења животиња) будући да се именовани не налази у регистру сталних судских вештака МП РС, а у конкретном не постоје друге околности које оправдавају ангажовање других вештака мимо списка, сходно члану 114. став 3. ЗКП“.¹²¹⁶

Исто тако, да би правно лице могло да обавља вештачење мора бити уписано у регистар правних лица за вештачења који се води при Министарству правде РС, док су без значаја чињенице да су у саставу Комисије била стручна лица из области за које су ангажовани, а председник Комисије, који је пред судом и бранио налаз, је стални судски вештак за економско-финансијску област, дакле лице које поседује стручно знање за економско-финансијску област и које је као такво регистрован као стални судски вештак. Ово стога што председник Комисије као физичко лице није одређен за вештачење, а већински чланови Комисије чине лица која нису као судски вештаци уписани у Регистар вештака, имајући при томе у виду и одредбе члана 4. и члана 6, став 1. Закона о судским вештацима, због чега није на јавном тужиоцу и суду да процењују стручност и достојност, односно испуњеност услова за обављање вештачења, већ то утврђује министар надлежан за послове правосуђа, те се следствено томе на таквом доказу не може заснивати ни судска одлука и исти се има издвојити из списка.¹²¹⁷

Када је реч о самом одређивању вештачења, орган поступка исто може учинити по службеној дужности или на предлог странке и браниоца, и то писаном наредбом, а уколико постоји опасност од одлагања вештачење се, уз обавезу састављања службене белешке, може и усмено одредити, док се, у случају да вештачење одређује суд, наредба доставља и странкама.¹²¹⁸

Дакле, само је суд као орган поступка у обавези да наредбу достави странкама, из чега произилази да таква дужност не стоји када је реч о јавном тужиоцу као органу поступка. Не улазећи на овом месту у евентуалне критике које би се могле упутити оваквом законском решењу, сматрамо да је потребно напоменути да је и судска пракса става да нема места екстензивном тумачњу цитиране законске одредбе и у односу на јавног тужиоца. Тако се у одлуци Врховног касационог суда, између осталог, наводи да се неосновано захтевом за заштиту законитости указује да је налаз и мишљење вештака саобраћајне струке прибављен је супротно одредби члана 117. став 1. ЗКП, јер у списима предмета нема наредбе за вештачење, нити има доказа да је иста достављена окривљеном и његовом браниоцу. Наиме, суд ванредног правног лека, нашао је да се „супротно изнетим наводима, у списима предмета налази наредба јавног тужиоца у Прокупљу, којом је наложено да се изврши саобраћајно-

¹²¹⁵ Из Билтена Врховног касационог суда, број 2/2017, Интермех, Београд - Аутор текста: Драгољуб Вујасиновић, судија Апелационог суда у Новом Саду

¹²¹⁶ Из пресуде Врховног касационог суда Кзз 322/2020 од 26.05.2020. године

¹²¹⁷ Решење Апелационог суда у Београду Кж2По1 од 12.01.2018. године - решење Вишег суда у Београду К.По1 122/17 од 28.09.2017. године - Из Билтена Апелационог суда у Београду, број 10/2018, Интермех, Београд.

¹²¹⁸ члан 117 став 1 и 5 ЗКП.

техничко вештачење узрока саобраћајне незгоде и за вештака одређен АА, с тим што нема доказа да је иста достављена окривљеном и његовом браниоцу. Међутим, како сходно одредби члана 117. став 5. ЗКП, уколико вештачење одређује суд, наредба се доставља странкама, па по налажењу Врховног касационог суда, „то што јавни тужилац Наредбу за вештачење није доставио окривљеном и његовом браниоцу, не чини овај доказ незаконитим“.¹²¹⁹

Ни чињеница да су налаз и мишљење у конкретном кривичном поступку сачињени без наредбе суда, не мора у сваком случају водити незаконитости доказа. Наиме, у ситуацији када су налаз и мишљење вештака о саставу биљне материје пронађене и одузете од окривљеног, сачињени без наредбе суда, не постоји битна повреда одредаба кривичног поступка и не ради се о доказу на коме се не може заснивати пресуда, уколико је писмени налаз уручен странкама а вештак непосредно саслушан на главном претресу.¹²²⁰ Исто тако, и поред чињенице да је вештачење прибављено већ у току предкривичног поступка и да суд није донео наредбу у том погледу, али је током суђења изведен доказ читањем налаза и мишљења вештака о хемијском саставу биљне материје, који је уручен странкама, због чега су оне у контрадикторном поступку имале могућност да садржину, односно тачност и стручност тог вештачења оспоре, па како то није учињено, и како се у конкретном случају ради о оспоравању само форме, а не и садржине налаза, односно његове истинитости и тачности, те како је вештак саслушан на главном претресу, очигледно је да се на таквом налазу и мишљењу, без обзира на наводе жалбе, може заснивати судска одлука.¹²²¹

Од утицаја на законитост самог налаза и мишљења као доказа у поступку, неће бити чињеница да ли се писана наредба о одређивању вештачења у конкретном случају налази у списима предмета. Наиме, став Врховног касационог суда заузет у једној одлуци говори да и поред тога што је тачан навод браниоца да у списима предмета нема писаних наредби органа поступка којима су одређена конкретна вештачења, није од утицаја на закључак суда ванредног правног лека да су наведена вештачења и одређена у складу са одредбом члана 117. став 1. ЗКП. Ово стога што из налаза и мишљења вештака саобраћајне струке, као и из налаза и мишљења вештака медицинске струке, произлази да су вештаци поступали на основу наредбе Основног јавног тужиоца у Прокупљу, као органа поступка у тој фази поступка, па су из изнетих ралога, наводи захтева браниоца окривљеног којима се указује на повреду закона из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП оцењени као неосновани.¹²²²

Ни изостанак задатог предмета вештачења у писаној форми не мора сам по себи водити незаконитости доказа. Наиме, указујући на битне повреде одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП, бранилац окривљеног у захтеву за заштиту законитости истиче да се побијане пресуде заснивају на доказу на ком се не могу заснивати – на исказу вештака судске медицине са главног претреса одржаног дана 08.03.2019. године, будући да се наведени судски вештак на главном претресу, без задатог предмета вештачења, изјаснио о степену алкохолисаности окривљеног критичном приликом, што је супротно одредбама члана 117. и 118. ЗКП, обзиром да у конкретном случају „никада није одређено вештачење на основу члана 117. ЗКП, а не постоји писана наредба у смислу члана 118. ЗКП“. Међутим, Врховни касациони суд одбио је као неоснован поменути захтев за заштиту

¹²¹⁹ Из пресуде Врховног касационог суда К33 96/2020 од 29.01.2020. године

¹²²⁰ Из Билтена Врховног касационог суда, број 2/2017, Интермех, Београд - Аутор текста: Драгољуб Вујасиновић, судија Апелационог суда у Новом Саду

¹²²¹ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж.588/10 од 24.01.2011. године - Билтен Апелационог суда у Новом Саду, број 2/2011, Интермех

¹²²² Из пресуде Врховног касационог суда К33 680/2021 од 22.06.2021. године

законитости браниоца окривљеног у овом делу, будући да из списка предмета – из записника о главном претресу одржаном дана 08.03.2019. године произилази да је заменик Основног јавног тужиоца предложио да се на том претресу саслуша стални вештак судске медицине, имајући у виду да у списима постоји извештај о експетризи утврђене алкохолемије код окривљеног критичном приликом, те да се у том смислу судски вештак изјасни и утврди алкохолемију окривљеног, са којим предлогом су се сагласили и пуномоћник оштећеног и бранилац окривљеног. Како је, дакле, наведени судски вештак на сагласан предлог странака саслушан на околност степена алкохолемије код окривљеног критичном приликом, то су неосновани наводи захтева за заштиту законитости браниоца окривљеног да исказ овог вештака представља незаконит доказ¹²²³.

Прописано је и да ће се од вештака захтевати да пре вештачења положи заклетву, те да ће стални вештак пре вештачења бити опоменут на већ положену заклетву (члан 119 став 1), али како санкција за такво одбијање није предвиђена, мишљења смо да има места да суд такво одбијање узме у обзир приликом оцене самог доказа прибављеног помоћу конкретног вештака који је одбио да заклетву положи. Ваља напоменути да је у једној одлуци трећестепни суд нашао да, с обзиром да је реч о сталном судском вештаку, није било неопходно да у смислу члана 119. ЗКП буде опоменут на главном претресу, па су неосновани наводи захтева за заштиту законитости браниоца окривљеног да исказ овог вештака представља незаконит доказ.¹²²⁴

Незаконитост доказа прибављањог путем доказне радње вештачења не мора нужно потицати од мањкавости самог спровођења ове доказне радње, већ, сходно теорији плодова отровног дрвета, до овакве незаконитости може доћи и у ситуацијама у којима је приликом израде налаза и мишљења вештак користио неки од доказа у конкретном кривичном поступку који претходно није био законито прибављен. Тако, бранилац окривљеног у захтеву за заштиту законитости истиче да се побијана правноснажна пресуда заснива на доказима на којима се по одредбама ЗКП не може заснивати и то на извештају Дирекције за мере и драгоцене метале од 31.03.2016. године, који је сачињен за потребе парничног поступка у предмету Основног суда у Бујановцу, који је још увек у току, због чега се овај доказ, за чије извођење није било ни сагласног предлога странака, не може сматрати законитим доказом који је могао бити коришћен у кривичном поступку, па је у вези са тим бранилац у захтеву навео и то да се у предметном кривичном поступку није могао користити ни налаз и мишљење вештак, као посредно незаконит доказ, с обзиром да се исти заснива на наведеном извештају Дирекције за мере и драгоцене метале, који одбрана сматра незаконитим доказом. Међутим, по налажењу Врховног касационог суда наведени извештај сачињен је од стране надлежног органа, који ни сам по себи, нити по начину прибављања није у супротности са одредбама ЗКП, будући да је исти, сачињен по налогу суда на основу прегледа мерног уређаја од стране државног службеника у поступку метролошког надзора и у свему по правилима струке, који извештај је и потписан од стране овлашћеног лица, те следствено томе представља исправу издату од стране надлежног државног органа у законом прописаној процедури, која је у смислу члана 2. став 1. тачка 26) ЗКП, подобна да се користи као доказ у кривичном поступку. Поред наведеног, из списка предмета произилази да је суд предметни извештај на сагласан предлог странака прочитао у доказном поступку на главном претресу, и да на исти окривљени и његов бранилац нису имали примедби (иако је бранилац касније у завршној речи оспоравао законитост овог доказа), те стога наведени извештај не представља незаконит доказ у смислу навода захтева за заштиту законитости браниоца окривљеног, а

¹²²³ Из пресуде Врховног касационог суда Кзз 940/2020 од 23.09.2020. године

¹²²⁴ Из пресуде Врховног касационог суда Кзз 940/2020 од 23.09.2020. године

самим тим је и судски вештак електротехничке струке могао да заснива свој налаз и мишљење на наведеној исправи у склопу целокупне документације коју је користио за обављање вештачења у конкретном предмету.¹²²⁵

У сваком случају, правило је да се вештачење одређује писаном наредбом, чији су обавезни елементи прецизно предвиђени одредбом члана 118 став 1 ЗКП.

Када је у питању оспоравање саме садржине налаза вештака вредно је поменути одлуку другостепеног суда који је нашао да је правилно првостепени суд одбио предлог одбране да се из списка предмета издвоји вештачење опојне дроге уз образложење браниоца да је вештачење обављено на основу неакредитоване методе. Ово стога што је судски вештак у свом исказу детаљно појаснила да метод гасне хроматографије спрегнуте са масеном спектрометријом, који је коришћен приликом анализе није акредитован, али је исто тако објаснила и да су као референтне базе података коришћене сертификоване базе које су упоређене са добијеним резултатима, те да није потребно да се све методе акредитују, јер акредитација уствари није само потврда да је метод поуздан, већ поступак који следи после валидације метода при којој се испитују параметри саме методе, као што су специфичност, отпорност, поновљивост, селективност, лимити детекције, лимити квантификације. Такође, вештак је објаснила да је ова метода проверена профишанси тестовима Европске уније за дрогу и квалитетно одређивање узорака овом методом је потврђено.¹²²⁶

2.4.1. Вештачење од стране НЦКФ као незаконит доказ

И док државни органи и установе који израђују вештачења нису спорни, ипак, на први поглед, однос постављен важећим ЗКП, по којем је полиција у кривичном поступку својеврсни „сервис“ јавног тужиоца, може довести у питање вештачења обављена од стране органа који улазе у састав МУП РС, односно полиције.

Национални центар за криминалистичку форензику (НЦКФ) део је Управе криминалистичке полиције, Дирекције полиције. У оквиру НЦКФ-а се налази више лабораторија које су опремљене најсавременијим апаратима и уређајима уз помоћ којих се обавља велики број ДНК, судско-медицинских, биолошких, токсиколошких, балистичких форензичких анализа и вештачења, као и вештачења пожара, експлозија и хаварија, докумената и рукописа, гласа и аудио записа. НЦКФ спроводи форензичка вештачења из следећих области: ДНК, опште биологије, судске медицине, трасологије, балистике, физичке-хемије (дрого, експлозиви и др.), токсикологије, форензичке психологије и полиграфских испитивања, дактилоскопије докумената и рукописа, форензичке акустике, фото и видео-материјала и електронска и информатичка форензичка вештачења.

¹²²⁵ Из пресуде Врховног касационог суда К33 1071/2021 од 05.10.2021. године

¹²²⁶ Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 бр. 1065/20 од 18. јануара 2021. и пресуда Вишег суда у Београду К бр. 605/18 од 9. септембра 2020. године - Из Билтена Вишег суда у Београду, Број 92/2021, Интермех, Београд)

НЦКФ акредитован је у складу са захтевима међународног стандарда ИСО/ИЕЦ 17025:2006 (ИСО /ИЕЦ 17025:2005) од 28.08.2014. године на основу чега му је од стране Акредитационог тела Србије издат Сертификат о акредитацији - акредитациони број 01-413. Центар уско сарађује са надлежним тужилаштвима и судовима, непосредно учествује у раду екипе за идентификацију жртава у масовним несрећама и елементарним непогодама и врши тренинг и обуку службеника криминалистичке технике из области послова форензичке обраде лица места. Поред тога, остварује сарадњу са релевантним међународним организацијама у циљу усвајања савремених метода рада и примене искустава најбољих примера из праксе у области форензичких вештачења и форензичке обраде лица места кривичног дела¹²²⁷.

Законом о националном ДНК регистру¹²²⁸, предвиђено је да Регистар ДНК води МУП РС преко надлежне форензичке службе.

У делу стручне јавности су се појавиле сумње у позицију ДНК лабораторије НЦКФ као једине референтне лабораторије по овом закону, посебно у смислу потенцијалних злоупотреба података. Став се даље образлаже тиме да експерти МУП РС учествују у фази предистражног поступка и да Центар поседује осетљиве податке, па то даје основа за сумњу у непристрасност у раду и могуће “цурење” података.

Мишљења смо да ова примедба не стоји јер се не може *a priori* унапред, без почетних индиција и чињеница, сумњати у статус Центра и рад његових експерата који имају релевантне референце и акредитацију надлежног тела Републике Србије. У одсуству других околности које би у сумњу довеле законитост прибављених доказа од ове установе сматрамо неоснованим предлоге за њихово издајање, посебно када се у виду има дужност јавног тужиоца и полиције да непристрасно разјасне сумњу о кривичном делу за које спроводе службене радње, и да са једнаком пажњом испитују, како чињенице које терете окривљеног, тако и чињенице које му иду у корист (члан 6 став 4 ЗКП). У прилог таквом мишљењу сведочи и одредба чл. 114 ст. 4 ЗКП којом је прописано да „ако за одређену врсту вештачења постоји стручна установа или се вештачење може обавити у оквиру државног органа, таква вештачења, нарочито ако су сложенија, по правилу ће се поверити таквој установи или органу...“. Закључујемо, вештачења за која постоје стручне установе треба да буду, по правилу, поверена стручним установама или државним органима, а нарочито у случају да су сложенија. Ово не значи да се мање сложена вештачења не требају поверавати стручним установама. Напротив, вештачење се по правилу поверава стручној установи, а нарочито ако је сложеније, а „тек ако посебна установа за вештачење не постоји, односно ако се вештачење не може извршити у државном органу, за вештака се одређује лице са листе сталних судских вештака.“¹²²⁹ Тако наводи и Шкулић када указује да је субјект вештачења примарно одређено правно лице, а „само супсидијарно – вештачење може обавити стручно физичко лице“¹²³⁰.

У том смислу, у једној одлуци Апелационог суда у Београду се наводи „да сама чињеница да је вештачење обављено од стране Национално криминалистичко техничког центра који је саставни део полиције, не указује на то да је вештачење незаконит доказ“.

¹²²⁷ Више о томе <http://www.mup.rs/wps/portal/sr/direkcija-policije/ojdp/oprava+kriminalisticke+policije/nacionalni+centar+za+kriminalisticku+forenziku>, приступљено 7 децембра 2020.године.

¹²²⁸ Закон о националном ДНК регистру, „Сл.гласник РС“бр.24/18.

¹²²⁹ Момчило Грубач, „Вештачење у кривичним стварима према новом Законику о кривичном поступку“, Гласник Адвокатске коморе Војводине 2/2015, 83

¹²³⁰ М. Шкулић (2014), 253

Наиме, другостепени суд је изнете жалбене наводе браниоца оценио као неосноване, будући „да је првостепени суд у образложењу побијане пресуде дао разлоге због којих је одбио предлог одбране да се из списка предмета издвоји вештачење опојне дроге, уз образложење браниоца да је вештачење обављено од стране од стране НКТИЦ који је саставни део полиције, па као такав не може да обавља вештачење, те је, другостепени суд нашао да и поред тога што стоји чињеница да је НКТИЦ део полиције, иста не може бити разлог да НКТИЦ не врши вештачење, те да та чињеница никако не може бити разлог да се посумња у објективност овог налаза“.¹²³¹

По жалби адвоката – браниоца окривљеног на првостепену пресуду поводом одлуке суда да пресуду заснује и на налази и мишљењу НКТИЦ центра, Апелациони суд у Београду је изнео идентичан став. У овој одлуци, Апелациони суд у Београду је жалбене наводе браниоца оценио као неосноване, будући да је првостепени суд у образложењу побијане пресуде такође дао разлоге због чега је одбио предлог одбране да се из списка предмета издвоји вештачење опојне дроге уз образложење браниоца да је вештачење обављено од стране НКТИЦ који је саставни део полиције, па као такав не може да обавља вештачење. Ово из разлога што стоји чињеница да је НКТИЦ (сада НЦКФ) део полиције, али то не може бити разлог да исти не врши вештачење, јер та чињеница никако не може бити разлог да се посумња у објективност овог налаза.¹²³²

3. МАТЕРИЈАЛНИ ИЗВОРИ ДОКАЗА И ПОВРЕДЕ ЗАКОНА

3.1. Претресање стана и других просторија или лица

Претресање је општа радња прикупљања доказа¹²³³ која, под условима постављеним уставним гаранцијама и законом, уводи органе јавне власти у ограничење права на поштовање приватног и породичног живота, у циљу спречавања криминала и заштите права и слобода других. ЕКЉП чланом 8 гарантује право на поштовање приватног и породичног живота, а пракса Европског суда за људска права изнедрила је аутономно тумачење четири концепта: приватни живот, породични живот, стан и средства општења. Конвенција предвиђа и дозвољена ограничења, дајући им карактер изузетности, прописивањем да се истима неће прибегавати ни у које друге сврхе осим оних због којих су прописана (члан 18), док је задирање јавних власти у вршење поменутих права оправдано само у ситуацији када је

¹²³¹ Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 бр. 1065/20 од 18. јануара 2021. и пресуда Вишег суда у Београду К бр. 605/18 од 9. септембра 2020. године - Из Билтена Вишег суда у Београду, Број 92/2021, Интермех, Београд.

¹²³² Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 бр. 1065/20 од 18. јануара 2021. и пресуда Вишег суда у Београду К бр. 605/18 од 9. септембра 2020. године - Из Билтена Вишег суда у Београду, Број 92/2021, Интермех, Београд.

¹²³³ Осим доказних радњи, којима се докази изводе, постоје доказне радње којим се докази искључиво *прикупљају* кроз примену одговарајућег метода или технике прибављања доказа, па се након тога приступа извођењу доказа. У ове радње спадају претресање, привремено одузимање предмета и посебне доказне радње – С. Бркић (2014), 305. Види и: С.Бејатовић (2014), 336-340.

исто у складу са законом и неопходно у демократском друштву, ради заштите легитимног циља (члан 8 став 2).¹²³⁴

Материјални докази, тзв. неми сведоци догађаја, условљени су природом и поузданошћу доказне радње помоћу којих су прибављени.¹²³⁵ Докази прикупљени путем ове доказне радње нарочито су значајни, будући да их карактерише висок степен поузданости, због чега је пресудно да они буду прикупљени ваљано, односно на основу законито спроведеног претресања стана и других просторија или лица. Оцена законитости у предузимању радње претресања има нужно последицу и на законитост других доказа који произашли из ове доказне радње, као што је потврда о привремено одузетим предметима која се уобичајено сачињава након извршеног претресања стана или лица. Осим тога, питање законитости у предузимању ове доказне радње од значаја због њене репресивне природе и ограничавања зајемчених права и слободе лица (осумњиченог) према којем се предузима. Задирање у основна људска права и слободе и опасност од грубог кршења истих и доказни значај претресања у прикупљању доказа, намећу обавезу овлашћеним органима да приликом предузимања ове доказне радње поступају опрезно, строго поштујући законске оквире и прописани поступак

На овом месту, неопходно је поћи од законске дефиниције претресања стана и других просторија или лица. Претресање се може предузети *ако је вероватно* да ће се на тај начин пронаћи окривљени, трагови кривичног дела или предмети важни за поступак, а што представља *материјални услов* за предузимање ове доказне радње, док се *формални услов* огледа у постојању наредбе суда на основу које се претресање предузима, као што се исто, *изузетно*, може предузети без наредбе, а на основу законског овлашћења.¹²³⁶ Појам „вероватноће“ није прописан у Законнику о кривичном поступку, док се у кривичноправној теорији различито поима, од становишта да је „једна основима сумње“, ¹²³⁷ до тога да је „јача од основане сумње а мања од оправдане сумње“. ¹²³⁸ Под овом доказном радњом, подразумева се и претресање уређаја за аутоматску обраду података и опреме на којој се чувају или се могу чувати електронски записи предузима се на основу наредбе суда и, по потреби, уз помоћ стручног лица.¹²³⁹

Претресање је на сличан начин уређен и у немачком праву, где се под материјалним условом подразумева „постојање основа сумње да је окривљени извршио кривично дело, који је поткрепљен довољном количином и квалитетом чињеничних околности на основу којих постоји вероватноћа да ће се остварити циљ и сврха претресања, тј. да ће се пронаћи и

¹²³⁴ Више о томе: И. Миљуш, Б. Станковић, „Претресање и поступање са привремено одузетим предметима“, *Реформски процеси и поглавље 23 (година дана после) – кривичноправни аспект*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVII редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд, 2017, 547- 565.

¹²³⁵ Д. Димитријевић (1981), 229-230.

¹²³⁶ члан 152 ЗКП.

¹²³⁷ Драго Радуловић, *Коментар Законика о кривичном поступку Црне Горе*, Правни факултет у Подгорици, Подгорица, 2009, 120.

¹²³⁸ М.Грубач, Т.Васиљевић (2014), 305.

¹²³⁹ Под уређајима за аутоматску обраду поред компјутера, сматрају и мобилни телефони, што у савременом добу има велики значај, будући да садржина комуникације остварене телефонским путем, односно путем интернета, а преко мобилних телефона, често има пресудан значај за потпуно и правилно утврђивање чињеничног стања у кривичном поступку, док је законом поред могућности претресања мобилних телефона, у смислу одредбе члана 155 ЗКП, остављена и могућност одређивања вештачења таквог телефона и његовог садржаја, а сходно одредби члана 152 ЗКП.

ухватити окривљени, односно да ће се пронаћи одређени предмети који могу да послуже као доказ (102 StPO), док је формални услов постојање судске наредбе“.¹²⁴⁰

И док испуњење материјалног услова најчешће неће представљати проблем у пракси, неостварење формалног услова неретко ће довести до проглашења доказа незаконитим. Разлог за ово лежи у заштити коју уставотворац пружа неповредивости стана,¹²⁴¹ у складу са којом Уставни суд има надлежност да утврђује повреду права, невезано од оцене законитости доказне радње у кривичном поступку. У том смислу, Уставни суд поред утврђивања повреде права на неповредивост стана, применом теорије „плодова отровног дрвета“, оцењује и незаконитост свих доказа који су проистекли из незаконитог претресања стана.¹²⁴²

Предмет претресања су стан и друге просторије, с тим да се осим ограничених и затворених тродимензионалних простора, претресање стана односи „на станове, куће са свим помоћним просторијама, јавне просторије као што су ресторани, мотели, хотели и друге просторије у које је дозвољен приступ неодређеном броју лица, службене објекте, канцеларије и просторије државних органа, предузећа, радионице, превозна средства као што су аутомобили, камиони, железнички вагони и друга, те слободне просторе попут паркова, шума, пашњака и других“.¹²⁴³ Дом у смислу члана 8 ЕКЉП, сматра се место где појединац живи, и свако место где је могуће утемељити живот.¹²⁴⁴ Стан односно просторија, која се претреса мора бити опредељена или одредива у наредби о претресању.¹²⁴⁵ Посебна правила установљена су кад су предмет претресања војни објекат, просторије државних органа, предузећа или других правних лица, или адвокатска канцеларија. Осим стана и других просторија, предмет претресања је и лице, док је у судској пракси заузет став да се одредбе ЗКП које се односе на претресање стана и других просторија, односно лица, сходно

¹²⁴⁰ Више о томе: М.Писарић, „Претресање адвокатске канцеларије“, Crimen, 2/2020, 165-179; Види и: Meyer-Gosner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 61. Auflage, С.Н. Beck, 2018, 357 и даље.

¹²⁴¹ Члан 40 Устава РС: Стан је неповредив. Нико не може без писмене одлуке суда ући у туђи стан или друге просторије против воље њиховог држаоца, нити у њима вршити претрес. Држалац стана и друге просторије има право да сам или преко свога заступника и уз још два пунолетна сведока присуствује претресању. Ако држалац стана или његов заступник нису присутни, претресање је допуштено у присуству два пунолетна сведока. Без одлуке суда, улазак у туђи стан или друге просторије, изузетно и претресање без присуства сведока, дозвољени су ако је то неопходно ради непосредног лишења слободе учиниоца кривичног дела или отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе или имовину, на начин предвиђен законом.

¹²⁴² Види одлуку Уставног суда РС Уж 1327/2010 од 20.10.2011. године.

¹²⁴³ М.Шкулић, Криминалистика, 2016, Београд, 74.

¹²⁴⁴ Š.Pavlović (2020), 555. „Појам "дом" у смислу члана 8. ЕКЉП није ограничен на просторије које су законито настањене односно запоседање које је утемељено на закону. "Дом" је самосталан појам који не зависи од класификацији у домаћем праву, већ од чињеничних околности и постојања довољних и трајних веза с конкретним местом“ - *Vjedov v. Croatia*, ЕСтHR, App. no 42150/09, 29 May 2012., para 57.

¹²⁴⁵ Врховни касациони суд је у једној својој одлуци заузео становиште да се „наредба за претресање стана и других просторија дата на адресу зграде, односи на претрес свих станова у згради чији је власник или корисник окривљени“. Овај суд образлаже да „из списка предмета произилази да се наредбом судије за претходни поступак наређује претресање стана и других просторија у Улице Н. Д. број 32, које „користи“ окривљени, као и насилно отварање закључаних просторија, намештаја и других ствари уколико њихов држалац није присутан и неће добровољно да их отвори или то одбија да учини присутно лице. Дакле, наредба о претресању односи се на зграду у Улици Н. Д. број 32 и на све просторије чији је „корисник“ окривљени, па су на основу овакве наредбе овлашћена службена лица полиције имала могућност да изврше претрес и више просторија у наведеној згради уколико постоје назнаке да исте окривљени користи“ - из пресуде Врховног касационог суда у Београду Кзз бр. 405/21 од 12. априла 2021. године.

примењују и на претресање возила иако се законом, претресање возила, не дефинише посебно¹²⁴⁶.

3.1.1. Претресање стана и других просторија или лица са наредбом

Наредба о претресању је формални услов за предузимање доказне радње претресања стана и других просторија или лица. Надлежност за доношење наредбе је и поред увођења тужилачке истраге, остављена суду у одговарајућем функционалном облику, односно најчешће, судији за претходни поступак, док је процесна иницијатива на јавном тужиоцу, који подноси образложени захтев. Овакво дефинисање у складу је са одредбом члана 40 став 2 Устава РС, којом је предвиђено да нико не може *без писмене одлуке суда* ући у туђи стан или друге просторије против воље њиховог држаоца, нити у њима вршити претрес. Законодавац прописује обавезну садржину наредбе, као што њено важење ограничава роком од 8 дана, који почиње да тече даном издавања, уз обавезу да се наредба врати суду, уколико се такав рок пропусти.¹²⁴⁷ Ratio legis прописивања рока се „темељи на стразбуршком стандарду да се приликом оцене сразмерности претресања узима у обзир и брзина којом је предузето претресање (ЕСЈП, Roemen и Schmit против Луксембурга, 51772/99, 25. мај 2003), као и чињеници да су домаћи судови доносили нове наредбе о претресању истог предмета, упркос томе што је већ постојала наредба на основу које претресање није предузето“.¹²⁴⁸ Поменути рок од 8 дана примењује се и у случају наредбе за претрес уређаја за аутоматску обраду података и опреме према члану 152 став 3 ЗКП, о чему се изјашњавао и Врховни касациони суд.¹²⁴⁹

Међутим, изостављено је прописивање рока у којем је судија за претходни поступак дужан да одлучи о образложеном захтеву јавног тужиоца, односно у којем је дужан да донесе донесе наредбу о претресању, што има последицу на неефикасност у прикупљању доказа и то у најранијим фазама кривичног поступка, које често захтевају изразито хитно поступање. Мишљења смо да је целисходно дефинисати овакав рок, и то како из поменутих разлога, тако и због пружања правне сигурности и извесности лицу у односу на које се претресање врши. Тако на пример, одредба члана 242 Закона о казненем поступку Републике Хрватске, између осталог, прописује „да о захтјеву за претрагу судац истраге одлучује одмах, а најкасније у року од четири сата, од прмитка захтјева“, а уколико је наредба донета након протекла овог рока, на основу које је било предузето претресање, радиће се о доказу који је незаконито прибављен. Осим овог рока, ЗКП РХ прописује двостепеност у одлучивању односно право подношења жалбе у случају да суд одбије захтев за издавање наредбе о претресању, која се подноси већу и о којој мора бити одлучено у року од 12 сати.¹²⁵⁰ На овај начин, двоструким дефинисањем рока за доношење одлуке о захтеву за претресање јавног тужиоца, обезбеђује се ефикасност у поступању овлашћених органа, а истовремено и извесност и правна сигурност у одлучивању.

¹²⁴⁶ Упореди члан 240 ЗКП РХ, који изричито као предмет претресања наводи превозна средства.

¹²⁴⁷ Члан 155 ЗКП.

¹²⁴⁸ Горан П. Илић et al, 464. Види и: *Roemen and Schmit v. Luxembourg*, ECtHR, App. no 51772/99, 25 May 2003.

¹²⁴⁹ Текст одговора утврђен на седници Кривичног одељења Врховног касационог суда 27.10.2014. године.

¹²⁵⁰ Види члан 242 ЗКП РХ.

Иако ће пропуштање рока од 8 дана за предузимање ове доказне радње неминовно утицати на незаконитост тако прибављеног доказа, то неће бити случај у погледу садржине саме наредбе и поред тога што законодавац прописује обавезну садржину наредбе о претресању. У једној другостепеној одлуци наводи да „чињеница да наредба донета од стране судије за претходни поступак основног суда има изглед формулара, обзиром да њој постоје празна места – линије на које се могу уписати подаци, односно да иста није у целости откуцана, већ су у њу подаци уписани руком, наведену наредбу на чини незаконитом“.¹²⁵¹

Законодавац прецизно дефинише и поступак претресања стана или других просторија, прописујући да се држалац стана и других просторија, односно лице на коме ће се претресање предузети, најпре, позива да добровољно преда тражене предмете, односно лице, а увек након што му се претходно наредба о претресању преда.¹²⁵² Препознајући значај заштите неповредивости стана, односно сфере личног интегритета појединца, са једне стране, и репресивне природе доказне радње претресања, са друге стране, ЗКП предвиђа и обавезу поучавања таквог лица о праву да узме адвоката, односно браниоца који може присуствовати претресању, те уколико ово лице искористи законску могућност да присуство адвоката-браниоца захтева, доћи ће до одлагања претресања, све до његовог доласка, али и ово одлагање је временски ограничено и то за највише три часа. Ипак, присуство браниоца доказној радњи претресања, и по ставу судске праксе, представља само факултативну могућност, а не обавезу, па њено евентуално непоштовање не би довело до незаконитости овако прибављеног доказа.¹²⁵³

Међутим, уколико би се претресању приступило пре истека рока од три часа од момента у којем се држалац стана и просторија, односно лице на коме ће се претресање предузети, одлучио да захтева присуство браниоца – адвоката, то би имало утицај на законитост предузете радње, због чега је потребно водити рачуна да се на записнику прецизно назначи тачно време када је захтевано присуство браниоца – адвоката, као и време када је, након тога, претресање започето. Исто се односи и на претресање војних објеката, просторија државних органа, предузећа или других правних лица, односно адвокатске канцеларије или стана у којем живи адвокат.¹²⁵⁴

Поменута упозорења се, према ставу судске праксе, држаоцу не морају саопштити изнова приликом привременог одузимања предмета који су пронађени путем доказне радње претресања нити би то могло утицати на законитост поврде.¹²⁵⁵

¹²⁵¹ Пресуда Вишег суда у Новом Саду Кж1 111/20 од 03.06.2020. године, којом је преиначена пресуда Основног суда у Новом Саду К.бр.1925/18 од 06.02.2020. године.

¹²⁵² члан 156 ЗКП.

¹²⁵³ Види: Пресуду Врховног касационог суда Кзз Ок 1/2018 од 29.03.2018. године, пресуду Вишег суда у Београду Посебног одељења за организовани криминал Кпо1 93/2015 од 26.12.2016. године и пресуду Апелационог суда у Београду Посебног одељења Кж1 По1 15/17 од 20.10.2017. године.

¹²⁵⁴ види чл. 156 став 5 и 6 ЗКП.

¹²⁵⁵ „Потврда о привремено одузетим предметима од окривљеног, сходно одредби члана 157 став 4 ЗКП, у вези је са радњом претресања возила у поседу окривљеног, предузетом по наредби судије за претходни поступак Кпп.пов бр. 86/13 од 06.11.2013.године и произашла је из те доказне радње, односно чињеница је да су приликом претресања возила пронађени предмети који су одузети од окривљеног (10 пакета облепљених браон селотејп траком) на које се односи предметна потврда.Стога се упозорење дато окривљеном пре претресања возила, да има право да узме адвоката, односно браниоца који може присуствовати претресању и изричито изјава окривљеног да не захтева присуство браниоца, што је све констатовано у записнику о претресању, односи и на издату потврду о одузетим предметима, том приликом, па су неосновани наводи у захтеву за заштиту законитости браниоца окривљеног да је овај доказ прибављен на начин супротан одредбама чл. 8 и

Законодавац предвиђа да претресању присуствују два пунолетна грађана, који ће пре отпочињања ове доказне радње добити адекватна упозорења и то да: пазе на ток претресања, те да пре него што потпишу записник могу ставити приговор у погледу веродостојности његове садржине.¹²⁵⁶ Уколико претресању присуствује један грађанин, записник о претресању стана и других просторија се сматра незаконитим доказом.¹²⁵⁷ Ипак, највиша судска инстанца није оценила као незаконит доказ записник о претресању стана или других просторија који је сачињен у присуству једног грађанина, утврђујући да би с обзиром на друге изведене доказе на главном претресу, очигледно била донета иста пресуда.¹²⁵⁸ Осим што прописује да сведоци морају бити пунолетни грађани, Законик не одређује ближе ко не може бити сведок у сваком конкретном случају, па је и утврђивање законитости доказа у погледу својстава присутних сведока остављена судској пракси. Сведок претреса не би могло бити лице које се у каснијем току кривичног поступка не би могло испитати у својству сведока. Уколико се лице, према одредбама Законика о кривичном поступку, може испитати као сведок, он је подобан да буде сведок претресања, па чак и ако је члан породичног домаћинства окривљеног, који са њим живи у стану који је био предмет претресања.¹²⁵⁹ У једној судској одлуци, суд је издвојио записник о претресању стана, као незаконит доказ из разлога што је сведок претресања био саокривљени.¹²⁶⁰ Међутим, пракса Врховног касационог суда је супротног становишта, па не сматра не законитим доказом записник о претресању стана, уколико је сведок претресања привилеговани сведок попут сестре окривљеног¹²⁶¹ или блиски сродник са окривљеним који спада у круг лица која могу бити ослобођена од дужности сведочења.¹²⁶²

Претресању се може приступити и без претходне предаје наредбе, те без позива за предају лица или предмета тј. без давања поуке о праву на браниоца, односно адвоката, уколико је испуњен неки од прописаних услова:

1. ако се претпоставља оружани отпор или друга врста насиља,
2. ако се *очигледно* припрема или је отпочело уништавање трагова кривичног дела или предмета важних за кривични поступак,
3. ако је држалац стана и других просторија недоступан,¹²⁶³ а уколико се стекне један од наведена три алтернативно прописана услова, претресање се може предузети и без

289став 1 ЗКП, односно без упозорења окривљеног да има право да узме браниоца...“ - из пресуде Врховног касационог суда Кзз.бр.629/15 од 3.09.2015.године.

¹²⁵⁶ члан 156 став 7 ЗКП.

¹²⁵⁷ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 620/2020 од 15.7.2020. године.

¹²⁵⁸ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 783/2020 од 22.9. 2020.године.

¹²⁵⁹ Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 511/ 20 од 02.09.2020. године и пресуда Вишег суда у Београду К.бр.51/17 од 27.02.2020. године.

¹²⁶⁰ „...Сходно духу Законика о кривичном поступку, као сведоци који присуствују претресању стана не могу се узети лица која се не могу испитати као сведоци, јер се касније у току поступка може учинити потребним да се у својству сведока саслушају грађани који присуствују претресању стана, а како је у конкретном случају као сведок претресању стана присуствовао М.Н, лице које је другоокривљено у овом поступку, то је на основу чл. 337 ст. 6 у вези са чл. 237 ст. 1 ЗКП донета одлука о издвајању наведеног записника из списка предмета“ - Из решења Вишег суда у Београду К. бр. 924/13-Кв. бр. 704/14 од 04.03.2014. године.

¹²⁶¹ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1331/2019 од 11.12.2019.године.

¹²⁶² Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1083/2019 од 31.10.2019. године.

¹²⁶³ члан 156 став 3 ЗКП.

присуства сведока.¹²⁶⁴ Одредбом члана 157 став 3 ЗКП, прописано да ће се том приликом ток претресања обавезно тонски и оптички снимати и фотографисати.

Први услов је постојање околности које указују на опасност од оружаног отпора или какве врсте насиља. У једној другостепеној одлуци, суд је оценио да су овлашћена службена лица законито поступила у складу са чланом 156 став 3 ЗКП, „када су прво ушли у породичну кућу где им је оштећена показала где се налази оружје, а након тога накнадно прибавили наредбу за претресање стана, имајући у виду да је у конкретном случају била пријављена претња бомбом и оружјем“.¹²⁶⁵

Што се тиче другог услова, чини се да пракса често занемарује да законодавац предвиђа „већи степен“ претпоставке да се припрема или је отпочело уништавање трагова кривичног дела или предмета важних за кривични поступак односно да таква претпоставка треба да се заснива на *очигледним* околностима. Тако се често а priori претпоставља постојање опасности од одбацивања, сакривања или уништења предмета које је потребно одузети, посебно када је реч о предметима који су сами по себи погодни да се једноставно и брзо уклоне (као што је нпр. опојна дрога), а потом се, у недостатку чињеница које оправдавају поступање на основу члана 156 став 3 ЗКП, прибегава испитивању полицијских службеника у својству сведока, који накнадно сведоче у прилог постојања очигледне опасности. Ипак, уколико се са сигурношћу не би могло утврдити да је било нужно и неопходно приступити претресању без претходне предаје наредбе, радило би се о незаконитом доказу, а природа предмета важних за кривични поступак и трагова кривичног дела рег се није довољна да у одсуству других чињеница и околности укаже на оправданост претресања у смислу одредбе члана 156 став 3 ЗКП.

Најзад, претресању се може приступити без предаје наредбе, упозорења на браниоца и без присуства сведока, и ако је држалац стана или других просторија недоступан. Шкулић сматра да се ради о „изразитој „каучук“ норми, чиме се ствара веома широк простор за злоупотребе, јер орган поступка (полиција), уколико је малициозан, може намерно да врши претресање баш онда када власник, односно држалац стана извесно није у кући, односно у својим просторијама, тј. свакако је недоступан, јер се, на пример, тачно зна да је у то време на службеном путу, одмору и сл“.¹²⁶⁶ Он указује и да је тако постављена норма потенцијално неуставна, јер је одредбом члана 40 став 2 Уставом РС, претресање у одсуству држаоца, допуштено само уз присуство два пунолетна сведока, па законска норма проширује уставну.¹²⁶⁷

¹²⁶⁴ члан 156 став 7 ЗКП.

¹²⁶⁵ Пресуда Основног суда у Горњем Милановцу К 175/18 од 19.06.2019. године и пресуда Вишег суда у Чачку Кж 130/19 од 23.09.2019. године.

¹²⁶⁶ М.Шкулић, „Један поглед на Законик о кривичном поступку у контексту улоге уставног суда и односа између кривичног процесног права / кривичног права и уставног права“, in- Примена права и правна сигурност, Зборник радова 34. сусрета Копаоничке школе природног права Слободан Перовић, Том I, Београд, 2021, 409-410.

¹²⁶⁷ И заиста одредба члана 40 став 2 Устава РС, прописује да „нико не може без писмене одлуке суда ући у туђи стан или друге просторије против воље њиховог држаоца, нити у њима вршити претрес, а држалац стана и друге просторије има право да сам или преко свога заступника и уз још два пунолетна сведока присуствује претресању, а ако држалац стана или његов заступник нису присутни, претресање је допуштено у присуству два пунолетна сведока“.

Када је реч о доказној радњи претресања лица, потребно је да присутни сведоци и лице које спроводи претресање буду истог пола као и лице које се претреса,¹²⁶⁸ док се Законом о полицији такође установљава обавеза да преглед лица врши овлашћено лице истог пола, осим када је неопходан хитан преглед лица ради одузимања оружја или предмета подобних за напад или самоповређивање. Одступање од наведеног правила може се третирати као понижавајуће поступање у смислу члана 3. ЕКЉП.¹²⁶⁹ Претресање лица обухвата спољашњи и унутрашњи преглед тела са употребом медицинских и других средстава која нису штетна по здравље (члан 134 став 2 ЗКП), или се не противе разлозима морала.¹²⁷⁰ Право на претпоставку невиности и привилегију против самооптуживања не односе узимање биолошких трагова од окривљеног (узимање крви или узорака за ДНК анализу).¹²⁷¹

Законодавац регулише и сам поступак претресања прописујући да се ова доказна радња врши на обазрив начин, поштујући достојанство личности и право на интимност, без непотребног ремећења кућног реда, и то дању, што представља правило, а само изузетно ноћу (између 22 и 6 часова) и то једино уколико претресање које је започето дању није довршено или уколико је такво време претресања изричито одређено самом наредбом.¹²⁷² Претресање лица се обавља уз поштовање достојанства личности лица које се претреса. ЕКЉП је у случају *Wieser против Аустрије*,¹²⁷³ суд је констатовао „да подносиоцу представке није наређено да се свуче, већ су му одећу скинули полицијски службеници док се налазио у посебно беспомоћној ситуацији, те да тај поступак представља тако инвазивну и потенцијално понижавајућу меру да није требало да буде примењена без убедљивог разлога, нарочито у ситуацији када није изнет ниједан аргумент који би показао да је претресање лица са свлачењем било нужно и оправдано из безбедносних разлога, при чему је подносилац представке био претресен због оружја, а не због дроге, или других мањих предмета који се не би могли открити претресањем без потпуног свлачења. Имајући у виду наведено, Суд је закључио да у конкретним околностима овог случаја претресање са свлачењем подносиоца представке током полицијске интервенције у његовом дому представља неоправдано поступање такве тежине да се може окарактерисати као „понижавајуће“ у смислу члана 3 Конвенције.“

Поступак претресања војних објеката, просторије државних органа, предузећа или других правних лица и адвокатске канцеларије или стана у којем живи адвокат, уређен је тако да се позивају руководилац или одговорно лице односно председник адвокатске канцеларије да присуствују претресању, а уколико не дођу у року од три часа, претресање се може обавити и без њиховог присуства.¹²⁷⁴ Када се врши претресање адвокатске канцеларије, мора се поступати посебно обазриво с обзиром да постоји ризик да ће се том приликом открити подаци о странкама адвоката, па је потребно блансирати између два супротстављена интереса, „заштите односа поверења између адвоката и странака, а тиме и адвокатуре као

¹²⁶⁸ Одредбом члана 250 став 1 тачка 5 ЗКП РХ изричито је предвиђено да се записник о претресању не може употребити као доказ уколико у њему нису унете околности због којих је претресање лица обавило лице истог пола.

¹²⁶⁹ *Valašinas v. Lithuania*, ЕCтHR, App. no 44558/98, 24 July 2001, final 24 October 2001, para 101.

¹²⁷⁰ М.Грубач, Т.Васиљевић (2014), 305.

¹²⁷¹ Н. Сјерчић – Ћолић *et al.*, *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*, Zajednički projekat Vijeća Evrope i Evropske komisije, Vijeće Evrope/Evropska komisija, Sarajevo 2005, 124.

¹²⁷² члан 157 ЗКП.

¹²⁷³ *Wieser v. Austria*, ЕCтHR, App. no 2293/03, 22 February 2007, para 36.

¹²⁷⁴ Члан 156 став 5 и 6 ЗКП.

слободне професије, с једне стране, и ефикасности кривичног гоњења, с друге стране“.¹²⁷⁵ Претресање адвокатске канцеларије се предузима када је то неопходно у складу са начелом сразмерности и потребом да се истражи наводно кривично дело и кривично гони његов учинилац, за које постоји више од индиција и претроставки.¹²⁷⁶

3.1.2. Претресање стана и других просторија или лица без наредбе

Законодавац *изузетно* предвиђа и ситуације у којима јавни тужилац или овлашћена службена лица полиције могу *без наредбе суда* ући у стан и друге просторије и *без присуства сведока* предузети претресање стана и других просторија или лица која се ту затекну и то алтернативно: 1) уз сагласност држаоца стана и друге просторије, 2) ако неко зове у помоћ, 3) ради непосредног хапшења учиниоца кривичног дела, 4) ради извршења одлуке суда о притварању или довођењу лица, 5) ради отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе или имовину.¹²⁷⁷ Овлашћена службена лица полиције могу без наредбе суда за претресање и без присуства сведока предузети претресање лица приликом лишења слободе или приликом извршења наредбе за довођење, ако постоји сумња да то лице поседује оружје или оруђе за напад или ако постоји сумња да ће одбацити, сакрити или уништити предмете које треба од њега одузети као доказ у поступку.¹²⁷⁸

Већ на први поглед уочава се да приступање претресању на напред наведени начин, осим што би требало да има изузетан карактер, није условљено природом кривичног дела које је предмет кривичног поступка, као ни висином кривичне санкције прописане за такво кривично дело, односно у обзир не долазе искључиво тежа кривична дела. Упоредно право, насупрот томе, прибегава довођењу у везу кривичног дела поводом којег се прибегава претресању са условима под којим се исто може вршити. Тако, хрватски законодавац таксативно набраја кривична дела поводом којих, јавни тужилац, изузетно, писаним образложеним налогом може наредити претресање лица или возила,¹²⁷⁹ док се у француском праву, осим када се ради претресу и одузимању предмета затечених на лицу места код флагрантних учинилаца, посебан режим претресања стана предвиђа и уколико је реч квалификованим делима,¹²⁸⁰ а одредбом члана 105/1 немачког Законика о кривичном поступку (StPO) је предвиђено да у случају потребе хитности, претресање наређује јавни тужилац или полиција.

И док претресање стана и других просторија без наредбе суда и без присуства сведока у ситуацијама када је реч о непосредном хапшењу или извршењу одлуке суда о притварању или довођењу окривљеног, представља облик процесне принуде којим се проналази одређено лице и у пракси углавном не ствара проблеме приликом оцене законитости овако предузете

¹²⁷⁵ М.Писарић (2020), 165.

¹²⁷⁶ *Ibid.*, 167.

¹²⁷⁷ члан 158 став 1 ЗКП.

¹²⁷⁸ члан 159 ЗКП.

¹²⁷⁹ Чланом 245 ЗКП РХ.

¹²⁸⁰ Одредбе члана 56-59, Code de procédure pénale, Version consolidée au 1 juin 2017, доступно на сагу: www.legifrance.gouv.fr, Више о претресању стана: В.Вулоц, Procédure pénale, Dalloz, Paris, 2014, 676-681.

доказне радње, преостале ситуације предвиђене одредбом члана 158 став 1 ЗКП често могу отворити дилеме у погледу ваљаности доказа.

Најпре, реч је о ситуацији у којој се претресање без наредбе суда и без присуства сведока предузима уз сагласност држаоца стана и друге просторије, а имајући у виду да ова сагласност мора имати одређени квалитет, односно мора бити последица слободне воље, а не принуде или страха. Од квалитета сагласности држаоца стана и друге просторије зависиће и законитост доказа. У једној одлуци Европског суда за људска права утврђује повреда Конвенције и кршење права на поштовање дома „у ситуацији када је велики број полицајаца у зору дошао у стан подносиоца представке, при чему су четворица припадала јединици за специјалне интервенције, који су отворено носили аутоматско оружје и били маскирани под којим околностима није било разумно закључити да подносилац није имао другог избора осим да им допусти да уђу у стан, због чега се тешко може прихватити да је било какав пристанак подносиоца био слободан и вољан“.¹²⁸¹

Ради отклањања евентуалних дилема у погледу питања ко се све сматра држаоцем стана и друге просторије, на овом месту неопходно је истаћи да је судска пракса становишта да под држаоцем стана, треба подразумевати свако лице које у њему станује, те у том смислу не би имало места проглашавању доказа незаконитим уколико се, примера ради, својство држаоца стана и окривљеног не стичу у једном истом лицу. Тако се у једној одлуци, између осталог, наводи да су неосновани наводи браниоца окривљеног да се окривљени као члан домаћинства не може сматрати држаоцем стана и као такав дати сагласност за претресање стана, већ његов отац, као држалац стана, јер према члану 70. Закона о основним својинско правним односима, поред осталог, предвиђено је да државина ствари има свако лице које је непосредно вршило фактичку власт на ствари, као и да државину ствари може имати више лица.¹²⁸²

У пракси се претресању без наредбе суда и без присуства сведока неретко приступа ради отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе или имовину, иако је овај законски разлог често коришћен како би се озаконоило претресање којем се неосновано приступило без наредбе. Тако, ситуација у којој је гаража која треба да се претресе обезбеђена од стране полицијских службеника и у којој се назире присуство три црне ПВЦ кесе пуне марихуане, не може се дефинисати као случај који представља непосредну и озбиљну опасност за људе, а који би дао за право службеним лицима да могу ући у стан и друге просторије ради претресања без одлуке суда.¹²⁸³

¹²⁸¹ *Kucera v. Slovakia*, ЕСтHR, App. no 48666/99, 17 July 2007, цитирано према: Ц. Мекбрајд, *Људска права у кривичном поступку Практика Европског суда за људска права*, Београд, 2009, 109.

¹²⁸² Пресуда Апелационог суда у Београду КЖ1 511/20 од 2. 09.2020. и пресуда Вишег суда у Београду К.бр. 51/17 од 27. 02.2020. године - Из Билтена Вишег суда у Београду, Број 91/2020, Интермех, Београд.

¹²⁸³ Апелациони суд у Београду је утврдио да је првостепени суд погрешно закључио да је било услова за претресање просторија без наредбе суда због непосредне опасности за људе, када су полицијски службеници обезбедили гаражу у којој се назире присуство три црне ПВЦ кесе пуне марихуане. Наиме, овај суд је констатовоао да није прихватљива оцена законитости претресања без наредбе због постојања озбиљне и непосредне опасности за људе, пошто је у њим утврђено присуство веће количине марихуане, а за коју се зна да је штетна по здравље, будући да је на основу изведених доказа сведочење полицијских службеника утврђено да су одмах након напуштања гараже (која је била предмет претресања) од стране возача, сведоци полицајци остали са задатком да обезбеде наведену гаражу. Другостепени суд је оценио као неприхватљиво, да се ситуација у којој је гаража обезбеђена од стране полицијских службеника и у којој се назире присуство црних кеса, дефинише као ситуација која представља непосредну и озбиљну опасност за људе. Описана ситуација по ставу овог суда, евидентно нема потребни законски квалитет постојања непосредне и озбиљне опасности за људе и имовину, када овлашћена службена лица могу извршити претрес, а ради отклањања такве опасности.

У сваком случају, уколико је после уласка у стан и друге просторије, претресање заиста и предузето, о таквом уласку и претресању без наредбе суда и без присуства сведока, сачиниће се записник у којем ће се навести разлози уласка и претресања, као што ће се, у супротном дакле, уколико претресање не буде предузето, држаоцу просторија или присутном лицу одмах издати потврда у којој ће бити назначен разлог улажења и у коју ће се унети примедбе држаоца или присутног лица.¹²⁸⁴ Јавни тужилац или овлашћена службена лица дужна су да одмах поднесу извештај судији за претходни поступак који потом врши оцену да ли су услови за такво претресање заиста и били испуњени.¹²⁸⁵

Ипак, чини се да судска пракса неретко прибегава озакоњењу претресања које није у свему предузето у складу са одредбом члана 160 ЗКП, па се тако у једној одлуци наводи да чињеница да је полиција сутрадан поднела извештај о претресању стана судији за претходни поступак, а не исте вечери по претресању, није од значаја на законито спроведену радњу,¹²⁸⁶ док се у другој одлуци одлази корак даље, будући да се истиче да записник о претресању стана није незаконит доказ, када је претресање обављено без наредбе суда, само зато што су овлашћена службена лица пропустила да доставе писмени извештај судији за претходни поступак на оцену да ли су били испуњени услови за претресање стана без наредбе,¹²⁸⁷ док се највиша судска инстанца изјаснила да пропуштање јавног тужиоца, односно овлашћеног службеног лица да поднесу извештај судији за претходни поступак у смислу одредбе члана 160 ЗКП, не чине претресање незаконитим.¹²⁸⁸

Уколико је доказна радња претресања извршена противно прописаним одредбама, било да је на записнику о претресању стана констатовано само присуство браниоца и окривљеног, а не и два сведока или је претресање извршено без наредбе, а нису испуњени законом прописани услови за то, овакав записник о претресању стана и других просторија представља незаконит доказ по начину прибављања и на њему се не може заснивати пресуда. Када се записник о претресању стана и других просторија оцени као незаконит доказ по начину прибављања и у том смислу представља "затровано дрво", следствено томе "плодови затрованог дрвета" су и све оне исправе и докази који су настали на тако незаконито прибављеном доказу и не могу имати закониту примену у кривичном поступку, а о чему је већ било речи. У том смислу се у једној другостепеној одлуци наводи да је „правилна оцена првостепеног суда да је у тој ситуацији ваљало издвојити не само тај записник од 03.09.2014. године, него и потврду о привремено одузетим предметима од окривљеног страна 9-10 списка,

Супротно томе, конкретним поступањем овлашћених службених лица заобилази се законом установљена процедура поступања надлежних органа, а што за последицу има неправилност у раду полицијских службеника и у свом крајњем исходу процесну последицу, незаконито прибављање доказа на коме се не може засновати судска одлука и који је неопходно издвојити из списка предмета- из решења Апелационог суда у Београду Кж1 4022/13 од 17.10.2013. године и пресуда Вишег суда у Београду К.бр.380/12 од 15.03.2013. године.

¹²⁸⁴ члан 158 став 2 и 3 ЗКП.

¹²⁸⁵ члан 160 ЗКП.

¹²⁸⁶ Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 бр. 867/19 од 30.09. 2019. године и пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 69/18 од 03.07.2019. године - Из Билтена Вишег суда у Београду, Број 91/2020, Интермех, Београд.

¹²⁸⁷ Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 319/20 од 14.07.2020. године и пресуда Вишег суда у Београду К.бр.267/16 од 10.02.2020. године – Из Билтена Вишег суда у Београду, бр. 91/2020, Интермех, Београд.

¹²⁸⁸ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1504/20 од 19. јануара 2021, пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 бр. 580/20 од 5.10.2020. и пресуда Вишег суда у Београду К бр. 756/18 од 11.02.2020. године - Из Билтена Вишег суда у Београду, Број 92/2021, Интермех, Београд; Види и: решење Вишег суда у Београду Кж2 497/2019 од 30.05.2019. године и решење Основног суда у Младеновцу К.бр.315/18 од 07.05.2019. године – Билтен Вишег суда у Београду, број 90/2019, Интермех, Београд и пресуду Врховног касационог суда Кзз 202/2020 од 20.5.2020.године.

крим. техничку документацију ПУ Нови Сад (страна 11-19 списка), налаз и мишљење вештака балистичара (ст. 23-24 списка), записник о физичко-хемијском вештачењу супстанце сумњиве на опојну дрогу (страна 25-30 списка), па су следствено томе као неосновани оцењени жалбени наводи тужиоца да интенција законодавца није била да се због формалних пропуста ови докази издвајају, јер Законик о кривичном поступку у свом првом члану, као основне одредбе управо прописује да законик утврђује правила да нико невин не буде осуђен, и да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условом који прописује Кривични закон на основу законито и правилно спроведеног поступка“.¹²⁸⁹

На овом месту осврнућемо се и на забрињавајућу праксу судова који неретко, након што се записник о претресању и потврда о привремено одузетим предметима издвоје као незаконити докази, прибегавају утврђивању њихове садржине испитивањем у својству сведока лица која су ове радње предузимала и то на околности самог претресања и предмета пронађених том приликом. Овакво поступање суда супротно је одредби члана 16 став 1 ЗКП, будући да је овде, такође, реч о незаконитом доказу до којег се долази посредним путем.¹²⁹⁰

Имајући у виду да процесне повреде приликом предузимања ове доказне радње, доводе до повреде уставом загарантованог права на неповредивост стана, те водећи рачуна о учесталости оваквих повреда у пракси, сматрамо да је неопходно изричито прописати да се на записнику о предузимању ове доказне радње без наредбе суда и без присуства сведока не може заснивати судска одлука, изузев у случајевима таксативно прописаним одредбом члана 158 Законика о кривичном поступку. Разлог за овакав предлог посебно лежи у чињеници да се у пракси најчешће поставља питање законитости управо овако прибављеног доказа, али и преосталих доказа који су произашли из њега. О значају потребе да се процесне повреде одредаба које се односе на претресање стана и других просторија изричито предвиде у закону, већ смо напред указали уз преглед појединих решења упоредноправних законодавстава, у којима се изричито прописује да се на записнику о претресању стана без наредбе и присуства сведока не може заснивати одлука, осим у законом прописаним случајевима. Ипак, чини нам се да важеће решење у Републици Хрватској о којем је већ било речи, као изразито позитиван пример, завређује посебан осврт и разраду и на овом месту.

Наиме, хрватски Закон о казненем поступку својим чланом 250 таксативно набраја ситуације у којима се записник о претресу не може користити као доказ у поступку, одлазећи чак и корак даље, односно, предвиђајући да се у таквим ситуацијама као доказ у кривичном поступку не могу употребити *ни докази који су прибављени таквим претресањем*. Најпре, сматрамо да овакво регулисање представља корисно решење, будући да хрватски законодавац прибегава директном прописивању обавезе примене теорије „Плодова отровног дрвета“ и на месту на којем регулише поступак претресања. Када је реч о поменути

¹²⁸⁹ решења Апелационог суда у Новом Саду бр. КЖ. 2 306/15 од 24.02.2015. године и решења Вишег суда у Новом Саду бр. Кв.бр.1192/14 од 06.02.2015. године, Билтен Апелационог суда у Новом Саду број 6/2015, Intermex, Београд.

¹²⁹⁰ „...Првостепени суд није узео у обзир записник о претресању просторија окривљеног и потврду о привремено одузетим предметима при чему је у образложењем пресуде констатовоао да су они издвојени из списка предмета као докази на којима се пресуда не може заснивати, али је зато њихову садржину утврдио преко исказа полицијских службеника, тако што је исте саслушао на околности где је претрес извршен, ко је присуствовао претресању, које ствари су пронађене, њихов опис и локацију где су се налазиле. На тај начин првостепени су је предузимањем радње саслушања полицијских службеника као сведока, које је извршено у складу са Закоником о кривичном поступку, утврдио чињенице које се тичу садржине незаконитих доказа-записника о претресу стана и других просторија и потврде о привремено одузетим предметима, и тако заобишао императивне одредбе наведеног законика о недозвољеним доказима, а жалбом браниоца се на то основано указује...“-из пресуде Апелационог суда у Нишу Кж бр. 557/14 од 05.02.2015. године.

ситуацијама из члана 250 Закона о казненом поступку, реч је о случајевима у којима је: 1) претрес, супротно том Закону, обављен без писаног налога, 2) када је претрес без налога предузет супротно одредби члана 246 став 1 до 3 тог Закона (претресање без наредбе) 3) јавни тужилац није у року из члана 245 став 3 тог закона предао истражном судији налог и записник о предузетом претресу,¹²⁹¹ 4) одбијен захтев за оверу писаног налога јавног тужиоца о претресу или записника о спроведеном претресу (члан 245 став 4 ЗКП РХ), 5) у записник нису унете околности због којих је претрес лица обавило лице другог пола (члан 251 став 2 ЗКП РХ), 6) претрес спроведен супротно одредбама члана 251 став 3 и 4 тог Закона¹²⁹² 7) претресање спроведено без лица које мора присуствовати истом- односно два пунолетна грађанина као сведока (члан 254 став 2 ЗКП РХ) 8) претресање спроведено супротно условима за законитост претресања прописаним у посебном закону (члан 256 ЗКП РХ).

Након подробнијег осврта на важеће решење у РХ, закључујемо да овакво регулисање олакшава одлучивање судовима приликом давања одговора на питање који се то докази у сваком конкретном случају имају сматрати незаконитим, будући да је у самом Закону извршено *numerus clausus* постављење широке лепезе ситуација у којима се записник о претресу не може користити као доказ у поступку, односно ситуација у којима се не могу користити ни докази који су прибављени таквим претресањем, што сматрамо позитивним решењем.

3.1.3. Претресање и преглед возила

Приликом контроле возила у саобраћају, полиција може да спроведе службене радње прегледа и претресања возила. Учесталост проблема јасног разликовања претресања возила, као доказне радње и прегледа превозних средстава, као оперативне радње која се предузима без постојања наредбе судије за претходни поступак од стране за то овлашћених лица, ствара „конфузију“ у пракси, задајући потешкоће у оцени њихове законитости. Иако са становишта „тактике и технике спровођења“, постоји сличност између прегледа и претресања,¹²⁹³ за предузимање прегледа које се врши на основу закона *ex lege*, није потребна судска одлука, за разлику од претресања јер интензитет истраживања није исти, па се последица огледа у томе што резултати прегледа по правилу нису доказ у кривичном поступку.¹²⁹⁴ Материјални услов није исти, јер се вероватноћа не поистовећује са основима сумње, већ захтева већи

¹²⁹¹ Када јавни тужилац доноси наредбу о претресању у случајевима прописаним одредбом члана 245 ЗКП РХ, он је дужан да налог о претресу из члана 245 став 1 тог Закона, заједно са записницима о извршеном претресу достави одмах, а најкасније у року од 8 сати од окончања претреса истражном судији (члан 245 став 3 ЗКП РХ).

¹²⁹² Члан 251 став 3 и 4 ЗКП РХ гласи : „При претресу лица не сме се улазити у тело особе која се претражује, нити се од тела смеју одвајати наставци делова тела или помагала телесних органа причвршћена уз тело (протезе и слично); ако при претресу треба ући у телесне шупљине, одвојити од тела наставке телесних органа или ако се појави сумња да претресање директно озбиљно угрожава здравље особе која се претреса, тело које спроводи претресање застаће с спровођењем ове радње и у року од три сата поступити према члану 326. ставку 3. и 4. овог Закона. Ако се у наведеном року не може наставити претресање, обавестиће о томе јавног тужиоца и обуставити претресање.

¹²⁹³ Живојин Алексић, Милан Шкулић, Криминалистика, Досије, Београд, 2000, 39.

¹²⁹⁴ D.Кгарас (2020), 314.

степен извесности од основа сумње.¹²⁹⁵ У садржинском смислу, „материјално истраживање, као елемент претреса се састоји од *“претурања”*, или од *“преметачине”* на објекту претреса, док преглед, на супрот томе, представља утврђивање чињеница без преметачине на објекту прегледа, без обзира да ли се он предузима визуелним или тактилним путем“.¹²⁹⁶ Дистинкција постоји и у циљу њиховог предузимања, па се може сматрати да се претресањем докази прикупљају, док се на основу прегледа одлучује да ли ће се касније евентуално предузети претресање на законом предвиђен начин.

Одредбом чл. 286. ст. 1. ЗКП-а је предвиђено да ако постоје основи сумње да је извршено кривично дело које се гони по службеној дужности полиција је дужна да предузме потребне мере да се пронађе учинилац кривичног дела, да се учинилац или саучесник не сакрије или не побегне, да се открију и обезбеде трагови кривичног дела и предмети који могу послужити као доказ, а у ставу 2. истог члана је предвиђено да у циљу испуњења дужности из ст. 1. овог члана полиција може да тражи потребна обавештења од грађана, да изврши преглед превозних средстава, да уз присуство одговорног лица прегледа одређене објекте и просторије државних органа, предузећа, радњи и других правних лица. О предузимању мера и радњи из ст. 2. и 3. овог члана полиција одмах, а најкасније у року од 24 часа након предузимања, обавештава јавног тужиоца.

У члану 152. ЗКП наводе се услови за претресање стана и других просторија или лица, па се наводи да се претресање може предузети, ако је вероватно да ће се претресањем пронаћи окривљени, трагови кривичног дела или предмети важни за поступак.

У оцени законитости вршења ових радњи морамо имати у виду друге прописе којима се дефинише начин и услови обављања ових радњи од стране полицијских службеника. Ради се о одредбама које су садржане у Закону о полицији¹²⁹⁷ а нарочито у Правилнику о полицијским овлашћењима¹²⁹⁸.

Одредбама Закона о полицији дају се овлашћења полицијским службеницима у статусу овлашћених службених лица примењују полицијска овлашћења утврђена овим и другим законом те да врше радње на заустављања и прегледа лица, предмета и саобраћајних средстава. Приликом примене полицијских овлашћења полицијски службеник поступа у складу са законом и другим прописом и поштује стандарде постављене Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, Основним принципима УН о употреби силе и ватреног оружја од стране службених лица која спроводе закон, Европским кодексом полицијске етике и другим међународним актима који се односе на Полицију¹²⁹⁹.

Полицијски службеник је овлашћен да заустави и изврши преглед саобраћајног средства, између осталог, када предузима мере трагања за лицима и предметима. Прегледом

¹²⁹⁵ Грубач истиче да „уколико би се претресање, као доказна радња која служи прикупљању доказа, предузимала ради проналажења самих основа сумње, то би имало за последицу могућност олаког претресања сваког места и сваког лица“ - М. Грубач, Т. Васиљевић (2014), 305.

¹²⁹⁶ Емир Ћоровић, „Претресање као доказна радња и њен однос са прегледом као оперативном радњом у кривичном процесном праву Србије“, У: Ј. Перовић Вујачић (ур.), *Унификација права и правна сигурност*, Том I, Копаоничка школа природног права Слободан Перовић, Београд, 2020, 595-696.

¹²⁹⁷ Закон је објављен у "Службеном гласнику РС", бр. [6/2016](#) [24/2018](#) (чл. [76-82](#). нису у пречишћеном тексту) и [87/2018](#) (чл. [10](#). није у пречишћеном тексту).

¹²⁹⁸ Правилник је објављен у "Службеном гласнику РС", бр. 41/2019 од 11.6.2019. године, а ступио је на снагу 19.6.2019.

¹²⁹⁹ члан 64 став 1 и став 2 тачка 9. и члан 65 став 4. Закона о полицији

саобраћајног средства у смислу става 1. овог члана, сматра се преглед свих отворених и затворених простора саобраћајног средства и предмета који се превозе.¹³⁰⁰

Начин обављања прегледа возила јасно је одређен и дефинисан одредбама Правилника о полицијским овлашћењима¹³⁰¹, којима се налаже полицијском службенику да се преглед се врши визуелно, додиром, увидом у садржај, коришћењем техничких средстава (огледала, детектора и др.), односно употребом службеног пса. Полицијски службеник врши преглед лица тако што рукама додирује површину његовог одела и остварује увид у садржај у одећи и обући. Кад врши преглед лица, полицијски службеник врши и преглед ствари и превозног средства која су у непосредној близини или под надзором лица које се прегледа. Пре вршења прегледа предмета, односно саобраћајног средства полицијски службеник позваће лице да омогући увид у садржај предмета, односно саобраћајног средства које ће прегледати. Ако лице одбије да омогући увид, полицијски службеник ће у присуству лица сам проверити садржај предмета, односно саобраћајног средства које прегледа. Ако полицијски службеник вршењем прегледа нађе предмете који могу бити корисни за кривични или прекршајни поступак, даље поступање наставља према одредбама закона којима су уређени ти поступци.

Закон о полицији и Правилник о полицијским овлашћењима не садрже тако прецизне одредбе о претресању возила, што је и логично јер су полицијски службеници у случају да се током прегледа возила покаже вероватним да лице код себе, у саобраћајном средству или у предмету који носи са собом има предмете који могу послужити као доказ у кривичном или прекршајном поступку, овлашћени да задржи лице до прибављања наредбе за претресање, а најдуже шест часова.¹³⁰² Из овога следује закључак да се претрес возила врши по правилима која су прописана одредбама ЗКП, односно искључиво по наредби за претрес надлежног судије за претходни поступак и под његовим надзором.

Претресом покретне ствари-возила задире се више него код прегледа дубоко у приватност лица те у остала људска права која су у вези с тим. Затворени простори се код радње прегледа не отварају, нити се објекти, односно покретне ствари-возила или делови истих демонтирају, насилно или ненасилно, са или без посебног алата и слично. Насупрот томе, по нашем мишљењу, само се при вршењу истражне радње претреса могу затворени простори отварати, и то силом!, предмети демонтирати. Предузимање таквих радњи, те отварање затворених простора или пртљага искључује преглед и индицира поступање по прописима о претресу.

Свако прекорачење законом постављених граница, односно непоштовање правила прегледа и претреса има за последицу да су прибављени докази на тај начин незаконити, недопуштени.¹³⁰³ Самим тим, предмети извршења кривичног дела пронађени у возилу, као доказ на којима се може заснивати оптужница и касније и пресуда произилазе из претходно незаконито предузете радње, па су по „принципу плода отровног дрвета“ контаминирани претходно незаконито изведеним доказом, због чега пресуде могу бити незаконите.

¹³⁰⁰ члан 97 ст 1 и 4. Закона о полицији.

¹³⁰¹ члан 56 и члан 57 Правилника о полицијским овлашћењима

¹³⁰² Члан 97 став ст.2. тачка 9. Закона о полицији.

¹³⁰³ Види: Решење Апелационог суда у Београду Кж2 1274/19 од 03.07.2019. године и решење Вишег суда у Београду К.бр.567/18-Кв.бр.1980/19 од 04.06.2019. године.

Уочава се да при предузимању радње прегледа возила полицијски службеници редовно не поштују процедуру предвиђену у члану 97. став 9 Закона о полицији, онда када се током прегледа возила покаже вероватним да лице код себе, у саобраћајном средству или у предмету који носи са собом има предмете који могу послужити као доказ у кривичном поступку у том смислу да мимо својих овлашћења не прибављају наредбу за претресање, већ настављају са радњама које одговарају претресању возила до проналаска предмета у возилу, које потом уз потврду о одузетим стварима и одузимају од лица. У овом случају таква потврда о одузетим предметима произилази из претходно незаконито предузете радње, која се састоји у кршењу законске обавезе полицијских службеника да прекину преглед возила и затраже наредбу за претрес надлежног судије. То чини да је таква потврда, као доказ у кривичном поступку, контаминирана претходно незаконито изведеним доказом по „принципу плода отровног дрвета“.

Иако се овај став чини као логичан и исправан, редовно се у пракси дешава да овакав доказ судови кроз своје одлуке конвалидирају, одосно тумаче на начин да је исти прибављен на законити начин позивајући се на одредбе члана 286. став 1. и 2. ЗКП.¹³⁰⁴ Тако је вишестепени суд приликом давања одговора на питање нижестепеног суда нашао да полицији, у оквиру обављања оперативне криминалистичке активности и овлашћења у смислу члана 286 ЗКП, није потребна наредба за претресање путничког возила, обзиром да је ставом 2 наведеног члана прописано шта све полиција може да ради у циљу испуњења дужности из става 1 тог члана, а између осталог, и да изврши потребан преглед превозних средстава, путника и пртљага, па како преглед возила у смислу члана 286 ЗКП подразумева и овлашћење да се изврши привремено одузимање предмета, то за исти није потребна наредба.¹³⁰⁵

У вези с тим, Европски суд за људска права је у случају *Лисица против Хрватске*, оцењивао радњу претресања у хрватском казненом поступку, утврђујући повреду права на правични поступак од стране задарске полиције.¹³⁰⁶ Повреда се састојала у предузимању два узастопна у кратком временском периоду претресања, од којих је једно било са наредбом, а друго је било готово тајно, када су и пронађени предмети уз помоћ којих су окривљени повезани са местом пљачке. О овом претресању, бранилац окривљеног је чуо из разговора полицајаца, након чега је поднео захев за издвајање доказа и резултата који су из њега произашли. Задарски жупанијски суд је то одбио позивајући се на писана објашњења шефа задарске полиције о разлозима другог претресања и објашњења да није било у питању радња претресања већ прегледа возила за који налог није био потребан и коју је стручно обавио криминалистички техничар као непристрана особа. Овакав став је заузет и од стране Врховног суда, који је преиначио пресуду у погледу висине кривичне санкције. И Уставни суд је у својој одлуци У-ИИИ-1473/2002 од 12. октобра 2005. године, одбио уставну тужбу у којој се истицала повреда из чл. 29. Устава, са идентичном аргументацијом. ЕСЉП је, међутим, најпре утврдио „да се начело правичног поступка примењује и на претходни поступак“, те да је „задатак суда да утврди да ли ли поступак у целини, укључујући начин

¹³⁰⁴ Пресуде Врховног касационог суда Кзз 1062/2020 од 21.10.2020. године, Кзз 1086/2020 од 06.10.2020. године, Кзз 645/2021 од 16.06.2021. године, Кзз 722/2015, 15.09.2015. године и Кзз 1438/19 од 04.02.2020.године.

¹³⁰⁵ Текст сачињен на седницама Кривичног одељења Апелационог суда у Новом Саду, одржаним дана 29.10.2014. године и 30.10.2014. године, на којој су размотрена спорна правна питања из судске праксе постављена од стране подручних судова - Билтен Апелационог суда у Новом Саду број 7/2016, Интермех, Београд.

¹³⁰⁶ *Lisica protiv Hrvatske*, ЕСtHR, zahtjev br. 20100/06, 25. veljače 2010.; више о овом случају види: D.Крарас (2010), 1222-1223.

прибављања доказа, био поштен, што укључује и испитивање “незаконитости” по националном праву¹³⁰⁷. Даље је пошао од своје обавезе да утврди да ли су поштована права обране, а нарочито „да ли је подносиоцу захтева пружена прилика да оспори веродостојност доказа и успротивити се његовој употреби“, као и какав је „квалитет доказа, између осталог и да ли је ли, због околности у којима је доказ прибављен, доведена у питање његова поузданост или тачност.“¹³⁰⁸ Суд је даље утврдио да је „таква “холистичка” провера поступка показала како је полиција друго претресање предузела без налога и присуства браниоца, чему су подносиоци захтева приговорили истичући да су наводно пронађени инкриминишући докази били заправо подметнути у раздобљу од 24. до 27. маја, па су захтевали да се записник издвоји из списка. Дакле, подносиоци су се успротивили употреби овог доказа, чиме је био испуњен први део теста према начелном стајалишту ЕСЉП у пресуди *Bikov v. Russia* (пара 90). Суд је даље закључио „да се виšekратни претресања сами по себи не противе начелу правичног поступка, али да је другим претресањем повређен минимални захтев да се окривљеном мора пружити прилика да му присуствује, при чему му нису присуствовали ни два непристрасна сведока, што је повредило општи захтев за постојањем “објективних показатеља” правичности у кривичним поступцима, нужним за стицање легитимитета кривичних осуда у демократском друштву“¹³⁰⁹. У погледу пронађених доказа, суд је закључио да су претресањем пронађени докази који су „представљали важне доказе за утврђење кривице окривљених, чак штовише, да су осим осталих индиција послужили као *solo direct evidence* за њихово присуство у возилу којим је почињена пљачка“¹³¹⁰.

Из овог примера можемо закључити да „подвођење“ радње претресање под радњу претраге не само да није у складу са захтевима које прописује Законик о кривичном поступку, већ да се окривљеном, због чињенице да је његовом браниоцу ускраћено право да присуствује тој радњи, као и да је искључуја могућност „надзора“ радње од стране два непристрасна пунолетна грађана, суштински крши право на правични поступак.

3.1.4. Увиђај на возилу

Увиђај се предузима када је за утврђивање или разјашњење неке чињенице неопходно непосредно опажање органа поступка.¹³¹¹ Законодавац не прописује дефиницију увиђаја, већ само када и због чега орган поступка предузима ову доказну радњу, али се увиђај може дефинисати и као скуп свих мера и радњи, првенствено криминалистичких, које чланови увиђајне екипе предузимају у складу са правилима криминалистичке технике и тактике, непосредним опажањем у циљу расветљавања кривичног дела, којом радњом се утврђују и разјашњавају важне чињенице за кривични поступак. Орган поступка, осим непосредног опажања видљивих трагова, врши и мисаону реконструкцију догађаја. Дакле, увиђај је кривичнопроцесна радња која се спроводи по правилима криминалистике. Увиђај се предузима у вези са оним кривичним делима услед чијег су извршења наступиле промене

¹³⁰⁷ *Lisica protiv Hrvatske*, пара 47 и 48.

¹³⁰⁸ *Lisica protiv Hrvatske*, пара 49.

¹³⁰⁹ *Lisica protiv Hrvatske*, пара 56.

¹³¹⁰ *Lisica protiv Hrvatske*, пара 59.

¹³¹¹ Члан 133 ЗКП.

или су остављени трагови и предмети у спољнем свету, нарочито се предузима код крвних деликата, саобраћајних деликата, паљевина и сумњивих пожара, разбојништва и разбојничке крађе, саботаже и др.¹³¹²

Као и код прегледа возила, и увиђај и начин обављања истог ближе се одређује и дефинише одредбама Закона о полицији и Правилника о полицијским овлашћењима, према којима се Увиђај дефинише као процесна и криминалистичко-тактичка и форензичка доказна радња којом се на лицу места непосредним опажањем утврђују или разјашњавају чињенице важне за кривични, прекршајни или други поступак, у циљу истраживања, откривања, прикупљања, фиксирања и испитивања: 1) доказа о постојању кривичног дела, прекршаја или другог догађаја; 2) околности важних за квалификацију догађаја, место, време, начин и средство извршења; 3) доказа потребних за откривање и проналажење извршиоца; 4) доказа о идентитету оштећеног, односно жртве; 5) података важних за утврђивање постојања и висине штете; 6) других питања од значаја за вођење поступка¹³¹³. Правилником је утврђен начин поступања полицијског службеника у вршењу увиђаја, па у случају када полицијски службеник сазна за извршење кривичног дела, он је дужан да без одлагања обавести надлежног јавног тужиоца, те да поступа по његовом налогу у циљу предузимања доказних радњи, обезбеђења доказа и вршења увиђаја¹³¹⁴.

Неретко се дешава и да полицијски службеници у пракси крше поменути императивну норму у Закону о полицији на начин да о пронађеним предметима у возилима приликом прегледа, не чекају наредбу судије за претрес, већ обавесте надлежног јавног тужиоца који им издаје наредбу за вршење увиђаја. У пракси, ово се нарочито дешава код кривичних дела Неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога-члан 246 КЗ и то онда када је дрога скривена у возилу или у направљеном „бункеру“ у возилу, па се, *de facto* кроз радњу увиђаја предузимају радње отварања затворених простора, демонтажи делова возила, скривених и направљених „тајних“ простора у возилу, демонтажа точкова и гума, уз употребу силе, што се, по нашем мишљењу, може вршити једино кроз доказну радњу претресања возила, којом се дубоко задире у људска права на приватност, али која је под контролом суда.

Иако ова ситуација компромитује законитост потврде које су резултат наредбе о вршењу истражне радње увиђаја, који се врши на описан начин, судови оваквим потврдама дају квалитет законитих.

Тако је Врховни касациони суд у неколико својих пресуда, заузимао став да привремено одузимање предмета у оваквим случајевима уз издавање потврде није извршено као самостална мера или доказна радња полиције, у смислу одредаба члана 286. ЗКП или члана 287. ЗКП у вези са чланом 147. ЗКП, већ по налогу јавног тужиоца као органа који руководи предистражним поступком и који је предузео доказну радњу увиђаја из које је произашла мера одузимања предмета члан 135. став 2. у вези са чланом 147. ЗКП.¹³¹⁵

Нелогичност оваког тумачења поступања овлашћених лица произилази из самог циља увиђаја, као истражне радње. Наиме, поступајући на овај начин, по нашем мишљењу,

¹³¹² Види: Јасмина Киурски, *Приручник за увиђај, група аутора*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2018, доступан на: <https://www.pars.rs/images/biblioteka/Prirucnik-za-uidjaje.pdf>

¹³¹³ Члан 99 став 1 Закона о полицији и члан 62 Правилника о полицијским овлашћењима.

¹³¹⁴ Члан 65. у вези члана 62-64 /увиђај предмета/ Правилника о полицијским овлашћењима.

¹³¹⁵ Пресуде Врховног касационог суда Кзз 754/2015 од 10.09.2015. године, Кзз 793/2019 од 24.10. 2019. године и Кзз 1477/18 од 31.01.2019. године.

погрешно тумачећи истражне радње прегледа возила, односно дајући истима квалитет истражних радњи увиђаја на возилу, на начин који је противан основној сврси и циљу спровођења истих, занемарујући при том одредбе других закона, пре свега Закона о полицији и одредбе подзаконског акта - Правилника о полицијским овлашћењима, судови уносе, у најмању руку, одређену конфузију у јасно прецизираним истражним радњама, што може изазвати одређену правну несигурност,¹³¹⁶ јер се неретко у пракси дешава да у једном истом предмету, при идентичним ситуацијама, када је започета истражна радња увиђаја, потврде о одузетим предметима буду резултат потоње две одвојене-различите истражне радње: радње увиђаја на једном возилу и радње претресања по наредби судије за претходни поступак која се врши на другом возилу. У конкретном случају, у оба возила је пронађена дрога, у направљеним скривеним „бункерима“, који су употребом силе демонтирани и отворени, и у вршењу радње увиђаја и у вршењу радње претреса.

Осим тога истражна радња која по свему има карактеристике истражне радње претресања возила, за које је неопходна наредба судије за претходни поступак, своди на истражну радњу увиђаја која је искључиво у надлежности и под контролом органа гоњења; тужиоца и полиције и која самим тим нема судску контролу, иако се таквом радњом дубоко задире у права окривљеног која он има по ЗКП и у његова људска права по Конвенцији о људским правима-право на приватност.

3.2. Привремено одузимање предмета

Законодавац привремено одузимање предмета издваја и дефинише као доказну радњу којом се предмети који се по Кривичном законнику морају одузети или који могу послужити као доказ у кривичном поступку привремено одузимају од стране органа поступка, који потом обезбеђује њихово чување.¹³¹⁷ У ове предмете спадају и уређаји за аутоматску обраду података и уређаји и опрема на којој се чувају или се могу чувати електронски записи.

Привремено одузимање предмета је „*доказна радња органа поступка*, чија се суштина огледа у „прекидању у одређеном временском периоду државине коју је у односу на одређене предмете имало *конкретно лице*“, чије је трајање везано за „*процесну судбину кривичног предмета*“ у вези којег је дошло до спровођења те радње доказивања“.¹³¹⁸

Алтернативним постављањем материјалних услова који се односе на *врсту* предмета који се могу одузети у смислу ове доказне радње истовремено су обухваћени,

1) предмети на које Кривични законик¹³¹⁹ упућује дефинишући меру безбедности одузимања предмета (члан 87 КЗ),

Кривични законик предвиђа да се ова мера безбедности може одредити, како у односу на предмет који је био *намењен* или *употребљен* за извршење кривичног дела

¹³¹⁶ Решење Вишег суда у Београду, Посебно одељење за организовани криминал, о потврђивању оптужнице Тужилаштва за организовани криминал К-По1 193/21 од 24.12.2021. године.

¹³¹⁷ члан 147 став 1 ЗКП.

¹³¹⁸ М.Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, 253.

¹³¹⁹ Кривични законик ("Сл. гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019).

(*instrumenta sceleris*), тако и у односу на предмет који је *настао* извршењем кривичног дела (*producta sceleris*), па и у односу на предмете за које постоји опасност да ће се *поново употребити* за извршење кривичног дела или када је ради *защите опште безбедности* или из *моралних разлога* одузимање предмета неопходно.¹³²⁰ У судској пракси је неспорно да у наведене предмете спадају предмети за које је у предвиђено обавезно одузимање, према посебном делу Кривичног законика, као што су опојне дроге, оружја (ватрено, распрскавајуће, гасно), делови оружја, муниција, експлозивне материје и средства, средства за фалсификовање и фалсификати, чија природа и својства су била предмет вештачења или за која је посебним законима одређен појам и забрањен или ограничен промет (предмети ауторског права и другог сродног права, предмети недозвољене трговине).¹³²¹

2) сваки други предмет који, у конкретном случају, евентуално може послужити као доказ у предметном кривичном поступку.

И док све поменуте предмете привремено може одузети орган поступка, у зависности од фазе кривичног поступка у којој се јави потреба за њиховим одузимањем, доношење одлуке о привременом одузимању средстава која су предмет сумњиве трансакције¹³²² и њиховом стављању на посебан рачун ради чувања у искључивој надлежности суда.¹³²³

Законик предвиђа дужност држаоца предмета да органу поступка омогући приступ предметима, као и последице таквог одбијања,¹³²⁴ док су одређена лица, која су искључена од дужности сведочења, под одређеним условима, ослобађа од ове дужности.¹³²⁵

Предмети који су током кривичног поступка привремено одузети биће враћени држаоцу уколико престану разлози због којих су привремено одузети, те уколико не постоје разлози из члана 535 ЗКП за њихово трајно одузимање, а исти могу бити, и пре него што престане разлог њиховог одузимања, враћени држаоцу уколико су му неопходни, уз обавезу да их донесе на захтев органа поступка.¹³²⁶

Законодавац предвиђа да се лицу од кога су предмети одузети, издаје потврда, у којој ће се: такви предмети описати, навести где су пронађени, уз назначење података о лицу од кога се предмети одузимају, као и његово својство, те се на крају предвиђа стављање потписа лица које је радњу спровело.¹³²⁷ Законитост потврде о привременом одузимању предмета зависи од поштовања самог поступка спровођења ове доказне радње.

Иако смо већ на више места у овом раду указали на својеврсну „невољност“ домаћих судова да примењују теорију „Плодова отровног дрвета“ или да се директно позивају на исту приликом њене примене, може се закључити да се највећи степен спремности за

¹³²⁰ У упоредном законодавству се одузимање предмета третира и као посебна кривичноправна мера *sui generis*, где је услов за примену и *заштита јавног реда* (Кривични законик Швајцарске) и *јавног здравља* (Македонија, кривичноправна мера под називом „Конфискација“) – види: Д. Јовашевић, *Примена мере безбедности одузимања предмета*, у: Зборник радова Правног факултета у Нишу, (ур. И. Пејић), број 72, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2016, 84.

¹³²¹ Више о томе: И.Миљун, Б.Станковић (2017), 558.

¹³²² члан 145. ЗКП.

¹³²³ члан 147 став 2 ЗКП.

¹³²⁴ члан 148 ЗКП.

¹³²⁵ члан 149 ЗКП.

¹³²⁶ члан 151 ЗКП.

¹³²⁷ члан 150 став 1 ЗКП.

прихватањем и применом ове теорије постоји поводом незаконитих доказа прибављених доказним радњама претресања стана и лица, односно привременог одузимања предмета. Чини нам се да разлог за овакво поступање домаћих судова лежи у чињеници да се поменути две доказне радње налазе у јасној и уочљивој корелацији, односно у природној вези чије доказивање није спорно и судовима не ствара веће проблеме, због чега ће, у највећем броју случајева, незаконитост доказне радње претресања неминовно водити и незаконитости тако прибављене потврде о привремено одузетим предметима. У теорији се истиче „да се овде не ради о односу два доказа, већ о односу једне радње процесне принуде (претресање) и доказа прибављеног помоћу те радње (привремено одузет предмет који се документује потврдом)“.¹³²⁸ У том смислу, бројне су одлуке у којима незаконитост у предузимању доказне радње претресања по аутоматизму води и незаконитости тако прибављене потврде о привремено одузетим предметима. У једној одлуци наводи се да у ситуацији „у којој је претресање лица обављено без присуства сведока, а није сачињен записник о претресању, нити је било места примени чл. 159 ЗКП-а, претресање лица, у конкретном случају, није извршено у складу са законом, због чега се ни сачињена потврда о привремено одузетим предметима не може користити као доказ у кривичном поступку“.¹³²⁹

Међутим, чини се да сама чињеница да, у конкретном случају, не постоји чак ни писмено које представља потврду о привремено одузетим предметима у физичком смислу, не мора увек водити неваљаности предузете доказне радње, а самим тим ни незаконитости доказа у случају да се основ за поступање овлашћених службених лица црпи из законских овлашћења којима им се изричито омогућава да врше одузимање предмета који служе као доказ у кривичном поступку. Тако је једном првостепеном одлуком из списка предмета издвојен извештај о преснимавању, форензичкој анализи и прегледу похрањених података о оствареном телефонском саобраћају, који се налазио у меморији 40 трака. По оцени овог првостепеног суда, „како је, у конкретном случају, постојала само потврда о одузимању 30 трака, док у погледу преосталих трака није сачињена потврда о привремено одузетим предметима, већ допис МУП-а у коме је констатовано да су их радници МУП-а преузели, те како наведени допис, по оцени нижестепеног суда, не представља доказ да су траке запримљене као доказни материјал који може бити коришћен у кривичном поступку, то исти, сходно одредби члана 16. ЗКП, није могао представљати доказ на коме се може заснивати судска одлука, јер је по начину прибављања био у супротности са одредбама ЗКП“. Међутим, по налажењу другостепеног суда, у спису су постојали докази о свакој предузетој процесној радњи везано за све траке наведене у извештају, због чега се није могао прихватити закључак првостепеног суда да је извештај незаконит доказ из разлога што не постоји доказ у форми "потврда о одузетим предметима". Другостепени суд је закључио „да су овлашћена службена лица МУП-а РС имала, не само изричито законско овлашћење, већ и законску обавезу да одузму предмете који служе као доказ у кривичном поступку, те да и у ситуацији евентуалног губитка потврде о привремено одузетим предметима или у ситуацији неиздавања исте, наведени докази нису прибављени на незаконит начин, као и да је, у датој ситуацији, апсолутно правно ирелевантно да ли о одузетим предметима постоји потврда о привременом одузимању предмета или записник о предаји предмета“.¹³³⁰

¹³²⁸ С.Бркић (2011), 197-198.

¹³²⁹ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж1 1414/15 од 02.03.2016. године и пресуда Вишег суда у Новом Саду К 160/13 од 30.09.2015. године - Из Билтена Вишег суда у Новом Саду, број 7/2016, Интермех, Београд.

¹³³⁰ Решење Апелационог суда у Београду, Посебно одељење Кж2-По1 147/18, датум од 10.08.2018. године, решење Вишег суда у Београду, Посебно одељење К.По1 61/14 од 12.06.2018. године - Билтен Вишег суда у Београду, број 90/2019, Интермех, Београд.

За разлику од доказне радње претресања, за коју законодавац факултативно предвиђа присуство браниоца-адвоката, а у случају да лице према којем се претресање предузима искористи законску могућност да такво присуство захтева (у том случају може се радити о незаконитом доказу уколико се претресању приступи пре истека рока од 3 часа од момента када је присуство браниоца захтевано, о чему је већ било речи у овом раду), пракса је усаглашена у ставу да присуство браниоца приликом предузимања радње привременог одузимања предмета није неопходно, због чега његово одсуство неће водити незаконитости овог доказа. У том смислу, „проналазак предмета таксативно наведених у потврди о привремено одузетим предметима, представља радњу коју је овлашћено службено лице, у моменту сазнања да постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности био дужан да предузме у смислу одредбе члана 286. ЗКП, те околност да је наведена радња спроведена без присуства браниоца, не представља околност која компромитује законитост тако предузете радње и доказа, с обзиром да се за њено предузимање не захтева присуство браниоца, из којих разлога се потврда о привремено одузетим предметима може користити као доказ у кривичном поступку без обзира да ли је одузимању предмета, сачињавању и потписивању потврде присуствовао бранилац“.¹³³¹ Када окривљени потпише потврду у својству грађанина, а без присуства браниоца у тренутку пре него што је ухапшен, односно када још нису постојале претпоставке за обавезну одбрану у кривичном поступку, не ради се о незаконитом доказу.¹³³²

Како, сходно одредби члана 286 ЗКП, полиција, у ситуацијама у којима постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности, између осталог, има дужност и да обезбеди трагове кривичног дела и предмете који могу послужити као доказ, то је ирелевантно да ли је приликом привременог одузимања предмета лице према којем се таква доказна радња врши стекло својство осумњиченог. Тако се у једној одлуци истиче да су неосновани наводи захтева за заштиту законитости браниоца окривљеног у делу у којем је истакнуто да су и првостепена и другостепена пресуда засноване на доказу на коме се пресуда не може заснивати, односно на потврди о одузетим предметима, коју је окривљени потписао пре него што је стекао својство осумњиченог. С тим у вези, у захтеву се истицало да у моменту потписивања потврде, припадници полиције окривљеном нису саопштили да је потписује у својству осумњиченог лица, нити за које кривично дело га терете, те окривљени није могао донети одлуку да ли му је у том моменту потребан бранилац или не, нити је поучен о својим правима у поступку. Међутим, „како су овлашћена службена лица ОУП-а имала овлашћење да одузму предмет од било ког лица, и у ситуацији пре него што стекне својство осумњиченог, то је потврда о одузетим предметима од окривљеног правилно цењена као доказ приликом доношења првостепене пресуде, те не представља незаконит доказ“.¹³³³

Иако је потпис окривљеног на потврди о привремено одузетим предметима пожељан, будући да се сматра да исти суштински представља његову изјаву да је конкретан предмет

¹³³¹ Решење Првог основног суда у Београду Кв. 54/21 од 03.02.2021. године, решење Апелационог суда у Београду Кж2 379/21 од 24.02.2021. године - Из Билтена Првог основног суда у Београду, Број 6/2021, Интермех, Београд. Види и: Пресуду Врховног суда Србије у Београду, Кж. И 2376/08 од 03.11.2008 - Билтен судске праксе Окружног суда у Новом Саду, бр. 15/2009, Интермех, Београд и пресуду Врховног касационог суда Кзз 1438/2019 од 4.2.2020.године.

¹³³² пресуда Врховног касационог суда Кзз 1014/2019 од 11.2.2020.године.

¹³³³ Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 154/2014 од 05.03.2014. године.

одузет из његовог притежања, одсуство потписа (као елемент привилегије против самоптуживања), неће водити неваљаности потврде као такве, што сматрамо оправданим.

Претходно је већ било речи о решењу у хрватском праву, у којем се прибегло таксативном набрајању ситуација у којима се записник о претресу не може користити као доказ, а тамошњи законодавац отишао је и корак даље прописујући каталог предмета који не подлежу привременом одузимању, као и случајеве у којима се забрана привременог одузимања предмета не примењује.

Тако се чланом 262 Закона о казненом поступку, између осталог, прописује да се не могу привремено одузети списи и друге исправе државних тела, чије би објављивање довело до повреде обавезе тајности (док надлежно тело не одлучи другачије), писана саопштења окривљеног браниоцу (осим уколико окривљени не захтева другачије), снимци и приватни дневник пронађени код одређених лица која су ослобођена од дужности сведочења, а која су та лица снимила или написала (уколико је њихова садржина о чињеницама о којима су ослобођена од дужности сведочења), записи, изводи из регистара и сличне исправе које се налазе код особа одређених особа које су обухваћена делом одредбе о ослобађању од дужности сведочења (уколико су састављени о чињеницама које су у обављању свога занимања те особе сазнале од окривљеног), као и записи о чињеницама које су саставили новинари и уредници у средствима јавног саопштавања о изворима вести и података за које су сазнали у обављању свог занимања и који су употребљени приликом уређивања средстава јавног информисања, а који се налазе у њиховом поседу или у уредништву у којем су запослени.

Међутим, оваква забрана неће важити у погледу браниоца или лица ослобођеног од дужности сведочења (уколико постоји вероватноћа да су окривљеном помогли у извршењу кривичног дела, или му пружили помоћ након извршења истог, односно уколико су поступали као прикривачи), новинара и уредника у средствима јавног информисања (ако постоји претходно поменута вероватноћа, као и у случају одређених таксативно набројаних кривичних дела, попут давања лажног исказа и др.), као ни у погледу предмета који се према закону имају одузети, те, под одређеним условима, ни у погледу предмета кривичних дела која се односе на кривичноправну заштиту деце.

Сматрамо овакво законско решење корисним за евентуалне будуће измене и оправданим, из истих оних разлога који су већ дати у делу овог рада у којем је извршен осврт на одредбу хрватског ЗКП којом је предвиђено када се записник о претресу не може користити као доказ.

Ипак, на овом месту ваља напоменути да овако извршена класификација предмета који по својој природи не подлежу привременом одузимању, не води а priori немогућности да се у сваком конкретном случају утврђује да ли је конкретан предмет заиста такав да се по својој природи не може привремено одузети. Тако је у једном кривичном поступку, окривљени у својој жалби истицао да се бележница није могла одузети претресањем стана и других просторија, будући да је реч о предмету који не подлеже привременом одузимању, па се, према његовим наводима, радило о незаконитом доказу. Насупрот томе, другостепени суд је нашао да је правилно утврђено и ваљано образложено у првостепеном решењу да доказна радња претресања стана и других просторија окривљеног, којом је привремено одузета и поменута бележница ни у чему није незаконито спроведена. Ово стога што је „из списка предмета утврђено да се у конкретном случају не ради о приватном дневнику пронађеном код особа из члана 285 ЗКП, које су те особе написале, а које садрже записе о чињеницама о којима су те особе ослобођене дужности сведочења, већ се ради о предмету у који су унесени подаци о пословним догађајима везаним за ноћни клуб Ц. Ц. Р., а посебно за гостовања певача, те прихода од продатих улазница, што се никако не може подвести код категорију приватног дневника, који би саставиле особе које су сукладно цитираној одредби ослобођене

сведочења, па приговори којима окривљени оспорава законитост тог доказа, заправо представљају приговоре веродостојности тог доказа што је сасвим друго питање о којем ће првостепени суд водити рачуна приликом оцене доказне снаге чињеница које из њега произлазе“.¹³³⁴

3.3. Исправе и други материјални докази

У теорији постоје различита становишта у погледу одређивања појма исправе. У старијој литератури, исправе се поистовећују са појмом материјалних доказа, па се исправом подразумева сваки физички предмет који може послужити као доказ у кривичном поступку.¹³³⁵ У ужем смислу, Вајер је дефинисао исправу као писмене белешке (записе), које садрже чињенице које се утврђују у кривичном поступку, писмене изјаве и саопштења у којима су садржине такве чињенице и цртежи и скице из којих се такве чињенице могу разабрати“.¹³³⁶ Поједини теоретичари исправу виде као посебну врсту доказног средства, док други сматрају да је она само писмени облик другог доказног средства. Исправе се сматрају самосталним доказним средством искључиво по форми, док по садржини оне просто садрже у себи неко друго доказно средство (увиђај, исказ сведока или вештака) или *сogrus delicti* (фалсификовани новац и слично).¹³³⁷ Законодавац прописује да се исправом сматра сваки предмет или рачунарски податак који је подобан или одређен да служи као доказ чињенице која се утврђује у поступку (члан 83. ст. 1. и 2.) (члан 2 став 1 тачка 26 ЗКП), те да се доказивање исправом врши читањем, гледањем, слушањем или увидом у садржај исправе на други начин. (члан 138 став 1 ЗКП). Дакле, није потребно да је поједини предмет или рачунарски податак сачињен управо ради доказивања, већ је довољно да се њиме могу доказивати чињенице предвиђене чланом 83 став 1 и 2 ЗКП.

Надаље, законодавац дефинише и јавну исправу, као исправу коју је у прописаном облику издао државни орган у границама своје надлежности, односно исправу коју је у таквом облику издало лице у вршењу јавног овлашћења које му је поверено законом, а која доказује веродостојност онога што је у њој садржано.¹³³⁸ Уочава се да је полазна тачка претпоставка истинитости и тачности садржине саме јавне исправе, уколико је издата у границама одређене надлежности или повереног јавног овлашћења, али дозвољава се доказивање супротног, односно да садржај такве исправе није веродостојан или да иста није правилно састављена, док се веродостојност садржаја осталих исправа (нејавних исправа) утврђује извођењем других доказа и оцењује се у складу са чланом 16. став 3. ЗКП.¹³³⁹

Не само да се други докази могу изводити како би се утврдила веродостојност одређене исправе, већ је неретко њихово извођење нужно и неопходно ради утврђивања њене аутентичности. Наиме, најчешће би се радило о ситуацијама у којима је реч о фотокопијама исправа, али је као *претходни услов*, да би се уопште приступило утврђивању аутентичности, потребно да странке или бранилац аутентичност и оспоре, односно доведу у

¹³³⁴ Из одлуке број I Кж-Us 3/17-4 од 26.01.2017. године, цитирано према: А.Гарачић, Д.Новосел, 743.

¹³³⁵ Б.Марковић (1921), 265-266.

¹³³⁶ V.Вауег (1978), 215.

¹³³⁷ С. Кнежевић (2015), 313.

¹³³⁸ члан 138 став 2 ЗКП.

¹³³⁹ члан 138 став 3 и 4 ЗКП.

сумњу. Тако се у једној одлуци другостепеног суда наводи да је неправилно поступио првостепени суд када је из списка предмета издвојио допис сачињен од стране МУП-а, којим се потврђује законито поступање овлашћеног службеног лица, при чему садржај у погледу чињеница које потврђује допис није споран, нити правни основ због којег је допис настао, а исти је потписан од стране лица која су током поступка потврдила да су учествовала у радњи поводом које је допис сачињен, то, по налажењу другостепеног суда, како изведене доказе који су значајни за доношење судске одлуке, суд оцењује по слободном судијском уверењу, у складу са одредбом члана 16. став 3. ЗКП, на исти начин треба да буде цењен и претметни допис. Дакле, суд је дужан да пре него што приступи оцени исправе као доказа, утврдити њену аутентичност, а она се утврђује само у случају сумње и када је странке оспоравају и ако се јави сумња у њену аутентичност.¹³⁴⁰

У том смислу, Врховни касациони суд је у предмету Кзз 845/2016 усвојио захтев за заштиту законитости као основан, будући да је суд своју пресуду засновао и на неовереној фотокопији исправе – списку радника којима је исплаћена отпремнина, те на налазима и мишљењима вештака графолога и вештака економско-финансијске струке који су своје налазе дали на основу овакве исправе, а све то и поред тога што је бранилац окривљене довео у сумњу аутентичност и веродостојност ове исправе коју суд није проверавао извођењем других доказа.¹³⁴¹

Управо због неоспоравања аутентичности исправе, још један другостепени суд је нашао да се и извештај Центра за социјални рад, који се базира на садржини поднете кривичне пријаве против окривљеног може прочитати као доказ на главном претресу, без обзира што се на претресу оштећени користио правом да не сведочи. Наиме, по налажењу другостепеног суда основано се у жалби тужиоца истиче да је неправилно закључивање првостепеног суда, с обзиром да је извештај Центра за социјални рад уследио управо поводом пријаве оштећеног због насиља у породици од стране окривљеног, те да се предметни извештај не базира на исказу оштећеног, већ и на процени и мишљењу психолога и социјалног радника, док суд, изведене доказе који су значајни за доношење судске одлуке, оцењује на основу слободног судијског уверења, с тим да суд пре него што приступи оцени исправе као доказа мора утврдити њену аутентичност, а она се утврђује само у случају сумње и када је странке оспоравају, чега у конкретном случају није било, односно садржину наведеног извештаја нико од странака није оспорио нити се јавила сумња у њену аутентичност.¹³⁴²

У једној пресуди Врховног касационог суда, разматрани су наводи браниоца да се побијане правноснажне пресуде заснивају на доказима, на којима се по одредбама Законика о кривичном поступку не могу заснивати и то на налазима и мишљењима Центра за социјални рад, те исказима сведока ВВ радника Центра за социјални рад, чији је извор сазнања о предметним догађајима наводни исказ сведока оштећене ББ - мајке окривљеног, која је на главном претресу, након што је упозорена на привилегију из члана 94. ЗКП, изјавила да неће сведочити. По налажењу Врховног касационог суда „налази и мишљења Центра за социјални рад су сачињени од овлашћене институције коју оснива Република Србија и водитеља

¹³⁴⁰ Решење Апелационог суда у Београду, Посебно одељење Кж2-По1 147/18 од 29.06.2018. године, решење Вишег суда у Београду, Посебно одељење К.По1 61/14 од 12.06.2018. године - Билтен Вишег суда у Београду, број 90/2019, Интермех, Београд.

¹³⁴¹ Види: Веско Крстајић, Судска пракса у поступку по захтеву за заштиту законитости, Билтен Врховног касационог суда, број 2/2017, Интермех, Београд.

¹³⁴² Пресуда Основног суда у Чачку К 105/20 од 29. јуна 2020.године и решење Вишег суда у Чачку Кж 129/20 од 26. новембра 2020. године.

случаја ВВ у складу са одредбама Породичног закона, Закона о социјалној заштити и обезбеђивању социјалне сигурности грађана РС и Правилника о организацији нормативима и стандардима рада Центра за социјални рад, који сам по себи, нити по начину прибављања није у супротности са Закоником о кривичном поступку¹³⁴³. Исти став је заузет у одлуци Врховног касационог суда у погледу извештаја Центра за социјални рад „који је се односи на предузете мере из надлежности наведеног органа у оквиру поступка у случају пријављивања насиља у породици“¹³⁴⁴.

Записници других државних органа који су сачињени и издати у границама своје надлежности у складу са релевантним законима представљају исправе у смислу члана 138. став 2. ЗКП и као такве се могу користити у кривичном поступку, с тим да, као што је већ било речи у раду, изјаве лица које су дате у другим управним поступцима, могу бити од значаја само када се та лица испитају у својству сведока у кривичном поступку.¹³⁴⁵

Што се тиче фотокопије исправе у одсуству оригинала, било је дилема у судској пракси да ли то мора бити оверена фотокопија да би се сматрала доказом у кривичном поступку. Врховни касациони суд је у једној својој одлуци констатовао повреду закона у корист окривљених, налазећи да је погрешан закључак суда „да неоверене фотокопије не представљају доказе на којима се пресуда према одредбама важећег ЗКП може заснивати, обзиром да неоверена фотокопија нема карактер доказа у кривичном поступку, јер ЗКП искључиво предвиђа могућност доказивања оригиналном исправом, те евентуалном њеном копијом, чему се може уподобити једино фотокопија која је оверена од стране надлежног органа и која би се као таква једино у том случају у правном промету сматрала релевантном“. Супротно томе, Врховни касациони суд сматра да ставом 2. члана 139. ЗКП, није прописано да искључиво оверена фотокопија исправе може имати карактер доказа, већ да се чињенице у кривичном поступку могу доказивати свим доказима осим онима који су сами по себи или по начину прибављања у супротности са одредбом члана 16. став 1. ЗКП, дакле и неовереном фотокопијом исправе. С тим у вези, „по налажењу Врховног касационог суда околност да ли неоверена фотокопија исправе може имати карактер доказа представља фактичко питање чија се оцена даје у сваком конкретном случају и зависи од тога да ли постоји или не сумња у њену аутентичност и веродостојност, а самим тим и да ли је таква исправа подобна да служи као доказ какве чињенице која има значај за правне односе, при чему се, уколико се појави

¹³⁴³ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1150/19 од 07.11.2019. године.

¹³⁴⁴ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1095/19 од 31.10.2019. године.

¹³⁴⁵ Из пресуде Врховног касационог суда Кзз 808/18 од 22.10.2018. године: „записник о извршеном инспекцијском надзору 383 број 163-22/2013- 014 од 28.11.2013. године и записник о инспекцијском надзору од 07.11.2013. године, по налажењу Врховног касационог суда, представљају у смислу члана 138. став 2. ЗКП исправу коју је у прописаном обичају издао државни орган, у конкретном случају Министарство рада, запошљавања и социјалне политике – Инспекторат за рад – Одељење инспекције рада у златиборском управном округу, и то у границама своје надлежности, (у вршењу послова радно-правног инспекцијског надзора), а које исправе су такође, по налажењу овог суда, прибављене у складу са чланом 139. ЗКП, јер их је орган поступка, по службеној дужности, прибавио у оригиналу, те стога исти представљају законито прибављене доказе на којима се може заснивати правноснажна пресуда.....С тим у вези, околност да окривљени ББ није био странка у инспекцијском поступку, без утицаја је на законитост поменутих исправа- записника о инспекцијском надзору, будући да суд није засновао правноснажну пресуду на изјавама лица која су испитивана у инспекцијском поступку, а чије изјаве су прикључене записницима о инспекцијском надзору, како то бранилац неосновано истиче у захтеву, већ су наведена лица испитана у својству сведока у овом кривичном поступку“.

сумња у аутентичност исправе, веродостојност исте проверава извођењем других доказа који су суду на располагању“.¹³⁴⁶

Законодавац предвиђа и начин прибављања исправе, прописујући да исту, по службеној дужности или на предлог странака, прибавља орган поступка или подносе странке, по правилу, у оригиналу.¹³⁴⁷ Изузетак који се односи на оригинал исправе, правилно би било тумачити у смислу става 2 истог члана, односно копија се прибавља једино у случајевима да је дошло до уништења, нестанка или немогућности прибављања оригинала, а у случају да лице или државни орган одбије да удовољи захтеву органа поступка да добровољно преда исправу, остављена је могућност привременог одузимања исте, и то у складу са чланом 147 ЗКП, док се, у случају потребе, оригинал враћа подносиоцу, а орган поступка у записник уноси садржину исправе и прави њену копију. Сходно наведеном, фотокопија лекарског уверења, коју је суду доставила оштећена, без факсимила лекара и са нечитким потписом, сама по себи и према начину прибављања не представља доказ на којем се може засновати судска одлука“.¹³⁴⁸

Чињенице у кривичном поступку се могу доказивати и увидом у пресуду коју су донели судови стране државе, без обзира да ли је та пресуда призната од стране надлежних органа Републике Србије. Тако је по оцени другостепеног суда, првостепени суд правилно поступио када је одбио предлог браниоца окривљене да се из списка издвоји пресуда Кантоналног суда у Бихаћу и Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине, будући да су наведене пресуде донете од стране надлежних органа и као такве засноване на закону. Жалбено оспоравање одлуке првостепеног суда да је погрешно извршио увид у поменуте правноснажне пресуде се своди на тврдњу браниоца да судска пресуда мора бити "призната од стране домаћих судова", не наводећи у којим поступцима би такво признање требало да се деси, па тек онда да буду изведене као доказ. Међутим, како то правилно налази првостепени суд, Законом о међународној правној помоћи у кривичним стварима предвиђена је могућност признања стране кривичне пресуде само у случају из члана 62. поменутог Закона и то у делу који се односи на извршење стране кривичне пресуде, што овде није ни био случај. У конкретном случају једноставно је реч о достављању писмена која су у вези са кривичним поступком и којим се врши доказивање увидом у њихов садржај.¹³⁴⁹

Једно од спорних питања у пракси је заснивање пресуде на пресуди на основу признању кривичног дела у поступку који се води према саокривљенима. У пракси се јављају ситуације да окривљени буде осуђен пресудом на основу споразума због кривичног дела у саизвршилаштву, а да се у чињеничном стању пресуде неретко наводе и инкриминисане радње које су предузели саокривљени према којима је поступак раздвојен, што отвара могућности да „егзистирају“ осуђујућа и ослобођајућа пресуда за исти догађај према саизвршиоцима.¹³⁵⁰

¹³⁴⁶ Пресуда Врховног касационог суда Кзз.Ок.бр. 13/2016 од 17.05.2016. године. Исти став је заузет и у пресуди Врховног касационог суда Кзз 915/2018 од 18.10.2018. године.

¹³⁴⁷ Члан 139 став 1 ЗКП.

¹³⁴⁸ Решење Округног суда у Београду Кж 505/04 од 09. марта 2004. године и пресуда Другог општинског суда у Београду К 1786/02 од 17. септембра 2003. године - Електронска база судске праксе, "Интермекс", Београд.

¹³⁴⁹ Пресуда Апелационог суда у Београду, Одељење за ратне злочине Кж1-По2 3/19 од 27.05.2019. године, Пресуда Вишег суда у Београду, Одељења за ратне злочине К-По2 5/17 од 26.01.2018. године - Билтен Вишег суда у Београду, број 90/2019, Интермекс, Београд.

¹³⁵⁰ Више о томе: Б.Станковић, „Пресуда о прихватању споразума о признању кривичног дела-спорна питања у пракси“, Билтен Вишег суда у Београду, број 87, Београд, 2016.

Апелациони суд у Београду је у једној својој одлуци¹³⁵¹ изнео становиште „да је суд, обзиром да правну природу споразума о признању кривице и чињеницу да сам окривљени слободном вољом прихвата услове понуђене од стране тужиоца у погледу кривичног дела и казни, као и друге елементе које предвиђа закон (чињеница да споразум закључује окривљени заједно са јавним тужиоцем, а која чињеница за последицу има и право окривљеног да у кривичном поступку говори истину али и право окривљеног да не говори истину, зарад одређених бенефита – најчешће блаже казне), обавезан да у поступку који се води против било ког окривљеног, кривицу окривљеног поткрепи и утврди другим доказима, осим пресуде донете након усвојеног споразума о признању кривице.

У погледу квалитативног значаја, пресуда којом је усвојен споразум о признању кривичног дела са окривљеним може бити доказ само у односу на чињенице које се односе на лице које се споразумело.¹³⁵² Дакле, ова *suī generis* пресуда не сме имати одлучујући доказни значај на поступак према саокривљенима и чињенични елементи изреке морају рестриктивно тумачити и користити, јер је у конкретном случају доношење пресуде на основу споразума о признању кривичног дела уследило без спровођења контрадикторног поступка. Такође приликом доношења осуђујуће пресуде у редовном поступку прикупљени докази код суда стварају извесности у погледу чињеница на којима заснива пресуду односно несумњиво указују на постојање чињеница или непостојање чињеница заснован на објективним мерилима, док супротно томе, пресуда на основу споразума о признању се доноси када је окривљени свесно и добровољно признао кривично дело уз непостојање других доказа који су у супротности са признањем окривљеног да је учинио кривично дело.

Полазећи од напред наведених ставова заузетих у досадашњој судској пракси, можемо закључити да је значај пресуде, донете на основу споразума о признању кривичног дела, у својим чињеничним и правним оквирима ограничен и да се може ценити само у склопу других изведених доказа којима се поткрепљују чињенице утврђене у поступку према саокривљенима.

У старијој судској пракси може се пронаћи и став да писма која су окривљени један другом или трећим лицима писали за време боравка у притвору, уколико садрже податке значајне за оцену истинитости њихових одбрана или уопште за исход кривичног поступка, представљају доказе који се могу користити на главном претресу и не издвајају се из списка.¹³⁵³

Када су у питању идентификациони материјални докази, попут отисака папиларних линија и биолошки трагови на основу којих се врши ДНК анализа, они се сматрају апсолутно поузданим. За њих је "карактеристично да се користе у доказном смислу на индиректан начин, што значи да ти материјални докази нису по правилу, сами по себи подобни да произведу потребан доказно-идентификациони значај у кривичном поступку, већ се до тога долази предузимањем одређених претходних радњи, а најчешће одговарајућих вештачења или сличних експертских активности".¹³⁵⁴

¹³⁵¹ Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1.По1.бр.22/14 од дана 06.02.2014.године.

¹³⁵² Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1.по1.бр.22/14 од 06.02.2015.године

¹³⁵³ Пресуда Врховног суда Србије Кж И 483/90 од 21. септембра 1990. године.

¹³⁵⁴ М.Шкулић (2006), 286.

4. Дигитални – електронски докази

Употребом информационе технологије, мобилних телефона, друштвених мрежа, емаилова, интернета уопште, банковних картица, корисник оставља иза себе све више података и трагова који се електронски бележе. Масовна употреба дигиталних уређаја и савремених облика информационе технологије изнедрила је модификован начин извршења „традиционалних кривичних дела“ и нове облике недозвољених активности, чија последица се огледа и у коришћењу нових начина доказивања ових облика кривичних дела, путем којих се долази до „електронских доказа“.¹³⁵⁵ Да би један електронски траг или запис¹³⁵⁶ могао да буде доказ у кривичном поступку, потребно је да лице које поседује стручна знања из области компјутерске форензике, обради и анализира прикупљени траг или запис који је похрањен у рачунару, мобилном телефону или другом електронском мултимедију.

Дигитални доказ је врста доказа „који се од осталих материјалних доказа разликује по форми, а то је дигитална форма, која подразумева неки електронски или магнетни уређај (подаци у оперативној меморији, на хард диску, флеш картицама, али и подаци који се налазе у трансмисији)“, док се „манифестује као низ јединица и нула, које се помоћу електронског уређаја преводи у нама разумљив облик“.¹³⁵⁷ Електронски докази се дефинишу и „као рачунарски подаци, који су похрањени или се преносе у рачунарском систему, рачунарској мрежи или другом уређају и опреми за електронску обраду, пренос и/или складиштење података, а који, након што су прикупљени, обрађени и анализирани у складу са правилима дигиталне форензике, а у законском оквиру који уређује правила кривичне процедуре, могу имати значај доказа у кривичном поступку“.¹³⁵⁸ Поједини аутори, праве разлику између електронског (дигиталног) доказа и електронске исправе, тако да електронску исправу дефинишу као скуп законом дефинисаних електричних података који јој дају то својство, док под електронским доказом подразумевају шири појам и то сваки податак који је похрањен у уређају за електронску обраду (компјутери, мобилни телефони, дигиталне камере и сл.).¹³⁵⁹ Дигитални доказ се, по својој природи, може подвести и под исправом, јер ако исправама сматрамо сваки „облик људске мисли која је писаним, графичким, звучним или другим знацима забележен на адекватној подлози“, ¹³⁶⁰ онда је електронски доказ исправа забележена у уређајима за електронску обраду и пренос података. Осим тога, да електронски доказ представља исправу, можемо закључити из законске дефиниције исправе у смислу члана 112 Кривичног законика, којим се одређује „да се исправом сматра сваки предмет који је подобан или одређен да служи као доказ какве чињенице која има значај за правне односе, као и рачунарски податак,¹³⁶¹ док се рачунарским податком означава „свако представљање

¹³⁵⁵ М.Писарић, *Посебности доказивања дела високотехнолошког криминала*, докторска дисертација, одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд, 2016, 91.

¹³⁵⁶ ЗКП не познаје термин електронског доказа, већ дефинише појам "електронског записа", као звучни, видео или графички податак добијен у електронском (дигиталном) облику. Електронски записи се изричито спомињу у вези са опремом на којој се чувају или се могу чувати, а која опрема се, као извор електронских записа, може привремено одузети (у смислу чл. 147 ЗКП) и бити предмет претресања (у смислу чл. 152. ст. 3 ЗКП). Члан 202 став 33 ЗКП РХ, под појмом електронички доказ, подразумева „податак који је као доказ у електроничком доказу прибављен према овом закону“.

¹³⁵⁷ Т.Лукић, Дигитални докази, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2012, 182.

¹³⁵⁸ М.Писарић (2016),100.

¹³⁵⁹ Д.Крапац (2020), 507.

¹³⁶⁰ М.Шкулић, Т.Бугарски, 299.

¹³⁶¹ Члан 112 став 26 КЗ.

чињеница, информација или концепта у облику који је подесан за њихову обраду у рачунарском систему, укључујући и одговарајући програм на основу кога рачунарски систем обавља своју функцију“.¹³⁶²

Без обзира да ли их посматрамо као доказ *sui generis*, врстом исправе или врстом материјалног доказа, електронски докази несумњиво имају своје специфичности. Као што смо већ споменули, суд до њихове сазнајне вредности може доћи само уз помоћ стручњака који поседује знање дигиталне форензике и адекватну дигиталну опрему. Законик о кривичном поступку не предвиђа специјализовано вештачење у области информационе технологије, иако би номативни оквир био користан за законито прикупљање и оцену доказа од стране органа поступка. Даље, ако сагледамо њихову природу, долазимо до закључка да електронски докази не морају бити продукт људске мисли (већ и резултат аутоматских процеса у уређајима), док су лако подложни намерним или ненамерним модификацијама, умножавању, брисању, пре, за време или након прикупљања, што додатно отежава њихово прикупљање и употребу у кривичном поступку.¹³⁶³ Осим тога, ове специфичности утичу на прихватљивост ових доказа у кривичном поступку, због чега је њихова аутентичност и поузданост основни предуслов за оцену законитости. Електронски докази се прикупљају одузимањем и претресањем уређаја у којима су садржани, па је од кључног значаја за законитост доказа, да се ове доказне радње предузимају у складу са ЗКП.

4.1. Прикупљање електронских доказа из дигиталних уређаја

Дигитални (електронски) уређаји садрже електронске доказе који су аутоматски или од стране корисника, похрањени у меморији телефона или компјутера. У овим уређајима се могу наћи документи, текстови, фотографије, преписке које садрже различите информације од значаја за откривање кривичног дела или обезбеђивање доказа. Законик о кривичном поступку не садржи посебна правила која се односе на прикупљање и обезбеђивање електронских доказа који су садржани у електронских уређајима, већ се примењују „класичне“ доказне радње попут увиђаја, одузимања предмета, претресања и вештачења.

Увиђај ствари, у смислу члана 133 ЗКП, предузима се када је за утврђивање или разјашњење неке чињенице у поступку потребно непосредно опажање органа поступка. Приликом предузимања увиђаја орган поступка ће по правилу затражити помоћ стручног лица форензичке, саобраћајне, медицинске или друге струке, које ће, по потреби, предузети и проналажење, обезбеђивање или описивање трагова, извршити потребна мерења и снимања, сачинити скице, узети потребне узорке ради анализе или прикупити друге податке.¹³⁶⁴ Законик прописује обавезу сваког лица је дужан да органу поступка омогући приступ стварима и пружи потребна обавештења. Ове одредбе ће се применити у случају да је неопходно да се изврши непосредан увид у електронски уређај попут мобилног телефона или комјутера, који садрже чињенице од значаја за кривични поступак. Специфичност природе ових покретних ствари по правилу подразумева да стручно лице које познаје дигиталну

¹³⁶² Члан 112. ст. 17 КЗ.

¹³⁶³ М.Писарић (2016),95-96.

¹³⁶⁴ Члан 133 став 3 ЗКП.

форензику учествује у увиђају електронског уређаја. Овај увиђај не подразумева претресање садржине уређаја, јер за ту доказну радњу је потребна наредба суда. Уређај (али не и подаци) се може одузети у складу са одредбом члана 147 ЗКП, који прописује да се одузимање односи и на уређаје за аутоматску обраду података и опрема на којој се чувају или се могу чувати електронски записи.¹³⁶⁵ Приликом одузимања уређаја, држалац је дужан да органу поступка омогући приступ уређају, пружи обавештења потребна за његову употребу и да га на захтев органа преда.¹³⁶⁶

Најзначајнија доказна радња је претресање уређаја, којим се долази до података који ће се користити као доказ у кривичном поступку.¹³⁶⁷ ЗКП изричито прописује да предмет претресања може бити уређај за аутоматску обраду података и опрема на којој се чувају или се могу чувати електронски записи.¹³⁶⁸ У судској пракси је било спорно је да ли мобилни телефони спадају међу уређаје за аутоматску обраду података, па је Врховни касациони суд отклонио сумњу заузевши став да се мобилни телефони могу сматрати уређајима за аутоматску обраду података, у смислу овог члана, „имајући у виду опремљеност мобилних телефона, могућности приступа интернету и размене мејлова и других електронских података а при чему се електронски записи могу чувати у различитим фајловима у самом телефону“.¹³⁶⁹ Имајући у виду распрострањеност коришћења тзв. паметних телефона, који све чешће замењују употребу компјутера и лап топова, у судској пракси су подаци из мобилних телефона од највећег значаја за доказивање кривичних дела.

Судска пракса је неуједначена по питању предузимања увиђаја на покретној ствари (мобилним телефоном) и радње претресања. Начелно се допушта преглед телефона (садржине смс порука) спровођењем увиђаја на покретној ствари. Врховни касациони суд је, тако, у једној својој одлуци закључио „да се у конкретном случају, ради о прегледу садржаја мобилних телефона – увид у читање СМС порука међусобно упућених између окривљених, а не о доказу који је прибављен применом члана 166. ЗКП, то јест о тајном надзору комуникације, већ се ради о увиђају на покретној ствари, при чему није потребна наредба суда за одузимање мобилног телефона (предмета чији садржај представља доказ), већ мора постојати одлука суда да се изврши увид у садржај телефона а што у конкретном и постоји, јер је суд на главном претресу одлучио да се тај увид изврши у СМС поруке мобилног телефона“.¹³⁷⁰ Међутим, у другој одлуци (Кзз 115/17), Врховни касациони суд је заузео становиште да уколико је потребно утврдити меморијски садржај мобилног телефона и СИМ картице, у погледу регистрованих позива, СМС порука, фотографија и видео снимака,

¹³⁶⁵ Члан 147 став 3 ЗКП.

¹³⁶⁶ Члан 148 ЗКП. У складу са овом одредбом, уколико држалац није ослобођен од дужности сведочења, а одбије да да омогући приступ уређају, да пружи обавештења или да преда уређај, јавни тужилац или суд могао би га казнити новчано до 150.000 динара, а ако и после тога одбија да испуни своју дужност, могао би га још једном казнити истом казном.

¹³⁶⁷ „Претресање рачунара окривљеног представља радњу претресања уређаја за аутоматску обраду података, а не радњу рачунарског претраживања података“ –из пресуде Апелационог суда у Београду Кж1 По3 18/20 од 04.08.2020. године и пресуде Вишег суда у Београду Кпо3.бр.39/18 од 18.05.2020. године, из Билтена Вишег суда у Београду бр 91/2020, Интермех, Београд.

¹³⁶⁸ Члан 152 став 3 ЗКП.

¹³⁶⁹ Одговор кривичног одељења Врховног касационог суда на спорна правна питања нижестепених судова са седнице одржане 4.4.2014.године; М.Писарић, *Prikupljanje elektronskih dokaza iz mobilnog telefona u praksi Vrhovnog kasacionog suda Republike Srbije, Kriminalistička teorija i praksa*, Vol. 7. No. 2/2020, Zagreb, 43.

¹³⁷⁰ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 938/2014 од 15.10.2014. године. Исти став је највиша судска инстанца заузела и пре него што је ступио на снагу важећи ЗКП- види: пресуда Врховног суда Србије Кж1 2678/2007 од дана 18.02.2008. године и пресуда Округног суда у Чачку К 96/07 од 15.10.2007. године.

предузима се претресање уређаја и опреме за аутоматску обраду података и опреме на којој се чувају електронски записи на основу наредбе суда, а не ради се посебним доказним радњама.¹³⁷¹

Након три године, Врховни касациони суд, заузима поново првобитан став да се може предузети увиђај на покретној ствари, а не нужно и претресање телефона. У конкретном предмету, „наредбом председника већа Вишег суда у Београду К 432/15 од 08.09.2017. године, одређено да Служба за специјалне истражне методе МУП РС обави вештачење одлазно - долазних позива и порука са три броја телефона који су привремено одузети од окривљеног и једног броја телефона који је привремено одузет од окривљеног АА, и то 15 дана пре критичног догађаја, као и на сам дан критичног догађаја - 06.07.2015. године, па је Служба за специјалне истражне методе МУП РС – Одељење за електронски надзор дана 06.12.2017. године првостепеном суду доставила извештај о прикупљању података из мобилних телефона и СИМ картица ових окривљених, који извештај је суд извео као доказ на главном претресу и потом га оценио како појединачно тако и у међусобној вези са осталим изведеним доказима и одбраном окривљених“. Врховни касациони суд је оценио као неосноване тврдње браниоца да се ради о незаконито прикупљеним доказима, с обзиром да је „законском одредбом из члана 152. став 3. ЗКП, изричито је прописано да се претресање уређаја за аутоматску обраду података, у које уређаје несумњиво према ставу Врховног касационог суда, спада и мобилни телефон, предузима на основу наредбе суда“, али да је „у конкретном случају, извршен увиђај телефона, који у смислу члана 133. ЗКП представља доказну радњу којом орган поступка непосредно опажа чињенице ради њиховог утврђивања и разјашњења у поступку, при чему предмет увиђаја може бити лице, ствар (покретна или непокретна) и место“. У вези са тим, „по налажењу Врховног касационог суда, Извештај специјалних истражних метода – Одељење за електронски надзор МУП РС, представља законит доказ јер је прибављен од надлежних органа и то на захтев суда, односно на основу наредбе суда, па је такав доказ сам по себи законит, а сасвим је друго питање да ли је извођење тог доказа могао да предложи бранилац окривљеног АА на главном претресу и да ли је суд приликом прибављања овог доказа имао у виду да ли се ради о увиђају ствари или вештачењу, јер ове чињенице не утичу на законитост самог доказа, будући да се он односи на предмете односно мобилне телефоне који су привремено одузети од окривљених СТ и АА и њихове СИМ картице“.¹³⁷²

Претресање мобилног телефона и других комјутерских уређаја се врши на основу наредбе суда, док се приликом спровођења претресања од стране надлежних органа, може истовремено извршити вештачење, без обзира што суд није посебно издао наредбу о вештачењу.¹³⁷³ У литератури се оправдано указује да не треба поистовећивати претресање са вештачањем, јер „приликом претресања уређаја од стране стручног лица се само прикупљају рачунарски подаци, а они, с обзиром на своје специфичности, стичу вредност електронског доказа (односно, могу да служе као доказ чињенице која се утврђује у поступку) тек након стручне обраде и анализе која може бити само резултат спроведеног вештачења од стране вештака“.¹³⁷⁴

¹³⁷¹ М.Писарић (2020), 46, види и Билтен Врховног касационог суда, 2/2017, Интемех, Београд, 31.

¹³⁷² Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1378/2019 од 11.02.2020. године.

¹³⁷³ Види: пресуду Врховног касационог суда Кзз 459/2015 од 26.5.2015.године и пресуду Врховног касационог суда Кзз 1344/2019 од 19.12.2019.године.

¹³⁷⁴ М.Писарић (2020), 56.

Наредба о претресању је потребна како би се фотографија преписке између окривљеног и оштећеног, садржане у уређају, могла користити као доказ у кривичном поступку. Уколико суд изврши увид у садржај СМС порука, увидом у фотографију, сачињену без наредбе суда ради се о незаконитом доказу.¹³⁷⁵ И Врховни касациони суд је заузео становиште да се ради о незаконитом доказом, када су припадници МУП, сачинили фотографије СМС преписке из мобилног телефона окривљеног, без претходно прибављене наредбе за претресање електронског уређаја.¹³⁷⁶ Међутим, у судској пракси је начелно допуштено да се као доказ користи фотографија преписке СМС, коју је сачинио оштећени. У једној одлуци, решењем основног суда из списка предмета је издвојена је „21 фотографија на којима је забележена садржина СМС порука упућених преко мобилног телефона, пошто нису сачињене од стране органа овлашћених да изврше увиђај, већ од стране физичког лица“. Међутим, виши суд је укинуо ову одлуку, наводећи да „фотографија коју је сачинило физичко лице, а која садржи текст СМС поруке упућене преко мобилног телефона представља исправу у смислу чл. 2. ст. 1. тач. 26. ЗКП, те се не треба издвајати из списка предмета, већ се сходно чл. 138. ст. 4. ЗКП веродостојност садржаја исте утврђује извођењем других доказа и оцењивањем у складу са чл. 16. ст. 3. ЗКП“.¹³⁷⁷

Врховни касациони суд је, у својим одлукама, употребу оваквих фотографија сачињених од стране физичких лица, оценио као закониту доказну радњу увиђаја на покретној ствари, за коју није потребна наредба суда.¹³⁷⁸ Исти став Врховни касациони суд је заузео поводом употребе фотографије преписке са друштвених мрежа, које су јавно доступне ширем аудиторijуму, за које је такође закључио да су законити доказ, за који није потребно прибављање наредбе суда о претресању електронског уређаја са ког се друштвеној мрежи приступа.¹³⁷⁹ И пракса Вишег суда у Београду заузела је становиште да када је „кривично дело извршено преко друштвене мреже, тужилац није у обавези да достави оригиналне изводе предметних твитова прибављених од провајдера друштвене мреже, већ је довољно да на адекватан начин забележи стање у одређеном електронском медију, као што је фотографисањем екрана уређаја на којем је исти читан“.¹³⁸⁰

Сматрамо да оваква пракса судова није оправдана, јер се у складу са одредбама Законика о кривичном поступку, након увиђаја над електронским уређајем, његов садржај (СМС преписке, позиви, фото и видео садржај, али и подацима којима се приступа путем интернета са електронских уређаја) мора у законом предвиђеној форми претресати, а потом и вештачити, како би се у даљем поступку користио као законит доказ (исправа). Како би се

¹³⁷⁵ М. Pisarić (2020), 49-52.

¹³⁷⁶ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 925/2017 од 28.09.2017. године и пресуда Врховног касационог суда Кзз 928/2017 од 26.10.2017. године.

¹³⁷⁷ Решење Вишег суда у Нишу Кж бр. 76/16 од 20.04.2016. године и решење Основног суда у Нишу К бр. 767/13 од 01.03.2016. године, Билтен Вишег суда у Нишу, број 34/2017, Интермех, Београд.

¹³⁷⁸ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1108/2019 од 31.10.2019. године и пресуда Врховног касационог суда Кзз 740/2019 од 10.9.2019. године.

¹³⁷⁹ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 751/2018 од 5.7.2018. године. Види и пресуду Кзз 546/19 од 11.06.2019. године у којој је су као неосновани оцењени наводи из захтева браниоца окривљеног да се на фотокопијама фејсбук профила оштећене АА и сведока ББ пресуда не може заснивати, обзиром да, по оцени овога суда „није потребно одређивање вештачења како би се утврдила садржина преписке путем профила на фејсбук страници која представља јавни медиј, а садржина ове преписке може се прочитати и у фотокопији, сходно одредби члана 405. став 4. ЗКП, где је предвиђена могућност упознавања са доказима и преко фотокопије“.

¹³⁸⁰ Решење Вишег суда у Београду Кж2 бр. 1673/20 од 2.02.2021. године и решење Првог основног суда у Београду К.бр. 1548/18 од 29.09.2020. године.

избегло „лутање“ праксе у овом погледу, корисно би било изричито прописати у Законику о кривичном поступку, ову врсту специјализованог вештачења, уз прописивање свих услова и форме за њено предузимање.

5. Посебне доказне радње

5.1. Општи услови за предузимање посебних доказних радњи и случајан налаз

Основна заједничка карактеристика посебних доказних радњи је да оне „представљају одређени правно дозвољени начин "потајног" прикупљања података, који могу имати доказни значај“.¹³⁸¹ Сматра се да је њихов значај у „стварању нормативне основе за ефикаснију борбу против организованог и другог тешког криминалитета“.¹³⁸² За кривична дела организованог криминала, чији су главни елементи организованост, бројност чланова и конституисане улоге истих у вршењу кривичних дела, затвореност структуре организација и повезаност са експонентима државне власти, „класичне“ доказне радње су често без ефекта, па се посебне доказне радње нарочито сматрају корисним за њихово откривање и доказивање.¹³⁸³

По својој правној природи, оне подразумевају изванредан степен нарушавања права на приватност, поштовање породичног живота, стана и преписке загрантовано чл. 8. ЕКЉП.¹³⁸⁴ Због тога је оцена законитости предузимања посебних доказних радњи и употребе њихових резултата важан сегмент за осигурање права на правично суђење. Предуслов за то је постојање прецизно утврђених правила у закону (начело легалитета) и придржавање ових правила од стране надлежних органа, затим да су *ultima ratio* (начело супсидијарности), да служе откривању тешких кривичних дела (начело сразмерности) и да се спроводе ограничено на основу одлуке суда,¹³⁸⁵ а како би ограничење основних права грађана на приватности, применом ових мера, било оправдано. Државе, дакле, немају „неограничено дискрецијско право да своје грађане подвргну тајном надзору“, већ морају, осигурати стриктне гаранције заштите од њихове злоупотребе.¹³⁸⁶

Приликом оцене да ли се применом прикривених доказних радњи нарушава право на правично суђење, цени се најпре „да ли постоји изричит основ у закону за примену одређене

¹³⁸¹ М. Шкулић, Посебне доказне радње и сузбијање тероризма, *Ревизија за криминологију и кривично право* (ур. проф др Зоран Стојановић), 1-2016, Београд, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, 11.

¹³⁸² С.Бејатовић (2016), 348.

¹³⁸³ Више о томе: М. Шкулић, *Организовани криминалитет – појам, појавни облици и кривични поступак*, Службени гласник, Београд, 2015, 473.

¹³⁸⁴ Чл. 8 ст. 2 ЕКЉП предвиђено да јавне власти неће ограничавати ова права, сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу на ционалне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других. Устав Републике Србије гарантује заштиту приватности кроз одредбе чл. 40 (неповредивост стана), чл. 41 (тајност писама и других средстава општења) и чл. 42 (заштита података о личности).

¹³⁸⁵ Татана Бугарски, *Доказне радње у кривичном поступку*, друго измењено издање, Нови Сад 2014, 25.

¹³⁸⁶ Д.Крапац (2020), 333-334.

доказне радње, затим какав је одговарајући законски оквир за давање овлашћења и надзор, као и да ли је постојала неопходност и сразмерност у свим аспектима везаним за примену неке од посебних доказних радњи¹³⁸⁷. ЕСЈП је, наиме у више својих одлука закључио да се не ради о повреди чл. 8 ЕКЈП када је дозвољено мешање јавне власти у ово право, а то ће бити „ако је мешање „у складу са законом“ и тежи једном или више легитимних циљева и када је то „неопходно у демократском друштву“ да би се они постигли“¹³⁸⁸. Изразом „у складу са законом“ подразумева се да „спорна мера треба да има основу у домаћем закону и квалитативно, да је законски основ доступан лицу, које штавише мора бити у стању да предвиди његове последице по њега, и компатибилан са владавином права“¹³⁸⁹.

Посебне доказне радње су изузетне и не примењују се на откривање и доказивање свих кривичних дела, већ само на њихове најтеже облике. Чак и тада оне се користе као крајње средство, односно *ultima ratio*, које предузимају органи гоњења, по наредби суда. Посебне доказне радње могу се одредити према лицу за које постоје основи сумње да је учинило кривично дело које је прописано у члану 162. Законика, а на други начин се не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано или припрема неко од ових кривичних дела, а околности случаја указују да се на други начин кривично дело не би могло открити, спречити или доказати или би то изазвало несразмерне тешкоће или велику опасност. Могућност примене посебних доказних радњи у односу на припремање и покушај кривичних дела, чак и када оне нису кажњиве у кривичноправном смислу, није спорна с обзиром „да основ за примену посебних доказних радњи није кажњивост одређеног стадијума у извршењу кривичног дела као таквог, већ потреба да се одређено кривично дело спречи“¹³⁹⁰. Уколико кривично дело остане у фази његове припреме, која у кривично правном смислу, није кажњива, окривљени неће одговорати, осим уколико се не открије кривично дело које спада у кривична дела за која се могу одредити посебне доказне радње. За разлику од нашег законског решења које предвиђа услов да је доказивање на други начин „знатно отежано“ односно код припремања кривичног дела, да би то „изазвало несразмерне тешкоће или велику опасност“, црногорски ЗКП, условљава примену посебних доказних радњи постојањем несразмерног ризика или потенцијалним угрожавањем живота људи, што, уз немогућност прикупљања доказа на други начин, може бити једини правни основ за примену „мјера тајног надзора“¹³⁹¹.

Приликом одређивања посебних доказних радњи, као и код мера за обезбеђење присуства окривљеног и несметаног вођења кривичног поступка, води се рачуна о томе да се не примењују ове доказне радње уколико се иста сврха може постићи на начин којим се мање ограничавају права грађана (начело супсидијарности). Осим супсидијарности, примењивање посебних доказних радњи обухватају начело легалитета и судске контроле спровођења ових мера, начела сразмерности и начела *ultima ratio*.

Законик о кривичном поступку у општим одредбама прописује материјалне и формалне услове за одређивање посебних доказних радњи, посебно временско ограничење мера, таксативно одређује кривична дела за која се могу одредити посебне доказне радње,

¹³⁸⁷ Д. Јанковић, И. Миловановић (2015), 552.

¹³⁸⁸ *Lambert v. France*, ЕСтНР, App. no 88/1997/872/1084, 24 August 1998, para 22.

¹³⁸⁹ *Ibid.*, para 23. У случају *Huvig v France*, ЕСтНР, App. no 11105/84, 24 April 1990, утврђена повреда права на приватност услед недовољне предвидљивости и одређености законских прописа којима је било уређено предузимање посебних доказних радњи (телефонског прислушкивања).

¹³⁹⁰ М. Шкулић, Г. Илић, *Водич за примену новог Законика о кривичном поступку*, Београд, 2013, 35.

¹³⁹¹ Члан 157 ЗКП ЦГ.

начин поступања са прикупљеним материјалом, тајност податак и случајни налаз. Општи материјални услов подразумева два елемента и то да постоји основ сумње да је лице према коме се радње одређују учинило кривично дело које спада у категорију кривичних дела у погледу којих се могу одредити посебне доказне радње и да се на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано. При томе, чињеница да се у току кривичног поступка промени правна квалификација тако што се окривљеном стави на терет кривично дело које није обухваћено одредбом члана 162 ЗКП, не утиче на законитост и прихватљивост прикупљеног материјала применом посебних доказних радњи.¹³⁹² Исто тако, на законитост предузете посебне доказне радње не утиче чињеница што је окривљени ослобођен од оптужбе да је извршио кривично дело.¹³⁹³ Наш законодавац није предвидео границу прописивања казне затвора као критеријум за кривична дела за која се могу одредити посебне доказне радње, као што чини нпр. ЗКП БИХ.¹³⁹⁴

Формални услов је испуњен ако је донета наредба суда, на образложени предлог јавног тужиоца.¹³⁹⁵ У хрватском ЗКП, изузетно је дозвољено да јавни тужилац донесе наредбу, која важи 24 часа, уколико постоји опасност од одлагања и ако јавни тужилац оправдано верује да неће моћи на време да прибави налог од суда.¹³⁹⁶ Ова наредба се доставља истражном судији који решењем одлучује о њеној законитости, те уколико се судија не сложи о томе одлучује веће у року од 12 сати, које може потврдити наредбу јавног тужиоца или донети одлуку о неодобравању наредбе и обустави радњи.¹³⁹⁷

Ако је при предузимању посебних доказних радњи поступљено супротно одредбама овог законика или наредби органа поступка, на прикупљеним подацима се не може заснивати судска одлука, а са прикупљеним материјалом се поступа у складу са чланом 84. став 3. овог законика, односно овако прикупљени материјал се сматра незаконитим доказом у кривичном поступку.¹³⁹⁸ Осим тога, посебно се предвиђа да уколико јавни тужилац не покрене кривични поступак у року од шест месеци од дана када се упознао са материјалом прикупљеним коришћењем посебних доказних радњи или ако изјави да га неће користити у поступку, односно да против осумњиченог неће захтевати вођење поступка, судија за претходни поступак ће донети решење о уништењу прикупљеног материјала.¹³⁹⁹ Незаконитост се може односити на било коју повреду коју је настала приликом прикупљања доказа или приликом коришћења прикупљених доказа у даљем току поступка.

¹³⁹² „...Чињеница да је јавни тужилац, поднеском Кт 115/16 од 23.05.2017. године изменио правну квалификацију кривичног дела и окр. Миливоју Вучковићу, уместо кривичног дела из члана 114. КЗ, ставио на терет извршење кривичног дела из члана 113. КЗ, без утицаја је на законитост прибављања доказа у односу на овог окривљеног. Уосталом, преквалификација радњи окр. Миливоја Вучковића на блаже кривично дело управо и јесте последица оцене доказа од стране јавног тужиоца, па и оних прикупљених у смислу члана 164. ЗКП.“- из пресуде Врховног касационог суда Кзз 1306/2017 од 19.12.2017. године.

¹³⁹³ пресуда Врховног касационог суда Кзз ОК 13/2014 од 13.6.2014. године.

¹³⁹⁴ Види члан 117 став 1 тачка е ЗКП БиХ, који прописује да се истражне радње могу одредити, поред таксативних кривичних дела, и за кривична дела за која се може изречи казна затвора од пет година или тежа казна. Пре измена ЗКП БиХ из 2018. године, овај члан је прописивао је кривична дела за која се може изречи казна затвора од три године и тежа казна.

¹³⁹⁵ Формални услов код посебне доказне радње контролисане испоруке, је постојање наредбе Републичког јавног тужиоца односно јавног тужиоца посебне надлежности ради прикупљања доказа за кривични поступак и откривање осумњичених.

¹³⁹⁶ Види члан 332 став 2 ЗКП ХР.

¹³⁹⁷ Члан 332 став 5 ЗКП ХР.

¹³⁹⁸ Члан 163 став 3 ЗКП.

¹³⁹⁹ Члан 163 став 1 ЗКП.

Случајни налаз је материјал прикупљен о кривичном делу или учиниоцу до кога се дошло предузимањем посебних доказних радњи, а који није био обухваћен одлуком о одређивању посебних доказних радњи. Услов да би се овај материјал могао користити у поступку је да се односи на кривично дело за које се иначе могу предузети посебне доказне радње.¹⁴⁰⁰ Уколико пак није испуњен овај услов, такав материјал би требало издвојити из кривичног поступка, јер се ради о незаконитом доказу.

Коришћење случајног налаза, не подразумева да се он мора употребити „за вођење јединственог или евентуално раздвојеног поступка против лица истакнутих у захтеву“, већ се може користити у поступку против окривљеног због кривичног дела из члана 162. ЗКП у односу на које се могу применити посебне доказне радње.¹⁴⁰¹ Иако се изричито не наводи, уколико се случајни налаз односи на кривична дела која нису обухваћена чланом 162 ЗКП, тако добијен материјал се не може користити у кривичном поступку и мора се извојити из списка.

5.1.1. Тајни аудио и видео надзор

Тајни аудио и видео надзор обухвата тајни надзор комуникације и тајно праћење и снимање.¹⁴⁰² Осим општег материјалног услова, потребно је да се испуни и формални услов а то је наредба судије за претходни поступак која се доноси на образложени предлог јавног тужиоца и мора бити образложена. У немачком кривичном процесном законодавству је знатно шири списак кривичних дела у погледу којих је могуће спровођење прислушкивања и других сличних облика надзора и техничког снимања.¹⁴⁰³ Ако су испуњени ови услови, суд може одредити надзор и снимање комуникације која се обавља путем телефона или других техничких средстава или надзор електронске или друге адресе осумњиченог и заплелу писама и других пошиљки.¹⁴⁰⁴ Ова посебна доказна радња може трајати највише шест месеци, односно 12 месеци, у односу на кривична дела која су у належности јавних тужилаштва посебних надлежности. Продужење трајање мере спроводи се на три месеца, а материјал који је прибављен након три месеца без наредбе суда о продужењу мере, не може се користити као доказ у кривичном поступку. Како се ради о мерама којима се грубо задире у основна права лица према којем се мере спроводе, веома је важно да се органи гоњења стриктно придржавају рокова за одређивање и продужење мера које је законодавац основано предвидео. Међутим, чињеница да се овакав материјал фактички може користити као доказ у поступку иако се нису испунили сви формални услови, када постоје други докази на којима ће се заснивати пресуда, доводе до „релаксације у поступању“ како органа поступка тако и надлежних органа који непосредно примењују мере. То је потврђено у једној одлуци највише судске инстанце, када је овај суд констатовао да „стоји чињеница да су снимљени разговори прикупљени након незаконитог продужења посебне доказне радње, јер суд није одмах, по истеку времена трајања радње од три месеца, донео наредбу којом би било продужено њено трајање, већ шест дана касније, али и поред тога закључио да то не значи да је

¹⁴⁰⁰ Види и: пресуда Апелационог суда у Новом Саду посл. бр. Кж. И 904/2017 од 11.09.2017. године и пресуда Вишег суда у Новом Саду К 188/16 од 02.06.2017. године.

¹⁴⁰¹ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 415/2020 од 03.06.2020. године.

¹⁴⁰² Види: М.Шкулић (2014), 247-254.

¹⁴⁰³ М.Шкулић (2016), 13.

¹⁴⁰⁴ Члан 166 ЗКП.

правноснажном пресудом самим тим учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из чл. 438. ст. 2. т. 1. ЗКП¹⁴⁰⁵.

Наредба суда је формалан акт чија садржина је стриктно предвиђена ЗКП,¹⁴⁰⁶ и која између осталог предвиђа да се одреди начин спровођења, обим и трајање мере тајног надзора комуникације коју спроводи опционо полиција, Безбедносно информативна агенција и Војно безбедносна агенција. О спровођењу тајног надзора комуникације сачињавају се дневни извештаји који се заједно са прикупљеним снимцима комуникације, писмима и другим пошиљкама које су упућене осумњиченом или које он шаље достављају судији за претходни поступак и јавном тужиоцу на њихов захтев.¹⁴⁰⁷ У судској пракси, полиција или други државни орган који спроводе ову посебну доказну радњу, опредељују начина спровођења мера, док се такво поступања не сматра незаконитим, јер „о начину спровођења и врсти оперативно-техничких мера који ће бити предузете у циљу спровођења радњи, у сваком конкретном случају, одлучује орган који их спроводи, у складу са својим овлашћењима“.¹⁴⁰⁸

Осим тога, захтев јавног тужиоца и наредба суда у пракси садрже штура образложења и поред јасног законског оквира, па се са правом може приговорити да суд не пружа довољне гаранције заштите од њихове злоупотребе. У једној одлуци Вишег суда у Новом Саду, суд је издвојио као незаконите снимке разговора прибављене мером тајног надзора и снимања комуникација и тајног праћења и снимања, јер наредба судије за претходни поступак не садржи расположиве податке о осумњиченом, означење познатог телефонског броја или адресе осумњиченог, означење просторија, места или превозног средства, начин спровођења, нити садржи обим и трајање одређених посебних доказних радњи.¹⁴⁰⁹

Неретко изостаје образложење основа сумње у погледу извршеног кривичног дела нити разлози због којих се докази не могу прибавити на други начине односно несразмерне потешкоће у погледу прибављања доказа. Исти приговор се упућује судовима у теорији Хрватске и Босне и Херцеговине.¹⁴¹⁰ О овој пракси, нарочито су „одјекнуле“ одлуке ЕСЈП, које се тичу образлагања, односно необразлагања захтева за примену посебних истражних радњи (Драгојловић против Хрватске и Башић против Хрватске).¹⁴¹¹ У обе пресуде, ЕСЈП је утврдио повреду права из члана 8 ЕКЈП, али не и повреду права на правично суђење из члана 6 ЕКЈП. Суд је указао на недостатак одговарајућег образложења конкретних околности предмета од стране истражног судије, а нарочито разлога због којих се доказне радње нису могле провести на друге, мање наметљиве начине што заједно са праксом

¹⁴⁰⁵ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1319/2019 од 23.1.2020. године.

¹⁴⁰⁶ ЗКП изичито прописује садржину наредбе судије за претходни поступак. Наредба садржи расположиве податке о лицу према којем се тајни надзор комуникације одређује, законски назив кривичног дела, означење познатог телефонског броја или адресе осумњиченог, односно телефонског броја или адресе за коју постоје основи сумње да је осумњичени користи, разлоге на којима се заснива сумња, начин спровођења, обим и трајање посебне доказне радње. Слично ЗКП БиХ у члану 118, прописује садржину образложеног предлога.

¹⁴⁰⁷ Члан 168 став 1 ЗКП.

¹⁴⁰⁸ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 715/2020 од 22.09.2020. године.

¹⁴⁰⁹ Решење Вишег суда у Новом Саду К.По.4-71/19, цитирано према: Ана Стаменић, „Посебне доказне радње код коруптивних кривичних дела“, *Билтен Вишег суда у Новом Саду*, Број 11/2020, Интермех, Београд.

¹⁴¹⁰ М. Шикман, „Законитост доказа прибављених посебним истражним радњама у свијетлу одлука Европског суда за људска права“, *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) – кривичноправни аспект*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд - Златибор, 2017, 409.

¹⁴¹¹ *Ibid.*, 402. Види и: *Dragojlović protiv Hrvatske*, ЕСtHR, App. no 68955/11, 15 Januar 2015 и *Bašić protiv Hrvatske*, ЕСtHR, App. no 22251/13, 25 October 2016.

домаћих судова која ретроактивно оправдава примену тајног надзора, не обезбеђује одговарајуће гаранције против разних могућих злоупотреба.¹⁴¹² Суд је у обе одлуке закључио да мешање у право подносиоца захтева, на поштовање његовог приватног живота и преписке, није било „нужно у демократском друштву”.

Тајни надзор комуникације се по правилу врши преко поштанских, телеграфских и других предузећа, друштава и лица регистрованих за преношење информација, који су дужни да омогуће спровођење надзора и снимања комуникације и да, уз потврду пријема, предају писма и друге пошиљке органу који извршава наредбу о тајном надзору комуникације.¹⁴¹³ Овај надзор комуникације је усмерен на одређено лице и у односу на одређен начин комуникације (ако је телефонска комуникација преко одређеног броја телефона). Надзор се може односити и на страног држављанина који користи број страног оператора, под условом да се налази на територији Републике Србије.¹⁴¹⁴ Ако се у току предузимања надзора, сазна да осумњичени користи други телефонски број или адресу, државни орган ће проширити тајни надзор комуникације и на тај телефонски број или адресу и о томе ће одмах обавестити јавног тужиоца, који је дужан да поднесе предлог да се накнадно одобри проширење тајног надзора комуникације, под условима прописаним одредбом члана 169 ЗКП. Ако судија одбије предлог јавног тужиоца, материјал који је овако прикупљен се уништава.¹⁴¹⁵

Осим обавезе достављања дневних извештаја, надлежни орган има обавезу да по завршетку тајног надзора комуникације достави судији за претходни поступак снимке комуникације, писма и друге пошиљке и посебан извештај који садржи: време почетка и завршетка надзора, податке о службеном лицу које је надзор спровело, опис техничких средстава која су примењена, број и расположиве податке о лицима обухваћеним надзором и оцену о сврсисходности и резултатима примене надзора. Извештај мора бити потпун и садржати све елементе, како би се резултати надзора могли користити у кривичном поступку. У једној одлуци вишег суда се, ипак, закључује да иако је „тачно да се у достављеном извештају не налази податак о томе које службено лице је спровело надзор над комуникацијама окривљеног и сачинило извештај сходно чл. 170 ст.1 ЗКП који регулише достављање извештаја и материјала прикупљених на овај начин, то не значи да се ради о незаконитом доказу, јер је у наредби судије за ретходни поступак јасно наведено да ће надзор и снимање комуникација извршити Полицијска управа у Чачку, па није од пресудне важности што се у достављеном извештају не налазе подаци о службеном лицу које је надзор спровело, тим пре што је исти означен као службена тајна и строго поверљив извештај“.¹⁴¹⁶

Постојање могућности тајног надзора комуникација је отворило и питање доказне приватљивости „листинга“ телефонских комуникација прибављен од стране полиције на основу одредбе чл. 286. ст. 3. ЗКП, који не обухвата садржину разговора за разлику од резултата посебних доказних радњи.¹⁴¹⁷ Међутим, иако се прибављање „листинга“ остварене телефонске комуникације разликује од тајног надзора садржаја комуникације, „подаци о томе с ким одређено лице комуницира и у којим интервалима, представља податак обухваћен

¹⁴¹² М. Шикман (2017), 407.

¹⁴¹³ Члан 168 став 2 ЗКП.

¹⁴¹⁴ Види: пресуда Врховног касационог суда Кзз ОК 9/2014 од 19. 5. 2014. године.

¹⁴¹⁵ Види члан 169 ЗКП.

¹⁴¹⁶ Решење Основног суда у Горњем Милановцу К 60/18 од 25. маја 2020. године и решење Вишег суда у Чачку Кж 46/20 од 16. јула 2020. године.

¹⁴¹⁷ Више о томе види: Д. Јанковић, И. Миловановић (2015), 554-556.

правом на заштиту приватног живота и преписке (члан 8. став 1. ЕК), те ограничења овог права ван услова које предвиђа ЕКЉП, могу бити третирана као његова повреда¹⁴¹⁸. У пракси ЕСЉП, питање повреде права на приватност коришћењем листинга је остало отворено.¹⁴¹⁹ У одлуци ЕСЉП (*P. G. и J. H. против Уједињеног Краљевства*, 44787/98, 25. децембар 2001), расправљано је о оправданости прикупљања и употребе ових података с циљем доказивања постојања завере у извршењу разбојништва, па је суд закључио да наведена мера оправдана уколико је спроведена у складу са законом и неопходна у демократском друштву, те посебно уколико је могућност достављања података полицији била унапред предвиђена законом и тиме предвидива.¹⁴²⁰

Пре измена ЗКП у мају 2014. године, полиција је могла, „по налогу јавног тужиоца у циљу испуњења дужности из чл. 286. ст. 1. ЗКП, прибавити евиденцију остварене телефонске комуникације, коришћених базних станица или извршити лоцирање места са којег се обавља комуникација“. Након измена ЗКП из 2014. године,¹⁴²¹ ова одредба је промењена тако да сада прописује да „по налогу судије за претходни поступак, а на предлог јавног тужиоца, полиција може у циљу испуњења дужности из става 1. овог члана прибавити евиденцију остварене телефонске комуникације, коришћених базних станица или извршити лоцирање места са којег се обавља комуникација“.

Што се тиче прихватљивости евиденције комуникације као доказа у кривичном поступку, у време важења првобитне одредбе, Врховни касациони суд је заузео становиште да „када се ради о коришћењу наведених телефонских комуникација као доказа у кривичном поступку, произилази да не само садржина комуникације, већ и њена формална обележја (праћење и утврђивање извора, одредишта, почетак, трајање, завршетак, врсте комуникација, идентификација базе станице и идентификација лица са којима је извршена комуникација) улазе у састав тајности средстава комуницирања, те да из тога следи закључак да је за прибављање ових податка потребна одлука – наредба, суда, која ће одредити и временско ограничење ових радњи“.¹⁴²² Значајан утицај на овако становиште је имала одлука Уставног суда Републике Србије УЗ 1245/2010 од 13.06.2013. године, којом је утврђено да се одредбом члана 128. став 5. Закона о електронским комуникацијама нарушава неповредивост права на тајност комуницирања корисника електронских комуникација. У овој одлуци се између осталог наводи да „могућност пресретања електронских комуникација без пристанка, односно без знања корисника електронских комуникација је дозвољено само на основу одлуке суда, и то на одређено време, у случају ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом“. У овом случају, Уставни суд је утврдио да „из саме уставне одредбе којом је зајемчена неповредивост тајности писама и других средстава општења произилази да уставотворац није имао на уму само заштиту садржаја средстава комуницирања, већ се заштита овог права односи на сва обележја средстава комуницирања, што значи да су заштићени и други

¹⁴¹⁸ Горан П. Илић *et al.*, 755.

¹⁴¹⁹ Види: *Malone v. UK*, ECtHR, App. no. 8691/79, 2 August 1984 и *Copland v. UK*, ECtHR, App. no. 62617/00, 3 July 2007.

¹⁴²⁰ Горан П. Илић *et al.*, 756.

¹⁴²¹ Закон о именима и допунама Законика о кривичном поступку, ("Службени гласник РС", бр. 55/14).

¹⁴²² Одговори Кривичног одељења Врховног касационог суда на спорна правна питања нижестепених судова са седнице одржане 31.03.2014. године.

елементи који се односе на податке, попут оних када, с ким, одакле и колико често је нека особа остварила контакт преко електронских комуникација¹⁴²³.

Без обзира што је изменама ЗКП, прибављање листинг позива и података о базним станицама, сада у надлежности суда који доноси наредбу на предлог јавног тужиоца, треба имати у виду да је то првенствено оперативна радња полиције, која има за циљ прикупљање доказе о кривичном делу и учиниоцу, док је, с обзиром на све напред наведено, овако прикупљени материјал треба обазриво користити као доказ у кривичном поступку. Што се тиче кривичноправних ставова заузетих у судској пракси, у старијим одлукама је наведено да „листинг учињених и примљених телефонских позива који воде овлашћене службе ПТТ представља регистровање телефонских бројева са којих су обављени разговори, а не прислушкивање и тонско снимање, те заснивањем пресуде на прибављеном листингу као доказу, није учињена битна повреда одредаба кривичног поступка“¹⁴²⁴. У новијој судској пракси, преовлађује став да листинг телефонске комуникације може да се користити као доказ у кривичном поступку.¹⁴²⁵ У решењу Апелационог суда у Београду, којим је преиначено решење првостепеног суда тако што је одбијен предлог браниоца окривљеног за издвајање из списка предмета фотокопије поднеска-листинга телефонске комуникације, наведено је „да се у конкретном случају не ради о доказу прибављеном супротно одредбама ЗКП, имајући у виду да је одредбом члана 286. став 3. ЗКП, прописано да по налогу судије за претходни поступак, а на предлог јавног тужиоца, полиција може у циљу испуњења своје обавеза (ако постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности) прибавити између осталог евиденцију остварене телефонске комуникације“¹⁴²⁶. Даље се констатује и да је за законитост ове радње „ирелевантно да ли је налог донет у односу на окривљеног јер се у конкретном случају не ради о посебној доказној радњи у смислу члана 166. ЗКП“, као и то што се ради о „неовереној фотокопији листинга“.

Тајно праћење и снимање се сматра „посебним видом прикривеног деловања, које у неким својим аспектима онда када се ради о снимању има истовремено и обележја тајног видео надзора“¹⁴²⁷. Предузима се уколико су испуњени општи материјални и формални услови, ради: 1) откривања контаката или комуникације осумњиченог на јавним местима и местима на којима је приступ ограничен или у просторијама, осим у стану и 2) утврђивања истоветности лица или лоцирања лица или ствари.

Што се тиче места или просторије односно превозних средстава других лица, она могу бити предмет тајног надзора и снимања само ако је вероватно да ће осумњичени ту бити присутан или да користи та превозна средства. У судској пракси, тајно снимање се често одређује у полицијском аутомобилу, ради откривања кривичних дела примање и давање мита. Тако, у случају да је одређена посебна доказна радња тајног праћења и снимања чији је предмет полицијско службено возило које користе више полицијских службеника у сменама, прикупљени материјал ће моћи да се употреби и према осумњиченима према којима је

¹⁴²³ Горан П. Илић *et al.*, 757.

¹⁴²⁴ Пресуда Врховног суда Србије, Кж. И 1274/2004 од 23.9.2004. године, Правни Информатор, бр. 4/2017, Интермех, Београд. Види и пресуду Врховног суда Србије, Кж И 310/05 од 11.05.2006. године, Билтен судске праксе Окружног суда у Новом Саду, бр. 11/2007, Интермех, Београд и пресуду Врховног суда Србије Кж. 1547/04 од 22. новембра 2004. године, Билтен Окружног суда у Београду, бр. 68/2005, Интермех, Београд.

¹⁴²⁵ Види: пресуду Врховног касационог суда, Кзз 1258/2019 од 23.01.2020. године и пресуду Врховног касационог суда, Кзз 166/2021 од 25.03.2021. године.

¹⁴²⁶ Решење Апелационог суда у Београду Кж2.бр.1844/18 од 05.12.2018. године и решење Вишег суда у Београду К.По4 бр.8/18 од 06.11.2018. године, Билтен Вишег суда у Београду, број 90/2019, Интермех, Београд.

¹⁴²⁷ М.Шкулић (2016), 10.

донета наредба о тајном праћењу и снимању и према другим полицијским службеницима уколико су испуњени услови за случајни налаз.¹⁴²⁸

Наредба о тајном праћењу и снимању садржи: податке о осумњиченом, законски назив кривичног дела, разлоге на којима се заснива сумња, означење просторија, места или превозног средства, овлашћење за улазак и постављање техничких уређаја за снимање, начин спровођења и обим и трајање посебне доказне радње. Трајање ове мере, као и обавеза достављања дневних извештаја и коначног извештаја, уређује се на исти начин као код тајног надзора комуникације. Законик изричито предвиђа овлашћење за улазак и постављање техничких уређаја за снимање, али не прописује обавезу да се овај уређај, по престанку трајања посебне доказне радње, уклони, па би тај уређај „по слову закона“ могао остати „за сва времена“ у просторији у којој се вршило тајно снимање.¹⁴²⁹ Као спорно питање појавило се и да се под тајним праћењем и снимања може обухватити и тонско снимање или се ова посебна доказна радња односи само на видео снимање. Иако постоје аргументи *pro* и *contra*,¹⁴³⁰ полазећи од правне природе посебних доказних радњи и њихове изричито прописане *ultima ratio* ограничене примене, сматрамо да би свако екстензивно тумачење одредби било погрешно. Са друге стране, законодавац би, да је сматрао да мера тајног праћења и снимања укључује и тонско снимање, свакако то изричито назначио у нормама које уређују примену ове посебне радње.¹⁴³¹

Тајно праћење треба разликовати од поступања у складу са одредбама члана 47. став 2. тачка 3) и члана 50. став 2. Закона о полицији, којима су полицијски службеници овлашћени да приликом обављања полицијских послова примењују полицијске мере и радње у складу са Законом о полицији и другим законима, између осталог и полицијско опажање и опсервирање, а које се врши на јавним и другим за приступ доступним местима, без задирања у право на приватност било ког лица. Своја непосредна опажања и сазнања, у том случају, полицијски службеници преносе суду у својим исказима у својству сведока у кривичном поступку. У једној одлуци Врховног касационог суда, утврђено је „да су искази сведока ГГ и ДД, полицијских службеника УКП Одсек за борбу против организованог криминала, по оцени овога суда, докази који су прибављени и изведени у складу са одредбама Законика о кривичном поступку и исти представљају законите доказе на којима се може заснивати пресуда. јер се у конкретном случају није радило о посебној доказној радњи тајно праћење окривљених, већ су по оцени овога суда, полицијски службеници, законито предузимали радње у складу са одредбама члана 286. став 1. и 2. ЗКП које омогућавају овлашћеним полицијским службеницима да ради откривања кривичних дела и њихових учинилаца, без било чијег посебног налога, предузимају потребне мере да се пронађе учинилац кривичног дела, односно да се открију и обезбеде трагови кривичног дела и предмети који могу послужити као доказ, а поступали су и у складу са одредбама члана 47. став 2. тачка 3) и члана 50. став 2. Закона о полицији којима су полицијски службеници овлашћени да приликом обављања полицијских послова примењују полицијске мере и радње у складу са Законом о полицији и другим законима, између осталог и полицијско опажање и опсервирање, а које опсервирање се врши на јавним и другим за приступ доступним местима, без задирања у право на приватност било ког лица“.¹⁴³²

¹⁴²⁸ Види: решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж 816/19 од 16.12.2019. године и решење Вишег суда у Чачку К 19/17 од 7.11.2019. године.

¹⁴²⁹ М.Шкулић (2016), 11.

¹⁴³⁰ М.Шкулић (2014), 253-254.

¹⁴³¹ М. Шкулић, „Тајни аудио и видео надзор као посебна доказна радња у Законнику о кривичном поступку“, *Тужилачка реч*, бр. 28, Београд, 2015, 48–49.

¹⁴³² Пресуда Врховног касационог суда Кзз 134/2020 од 19.02.2020. године.

5.1.2. Друге посебне доказне радње и провоцирање на кривична дела

Осим тајног надзора комуникације, посебне доказне радње прописане ЗКП су симуловани послови, рачунарско претраживање података, контролисана испорука и прикривени иследник. За све доказне радње примењују се општи материјални и формани услови. Симуловани послови као посебна доказна радња подразумевају прикривену операцију, којом се настоји да се прикупе релевантни докази о криминалној активности појединца или криминалних група, ангажовањем овлашћеног лица.¹⁴³³ Код примене ове радње, овлашћено службено лице се појављује као једна страна у симулованом односу (давалац или корисник услуга) у контролисаним условима, ради откривања инкриминисаних радњи друге стране. Симуловани послови могу бити симулована куповина, продаја или пружање пословних услуга или симуловано давање или примање мита.¹⁴³⁴ По закључењу симулованих послова државни орган доставља судији за претходни поступак целокупну документацију о предузетој посебној доказној радњи, оптичке, тонске или електронске записе и друге доказе и посебан извештај који садржи: време закључења симулованих послова, податке о лицу које је симуловане послове закључило осим ако је то учинио прикривени иследник, опис техничких средстава која су примењена, број и расположиве податке о лицима укљученим у закључење симулованих послова.¹⁴³⁵ Ове послове, према образложеној наредби суда, може вршити овлашћено лице полиције, Безбедносно-информативне агенције или Војнобезбедносне агенције, а ако то захтевају посебне околности случаја и друго овлашћено лице.¹⁴³⁶

С обзиром да симуловане послове може предузети и друго лице које је овлашћено, док обавезу достављања извештаја има државни орган, поставља се питања да ли ово друго лице мора бити ангажовано унутар државног органа или може бити него друго физичко лице. Како надлежни државни орган може ангажовати неко друго лице, то тај државни орган има обавезу достављања извештаја, на исти начин као и у ситуацији када ангажује свог припадника БИА, ВБА или полиције које фактички у име државног органа предузима посебну доказну радњу. Ово друго лице мора бити назначено у наредби суда као овлашћено за предузимање радње, при томе је ирелеватно да ли је то лице „на неки начин“ заинтересовано лице. Оцењујући наводе ванредног правног лека, Врховни касациони суд је у својој одлуци¹⁴³⁷ закључио да су наводи бранилаца којима се истиче „да из садржине наредбе Вишег суда у Новом Саду Кпп.пов.2-44/15 од 28.08.2015. године произилази да је суд извршење посебне доказне радње симуловани посао поверио сведоку АА као физичком лицу, а што је у супротности са одредбом члана 176. став 1. ЗКП јер АА није овлашћено лице полиције, БИА или ВБА, нити је имао статус „другог овлашћеног лица, под којим би требало подразумевати овлашћено лице из другог домаћег или страног органа, установе или предузећа, при чему је исти био заинтересовано лице“, неосновани. Овај суд је оценио да је

¹⁴³³ Жељко Нинчић, „Симуловани послови као специјална истражна метода и део савременог концепта супротстављања криминалу“, *Полиција и правосудни органи као гаранти слободе и безбедности у правној држави*, (ур. Биљана Симеуновић Патић), Тара 2017, 113.

¹⁴³⁴ Члан 174 ЗКП.

¹⁴³⁵ Члан 177 ЗКП.

¹⁴³⁶ Члан 176 ЗКП.

¹⁴³⁷ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1511/2020 од 03.02.2021. године.

законито спроведена доказна радња симуловани послови, јер „из одредбе члана 176. став 1. ЗКП, јасно произилази да ову наредбу може извршавати и друго овлашћено лице ако то захтевају посебне околности случаја, па имајући у виду да је наредбом судије за претходни поступак јасно назначено да ће АА новчани износ од 3.000 евра, који ће му претходно предати радници МУП, а које новчанице се имају фотографисати и пописати по серијским бројевима, дати осумњиченом Зорану Даниловцу, то је АА наведеном наредбом добио овлашћење за извршење конкретног симулованог правног посла који се састоји у симулованом давању мита, а који ће извршавати под надзором и контролом овлашћених службених лица ПУ Нови Сад и УКП-ССИМ“.

Једна врста посебне доказне радње је ангажовање прикривеног иследника. Он делује у току предистражног поступка и представља једну врсту агента, односно лица које на притајени, крајње дискретан начин, прикупља податке о одређеној организованој криминалној групи или криминалним групама, до којих долази тако што се инфилтрира у криминалну групу или се на неки други други прикривени начин повезује са члановима криминалне организације.¹⁴³⁸ Прикривени иследник се одређује образложеном наредбом суда, на предлог јавног тужиоца, ако се коришћењем других посебних доказних радњи не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано.¹⁴³⁹ Прикривени иследник је, по правилу, овлашћено службено лице органа унутрашњих послова, Безбедносно-информативне агенције или Војнобезбедносне агенције, а ако то захтевају посебне околности случаја и друго лице, које може бити и страни држављанин, а ради заштите идентитета прикривеног иследника, надлежни органи могу изменити податке у базама података и издати личне исправе са измењеним подацима.¹⁴⁴⁰ Код спровођења ове доказне радње није спорно да прикривени иследник може бити било које лице и да не мора бити припадник БИА, ВБА и полиције. Овај статус прикривеног иследника је поврћен и у пракси ЕСЈП.¹⁴⁴¹

Осим материјалних доказа које прикупи прикривени иследник, он се може изузетно испитати и у својству сведока према Закону о кривичном поступку, али се та доказна радња веома ретко спроводи. Разлог томе је потреба да прикривени иследник остане анониман, како због своје безбедности, тако и евентуалне потребе да поново буде ангажован у неком другом поступку. У случају *Lüdi v. Switzerland*,¹⁴⁴² у којем ни окривљени ни бранилац нису имали могућност да испитају прикривеног иследника, суд констатује „да би испитивање могло да се предузме само на начин да се узиме у обзир легитиман интерес полиције у случају трговине дрогом у циљу очувања анонимности њиховог агента, а како би могли да га заштите и искористе поново у будућности.“

Код симулованих послова и прикривеног иследника, јавља се проблем разграничења дозвољеног поступања овлашћених органа који предузимају ове посебне доказне радње и

¹⁴³⁸ М.Шкулић (2014), 261.

¹⁴³⁹ Члан 183 ЗКП. Према члану 184 наредба суда садржи податке о лицима и групи према којима се примењује, опис могућих кривичних дела, начин, обим, место и трајање посебне доказне радње, а може бити одређено да прикривени иследник може употребити техничка средства за фотографисање или тонско, оптичко или електронско снимање.

¹⁴⁴⁰ Види члан 185 став 2 и 3 ЗКП.

¹⁴⁴¹ Види: *Matanović protiv Hrvatske*, ESLJP, Zahtev br. 2742/12, 4.04.2017, para 137; *Vanyan v. Russia*, ECtHR, App. no. 53203/99, 15 December 2005, final 15 March 2006, para 14 и 15; *Ramanauskas v. Litvania*, ECtHR, App. no. 55146/14, 20 February 2018, para 6-30.

¹⁴⁴² *Lüdi v. Switzerland*, ECtHR, App. no. 12433/86, 15 June 1992, para 49.

подстрекавања на кривично дело.¹⁴⁴³ Код предузимања симулованих послова, ради се о *ad hoc* радњама, којима се не утиче на слободу лица да прода, купи или учествује у другом послу, чиме се уједно и не задира у права и слободе овог лица. Деловање прикривеног иследника је трајнијег и сложенијег карактера, јер се лице дубље инфилтрира у криминалне кругове, прикупљајући податке, инфомације и доказе, чиме се задира у основна права и слободе грађана. Одредбом члана 176 став 2 и 3 ЗКП прописано је да овлашћено лице које закључује симуловани посао не чини кривично дело ако је радња коју предузима кривичним законом предвиђена као радња кривичног дела, као и да је забрањено је и кажњиво да ово лице подстрекава другог на извршење кривичног дела.¹⁴⁴⁴ Одредбом члана 185 став 4 ЗКП, прописује се да је забрањено и кажњиво да прикривени иследник подстрекава на извршење кривичног дела. Законик, дакле, изричито забрањује навођење на вршење кривичног дела код симулованих послова и код делатности прикривеног иследника, која се упоредноправним нормама и литератури најчешће назива агентом провокатором. Уобичајено, агент провокатор се сматра криминалистичко тактичким институтом полицијске државе, у којој је највећим делом коришћен за обрачун власти са политичким неистомишљеницима, „намештајући им“ кривична дела и кажњавајући их драконским казнама.¹⁴⁴⁵ У кривичноправном смислу, ради се о лицу које другог наводи на вршење кривичног дела или му помаже у вршењу кривичног дела, са циљем да то лице буде кривични гоњено и кажењено у кривичном поступку. Реч је пре свега о „деликтима који се предузимају у тајности и код којих изостаје пријава оштећеног, односно жртве, с обзиром на то да су њихови актери стране које делују сагласношћу воља, тзв. консесуални криминалитет, због чега је њихово ислеђивање отежано и намеће посебно осмишљени систем мера радњи и поступака“.¹⁴⁴⁶

Органи гоњења имају право да прибегавају проактивном деловању (путем симулованих послова или деловањем прикривеног иследника), али оно не сме прећи границу њихових овлашћења и претворити се у навођење односно провоцирање на извршење кривичног дела, јер се доводи у питање законитост прибављеног материјала и доказа и евентуална кривичноправна одговорност лица који подстрекава. Према једном становиштву, тзв. агент провокатор не може одговарати јер његов *dolus* (намера), не обухвата довршење кривичног дела, већ улазак у фазу покушаја у којој учинилац треба да је затечен и спречен у довршењу кривичног дела, а према другом, агент провокатор одговара, уколико је провоцирани ушао у криминалну зону односно учинио кажњив покушај или кажњиву припремну радњу.¹⁴⁴⁷ Уколико је агент провокатор подстрекавао учиниоца на извршење кривичног дела, без ког деловања учинилац не би извршио дело, учинилац не би требао одговарати јер је употреба ових метода „законски и морално недопуштена“, док држава „не може казнити некога за оно на шта га је сама навела, јер би то у супротном значило да она

¹⁴⁴³ Подстрекавање треба схватити у смислу одредбе члана 34 КЗ. Под подстрекавањем се подразумева „облик саучесништва којим се умишљајно наводи друго лице да изврши кривично дело. Навођењем се утиче на друго лице (извршиоца) да донесе одлуку о извршењу кривичног дела. Стварање одлуке код другог лица да се изврши кривично дело јесте главна, централна карактеристика подстрекавања. За постојање подстрекавања битно је да је подстрекач код неког лица створио такву одлуку да је на основу ње (и због ње) кривично дело извршено“ - З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Девето измењено и допуњено издање, 2019, 200.

¹⁴⁴⁴ Исту одредбу садржи члан 332 став 10 ЗКП РХ.

¹⁴⁴⁵ Д. Маринковић, „Теоријски и практични аспекти провокације на кривично дело“, *Безбедност*, бр. 2, Београд, 2005, 219.

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*, 221.

¹⁴⁴⁷ Bogdan Zlatarić, Mirjan Damaška, *Rječnik krivičnog prava i postupka*, Informator, Zagreb, 1966, 18.

крши норме које је сама поставила (*venire contra factum proprium*)”¹⁴⁴⁸ Ипак, одговорност прикривеног иследника који подстиче другу особу на кривично дело „требала би завршити у процесном праву тако да се такви докази издвоје из списка и да се на њима не може заснивати пресуда, а што произилази и из праксе ЕСЈП-а, по којој би се признање тако прикупљених доказа, прекршило право на правично суђење зајамчено чл. 6. (ст. 1.) ЕКЈП“¹⁴⁴⁹.

У англосаксонским системима, нарочито САД, која најдуже примењује различите тајне истражне технике и агенте провокаторе, развијена је пракса о разграничењу недозвољене провокације полицијских службеника и дозвољене провокације попут примене вештина и лукавства у поступању према окривљеном. Окривљени има право да се у својој одбрани позове на подстрекавање на извршење кривичног дела од стране полиције, што може резултирати ослобађајућом пресудом. Ово право окривљеног је први пут разматрано у познатом предмету *Woo Wai et al. v. US*,¹⁴⁵⁰ а потом у предмету *Sorells v. US*¹⁴⁵¹ и формално признато право окривљеног да се позове на незаконито подстрекавање на извршење кривичног дела. Врховни суд је изнео становиште да органи гоњења могу применити одређене методе у циљу откривања кривичног дела и учиниоца, али да, уколико је кривично дело резултат подстицања од стране агента провокатора, без кога окривљени не би био спреман да изврши дело нити је пре утицаја агента био предиспониран за вршење кривичног дела, ради се о незаконитом провоцирању.¹⁴⁵² Примењују се два теста, објективни, да ли је кривично дело извршено под утицајем агента провокатора, и субјективни, да ли је окривљени пре контакта са агентом провокатором био спреман да учини кривично дело.¹⁴⁵³ Уколико је деловање агента провокатора било пресудно за извршење кривичног дела, то је у супротности са зајемченим правима из V и XIV амадмана Устава САД. У предмету *Russell v. United States*,¹⁴⁵⁴ суд је ослободио учиниоца од оптужбе, јер је утврђено да је деловање прикривеног иследника било кључно за извршење кривичног дела.

Иако у енглеском кривичном поступку, позивање окривљеног да је био наведен да изврши кривично дело, неће резултирати ослобађајућом пресудом, већ се према Закону о полицијским и кривичним доказима из 1984. године, препоручује да се овакви докази не узмају у обзир јер утичу на правичност поступка,¹⁴⁵⁵ у судској пракси су постављени исти критеријуми као у пракси САД, приликом разматрања недозвољеног подстрекавања на вршење кривичног дела. Наиме, узима се у обзир да ли је окривљени започео извршење кривичног дела и да ли би започео да није било деловања агената, те да ли код њега постоји склоност ка вршењу кривичних дела.¹⁴⁵⁶ У пракси је у једној одлуци¹⁴⁵⁷ заузето становиште да судија нема дискреционо овлашћење да због подстицања на вршење кривичног дела

¹⁴⁴⁸ D. Krapac (2020), 345.

¹⁴⁴⁹ D. Derenčinović, M. Dragičević Prtenjača, „Agent provokator i institut prikrivenog istražitelja“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb)*, vol. 25, broj 2/2018, 315.

¹⁴⁵⁰ *Woo Wai et al. v. US*, 223 F. 412 (9th Cir. 1915).

¹⁴⁵¹ *Sorells v. US*, 287 US 435, (1932).

¹⁴⁵² Више о томе види: Д.Маринковић, 222-224.

¹⁴⁵³ Š.Pavlović (2020), 334.

¹⁴⁵⁴ *Russell v. United States*, 411 U.S. 423 (1973).

¹⁴⁵⁵ A. Ashwort, *Principles of Criminal Law*, New York, 1999, 249.

¹⁴⁵⁶ Опширније: Д.Маринковић, 225.

¹⁴⁵⁷ *Regina v. Sang*, 3 W. L. R. 263: 2A11 E. R., (1979).

извоји доказе који су тиме прибављени на неправичан начин, док је у другој одлуци,¹⁴⁵⁸ укинута пресуда управо, јер нису извојени докази прибављени на овај начин.¹⁴⁵⁹

У немачком Закону о кривичном поступку (Strafprozeßordnung - StPO), не наводе се ситуације када би прикривени иследник могао остварити обележја одређених кривичних дела. У чл. 110.а ст. 1. StPO наводи се за која кривична дела долази у обзир упораба прикривених иследника, попут неовлашћене продаје опојне дроге или оружја, фалсификовање новца, када је дело учињено од стране групе или злочиначке организације и других, док се у ставу 2.истог члана наглашава њихова употреба као *ultima ratio*. Ипак, у теорији се сматра да прикривени иследници, који се инфилтрирају у криминалне организације не би смели учинити било које кривично дело.¹⁴⁶⁰

У француском праву проблематика полицијских провокација сагледава у светлу начела честитости у прикупљању доказа, па према ставу судске праксе не постоји провокација ако интервенција полицајца није узроковала криминално поступање окривљеног, већ је само довела до пресецања даљих активности, док је у швајцарском праву неопходно да се убачени агенти држе пасивно, а у случају провокације кривичног дела, окривљени се може ослободити од оптужбе или му се казна може умањити.¹⁴⁶¹

Свој став у односу на подстрекавање на извршење кривичног дела, Европски суд за људска права изнео је у више својих одлука. ЕСЉП оцењује да ли су допуштене радње прикривеног иследника, путем материјално – процесног теста, сличном ономе који се примењује и у САД. Тај тест обухвата „да ли је учинилац кривичног дела пре учествовао у неким криминалним активностима, те је ли био у „предиспозицији“ да учини кривично дело или је деловање прикривеног иследника кључно за учињено кривично дело за које се суди учиниоцу“.¹⁴⁶² Потребно је да „деловање прикривених иследника буде есенцијално пасивно“, а не сме се радити о иницирању, тј.подстицању на кривично дело које иначе не би било учињено.¹⁴⁶³ За процесни критеријум је важно постојање „ефикасне контроле и надзора над радњама које предузима прикривени иследник“ и адекватан начин поступања судова „у случајевима кад је био истакнут приговор ‘клопке’ и подстицања на кривично дело од стране агента провокатора, уз поштовање свих права окривљеног“.¹⁴⁶⁴

У премету *Francisco Teixeira de Castro protiv Португала*,¹⁴⁶⁵ наводи се да „употреба тајних агената мора бити ограничена и морају се установити мере заштите, чак и у случајевима борбе против незаконите трговине дрогама. Иако пораст организованог криминала без сумње захтева предузимање одговарајућих мера, право на правично суђење има тако истакнуто место да се не може жртвовати зарад начела корисности, док се употреба доказног материјала добијеног као резултат подстрекавања од стране полиције не може се оправдати јавним интересом“. У пресуди се закључује „да је деловање два полицајца изашло

¹⁴⁵⁸ *Regina v. Payne*, 1 W. L. R. 637, (1963).

¹⁴⁵⁹ Види: D. Derenčinović, M. Dragičević Prtenjača, 319.

¹⁴⁶⁰ Види: D. Derenčinović, M. Dragičević Prtenjača, 322.

¹⁴⁶¹ Види: Г.П.Илић, „Доказна вредност провоцираних кривичних дела у судској пракси“, *Билтен Окружног суда у Београду*, број 68/2005, Интермех, Београд.

¹⁴⁶² *Matanović protiv Hrvatske*, ESLJP, Zahtev br. 2742/12, 4.04.2017, para 123.

¹⁴⁶³ *Ramanauskas v. Litvania*, ECtHR, App. no. 74420/01, 5 February 2008, para 49-61.

¹⁴⁶⁴ *Matanović protiv Hrvatske*, ESLJP, Zahtev br. 2742/12, 4.04.2017, para 61.

¹⁴⁶⁵ *Teixeira de Castro v. Portugal*, ECtHR, App. no.25829/94, 9 May 1998, para 36 и 38.

изван оквира деловања тајних агената због тога што су истраживали кривично дело, а нема ничег што би указивало на то да би без њихове интервенције оно било учињено. Та интервенција и њена употреба у спорном кривичном поступку значила је да је подносилац жалбе од самог почетка био дефинитивно лишен права на фер суђење. Према томе, дошло је до повреде чл. 6. ст. 1. Конвенције¹⁴⁶⁶.

У домаћој судској пракси, суд је разматрао питање подстрекавања на кривично дело од стране полицијског службеника, које је имао за последицу незаконитост прибављених доказа. У једној пресуди Вишег суда у Нишу,¹⁴⁶⁷ утврђено је „да је окривљеном повређено право на правично суђење, док су изведени докази, по начину прибављања, оцењени као незаконити, када су овлашћена службена лица органа унутрашњих послова провоцирала одређено лице на извршење кривичног дела, уместо да се ограничи на истраживање криминалне делатности тог лица на, у основи, пасиван начин, без активног подстрекавања да дело буде извршено“. У кривичном предмету против окривљених М. М. и Н. М., суд је утврдио „да полиција није имала конкретна сазнања да окривљени поседују опојну дрогу хероин и врше њену продају, без обзира што су окривљени уживаоци опојних дрога, а М. М. је у току 1995. године осуђиван због кривичног дела неовлашћено држање и стављање у промет опојних дрога, па су ступили у контакт са пријатељем од једног окривљеног и лажно се представљајући као друг окривљеног из Ужица. На основу тих чињеница суд је даље утврдио да код окривљених у то време није постојала конкретна одлука да изврше кривично дело стављање у промет опојних дрога коју нису ни поседовали у количини од 10 грама. Тек после позива окривљеног сведоку, они одлучују да набаве опојну дрогу за купца који је тражио 10 грама, коју количину опојне дроге нико од њих није имао, да би затим лицу које је тражило да проба опојну дрогу предали 0,34 грама хероина колико је М. М. као уживалац опојних дрога поседовао. На тај начин полицајци су испровоцирали вршење дела због којих су окривљени оптужени и намамили их на извршење истих, иако у то време окривљени нису имали намеру нити су били донели одлуку да некеме продају опојну дрогу, а у конкретном случају нису остварили никакву зараду нити је новац пронађен код њих. Суд је закључио да су изведени докази по начину свог прибављања незаконити и да се на њима не може засновати пресуда, као и да би доношење осуђујуће пресуде на основу таквих доказа значило повреду права на правично суђење које је гарантовано чл. 6. ст. 1. Конвенције, односно чл. 32. Устава Републике Србије којим је прописано да свако има право да независтан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега. Полазећи од изнетих разлога суд је нашао да није доказано да су окривљени извршили кривична дела која им се оптужбом стављају на терет, па их је на основу чл. 355. тачке 2. ЗКП ослободио од оптужбе."

Исто становиште је заузето у ситуацији када је сведок провоцирао окривљеног, да наводно од њега купи девизе, када је окривљени ослобођен од оптужбе да је учинио кривично дело у покушају из чл. 57. ст. 2. у вези ст. 1. Закона о девизном пословању, јер нису били испуњени услови за постојање симулованог правног посла сходно чл. 174. у вези чл. 161. ст. 1. и 2. ЗКП-а.¹⁴⁶⁸ У старијој судској пракси, Окружни суд у Београду је у два

¹⁴⁶⁶ Š.Pavlović (2020), 331-332.

¹⁴⁶⁷ Пресуда Вишег суда у Нишу К бр. 248/10 од 30.12.2010. године, Билтен Вишег суда у Нишу, број 32/2014, Интермех, Београд.

¹⁴⁶⁸ Пресуда Вишег суда у Чачку, Кж 18/20 од 25.02.2020. године и пресуда Основног суда у Чачку, К 358/19 од 13.11.2019. године.

случаја,¹⁴⁶⁹ поступајући као другостепени, прихватио становиште првостепеног суда да је провокација полицијских службеника била дозвољена с обзиром на све околности случаја и да је извршено кривично дело из чл. 50. Закона о девизном пословању. У првом случају је окривљени на улици вршио замену страног новца пролазницима, док је у другом случају окривљени гласно позивао пролазнике за куповину страног ефективног новца речима: "девизе, девизе". Полазећи од критеријума које користи упоредна судска пракса, активност државних органа у наведеним предметима је представљала провокацију-откривање, односно омогућила је откривање дела која су окривљени били спремни да изврше, док чињеница да су они *tempore criminis* на јавном месту неовлашћено нудили на продају и позивали на куповину страног новца сведочи да је пре интервенције овлашћених лица Народне банке Србије постојала недозвољена трговина или, бар, спремност да се она врши.¹⁴⁷⁰

Врховни касациони суд је у једној одлуци,¹⁴⁷¹ на сличан начин разматрао кривичноправну одговорност окривљеног за извршење кривичног дела, које је извршено услед провокације. Суд је тада нашао да је „без значаја је за свршену радњу кривичног дела чињеница да ли је до извршења дела дошло тако што је окривљеном пришао контролор Народне банке Србије и овде сведок са циљем да испровоцира купопродају девиза, која трансакција је извршена тиме што је окривљени прихватио куповину 100 еура за динарску противвредност у износу од 8.250,00 динара, или је у питању било које друго физичко лице које нуди девизе на продају. Даље се закључује да „провоцирање окривљеног да изврши радњу кривичног дела не искључује постојање кривичног дела јер не постоји неки од основа прописаних кривичним законом који искључују противправност или кривицу, при том се евентуално код доношења првостепене и другостепене пресуде могло поставити питање дозвољености или недозвољености наведеног доказа – у смислу коришћења исказа контролора НБС, односно да ли је тај доказ у складу са одредбама ЗКП и да ли се на том доказу може засновати пресуда, а на шта се у поднетом захтеву не указује, па у смислу одредбе чл. 423. ст. 1. ЗКП исто и није предмет испитивања у овом поступку“.

¹⁴⁶⁹ Пресуде Окружног суда у Београду Кж. бр. 3226/04 од 22. 12.2004. године и Кж. 326/05 од 14.02.2005. године.

¹⁴⁷⁰ Г.П.Илић (2005), електронска база Intemex

¹⁴⁷¹ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 66/11 од 13.10.2011. године.

**ШЕСТИ ДЕО - ОЦЕНА ЗАКОНИТОСТИ ДОКАЗА И ЕКСКЛУЗИЈА НЕЗАКОНИТИХ
ДОКАЗА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ**

1. Издавање незаконитих доказа и оцена (не)законитости

У претходна два поглавља смо анализирали појам и законско уређење незаконитих доказа. Полазећи од релеватних одредаба Законика о кривичном поступку незаконити докази су одређени на следећи начин:

1. докази прибављени и изведени супротно одредби члана 9 ЗКП, којом се забрањује мучење и нечовечно поступање и примена других недозвољених средстава којима се утиче на вољу лица;

2. обавештења примљена од грађана у складу са чланом 288 ЗКП;

3. докази прибављени и изведени супротно правилима за предузимање доказних радњи саслушања окривљеног, испитивања сведока и посебних доказних радњи (85 став 5, 95 став 4, 163 став 3, 170 став 4 ЗКП);

4. докази који су у супротности са Уставом, овим закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима (16 став 1 ЗКП).

Законско издавање доказа (*ex lege*) односи се на незаконите доказе који су изричито предвиђени ЗКП (1., 2., и 3.), док се докази који су у супротности са Уставом, овим закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима (4.), издавају на основу оцене суда (*ex iudicio*). У овом поглављу бавићемо се оценом (не)законитости доказа, процесним санкцијама које наступају за незаконите доказе, начином издавајања доказа, утицајем незаконитих доказа на судску одлуку, када они нису извојени у току поступка, као и правним средствима, којима се може побијати оваква судска одлука.

1.1. Оцена законитости доказа - „Вагање“ и „аутоматско изузимање“

Анализом упоредно правних решења, закључили смо да постоје два основна система издавајања доказа - апсолутни систем и релативни систем. Први се односи на прописивање аутоматског издавајања прибављеног доказа, услед неке повреде, без обзира на околности под којима су настале ове повреде или њиховог утицаја на друга начела кривичног поступка, док други, релативни систем издавајања, постоји када се доказ не издава обавезно након утврђивања одређене повреде, већ се уважавају претежнији интереси и остале околности попут тежине кривичног дела, намере полицијског службеника и слично.¹⁴⁷² Европске државе познају различите системе уређења питања незаконитих доказа, предвиђајући уставом или законом искључење употребе незаконитих доказа односно предвиђајући да суд цени њихову незаконитост али не искључују аутоматски употребу оваквих доказа.¹⁴⁷³

¹⁴⁷² Ž. Karas, M. Jukić (2009), 606.

¹⁴⁷³ E.U. Network of Independent Experts on Fundamental Rights, Opinion on the statute on illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of European Union (CFR-CDF), 30.11.2003. godine.

Уређење система незаконитих доказа, као што смо већ поменули, може бити препуштено законодавцу или суду. Када је препуштено суду критеријуме за одређивање незаконитости доказа поставља или законодавац или судска пракса. У упоредном праву, као што смо анализирали у раду, критеријуми за „вагање“ су различити, а најчешће се користе тест правичног поступка, тест моралног интегритета осуде и тест јавног интереса.¹⁴⁷⁴ Од значаја је тежина повреде и тежина кривичног дела. Као што хрватско решење предвиђа, релативни систем издвајања доказа се примењује за најтежа кривична дела, будући да је јавни интерес за осудом већи.

Наше законско решење предвиђа забрану употребе доказа кроз ограничења која се огледају у изричитој забрани употребе одређених доказа или забрани да се докази изведу на одређен начин уз повреду тачно одређене процесне форме. Тада суд аутоматски издваја овакве доказе, што се у судској пракси најчешће дешава када странке истакну предлог за издвајање ових доказа. Када је примена опште одредбе члана 16 став 1 ЗКП у питању, суд мора да оцени да ли су докази су у супротности са Уставом, законом и међународним актима, на основу чињеница са којима располаже у кривичном поступку. Иако је недозвољеност употребе ових доказа успостављена у законском тексту, општом одредбом „да су исти у супротности са правним актима“, суду се фактички оставља оцена да ли је у конкретном случају доказ незаконит. Законик по том питању не даје шире одреднице као што чине неки процесни закони у упоредном праву. У хрватској литератури се у вези законског одређења незаконитих доказа истиче поступак „вагања повреда права одбране“ према легитимном циљу и сразмерности полазећи од могућности да се користе докази прибављени повредом одређених права.¹⁴⁷⁵

У недостатку јасне законске одредбе, суд према важећем решењу, своју оцену (не)законитости доказа заснива на примене одреднице да је доказ „*супротан* са Уставом, овим закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима“. Неулазећи у то да ли је законодавац намерно или случајно сувише широко и недоречено дефинисао појам незаконитог доказа, опасност оваквог законодавног решења може се сагледати из два угла. Први се односи на опасност од прешироке примене опште одредбе из члана 16 став 1 ЗКП, која би довела до издвајања свих доказа који су у супротности са било којој одредбом закона, Устава, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорим. У теорији се истиче „да би потпуно одузимање вриједности сваком доказу прибављеном на непрописан начин значило за пропуст процесног тијела казнити цијелу друштвену заједницу“.¹⁴⁷⁶ И у одлукама суда се закључује да није свака неправилност у извођењу доказне радње или састављању записника довољна да би суд закључио да се доказ који је произашао из њега, не може користити у кривичном поступку, већ та неправилност мора бити „суштинска“.¹⁴⁷⁷ Дакле, и у теорији и пракси постоји консензус да није свака повреда поступка у тој мери значајна да чини један доказ незаконитим, иако је у супротности са неком одредбом закона. Друга опасност се види у преуском тумачењу опште одредбе, када суд пледирајући да чињенично стање што тачније и потпуније утврди, не прибегава ни издвајању оних доказа који су прибављени кршењем основних права грађана. Чини нам се неоправданим, да закон изричито прописује повреду само код неких доказни радњи, а да то не чини у односу на

¹⁴⁷⁴ S.Thaman (2013), 426 i dalje.

¹⁴⁷⁵ Z. Đurđević, Odluka Ustavnog suda RH o suglasnosti Zakona o kaznenom postupku s Ustavom, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, vol. 19, 2/2012, 428 – 430.

¹⁴⁷⁶ Т.Васиљевић (1971), 304.

¹⁴⁷⁷ Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 По2 број 3/14 од 09.06.2014. године.

претресање стана или других просторија и привремено одузимање предмета. Таква измена захтева уношење два члана закона, а осигурава да суд без ограничења издваја доказе који су прикупљени кршењем права на неповредивост стана и права на достојанство личности, чије кршење нужно треба да води процесној санкцији у виду њихове неупотребљивости у кривичном поступку.

У упоредном праву, у категорију незаконитих доказа који се изузимају по закону, спадају случајеви озбиљних повреда одређених уставом или међународних право загарантованих права, пре свега забране мучења и нечовечног поступања, а потом и повреде права на људско достојанство, неповредивост стана, лични и породични живот.¹⁴⁷⁸ При томе, неке државе прописују изузетке од права на неповредивост стана, нпр, претресање стана и других просторија за коју је полицијски службеник *bona fide* сматрао да има законску основу.¹⁴⁷⁹ У сваком случају, последице кршења наведених загарантованих права грађана морају бити изричито прописане у закону, а докази који су прикупљени на овај начин морају бити изузети *ex lege*.

Сагледавањем упоредноправних решења и карактеристика модела нашег кривичног поступка, сматрамо корисним да се изврши дистикција на доказе који су прикупљени повредама које аутоматски доводе до њиховог издвајања и оне којима се крше одређена права окривљеног али под одређеним условима, „вагањем“ релеватних сукобљених интереса, могу бити коришћени у кривичном поступку. Тиме би се дале јасније смернице судској пракси у примени одредаба које се односе на незаконите доказе и осигурало издвајање онда када Законик то изричито предвиђа. Осим већ прописаних повреда које доводе до незаконитости, а које су део посебних одредаба које прописују предузимање доказних радњи и опште одредбе која се односи на забрану мучења и нечовечног поступања, потребно је да се у Законнику о кривичном поступку изричито предвиде незаконитости у предузимању доказних радњи претресања стана и других просторија, као и привременог одузимања ствари.

Дакле, када је у питању апсолутно издвајање незаконитих доказа такав систем би требало применити за повреде права које Законик изричито прописује, уз повреде права које настају у предузимању доказних радњи претресања стана и других просторија, као и привременог одузимања ствари, као и забране мучења, нечовечног поступања или понижавајућег поступања. Апсолутно издвајање односи се и на доказе које су настали из незаконитих доказа којима је дошло до наведених повреда (теорија плодова отровног дрвета).

Када је реч о доказима код којих није изричито прописано које повреде имају за последицу њихову незаконитост, намеће се закључак да је суду препуштено да оцени да ли је незаконитост таквог значаја да доказ треба издвојити из списка.¹⁴⁸⁰ У погледу повреда правила кривичног поступка и других одредабама закона, суд се у пракси, услед недостатака јасних критеријума и нормативних смерница, служи оценом да ли неправилност „суштинска“, што је погрешно полазиште. Тако паушална одредница нема упориште у супротстављеним интересима које се заиста сукобљавају у решавању питања незаконитих доказа и који су одраз вредности нашег правног поретка.

¹⁴⁷⁸ D.Крпач (2020), 448.

¹⁴⁷⁹ Stephen C. Thaman, *Exclusionary rules in Comparative Law*, Springer, Dordrecht, 2013,409.

¹⁴⁸⁰ Г.П.Илић (2015),83.

Јасније дефинисање незаконитих доказа и увођење система судског „вагања“ за процесне повреде, које нису изричито прописане ЗКП, уз предвиђање критеријума преваге одређених интереса подстакли би ефикасније и квалитетније поступање суда у издвајању доказа. „Вагање“ би требало да се односи на два супротстављена интереса, интерес кривичног гоњења и интерес заштите права која су повређена. Као што је у немачкој судској пракси утврђено и тежина кривичног дела може имати значај за судско „вагање“ о издвајању доказа. Сагледавајући напред наведена упоредно правна решења и узимајући у обзир основна начела и карактеристике нашег кривичног поступка, систем „вагања“ би могао наћи своје место у закону, за издвајање доказа који су прибављени кршењем права на одбрану окривљеног и других права која су загрантована законом, Уставом и међународним правом, а не односе се на повреде које *ex lege* доводе до искључења доказа. Тако, у закону се може предвидети да, уколико је прибављањем или извођењем доказа повређено право на одбрану окривљеног, право на углед и част, права на лични и породични живот, такви докази ће бити извојени, осим уколико суд у конкретном случају утврди да је претежнији интерес кривичног гоњења над повредом права. Приликом одлучивања, суд би требао да има у виду тежину кривичног дела, али и јачину повреде, узимајући у обзир да ли та повреда чини поступак у целини неправичним. У случају да суд не издвоји доказ јер је утврдио да је претежнији интерес кривичног гоњења над повредом права, законом би могло да се предвиди да се на овим доказима не може заснивати пресуда, што би била додатна гаранција да незаконити докази не постану основ за доношење судске одлуке.

Уколико неправилности (незаконитости) у предузимању доказних радњи за собом не повлаче кршење права окривљеног и учесника у поступку, пре свега права на одбрану окривљеног, суд не треба да сматра доказе који су прибављени на овај начин, незаконитим, посебно уколико је могуће извршити њихову конвалидацију. Дакле кршење процесних норми је релевантно само када су те норме намењене заштити одређених личних права и слобода грађана или права на одбрану окривљеног односно када се ради о тзв. заштитним формама.¹⁴⁸¹ На пример, уколико недостаје потпис сведока или потпис окривљеног таква мањкавост не треба да чини доказ који је произашао из овог записника незаконитим.

У теорији се истиче да апсолутна забрана употребе незаконитих доказа има ширу примену од правила *in dubio pro reo*, па „окривљени нема право на доказ прибављен на незаконит начин, чак и да му иде у корист односно да о томе зависи одлука о кривици“.¹⁴⁸² Супротно томе, Д. Крапац, сматра да „у случају кад се неки доказ сматра незаконитим зато што су његовим прибављањем или извођењем прекршена права одбране, а уз његову помоћ могла би се за окривљеника постићи најповољнија одлука, мора се допустити употреба тог доказа приликом доношења конкретне одлуке“, јер у супротно, правило које је установљено да штити окривљеног би могло да се претвори у „извор штетних последица за њега самога“.¹⁴⁸³ С обзиром да се издвајањем незаконитих доказа, штите и правила других учесника у поступку сматрамо да начело *in dubio pro reo*, не треба да има своју примену у оцени законитости доказа, јер би то било у супротности са захтевима законитог кривичног поступка.

¹⁴⁸¹ D.Крапас (2020), 448.

¹⁴⁸² B.Pavišić, (2011), 33-34.

¹⁴⁸³ D.Крапас (2020), 442.

1.2. Оправданост и значај издвајања незаконитих доказа

У другом поглављу смо детаљније анализирали разлоге и значај издвајања доказа у теорији и упоредном праву, а овде ћемо навести најзначајније разлоге за издвајање незаконитих доказа, који су карактеристични за наш кривичноправни систем и наше постојеће законодавство.

Преласком на расправни модел, институт издвајања доказа добија на значају, с обзиром да је законитост доказа, а нарочито доказа оптужбе, једна од важних гаранција окривљеном у постизању „једнакости оружја“ у кривичном поступку, у којем постоји „двобој“ странака пред „неутралним и доказно неактивним“ судом. Доказна неактивност суда не утиче негативно на реализацију начела једнакости „оружја“ у кривичном поступку, уколико је окривљеном дата прилика да „оспори аутентичност доказа, да се противи њиховом коришћењу, да поставља питања сведоцима оптужбе, да предлаже сведоке у своју корист, те да је у погледу коришћених доказа остварена равнотежа међу странкама у поступку.¹⁴⁸⁴ Издвајањем (ексклузијом) недопуштених доказа обезбеђује се начело „једнакости оружја“ ограничавањем доминације државне власти над појединцем, што у већини европских држава подразумева поступак „вагања“ значаја и вредности доказа, на једној страни и тежине процесне повреде уз коју је доказ прибављен.¹⁴⁸⁵ Принцип једнакости између странака, „при огромној премоћи државе, у стварности није могућа, зато је неопходно да се постигне правно, путем прописа и одговарајућих санкција, којима се постиже дисјункција странака и спречавања злоупотреба премоћи силе“.¹⁴⁸⁶ Допуштање да се против окривљеног употребе незаконити докази, представља кршење ове једнакости од друге стране у поступку и удаљавање од основних принципа расправног модела.

Осим постизања једнакости оружја у кривичном поступку, важно је да се и другим учесницима у поступку пружи заштита загарантована процесном формом у којој се изводи доказна радња. Уколико се сведок не упозори да није дужан да сведочи, такав исказ може одговорати окривљеном, али се његовом употребом директно крше права сведока која су загарантована Закоником о кривичном поступку. Уколико би се држава одрекла гаранција које пружа учесницима у поступку, путем форме доказних радњи, владавина права би изгубила свој смисао, а прогон учиниоца кривичних дела би се свео на голу моћ државе. Супротно томе, свака незаконитост у прикупљању и извођењу доказа у кривичном поступку, мора бити санкционисана, како у односу на органе гоњења који крше права окривљених и других учесника у поступку, тако и у односу на употребљивост ових доказа у кривичном поступку. Само пружањем делотворне заштите учесника у поступку и омогућавањем једнакости оружја окривљеног у поступку, може се обезбедити правичан и законит поступак, који легитимно остварује своје основне циљеве.

Иако, европско континентални правни системи, коме припада и наш правни систем, познају централизовано устројство полицијске службе, са елементима хијерархијске структуре и јаком контролом полицијских органа, који сnose одговорност за незаконити рад у дисциплинским, прекршајним или кривичним поступцима, не можемо да употпуности негирамо утицај издвајања незаконитих доказа на законит рад полиције. Наиме, издвајање

¹⁴⁸⁴ *Schenk v. Switzerland*, ECtHR, App. no. [10862/84](#), 12 July 1988, para 46 – 49.

¹⁴⁸⁵ М. Грубач, *Анализа судске праксе Европског суда за људска права, Гласник Адвокатске коморе Војводине - Часопис за правну теорију и праксу* књига 67, 11-12/2007, 383, 385.

¹⁴⁸⁶ D.Крас (2020), 452.

доказа и доношење ослобађајућих пресуда, услед недостатка (законитих) доказа, превентивно и специјално делује на рад полицијских службеника, који ће поучени претходним искуством, приликом прикупљања доказа, водити рачуна о њиховој законитости како не би остали без резултата свог рада.

Издајање незаконитих доказа, нарочито у раним фазама кривичног поступка, има немерљив значај за спречавање контаминације судије који доноси одлуку о постојању кривичног дела и кривици учиниоца.

1.3. Утицај садржине незаконитих доказа на орган поступак

Уколико се појаве докази који су незаконити законом се обезбеђује механизам да се исти из поступка изузму, како се њиховом употребом не би “контаминирало” чињенично стање битно за доношење одлуке у поступку. У америчком расправном моделу поступка, ова сврха се у потпуности остварује захваљујући подели надлежности између судије и пороте, па се сматра да „незаконити докази у САД-у никада не долазе пред поротнике те их они самим тим не могу ни "имати у подсвести" приликом одлучивања о кривици“. ¹⁴⁸⁷ И заиста, како о изузимању доказа расправља судија на претходном рочишту, који врши контролу доказа који ће бити презентовани пред поротом, спречава се да порота дође у додир са незаконито прибављеним доказом који би могао имати било какав утицај на њихову одлуку.

Законик о кривичном поступку прописује да незаконити докази не могу бити коришћени у кривичном поступку нити се судске одлуке не могу заснивати на незаконитим доказима. Током свих фаза поступак прописује се обавеза суда да по службеној дужности или на предлог странака донесе решење о издавању записника и обавештања који садрже незаконите доказе. У фази истраге, чланом 237 ЗКП, прописује се да ће судија за претходни по службеној дужности или на предлог странака и браниоца донети решење о издавању записника о овим радњама из списка одмах, а најкасније до завршетка истраге. Оваква обавеза прописана је за кривично ванрасправно веће у фази судске контроле оптужнице и судско веће током главног претреса, а остављена је могућност да то учини и другостепени суд приликом одлучивања о жалби на пресуду.

Иако Законик о кривичном поступку прописује више фаза када се могу извојити незаконити докази, јасно је да је интенција законодавца да се ови докази изузимају од стране судског већа које доноси одлуку о кривичноправној ствари само у случају да је то пропуштено да се учини у претходним фазама. Како би се спречила контаминација судског већа које доноси мериторну одлуку о кривичноправној ствари, неопходно је да се незаконити докази издвоје најкасније у фази потврђивања оптужнице, односно, пре подизања оптужног акта.

О утицају незаконитих доказа на одлуку судије који мериторно одлучује говорио је у својим радовима професор Мирјан Дамашка, постављајући питање шта треба да ради судија који сазна за доказ на којем се не може заснивати одлука. Он је указао на опасност од хипокризије односно прибегивање судије да у тој ситуацији донесе одлуку на основу других доказа, а не на основу незаконитог, чак и када то није истина. Стварни утицај поузданог, али незаконитог доказа може се неутралисати само издавањем из списка пре главног претреса, а

¹⁴⁸⁷ В.Бајовић (2013), 744.

у случају сазнања суда о таквом доказу на главном претресу, једини стварни ефекат издвајања постоји када би преостали употребљиви докази били очигледно недовољни за образложење одлуке.¹⁴⁸⁸ У супротном, судија не може да остане „слеп“ на оно што постоји у списима, па је ефекат издвајања у фази када доноси одлуку готово никакав. У том смислу се са правом истиче да "доказ, већ самим тим што записник о њему постоји у спису мора нужно утицати на суд код утврђивања чињеница, без обзира на то је ли тај доказ правно ваљан или неваљан, јер судије у својој свести не могу избрисати утисак што га је тај доказ на њих оставио."¹⁴⁸⁹

У теорији се истичу два решења овог проблема: први је изузети судију који се „контаминирао“ са сазнајном вредности незаконитог доказа, други, не изузимати судију, већ га обавезати да у оцени доказа занемари незаконит доказ приписујући му „јаку нулу“.¹⁴⁹⁰ Прво решење било је прописано некадашњим чланом чл. 39. ст. 4а) словеначког Закона о кривичном поступку,¹⁴⁹¹ којим је било прописано да ће се судија који се у поступку упознао с доказом који мора бити издвојен из списка, одлучујући о неком питању обавезно изузети, односно не може одлучивати о оптужби, жалби или ванредном правном леку у истом предмету. Занемаривање незаконитог доказа је врло отежано када доказ остаје у списима. Због тога је од суштинске важност да судија који доноси одлуку не дође у „додир“ са оваквим доказом или уколико пак дође, да га одмах издвоји из предмета. Врховни суд Србије је супротно овом ставу, сматрао да „само постојање таквих доказа у списима не упућује на закључак да су они коришћени и да је на њима заснована пресуда“.¹⁴⁹²

1.4. Изузеци од издвајања незаконитих доказа прописани чланом 16 став 1 ЗКП

Судске одлуке се не могу заснивати на доказима који су, непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, овим закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа. Овај изузетак је уведен Закоником о кривичном поступку из 2011. године, а у сагласности је са Конвенцијом о забрани мучења и нечовечног поступања.¹⁴⁹³ Наиме, чланом 16 Конвенције о забрани мучења и нечовечног поступања прописано је да „све државе потписнице обезбеђују да изјава за коју се установи да је добијена мучењем не буде искоришћена као доказ у неком процесу, осим против особе оптужене за мучење као доказ како је та изјава дата“.

¹⁴⁸⁸ M.Damaška (2001), 23-24.

¹⁴⁸⁹ V. Bayer, (1989), 106.

¹⁴⁹⁰ M.Damaška, „Izazovi slobodnoj oceni dokaza“, *Hrvatski ljetopis za kazneneno pravo i praksu*, 1/1995, 47.

¹⁴⁹¹ Овај члан је уведен изменама из 2003. године. Види: *Zakon o spremembam in dopolnitvam Zakona o kazenskem postopku*, *Uradni list Republike Slovenije*, br. 56/03 od 13.6.2003. godine.

¹⁴⁹² Пресуда Врховног суда Србије Кж1 1445/08 од 3.09.2008. године.

¹⁴⁹³ *Конвенција против мучења и других свирепих, нехуманих или понижавајућих казни или поступака*, усвојена и отворена за потпис, ратификацију и приступање Резолуцијом Генералне скупштине УН бр. 39/46 од 10. децембра 1984. године. Ступила на снагу 26. јуна 1987. године у складу са чланом 27 (1). Југославија је потписала и ратификовала ову Конвенцију. Објављена у Службеном листу (Међународни уговори) бр. 9/91.

Према овог одредби, незаконит доказ који је издвојен у кривичном поступку и на којем се не може заснивати судска одлука у том поступку, може да се користи у другом судском поступку који се води због прибављања таквог доказа. Уколико се примера ради покрене кривични поступак против службеног лица због кривичног дела изноуђивање исказа, незаконит доказ је уједно и одлучан доказ за доношење одлуке о постојању кривичног дела и кривице учиниоца.

Осим тога, судско веће има овлашћење да опозове своје решење о издвајању доказа и одлучи да се такав доказ изведе, уколико се током доказног поступка утврди да није било места издвајању доказа и да је извојени доказ прибављен на законит начин.¹⁴⁹⁴ Ова два изузетка, представљају уједно и основни разлог за чување издвојених доказа код судије за претходни поступак.¹⁴⁹⁵

Осим ових изузетака које Законик о кривичном поступку изричито предвиђа, у судској пракси се, релативизацијом дејства незаконитих доказа, установило правило да се они неће издвајати уколико би се очигледно и без тог доказа (који је требало издвојити), донела иста пресуда. Бројне одлуке другостепених судова и одлуке највише судске инстанце управо потврђују да се судске одлуке могу заснивати на незаконитим доказима, под условом да нису опредељујуће за донету одлуку. О оваком *sui generis* изузетку, биће више речи у делу који односи на побијање судске одлуке због незаконитих доказа.

2. Издвајање записника и обавештења

2.1. Законско уређење издвајања записника и обавештења

Законик изричито забрањује да се судска одлука заснива на незаконитим доказима, предвиђајући обавезу суда да такве доказе издвоји из списка предмета и по службеној дужности током читавог поступка. Уколико, пак, суд то не учини пресуда се може побијати због незаконитих доказа на којима се заснива. Две су, дакле, процесне санкције коришћења незаконитих доказа и заснивања судске одлуке на незаконитим доказима, прва се односи на издвајање ових доказа из списка предмета у свим фазама поступка, а друга, на укидање пресуде која се заснива на незаконитим доказима. При томе, треба имати у виду да је „немогућност коришћења незаконитих доказа у кривичном поступку“ шира од „немогућности заснивања пресуде“.¹⁴⁹⁶

Иако Законик на више места говори о издвајању „записника и обавештења“, који садрже доказе, треба тумачи шире, тако да се „из списка имају издвојити сви докази који не могу бити коришћени у кривичном поступку или се на њима не може засновати судска

¹⁴⁹⁴ Члан 407 став 4 ЗКП.

¹⁴⁹⁵ Г.П. Илић (2015), 84-85.

¹⁴⁹⁶ С. Бркић (2014), 292.

одлука“, као што то могу бити потврде или налаз и мишљење вештака који нису сачињена у складу с одредбама Законика и слично.¹⁴⁹⁷

Када је у Законнику о кривичном поступку прописано да одређени доказ не може бити коришћен у кривичном поступку или да се на њему не може засновати судска одлука, судија за претходни поступак ће по службеној дужности или на предлог странака и браниоца донети решење о издвајању записника о овим радњама из списка одмах, а најкасније до завршетка истраге.¹⁴⁹⁸ Обавеза издвајања записника и обавештења, у искључивој је надлежности суда и прописана је не само у фази истраге, већ у каснијим фазама поступка, након подизања оптужнице, на главном претресу и у другостепеном поступку.

Кривично ванрасправно веће је приликом испитивања оптужнице дужно да, на предлог странака или по службеној дужности, донесе решење којим ће издвојити незаконите доказе из списка предмета. Ово је уједно и најважнија фаза за издвајање незаконитих доказа, јер се суд детаљно упознаје и испитује доказе које прикупио јавни тужилац, а који ће бити предмет доказног поступка, када оптужница ступи на правну снагу.¹⁴⁹⁹ Издвајањем доказа у овој фази постижу се два циља, а то су спречавање са се расправни суд уопште упозна са незаконитим доказима и омогућавање да се доказни материјал „очисти“ за главни претрес и тиме уштеди време предвиђено за спровођење доказног поступка.

Уколико на припремном рочиштву или на главном претресу суд утврди да се у списима налазе незаконити докази, он ће по службеној дужности или на предлог странака извојити овакве доказе и искључити их из доказног материјала који ће бити основ за судску одлуку.¹⁵⁰⁰

У другостепеном поступку, судија известилац је овлашћен да уколико утврди да се у списима налазе записници и обавештења који су незаконито прибављени, исте пре седнице већа или главног претреса, решењем извоји.¹⁵⁰¹

По правноснажности решења, издвојени записници се стављају у посебан запечаћени омот и чувају код судије за претходни поступак одвојено од осталих списка и не могу се разгледати нити се могу користити у поступку. Извојени записници и обавештења се чувају одвојено од судских списка, нису доступни за разгледање и коришћење у кривичном поступку, а после правноснажног окончања кривичног поступка или поступка који се води због прибављања таквих доказа, уништавају се (члан 84. ст. 2 и 3).

Систем издвајања незаконитих доказа је конципиран тако да се у свакој фази поступка до доношења другостепене одлуке могу извојити докази који су незаконити и на којима се не сме заснивати судска одлука. Прописивањем обавезе издвајања незаконитих доказа у свим фазама има за циљ да се омогући њихово издвајање када је оно у претходној фази пропуштено. Осим иницијативе странака за оцену законитости доказа, суд је дужан да *ex officio* утврђује да ли списи садрже доказе који су незаконити. Међутим истиче се да уколико „такав доказ остане у списима, а не буде изведен на главном претресу, правна последица практично не постоји, јер суд формално правно није на оваквом доказу засновао судску одлуку, па се пресуда неће укинути, а лица која могу да изјаве жалбу на пресуду не могу се

¹⁴⁹⁷ Горан П. Илић *et al.*, 648.

¹⁴⁹⁸ Члан 237 ЗКП.

¹⁴⁹⁹ Види: члан 337 став 6 и 7 ЗКП.

¹⁵⁰⁰ Види одредбе члана 346 став 5 и 6 ЗКП, члана 358 ЗКП и члана 407 ЗКП.

¹⁵⁰¹ Види члан 445 став 2 ЗКП.

жалити због тога што недозвољени доказ није изведен¹⁵⁰². Ипак како Законик о кривичном поступку говори о извајању записника и обавештења у ситуацији када суд утврди да се исти налазе у списима, то се може закључити да није довољно да суд не темељи своју одлуку на овим незаконитим доказима, већ да они не смеју да буду саставни део списка. Овакво тумачење подржано је и чињеницом да се штетност незаконитих доказа посебно одражава на судију који доноси одлуку, па је издвајање из списка нужно како би се спречио фактички утицај на судију а не само на судску одлуку.

2.2. Издвајање доказа у фази истраге

Законик о кривичном поступку уређује фазу истраге, која обухвата бројне надлежности и дужности јавног тужиоца, као органа поступка и загарантована процесна права окривљеног и браниоца, уз ограничена овлашћења суда односно судије за претходни поступак. С обзиром на конципирану јавно – тужилачку истрагу, отпочињање истраге и прикупљање доказа у искључивој је надлежности јавног тужиоца, а по овлашћењу и полиције, а прикупљени резултати истраге не само да се користе на главном претресу, већ, под одређеним условима, представљају непосредну доказну грађу судске одлуке. Судија за претходни поступак, са друге стране, нема ингеренције да контролише отпочињање истраге нити учествује у извођењу доказа, већ има ограничену контролну улогу која се односи на давање налога јавном тужиоцу да предузме одређену доказну радњу, одлучивање о притужбама због неправилности у току истраге, одлучивање по жалби на решења јавног тужиоца у одређеним законом прописаним случајевима и одлучивање о издвајању записника и обавештења. Сматра се да овај потпуно другачији концепт кривичног поступка у „троугаоној“ структури доприноси једнакости оружја странака, јер иако је полицији и тужилаштву препуштена истрага, окривљени касније може да оспорава резултате њиховог рада пред непристрасним судијом¹⁵⁰³.

Суду је дакле, препуштено да по службеној дужности контролише законитост прикупљених доказа у овој фази, а окривљеном и браниоцу је омогућено да иницирају ову оцену и затраже да се незаконити доказе искључе. Судија за претходни поступак ће по службеној дужности или на предлог странака и браниоца донети решење о издвајању записника о овим радњама из списка одмах, а најкасније до завршетка истраге. Иако се изричито не наводи у овој одредби, није спорно да је неопходно да кривични поступак отпочне односно да је наредба о спровођењу истраге донета, да би судија за претходни поступак уопште одлучивао о законитости доказа.¹⁵⁰⁴ После завршене истраге, судија за претходни поступак ће поступити по одредбама ст. 1. и 2. овог члана и у погледу свих обавештења која су, у смислу члана 282. став 1. тачка 2) и став 4. и члана 288. овог законика, јавном тужиоцу и полицији, дали грађани, осим записника из члана 289. став 4. овог законика. Кад јавни тужилац подигне оптужницу без спровођења истраге (члан 331. став 5.), доставиће списе у којима се налазе оваква обавештења судији за претходни поступак, који ће

¹⁵⁰² Горан П. Илић *et al.*, 650.

¹⁵⁰³ Татјана Лукић, „Утицај међународних правних стандарда на обликовање припремног стадијума кривичног поступка“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/11,154.

¹⁵⁰⁴ Овакав став је заузет и једној одлуци Врховног суда Републике Хрватске - одлука VSRH, I KŽ-432/17-4 од 14.09.2017. године, преузета из: А.Гарачић, Д.Новосел (2018а), 239.

поступити по одредбама овог члана. Иста обавеза би требала да постоји и након спровођења доказних радњи.

До завршетка истраге, судија за претходни поступак има обавезу да по предлогу странака и браниоца, али и по службеној дужности издвоји доказе који су прикупљени незаконито односно доказе за које је у законнику прописано да не могу бити коришћени у кривичном поступку или да се на њима не може засновати судска одлука. Законик у овој ситуацији предвиђа рок од „одмах, а најкасније до завршетка истраге“, у којем је судија за претходни поступак дужан да поступи, док се у пракси неретко поступа по принципу „ако се не извоји у овој фази поступка, извојиће се у некој наредној“. Са друге стране, обавеза судије за претходни поступак да извоји записнике и обавештења након завршене истраге или по непосредном оптужењу подразумева обавезу јавног тужиоца да достави списе судији за претходни поступак, који ни тада није везан одређеним роком за одлучивање. Како тужилац не сноси процесну последицу недостављања списка, нити је обавезан на то закоником, док судија за претходни поступак није везан одређеним краћим роком у поступању, није изненађујућа пасивност јавног тужиоца да иницира издвајање доказа, а ни судије за претходни поступак да одлучи по службеној дужности или на предлог странака о издвајању незаконитих доказа.

За разлику од нашег законског решења, у члану 86 став 1 Закона о казненом поступку РХ, прописано је да ће „судац истраге до завршетка истраге, односно предсједник оптужног вијећа након примитка оптужнице на потврђивање, а прије њезина испитивања, на приједлог странака или по службеној дужности, рјешењем одлучити о издвајању незаконитог доказа одмах а најкасније у року од три дана од сазнања. Против рјешења којим је одлучено о приједлогу странака или о издвајању допуштена је посебна жалба. О жалби одлучује виши суд“.

Иако је хрватски процесни законик најпре садржао идентично постављени рок као и у нашем важећем законнику, рок од три дана уведен је новелама, након одлуке Уставног суда Републике Хрватске у којој се између осталог наводи „да не постоје уставноправно прихватљиви разлози због којих није одређен рок у којем истражни судија мора одлучити о издвајању доказа рачунајући од тренутка заступања предлога странака или сопственог сазнања за њих, те иако није овлашћен да одређује рок, Уставни суд сматра да то треба бити најкраћи рок“.¹⁵⁰⁵

Како Законик о кривичном поступку у члану 237 став 3 прописује да ће после завршене истраге, судија за претходни поступак поступити као у ставу 1 и у погледу свих обавештења која су, у смислу члана 282. став 1. тачка 2) и став 4. и члана 288. овог законика, јавном тужиоцу и полицији, дали грађани, то се поставља питање да ли се обавештења дата од стране грађана могу извојити и пре завршетка истраге. Иако наведена одредба доводи до извесних дилема, сматрамо да обавештења дата од стране грађана свакако представљају незаконит доказ који не може бити коришћен нити се судска одлука може на њему заснивати.

Обавештења дата од стране грађана, као што смо у раду већ истакли, имају своју сврху искључиво за доношење одлуке јавног тужиоца да ли ће се покренути истрагу против неког лица или да ли ће поднети непосредну оптужницу, па је упитно да ли она уопште

¹⁵⁰⁵ Одлуке Уставног суда Републике Хрватске број U-I-448/2009, U-I-602/2009, U-I-1710/2009, U-I-18153/2009, U-I-5813/2010, U-I-2871/2011, од 19.07.2012.године (Народне новине број 91/12), цитирано према: А.Гарачић, Д.Новосел (2018а), 239.

морају бити саставни део судских списа након оптужења. Уколико јавни тужилац уз оптужбу не би достављао ова обавештења примљена од грађана, не би било потребе ни инсистирати на њиховом издвајању, јер њихово одсуство нема никакав утицај на будући доказни поступак, а њихово присуство у списима, насупрот томе, итекако може има негативан утицај на непристасност суда који доноси одлуку.

У наведеном члану хрватског кривично процесног закона, прописано да „државни одвјетник уз оптужницу за казнена дјела за која је прописана казна затвора тежа од пет година, не доставља обавијести које су у складу са чланком 208. Закона дали грађани, записнике из чланка 206г ставка 4 овог Закона, те изјаве из чланка 205 ставка 7 овог Закона, а уколико је државни одвјетник доставио обавијести и записнике противно ставку 3 овог чланка, председник оптужног већа дужан их је извојити након примирка оптужнице те вратити државном одвјетнику“.¹⁵⁰⁶

Оваква одредба у хрватском кривичном поступку унета јер се службене белешке о информативним („обавијесним“) разговорима из члана 208 Закона, записници из члана 206г став 4 Закона, те изјаве из члана 205 став 7 Закона уопште и не сматрају доказима и према становишту праксе на њих се и не примењује теорија „плодова отровног дрвета“, док јавни тужилац не доставља суду ове службене белешке и записнике, када се подиже оптужница за кривична дела за која се спроводи истрага (када је прописана казна затвора тежа од пет година), већ само уз оптужницу за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до пет година, јер, без ових белешки, у неким случајевима оптужно веће не би могло донети одлуку о томе хоће ли или не потврдити оптужницу.¹⁵⁰⁷ Након потврђивања оптужнице за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до пет година (за које се не спроводи истраге), оптужно веће ће свакако ове белешке издвојити из списа.

Иако је упитан став да оптужно веће не може потврдити оптужницу за коју није спровена истрага без увида у службене белешке примењене од грађана, овакво решење којим се јавни тужилац обавезује да пре подизања оптужнице, којој је претходило спровођење истраге, издвоји из списа ове белешке сматрамо врло прагматичним и корисним.

2.3. Контрола оптужнице и издвајање доказа

Судска контрола оптужнице, представља важан стадијум у кривичном поступку, који претходи припремном рочишту и главном претресу и чија је основна сврха заштита грађана од незаконитог и неоснованог оптужења пред судом.¹⁵⁰⁸ Законик о кривичном поступку је увео обавезну контролу оптужнице и ојачао улогу кривичног ванрасправног већа, ради заштите права и слобода окривљеног, јер истрагу не спроводи суд, већ државни орган

¹⁵⁰⁶ Види члан 86 став 3 и 4 ЗКП РХ.

¹⁵⁰⁷ А.Гарачић, Д.Новосел (2018а), 239-240.

¹⁵⁰⁸ Више о контроли оптужнице види: Ивана Миљуш, Бојана Станковић, „Контрола оптужнице“–in: *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23, норма, пракса и мере хармонизације)*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVI редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд, 2016., 565-585.

посебно установљен за гоњење учинилаца кривичних дела.¹⁵⁰⁹ Испитујући оптужницу, кривично ванпретресно веће, на основу прикупљених доказа у претходној фази, потврђује постојање вишег степена правно релевантне сумње да је оптужени извршио кривично дело и истовремено "елиминира" оптужнице које не могу бити предмет главног претреса, због материјалних или процесних недостатака који су од утицаја на мериторно одлучивање у кривичном поступку.¹⁵¹⁰ Тако „захтјев да кривични поступак не може ни започети ни трајати ако не постоји вјероватност да је окривљеник кривично одговоран врло је важан с друштвеног становишта: нитко не смије бити узнемираван тиме да се против њега води кривични поступак ако споменуте вјероватности нема“.¹⁵¹¹

Имајући у виду да се суд са доказним материјалом најчешће сусреће приликом контроле оптужења, очекивало се да ће управо у овој фази издвајање незаконитих доказа бити правило, јер спречава да се поступајуће веће, које доноси мериторну одлуку, упозна и контаминира њиховим садржајем. Тиме се спречава да „незаконити докази и неформална полицијска обавештења стижу до судског већа које суди на главном претресу чиме се потиरे сваки смисао њиховог издвајања“.¹⁵¹² Ако, при томе, имамо у виду да је чланом 37. став 1. тачка 4 прописано да судија не може поступати у предмету у коме је одлучивао о потврђивању оптужнице, то је јасно да је интенција законодавца била да поступајући судија не буде упознат са доказима који су издвојени како исти не би утицали на формирање његовог мишљења у одлуци којом се окончава кривични поступак. Одредбом члана 337 став 6 и 7 ЗКП, прописана је *ex officio* обавеза (а не законска могућност) кривичног већа да уколико утврди да се у списима налазе записници или обавештења из члана 237 став 1 и 3 ЗКП, решењем их издвоји из списка.

С друге стране, бранилац и окривљени имају право да у одговору на оптужницу предложе издвајање из списка записнике и обавештења, који садрже незаконите доказе, о којем предлогу веће одлучује посебним решењем. У судској пракси, веће доноси решење само уколико је овакав предлог основан или делимично основан, када решење мора да садржи разлоге за издвајање незаконитих доказа и одлуку по питању преосталог дела захтева за издвајање из списка, јер се о захтеву мора одлучити у целини.¹⁵¹³ Уколико је, пак, предлог одбране оцени као неоснован, веће ће своје разлоге о овом питању изнети у образложењу одлуке у којој оцењује основаност оптужницекоју испитује. Овакво поступање већа, има за последицу да исход решења о потврђивању или друге одлуке од суштинског значаја зависи и од тога да ли је изведен правилан закључак у погледу законитости неког доказа, што ствара извесне потешкоће у пракси.¹⁵¹⁴

Што се тиче поступања већа по службеној дужности, иако је по ступању на снагу ЗКП, кривично веће пре потврђивања оптужнице по правилу, решењем издвајало незаконите доказе, а нарочито службене белешке примљене од грађанина, сада се, таква пракса ретко сусреће, а одредба 337 став 6 и 7 ЗКП примењује се готово искључиво на иницијативу

¹⁵⁰⁹ В. Ђурђић, „Оптужење“, *Унапређење Законика о кривичном поступку, de lege ferenda предлози*, Београд, 2015,88.

¹⁵¹⁰ И.Миљуш, Б.Станковић (2016), 565.

¹⁵¹¹ V.Вауег (1978), 32.

¹⁵¹² М.Грубач, „Нове установе и нова решења Законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. Године“, *Правни записи 2/2011*, 479.

¹⁵¹³ Решење Апелационог суда у Београду Кж2 1417/13 од 04.04.2013. године, из Билтена Апелационог суда у Београду број 6/2014, Београд.

¹⁵¹⁴ И.Миљуш, Б.Станковић (2016), 580.

браниоца и окривљеног. У фази истраге, може се очекивати овакво поступање судије за претходни поступак, јер су овлашћења следбеника истражног судије, по закону, знатно сужена, па је чак замисливо и да судија за претходни поступак уопште ни не дође у „додир“ са тужилачким списима, док овакво поступање у фази контроле оптужења нема много оправдања. Разлог оваком поступању може се приписати и чињеници да је у судској пракси целокупан поступак испитивања оптужнице, на неки начин „релативизован“. Када веће из члана 21 став 4 ЗКП, пропусти да донесе одлуку о издвајању доказа у фази потврђивања оптужнице, „не активира“ се процесна санкција чак и када је предлог о издвајању доказа истакнут у одговору на оптужницу.

У једној одлуци Врховног касационог суда, разматрани су наводи браниоца који је истицао „да је првостепеним решењем потврђена оптужница ВЈТ у Новом Саду и одбијен одговор на оптужницу браниоца окривљеног којим је предложено да се утврди да се у списима предмета налазе незаконити записници и обавештења из члана 237. став 1. и 3. ЗКП, и да се исти издвоје из списка, иако је у овом кривичном предмету у фази истраге донето решење Вишег суда у Новом Саду Кв 656/16 од 22.07.2016. године, којим је констатовано да је записник о претресању стана и других просторија Кп.Пр 94/16 од 21.01.2016. године незаконит доказ али истим решењем нису издвојени и остали писмени докази који су настали из незаконито обављеног претреса стана – записник о увиђају места догађаја од 21.01.2016. године са криминалистичко-техничком докуменатацијом, потврда о привремено одузетим предметима од 21.01.2016. године, извештај о форензичном прегледу лица места и записник о вештачењу материјала сумњивог на дрогу“. Врховни касациони суд је поводом ових навода само закључио да „у поступку испитивања оптужнице веће из члана 21. став 4. ЗКП пре свега цени постојање доказа да се основана сумња да је окривљени извршио кривично дело које му се ставља на терет подигне до нивоа оправдане сумње, као услова за подизање оптужнице, те да је у конкретном случају веће нашло да докази прикупљени током истраге дају довољно основа за закључак о постојању оправдане сумње да је окривљени АА извршио кривично дело које је предмет оптужбе и оптужницу потврдило, док ће сваки појединачни доказ бити предмет оцене суда у даљем току поступка“.¹⁵¹⁵

У кривичноправној теорији се истиче да успостављен поступак контроле оптужнице у седници већа, без присуства странака, у поступку који није контрадикторан, не представља озбиљно и стварно "суђење оптужници" и законитости доказа, већ се може обавити потпуно рутински, пребацујући одговорност са кривичног већа на судеће веће.¹⁵¹⁶

За разлику од нашег законодавног решења, контрадикторни поступак испитивања оптужнице предвиђа немачко право. Оптужница се подноси надлежном суду, пред којим се спроводи тзв. предпретресни поступак на којем суд проверава да ли постоји довољно основа за оптужење, односно да ли егзистира основана сумња, ако нађе да је такав услов испуњен, суд доноси одлуку о "отварању" главног претреса, ако не одлучиће да не "отвори" главни претрес.¹⁵¹⁷

Према одредбама Закона о казненом поступку Републике Хрватске,¹⁵¹⁸ испитивање оптужнице након достављања оптужнице на одговор и по протеку рока за одговор, спроводи

¹⁵¹⁵ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 282/2017 од 18.04.2017. године.

¹⁵¹⁶ Види објашењење: М.Грубач, „Отварање истраге према новом Законику о кривичном поступку“, *Правни записи*, V, 1/2014, 217-234.

¹⁵¹⁷ М.Шкулић (2013), 194.

¹⁵¹⁸ Види члан 348 ЗКП РХ.

се пред оптужним већем на седници већа. На седницу пред оптужним већем позивају се јавни тужилац, оштећени, окривљени и бранилац, с тим да се седница може одржати и у њиховом одсуству.¹⁵¹⁹ Јавни тужилац има обавезу "разоткривања доказа" и износи резултате претходног поступка, укључујући доказе и резултате предузетих радњи, те доказе на којима заснива оптужницу и који оправдавају подизање оптужнице док одбрана на седници оптужног већа указује на пропусте у истрази, незаконите доказе и мора обавестити тужиоца о доказима које ће извести на расправи, односно реч је о делимичном "разоткривању" доказа који такође постоје и у енглеском праву.¹⁵²⁰ На овој седници, предвиђа се и могућност тзв. претходно суђење о законитости доказа, када оптужно веће посумња у законитост појединих доказа или на то укажу странке, а без извођења додатних доказа о томе не може донети одлуку. Веће ће у том случају одложити рочиште и заказати ново, на коме ће извести доказе важне за утврђивање чињеница о законитости доказа, те најпре одлучити о законитости доказа а затим донети одлуку о оптужници.¹⁵²¹ Уколико, пак није нужно изводити додатне доказе, веће ће донети одлуку о издвајању доказа на основу постојећих података.¹⁵²²

С друге стране, у већини држава САД, где се пред великом поротом ни не преиспитује нити контролишу одлуке тужиоца, већ се само формално "печатира" оптужница, како би се поступак наставио, па се и проценат потврђених оптужница креће око 99,6 %, што указује да велика порота "малтене никада не противречи одлуци тужиоца".¹⁵²³

Усмена форма преиспитивања оптужнице, која је тековина англоамеричких система али је све више заступљена у европском континенталном праву, са продором идеје да правичан поступак претпоставља контрадикторно расправљање и у претпретресним фазама кривичног поступка.¹⁵²⁴ У теорији се често истиче да је увођењем потпуно новог система контроле оптужбе, била је прилика да се та контрола уреди у форми претходног рочишта, на коме би странке контрадикторно расправљале о оправданости и законитости извођења окривљеног на главни претрес, те законитости доказа који ће бити предмет оптужбе.¹⁵²⁵ Предвиђањем усмене форме за расправљање о доказима оптужбе и незаконитим доказима пре главног претреса, би по мишљењу аутора, утицало на правовремено изузимање доказа и спречавање контаминација доказног материјала који ће се расправљати на главном претресу, будући да је „преношење“ незаконитих доказа у наредну фазу кривичног поступка погодна тло за остваривање утицаја на суд и његову непристрасност. Контрадикторно рочиште би, свакако, био адекватан процесни инструмент за остваривање права у погледу оспоравања законитости доказа.

¹⁵¹⁹ Члан 348 став 2 ЗКП РХ.

¹⁵²⁰ Види члан 350 ЗКП РХ; Е. Ivičević Karas, D.Kos, „Sudska kontrola optužnice“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, vol.18 broj 2/2011, 12-13.

¹⁵²¹ Види члан 351 ЗКП РХ. У складу са чланом 351 став 5 ЗКП РХ, уколико се ради о оптужници којој није претходила истрага, записници и изјаве издвајају се тек након потврђивања оптужнице.

¹⁵²² Одлуке Врховног суда Републике Хрватске I Кж-US-127/14 i I Кж-US-126/14, цитирано према: А.Гарачић, Д.Новосел (2018а), 240.

¹⁵²³ М.Шкулић (2013), 206.

¹⁵²⁴ В.Ђурђић (2015с), 89-90.

¹⁵²⁵ *Ibid.*, 92., В. Ђурђић напомиње и да је „новим решењем укинуо и досадашње овлашћење већа да позове странке и браниоца на седници већа, како би усмено изложили своје ставове“.

2.4. Издвајање незаконитих доказа у фази главног претреса и одлучивање о предлогу за издвајање

Уколико се не издвоје незаконити докази у фази истраге и контроле оптужнице, суд ће то учинити по службеној дужности или на предлог странка, на припремном рочишту или на главном претресу.¹⁵²⁶ У фази припремног рочишта и уводних излагања, али и током доказног поступка, странке и бранилац имају право да предлажу доказе који ће се извести на усменом јавном главном претресу. Ако је предложено извођење доказа који је незаконит, председник већа ће одбити предлог образложеним решењем.

Одредбом члана 407 ЗКП, прописано је да ће веће одлучити да се из списка издвоје и одвојено чувају: 1) записници о ранијем испитивању лица који се не могу прочитати из разлога наведених у члану 406. став 2. овог законика (записници о ранијем испитивању лица која су ослобођена дужности сведочења не смеју се извести у складу са одредбама овог члана ако та лица нису уопште позвана на главни претрес или су на главном претресу изјавила да неће да сведоче) и 2) записници или обавештења из члана 237. ст. 1. и 3. овог законика.

Ако на основу изведених доказа, веће сматра да није било места издвајању доказа, оно може до завршетка доказног поступка опозвати решење против којег није изјављена жалба и одлучити да се издвојени доказ изведе.¹⁵²⁷

Издавање из списка у фази припремног рочишта и главног претреса од значаја је за „компарацију доказа, одлуку о важности доказа који може бити изведен ван главног претреса и одлуку о прихватању или одбијању извођења других доказа“.¹⁵²⁸ Најчешће, издавање незаконитих доказа у овој фази, предузима се на иницијативу странака, када суд доноси посебно решење, на које постоји право жалбе.

Законик најпре оставља могућност да незаконити докази буду изузети од стране председника већа у фази припремног рочишта, пре него што отпочне доказни поступак. Иако веће издвојене доказе неће користити у образложењу пресуде, али то не значи да их неће имати „у подсвести“ приликом одлучивања.¹⁵²⁹ Тако и Вајер примећује "доказ, већ самим тим што записник о њему постоји у спису мора нужно утјецати на суд код утврђивања чињеница, без обзира на то је ли тај доказ правно ваљан или неваљан, јер суци у својој свијести не могу избрисати утисак што га је тај доказ на њих оставио."¹⁵³⁰ На овај начин, окривљени се ставља у неповољнији положај јер су овакви докази који имају посредан утицај на одлуку суда, готово увек на његову штету.

У судској пракси, запажа се и да суд о предлогу странака, пре свега одбране за издвајање незаконитих доказа одлучује тек на крају доказног поступка, када изведе све доказе, чему доприноси и чињеница да Законик о кривичном поступку не предвиђа рок за одлучивање по предлогу странака за издвајање, осим у фази истраге где се као крајњи рок одређује окончање истраге. Како је законитост доказа претходно питање за одлуку о томе да ли ће се одређени доказ (или доказ изведен из њега) извести на главном претресу, ова готово

¹⁵²⁶ Члан 358 ЗКП.

¹⁵²⁷ Члан 407 став 4 ЗКП.

¹⁵²⁸ Горан П. Илић *et al.*, 977.

¹⁵²⁹ В.Бајовић (2013), 755-756.

¹⁵³⁰ V.Bayer (1978), 106.

устаљена пракса да суд најпре доноси одлуку о извођењу доказа, а тек након тога одлучи о основаности предлога за његово извајање није у складу са духом закона. Прописивањем рока који ће бити, не дужи од три дана, допринело би ефикаснијем и правовременом одлучивању о предлогу за издвајање доказа, док би за странке у поступку било извесно да ли ће одређени доказ, чија законитост се оспорава, бити предмет доказног поступка.

Против одлуке суда о издвајању незаконитих доказа донете у току кривичном поступку,¹⁵³¹ осим када у другостепеном поступку решење о издвајању донесе судија известилац поводом изјављене жалбе,¹⁵³² странке и бранилац имају право жалбе у року од три дана од дана пријема писаног и образложеног решења. Са друге стране, решење о одбијању предлога за издвајање доказа, доноси се на записник, а не у писаном отпракку и против њега странке и бранилац немају право посебне жалбе, већ исто могу побијати кроз евентуалну жалбу на мериторну одлуку суда. Таква одлука суда третира се у процесном смислу, као одлука којом се руководи кривичним поступком и која егзистира у решењу на записнику о главном претресу.¹⁵³³ Овакво поступање је потврђено и од стране Врховног касационог суда, који је у једној својој одлуци „отишао и корак даље“ налазећи да не само да не постоји право жалбе на решење којим се одбија предлог странака да се из списка издвоје незаконити докази, већ сматра да суд у конкретном предмету у којем је истакнут предлог браниоца о издвајању доказа „није у обавези да донесе решење којим се одбија предлог одбране за издвајање наведених доказа, уколико на предлог странака не сматра да се ради о доказу који треба бити издвојен из списка, због чега није ни дужан да донесе одлуку о томе, а све имајући у виду да Законик о кривичном поступку познаје само решење о издвајању, а не и решење којим се одбија предлог за издвајање доказа“.¹⁵³⁴

Предвиђање двостепености само за решење којим се издвајају незаконити докази садржано је и у хрватском процесном закону, а оправдање у кривичноправној теорији и пракси види се у могућности подношења поновног захтева и у даљим фазама поступка све до правноснажности пресуде, чиме уједно подносилац није преклудира у свом праву.¹⁵³⁵ Ипак, ако пођемо од основног циља издвајања незаконитих доказа и њихових штетних последица које могу проузроковати у даљем току поступка, можемо закључити да је право странака и браниоца да предлажу издвајање доказа прописано у свим фазама поступка управо како би се оставила законска могућност њиховог издвајања уколико је она у претходним фазама пропуштена. Самим тим, интенција законодавца није била да се о предлогу за издвајању доказа странке и браниоци одлучује изнова у свакој фази поступка и зарад тог права ускраћује двостепеност такве одлуке.

Супротно томе, аутор сматра да је овакво законско решење је опасно и захтева интервенцију законодавца, будући да на овај начин у кривичним поступцима егзистирају докази о којима није дефинитивно одлучено и не прописује се делотворан механизам за благовремено издвајање законитих од незаконитих доказа чиме се омогућава контаминација доказа током поступка. С обзиром на важност одлуке о законитости једног доказа на остале доказе које су подлога за судску одлуку, преиспитавање одлуке првостепеног суда о одбијању предлога да се извоји доказ као незаконит пре доношења мериторне одлуке,

¹⁵³¹ Члан 237 став 1, члан 337 став 6, члан 407 став 2 ЗКП.

¹⁵³² Члан 445 став 2 ЗКП.

¹⁵³³ Види решење Апелационог суда у Београду Кж2. бр. 619/11 од 17.03.2011. године, цитирано према: Горан П. Илић *et al.*, 977.

¹⁵³⁴ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1182/2014 од 03.12.2014. године.

¹⁵³⁵ Члан 351 ЗКП РХ; А.Гарачић, Д.Новосел (2018а), 1001.

утицало би не само на квалитет судске одлуке којом се решава кривичноправна ствар, већ би умањило и проценат укинутих одлука које садрже незаконит доказ. Када се већ у току поступка коначно реши питање да ли један кључни доказ законит, суду се на неки начин „олакшава“ постао јер ће извесно своју одлуку донети искључиво на основу законитих доказа. И сама судска пракса на неки начин то потврђује, с обзиром да суд не ретко одлучује да извоји доказе и онда када није сасвим извесно да ли су незаконити, а како би на неки начин „тестирао“ другостепени став о њиховој законитости. Поред тога, у појединим случајевима судови су достављали писано и образложено решење о одбијању предлога да се издвоје незаконити докази уз поуку о правном леку да је жалба дозвољена, док су непосредно виши судови прихватили да одлучују о жалби дајући коначну оцену о законитости доказа.¹⁵³⁶

3. Правна средствима којима се побија судска одлука због незаконитих доказа

3.1. Жалбени основ - релативно битна повреда кривичног поступка

Пресуда се може побијати због битних повреда одредаба кривичног поступка, повреда кривичног закона, погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања и због неправилне одлуке о кривичним санкцијама и другим одлукама.¹⁵³⁷ Ради се о недостацима који могу бити правног (материјалног и процесног) или фактичког карактера. Битне повреде одредаба кривичног поступка могу бити апсолутне и оне доводе до незаконитости пресуде аутоматски, због чега није потребно утврђивати узрочно-последичну везу између повреде и правилности и законитости пресуде.¹⁵³⁸ Апсолутне повреде одредаба кривичног поступка су *numerus clausus* одређене у ставу 1. члана 438. ЗКП. Релативно битне повреде одредаба кривичног поступка су оне које у односу на пресуду мора имати каузалну везу, коју утврђује другостепени суд у сваком конкретном случају. Одредбама важећег ЗКП прописује се мањи број апсолутних и већи број релативно битних повреда одредаба кривичног поступка у односу на претходни ЗКП.¹⁵³⁹ Релативно битна повреда одредаба кривичног поступка, између осталог сада постоји ако се пресуда заснива на незаконитом доказу, осим ако је, с обзиром на друге доказе, очигледно да би и без тог доказа била донесена иста одлука. Овако постављена одредба претпоставља утврђивање узрочно – последичне везе између незаконитог доказа и његове важности за доношење пресуде. Дакле, у ситуацији када је доказ по свом значају незнатан, јер није утицао на доношење одлуке у битном делу (не односи се на битна законска обележја дела и није одлучујући за утврђивање учиниоца дела) у том случају не би имало ни

¹⁵³⁶ Решење Другог основног суда у Београду К 1565/19 од 18.03.2020. године и решење Вишег суда у Београду Кж2 742/20 од 22.06.2020. године.

¹⁵³⁷ Члан 437 ЗКП.

¹⁵³⁸ Милан Шкулић, „Жалба као редован правни лек (појам, врсте и основне карактеристике)“, *Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, Београд, 2016, 123.

¹⁵³⁹ Тако на пример, неправилности у изреци и образложењу пресуде биле апсолутно битне повреде одредаба кривичног поступка, попут пресуде без образложења, или са нејасним и противуречним образложењем у погледу одлучних чињеницама - види: члан 368. став 1. тачка 11. ЗКП из 2001. године.

места закључку да пресуда садржи наведену битну повреду.¹⁵⁴⁰ То даље значи да „не постоји необорива законска претпоставка да је ова повреда утицала на законитост и правилност одлуке (што би за последицу имало њено обавезно укидање), него се у сваком конкретном случају, утврђује њен утицај на одлуку.¹⁵⁴¹

Слично становиште заузето је у немачкој теорији и пракси, у којој се сматра да се пресуда темељи на незаконитом доказу само ако постоји узрочна веза између незаконитог доказа и пресуде, тј. ако би без спорног доказа пресуда била другачија, с тим да је довољна и могућност другачије пресуде.¹⁵⁴² У хрватском кривичнопроцесном законодавству је ЗКП из 1993. године, садржао истоветну одредбу као и наш кривичнопроцесни процесни закон (члан 354. ст. 1. тач. 8. ЗКП/93), док сада заснивање пресуде на незаконитом доказу третира као апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка, која доводи до његовог укидања.¹⁵⁴³

Иако важећи ЗКП *prima facie* прокламаторно више инсистира на законитостима у прикупљању доказа, интересантно је да он истовремено враћа решење из 1976. године по коме битна повреда поступка постоји ако се "пресуда заснива на доказу на коме се по одредбама овог законика не може заснивати, осим ако је, с обзиром на друге доказе, очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда", која повреда је сврстана у релативне повреде и на њу другостепени суд више не пази по службеној дужности.¹⁵⁴⁴ Васиљевић је критиковао наведено решење које је било заступљено и у ЗКП из 1976. године, сматрајући да правила о изузимању незаконитих доказа оваквом одредбом губе на значају, јер се пресуда никада не заснива само на једном доказу, па је увек могуће "образложити" да би пресуда била иста таква и без тог једног ништавог доказа, док је "оцена да ли би пресуда била иста и да је тај доказ изостао представља област чистих претпоставки!"¹⁵⁴⁵ И заиста тешко је замислити да се пресуда заснива на једном доказу, па је тешко замислити ситуације у којима без тог једног доказа не би била донета иста пресуда.

Овако постављена законска одредба установљава обавезу другостепеног суда да испита да ли би пресуда без незаконитог доказа била иста или другачија односно да оцени који је значај незаконитог доказа у односу на донети кривичнопроцесни закључак у судској одлуци. Међутим, да би другостепени суд утврдио утицај незаконитог доказа на пресуду, потребно је да то утврђује у односу на преостале доказе, јер незаконити докази поред непосредног утицаја на одлуку, врше и посредни утицај на оцену свих осталих доказа, који због забрањених доказа добијају или губе уверљивост и приказују се суду у другој светлости.¹⁵⁴⁶ Оваква одлука би се могла донети само након отварања главног претреса и извођења доказа поново, а не у седници већа као што се у пракси чини. Такође, другостепени суд ценећи значај доказа на судску одлуку није у могућности да оцени у којој мери је судија који је донео одлуку био под стварним утицајем тог незаконитог доказа.

¹⁵⁴⁰ Љ. Петеновић, „Докази на којима се не може заснивати пресуда“, *Билтен Врховног касационог суда* 3/2014, Интермех, Београд, 122.

¹⁵⁴¹ М.Писарић (2021), 437-438.

¹⁵⁴² Roxin/Schünemann (2014), 10. Poglavlje, цитирано према: I.Martinović, D.Kos, (2016), 330.

¹⁵⁴³ Види члан 468 став 2 ЗКП РХ.

¹⁵⁴⁴ В. Бајовић (2013), 754; Види и члан 451 став 1 ЗКП који прокламује да другостепени суд у жалбеном поступку испитује пресуду искључиво у оквиру основа, дела и правца побијања који су истакнути у жалби.

¹⁵⁴⁵ Т. Васиљевић (1981), 604.

¹⁵⁴⁶ Ibidem.

Како се не могу успоставити јасни критеријуми за оцену утицаја незаконито изведеног доказа, на донету пресуду то је и пракса судова неуједначена и доводи до правне несигурности. Анализом другостепених одлука, долазимо до закључка да судови олако приступају оцени утицаја незаконитих доказа у односу на преостале доказе односно да релативизују постојање незаконитих доказа у зависности од његовог значаја. На тај начин, другостепени суд кроз своју оцену „да ли би пресуда и без незаконитог доказа била иста“, конвалидира незаконити доказ, који остаје део доказне грађе једне судске одлуке, док пропушта своју закониту обавезу да у другостепеном поступку извоји незаконит доказ.

Релативизовање постојања незаконитих доказа кроз предвиђање релативно битне повреде одредаба кривичног поступка, доводи до тога да санкција за незаконито изведене доказе неретко изостане, а странке у поступку ставља у неповољнији положај јер кроз жалбу морају да докажу незаконитост доказа и његов утицај на одлуку суда, што је у искључивој надлежности суда. Да би издвајање незаконитости доказа било ефективно неопходно је да заснованост пресуде на незаконитом доказу представља апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка, коју другостепени суд испитује *ex officio*, као што је то било предвиђено у нашем раније важећем кривичнопроцесном закону. Постојање незаконитог доказа у судској одлуци, онемогућава да се прихвати чињенично стање као правилно и потпуно утврђено, те самим тим, прихвате и правни закључци првостепеног суда на којима се пресуда заснива, због чега је једина ефикасна процесна санкција да се пресуда која садржи незаконити доказ укине и предмет врати суду на поновно суђење.

ЕКЈП се у својим одлукама, утврђујући повреду права из члана 6. став 1. ЕКЈП, бавио и питањем „одлучујућег значаја“ незаконитог доказа за доношење осуђујуће пресуде. Тако је у предмету *Станимировић против Србије*¹⁵⁴⁷ суд је утврдио повреду члана 6. став 1. ЕКЈП, јер је као доказ у поступку коришћено признање које је окривљени дао пред истражним судијом, након претходног злостављања у полицијској станици употребом бејзбол палице и струјним ударима у гениталије, гушењем пластичном кесом и подвргавањем претњама смрћу, када му је констатован и потрес мозга. ЕКЈП је разматрао наводе Владе да изјаве окривљеног нису биле једини доказ, због чега се не ради о повреди права из члана 6 став 1 ЕКЈП, али је закључио између осталог, да је "без обзира на утицај тих изјава на исход кривичног поступка, сама њихова употреба учинила да поступак буде неправичан у целини".¹⁵⁴⁸ И у предмету *Хајнал против Србије*,¹⁵⁴⁹ ЕСЈП је утврдио повреду члана 6. став 1. ЕКЈП и дошао до истог закључка да је поступак неправичан у целиности без обзира да ли је употреба исказа који је дао под принудом, одлучујућа у обезбеђивању осуђујуће пресуде.

Последице овакве „релативизације незаконитих доказа“ утиче на поступање првостепеног органа при оцени законитости доказа. Наиме, првостепени суд уместо издвајања незаконитих доказа, оцењује приликом доношења првостепене одлуке „да ли би се иста одлука донела на основу преосталих доказа“. Осим тога, примећено је и да судови када се ради о незаконитом доказу најчешће не доносе одлуку о издвајању већ само не заснивају пресуду на оваквом доказу који и даље егзистира у списима предмета. Судска пракса је установила погрешно тумачење да се судска одлука не заснива на незаконитом доказу, ако је тај доказ изостављен у чињеничном образложењу пресуде. У хрватској теорији и пракси сматра се да се пресуда заснива на незаконитом доказу који је изведен на расправи, а није

¹⁵⁴⁷ Види: *Станимировић против Србије*, ЕСЈП, представка број 26088/06, 18. октобар 2011.

¹⁵⁴⁸ М.Сладојевић, 109-110.

¹⁵⁴⁹ Види: *Хајнал против Србије*, ЕСЈП, представка број 36937/06, 19. јун 2012.

издвојен из списка, чак и онда кад суд у образложењу уопште не анализира такав незаконити доказ или кад изричито наведе да тај доказ због његове незаконитости не узима у обзир.¹⁵⁵⁰ Тако је и Врховни суд Републике Хрватске у одлуци И Кж-874/12, изразио став „да се пресуда темељи на незаконитом доказу у случају у којем је суд пропустио издвојити ранији исказ привилегираног свједока који није позван на расправу“. У одлуци се наводи да „када је [првоступањски суд] код израде побијане пресуде уочио тај пропуст, покушао га је санирати истицањем да исти није утјецао на пресуду јер га није анализирао нити на њему темељио пресуду. Међутим, тиме што је наведени доказ изведен противно изричитој одредби ЗКП (читањем исказа привилегираног свједока који није позван на главну расправу) – он је постао незаконити доказ јер је требао бити издвојен из списка и на њему се није могла темељити судска одлука“. ¹⁵⁵¹ Иако је у ранијој хрватској пракси превладавало тумачење да се пресуда заснива на незаконитом доказу само ако је тај доказ кориштен у аргументацији спорне одлуке,¹⁵⁵² сматра се да се строжијим тумачењем даје превага правима окривљеног у односу на интерес кривичног гоњења.

3.2. Основ за ванредни правни лек и пракса ВКС

Захтев за заштиту законитости је ванредни и деволутивни правни лек, који представља „својеврсни инструмент који обезбеђује владавину права предвиђену самим Уставом Србије“. ¹⁵⁵³ Захтев за заштиту законитости може се поднети ако је правноснажном одлуком или одлуком у поступку који је претходио њеном доношењу повређен закон, примењен закон за који је одлуком Уставног суда утврђено да није у сагласности са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, повређено или ускраћено људско право и слобода окривљеног или другог учесника у поступку које је зајемчено Уставом или Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода и додатним протоколима, а то је утврђено одлуком Уставног суда или Европског суда за људска права. ¹⁵⁵⁴ У смислу наведене одредбе, повреда закона постоји ако је правноснажном одлуком или у поступку који је претходио њеном доношењу повређена одредба кривичног поступка или ако је на чињенично стање утврђено у правноснажној одлуци погрешно примењен закон. То ће, између осталог, бити у ситуацији када је учињена и релативно битно повреда одредаба кривичног законика прописана чланом 438. став 2. тачка 1 ЗКП односно уколико се ако се пресуда заснива на незаконитом доказу, осим ако је, с обзиром на друге доказе, очигледно да би и без тог доказа била донесена иста одлука, под условом да је против те одлуке користио редовни правни лек.

Сматра се да је ово најчешће истицана повреда поступка у захтевима за заштиту законитости, па се из праксе Врховног касационог суда могу сагледати заузети ставови у погледу незаконитих доказа и параметри за оцену када је "очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда". Подносилац захтева за заштиту законитости је дужан не само да укаже на повреду закона из члана 438. став 2. тачка 1 ЗКП и прецизира који доказ је

¹⁵⁵⁰ I.Martinović, D.Kos, (2016), 330.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, 331.

¹⁵⁵² V. Kos, „Bitna povreda odredaba kaznenog postupka – nezakoniti dokazi“, *Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva*, Inženjerski biro, 2005, 189-229

¹⁵⁵³ М. Шкулић, Т. Бугарски, 526.

¹⁵⁵⁴ Члан 485 ЗКП.

незаконит сам по себи или по начину прибављања, већ и да образложи у чему се та повреда конкретно састоји, обзиром да Врховни касациони суд није овлашћен да по службеној дужности испитује повреду закона на коју се захтевом указује, а у супротном захтев за заштиту законитости ће се сматрати недозвољен.¹⁵⁵⁵

Увидом у судску бази пресуда Врховног касационог суда,¹⁵⁵⁶ уочено је да је Врховни касациони суд по захтевима за заштиту законитости, разматрајући повреду закона из члана 438. став 2. тачка 1 ЗКП, у већини случајева одбио захтев за заштиту законитости, оцењујући да није учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1. ЗКП, прихватајући разлоге жалбеног суда, док је у појединим пресудама суд указао да иако постоје незаконитости у прикупљању и извођењу доказа, оне не доводе до укидања пресуде, јер би с обзиром на друге доказе, очигледно и без незаконитог доказа била донета иста пресуда.¹⁵⁵⁷

У пресудама у којима се констатује да није учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1. ЗКП, Врховни касациони суд углавном не образложе разлоге за такав закључак, већ упућује на образложење жалбеног суда. Тако је у једној пресуди, бранилац „означио као незаконит доказ доказну радњу препознавања лица, која је извршена после две године од критичног догађаја, и којој није присуствовао бранилац окривљеног нити је позван нити обавештен о препознавању, а Врховни касациони суд је закључио да је „околности наведене у предметном захтеву одбрана окривљеног изнела у жалби изјављеној против првостепене пресуде, које је другостепени суд оценио као неосноване и с тим у вези, у образложењу пресуде, на страни три став два и три дао довољне и јасне разлоге, које Врховни касациони суд прихвата и, у смислу одредбе члана 491. став 2. ЗКП, на те разлоге упућује“.¹⁵⁵⁸

Када наводи подносиоца захтева за заштиту законитости о незаконитом начину прибављања доказа нису били предмет оцене другостепеног суда, Врховни касациони суд се упушта у анализу начина прибављања доказа и даје разлоге о њиховој (не) законитости. У једној пресуди Врховни касациони суд је разматрао наводе браниоца истакнуте у захтеву за заштиту законитости па је утврдио да су „неосновани наводи браниоца окривљеног изнети у захтеву за заштиту законитости да је доказна радња препознавања окривљеног од стране сведока оштећеног ББ незаконита и из разлога јер оштећени у поднетој кривичној пријави од 21.09.2019. године није пружио никакав опис изгледа лица извршиоца кривичног дела, већ је то учинио тек непосредно пре обављања самог препознавања дана 14.10.2019. године и у свом исказу датом пред ОЈТ у Суботици дана 31.10.2019. године“. Суд је даље констатовао да „кривична пријава није доказ у кривичном поступку, већ представља само обавештење надлежном органу о извршеном кривичном делу и она може бити само повод и основ за

¹⁵⁵⁵ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1037/19 од 30.10.2019. године.

¹⁵⁵⁶ Ауторка је извршила увид у 151 пресуду Врховног касационог суда, донету по захтеву за заштиту законитости у општем кривичном поступку (КЗЗ) и 7 пресуда, донетих по захтеву за заштиту законитости у кривичном поступку за организовани криминал (КЗЗ ОК). Све пресуде које су цитиране у раду су доступне у судској бази ВКС, на сајту <https://www.vk.sud.rs>.

¹⁵⁵⁷ Више о прецизнијим статистичким подацима за 2019. годину и 2020. годину види: М.Писарић (2021), 439-441.

¹⁵⁵⁸ Види пресуду Врховног касационог суда Кзз 1230/2021 од 23.11.2021. године. Слично образложење садрже и пресуде Врховног касационог суда: Кзз 1162/2021 од 26.10.2021. године, Кзз 875/2021 од 21.10.2021. године, Кзз 999/2021 од 30.09.2021. године, Кзз 673/2021 од 22.06.2021. године, Кзз 595/21 од 01.06.2021. године, Кзз 512/21 од 13.05.2021. године, Кзз 494/21 од 11.05.2021. године, Кзз 1464/2020 од 22.12.2020. године, Кзз 1243/20 од 10.11.2020. године, Кзз 1209/20 од 28.10.2020. године, Кзз 696/2020 од 1.9.2020. године, Кзз 541/2020 од 01.07.2020. године, Кзз 471/20 од 17.06.2020. године, Кзз 995/19 од 11.12.2019. године и др.

покретање кривичног поступка, али сама по себи не служи као доказ чињеница које би биле релевантне за кривични поступак, то је следствено томе за законитост доказне радње препознавања лица потпуно ирелевантан опис нападача дат од стране оштећеног у кривичној пријави“.¹⁵⁵⁹ У пресуди Врховног касационог суда Кзз 580/21, суд оцењује да је „извештај Центра за социјални рад Коцељева број 02-560-404 од 01.10.2020. године сачињен је од стране овлашћене институције коју оснива Република Србија – Центра за социјални рад Коцељева, у складу са одредбама Породичног закона и Правилника о организацији и нормативима и стандардима рада Центра за социјални рад, који сам по себи, нити по начину прибављања није у супротности са Закоником о кривичном поступку, те како је наведени извештај сачињен од стране стручног лица и у свему према правилима струке и представља исправу издату од стране надлежног државног органа у законом прописаној процедури, која је у смислу члана 2. став 1. тачка 26) ЗКП подобна да се користи у кривичном поступку, она не представља незаконит доказ у смислу навода захтева за заштиту законитости браниоца окривљеног АА“.¹⁵⁶⁰

Уколико се у захтеву за заштиту законитости оспорава веродостојност и поузданост доказа за који се истиче да је прибављен незаконито, о таквим наводима Врховни касациони суд не расправља сматрајући да се ради о истицању погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања у правноснажној пресуди, односно повреди закона из члана 440. ЗКП, што чини тај део захтева за заштиту законитости недозвољеним.¹⁵⁶¹ Анализом пресуда Врховног касационог суда, може се приметити и да се поједина питања која су од значаја за законитост доказа олако тумаче као чињенична утврђења суда која нису предмет разматрања Врховног касационог суда. Тако је суд у једној пресуди оценио као недозвољен део захтева за заштиту законитости, констатујући следеће: „Образлажући повреду закона из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП, бранилац окривљеног оспорава чињенице у вези начина под којим је окривљени потписао потврду о привремено одузетим предметима, наводећи да је окривљени то учинио под принудом, услед батина које је добио од стране овлашћених службених лица. На описани начин, бранилац окривљеног оспорава погрешно и непотпуно утврђено чињенично стање, у погледу околности под којима је окривљени потписао потврду, односно указује на повреду закона из члана 440. ЗКП. На исту повреду закона, бранилац окривљеног указује и наводима да су другостепеном пресудом Апелационог суда у Београду погрешно утврђене чињенице везане за примену принуде над окривљеним и повреде које је окривљени Иваном Раденковићем задобио критичном приликом. Поред изнетог, на повреду закона из члана 440. ЗКП, бранилац окривљеног указује и наводима да је погрешно утврђено чињенично стање, у побијаним пресудама, везано за начин настанка повреда код оштећеног, те стим у вези анализира исказ сведока – полицајца АА и снимак видео камере“.¹⁵⁶² Питање да ли је приликом прибављања доказа дошло до принуде је важно питање за законитост доказа, а тек потом за утврђено чињенично стање, нарочито када се потписивање потврде узима као околност за закључак да су предмети одузети од окривљеног код њега и пронађени, па уколико окривљени услед принуде потпише потврду, такав доказ не би могао да се користи у кривичном поступку.

¹⁵⁵⁹ Види пресуду Врховног касационог суда Кзз 852/2021 од 08.09.2021. године. Види и пресуде Врховног касационог суда Кзз 1243/20 од 10.11.2020. године, Кзз 868/20 од 09.09.2020. године.

¹⁵⁶⁰ Види пресуду Кзз 580/21 од 27.05.2021. године. Види и пресуде Врховног касационог суда Кзз 1243/20 од 10.11.2020. године, Кзз 868/20 од 09.09.2020. године, Кзз 907/2019 од 25.09.2019.године, Кзз 803/2019 од 05.09.2019. године.

¹⁵⁶¹ Види образложење пресуде Врховног касационог суда Кзз 1022/2021 од 21.09.2021.године у делу који се односи на ДНК вештачење и његове резултате.

¹⁵⁶² Пресуда Врховног касационог суда Кзз 65/21 од 02.02.2021. године.

У пресудама у којима је суд констатовао да постоје незаконитости у прикупљању и извођењу доказа, али да оне не доводе до укидања пресуде, јер би с обзиром на друге доказе, очигледно и без незаконитог доказа била донета иста пресуда, образложење не садржи оцену осталих доказа нити утицај незаконитог доказа на њих. У једној пресуди, Врховни касациони суд констатује да „бранилац основано у поднетом захтеву истиче да је поступљено супротно законским прописима приликом саслушања малолетног АА на записнику о саслушању осумњиченог пред овлашћеним службеним лицима ПУ Нови Сад дана 08.11.2020. године, имајући у виду да је, према одредби члана 60. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица предвиђено да полиција једино и искључиво има права да од малолетника прикупља обавештења у присуству родитеља, усвојоца, односно стараоца малолетника и да то обавља полицајац за малолетнике који је стекао посебна знања из области права детета и преступништва младих, а да никако нема овлашћења да саслушава малолетника у својству осумњиченог лица, нити малолетник у кривичном поступку може имати својство осумњиченог, окривљеног, оптуженог или осуђеног лица, док је у конкретном случају, малолетни АА дана 08.11.2020. године пред овлашћеним службеним лицима ПУ Нови Сад саслушан у својству осумњиченог лица, како то произилази из наведеног записника“. Међутим, Врховни касациони суд у овој одлуци констатује да „иако се ради о незаконито прибављеном доказу, није учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП, јер се у конкретном случају правноснажна пресуда заснива на исказима саслушаних сведока, исказу оштећеног, исказима судских вештака, налаза и мишљења Биолошког факултета у Београду, налаза и мишљења вештака судске медицине и вештака трасолога- балистичара, налаза и стручног мишљења Центра за социјални рад, материјалним доказима у списима предмета – фотографије и видео записи сигурносних камера, записника ПУ Нови Сад о увиђају места догађаја, фотодокументације са извештајем о форензичком прегледу лица места, потврде о привремено одузетим предметима, записника о претресању стана и других просторија од 07.11.2020. године..., на основу којих доказа је очигледно да би и без исказа малолетног АА датог у ПУ Нови Сад дана 08.11.2020. године била донета иста пресуда“.¹⁵⁶³

Слично, Врховни касациони суд у својој одлуци констатује незаконитост доказа, по свом начин прибављања, наводећи да „стоји навод захтева браниоца окривљеног ВВ да препознавање окривљеног ВВ и окривљених ГГ и ДД, од стране сведока оштећених дана 09.11.2012. године у просторијама МУП-а РС ПУ Ниш, а о којој доказној радњи је сачињено 8 записника о препознавању лица МУП-а РС ПУ Ниш ОКП КУ.бр.2864/12, није обављено у свему у складу са одредбом члана 104. став 1. раније важећег ЗКП, обзиром да је сведоцима оштећенима приликом обављања препознавања, од показаних лица у врсти, уместо једног лица, истовремено показано три лица у врсти против којих је касније покренут кривични поступак у коме су та лица оглашена кривим и осуђена на затворске казне, дакле приликом сваког од 8 препознавања обављених дана 09.11.2012. године сведоцима оштећенима је уместо једног окривљеног истовремено показано више окривљених, у конкретном случају три окривљена (окривљени ВВ, ГГ и ДД), а што није законито“. Ипак, суд сматра да би с обзиром на друге доказе које такстативно набраја „очигледно и без наведених записника о препознавању лица, као незаконито изведених доказа, била би донета иста пресуда, то, самим тим, неосновано бранилац окривљеног истиче да је учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП као повреда поступка која је била од апсолутног утицаја на законитост и правилност правноснажне пресуде“.¹⁵⁶⁴ Исти став је

¹⁵⁶³ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1022/2021 од 21.09.2021.године.

¹⁵⁶⁴Пресуда Врховног касационог суда Кзз 246/2021 од 10.03.2021.године. Види и пресуде Врховног касационог суда: Кзз 173/21 од 09.03.2021. године, Кзз 1070/2019 од 23.10.2019. године.

Врховни касациони суд заузео када је као основане оценио наводе захтева за заштиту законитости „да сведок АА као ванбрачна супруга осуђеног ББ представља лице које у смислу члана 94. став 4. ЗКП има основа да у конкретном случају ускрати сведочење и према окривљеном Александру Атанасковићу, због чега је обавеза суда да је о томе упозори а према одредби члана 94. став 3. ЗКП, што суд није учинио већ је без упозорења саслушао као сведока и између осталог на њеном исказу засновао пресуду, иако се према одредби члана 95. став 4. ЗКП, се на таквом исказу не може заснивати судска одлука“. Закључак да се не ради о незаконитом доказу у овом случају, суд је засновао на чињеници да ова процесна повреда не постоји уколико је с обзиром на друге доказе очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда, уз констатацију да овај сведок нема непосредних сазнања о самом кривичном делу.¹⁵⁶⁵ У одлуци Врховног касационог суда Кзз 1243/19 је као основан оцењен навод браниоца „да је првостепени суд у току поступка извео доказ – увид у садржину записника о саслушању окривљеног ВВ пред истражним судијом Првог основног суда у Београду 15.01.2015. године, а који је конкретном приликом саслушан без присуства браниоца, а да је одбрана била обавезна, али није утврдио битну повреду одредаба кривичног поступка јер се правноснажне пресуде се не заснивају само на том доказу, већ и на другим исказима овог осумњиченог датим пред полицијом и на главном претресу, па у конкретном случају била би донета иста пресуда и без тог доказа, посебно имајући у виду и друге доказе ближе наведене у образложењу првостепене пресуде“.¹⁵⁶⁶

Из истих разлога, Врховни касациони суд није укинуо правноснажне пресуде и констатовао повреду закона у смислу одредбе члана 438. став 2. тачка 1. ЗКП у ситуацији када су се побијане пресуде заснивале на доказима који су решењем судије појединца, у току поступка изузети из списка предмета, те је одлучено да се на њима не може заснивати судска одлука. Суд је у својој одлуци то најпре констатовао наводећи „да стоји чињеница да основни налаз и мишљење судског вештака економско- финансијске струке Момчила Аритоновича од 29.04.2013. године, као и допунски налаз од 15.11.2015. године, нису могли бити коришћени као докази у доказном поступку, будући да су решењем суда исти издвојени из списка предмета на основу члана 407. став 1. тачка 2. ЗКП, а да до завршетка доказног поступка суд није опозвао предметно решење сходно члану 407. став 4. ЗКП, нити је у вези тога одлучио да се издвојени доказ изведе“. Ипак, мишљење суда је да „с обзиром на друге изведене доказе, очигледно је да би и без овог доказа била донесена иста пресуда, због чега у конкретном случају није дошло до битне повреде одредаба кривичног поступка у смислу члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП, због које је нужно укидање правноснажних пресуда“.¹⁵⁶⁷

У неколико пресуда којима је одбијен захтев за заштиту законитости, Врховни касациони суд образлаже и да поједине незаконитости не чине а priori доказ незаконитим у садржинском смислу, па самим тим се не мора издвојити из списка. У једној одлуци, Врховни касациони суд наводи да „стоји чињеница да овлашћена службена лица нису у конкретном случају поступила у смислу члана 160. ЗКП, односно о претресу без наредбе суда нису поднели извештај судији за претходни поступак (а што је неспорно утврђено у току овог поступка), што представља поступање супротно овој законској одредби, али то не чини записник о претресању стана и других просторија незаконитим доказом, јер Законик о кривичном поступку не прописује да се услед овог пропуста, на наведеном доказу (записник) не може заснивати пресуда (апсолутно незаконит доказ), већ се ради о релативно битној

¹⁵⁶⁵ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 202/2020 од 20.05.2021. године.

¹⁵⁶⁶ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1243/19 од 27.11.2019. године. Види и пресуде Врховног касационог суда Кзз 173/21 од 09.03.2021. године и Кзз 127/2019 од 06.02.2019. године.

¹⁵⁶⁷ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 653/2019 од 25.06. 2019. године.

повреди одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 3) ЗКП у вези члана 160. ЗКП, која није од утицаја на законитост овог доказа¹⁵⁶⁸. Слично, суд у другој пресуди утврђује да: „стоји чињеница да окривљени ВВ, који није имао браниоца од почетка саслушања, са истим након што је приступио на саслушање није имао поверљив разговор, али, по ставу Врховног касационог суда, наведена околност - при чињеници да је из списка предмета видљиво да је окривљени ВВ, приликом саслушања пред истражним судијом у својству осумњиченог, дана 05.10.2012. године, поучен о својим правима у кривичном поступку, пре свега о праву на браниоца, те да није дужан да изнесе своју одбрану, нити да одговара на поједина питања, не чини тај доказ односно његов исказ незаконитим, нити су на тај начин повређена права окривљеног на одбрану, посебно имајући у виду да ухапшени и бранилац имају право, али не и обавезу да пре првог саслушања обаве поверљив разговор, па самим тим ни поука о праву на поверљив разговор, као ни констатација у вези такве поуке на записнику, у конкретном случају, нису ни били обавезни и не чине његов саставни део“¹⁵⁶⁹.

У пресуди Кзз 443/2020, суд констатује повреду релативног карактера, наводећи да „иако стоји чињеница да тада поступајући судија и записничар нису, у складу са одредбама чланова 235. и 240. став 1. ЗКП, након завршетка заседања и састављања записника о главном претресу потписали записнике на крају, по налажењу Врховног касационог суда, та чињеница не чини овај доказ а priori незаконитим у садржинском смислу и нема за последицу његово обавезно издвајање из списка предмета, имајући у виду да одредбама чланова 235. и 240. став 1. ЗКП није изричито прописано да ако записник на крају не потпише лице које је предузело радњу, односно поступајући судија и записничар да се на том доказу не може заснивати судска одлука“. Овакву повреду, Врховни касациони суд сматра „повредом релативног карактера, која нема за последицу увек незаконитост доказа, већ је суд овлашћен да у току поступка цени законитост тог доказа, односно да ли је повреда одредаба чланова 235. и 240. став 1. ЗКП таквог значаја да тај доказ треба издвојити из списка предмета, а што је суд у конкретном случају учинио и оценио да су наведени записници о главном претресу законити и да их не треба издвојити из списка“¹⁵⁷⁰. На исти начин суд је поступио и када „записник о саслушању није садржао изричито упозорење у смислу чл. 85. ст. 3. ЗКП“¹⁵⁷¹ као и „када су окривљени и бранилац обавештени о дану испитивања сведока, а он је испитан другог дана“¹⁵⁷².

Такође, Врховни касациони суд је констатовао незаконитости у прибављању појединих доказа, али због околности да се правноснажна пресуда не заснива на том доказу није утврђивао повреду прописану одредбом члана 438. став 2. тачка 1. ЗКП. У једној пресуди, Врховни касациони суд констатује да су „неосновани наводи захтева за заштиту законитости браниоца окривљеног у делу у којем као незаконите доказе које је требало издвојити из списка предмета означава исказе сведока ВВ, покојне супруге окривљеног дате на записницима са главног претреса одржаног дана 24.01.2018. године и дана 27.06.2018. године. Као разлог незаконитости исказа датог дана 24.01.2018. године, бранилац истиче да ВВ као привилеговани сведок није упозорена од стране судије на њено право из члана 94. ЗКП да не мора да сведочи, а и у случају да је и упозорена то није убележено у записник, док

¹⁵⁶⁸ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1504/2020 од 19.01.2021. године. Исти став у погледу ове доказне радње и неподношења извештаја судији за претходни поступак заузет је у пресуди Врховног касационог суда Кзз 202/20 од 20.05.2020. године.

¹⁵⁶⁹ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1264/2020 од 10.12.2020. године.

¹⁵⁷⁰ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 443/2020 од 17.06.2020. године.

¹⁵⁷¹ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 219/2020 од 19.05.2020. године.

¹⁵⁷² Пресуда Врховног касационог суда Кзз 969/2020 од 06.10.2020. године.

бранилац као разлог незаконитости исказа овог привилегованог сведока датог на записнику о главном претресу дана 27.06.2018. године наводи да је овај исказ контаминиран незаконитим доказом и представља „плод отровног дрвета“ из разлога јер, и поред тога што је приликом њеног испитивања дана 27.06.2018. године привилеговани сведок упозорена у смислу члана 94. ЗКП на њено право да не мора да сведочи, поступајући судија јој је током тог њеног испитивања предочавао њен претходни исказ од 24.01.2018. године, а који по браниоцу представља незаконит доказ. Изнети наводи захтева за заштиту законитости браниоца окривљеног су, по оцени Врховног касационог суда, неосновани, јер из списка предмета произилази да је побијана правноснажна пресуда заснована само на исказу сведока ВВ, покојне супруге окривљеног датом на записнику о главном претресу од 27.06.2018. године, а који исказ представља законит доказ и суд га је правилно извео као доказ прочитавши га на главном претресу одржаном дана 23.10.2020. године сходно члану 406. став 1. тачка 1. ЗКП јер је наведени сведок у међувремену преминула. Приликом њеног испитивања на главном претресу одржаном дана 27.06.2018. године овај привилеговани сведок је упозорена у смислу члана 94. ЗКП да не мора да сведочи (што наводи и сам бранилац у поднетом захтеву) и она се изричито одрекла привилегије да не сведочи и изјавила је да жели да сведочи. Тачан је навод браниоца окривљеног да је овом привилегованом сведоку приликом њеног испитивања на главном претресу одржаном дана 27.06.2018. године предочен њен исказ дат на записнику сачињеном на главном претресу одржаном дана 24.01.2018. године, али се сведок ВВ ограда од тог свог исказа и на њему суд није засновао побијану правноснажну пресуду¹⁵⁷³.

Што се тиче усвојених захтева за заштиту законитости,¹⁵⁷⁴ уочено је да је Врховни касациони суд на два начина утврђивао повреду из члана 438. став 2. тачка 1 ЗКП. Најпре суд је утврђивао да се ради о незаконитом доказу, које има за последицу укидање правноснажних пресуда, у ситуацији „када с обзиром на друге доказе изведене у овом кривичном поступку, није очигледно да би и без тог доказа била донета иста пресуда“ односно када из преосталих доказа нису на несумњив начин утврђене одлучне чињенице за доношење пресуде. Осим тога, Врховни касациони суд је поступао и као да се ради о апсолутно битно повреди одредаба кривичног поступка, којом приликом је само констатовао да се ради о незаконитом доказу, без узимања у обзир преосталих доказа на којима се оспорене пресуде заснивају. У пресудама Кзз 870/21 и Кзз 901/21, Врховни касациони суд је непосредно применио теорију „плодова отровног дрвета“, утврђујући не само да оспорен доказ није прибављен на законит начин, већ да се и сви остали докази који су произашли из њега, такође сматрају незаконитим у смислу одредбе члана 16 ЗКП, па се на њима се не може заснивати пресуда.

¹⁵⁷³ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 993/2021 од 22.09.2021.године. Види и пресуду Врховног касационог суда Кзз 603/2019 од 19.06.2019. године.

¹⁵⁷⁴ Види пресуде Врховног касационог суда: Кзз 184/2021 од 04.03.2021. године, Кзз 453/20 од 17.06.2020. године, Кзз 608/2020 од 15.09.2020. године, Кзз 325/2020 од 20.05.2020. године, Кзз 791/2019 од 12.09.2019. године, Кзз 870/2021 од 03.11.2021. године, Кзз 901/21 од 7.10.2021. године, Кзз 1051/2021 од 29.09.2021. године, Кзз 1075/2021 од 14.10.2021. године, Кзз 1141/2020 од 28.10.2020. године, Кзз 334/2019 од 9.04.2019. године, Кзз 596/2020 од 1.09.2020.године, Кзз 620/2020 од 15.7.2020. године и Кзз 765/2020 од 20.10.2020. године.

3.3. Пракса Уставног суда РС

Устав Републике Србије не регулише појам доказа у судским поступцима, а сам тим не познаје ни изричито појам незаконитих доказа. Међутим у пракси то не значи да Уставом кроз различите институте није предвиђена правна заштита учесника у кривичном поступку.

Општом формулацијом која је предвиђена Законом о кривичном поступку се заправо појам доказа дефинише кроз Устав Републике Србије. Законик изричито прописује, да се судска одлука не може заснивати на доказима који су, непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, законом и другим актима. Дакле, ни Законом ни Уставом се не прецизира појединачно о којим конкретно доказима се ради, осим да исти не могу бити у супротности са Уставом. Са друге стране ни сам Устав не предвиђа нити таксативно набраја шта спада у незаконите доказе или доказе који се не могу применити у судском поступку. Из наведене формулације произилази да се правно дејство и ваљаност сваког доказа цени у сваком појединачном случају, тако што се оцена тог доказа уподобљава општим начелима која прокламује Устав.

Право на правично суђење представља још једно од нарочито значајних начела, у погледу права учесника у кривичном поступку, те је одредбом члана 32 Устава прописано да свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега. Свакоме се јемчи право на бесплатног преводиоца, ако не говори или не разуме језик који је у службеној употреби у суду и право на бесплатног тумача, ако је слеп, глув или нем. Јавност се може искључити током читавог поступка који се води пред судом или у делу поступка, само ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, као и ради заштите интереса малолетника или приватности учесника у поступку, у складу са законом.

Из наведене одредбе произилази да право на правично суђење мора бити доступно свима и под једнаким условима. У складу са тим не може се вршити дискриминација у односу на познавање језика, личне карактеристике.

Одлуком Уставног суда Уж-431/2014 од 24.11.2016. године утврђено је да је подносиоцу уставне жалбе повређено право на правично суђење и то у пресудама Основног суда у Суботици К. 552/11 од 17. 5. 2011. године и пресуди Апелационог суда у Новом Саду Кж.1. 2348/11 од 9. 1. 2013. године. Према образложењу одлуке Уставног суда се „констатује да се судске одлуке не могу заснивати на правно неваљаним доказима, где спадају они докази који су сами по себи или према начину прибављања, у супротности са позитивним прописима, што се у конкретном случају није догодило. Уставни суд и у овом предмету указује на то да није овлашћен да уместо и након редовних судова оцењује изведене доказе у кривичном поступку и да тиме преузима судску надлежност, нити да утврђује чињенично стање, да се изјашњава о постојању кривичног дела, као и о целисходности врсте и висине изречене кривичне санкције, уколико из разлога наведених у уставној жалби не произилази да је доказни поступак спроведен, односно да су докази цењени на очигледну штету неке од странака у поступку, што у конкретном предмету није случај. Уставни суд није надлежан ни да оцењује законитост судских одлука које су оспорене уставном жалбом, већ само да испита да ли је поступак у ком су те одлуке донете био у целини правичан, односно да ли је обезбедио подносиоцу процесне гаранције садржане у одредби члана 32. Устава.“

Дакле, неспорно је да се судска одлука не може заснивати на доказима који непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом. Међутим, као и Европски суд за људска права, Уставни суд не преузима надлежност редовних судова у погледу оцене доказа и утврђивања чињеничног стања, већ је искључиво надлежан да оцени да су у судском поступку изведени докази који су незаконити или на очигледну штету окривљеног. Такође, према ставу Уставног суда „суштина неког правила које забрањује прибављање доказа на одређени начин није само у немогућности употребе тог доказа пред судом, већ у томе да он не може бити никако употребљен, а то значи ни непосредно ни посредно тј. извођењем других доказа који се заснивају на незаконитом доказу.“

У складу са наведним ставом у наведеној одлуци Уставног суда се утврђује да је „Уставни суд је оценио да докази - привремено одузети предмети, наведени у потврди Ку. 139/10 од 21. јануара 2010. године, а који су проистекли из радње претресања стана подносиоца, представљају недозвољене доказе, јер је радњом претресања стана подносиоцу повређено право из члана 40. ст. 1. и 2. Устава. Реч је дакле о доказима који су, према начину прибављања, у супротности са Уставом предвиђеним јемствима о неповредивости стана, као и одредбама ЗКП о условима под којим се без одлуке суда може ући у стан или друге просторије и извршити претресање, а услед тога се ни пресуда не може на њима заснивати.“

Незаконити докази, који су у супротности са Уставом, могу се сматрати и они којима се крши Уставом прописано начело из члана 33. став 1. и то да свако ко је окривљен за кривично дело има право да у најкраћем року, у складу са законом, подробно и на језику који разуме, буде обавештен о природи и разлозима дела за које се терети, као и о доказима прикупљеним против њега.

Из праксе Уставног суда се може издвојити одлука Уж 4257/2016 од 29.4.2021. године којом је подносиатељка истакла да је повређено између осталог и право да се припадницима националних мањина пред државним органима поступак спроведе на њиховом матерњем језику те да су у конкретном случају судови ускратили припаднику мађарске националне мањине коришћење таквог права, јер су унапред заузели став и без икакве процедуре утврдили да у конкретном тужилаштву и суду немају запослених кадрова који познају мађарски језик, те да се ово право неће примењивати у конкретном случају. Међутим у наведеној одлуци је утврђено да „Разматрајући наводе о повреди означених уставних права, Уставни суд најпре констатује да подносиатељка оправдано указује да приликом саслушања у СУП Сомбор 26. јула 2010. године (којом приликом је у целости признала извршење кривичног дела), није била поучена о праву на употребу језика, а што произлази и из образложења оспорене другостепене пресуде. Међутим, из образложења оспорених пресуда такође произлази и да је подносиатељка два дана касније, 28. јула 2010. године, саслушана пред истражним судијом, када је поучена о праву да буде саслушана на мађарском језику путем преводиоца, а да је изјавила да разуме српски језик и да јој преводилац није потребан, и да је остала код исказа који је дала приликом саслушања у СУП – у Сомбор 26. јула 2010. године“. На напред утврђено чињенично стање, Уставни суд је заузео став да није повређено уставно право које се односи на права националних мањина, као и да записник о саслушању представља незаконит доказ који треба издвојити јер се на истом не може заснивати одлука суда. Према образложењу наведене одлуке „Оцењујући разлоге и наводе уставне жалбе са становишта означеног уставног права, Уставни суд је утврдио да из образложења оспорених пресуда произлази да је, након што је 28. јула 2010. године приликом саслушања пред истражним судијом, изјавила да разуме српски језик и да јој преводилац није потребан, подносиатељка 12. октобра 2010. године, након што је обавила поверљив разговор са својим браниоцем, саслушана пред истражним судијом у присуству тумача за мађарски језик и да је бранилац подносиатељке З. С, 1. октобра 2012. године (након више од две године од момента

ангажовања) тражио превод писмена на мађарски језик, после чега су подносиоци сва писмена достављена на мађарском језику. Из оспорених пресуда такође произлази да је кривични поступак вођен против више окривљених, укључујући и подносиоци која је била квалификована као помагач, те да, у конкретном случају, није било могуће раздвајање поступка у односу на подносиоци, а да су се све радње у истрази којима је присуствовала, као и главни претрес, увек одвијали уз присуство тумача за мађарски језик“.

Из наведеног произлази да се прави се разлика процесних недостатака према њиховој тежини. Дакле не може се свака неправилност сматрати кршењем Уставом загарантованих права, нарочито не уколико из целокупног судског поступка несумњиво произлази да нису повређена уставна начела. Не чини незаконитим неки доказ свака радња или пропуст, нарочито не они пропусти којима се не крше уставне гаранције чија је суштина испоштована. Стога у сваком конкретном случају, од степена пропуста у предузимању доказне радње зависи и процесна санкција и оцена доказа, јер се не може незнатно одступање од форме извођења доказа сматрати основа да се изведени доказ сматра незаконитим и да има снагу неупотребљивости у кривичном поступку. Правна снага доказа у кривичном поступку се темељи свакако на њиховој законитости и о томе је суд дужан да води рачуна током читавог поступка, а суштинско непоштовања њихове законитости има за последицу недозвољености доказа који се не може употребити у поступку.

Право на правично суђење које је прокламовано Уставом Републике Србије, у себи сублимира а истовремено и штити и друга права загарантована Уставом. Између осталог одредбом члана 40. Устава утврђено је да је стан неповредив (став 1.); да нико не може без писмене одлуке суда ући у туђи стан или друге просторије против воље њиховог држаоца, нити у њима вршити претрес, да држалац стана и друге просторије има право да сам или преко свога заступника и уз још два пунолетна сведока присуствује претресању и да ако држалац стана или његов заступник нису присутни, претресање је допуштено у присуству два пунолетна сведока (став 2.); да су без одлуке суда, улазак у туђи стан или друге просторије, изузетно и претресање без присуства сведока, дозвољени ако је то неопходно ради непосредног лишења слободe учиниоца кривичног дела или отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе или имовину, на начин предвиђен законом (став 3.). Дакле, наведеним се штити шири интерес и појединца а и заједнице, и тиме обезбеђује једно од основних и личних права човека и грађанина које штити интимност приватног и породичног живота. Из саме садржине одредбе произлази да није искључена могућност уласка и претрес стана, већ је прописан начин и услови под којима се то може извршити, да не би дошло до кршења ове одредбе. Цитирана одредба у себи сублимира и правила кривичног поступка. Наиме, неопходна је одлука суда да би могао да се врши претрес стана. Одлука суда мора бити у складу са позитивним кривичном законодавством, што претпоставља да није повређено ово уставно право. Стога у пракси, до кршења одредбе долази најпре уколико за претрес стана не постоји одлука суда или уколико је иста у супротности за позитивним кривичним законодавством. Из наведеног произлази да ово уставно начело могу кршити и појединци и носиоци јавне власти, али исто тако не представља сваки улазак или претрес стана кршење овог права.

Ово право је прописано и чланом 8. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода и то кроз право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке, а јавне власти неће се мешати у вршење овог права сем ако то није неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или заштите права и слобода других. Уочава се да је Конвенцијом шири круг заштитних добара у односу на која јавне власти могу интервенисати када се ради о

поштовању приватног и породичног живота. Међутим чињеница да Устав прописује мању круг заштитних добара никако не значи да је запостављен општи интерес и грађана и државе.

Наиме, одлуком Уставног суда Уж-2687/2016 одбијена је уставна жалба да је дошло до повреде права на неповредивост стана јер је претрес извршен без наредбе суда, што би за последицу имало да се побијане одлуке заснивају на противзаконито прибављеном доказима.

Према образложењу наведене „Уставни суд је у спроведеном поступку утврдио да у конкретном случају није постојала писмена одлука суда за улазак у стан окривљеног, овде подносиоца. Уставни суд је даље утврдио да је одредбом члана 81. став 1. раније важећег ЗКП, који је важио у конкретном случају, било прописано да овлашћена службена лица органа унутрашњих послова могу и без одлуке суда и ући у стан и друге просторије ради, између осталог, отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе или имовину, да је чланом 82. ЗКП, поред осталог, прописано да овлашћена службена лица органа унутрашњих послова могу одузети предмете (који се по Кривичном закону имају одузети или који могу послужити као доказ у кривичном поступку) кад поступају по чл. 225. и 238. овог законика или кад извршавају налог суда, док је чланом 238. ЗКП било прописано да органи унутрашњих послова могу и пре покретања истраге привремено одузети предмете по одредбама члана 82. овог законика, ако постоји опасност од одлагања и претрести стан и лица под условима предвиђеним у члану 81. овог законика.“

Дакле, из наведене одлуке произилази да и уколико се претрес стана врши без одлуке суда, не значи да је тиме дошло до незаконито прибављених доказа, имајући у виду да је у конкретном случају примењена одредба тада важећег Кривичног законика која предвиђа ситуације у којима представници органа унутрашњих послова могу ући и претресати и стан и без одлуке суда. Такође и Уставом је предвиђено у којим ситуацијама је могуће извршити претрес стана без одлуке суда. Наиме, неповредивост стана се штити уколико се претрес и улазак у стан врше уз одлуку суда, која мора бити на закону заснована, или без одлуке суда уколико је то неопходно ради непосредног лишења слободе учиниоца кривичног дела или отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе или имовину, на начин предвиђен законом. Сваки улазак у стан, на супротан начин од прописаног се сматра незаконитим, а самим тим сви докази који су на тај начин прибављени се имају сматрати незаконитим и на њима се не може заснивати судска одлука.

Дејство незаконито прибављених доказа је шире од забране дејства и примене тих доказа пред судом. У пракси то значи да доказ који је незаконит односно у супротности са законом и Уставом не само што се не може применити у судском поступку, већ је забрањено и његово шире дејство, те исти не може послужити ни као средство за прибављање других доказа који се примењују у суду и на којима се евентуално може засновати судска одлука.

С тога, Уставни суд у одлуци Уж-3650/2012 од 11.12.2014. године истиче „да суштина неког правила које забрањује прибављање доказа на одређени начин није само у немогућности употребе тог доказа пред судом, већ у томе да он не може бити никако употребљен, а то значи ни посредно тј. извођењем других доказа који се заснивају на незаконитом доказу. У складу с тим, Уставни суд истиче да је издвајањем записника о претресању из списка предмета као доказа на којем се не може заснивати судска одлука, редовни суд у суштини оценио да за улазак у стан и претресање које је након тога извршено нису били испуњени законски услови. Такав недостатак се није могао отклонити коришћењем других доказа – у конкретном случају саслушањем полицајаца који су извршили претрес стана и читањем потврде о одузетим предметима – јер је реч о доказима који не би постојали да није било незаконитог уласка у стан и извршеног претресања. Реч је дакле о доказима који су, посредно, према начину прибављања у супротности са Уставом

предвиђеним јемствима о неповредивости стана, као и одредбама ЗКП о условима под којим се без одлуке суда може ући у стан или друге просторије и извршити претресање, а услед тога се ни пресуда не може на њима заснивати.“

На наведени начин се даје правна сигурност и заштита окривљеном да се не могу употребити незаконити докази не само непосредно у судском поступку, већ такви докази не могу бити ни средство за прибављање доказа на којима ће се засновати судска одлука. Незаконит доказ чини незаконитим и све доказе који су прибављени уз помоћ истих.

Устав Републике Србије чланом 25 прописује је да је физички и психички интегритет неповредив и да нико не може бити изложен мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању, нити подвргнут медицинским или научним огледима без свог слободно датог пристанка. Ово право загарантовано и Европском конвенцијом о људским правима која чланом 3 прописује да нико не сме бити подвргнут мучењу, или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању. На исти начин је ово право предвиђен Међународним пактом о грађанским и политичким правима прописано је да нико не може бити подвргнут мучењу нити свирепом, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању (члан 7.).

Наведена начела су од великог значаја за кривични поступак, имајући у виду да прибављање доказа уз кршење наведеног начела, чини тај доказ мањкавим и исти се не може применити у кривичном поступку јер је прибављен на незаконит начин, што и сам доказ чини незаконитим.

Из праксе Уставног суда, произилази да се не сматра свако поступање представника јавне власти и нарушавањем физичког и психичког интегритета, посебно не уколико такво понашање није прописано као недозвољено по Конвенцији УН против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака или није у супротности са Препоруком РЕС (2006) Комитета министара Савета Европе, као и Додатком ове Препоруке формулисана су Европска затворска правила којима се државама препоручује. Стога је и одлуком Уставног суда Уж 555/2017 од 21.01.2021. године утврђено да није повређено право загарантовано чланом 23 Устава, те се констатује да „Разматрајући наводе уставне жалбе у односу на истакнуту повреду права из члана 23. став 1. Устава, Уставни суд је утврдио да подносилац сматра да му је повређено људско достојанство тиме што су му руке биле везане лисицама, а ноге ланцима приликом спровођења из казнено-поправног завода на лекарски преглед и хируршку стоматолошку интервенцију у Клинику за оралну хирургију С. факултета у Б, као и тиме што је изведен у затворској униформи, чиме је јасно у очима јавности био приказан као осуђеник. Уставни суд посебно има у виду наводе подносиоца уставне жалбе да је конкретан догађај код њега изазвао осећај највећег понижења које је у животу имао“. Даље Уставни суд у својој одлуци наводи да „извођење у затворској униформи није забрањено, да је Европским затворским правилима препоручено да затвореници који добију дозволу да изађу из затвора нису дужни да носе одећу која их идентификује као затворенике, а да је националним прописима прописано да лица осуђена на казну затвора која казну издржавају у затворима затвореног типа носе затворску одећу“. Такође и чињеница је осуђени приликом одвођења имао лисице не представља чин мучења те се у одлуци констатује „имајући у виду да је употреба лисица заснована на закону, телесну грађу подносиоца уставне жалбе, чињеницу да је осуђен за убиство ватреним оружјем, односно да уме да рукује ватреним оружјем, околност да му је преостало да издржи још седам година затворске казне, што представља више од две трећине казне на коју је правноснажно осуђен, као и чињеницу да је из Завода морао бити спроведен због лечења на основу упута лекара, и то у јавну установу у којој не постоји систем физичко-техничке заштите којим би се спречио евентуални покушај бекства осуђеног, Уставни суд сматра да су

надлежни државни органи, поступајући по кривичној пријави подносиоца уставне жалбе применили принцип сразмерности свеобухватно ценећи све околности од значаја и уставноправно прихватљиво образложили оне разлоге због којих су оценили да је у конкретном случају постојао висок степен опасности од бекства, односно примене насиља од стране подносиоца уставне жалбе у циљу бекства, због чега се везивање, као мера принуде показивала нужном приликом његовог спровођења на лекарски преглед и хируршку интервенцију. Уставни суд констатује да се изнета аргументација, са становишта гаранција права на људско достојанство, примењује на целокупан двочасовни боравак ван Завода, дакле и на период од 45 минута колико је трајала стоматолошка операција, а током које је подносилац уставне жалбе такође био везан лисицама“.

Једно од начела које прокламује право прописано чланом 33 Устава и то да свако коме се суди за кривично дело има право да сам или преко браниоца износи доказе у своју корист, испитује сведоке оптужбе и да захтева да се, под истим условима као сведоци оптужбе и у његовом присуству, испитују и сведоци одбране. Ово уставно право се поштује у свим фазама судског поступка, и то почев од истраге у којој окривљени и његов бранилац постављају питања сведоку преко органа поступка - јавног тужиоца, а непосредно то чине, искључиво по његовом одобрењу. Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода такође гарантује оптуженом ово право али чланом 6 тачка 3 став д је прописано да оптужени има право да сам испитује или захтева испитивање сведока оптужбе.

Законитост доказа се цени у свакој фази поступка, те само докази који су прибављени према одредбама Законика о кривичном поступку а који нису у супротности са начелима која су прокламована Уставом и међународним стандардима имају се имају нормативну вредност и сматрају се законитим доказима коју су подобни да се употребе у кривичном поступку. С обзиром да је омогућавање законитог поступка, а тиме и поступка у којем ће бити релеватни само докази који су прикупљени на законит начин, важна гаранција права окривљеног и грађанина, Устав би могао појачати ову гаранцију, када би садржао једну општу одредбу, као што је одредба члана 29 став 4 Устава Републике Хрватске.¹⁵⁷⁵

¹⁵⁷⁵ Чланом 29 став 4 Устава Републике Хрватске (НН 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14), прописано је да се докази прибављени на незаконит начин не могу користити у кривичном поступку.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Приликом избора теме докторске дисертације „Незаконити докази у кривичном поступку“, руководили смо се основним научним критеријумима за избор теме - да се ради о значајном питању из области кривичнопроцесног права, да је тема *подобна за научну обраду* и да *није у довољној мери обрађена*, како би се обрадом ове теме могао пружити изван научни допринос.

Након свестраног истраживања теме, анализом института незаконитих доказа и других опште прихваћених доказних стандарда, дошли смо до закључка да питање (не)законитости доказа има своје важно место у кривичном процесном праву, да је подобно за научну обраду и да завређује велику пажњу у теорији и пракси. Ипак, и поред њене важности, тема није у довољној мери обрађена у науци на овим просторима, о чему говори и чињеница да претраживањем домаће литературе, нисмо наишли на једно целовито системско дело које се бави овом проблематиком. Поред тога, прегледом судских одлука које се односе на питање издвајања незаконитих доказа, утврдили смо да је неусаглашено поступање судова, уз тенденцију релативизације законских норми које обавезују суд да издвоји доказе који су прибављени на незаконит начин. Анализом релевантне домаће и стране литературе, а пре свега нормативних решења и значајних ставова у судској пракси иностраних и домаћих судова, као и стандарда Европског суда за људска права, који су презентовани у раду, покушали смо да дамо изван допринос у анализи релевантних питања која су важна за боље разумевање незаконитих доказа и одговора на питање због чега је значајно њихово издвајање у кривичном поступку.

Истраживање је подразумевало сагледавање односа института незаконитих доказа и доказних начела и основних постулата кривичног поступка, уз преглед историјског развоја доктрина о изузимању доказа и доказних забрана, које су тековина два велика правна система, како би схватили суштину издвајања незаконитих доказа и далекосежност последица, које исти остављају на један кривични поступак и његов основни циљ, а то је правичност и законитост. Упоредноправна решења, успостављени системи издвајања незаконитих доказа, значајни стандарди Европског суда за људска права у области прихватљивости доказа, те примена одредаба о незаконитим доказима у домаћој судској пракси, утицали су на потврђивање постављених хипотеза рада и задатих циљева рада, укључујући и *de lege ferenda* предлоге и смернице судској пракси. Издвајамо појединачне закључке до којих смо дошли у раду.

I

На почетку рада, анализирали смо појам чињеница и доказа и њихов значај за кривични поступак. Како је основни циљ кривичног поступка доношење одлуке о кривичноправној ствари, којом се утврђује да ли се одређени догађај одиграо у стварности на начин како је то оптужним актом постављено, то је утврђивање чињеница путем доказа најважнија делатност суда и основ доношења одлуке на основу објективног мерила расуђивања судије. Без доказа, дакле, не би смо могли да утврдимо чињенице које су предмет кривичног поступка и решимо кривичноправну ствар. Осим сазнајне (материјалне)

вредности доказа која је круцијална за утврђивање чињеница, потребно је да докази буду прикупљени у складу са законом прописаним правила како би имали и процесну вредност за судску одлуку. Правила доказивања, укључујући и постулате доказног права чине легитимне оквири доказа који су основ за закониту судску одлуку. Тако, суд изводи доказе непосредно и цени њихову сазнајну вредност слободно, поступајући у случају сумње у корист окривљеног, а крећући се увек у границама законских прописа.

Формално-правним утемељењем процесних института везаних за доказивање чињеница у кривичном поступку, нарочито приликом извођења оних доказних радњи којима се задире у одређена људска права односно права окривљених и настојање државног апарата и органа гоњења и суда да одређене доказне радње изводи на законит начин, омогућава се законит и правичан поступак, који пружа осећај сигурности и поверења у државне органе у чијим се рукама налази правни механизам супротстављања. Супротно томе, борба против криминалитета по сваку цену и без избора легитимних средстава, која са собом повлачи и кршење основних права актера кривичног поступка, пре свега окривљеног, унижава основне постулате правне државе и цивилизацијске тековине савременог друштва. Без уважавања захтева законитости и поштовања права окривљеног и других учесника у поступку, држава би изгубила своје морално право да кажњава.

Обавеза суда је да, без обзира да ли се ради о истражном или расправном моделу поступка, увек испитује законитост у извођењу доказа и да уколико процени да су докази незаконити, у истом тренутку такве доказе издвоји из судских списка, уз забрану да се на незаконитим доказима не може засновати одлука о кривици. Овакво поступање суда има за циљ да помирити два, у основи супротстављена захтева савремених кривичнопроцесних система, јер се савршена усклађеност захтева друштва за борбу против криминалитета, с једне стране, и заштиту права учесника у кривичном поступку, пре свега окривљеног с друге стране, не може се постићи.

Сврха изузимања незаконитих доказа, која има свој „друштвени и политички значај“, је првенствено гаранција законитог поступка и законите судске одлуке. Уколико се судска одлука заснива на незаконитим доказима, она не може бити законита, а самим тим не може ни удовољити захтеву да се заснива на тачном и потпуном утврђеном чињеничном стању. У раду смо се приклонили мишљењу професорке Јекић, да забрана употребе незаконитих доказа не представља сметњу за утврђивање истине у кривичном поступку и тачног и потпуно утврђеног чињеничног стања, већ је „ограничавајући фактор“ за предузимање одређених доказа.

Издавањем доказа остварује се заштита права окривљеног и других учесника у поступку и санкционишу се радње којима су наступиле повреде њихових загартованих права, услед предузимања доказних радњи на незаконит начин. Закључујемо и да је захтев за законитости доказа у поступку постављен како у циљу заштите права окривљеног, тако и других учесника у поступку, па се не можемо сложити са теоретичатима који законитост посматрају смо кроз призму права окривљеног, следствено чему указујемо и да принцип *in dubio pro reo*, овде нема своју примену. У супротном, издавање доказа не би била дужност *ex officio* суда.

Као што смо у раду истакли, однос између законитости доказа и правичног поступка је двојака и последична. Са једне стране, незаконити докази би требало бити изузети из поступка, онда када је нарушено право на правично суђење, пре свега повредом Уставом и законом загартованих права окривљеног и других учесника у поступку. Са друге стране, управо спречавањем да се овакви докази користе у кривичном поступку омогућава се законит и правичан кривични поступак и остварује заштита права учесника у поступку.

У расправном моделу, институт издвајања доказа има посебан значај, с обзиром да је законитост доказа оптужбе, једна од важних гаранција окривљеном у постизању „једнакости оружја“ у кривичном поступку. Поступак у којем постоји сучељавање странка у „двобоју“, доказна пасивност суда није штета, док суд има одговорност за законитост доказа и спровођења поступка, а окривљеном се даје прилика да оспори доказе у кривичном поступку и противи њиховом коришћењу. Допуштање да се против окривљеног користе незаконити докази, који су прибавили органи гоњења кршењем његових загартованих права, додатно нарушава принцип једнакости између странака и основне постулате расправног модела поступка.

Осим тога, у раду је анализирана сврха изузимања доказа, од које се полази у англосансконским системима и доктринама, а то је утицај на репресивне органе у прикупљању доказа у смислу њиховог „одвраћања од кршења уставних права“ односно „дисциплиновање“ органа поступка који прикупљају и изводе доказе, како поступак не би постао средство за давање легитимитета законских повреда учињених од стране правосудних органа, на штету грађана.

Излагања у раду иду у прилог потврђивања прве хипотеза да се *издвајањем незаконитих доказа омогућава законит и правичан кривични поступак и остварује заштита права учесника у поступку*, као и посебне хипотезе, да забрана употреба незаконитих доказа није процесна сметња за утврђивање тачног и потпуног чињеничног стања у кривичном поступку.

II

Европски суд за људска права је коректив поступања националних органа у различитим предметима који се тичу заштите људских права, те је својим одлукама, нарочито у последњих неколико деценија, прогресивним и либералним приступом развио стандарде и „подигао лествицу“ заштите људских права у правном систему не само Републике Србије, већ и других држава на старом континенту. Осим тога, многобројни домаћи закони су у пракси овог суда оцењени као неусклађени с Европском конвенцијом, због чега је домаћи законодавац вршио измене постојећих закона, док се и нова законска решења формулишу тако да буду усклађена са стандардима које је у својој богатој пракси поставио ЕСЉП.

Суд, по правилу не задире у утврђивање чињеничног стања, већ цени да ли је кривични поступак у целини био правичан, што укључује и оцену (не)законитости доказа, када је дошло до повреде неког конвенцијског права. Иако суд наглашава да је питање законитости доказа и њихове употребе у поступку „првенствено питање националног права“, он у својим одлукама, проверава „да ли је та незаконитост у смислу унутрашњег права „коинцидирала са неправичношћу“ у аутономном смислу Конвенције“ и „да ли је подносилац представке имао могућност да покрене то питање пред домаћим судовима“, узимајући у обзир и квалитет и значај доказа за судску одлуку.

Код доказа који су прибављени забраном мучења, нечовечног или понижавајућег поступања из чл. 3. ЕКЉП, често је довољно да суд само утврди да је повреда учињена, док код повреде права одбране гарантованих чланом 6 став 1 и 3 Конвенције и повреде права на приватни живот, дом или преписку, гарантованих чланом 8 Конвенције, суд на основу опште прихваћених стандарда утврђује да ли поступак био правичан. Ипак, анализом случаја *Gäfgen v. Germany*, утврђено је да докази који су прибављени кршењем права из члана 3. Конвенције, не доводе увек аутоматски до неправичног поступка, већ је суд, у контексту комплетног доказног материјала, сходно свом праву да даје слободну оцену доказа, те на

основу свог судијског уверења, овласцен да у сваком поједином случају, цени да ли су они имали имали *одлучујући значај* на исход поступка.

Питање (не) законитости доказа, у пракси ЕСЈП се нарочито постављало код кршења права на одбрану која су елементи права на правично суђење, пре свега права на кофронтацију и привилегију од самооптуживања, а стаови који се односе на „нетестираног“ сведока, национални судови би требало да имају у виду када врше увид у исказе сведока или саоптужених, који нису испитани на главном претресу. Утврђивање повреде права на поштовање приватног живота, дома или преписке из члана 8 не доводи аутоматски до незаконитости доказа, већ је суд ценио значај доказа за судску одлуку, могућност окривљеног да оспорава законитост и аутентичност спорног доказа, као и да ли незаконитост утиче на позданост и тачност доказа.

У раду су анализирани одлуке ЕСЈП и критеријуми који су установљени од стране суда, који су од користи судовима када одлучују да ли ће доказ издвојити као незаконит, примењујући систем „вагања“, у којима издвајање доказа зависи од повреде права на правичност

У нашој теорији питања доказа на којима се не може заснивати судска пресуда у недостатку прецизне законске терминологије своди се на разматрање о тзв. доказним забранама и учење о незаконитим, недопуштеним, недозвољеним, ништавим или правно неваљаним доказним средствима али се термилошки могу свести на учење о правно неваљаним доказима који су само један од процесних домета доказних забрана. На просторима бивше СФРЈ, од старијих писаца, који се опредељују за термин доказне забране, њима се опширније баве Вауер, Дамашка, Алексић и Васиљевић, а од савремених Грубач, Фејеш и Шкулић. У најопштијем смислу, доказне забране су прописи који ограничавају доказивање због уважавања неких других правом заштићених битних вредности. Грубач говори о забрани прикупљања и извођења доказа, и о забрани употребе доказа, а Шкулић о забрани коришћења и забрани вредновања одређених доказа.

Опште је познато да ексклузионо правило у континенталним правима ни из далека није тако широко развијено као у англоамеричком праву. То је последица донедавно веома укорењеног става законодавства и теорије да је примарни циљ кривичног процеса утврђивање тзв. материјалне истине, а доказне забране и ексклузиона правила јесу средства која ограничавају постизање тог циља. Друга разлика је у томе што су доказне забране или недозвољени докази у континенталним правима резултат нормативне делатности законодавца, док се ексклузиона правила у англоамеричком праву развијају, пре свега, путем *case law*.

III

Поларизација између кривичнопроцесних система на ангосаксонски модел и европскоконтинентални модел, не односе се на правила о изузимању доказа. Јединствени модел изузимања доказа постоји у америчком праву и односи се на апсолутни модел изузимања доказа док остале државе англосаксонског система и европскоконтиненталног система имају релативни систем издвајања доказа. Релативни систем издвајања подразумева процес балансирања, у коме се незаконитост доказа оцењује уз балансирање опречних јавних интереса, као што је интерес правичности, карактеристичан за Уједињено Краљевство, уз оцену интереса кривичног гоњења тежине кривичног дела и других вредности, као што су заштита окривљеног и учесника у поступку, што је карактеристично за Немачку и Француску, а у нашем региону, за Хрватску.

С обзиром да се колевком правила о изузимању доказа тзв. *Exclusionary rule* сматра САД, у раду су посебно анализирани доктрине које су настале у области незаконитих доказа и богата судска пракса Врховног суда САД-а која је изнедрила значајне прецеденте и изузетке у примени ексклузијског права. Током еволуције правила о изузимању доказа која постоје данас, посебно је значајна доктрина „*плодова отровног дрвета*“ која је постала општеприхваћен доказни стандард у свим европскоконтиненталним и англосаксонским државама. Изузеци који су настали у развоју теорије „*плодова отровног дрвета*“, имају своју примену у судској пракси, па судови оцењују каузалну везу између незаконитог доказа и „отровног плода“, те уколико је ова веза ослабљена или се до „отровног плода“ дошло из незавиност извора, суд неће издвојити такав доказ.

Кршење уставних амандмана и настанак доказних забрана у САД-у имају велики значај за општеприхваћене институте англосаксонског права али и стандарде ЕСЉП, који се односе на забрану самооптуживања и забрану Hearsay-а. Институт *rape shield*, који је обрађен у раду, традиционално је својствен англосаксонским законодавствима, а унет је и у законски оквир Међународног кривичног суда за бившу Југославу. Тенденција постепене конвергенције англо-америчког и континенталног права имала је за резултат, између осталог, да се овај институт прихвата у законодавствима европских земаља попут Италије и Хрватске. Ради се о институту који је по својој природи доказна забрана којом се спречава извођење доказа о ранијем сексуалном животу жртве и њеним сексуалним склоностима. Ratio legis ове забране почива на становишту да чињенице о карактеру, моралу и сексуалној прошлости жртве нису од значаја за утврђивање правнорелевантних чињеница у поступцима за кривична дела против полне слободе, док се њоме пружа додатна заштита жртвама, као осетљивим категоријама у кривичном поступку и пружа им се подстрек да истрају у кривичном поступку против учиниоца. Имајући у виду међународне директиве о заштити права жртва, међу којима је од важнијих Директива 2012/29/ ЕУ коју је ратификовала Република Србија, сматрамо да би предмет евентуалних будућих измена закона на пољу унапређења положаја жртва, могло бити увођење управо овог института. Уколико се законодавац одлучи за тај корак, законска одредба би могла да гласи овако:

„Забрањено је доказивање чињеница које се односе на ранији сексуални живот оштећеног и његових сексуалних склоности“.

Хрватски закон у одредби члана 422 прописује да је изузетно допуштено доказивати да сперма, други материјални трагови или повреде описане у медицинској документацији потичу од друге особе, а не од оптуженог, па би се и овај изузетак могао размотрити уколико институт *Rape shield*, пронађе своје место међу предлозима измена Законика о кривичном поступку.

Форензичка ДНК технологија и успостављање ДНК базе података представљају најпрецизније доказно средство проналаска учиниоца и откривања кривичних дела у модерним кривичноправним ситемима. Законитост узимања узорка и успостављање базе података ДНК, отвара бројна питања, која се заснивају на сукобљавању два опречна интереса – заштите права на приватности и оправданост кршења ових права у циљу кривичног гоњења учинилаца кривичних дела. Како Закон о ДНК регистру („Сл. гласнику РС“ , бр. 24/2018), који се примењује од 3. априла 2018. године, прописује обавезу успостављања националног ДНК регистра и прикупљања резултата форензичко-генетичке анализе дезоксирибонуклеинске киселине за потребе кривичног поступка, то ће у будућности, питање законитости овог доказног материјала бити од значаја и за нашу судску праксу. Анализа познатог случаја *Maryland v. King* и искуства судске праксе Врховног суда САД по питању законитости узимања ДНК узорака, која су била предмет рада, могу бити од користи за решавање будућих спорних питања пред нашим судовима.

Осим истраживања *exclusionary rule* у САД, у раду су анализирана нормативна решења држава које познају релативни систем издвајања, уз преглед њихове судске праксе и анализу појединачних одлука. Енглеско право је традиционално прихватало незаконите доказе, ослањајући се на квалитет и поузданост доказа, као критеријум њихове прихватљивости у кривичном поступку. Ни законодавна норма која прописује дискреционо право суда да „одбије да изведе доказе, које је тужилаштво предложило би, имајући у виду све околности, укључујући и околности у којима су докази прибављени, прихватаће доказа толико негативно утицало на правичност поступка да суд то не би требало да прихвати“, није променила тенденцију енглеских судија да прибегавају екслузији доказа када су прибављени незаконито. Примена јединог критеријума „о негативном утицају незаконитих доказа на *правичност* суђења“, без одговарајућих смерница у пракси и стриктне обавезе да се издвоје докази када се ради о грубом кршењу права окривљеног, показао се као веома „несигуран“ концепт. У највећем броју случаја, докази су изузети када се радило о кршењу права осумњиченог на самооптуживање или под околностима „грубог и намерног понашања полиције“. Међутим чак и тада, судска пракса је, као значај фактор, узимала поузданост доказа, не придајући значај традиционалној англосаксонској идеји о одвраћању полиције од кршења закона. У Ирској се у судској пракси уводи балансирање супротстављених интереса и успоставља правило да ће се докази искључити ако постоји „намерно и свесно кршење“ Устава, али се прихватају када службеници поступају „у доброј вери“ или ако су докази могли на други начин да се открију, што доказује тужилац.

Немачка и Француска прихватају релативни систем издвајања незаконитих доказа. У Немачкој је судска пракса усвојила правило о „вагању интереса“ (*Abwägungslehre*) приликом оцене законитости доказа, док се забрана употребе доказа успоставља ради заштите индивидуалних права појединца, нарочито, када је дошло до грубих пропуста или кршења најосетљивих уставних права окривљених. Законик о кривичном поступку Немачке, у члану 252 изричито се прописује да се докази користе само ако су прибављени коришћењем дозвољених истражних метода, док се посебним одредбама прописују забране одређених метода мучења и присиљавања, хипнозе, забране против самооптуживања, кршења привилегија сведока и друге. Доказне забране су еволуирале и јурисдикцији и теорији, а од посебног значаја су и постављене уставне доктрине, које се заснивају на принципу „очувања чистоте судског процеса“ и принципу пропорционалности између интереса приватности окривљеног и значаја доказа и тежине кривичног дела за које се терети. При оцени законитости доказа, тежиште је на „вагању“ два супротстављена интереса и то државног интереса у кривичном гоњењу лица и заштите права грађана, док је релевантан фактор тежина кривичног дела и повреде поступка. У немачкој доктрини разматрани су критеријуми за издвајање доказа, а једна од најпознатијих тзв. теорија правних кругова, којом је успостављена дистикција у тежини значаја права појединца, узета као смерница за одређивање која права проузрокују апсолутну забрану извођења и оцене доказа, а која захтевају систем „вагања“. Док је старија пракса, права окривљеног сматрала „корективом начелу материјалне истине“, новија, права окривљеног уздиже на једнак ранг с начелом материјалне истине, тако да при вагању захтев за потпуно утврђеним чињеничним стањем више нема предност над правима окривљеног. Богата пракса немачких судова и развој доктрина могу бити од великог значаја за постављање смерница у домаћој судској пракси уколико се законодавац определи за систем „вагања“ приликом оцене законитости доказа.

Анализа случаја *Daschner*, који је изазвао велику пажњу стручне јавности у Немачкој, послужила је као добар пример из праксе који нам даје одговор на питање да ли изузетно може бити допуштено мучење или нечовечно поступање, ако би за циљ имало спасавање живота невиних односно да ли друштво треба да пристане на компромис између заштите људског достојанства и прибегавању тортуре када је то начин да се спасе живот неког лица. Након изложених дилема везаних за појединости овог случаја и могућих мотива прихватања исказа који је прибављен мучењем и тортуром, закључујемо да је оправдано гледиште

изложено у правној немачкој теорији, да се она не може сматрати сразмерним средством чак и када је „угрожен опстанак нације“.

У француском праву, опште је правило да се у току поступка могу се извести сви докази, уколико је оптужени дата прилика да их расправља и оспори. Судија може на основу слободног судијског уверења донети одлуку на доказима прибављеним и изведеним у складу са законом. Стриктно је забрањено коришћење доказа прибављеним мучењем или тортуром јер то кршење члана 3. ЕКЉП, док се судска пракса у својим одлука претежно и ослања на стандарде и одлуке Европског суда за људска права, ценећи да ли је незаконит доказ утицао на правично суђење и да ли је одлучујући за осуђујућу пресуду. У складу са чл. 141 ст. 2 ЦПП (СРР), не могу се користити докази који су органи гоњења прикупили на незаконит начин или кршећи правила ваљаности, осим ако је њихова употреба неопходна за расветљавање тешких кривичних дела. Приликом одлучивања о законитости доказа, суд води рачуна да се постигне најбоља равнотежа (*le meilleur équilibre possible*) између јавног интереса за откривање истине и приватног интереса окривљеног да се обезбеди да незаконити докази остану неупотребљиви, узимајући у обзир врсту повреде права, као и постављене циљеве кривичног поступка. Судска пракса је принципима најбоље равнотеже успоставила правила неприхватања доказа у случају незаконитог претреса стана, као и кршења привилегије против самооптуживања. Посебну позорност имају доказу који су прибављени аудио видео снимцима сачињеним од појединца без знања лица које се снима или затекне у процесу снимања. У судским одлукама истицано је да се докази могу прихватити, уз поштовање принципа контрадикторности, чак и ако су прибављени на незаконит начин односно неправичан начин, што се посебно односи на аудио и видео снимке који су прибављени без знања супротне стране. Уколико је „тајни“ снимак који је сачињен од појединца прослеђен супротној страни и она има довољно времена да га оспорава, он ће се користити у поступку, с тим да се то не односи на неовлашћено сачињене снимке од стране органа гоњења.

Што се тиче италијанског права, у члану 191 СРР, прописује се да се докази прибављени повредом законом утврђених забрана не могу се користити у кривичном поступку, али се у судској пракси ова одредба ограничено примењује, чему су допринеле и одлуке највише судске инстанце, Corte di Cassazione, заузимањем становишта да се процесна санкција забране коришћења доказа примењује само за изричито прописане забране, попут исказа лица, који су добијени мучењем или другим повредама људског достојанства и докази прикупљени повредом уставом загарантованих права. Осим тога у судској пракси је изнето становиште о конвалидацији незаконито прибављеног доказа. У раду су анализирани судски ставови поводом прихватања снимака надзорних камера са јавних места и снимака који су сачињени од стране приватних лица. Новија пракса је под утицајем праксе Европског суда за људска права, становишта да су снимци прикупљени од приватних лица без сагласности лица које су снимана у супротности са правом на приватност, због чега се не могу користити у кривичном поступку.

Различит нормативни приступ по питању прихватљивости доказа, искуства и ставови судске праксе ових држава, могу бити од користи за сагледавање предности и мана различитих система издвајања незаконитих доказа, нарочито уколико се у наш кривичноправни систем, уведе систем „вагања“ који је својствен већини европских националних законодавстава. Анализом појединих упоредноправних решења, попут успостављања система издвајања незаконитих доказа, у којем ће се нормативно одредити врста и јачина повреде права која су загарантована Уставом, законом и међународним актима, следствено чему ће уследити и адекватна процесна санкција, као и примењивање изнетих критеријума приликом одлучивања о законитости доказа, сматрамо корисним за унапређењем нашег нормативног решења.

IV

Историјски развој доказних забрана и еволуција система незаконитих доказа у нашем праву, значајно је за сагледавање структуре и својства кривичног поступка какав је данас успостављен. Најзначајније промене кривичнопроцесног законодавства уследиле су преласком на расправни модел поступка, уведена је јавно - тужилачка истрага, напуштено је традиционално начело истине, уз задржавање одговорности, сада „доказно пасивног“ суда, за тачно и потпуно утврђено чињенично стање. Како је од тада прошла готово читава деценија, са ове дистанце и донекле устаљене судске праксе, јасно се могу сагледати мањкавости појединих решења и потреба за унапређењем појединих института.

Што се тиче доказног поступка, у раду смо указали на два парадокса. Први се односи на то да су и поред увођења јавно-тужилачке истраге, одредбе о упознавању са записницима о испитивању лица у претходном поступку остале неизмењене (одредба члана 406 ЗКП), те суд може извршити увид у њих, под истим условима, иако лице никада није испитано пред судом. Други парадокс се односи на незаконите доказе. У претходном кривично процесном моделу, који се заснивао на начелу материјалне истине и активној улози суда у утврђивању чињеничног стања, успостављен је строги систем незаконитих доказа, па је, и поред тенденције да се релативизује у судској пракси, нормативни оквир пружао јаке гаранције окривљеном да против њега неће бити коришћени незаконити докази. Након доношења Законика о кривичном поступку из 2011. године, ови нормативни оквири не само да нису остали исти, већ је заштита од употребе незаконитих доказа релативизирана, јер је уместо некадашње апсолутно битне повреде одредаба кривичног поступка, заснивање судске одлуке на незаконитим доказима постала релативно битна повреда кривичног поступка на коју суд не пази по службеној дужности. Анализом бројних судски одлука у раду, а нарочито одлука Врховног касационог суда, може се доћи до закључка да судови ретко прибегавају да издвоје незаконите доказе, док вишестепени судови и највиша судска инстанца у највећем броју случајева прибегава да постојањем других доказа које поткрепљују судску одлуку, допусте да се судска одлука заснива на незаконитом доказу.

У раду је анализирано нормирање незаконитих доказа у Законнику о кривичном поступку на доказе који су у супротности Уставу, закону, општеприхваћеним правилима међународног права, као и у супротности међународним уговорима (16 став 1 ЗКП), незаконите доказе, који су предвиђени у посебним одредбама којима се регулишу доказне радње и они који су настали супротно забрани мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, применом силе, претње, принуде, обмане, медицинских средстава и захвата, као и недозвољеним начинима утицаја на слободу воље учесника у поступку (члан 9 ЗКП). По начину издвајања наш систем је апсолутни с обзиром да се прописује обавеза издвајања незаконитих доказа, а по природи процесне санкције он је релативан, јер судска одлука може заснивати на незаконитом доказу, ако то није једини доказ због којег би се донела иста пресуда. Имајући у виду упоредноправна решења, а узимајући као узор хрватско решење, које је након 2008. године извршило реформу система незаконитих доказа, који је био идентичан нашем систему, мишљења смо да је једини начин да се осигура да се издвоје докази прибављени озбиљним кршењем права која су заграбована уставом и међународним актима, нормирање повреда права уз селекцију оних које аутоматски повлаче са собом последицу изузимања доказа. Конкретан *de lege ferenda* предлог модификације и допуне законских правила може да буде формулисан на следећи начин:

„Судске одлуке се не могу заснивати на доказима који су непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања, незаконити, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа. Незаконити докази су:

1) они који су прибављени кршењем одредбе члана 9 Законика о кривичном поступку;

2) они који су прибављени повредом одредаба кривичног поступка и који су изричито предвиђени овим Законом;

3) који су прибављени повредом права на одбрану, права на углед и част, права на неповредивост личног и породичног живота, као и они који су прибављени у супротности са Уставом, закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, осим у случају да интерес кривичног гоњења учиниоца и његовог кажњавања претеже над повредом права, у ком случају се судска одлука не може се заснивати искључиво на том доказу“

На овај начин уз измену других релеватних одредабама кривичног поступка, о којима ће бити речи, незаконити докази који су прописани у тачки 1 и 2 предложеног решења имали би за последицу обавезно апсолутно издвајање, док би за незаконите доказе које су прописане у тачки 3 предложеног решења био успостављен систем сразмерности односно „вагања“, слично оном које је развијено у немачкој судској пракси. Прецизније дефинисање незаконитих доказа и увођење система судског „вагања“ за поједине процесне повреде уз предвиђање критеријума преваге одређених интереса допринели би ефикаснијем и квалитетнијем поступању суда у издвајању доказа. „Вагање“ би се односило на два супротстављена интереса - интерес кривичног гоњења и интерес заштите права која су повређена. Приликом одлучивања, суд би требао да има у виду тежину кривичног дела, али и јачину повреду, узимајући у обзир да ли та повреда чини поступак у целини неправичним. У случају да суд не издвоји доказ јер је утврдио да је претежнији интерес кривичног гоњења над повредом права, законом би могло да се предвиди да се на овим доказима не може у одлучујућој мери заснивати пресуда, што би била додатна гаранција да незаконити докази не постану основ за доношење судске одлуке.

Доктрина, за коју је Дамашка, тврдио да „континенталном правнику звучи као научна фантастика“ уведена је у наш кривично процесни закон и оснажена је у судској пракси, чиме правила о изузимању незаконитих доказа, додатно добијају на значају, а истовремено стављају окривљеног у "равноправнији положај". У раду се анализира примена ове теорије у судској пракси, док се из изложених судских одлука може запазити да се најчешће примењује када се ради о доказима који су произашли из незаконитог претресања стана и других просторија. Судска пракса се начелно определила за ригидну примену теорије „плодова отровног дрвета“, док се не разматрају изузеци, који су тековина америчког права, иако у неким ситуацијама може бити корисно утврдити да ли постоји директна веза између незаконитог и посредног доказа или да ли би посредни доказ био откривен и без првобитног незаконитог доказа.

У раду се посебно анализира законитост обавештења и изјава грађана прикупљених у предкривичном поступку, изјава и обавештења датих у другом поступку, изнуђивање и присила у саслушању окривљеног и других лица у кривичном поступку, примене полиграфа и других психолошких метода приликом испитивања лица, као и законитост снимака и фотографија сачињених ван кривичног поступка.

Што се тиче обавештења и изјава грађана у преткривичном поступку, Законик јасно прописује обавезу судије за претходни поступак да по службеној дужности или на предлог странака и браниоца, након завршене истраге донесе решење о издвајању сачињених записника и обавештења од стране полиције, као и обавезу јавног тужиоца да када подигне оптужницу без спровођења истраге (непосредно оптужење), достави списе у којима се налазе оваква обавештења судији за претходни поступак, који ће поступити по одредбама овог члана. Међутим, и поред установљавања законске обавезе издвајања ових записника и обавештења, у пракси, она заправо, уопште није „заживела“, о чему говори и чињеница се у

судској пракси често поставља питања законитости исказа сведока којем су предочене службене белешке у фази главног претреса. Због тога, закључујемо и да постојеће законодавно решење не пружа довољно гаранција да ће се обавештења и изјава грађана у преткривичном поступку искључити из списка и на тај начин предупредити да њихова садржина има штетан утицај на судију који доноси одлуку. Уколико јавни тужилац не би достављао ова обавештења примљена од грађана, не би било потребе ни да се издвајају. По узорку на хрватско решење, *de lege ferenda* предлог модификације може да буде формулисан на следећи начин:

„После завршене истраге, јавни тужилац уз оптужницу не доставља обавештења која су, у смислу члана 282. став 1. тачка 2) и став 4. и члана 288. овог законика, јавном тужиоцу и полицији, дали грађани, осим записника из члана 289. став 4. овог законика.

Уколико је јавни тужилац доставио обавештења и изјаве супротно ставу 3. овог члана, председник већа је дужан их је издвојити након пријема оптужнице и врати јавном тужиоцу.“

Анализом домаће судске праксе и одлука Европског суда за људска права против Србије, које се односе на неприхватљивост исказа окривљеног добијеним применом недозвољених средстава, установљено је да домаћи суд веома „рестриктивно“ тумаче да је дошло до кршења забране мучења и нечовечног поступања, те ретко издвајају записнике о саслушању окривљеног, који у поступку тврди да претрпео тортуру или је на његову вољу утицано на други недозвољени начин. У раду смо, у том смислу, указали, да је према пракси ЕКЉП потребно да постоји „коегзистенција довољно снажних, јасних и сагласних закључака или сличних необоривих чињеничних претпоставки“ да је дошло до мучења или нечовечног поступања, али да је погрешна пракса суда да захтева да те чињенице буду утврђене у кривичном поступку правноснажном осуђујућом пресудом, којом је лице које је применило недопуштена средства осуђено за извршење кривичног дела против службене дужности.

Оцена законитости снимака и фотографија, који су сачињени ван кривичног поступка је питање које одавно изазива дилеме у правној литератури и судској пракси. О овом питању у раду су анализирана упоредноправна решења и ставови заузети у другим државама европско-континенталног система и ставови праксе домаћих судова, који су били од користи за заузимање наших закључака до којих смо дошли:

- 1. Аудио и видео снимци се по својој природи могу окарактеристи као исправе;*
- 2. Да би аудио и видео снимак користио у кривичном поступку потребно је утврдити да ли законито прибављен и да ли је аутентичан;*
- 3. Уколико је снимак или фотографија прибављен и употребљен на начин којим се остварује биће кривичног дела из чланова 143. и 144., сматраће се незаконитим доказом, самим по себи, с обзиром да је исти у супротности са Кривичним закоником;*
- 4. Законик о кривичном поступку, осим посебне доказне радње тајног надзора комуникације, не прописује изричито снимке или фотографије као доказе у кривичном поступку, осим што прописује „начин упознавања са писменима и снимцима“, иако је последњим изменама Законика о кривичном поступку из 2001. године била прописана изричита одредба којом су предвиђени услови за коришћење снимака и фотографија као доказ у кривичном поступку, важећи ЗКП више не регулише ову област. Нејасно је због чега се одустало од постављања било каквих нормативних оквира доказа, који у савременом кривичном поступку имају изузетан значај, посебно је нејасно због чега није задржана постојећа одредба закона. Де *lege ferenda* се односи на поновно увођење члана 132а Законика о кривичном поступку из 2001.*

5. За оцену законитости снимака и фотографија које су прибавили странке у поступку или овлашћена службена лица од трећих физичких или правних лица, неопходно је да постоји пристанак лица које се налази на снимку/фотографији или да се његова сагласност подразумева.

6. Употребе снимака надзорних камера, које покривају јавне површине и које су постављене у „јавном интересу“, из безбедносних разлога у циљу заштите људи и имовине и могу се користити као доказ у кривичном поступку. Прећутна сагласност се подразумева на основу упознавања са истакнутим упозорењем о спровођењу видео надзора односно претпоставке да је сваки просечан грађанин свестан да се јавни простори и објекти попут аеродрома, железничких станица, метроа, стадиона итд. снимају из безбедносних разлога, па на то прећутно пристаје, због чега се не ради о кршењу права на приватност.

7. Употреба снимака који су сачињени од представника медија, попут емисија, преноса утакмица, извештавања са јавних скупова и сличних јавних догађаја, који су забележили инкриминисано понашање, могу се користити као доказ у кривичном поступку. Легитимност објављивања снимака којима се угрожава право на приватност произилази из Закона о јавном информисању и медијима, који уређује начин остваривање слободе јавног информисања и ситуације у којима се право на приватност ограничава у интересу јавности.

8. У ситуацији када грађанин снима разговор са својим саговорником, његова сагласност довољна да би се снимак користио као доказ у кривичном поступку, јер је такав разговор био намењен особи која је исти забележила. Сагласност треба да се претпоставља када је лицу познато да се сачињава снимак његовог разговора. Исто, када се ради о фотографији или снимку другог лица оне се могу користити као доказ у кривичном поступку, када постоји прећутна или изричита сагласност лица које се налази на фотографији“.

9. Разговор је намењен оном који снима и онда када се држи говор јавно, за круг особа које нису индивидуално одређене нпр. на јавном предавању, а исто се односи и на фотографију преписке из мобилног телефона коју преда један од учесника у њој.

10. Када лице тајно снима разговоре других лица и фотографише лица у приватном окружењу, тиме крши њихово право на приватност и резултат таквог снимања и фотографисања не би требало да се користи као доказ у поступку, јер је незаконито прибављен.

11. У ситуацији када грађанин на јавном месту сними или фотографише вршење кривичног дела, то се не разликује од права медија да објаве снимке вршења кривичних дела која су забележили, па сматрамо да право на приватност прелази у јавну сферу и претеже интерес државе да инкриминисано понашање санкционише.

На основу свега наведеног, путем нормативне анализе важећег и ранијег законодавства, упоредноправне анализе, *потврђена је друга посебна хипотеза* („да систем незаконитих доказа треба нормативно одредити према врсти и јачини повреде права која су загарантована Уставом, законом и међународним актима, а следствено томе прописати адекватан начин издвајања“) и дати су предлози *de lege ferenda* ради унапређења постојећег система незаконитих доказа у циљу постизања правичног и законитог кривичног поступка.

V

У раду су анализиране поједине доказне радње које су најчешће предмет оцене законитости у теорији и пракси и то: саслушање окривљеног, испитивање сведока, исказ судског вештака и налаз и мишљење, претресање, привремено одузимање предмета, исправе

и други материјални докази, као и посебне доказне радње. Осим тога, предмет анализе су били и дигитални (електронски) докази, који су тековина савременог доба и напретка модерне технологије, те дилеме које се односе на оцену њихове законитости и аутентичности у пракси.

Појачана свест о неопходности борбе против криминалитета говори у прилог примене одређених доказних радњи као што су претресање станова, лица, покретних ствари, а нарочито у прилог примене посебних доказних радњи као што су тајни надзор комуникације, прикривени иследник, као доказних радњи од којих су очекивања велика у откривању кривичних дела и гоњењу њених извршиоца. Међутим, треба имати у виду да приликом њиховог предузимања може доћи до злоупотребе од стране државних органа којима је на располагању дискрециона оцена у процесу одлучивања. У случају прекорачења процесних овлашћења органа поступања, и поред тога што су првенствено усмерена ка остваривању легитимних циљева, тако добијени резултати се често не могу користити као доказ у кривичном поступку.

Управо о томе сведочи пракса ЕСЈП у случајевима повреде одредаба Конвенције као правне претпоставке уживања загарантованих права и слобода у цивилизованом, демократском друштву. Наиме, ЕСЈП је у својим одлукама установио да се одредбе члана 3, 6 и 8 Конвенције крше чак и када су наизглед испуњени сви законом одређени услови и поступци за примену доказних радњи и посебних доказних радњи.

Правила о саслушању окривљеног детаљно су регулисана одредбама Законика о кривичном поступку, а изричито се прописује да се судска одлука не може заснивати на исказу окривљеног, уколико му није омогућено да користи своја права из члана 68. став 1. ЗКП или његова изјава о присуству браниоца није унета у записник или ако саслушан без присуства браниоца или ако је исказ окривљеног добијен противно члану 9. овог Законика (кршењем забране мучења, нечовечног поступања и изнуде). Поступање супротно овој одредби, доводи до обавезе органа поступка да издвоји записник о саслушању окривљеног, па се у том смислу и у одлукама највише судске истанце наводи да је ова законска одредба императивне природе.

Највеће потешкоће за оцену законитости „задаје“ упознавање са читањем исказа саоптуженог у погледу кога је кривични поступак раздвојен или већ окончан правноснажном осуђујућом пресудом. У раду су анализирани подељени ставови судске праксе о томе да ли се у тој ситуацији исказ саоптуженог може прочитати или се исти треба испитати у својству сведока. Коришћење исказа саокривљеног у форми писане исправе на главном претресу као доказа, у супротности је са начелом расправности и правом окривљеног да поставља питања саокривљеном. Приликом доношења одлуке суда која се заснива на исказу „нетестираног“ саоптуженог, који се у смислу ЕКЈП сматра „сведоком“, суд треба да цени да ли се одбрани током поступка пружила могућност да саоптуженог испита и његов исказ оспорава, да ли је исказ саоптуженог одлучујући, а да у сваком случају, уколико је могуће, суд покуша да обезбеди присуство саокривљеног као сведока у кривичном поступку. Овакво поступање суда је нарочито од значаја, имајући у виду да важећи процесни закон у складу са чланом 300 ЗКП, не прописује обавезу јавног тужиоца да осумњиченог и браниоца обавести о предузимању доказне радње саслушање саокривљених. Због тога је неопходно предвидети *обавезу обавештавања или позивања окривљеног и браниоца када се предузима доказна радња саслушања саокривљених.*

У раду се анализирају процени аспекти заузетог става Врховног касационог суда „да се записник полиције о саслушању осумњиченог који је извршен у присуству браниоца може се користити као доказ у поступку против другог саоптуженог у погледу кога је кривични поступак раздвојен“, који је у предмету пред ЕСЈП, Димовић против Србије имао за последицу утврђивање повреде члана 6 став 1 и 3 (д) ЕКЈП. Исказ окривљеног дат у

полицији, с тога, не може бити одлучујући за осуђујућу пресуду саокривљеног, уколико он нема могућности да га испита у кривичном поступку, а наводи саокривљеног који терети друге окривљене у поступку треба третирати као извесну индицију, али „никако довољан, поуздан и несумњив доказ, јер би се у супротном осуда одлучујуће заснивала на непровереном доказу“. Када се суд упознаје са исказом саоптуженог према коме је кривични поступак већ окончан правноснажном пресудом донетом на основу споразума о признању кривичног дела, он треба да пажљиво цени доказни кредибилитет исказа саокривљеног у оквирама свих релевантних околности и доказа конкретног случаја, не примењујући члан 406 став 1 тачка 5 ЗКП, уколико се исказ саокривљеног, покаже „одлучујућим“ за осуду саокривљених.

Суд се, на основу члана 406 Законика о кривичном поступку, може упознати и са садржином записника о испитивању сведока у истрази, што представља још један изузетак од начела непосредности. Упознавање са садржином одсутног, „нетестираног“ сведока, проблематично је са аспекта права на одбрану окривљеног и то његовог права да поставља питања сведоку оптужбе, да преиспитује поузданост његовог исказа и суочи се са њим. Стандарди ЕСЉП и трипартитни тест који се анализира у раду су корисне смернице за судску оцену доказног значаја и законитости исказа у судској одлуци. Као што смо већ указали у раду, парадоксално је да су одредбе о упознавању са исказу сведока остале неизмењене, иако се сведок испитује пред другим органом поступка - јавним тужиоцем и нису никада изведени пред суд. У том смислу смо навели пример, ЗКП РХ, којим се прописује доказно рочиште у претходном поступку, на којем судија за претходни поступак у присуству странака и браниоца може извести доказне радње и између осталог, испитати сведоке који неће моћи да се испитају на главном претресу, сведоке који су ослобођени дужности сведочења или за које постоји опасност да на претресу неће казивати. Сматрамо да је увођење судског обезбеђивања доказа у фази истраге у виду увођења *тзв. доказног рочишта*, начин да се оствари право одбране на конфронтацију и без потешкоће касније користи овакав исказ сведока, уз евентуално постављање додатног услова да се судска одлука не може у одлучујућој мери заснивати на исказу сведока, што је у потпуности у складу са стандардима ЕСЉП. На доказном рочишту, судија за претходни поступак може, на захтев странака у поступку, испитати лица, за која постоји опасност да се, због старости, болести или других важних разлога неће испитати на главном претресу односно да ће њихово испитивање бити знатно отежано (укључујући и саокривљеног), посебно осетљив сведок и заштићени сведок.

Претресање стана и других просторија или лица је општа радња прикупљања доказа која, под условима постављеним уставним гаранцијама и законом, уводи органе јавне власти у ограничење права на поштовање приватног и породичног живота и дома, у циљу спречавања криминала и заштите права и слобода других. Имајући у виду да процесне повреде приликом предузимања ове доказне радње, доводе до повреде уставом загарантованог права на неповредивост стана, те водећи рачуна о учесталости оваквих повреда у пракси, сматрамо да је неопходно изричито прописати да се на записнику о предузимању ове доказне радње без наредбе суда и без присуства сведока не може заснивати судска одлука, изузев у случајевима таксативно прописаним одредбом члана 158 Законика о кривичном поступку. Конкретни *de lege ferenda* би могли да се формулишу на следећи начин:

„На записнику о претресању стана и других просторија или лица се не може заснивати судска одлука уколико је:

- 1) претресање обављено без наредбе суда, осим у случајевима предвиђеним чланом 158 и чланом 159 Законика о кривичном поступку,*
- 2) претресање спроведено без предаје наредбе, а нису испуњени услови прописани чланом 156 став 3 Законика о кривичном поступку,*

3) претресање спроведено без присуства сведока, у супротности са чланом 156 став 7 Законика о кривичном поступку

Разлог за овакав предлог посебно лежи у чињеници да се у пракси најчешће поставља питање законитости управо овако прибављеног доказа, али и доказа који су произашли из њега. На овај начин суду би било знатно олакшано утврђивање шта у сваком конкретном случају представља доказ који није ваљан и који се не може користити у кривичном поступку, а наведено би допринело и правној сигурности, те економичности поступака, будући да би било реално за очекивати да би јавном тужиоцу, већ у ранијим фазама кривичног поступка, било са извесношћу познато који докази би могли да „опстану“ када касније буду „изнети“ пред суд, због чега би вероватно до одустанка од кривичног гоњења долазило раније, те би неминовно и трошкови кривичних поступака били мањи. Анализом судске праксе и изнетим аргументима у раду се потврђује посебна хипотеза да је потребно изричито прописати процесну санкцију за повреду правила о претресању стана и других просторија и тиме ојачати заштиту уставно загарантованог права на неповредивост стана.

Осим тога, указали смо и да је законодавац пропустио да пропише рок у којем је судија за претходни поступак дужан да одлучи о образложеном захтеву јавног тужиоца за претресање, чиме би допринео преко потребном ефикасном поступању у најранијим фазама кривичног поступка. У раду смо, као узор евентуалним будућим изменама, навели члан 242 Закона о казненем поступку Републике Хрватске, којим је прописано „да о захтјеву за претрагу, судија истраге одлучује одмах, а најкасније у року од четири сата, од примитка захтјева“. У циљу постизања ефикасности у предузимању ове радње, која остварује своју сврху (проналаска предмета и трагова кривичног дела или учиниоца) само уколико се предузме правовремено, може се размотрити поједина упоредноправна решења, којима се дозвољава да се у хитним и неодложним случајевима, радња претресања спроведе на основу наредбе јавног тужиоца. Овај начин спровођења доказне радње би се могао предвидети изузетно, уз обавезу јавног тужиоца, да по окончању ове радње, достави судији за претходни поступак извештај о претресању, како би он оценио законитост наредбе тужиоца и спроведеног претресања. Као пример могу послужити решења из немачког и хрватског законика о кривичном поступку.

У раду је посебна пажња посвећена разумевању и предочавању разлика између доказне радње претресања возила и оперативне радње прегледа возила и увиђаја на возилу, које питање неретко „задаје потешкоће“ у судској пракси приликом оцени њихове законитости, па је анализом више одлука, примећено да су извесне сличности у предузимању ових радњи, судовима послужиле као средство конвалидације претресања без наредбе.

Истражујући судску праксу која се односи на питање законитости извођења истражних доказних радњи, уочили смо тенденцију да се у извесним случајевима настоји да се оне спроведе од стране органа гоњења: тужилаштва и полиције на начин да се избегне судска контрола у одређивању и спровођењу истражних радњи. Приметили смо и да је органима гоњења, на челу са тужилаштвом, много „комфорније“ да радње које имају све елементе претресања покретних ствари (возила) за који је неопходна наредба судије за претходни поступак, спроведе као радњу прегледа или увиђаја на покретним старима. Циљ оваквог поступања је јасан, за радњу прегледа или увиђаја није потребна сагласност (и контрола) суда, већ иста обавља уз наредбу тужиоца, а ипак таква радња даје исте резултате као и радња претресања. У овом случају наше је мишљење да треба имати у виду да приликом таквих поступања може доћи до злоупотребе од стране државних органа гоњења који, по природи свог посла, настоје да имају на располагању дискрециону оцену у процесу одлучивања о одређивању и примени посебних мера. Међутим, у случају прекорачења процесних овлашћења органа поступања, и поред тога што су првенствено усмерена ка

остваривању легитимних циљева, тако добијени резултати не могу се користити као доказ у кривичном поступку.

Претресање, преглед и увиђај су предмет анализе и код оцене законитости дигиталних доказа, а нарочито података из мобилних телефона и компјутера. Електронски докази се прикупљају одузимањем и претресањем уређаја у којима су садржани, па је од кључног значаја за законитост доказа, да се ове доказне радње предузимају у складу са ЗКП, док суд до њихове сазнајне вредности може доћи само уз помоћ стручњака који поседује знање дигиталне форензике и адекватну дигиталну опрему. У Законнику о кривичном поступку се треба изричито *предвидети вештачење у области информационе технологије и нормативно одредити услови за његово предузимање.*

Како је мера тајног надзора комуникације једна од највише коришћених посебних доказних радњи у пракси (а техничко-технолошка достигнућа једна од кључних карактеристика савремених облика криминалитета), оправдано се постављају питања да ли се њеном применом остварују очекивани резултати и да ли су лица према којима се она примењује изложена несразмерном кршењу својих права, пре свега права на приватност, имајући у виду процесне претпоставке њене примене. Оцена законитости предузимања посебних доказних радњи и употребе њихових резултата од утицаја су на остварење права на правични поступак, док је прецизно утврђивање правила у закону и придржавање ових правила од стране надлежних органа предуслов да би ограничење основних права грађана на приватности, применом ових мера, било оправдано. Тако, ЕСЉП, приликом оцене да ли се применом ових „прикривених доказних радњи“ нарушава право на правично суђење, цени „да ли постоји изричит основ у закону за примену одређене доказне радње“, који је „одговарајући законски оквир за давање овлашћења и надзор“, као и „да ли је постојала неопходност и сразмерност у свим аспектима везаним за примену неке од посебних доказних радњи“. За оцену законитости посебних доказних радње од суштинске важности је испуњење формалних услова који су прописани законом, док је управо непридржавање рокова за продужење мера, коришћења прикупљеног резултата и трајање мера најчешћи узрок оспоравања њихове законитости у кривичном поступку. Као што у раду и примећено ставови највише судске инстанце дају подршку да се и поред оваквих пропуста, добијени материјал може користити као доказ у поступку, јер постоје други докази на којима ће се заснивати пресуда, што доводи до неприхватљиве „релаксације у поступању“ како органа поступка тако и надлежних органа који непосредно примењују мере.

Осим тога, да би успоставио виши ниво поштовања загарантованих права а смањила могућност злоупотребе, законодавац је установио услове под којима се доносе судски или тужилачки акти који су основ за извођење доказних радњи као и прецизне услове под којима се оне изводе. Имајући у виду претходно наведено, приликом нормирања процесних услова и поступака за одређивање свих посебних доказних радњи од стране законом овлашћених органа, сматрамо да би требало прецизније дефинисати садржај и образложења акта судског органа, садржај предлога јавног тужиоца, на коме се заснива њихово спровођење, како би се смањили изгледи и поставиле границе за арбитрарно поступање органа јавне власти и, самим тим, спречило кршење права и слобода појединца. Реч је о случајевима када државни органи, приликом одређивања ове мере, коа тајне методе, не образложе акт на коме се њено одобрење заснива, иако је у националним законодавствима прописано да се такав акт мора образложити, и поред остварења свих других, законом одређених претпоставки. Судске одлуке ЕСЉП које утврђују повреду члана 8 Конвенције по том основу, односно у смислу необразложене наредбе, заснивају се на становишту да наредба (налог) судског органа у свом образложењу мора садржати све релевантне податке и чињенице које оправдавају примену наведене методе, те да није довољно само навести да се докази на други начин не би могли прикупити.

VI

Полазећи од сврхе издвајања доказа, а нарочито њиховог утицаја на орган поступак, који се огледа у „контаминацији“ са једне стране, других доказа и њихове оцене и, са друге стране, расуђивања судије који доноси одлуку, правовремено издвајање незаконитог доказа је једини начин да законске одредбе о издвајању незаконитих доказа остваре своју сврху. Законик изричито забрањује да се судска одлука заснива на незаконитим доказима, предвиђајући обавезу суда да такве доказе издвоји из списка предмета и по службеној дужности током читавог поступка. Уколико, суд то не учини пресуда се може побијати због незаконитих доказа на којима се заснива. Ово су две процесне санкције коришћења незаконитих доказа и заснивања судске одлуке на незаконитим доказима. Обавезу издвајања незаконитих доказа има судија за претходни поступак, кривично веће, председник већа и веће у свакој фази поступка. Ипак, наметањем обавезе издвајања незаконитих доказа у свим фазама, законодавац је имао намеру да омогући њихово издвајање када је оно у претходној фази пропуштено, док суд својим поступањем потврђује да се незаконити докази издвајају „по вољи органа поступка и у било којој фази“. Осим тога, судови ову законску „обавезу“ испуњавају искључиво на предлог странка у поступку, занемарујући своју *ex officio* дужност, а често се чак опредељују да незаконит доказ не изведу и оставе га у списима, без доношења формалне одлуке о њиховом издвајању.

Судија за претходни поступак има обавезу одмах а најкасније до завршетка истраге да по предлогу странака и браниоца, али и по службеној дужности издвоји доказе који су прикупљени незаконито односно доказе за које је у законнику прописано да не могу бити коришћени у кривичном поступку или да се на њима не може засновати судска одлука (члан 237 ЗКП). Како тужилац не сноси процесну последицу недостављања списка, док судија за претходни поступак није везан одређеним краћим роком у поступању, није изненађујућа пасивност јавног тужиоца да иницира издвајање доказа, а ни судије за претходни поступак да одлучи по службеној дужности или на предлог странака о издвајању незаконитих доказа. Увођењем одређеног законског рока, који ће се рачунати од дана достављања предлога о издвајању, могло би допринети ефикаснијем поступању суд у овој фази поступка. Конкретан *de lege ferenda* би могао овако да се формулише:

„Када је у овом законнику прописано да одређени доказ не може бити коришћен у кривичном поступку или да се на њему не може засновати судска одлука, судија за претходни поступак ће по службеној дужности или на предлог странака и браниоца донети решење о издвајању записника о овим радњама из списка одмах, а најкасније у року од три дана од сазнања односно од пријема предлога за издвајање.“

У фази контроле оптужнице, веће ће по службеној дужности извојити записнике и обавештења из члана 237 став 1 и 3 ЗКП, а бранилац и окривљени имају право да у одговору на оптужницу предложи издвајање из списка незаконитих доказа, о којем предлогу веће у пракси одлучује посебним решењем, само уколико је овакав предлог основан или делимично основан. Анализом постојећег поступка испитивања оптужнице, утврђује се да је он „затворен и релативизован“ са тенденцијом „пребацивања одговорности са кривичног већа на судеће веће“, због чега сматрамо да је потребно размотрити адекватну усмену форму за расправљање о доказима оптужбе и незаконитим доказима пре главног претреса, какву познају поједина упоредноправна законодавства. Установљавање контрадикторног рочишта био би адекватан процесни инструмент за остваривање права у погледу оспоравања законитости доказа, правовременог изузимања доказа и спречавање контаминација доказног материјала који ће се расправљати на главном претресу.

О предлогу странака за издвајање доказа на главном претресу, одлучује се тек на крају доказног поступка, када суд изведе све доказе, иако је законитост доказа претходно питање за одлуку о томе да ли ће се одређени доказ (или доказ изведен из њега) извести на главном претресу. Прописивањем рока од три дана и у овој фази поступка, допринело би ефикаснијем и правременом одлучивању о предлогу за издвајање доказа, док би за странке у поступку било извесно да ли ће одређени доказ бити предмет доказног поступка.

Против одлуке суда о издвајању незаконитих доказа донете у току кривичном поступку, (осим у другостепенном поступку), странке и бранилац имају право жалбе у року од три дана од дана пријема писаног и образложеног решења. Решење о одбијању предлога за издвајање доказа, не доноси се у писаном отпраку и против њега странке и бранилац немају право посебне жалбе. Предвиђање двостепености само за решење којим се издвајају незаконити докази, полази од становишта би одлучивањем у једној фази подносилац био преклудиран у свом праву у другој фази. Међутим, као што смо истакли, интенција законодавца је била да омогући странкама и браниоцу да у свакој фази предложи издвајање доказа, како би се осигурало издвајање доказа, уколико то није учињено у претходним фазама, а не како би се у свакој фази изнова одлучивало о предлогу. Двостепеност у одлучивању о законитости доказа је нужна како би се предупредило да у кривичним поступцима егзистирају докази о којима није *дефинитивно* одлучено. Када се у току поступка коначно реши питање да ли један доказ законит, суду се „олакшава“ посао, јер ће извесно, своју одлуку донети искључиво на основу законитих доказа. Осим тога, у судској пракси, у појединим случајевима судови су достављали писано и образложено решење о одбијању предлога да се издвоје незаконити докази уз поуку о правном леку да је жалба дозвољена, док су непосредно виши судови прихватили да одлучују о жалби дајући коначну оцену о законитости доказа. У том смислу, предлажемо *de lege ferenda*:

„Против решења којим је одбијен предлог за издвајање незаконитих доказа, дозвољено је право жалбе у року од три дана, од дана достављања решења“

Релативно битна повреда одредаба кривичног поступка, постоји ако се пресуда заснива на незаконитом доказу, осим ако је, с обзиром на друге доказе, очигледно да би и без тог доказа била донесена иста одлука. Иако важећи ЗКП *prima facie* више инсистира на законитостима у прикупљању доказа, он заправо релативизује издвајање незаконитих доказа кроз предвиђање релативно битне повреде одредаба кривичног поступка, које доводи до тога да процесна санкција за незаконито изведене доказе неретко изостане. Овакво решење доводи до следећих последица:

- *установљава се обавеза другостепеног суда да испита „да ли би пресуда без незаконитог доказа била иста или другачија“ односно да оцени који је значај незаконитог доказа у односу на донети кривичнопроцесни закључак у судској одлуци. Утицај незаконитог доказа на пресуду, утврђује се у односу на преостале доказе, а оваква одлука би се могла донети само након отварања главног претреса и извођења доказа поново, а не у седници већа као што се у пракси чини,*

- *другостепени суд није у могућности да оцени у којој мери је судија који је донео одлуку био под фактичким утицајем тог незаконитог доказа,*

- *другостепени судови олако приступају оцени да ли незаконит доказ има утицај на преостале доказе, а потом и на судску одлуку, док недостатак јасних критеријума за оцену утицаја незаконитог доказа у судској пракси доводи до правне несигурности,*

- *кроз своју оцену „да ли би пресуда и без незаконитог доказа била иста“, конвалидира се незаконити доказ, који остаје део доказне грађе једне судске одлуке, пропушта обавеза другостепеног суда да извоји незаконит доказ,*

- утиче се и на поступање првостепеног органа при оцени законитости доказа, јер, уместо издвајања незаконитих доказа, суд се бави оценом да ли је незаконит доказ одлучујући у односу на судску одлуку,

- странке се стављају у неповољнији положај јер кроз жалбу морају да докажу незаконитост доказа и његов утицај на одлуку суда, што је у искључивој надлежности суда.

Из свих наведених разлога, сматрамо да је неопходно да се засновање пресуде на незаконитом доказу пропише као апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка, па конкретан *de lege ferenda* може бити формулисан онако како је то било прописано одредбом члана 368 раније важећег ЗКП:

„Битна повреда одредаба кривичног поступка постоји: ако се пресуда заснива на доказу на коме се по одредбама овог законика не може заснивати.....“

Последице предвиђања релативно битно повреде најбоље се сагледавају у пракси Врховног касационог суда приликом одлучивања о захтеву за заштиту законитости. У раду су анализирани ставови највише судске инстанце и дошло се до следећих закључака:

- Врховни касациони суд разматрајући повреду закона из члана 438. став 2. тачка 1 ЗКП, у већини случајева оцењује да није учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1. ЗКП, прихватајући разлоге жалбеног суда

- У пресудама у којима је суд констатовао да постоје незаконитости у прикупљању и извођењу доказа, али да оне не доводе до укидања пресуде, јер би с обзиром на друге доказе, очигледно и без незаконитог доказа била донета иста пресуда, образложење не садржи оцену осталих доказа нити утицај незаконитог доказа на њих.

- У неколико пресуда, Врховни касациони суд образлаже и да поједине незаконитости не чине *a priori* доказ незаконитим у садржинском смислу, па самим тим се не мора издвојити из списка, али не наводи јасне критеријуме за такав закључак,

Наведени закључци стоје у прилогу чињеници да је „релативизовано“ издвајање незаконитих доказа, због чега се, без интервенције законодавца у правцу прописивањем апсолутно битне повреде одредаба кривичног поступка када се судска одлука заснива на незаконитим доказима, не може остварити основна сврха захтева за заштиту законитости који је „делотворан инструмент за обезбеђивање законитост и владавине права предвиђене самим Уставом Србије“.

На основу свега наведеног, путем нормативне анализе важећег и ранијег закона, ставова из постојеће судске праксе, потврђене су посебне хипотезе („да издвајање незаконитих доказа у кривичном поступку има ефекта пре главног претреса и „контаминације“ доказног поступка, а тиме и утицаја на судију/веће које доносе одлуку, као и да предвиђањем релативно битне повреде у ситуацији када се судска одлука на незаконитим доказима штети законитости поступка доводи до конвалитације незаконитих доказа у кривичном поступку“), као и и друга основна хипотеза („да уз извесне корекције, може остварити своју сврху правичног и законитог кривичног поступка) и дати су предлози *de lege ferenda* ради унапређења постојећег решења.

ЛИТЕРАТУРА

КЊИГЕ И ЧЛАНЦИ на страном језику

- Allen C, *Practical Guide to Evidence*, Fourth Edition, Roudge and Cavendish, London and New York, 2008
- Ambos K., „May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?“, *Journal of International Criminal Justice* 6, Oxford University Press, 261-287, 2008
- Amsterdam G.A., „Perspectives on the Fourth Amendment“, *Minnesota Law Review* 848, 1974
- Arangüena Fanego Coral, „Requirements in Relation to Witness Examination under Article 6.3 d) ECHR“, *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights* (eds. Javier García Roca, Pablo Santolaya), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2012
- Ashworth A., „Four threats to the presumption of innocence“, *The South African Law Journal*, Vol. 123, No.1, 2006
- Ashworth A., *Principles of Criminal Law*, New York 1999
- Ashworth A., *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure*, Sweet & Maxwell, London 2002
- Ashworth A., *The Criminal Process*, Oxford University Press, Oxford 2005
- Bain M. J., Kelly K. M., „Fruit of the Poisonous Tree: Recent Developments as Viewed Through Its Exceptions“, 31 *U. Miami L. Rev.* 615, 1977
- Beck C.H.V., *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München, 2005
- Black's law dictionary*, Standard 9th edition (Edited by Bryan A. Garner), 2009
- Bouloc B., *Procédure pénale*, Dalloz, Paris, 2014
- Bradley, C., "The Exclusionary Rule in Germany", *Articles by Maurer Faculty* 1983
- Bradley, C., „Murray v. United States: The Bell Tolls for the Search Warrant Requirement“, *Indiana Law Journal*: Vol. 64, Iss. 4, Article 4, 1989
- Bradley C., *Criminal procedure a worldwide study*, second edition, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2007.
- Brodin S. M., „The British Experience with Hearsay Reform: A Cautionary Tale“, 84 *Fordham L. Rev.* 1417, 2016
- Cavallaro R., „Rape Shield Evidence and the Hierarchy of Impeachment“, *American Criminal Law Review*, vol 56, 2/2019
- Cédras, J., *La justice pénale aux Etats-Unis*, Aix-en-Provence, Paris, 1990.
- Clancy K. T., *The Fourth Amendment's Exclusionary Rule as a Constitutional Right*, 10 *OHIO ST. J. CRIM. L.* 357, 2013
- „Confrontation“, *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, Vol. 62, No. 4 (Dec., 1971), Published by: Northwestern University Pritzker School of Law Stable
- Cooper N., *The Fruit of the Poisoned Tree – The Admissibility of Evidence in Civil Cases*,
- Cox M. Alyson, „Does It Stay, or Does It Go?: Application of the Good-Faith Exception When the Warrant Relied Upon Is Fruit of the Poisonous Tree“, 72 *Wash. & Lee L. Rev.* 1505, 2015
- Cramer S., Bürgle M., *Die Strafprozessualen Beweisverwertungsverbote*, Stuttgart: Boorberg, 2004

- Daly M. Y., „Overruling the protectionist exclusionary rule: *DPP v JC*“, *The international journal of evidence & proof*, Volume 19, issue 4, 2015
- Damaska M., *Two Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press 1986
- Damaška M., „Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study“, 121 *University of Pennsylvania Law Review*, 1973
- Damaška M., *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven – London 1997
- Damaška M., „Of hearsay and Its Analogues“, 76, *Minnesota L.Rev*, 426, 1992
- Delmas-Marty, M. , Spencer, J. R. (ur.), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004
- Dencker F., *Verwertungsverbote im Strafprozess: ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten*, Carl Heymann, 1977
- Epps D., „The Consequences of Error in Criminal Justice“, *Harvard Law Review*, 6p. 4/2015
- Erb V., „Stellungnahme zum "Fall Daschner““, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozeßrecht, Universität Mainz, 2004,
- Farkas –Róth, *A büntetőeljárás*, Budapest, 2007
- Fraser R. and Addison J., „What’s Truth Got to Do with It? The Supreme Court of Canada and Section“ 24(2), *Queen’s Law Journal* Vol 29, 2004
- Garrett B. L., *Criminal Justice and the Court’s Past Term*, Harvard University Press Blog, Harvard University Press, Aug 2, 2013
- Glaser J., *Beitrage zur Lehre von Beweis im Strafverfahren*, 10 *Kriminalistik* 1956
- Graham M. H. , „Burden of Proof and Presumptions in Criminal Cases, *Criminal Law Bulletin*“, Vol. 44, No. 16, 2009, 1-33
- Griswold N. E., „The Due Process Revolution and Confrontation“, *University of Pennsylvania Law Review* vol. 119, 5/1971
- Guinchard, Serge i Buisson, Jacques, *Procédure Pénale*, Litec, Paris 2002
- Harfield C., *Covert Investigation*, Oxford: Oxford University Press 2012
- Harris, O'Boyle, Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd Ed., Oxford, 2009
- Heffernan C. William & Lovely W. Richard, „Evaluating the Fourth Amendment Exclusionary Rule: The Problem of Police Compliance with the Law“, 24 *U. Michigan Law Review* Reform 311, 1991
- Holtappels P., *Die Entwicklungsgeschichtedes Grundsatzes „in dubio pro reo“*, Gram/de Gruyter&Co Hamburg, 1965
- Höpfel F., Huber B., *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen*, Max-Planck Institut für Strafrecht, Freiburg 1999
- Hutton, Glenn, Johnston, *Evidence and Procedure*, Oxford University Press, Oxford 2004
- Kaplan J., „The Limits of the Exclusionary Rule“, *Stanford Law Review*, Vol. 26, No. 5, 1974
- Leipold D. Andrew, „The Problem of the Innocent, Acquitted Defendant“, 94 *NW. U. L. REV.* 1297, 2000, 1299
- Leng R., *The Royal commission on criminal justice*, Research study no. 10, 1993,
- M. J. Anderson, „From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law“, Villanova University School of law, Public law and legal theory Research paper, 5/2002
- Mae Y., *Comparative analysis of exclusionary rules in the United States, England, France, Germany and Italy*, International Journal of Police Strategies & Management, 1999
- W. Broeder, „The Decline and Fall of Wolf v. Colorado“, 41 *Nebraska Law Review* 185, 1962
- Marcus P., "The Confrontation Clause and Co-Defendant Confessions: The Drift from Bruton to Parker v. Randolph", *Law Forum*, No 3, 1979
- Martin A.G., *The Exclusionary Rule Under Foreign Law*, 52 *J. Crim. L. Criminology & Police Sci.* 271, 1961
- McGlynn M., „Competing Exclusionary Rules in Multistate Investigations: Resolving Conflicts of State Search-and-Seizure Law“, *Yale Law Journal*, Vol 127 no 2, 2017

- Mount, S., „R. v. Shaheed: The Prima Facie Exclusion Rule Re-examined“, *New Zealand Law Review*, 2003
- Murphy P., *Marphy on Evidence*, 11th Edition, Oxford University Press 2009
- Meyer-Gosner/Schmitt, *Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen*, 61. Auflage, C.H. Beck, 2018
- O'Reilly W. G. , *England Limits the Right to Silence and Moves towards an Inquisitorial System of Justice*, 85 *J. Crim. L. & Criminology* 402 (1994-1995)
- Osborn D., *Suppressing the Truth: Judicial Exclusion of Illegally Obtained Evidence in the United States, Canada, England and Australia*, Murdoch University School of Law, Vol.7, no.4, december 2000
- Penney S., „Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence under Section 24(2) of the Charter“, *McGill Law Journal* Vol 49, 2004
- Pfeiffer V., Gerd, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, München, C. H. Beck, 2003
- Pradel, J., *Droit pénal comparé*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2008
- Pradel J., „France: Procedural Nullities and Exclusion“, In: Thaman S. (eds) *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Comparative Perspectives on Law and Justice, vol 20. Springer, Dordrecht, 2013
- Quirk H., „Twenty years on, the right of silence and legal advice: the spiralling costs of an unfair exchange“, *Northern Ireland Legal Quarterly* 64(4), 2013
- „Rawlings v. Kentucky: More on Unpoisoning the Fruit or Shall We Just Plant Another Tree?“, 38 *Wash. & Lee L. Rev.* 257, 1981
- Reed A., A., „Fourth Amendment First Principles“, *Harvard Law Review*, vol. 107., 1994
- Roach K., „Reclaiming Prima Facie Exclusionary Rules in Canada, Ireland, New Zealand, and the United States: The Importance of Compensation, Proportionality, and Non-Repetition“, 2020 43-3 *Manitoba Law Journal* 1, 2020
- Roxin S., *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage, Verlag C.H.Beck, Minhen 1998
- Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 28. izdanje, C. H. Beck 2014
- Shroff B. K., Clarke F. S., *Admissibility of illegally obtained evidence: A comparative analysis of the laws of England, Scotland, Ireland, Canada, Australia and New Zealand*, Law Library of Congress Washington, D.C., 1981
- Smith J., „Remote Testimony and Related Procedures Impacting a Criminal Defendant's Confrontation Rights“, Administration of Justice Bulletin No. 2013/02
- Smith J., „Understanding the New Confrontation Clause Analysis: Crawford, Davis, and Melendez-Diaz“, Administration of justice bulletin, no. 2/2010
- Shabas A., „An introduction to the International Criminal Court“, Cambridge University press, New York, 2004.
- Spencer J. R., „Evidence“, *European Criminal Procedures* (ed. by M. Delams-Marty, J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge 2002
- Spencer J.R., *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2008
- Szymanski S.M., „Exclusionary Rule - Good-Faith Exception: New Limitations on the Suppression of Illegally Obtained Evidence -Arizona v. Evans“, 115 *S. Ct.* 1185 (1995), 79 *Marquette law review* 1083 (1996)
- Stumer A., *The presumption of Innocence, Evidential and Human rights Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010
- Svanidze E., Graham S., *Training Manual on the Prohibition of Torture and Inhuman and Degrading Treatment and Punishment*, Fighting ill-treatment and impunity and enhancing the application of the ECtHR case-law on national level “FILL” Council of Europe, Strazbur 2018
- Schomburg W., „The Protection of Human Rights of the Accused Before the ICTY and Rwanda (ICTR)“, *Internationale Strafgerichtsbarkeit – Status quo and Perspektiven* (eds. K. Bard, R. Soyer) Wien –Gratz 2005

- Thaman S., *Exclusionary rules in Comparative Law*, Springer, Dordrecht, 2013
- Thaman S., „Miranda in Comparative Law“, *St. Louis University Law Journal*, Vol. 45, No. 2, p. 581, 2001
- Thaman S., „Fruits of The Poisonous Tree in Comparative Law“, *Southwestern Journal of International Law*, vol. 16, 2010,
- M. Tracey, „Maryland v. King: Terry v. Ohio Redux“, *2013 Supreme Court Review* 359
- Trechsel S., Summers S.J., *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford 2005
- Vitkauskas D., Dikov G., *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Vijeće Evrope, Strasbourg, 2012
- Wavra M. R., „State Constitutional Rights Be Damned: Reconsidering the Indifferences to State Constitutional Violations in Federal Criminal Proceedings“, *82 Mont. L. Rev.* 237, 2021
- Weigend T., „Should We Search for the Truth, and Who Should Do it ?“, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 36, Number 2, Chapel Hill, 2011
- Wigmore H. J., *Wigmore's Code of the Rules of Evidence in Trials at Law*, Third Edition, Little, Brown and Company, Boston 1942
- Wigmore, D.J., *Evidence*, 2nd ed, 1923
- William van Caenegem, *New trends in illegal evidence in criminal procedure: general report - common law*, Sep. 2007.
- Yale K. , *Miranda v. United States*, *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, 2d ed., edited by K. L. Hall and J.W.Ely Jr., Oxford: Oxford Univ. Press, 2009
- Zuckermann A., *The Principles of Criminal Evidence*, Clarendon Press, Oxford 1989

КЊИГЕ И ЧЛАНЦИ на српском језику и језику држава некадашње СФРЈ

- Алексић Ж., *Примена полиграфа у кривичном поступку*, ур. М.Бошковић и Д. Лакићевић (ур.), Пракса органа унутрашњих послова и кривичноправна проблематика примене полиграфа у откривању кривичних дела и учинилаца Институт безбедности, Београд 1987
- Алексић Ж., Шкулић М., *Криминалистика*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011
- Аћимовић М., *Допринос браниоца истини у кривичном поступку*, докторска дисертација, Београд 1966
- Бајовић В., „Исказ саокривљеног као доказ у кривичном поступку“, *Правни живот* 9/17
- Бајовић В., „Начело непосредности као парадигма правичности и расправног процесног модела“, *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 2020
- Бајовић В., „О правно неваљаним доказима и плодовима отровног дрвета“, *Правни живот* бр. 9/2013, књига 563, година LXII, Удружење правника Србије, Београд, 2013
- Бајовић В., *О чињеницама и истини у кривичном поступку*, Crimen, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015
- Бајовић В., „Објективни идентитет пресуде и оптужбе“, *Анали Правног факултета у Београду*, година LXI, 1/2013
- Бајовић В., „Право на одбрану ћутањем“, *Правни живот* 10/2008
- Бајовић В., *Процесноправни значај општепознатих чињеница и чињеница утврђених у правноснажним судским одлукама*, докторска дисертација, Београд 2014
- Bayer V., *Jugoslovensko krivično procesno pravo, Uvod u teoriju krivičnog procesnog prava – Prva knjiga*, Zagreb 1977.

- Bayer V., *Jugoslovensko krivično procesno pravo, knjiga druga – Pravo o činjenicama I njihovom utvrđivanju i krivičnom postupku*, Zagreb, 1989
- Бејатовић С., *Кривично процесно право*, Београд 2016
- Бејатовић С., *Трајање кривичног поступка и његов утицај на превенцију криминалитета, Слободе и права човека и грађанина у концепту новог законодавства Републике Србије I*, 2004-2005
- Бодрожичић И., *Пракса Европског суда за људска права и кривична дела тероризма*, Страни правни живот, 3/2016, Београд 2016
- Војанић И., З. Ђурђевић „Допуштеност uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 15, broj 2/2008
- Бошковић А., „Странацка истрага у српском и италијанском кривичном процесном законодавству и ефикасност истражног поступка“, *Ревија за криминологију и кривично право*, 1/2015
- Бркић С., *Кривично процесно право I*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2014
- Бркић С., „Могућности и границе американизације главног претреса према ЗКП Србије из 2001. Године“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Ирена Пејић), бр. 76, Ниш 2017
- Бркић С., „Употреба незаконитих доказа у кривичном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2011
- Бугарски Т., „Претпоставка невиности (обим и дејство у кривичном поступку)“, *Реформски процеси и поглавље 23 (година дана после) – кривичноправни аспект*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVII редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд 2017
- Бугарски Т., „Испитивање сведока“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2013
- Бугарски Т., *Доказне радње у кривичном поступку*, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, 2014.
- Васиљевић Т., *Коментар Закона о кривичном поступку*, Београд 1977
- Васиљевић Т., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд 1957
- Васиљевић Т., М.Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд 2005
- Васиљевић Т., *Систем кривично процесног права СФРЈ*, Београд 1981
- Водинелић В., „О правној природи презумције невиности“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 1968
- Водинелић В., „Проблеми чињеница у доказној теорији кривичног процесног права“, *Анали Правног факултета у Београду*, 5/1992
- Вуковић Ш., *Закон о кривичном поступку са објашњењима и судском праксом*, Београд 1981
- Гарачић А., Новосел Д., *Закон о казненом поступку у судској пракси*, књига I, Ријека 2018
- Грубач М., *Анализа судске праксе Европског суда за људска права у кривичним стварима*, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, Нови Сад, 11-12/2007
- Грубач М., *Анализа судске праксе Европског суда за људска права*, *Гласник Адвокатске коморе Војводине - Часопис за правну теорију и праксу* књига 67, 11-12/2007
- Грубач М., Васиљевић Т., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Пројурис, Београд 2014
- Грубач М., *Заштита људских права и доказне забране у југословенском кривичном поступку*, *Уставност и законитост у заштити људских права и слобода*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1997
- Грубач М., *Кривично процесно право- Увод и општи део*, III издање, Службени гласник, Београд 2004
- Грубач М., *Кривично процесно право*, Београд 2009

- Грубач М., *Кривично процесно право*, Пројурис, 2015
- Грубач М., „Нове установе и нова решења Законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи* 2/2011
- Грубач М., „Отварање истраге према новом Законнику о кривичном поступку“, *Правни записи*, V, 1/2014
- Грубач М., „Кривично процесно право (процесне радње)“, "Службени гласник", Београд, 1996
- Грубиша М., *Дејанско стање у казенском поступку*, Љубљана 1989
- Грубиша М., *Правила за практично решавање питања објективног идентитета пресуде и оптужбе*, Наша законитост, бр. 11–12, Загреб 1960
- Дамашка М., *Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 2001
- Дамашка М., „Изазови слободной оцени доказа“, *Hrvatski ljetopis za kazneneno pravo i praksu*, 1/1995
- Дамашка М., „Prigovori jednoj preširokoj dokaznoj zabrani“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, Vol. 16, 2/2009
- Дамашка М., „Procesne posljedice upotrebe dokaza dobivenih na nedozvoljeni način“, *Naša zakonitost*, br. 3–6, Zagreb 1960
- Дамашка М., О неким učincima stranački oblikovanog pripremnog kaznenog postupka, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 14, 1/2007
- Дамашка М., „Sudbina angloameričkih procesnih ideja u Italiji“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 13(1), Zagreb 2006
- Дамашка М., *Rječnik krivičnog prava i postupka*, Zagreb 1966
- Деренџиновић Д., Драгићевић Пртенјаџа М., „Agent provokator i institut prikrivenog istražitelja“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb)*, vol. 25, broj 2/2018
- Деренџиновић Д., Роксандић Видлићка С., Драгићевић Пртенјаџа М., „Projekti nedužnosti“ i naknadna dnk vještačenja u Republici Hrvatskoj – moguća stvarnost ili nedostižna želja“, *Zbornik PFZ*, 67, (3-4), 2017
- Димитријевић Д., *Кривично процесно право*, Београд 1981
- Димитријевић Д., *Кривично процесно право*, Београд 1981
- Ђурђевић З., „Procesna jamstva obrane prema suokrivljeniku kao svjedoku optužbe“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 16, 2/2009
- Ђурђевић З., „Odluka Ustavnog suda RH o suglasnosti Zakona o kaznenom postupku s Ustavom“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, vol. 19, 2/2012
- Ђурђић В., *Кривично процесно право, Општи део*, Центар за публикације Правног факултета, Ниш 2014
- Ђурђић В., „Перспектива новог модела кривичног поступка Србије“, НБП – *Журнал за криминалистику и право*, 2015
- Ђурђић В., *Оптужење, Унапређење Законика о кривичном поступку, de lege ferenda предлози*, Београд 2015
- Ђурђић В., „Законске гаранције права на правично суђење у кривичном поступку Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Ирена Пејић), број 70, Правни факултет у Ниш, 2015.
- Ђурђић В., *Претпоставка невиности у кривичном поступку*, Правни информатор, број 1, Београд
- Златарић В., Дамашка М., *Rječnik krivičnog prava i postupka*, Informator, Zagreb 1966
- Живановић Т., *Кривични законик и поступак Краљевине Југославије*, Београд 1930
- Илић И., „Идентитет пресуде и оптужбе“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Ирена Пејић), Правни факултет у Нишу, Ниш 2015
- Илић И., *Систем правних лекова у кривичном поступку Србије XIX века, у: Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, Ниш 2014

- Илић П. Г., „Доказна вредност провоцираних кривичних дела у судској пракси“, *Билтен Округног суда у Београду*, број 68/2005, Интермех, Београд
- Илић П. Г., „Судско тумачење и правна сигурност у кривичном праву“, *Култура полиса*, 32/2017
- Илић П.Г., *et al.*, *Коментар законика о кривичном поступку*, Десето измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2018
- Илић П.Г., „О неваљаним доказима у кривичном поступку“, *Билтен Округног суда у Београду*, 73/2006
- Илић П.Г., „О незаконитим доказима у кривичном поступку“, *Казнена реакција у Србији*, V део (Ђ. Игњатовић, ед.), Београд 2015
- Илић П.Г., *Право на образложену одлуку*, Београд Crimen 2/2011
- Ivičević Karas E., Kos D., „Sudska kontrola optužnice“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, vol.18 broj 2/2011
- Ivičević Karas E., „Осврт на реформу хрватског казног поступка кроз призму окривљениковог права на правични поступак“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Број 68,2014
- Јанковић Д., Миловановић И., *Оцена законитости доказа у судској пракси*, Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Интермех, Златибор – Београд 2015
- Јанковић С., судија Врховног суда Србије, „Недозвољени докази у судској пракси“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, број 3/2007, Интермех, Београд, електронско издање
- Јекић З., *Докази и истина у кривичном поступку*, Београд 1989
- Јекић З., *Кривично процесно право*, Београд 2002
- Кандић Т, „Судска власт у уставном и законодавном развоју Републике Србије“, Правни факултет у Београду, Београд 2012, 12 Еудаимонија – година I, 1/2017
- Karas Ž., „Neke primjedbe o izdvajanju nezakonitih materijalnih dokaza“, *Policijska sigurnost*, Zagreb, godina 21., broj 4, 2012
- Karas Ž., „Sudska praksa Sudska praksa o zakonitosti dokaza: tajno snimanje sugovornika; vaganje nezakonitih dokaza; snimka nadzora“, *Policijska sigurnost*, Zagreb, 24/2015
- Karas Ž., Štrk D., „Izdvajanje nezakonitih materijalnih dokaza u poredbenom kaznenom postupovnom pravu“, *Zagrebačka pravna revija*, Vol. 2 No. 2, 2013
- Киурски Ј., *Приручник за увиђај*, група аутора, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2018,
- Кнежевић С., *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2015
- Кнежевић С., *Основна начела кривичног процесног права*, Студентски културни центар, Ниш 2012
- Кнежевић С., „Право на правично суђење“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 2004
- Kos V., *Bitna povreda odredaba kaznenog postupka – nezakoniti dokazi, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva*, Inženjerski biro, 2005
- Крапас Д., *Engleski kazneni postupak*, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб 1995
- Крапас Д., *Kazneno procesno право, Prva knjiga: Institucije, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Zagreb, 2003
- Крапас Д. *Казнено процесно право*, Институције, Загреб 2015
- Крапас Д., *Kazneno procesno право, Prva knjiga: Institucije* (suradnici: Zlata Đurđević et al), Osmo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, (ur. Zlata Đurđević), Narodne Novine, Zagreb 2020
- Крапас Д., *Neposredni i posredni dokazi u krivičnom postupku*, Informator, Zagreb 1982
- Крапас Д., „Незаконити докази у казненом поступку према пракси Европског суда“, *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu*, 60(3), 2010

- Кгарас Д., *Процесноправни аспект проблема утврђивања чињеничног стања у кривичном поступку*, ЈРКК бр. 3-4/1981
- Крстајић В., „Судска пракса у поступку по захтеву за заштиту законитости“, *Билтен Врховног касационог суда*, број 2/2017, Intermex, Београд
- Кулић Д. „Нови устав и уставне промене“, *Зборник Правног факултета у Нишу – ванредни број посвећен новим уставима*, 1974
- Лукић Т., „Дигитални докази“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2012
- Лукић Т., „Утицај међународних правних стандарда на обликовање припремног стадијума кривичног поступка“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/11
- Мајић М., „Чињенични идентит пресуде и оптужбе: преиспитивање граница дозвољеног одступања“, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 2/2011
- Мајић М., „О употреби аудио и видео снимака у кривичном поступку“, *Билтен* 78/2008, Интермех, Београд
- Маринковић Д., *Теоријски и практични аспекти провокације на кривично дело*, Безбедност, бр. 2, Београд 2005
- Martinović I., Kos D., „Nezakoniti dokazi: teorijske i praktične dvojbe u svjetlu prakse Europskog suda za ljudska prava“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb)*, vol. 23, 2/2016
- Марковић Б., *О доказима у кривичном поступку*, Београд 1921
- Марковић Б., *Уџбеник српског кривичног поступка Краљевине Југославије*, Београд 1930
- Мекбрајд Ц., *Људска права у кривичном поступку Пракса Европског суда за људска права*, Београд, 2009
- Милојковић А. Б., *Законик о поступку судском у кривичним делима (са објашњењем и коментаром) са Полицијском уредбом и законом о пороти*, Нови Сад, Супек – Јовановић и Богданов 1920
- Миљуш И., „Изазови и ризици увођења видео линка у кривични поступак“, *Зборник радова : Унификација права и правна сигурност*, Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић, Том II, Београд 2020
- Миљуш И., Станковић Б., „Контрола оптужнице“–in: *Европске интеграције и казнено законодавство* (Поглавље 23, норма, пракса и мере хармонизације), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVI редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београ 2016
- Миљуш И., Станковић Б., „Претресање и поступање са привремено одузетим предметима“, *Реформски процеси и поглавље 23 (година дана после) – кривичноправни аспект*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVII редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд 2017
- Мол Н., Харби К., „Право на правично суђење – Водич за примену члана 6 Европске конвенције о људским правима“, *Приручник о људским правима*, бр. 6 (превод дела: The right to a fair trial, A guide to the implementation of Article 6 of European Convention on Human Rights, Human rights handbooks, no. 6, преводилац Alpha Team One), Савет Европе, Канцеларија у Београду, Београд 2007
- Nakić J., Rogić M., „Ne/zakoniti dokazi u kaznenom postupku (poseban osvrt na mjere tajnog snimanja telefonskih razgovora i trećega u tim radnjama)“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol 37, broj 1, 2016
- Нинчић Ж., „Симуловани послови као специјална истражна метода и део савременог концепта супротстављања криминалу“, *Полиција и правосудни органи као гаранти слободе и безбедности у правној држави*, (ур. Биљана Симеуновић Патић), Тара 2017
- Obradović V., Župan I., „Plodovi otrovne voćke“ u hrvatskom i poredbenom pravu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 18, broj 1/2011
- Ogorelica N., *Kazneno procesualno pravo*, Zagreb, 1899

- Pavišić B., *Komentar Zakona o kaznenom postupku*, Rijeka, 2011
- Павловић Ш., *Три начела казног поступка, правични поступак, правични поступак, non bis in idem u in dubio pro reo*, Rijeka 2012
- Pavlović Š., *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Protokoli uz Konvenciju Europski sud za ljudska prava*, Rijeka 2020
- Петрић Б., „Идентитет оптужбе и пресуде у кривичном поступку“, *Правни живот* 6-7/1980
- Петрић Б., *Коментар Закона о кривичном поступку*, Књига I, Београд 1986
- Петрић Б., *Коментар Закона о кривичном поступку*, Књига II, Београд 1986
- Петрић Б., „Поводом 125-те годишњице од доношења Законика о поступку судском у кривичним делима за књажеводство Србију“, *Право-теорија и пракса*, 6-7/1991
- Петровић М, Прица М, *Увод у велике правне системе*, Свен Ниш Самоиздат, Ниш, 2013
- Pisarić M., „Prikupljanje elektronskih dokaza iz mobilnog telefona u praksi Vrhovnog kasacionog suda Republike Srbije“, *Kriminalistička teorija i praksa*, Vol. 7. No. 2/2020, Zagreb
- Писарић М., „(Не)законити докази у кривичном поступку у пракси Врховног касационог суда у 2019. и 2020. Години“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 2/2021
- Писарић М., „Претресање адвокатске канцеларије“, *Crimen*, 2/2020
- Писарић М., „О недозвољеним доказима у кривичном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2010
- Писарић М., *Посебности доказивања дела високотехнолошког криминала*, докторска дисертација, одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд, 2016
- Познић Б., *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд 2009
- Правна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд 1985
- Pürner S., *Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike Njemačke*, (prevod dela: Strafprozessordnung -StPO, prevodilac: Авдић Е.), University press-Magistrat izdanja, Sarajevo, 2011
- Радуловић Д., *Коментар Законика о кривичном поступку Црне Горе*, Правни факултет у Подгорици, Подгорица 2009
- Радуловић Д., *Кривично процесно право*, Подгорица 2009
- Речник српскога језика*, Матица српска, Нови Сад 2011
- Свирчевић М., „Апорија Устава из 1974. године“, 20 година о 20 година од разбијања СФРЈ- *Институт за упоредно право*, Београд 2011
- Симовић М., *Кривично процесно право*, треће измењено и допуњено издање, Факултет за безбедност и заштиту, Бања Лука 2009
- Симовић М., Хрустић А., „Законитост доказа у кривичном поступку у Енглеској“, *Зборник радова* 33. Сусрета Копаоничке школе природног права Слободан Перовић, „Унификација права и правна сигурност“, Копаоник 2020
- Симовић М., Симовић В., „Забрана употребе незаконитих доказа у кривичном поступку“, *Право и правда – Часопис за правну теорију и праксу*, бр. 1, Сарајево, 2013
- Sijerčić – Čolić H. et al., *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini, Zajednički projekat Vijeća Evrope i Evropske komisije, Vijeće Evrope/Evropska komisija*, Sarajevo 2005
- Сладојевић М., *Србија и Европски суд за људска права*, Службени гласник, Београд 2017
- Стаменић А., „Посебне доказне радње код коруптивних кривичних дела“, *Билтен Вишег суда у Новом Саду*, Број 11/2020, Интермех, Београд
- Станковић Б., „Пресуда о прихватању споразума о признању кривичног дела-спорна питања у пракси“, *Билтен Вишег суда у Београду*, број 87, Београд 2016
- Стефановић Ј., „Уставно право ФНР Југославије и компаративно“, Школска књига, Загреб 1956
- Стојановић З., *Коментар Кривичног законика*, Службени Гласник, Београд 2018

- Стојановић З., *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Девето измењено и допуњено издање, 2019
- Стојановић З., *Међународно кривично право*, Девето допуњено издање, Београд, 2016
- Тинтор Ј., „Одбрана, као страна у поступку у тужилачкој истрази (анализа новог ЗКП у Србији)“, *Тужилачка истрага, регионална кривичнопрацесна законодавства и искуства у примени* (ур. И. Јовановић, А. Петровић Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2014
- Трешњев А., *Збирка судских одлука из кривичноправне материје* (Девета књига), Службени гласник, Београд, 2013
- Трешњев А. „Дилеме у примени споразума о признању кривичног дела“, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2013
- Петеновић Љ., „Докази на којима се не може заснивати пресуда“, *Билтен Врховног касационог суда* бр. 3/2014, Интермех, Београд
- Ђирић Ј., "Случај Миранда и његове репрекусије на казнену реакцију данас", *Наука, безбедност, полиција*, Београд, Год. 11, број 3, 2006
- Ђоровић Е., „Претресање као доказна радња и њен однос са прегледом као оперативном радњом у кривичном процесном праву Србије“, У: Ј. Перовић Вујачић (ур.), *Унификација права и правна сигурност*, Том I, Копаоничка школа природног права Слободан Перовић, Београд 2020
- Uzelac A., „Pravo na pošteno suđenje: opći i građanskopravni aspekti čl. 6 st. 1 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda“, *Usklađenost hrvatskih zakona i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* (ur. Ivana Radačić), Centar za mirovne studije, Zagreb 2011, 90.
- Фејеш И., *Савремени криминалитет и доказно право*, Нови Сад 2002
- Фејеш И., „Систем изузетака од примене од примене „Теорије плода отровног дрвета“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2015
- Halilović H., „Doktrina “neizbježnog otkrića” u američkom pravu i njezini efekti na dopustivost dokaza u kaznenom postupku“, *Kriminalistička teorija i praksa* 5 (9), 2018
- Carić M., „Izdvajanje nezakonitih dokaza iz spisa predmeta - ključni trenutak kaznenog postupka“, *Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva*, Zagreb 2004
- Carić M. „Zabrana utemeljenja sudskih odluka na nezakonitim dokazima“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol.13, 2/2006, Zagreb 2006
- Цветковић Б., „Спорна питања у примени Законика о кривичном поступку“, 18-21, *Билтен Врховног касационог суда* 3/2014, Београд 2014
- Шешић Б., *Логика и научна методологија*, Београд 1962
- Шикман М., „Законитост доказа прибављених посебним истражним радњама у свијетлу одлука Европског суда за људска права“, *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) – кривичноправни аспект*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд - Златибор 2017
- Шкулић М., *Међународни кривични суд, Надлежност и поступак*, Досије, Београд, 2005, 124.
- Шкулић М., „Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка“, *Crimen* (IV), 2/2013
- Шкулић М., „Критичка анализа неких одредби новог Законика о кривичном поступку Србије из 2011. године“ у: М. Шкулић, Г. Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије-Реформа у стилу један корак напред- два корака назад*, Београд, 2012
- Шкулић М., „Доказне радње, основне контуре законских решења и неки практични проблеми“, *Унапређење Законика о кривичном поступку, de lege ferenda предлози*, Београд 2015
- Шкулић М., „Доказни значај у кривичном поступку фотографије, аудио и видео снимака када није у питању радња аудио и видео надзора из члана 232. Законика о кривичном поступку“, *Билтен Округног суда у Београду*, бр. 70, Београд 2006

Шкулић М., „Један поглед на Законик о кривичном поступку у контексту улоге уставног суда и односа између кривичног процесног права / кривичног права и уставног права“, in- Примена права и правна сигурност, *Зборник радова 34. сусрета Копаоничке школе природног права Слободан Перовић*, Том I, Београд, 2021

Шкулић М., „Начело правичног вођења кривичног поступка и начело истине у кривичном поступку“, *Правни живот*, број 9/ 2010

Шкулић М., „Основи упоредног кривичног процесног права и основи проблеми реформе кривичног поступка Србије“, *Зборник "Казнена реакција у Србији"*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011

Шкулић М., „Основне контроверзе система страначког доказивања на главном претресу према правилима Законика о кривичном поступку Србије“, *Континентално право – Часопис за одржив и складан развој права – КоПра*, година 3, број 3, Београд 2019

Шкулић М., „Посебне доказне радње и сузбијање тероризма“, *Ревизија за криминологију и кривично право* (ур. проф др Зоран Стојановић), 1-2016, Београд, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Институт за криминолошка и социолошка истраживања

Шкулић М., „Степен (не)усклађености кривичног поступка Србије са европским стандардима“, *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације)*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVI редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд, 2016

Шкулић М., „Тајни аудио и видео надзор као посебна доказна радња у Законнику о кривичном поступку“, *Тужилачка реч*, бр. 28, Београд 2015

Шкулић М., „Терет доказивања у кривичном поступку“, *Правни живот* бр. 9/2018

Шкулић М., Бугарски Т., *Кривично процесно право*, Нови Сад 2015

Шкулић М., Илић Г., *Водич за примену новог Законика о кривичном поступку*, Београд 2013

Шкулић М., Илић Г., *Нови Законик о кривичном поступку Србије – како је пропала реформа и шта да се ради?*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2012

Шкулић М., *Кривично процесно право*, Београд 2014

Шкулић М., *Начело слободне оцене доказа у кривичном поступку*, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 1-2, 2002

Шкулић М., *Организовани криминалитет – појам, појавни облици и кривични поступак*, Службени гласник, Београд, 2015

Шкулић М., *Организовани криминалитет – Појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Друго измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2018

Шкулић М., Степен (неусаглашености) кривичног поступка Србије са европским стандардима, *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације)*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVI редовно годишње саветовање, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Intermex, Златибор – Београд 2016

Шкулић М.: *Кривично процесно право (општи део)*, друго издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006

СУДСКА ПРАКСА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Билтен Апелационог суда у Београду број 6/2014, Intermex, Београд
Билтен Апелационог суда у Београду број 7/2015, Intermex, Београд
Билтен Апелационог суда у Крагујевцу, број 1/2015, Intermex, Београд
Билтен Апелационог суда у Новом Саду број 6/2015, Intermex, Београд
Билтен Апелационог суда у Новом Саду број 7/2016, Intermex, Београд
Билтен Апелационог суда у Новом Саду, Број 10/2020, Intermex, Београд
Билтен Апелационог суда у Новом Саду, Број 10/2020, Intermex, Београд
Билтен Вишег суда у Београду бр 91/2020, Intermex, Београд
Билтен Вишег суда у Београду, број 87/2016, Intermex, Београд
Билтен Вишег суда у Београду, број 89/2018, Intermex х, Београд
Билтен Вишег суда у Београду, број 90/2019, Intermex, Београд.
Билтен Вишег суда у Београду, Број 92/2021, Intermex, Београд
Билтен Вишег суда у Нишу, број 32/2014, Intermex, Београд
Билтен Вишег суда у Нишу, број 33/2015, Intermex, Београд
Билтен Вишег суда у Нишу, број 34/2017, Intermex, Београд
Билтен Вишег суда у Новом Саду, број 6/2015, Intermex, Београд
Билтен Вишег суда у Новом Саду, број 7/2016, Intermex, Београд.
Билтен Вишег суда у Чачку, број 1/2017, Intermex, Београд
Билтен Врховног касационог суда, 2/2017, Intermex, Београд
Билтен Врховног касационог суда, 2/2017, Intermex, Београд
Билтен Врховног касационог суда, број 2/2018, Intermex, Београд
Билтен Окружног суда у Београду, 66/2005, Intermex, Београд
Билтен Окружног суда у Београду, 78/2008, Intermex, Београд,
Билтен Окружног суда у Београду, 79/2009, Intermex, Београд
Билтен Окружног суда у Београду, бр. 68/2005, Intermex, Београд
Билтен Окружног суда у Београду, бр. 73/2006, Intermex, Београд
Билтен Окружног суда у Новом Саду, бр. 11/2007, Intermex, Београд
Билтен Окружног суда у Новом Саду, бр. 15/2009, Intermex, Београд.
Билтен Првог основног суда у Београду, Број 6/2021, Intermex, Београд.
Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 4/2007, Intermex, Београд
Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 1/2008, Intermex, Београд
Билтен судске праксе Окружног суда у Краљеву, бр. 2/2007, Intermex, Београд
Билтен судске праксе Окружног суда у Нишу, 26/2008, Intermex, Београд
Начелни став Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда од 22. и 23. маја
1986. године
Начелни ставови Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда, Intermex,
Београд, 2004
Одлука ВССИ.Кж.642/63 од 21.12.1963. године
Одлука Уставног суда РС Уж 1327/2010 од 20.10.2011. године
Одлука Уставног суда Србије, Уж 3650/2012 од 11. децембра 2014.године
Одлука Уставног суда Уж.бр.190/11 од 7.09.2011. године
Одлука Уставног суда Уж-4276/2013 од 03.03.2016. године
Окружни суд у Београду Кж. 139/02 од дана 30. јануара 2002. Године
Правни Информатор, бр. 4/2017, Intermex, Београд
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1051/2021 од 29.09.2021. године,
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1075/2021 од 14.10.2021. године,
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1141/2020 од 28.10.2020. године,
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 184/2021 од 04.03.2021. године,
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 325/2020 од 20.05.2020. године,
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 334/2019 од 9.04.2019. године,

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 453/20 од 17.06.2020. године,
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 596/2020 од 01.09.2020.године,
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 608/2020 од 15.09.2020. године,
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 620/2020 од 15.7.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 765/2020 од 20.10.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 791/2019 од 12.09.2019 године,
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 793/2019 од 24.10. 2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 870/2021 од 03.11.2021. године,
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 901/21 од 7.10.2021. године,
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1344/2019 од 19.12.2019.године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1504/20 од 19. јануара 2021 године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 202/2020 од 20.5.2020.године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1014/2019 од 11.2.2020.године.
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1022/2021 од 21.09.2021.године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1037/19 од 30.10.2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 104/2019 од 06.02.2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1051/2021 од 29.09.2021. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1062/2020 од 21.10.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1070/2019 од 23.10.2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1080/20 од 27.10.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1083/2019 од 31.10.2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1086/2020 од 06.10.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1108/2019 од 31.10.2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1141/2020 од 28.10.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1142/2017 од 23.11.2017. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1162/2021 од 26.10.2021. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1182/2014 од 03.12.2014. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1190/2020 од 20.10.2020.године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1209/20 од 28.10.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1230/2021 од 23.11.2021. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1243/19 од 27.11.2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1243/20 од 10.11.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1243/2019 од 27.11.2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1264/2020 од 10.12.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 127/2019 од 6.02.2019. године.
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1306/2017 од 19.12.2017. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1319/2019 од 23.1.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1325/20 од 24.11.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1331/2019 од 11.12.2019.године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 134/2020 од 19.02.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1341/18 од 27.11.2018. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1342/2019 од 18.12.2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 137/06 од 11.12.2006. године.
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1378/2019 од 11.02.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1411/2018 од 11.12.2018. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1438/19 од 04.02.2020.године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1438/2019 од 04.02.2020.године.
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1464/2020 од 22.12.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 147/2020 од 13.02.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1504/2020 од 19.01.2021. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1511/2020 од 03.02.2021. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 158/2019 од 26.2.2019. године

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 173/21 од 09.03.2021. године,
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 184/2021 од 04.03.2021. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 202/20 од 20.05.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 2048/05 од 29. 05.2006.године.
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 219/2020 од 19.05.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 246/2021 од 10.03.2021. године.
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 282/2017 од 18.04.2017. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 294/2019 од 28.3.2019. године.
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 325/2020 од 20.05.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 415/2020 од 03.06.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 442/19 од 23.04.2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 443/2020 од 17.06.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 453/2020 од 17.06.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 459/2015 од 26.5.2015.године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 471/20 од 17.06.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 494/21 од 11.05.2021. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 512/21 од 13.05.2021. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 541/2020 од 01.07.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 546/19 од 11.06.2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 559/2021 од 16.06.2021. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 591/2019 од 12.6.2019.године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 595/21 од 01.06.2021. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 596/2020 од 1.9.2020. године.
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 603/2019 од 19.06.2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 608/2020 од 15.09.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 620/20 од 15.07.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 645/2021 од 16.06.2021. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 65/21 од 02.02.2021. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 653/2019 од 25.06. 2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 66/11 од 13.10.2011. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 673/2021 од 22.06.2021. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 696/2020 од 1.9.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 715/2020 од 22.09.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 722/2015, 15.09.2015. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 726/2020 од 9.9.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 740/2019 од 10.9.2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 751/2018 од 5.7.2018. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 754/2015 од 10.09.2015. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 778/2020 од 15.10.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 783/2020 од 22.9. 2020.године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 791/2019 од 12.09.2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 808/18 од 22.10.2018. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 852/2021 од 08.09.2021. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 868/20 од 09.09.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 875/2021 од 21.10.2021. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 915/2018 од 18.10.2018. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 925/2017 од 28.09.2017. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 927/2019 од 01.10.2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 928/2017 од 26.10.2017. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 938/2014 од 15.10.2014. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 969/2020 од 06.10.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 993/2021 од 22.09.2021.године

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 995/19 од 11.12.2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 999/2021 од 30.09.2021. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз ОК 13/2014 од 13.6.2014. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз ОК 9/2014 од 19. 5. 2014. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз Ок 1/2018 од 29.03.2018. године
Пресуда Врховног Касационог суда Кзз ОК 16/2019 од 18.06.2019. године
Пресуда Врховног касационог суда КЗЗ. 1247/17 од 07.12.2017. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз. 1477/18 од 31. 01. 2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз.бр.629/15 од 03.09.2015.године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз.Ок.бр. 13/2016 од 17.05.2016. године
Пресуда Врховног касационог суда у Београду Кзз бр. 405/21 од 12. априла 2021.године
Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 1258/2019 од 23.01.2020. године
Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 166/2021 од 25.03.2021. године
Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 446/19 од 15.05.2019. године
Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 80/2014 од 27.02.2014. године
Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 90/10 од 07.04.2010. године
Пресуда Врховног касационог суда, Кзз. 213/14 од 03.03.2015. године
Пресуда Врховног касационог суда, Кзз. бр. 1097/14 од 25.11.2014. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1095/19 од 31.10.2019. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1150/19 од 07.11.2019. године
Пресуда Врховног суда Србије Кж 1199/86 од 23.04.1987. године
Пресуда Врховног суда Србије Кж 227/79 од 02.03.1979. године
Пресуда Врховног суда Србије Кж 986/04 од 09. новембра 2004. године
Пресуда Врховног суда Србије Кж И 483/90 од 21. септембра 1990. године
Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1524/02 од 10. септембра 2003.године
Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1547/04 од 22. новембра 2004. године
Пресуда Врховног суда Србије Кж. ВП. 5/05 од 22. децембра 2005. године
Пресуда Врховног суда Србије Кж.1527/03 од 24.11.2004
Пресуда Врховног суда Србије Кж1 1445/08 од 3.09.2008. године
Пресуда Врховног суда Србије Кж1 2678/2007 од 18.02.2008. године
Пресуда Врховног суда Србије Кж1 број 379/72 од 28.09.1972. године
Пресуда Врховног суда Србије Кж1.1433/07 од 19.06.2008.године
Пресуда Врховног суда Србије Кж-И-2678/07 од 18. фебруара 2008. године
Пресуда Врховног суда Србије Кзз.123/07 од 09. маја 2007. године
Пресуда Врховног суда Србије Кзп 123/07 од 9.05.2007. године
Пресуда Врховног суда Србије у Београду Кж. И 2376/08 од 03.11.2008. године
Пресуда Врховног суда Србије, Кж И 310/05 од 11.05.2006. године
Пресуда Врховног суда Србије, Кж. И 1274/2004 од 23.9.2004. године
Пресуда Врховног суда Србије, Кж.1 1964/04 од 29.12.2004.године
Пресуда Врховног суда Србије, Кж.1 2064/05 од 21.12.2005. године
Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 163/17 од 13.02.2017. године
Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1. 103/14 од 11.02. 2014. године
Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 бр. 338/21 од 17. 06.2021.године
Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 бр. 450/21 од 3.06.2021. године
Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 бр. 580/20 од 5.10.2020. године
Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 1 496/12 од 7.03.2012. године
Пресуда Апелационог суда у Београду Кж.1.бр. 4324/11 од 22.11.2011. године
Пресуда Апелационог суда у Београду КЖ1 176/20 од 10. септембра 2020. године
Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 319/20 од 14.07.2020. године
Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 511/ 20 од 02.09.2020. године
Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 681/20 од 03.09.2020. године
Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 826/2020 од 26.11.2020. године

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 бр. 867/19 од 30.09. 2019. године
Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 По2 број 3/14 од дана 09.06.2014. године
Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 По3 18/20 од 04.08.2020. године
Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1. 1022/15 од 2. новембра 2015. године
Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1.по1.бр.22/14 од 06.02.2015.године
Пресуда Апелационог суда у Београду Посебно одељења Кж1 По1 15/17 од 20.10.2017.
године
Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж. 1 По. 1 6/10 од 12. 04.2010. године
Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж.1 3892-1/2011 од 28.09.2011. године
Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж1 7092/10 од 01.02.2011.године
Пресуда Апелационог суда у Београду, Одељење за ратне злочине Кж1-По2 3/19 од
27.05.2019. године
Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебно одељење Кж1-По1 17/18 од
13.03.2019. године
Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебно одељење, Кж1 По1 4/17 од 06.09.2017.
године
Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж 27/19 од 18.01.2019.године
Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж.1-5181/13 од 25.11.2013. године
Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 393/17 од 30.3.2017. године
Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 5576/10 од 13.12.2010. године
Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-152/16 од 1.3.2016. године
Пресуда Апелационог суда у Нишу Кж 557/14 од 05.02.2015. године
Пресуда Апелационог суда у Нишу Кж бр. 557/14 од 05.02.2015. године
Пресуда Апелационог суда у Новом Саду бр. КЖ 1 1414/15 од 02.03.2016. године
Пресуда Вишег суда у Новом Саду бр. К 160/13 од 30.09.2015.
Пресуда Апелационог суда у Новом Саду бр. Кж.1 2350/13 од 24.10.2013. године
Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж1.2358/12 од 8.11. 2012. године
Пресуда Апелационог суда у Новом Саду посл. бр. Кж. И 904/2017 од 11.09.2017.
године
Пресуда Вишег суда у Београду К бр. 630/20 од 6.04.2021. године
Пресуда Вишег суда у Београду К бр. 756/18 од 11.02.2020. године
Пресуда Вишег суда у Београду К бр. 82/21 од 23.12.2020. године
Пресуда Вишег суда у Београду К 1132/12 од 01.07.2020. године
Пресуда Вишег суда у Београду К 441/17 од 21. новембра 2019. Године
Пресуда Вишег суда у Београду К. 1277/10 од 04.09.2017. године
Пресуда Вишег суда у Београду К. 960/10 од 30.09.2011. године
Пресуда Вишег суда у Београду К. 988/14 од 29. маја 2015. године
Пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 69/18 од 03.07.2019. године
Пресуда Вишег суда у Београду К.бр. 51/17 од 27. 02.2020.
Пресуда Вишег суда у Београду К.бр.267/16 од 10.02.2020. године
Пресуда Вишег суда у Београду К.бр.380/12 од 15.03.2013. године
Пресуда Вишег суда у Београду К.бр.51/17 од 27.02.2020. године
Пресуда Вишег суда у Београду Кж1 189/20 од 25.05.2020. године
Пресуда Вишег суда у Београду Кпо3.бр.39/18 од 18.05.2020. године
Пресуда Вишег суда у Београду Посебно одељења за организовани криминал Кпо1
93/2015 од 26.12.2016. године
Пресуда Вишег суда у Београду, Кж1 480/19, од 26.02.2020. године
Пресуда Вишег суда у Београду, Одељења за ратне злочине К-По2 5/17 од 26.01.2018.
године
Пресуда Вишег суда у Београду, Посебно одељење за организовани криминал К-По1
24/16 од 06.03.2018. године

Пресуда Вишег суда у Београду, Посебног одељења К.По1 бр.61/14 од 05.04.2019. године

Пресуда Вишег суда у Ваљеу Кж1 90/19 од 07.08.2019. године

Пресуда Вишег суда у Врању К. 62/10 од 04.10.2010. године

Пресуда Вишег суда у Зајечару Кж.437/14 од 13.03.2015.године

Пресуда Вишег суда у Крушевцу К.66/12 од 23.09.2013. године

Пресуда Вишег суда у Нишу К бр. 248/10 од 30.12.2010. године

Пресуда Вишег суда у Новом Саду К 1990/10 од 06.02.2012. године

Пресуда Вишег суда у Новом Саду Кж1 111/20 од 03.06.2020. године

Пресуда Вишег суда у Новом Саду посл. бр. К 188/16 од 02.06.2017. године

Пресуда Вишег суда у Ужицу Кж 16/21 од 3. фебруара 2021. године

Пресуда Вишег суда у Ужицу Кж 35/19 од 15.01.2019.године

Пресуда Вишег суда у Чачку К 37/18 од 06.12.2018. године

Пресуда Вишег суда у Чачку К.бр.39/2014 од 10.12.2015. године

Пресуда Вишег суда у Чачку Кж 130/19 од 23.09.2019. године

Пресуда Вишег суда у Чачку, Кж 18/20 од 25.02.2020. године

Пресуда Војног суда у Нишу К. 300/02 од 18. августа 2004. године

Пресуда Врховног војног суда ИИК број 52/96 од 29. априла 1996. године

Пресуда Другог општинског суда у Београду К 1786/02 од 17. септембра 2003. године

Пресуда Другог општинског суда у Београду К. 682/07 од 11. новембра 2008. године

Пресуда Окружног суда у Београду К 135/86 од 10.09.1986. године

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 1795/02 од 17. октобра 2002.године

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 326/05 од 14.02.2005. године

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 410/09 од 12. фебруара 2009. године

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 551/08 од 29. фебруара 2008. године

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. бр. 3226/04 од 22. 12.2004. године

Пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 551/08 од 29.02.2008. године

Пресуда Окружног суда у Јагодини К 194/05 од 02. децембра 2005. године

Пресуда Окружног суда у Краљеву Кж. 41/07 од 14.2.2007. године

Пресуда Окружног суда у Пироту К 6/03 од 11. фебруара 2004. године

Пресуда Окружног суда у Суботици, Кж497/07 од 31. марта 2008. године

Пресуда Окружног суда у Чачку К 96/07 од 15.10.2007. године

Пресуда Окружног суда у Чачку К. 96/07 од 15. октобра 2007. године

Пресуда Општинског суда у Алексинцу К 204/03

Пресуда Општинског суда у Врњачкој Бањи К. 65/06 од 18.12.2006. године

Пресуда Општинског суда у Краљеву К 289/01 од 02. децембра 2003. године

Пресуда Општинског суда у Лазаревцу К. 164/07 од 25. децембра 2007. године

Пресуда Општинског суда у Младеновцу К. 47/02 од 30. маја 2002. године

Пресуда Општинског суда у Нишу К. 804/05

Пресуда Основног суда у Крагујевцу К 1291/15 од 16.06.2016. године

Пресуда Основног суда у Горњем Милановцу К 175/18 од 19.06.2019. године

Пресуда Основног суда у Зајечару 3К.452/2013 од 15. 09. 2014. године

Пресуда Основног суда у Новом Саду К.бр.1925/18 од 06.02.2020. године

Пресуда Основног суда у Сомбору бр. К.1490/12 од 03.04.2013. године

Пресуда Основног суда у Ужицу К 140/16 од 13.12.2018. године

Пресуда Основног суда у Ужицу К 436/20 од 19. новембра 2020.године

Пресуда Основног суда у Чачку К 105/20 од 29. јуна 2020.године

Пресуда Основног суда у Чачку, К 358/19 од 13.11.2019. године

Пресуда Првог основног суда у Београду К 1343/17 од 29.06.2020. године

Пресуда Првог основног суда у Београду К 194/19 од 11.06.2020. године

ПресудеВрховног касационог суда Кзз 1243/20 од 10.11.2020. године,

ПресудеВрховног касационог суда Кзз 580/21 од 27.05.2021. године,

ПресудеВрховног касационог суда Кзз 803/2019 од 05.09.2019. године
ПресудеВрховног касационог суда Кзз 868/20 од 09.09.2020. године,
ПресудеВрховног касационог суда Кзз 907/2019 од 25.09.2019.године,
Решења Апелационог суда у Новом Саду Кж2 1633/19 од 4. новембра 2019. године
Решење Окружног суда у Београду К 533/83
Решење Апелационог суда у Београду Кж2 654/14 од 14.05.2014. године
Решење Апелационог суда у Београду Кж1 4022/13 од 17.10.2013. године
Решење Апелационог суда у Београду Кж1 512/16 од 05.05.2016. године
Решење Апелационог суда у Београду Кж1 5743/13 од 22.01.2014. године
Решење Апелационог суда у Београду Кж1. 1201/17 од 12.12.2017. године
Решење Апелационог суда у Београду Кж2 4652/10 од 23.12.2010. године
Решење Апелационог суда у Београду Кж2 1274/19 од 03.07.2019. године
Решење Апелационог суда у Београду Кж2 1417/13 од 04.04.2013. године
Решење Апелационог суда у Београду Кж2 1887/2013 од 24.04.2013. године
Решење Апелационог суда у Београду Кж2 2683/21 од 23.12.2021. године
Решење Апелационог суда у Београду Кж2 379/21 од 24.02.2021. године
Решење Апелационог суда у Београду Кж2 број 654/4 од 14.05.2014. године
Решење Апелационог суда у Београду Кж2. 1502/17 од 17.10.2017. године
Решење Апелационог суда у Београду Кж2. 810/16 од 19. маја 2016. године
Решење Апелационог суда у Београду Кж2. бр. 619/11 од 17.03.2011. године
Решење Апелационог суда у Београду Кж2.бр.1844/18 од 05.12.2018. године
Решење Апелационог суда у Београду, Посебно одељење Кж2-По1 147/18 од
29.06.2018. године године
Решење Апелационог суда у Београду, Посебно одељење Кж2-По1 147/18 од
10.08.2018. године
Решење Апелационог суда у Београду, Посебно одељења Кж1.По1 бр.25/19 од
15.07.2020. године
Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж 816/19 од 16.12.2019. године
Решење Апелационог суда у Нишу Кж.1 3997/10 од 23.02.2011. године
Решење Апелационог суда у Нишу Кж.1. 2233/10 од 21.06.2010. године
Решење Апелационог суда у Новом Саду бр. КЖ. 2 306/15 од 24.02.2015. године
Решење Апелационог суда у Новом Саду Кж 2. 1357/19 од 19.09.2019. године
Решење Апелационог суда у Новом Саду Кж. 2 306/15 од 24.02.2015. године
Решење Апелационог суда у Новом Саду Кж1 1174/12 од 10.06.2014. године
Решење Апелационог суда у Новом Саду Кж1 1497/19 од 30.10.2019. године
Решење Апелационог суда у Новом Саду, Кж2. 454/21, од 06.04.2021.године
Решење Вишег суда у Београду Кж2 бр. 1673/20 од 2.02.2021. године
Решење Вишег суда у Београду К. 373/17 – Кв. 2474/17 од 18.09.2017. године
Решење Вишег суда у Београду К. 791/11 од 4.03.2016. године
Решење Вишег суда у Београду К. бр. 924/13-Кв. бр. 704/14 од 04.03.2014. године
Решење Вишег суда у Београду К.бр.567/18-Кв.бр.1980/19 од 04.06.2019. године
Решење Вишег суда у Београду К.По4 бр.8/18 од 06.11.2018. године
Решење Вишег суда у Београду Кж1 489/20 од 12.10.2020. године
Решење Вишег суда у Београду Кж2 497/2019 од 30.05.2019. године
Решење Вишег суда у Београду Кж2 850/21 од 10.08.2021. године
Решење Вишег суда у Београду Кж2 939/19 од 01.10.2019. године
Решење Вишег суда у Београду, Кж2. бр. 207/19, од 06.03. 2020.године
Решење Вишег суда у Београду, Посебно одељење К.По1 61/14 од 12.06.2018. године
Решење Вишег суда у Нишу Кв. 642/10 од 24.06.2010. године
Решење Вишег суда у Нишу Кж бр. 76/16 од 20.04.2016. године
Решење Вишег суда у Новом Саду бр. Кв.бр.1192/14 од 06.02.2015. године
Решење Вишег суда у Новом Саду К.По.4-71/19

Решење Вишег суда у Новом Саду Кв 1192/14 од 06.02.2015. године
Решење Вишег суда у Чачку К 19/17 од 7.11.2019. године
Решење Вишег суда у Чачку Кж 129/20 од 26. новембра 2020. године
Решење Вишег суда у Чачку Кж 46/20 од 16. јула 2020. године
Решење Врховног суда Војводине Кж 395/86 од 06. новембра 1986. године
Решење Врховног суда Србије Кж И 168/06 од 16. фебруара 2006. године
Решење Врховног суда Србије Кж ИИ 129/84
Решење Округног суда у Београду Кж 2333/02 од 19. октобра 2002. године
Решење Округног суда у Београду Кж 258/05 од 10. фебруара 2005. године
Решење Округног суда у Београду Кж 505/04 од 09. марта 2004. године
Решење Округног суда у Краљеву Кж 186/04 од 17. новембра 2004. године
Решење Округног суда у Нишу Кж 368/04
Решење Округног суда у Нишу Кж. 1211/06
Решење Општинског суда у Лазаревцу К 81/04 од 25. новембра 2004. године
Решење Основног суда у Горњем Милановцу К 60/18 од 25. маја 2020. године
Решење Основног суда у Младеновцу К.бр.315/18 од 07.05.2019. године
Решење Основног суда у Нишу К бр. 767/13 од 01.03.2016. године
Решење Првог основног суда у Београду К.бр. 1548/18 од 29.09.2020. године
Решење Првог основног суда у Београду К 160/17 – Кв 131/17 од 24.2.2017. године
Решење Првог основног суда у Београду К 1669/17 – Кв 1668/17 од 14.3.2018. године
Решење Првог основног суда у Београду К 299/21 од 27.04.2021. године.
Решење Првог основног суда у Београду Кв. 54/21 од 03.02.2021. године
Решење Трећег општинског суда у Београду К 582/02 од 18. јуна 2002. године
Решење Трећег основног суда у Београду К 8/20 од 13.09.2021. године
Став кривичног одељења Врховног суда Србије од 25. јуна 1986. Године

СУДСКА ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА И ЕВРОПСКЕ КОМИСИЈЕ ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Aksoy v. Turkey, ECtHR, App. no. 21987/93, 18 December 1996
Al Nashiri v. Romania, , ECtHR, App. no. 33234/12, 31 May 2018
Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom, ECtHR, App. no.26766/05, 22228/06, 15
December 2011
Allan v. The United Kingdom, ECtHR, App. no. [48539/99](#), 5 November 2002, final on
5/2/2003
Artico v. Italy, ECtHR, App. no 6694/74, 13 May 1980
Asch v. Austria, ECtHR, App. no. 12398/86, 26 April 1991
Assenov and others v. Bulgaria, ECtHR, App. no. 24760/94, 28 October 1998
Aydin v. Turkey, ECtHR, App. no. 23178/94, 25 September 1997
Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain, ECtHR, App. no. 10588/83 и 10590/83, 6 Decem-
ber 1988
Bašić protiv Hrvatske, ECtHR, App. no 22251/13, 25 October 2016
Bati and others v. Turkey, ECtHR, App. no. 33097/96 и 57834/00, 3 June 2004
Belyayev v. Russia, App. no. 9967/06, 17 October 2013
Bjedov v. Croatia, ECtHR, App. no 42150/09, 29 May 2012
Boicenco v. Moldova, ECtHR, App. no. 41088/05, 11 July 2006
Bonev v. Bulgaria, ECtHR, App. 60018/00, 8 June 2006
Brandstetter v. Austria, ECtHR, App. no.11170/84, 12876/87 и 13468/87, 28 August 1991
Bricmont v. Belgium, ECtHR, App. no. 10857/84, 7 July 1989

Camenzind v. Switzerland, ECtHR, App. no. 21353/93, 16 December 1997
Cestaro v Italia, ECtHR, App. no. 6884/11, 7 April 2015
Chahal v. The United Kingdom, ECtHR, App. no. 22414/93, 15 November 1996
Chalkley v United Kingdom, ECtHR, App. No. 63831/00, 12 June 2003
Colozza v. Italy, ECtHR, App. no. 9024/80, 12 February 1985
Copland v. UK, ECtHR, App. no. 62617/00, 3 July 2007
Corsacov v Moldavia, ECtHR, App. no. 18944/02, 4 April 2006
Dedovskiy and others v. Russia, ECtHR, App. no. 7178/03, 15 May 2008
Delcourt v. Belgium, ECtHR, App. no. 2689/65, 17 January 1970
Denizci and Others v Cyprus, App. no. 2532/94 i 27207/95, 23 May 2001
Dragojević v. Croatia, ECtHR, App. no. 68955/11, 15 January 2015
Dulaurans v. France, ECtHR, App. no. 34553/97, 21 March 2000
Ferrantelli and Santangelo v. Italy, ECtHR, App. no. 19874/92, 7 August 1996
Gäfgen v. Germany, ECtHR, App. No. 22978/05, 01 June 2010
Goddi v. Italia, ECtHR, App. no. 8966/80, 9 March 1984
Grayson and Barnham v. The United Kingdom, ECtHR, App. no. 19955/05 and 15085/06, 23 September 2008 and 23 December 2008
Hammern v. Norway, ECtHR, App. no. 30287/96, 11 February 2003
Harutyunyan v. Armenia, ECtHR, App. no. 36549/03, 28 June 2007, final 28 September 2007
Heglas v. The Czech Republic, ECtHR, App. no. 5935/02, 1 March 2007
Huvig v France, ECtHR, App. no. 11105/84, 24 April 1990
İlhan v. Turkey, ECtHR, App. no. 22277/93, 27 Jun 2000
Irska v. UK, ECtHR, App. no. 5310/71, 18 January 1978
Jalloh v. Germany, ECtHR, App. no. 54810/00, Grand Chamber, 11 July 2006
Kaya v. Turkey Merits, ECtHR, App. no. 22535/93, 28 March 2000
Khamidov v. Russia, ECtHR, App. no. 72118/01, 15. November 2007
Khan v. the United Kingdom, ECtHR, App. no. 35394/97, 12 May 2000
Kombach v. France, ECtHR, App. no. 29731/96, 13 February 2001
Kostovski v. The Netherlands, ECtHR, App. No. 11454/85, final on 20 November 1989
Kucera v. Slovakia, ECtHR, App. no. 48666/99, 17 July 2007
Kudla v Poland, ECtHR, App. no. 30210/96, 26 October 2000
Labita v. Italy, ECtHR, Grand chamber, App. no. 26772/95, 6 April 2000
Lambert v. France, ECtHR, App. no. 88/1997/872/1084, 24 August 1998
Lucà v. Italy, ECtHR, App. No. 33354/96, 27 February 2001, final on 27 May 2001
Lüdi v. Switzerland, ECtHR, App. no. 12433/86, 15 June 1992
Malone v. UK, ECtHR, App. no. 8691/79, 2 August 1984
Matanović protiv Hrvatske, ESLJP, Zahtev br. 2742/12, 4.04.2017
Menesheva v Russia, ECtHR, App. no. 59261/00, 9 March 2006
Mikheyev v Russia, ECtHR, App. no. 7761/01, 26 January 2006
Mild and Virtanen v. Finland, ECtHR, App. 39481/98 and 40227/98, 26 July 2005
Minelli v. Switzerland, ECtHR, App. no. 8660/79, 25 March 1983
Nevmerzhitsky v Ukraine, ECtHR, App. no. 54825/00, 5. April 2005
P.G. and J.H. v. the United Kingdom, ECtHR, App. no. 44787/98
Pélissier and Sassi v. France, ECtHR, App. no. 25444/94, Grand Chamber, 25 March 1999
Pello v. Estonia, ECtHR, App. 11423/03, 12 April 2007
Pereira Cruz and others v. Portugal, ECtHR, App. no. 56396/12, 26 June 2018, final on 26/9/2018
Pitkanen v. Finland, ECtHR, App. no. 30508/96, 9 March 2004
Poitrimol v. France, ECtHR, App. no. 14032/88, 23 December 1993
Paić protiv Hrvatske, ESLJP, zahtev br. 47082/12, 29.03.2016
Quinn v. Ireland, ECtHR, App. no. 36887/97, 21 December 2000, final 21/03/2001
Ramanauskas v Lithuania, ECtHR, App. no. 74420/01, 5 February 2008

Ramanauskas v. Lithuania, ECtHR, App. no. 55146/14, 20 February 2018
Roemen and Schmit v. Luxembourg, ECtHR, App. no 51772/99, 25 May 2003
Saunders v. The United Kingdom, ECtHR, App. no. 19187/91, 17 December 1996
Schatschaschwili v. Germany, ECtHR, App. no. 9154/10, Grand Chamber, 15 December 2015
Schenk v. Switzerland, ECtHR, App. no. [10862/84](#), 12 July 1988
Selmouni v. France, ECtHR, App. no.25803/94, 28 July 1999
Seton v. United Kingdom, ECtHR, App. 55287/10, 31 March 2016, final on 12/9/2016
Siništaj & Others v Montenegro, ECtHR, App. no 1451/10, 7260/10 and 7382/10, 24 November 2015
Soering v. The United Kingdom, ECtHR, App. no. 14038/88
Šebalj v. Croatia, ECtHR, App. no. 4429/09, 28 June 2011
Teixeira de Castro v. Portugal, ECtHR, App. no.25829/94, 9 May 1998
Tomasi v. France, ECtHR, App. no.12850/87, 27 August 1992
Tyrer v. The United Kingdom, ECtHR, App.no. 5856/72
Unterpertinger v Austria, ECtHR, App.no. 9120/80, 24 November 1986
Valašinas v. Lithuania, ECtHR, App. no 44558/98, 24 July 2001, final 24 October 2001
Van Gezseghem v Belgium, ECtHR, App. No. 26103/95, 21 January 1999
Van Mechelen and Others v. the Netherlands, ECtHR, App.no. 21363/93, 21364/93, 21427/93 и 22056/93, 23 April 1997
Vanyan v. Russia, ECtHR, App. no. 53203/99, 15 December 2005, final 15 March 2006
Vladimir Romanov v Rusia, ECtHR, App. no. 41461/02, 24 July 2008
Vronchenko v. Estonia, ECtHR, App. no. 59632/09, 18 July 2013, final on 18/10/2013,
Vukov v Russia, ECtHR, App. no. [4378/02](#), 10 March 2009
Wieser v. Austria, ECtHR, App. no 2293/03, 22 February 2007
Yankov v Bulgaria, ECtHR, App. no. 39084/97, 11 December 2003
Yatsenko v. Ukraine, ECtHR, App. no. 75345/01, 16 February 2012
Abu Zubaydah v. Lithuania, , EctHR, App. no. 46454/11, 31 May 2018, final 18 October 2018
Алмаши против Србије, представка број 21388/15 од 08.10.2019
Анђелковић против Србије, представка 1401/08, 09.04. 2013
Димовић против Србије, ЕСЈП, представка број 24463/11, пресуда од 18. јуна 2016.
El-Masri v. The Former yugoslav republic of Macedonia, ECtHR, App. no. 39630/09, 13 December 2012
Крцмановић против Србије, представка број 19796/14, 19. децембар 2017. године
Matytsina v. Russia, ECtHR, App. no. 58428/10, 27 March 2014, final on 27/6/2014
Станимировић против Србије, представка 26088/06, 18.10.2011
Хајнал против Србије, представка 36937/06, 19.06.2012

СТРАНЕ СУДСКЕ ОДЛУКЕ

Alderman v. United States, 394 U.S. 165 (1969)
Alford v. United States, 282 U.S. 687 (1931)
Arizona v. Evans 115 S. Ct. 1185, 1193 (1995)
Ashcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143, 150 (1944)
Berger v California, 393 U.S. 314, 315; 89 S Ct 540; 21 L Ed 2d 508 (1969)
Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents, 403 U.S. 388, 416 (1971)
Blastland v.UK, ECtHR, App. no. 12045/86, 7 May 1987
Boyd v. SAD, 116 U.S. 616 (1886)
Brewer v. Williams, 430 U.S. 387 (1977)
Brown v. Illinois, 422 U.S. 590 (1975)
Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278, 281-82 (1936)

Burton v. United States, 391 U.S. 123, (1968)
Byars vs SAD, 237 U.S. 28 (1927)
California v. Greenwood, 486 U.S. 35, 45 (1988)
Chambers v Mississippi, 410 U.S. 284, 294; 93 S Ct 1038; 35 L Ed 2d 297 (1973)
Commonwealth v. Johnson, 86 A.3d 182, 188 (Pa. 2014)
Coy v. Iowa, 487 U.S. 1012, 1016–22 (1988)
Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004)
Dale W. Broeder (1962)
Davis v. United States, 512 U.S. 452 (1994)
Davis v. United States, 564 U.S. 229 (2011)
Davis v. Washington, 547 U.S. 813 (2006)
De La Salle Institute v. United States, 195 F. Supp. 891 (N.D. Cal. 1961)
Dickerson v. United States, 530 U.S. 428 (2000)
Dunaway v. New York, 442 U.S. 200 (1979)
Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981)
Elkins v. United States, 364 U.S. 206, 217 (1960)
Evans v. State, 222 Ga. 392 (Ga. 1966)
Gambino v. United States, 275 U.S. 310 (1927)
Gindrat v. People, 138 Ill. 103, 27 N.E. 1085 (1891)
Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965)
Harris v. New York, 401 U.S. 222, 226 (1971)
Hawai'i v. Torres, 262 P.3d 1006, 1014 n.15 (Haw. 2011)
Helm v. Kentucky, 813 S.W.2d 816 (Ky. 1991)
Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009)
Hiibel v. Sixth Judicial Dist. Court of Nev., Humboldt Cty., 542 U.S. 177 (2004)
Hudson v. Michigan and Its Ancestors, 93 Iowa Law Review, 1742, 1750 (2008)
Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586, 126 S. Ct. 2159 (2006)
Illinois v. McArthur, 531 U.S. 326 (2001)
INS v. Lopez-Mendoza, 468 U.S. 1032, 1050 (1984)
Irvine v. California, 347 U.S. 128 (1954)
Jones v. United States 362 U.S. 257 (1960)
Kaupp v. Texas, 538 U.S. 626 (2003)
Kuhlmann v. Wilson, 477 U.S. 436, 460 (1986)
LaFollette v. Commonwealth, 915 S.W.2d 747, 748 (Ky. 1996)
Illinois v. Perkins, 496 U.S. 292, 300 (1990)
Lustig v SAD, 338 U.S. 74, 78-79 (1949)
Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1, 6 (1964)
Mapp v Ohio 357 US 643, (1961)
Maryland v. Craig, 497 U.S. 836 (1990), Jessica Smith (2013)
Maryland v. King, 569 US 435 (2013)
Massachusetts v. Sheppard, 468 U.S. 981 (1984)
Mattox v. United States, 156 U.S. 237 (1895)
Melendez-Diaz v. Massachusetts, 557 U.S. 305 (2009)
Michigan v DeFillippo, 443 US 31, 38 n.3 (1979)
Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433, 451-52 (1974)
Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)
Murray v. SAD, 487 U.S. 533 (1988)
Murray v. United States, (Scalia, J., dissenting)
Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939)
New Jersey v. Mollica, 554 A.2d 1315, 1325 (N.J. 1989)
New Mexico v. Cardenas-Alvarez, 25 P.3d 225 (N.M. 2001)
New York v. Belton, 453 U.S. 454 (1981)

New York v. Quarles, 467 U.S. 649 (1984)
Nix v Williams 467 US 831 (1984)
Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980)
Oregon v. Bradshaw, 462 U.S. 1039, 1045 (1983)
Oregon v. Elstad, 470 U.S. 298 (1985)
Orozco v. Texas, 394 U.S. 324 (1969)
Payne v. Arkansas, 356 U.S. 560, 564-65 (1958)
Pennsylvania Bd. of Probation and Parole v. Scott, 524 US 357 (1998)
People v Arenda, 416 Mich. 1; 330 N.W.2d 814 (1982)
People v Hackett, 421 Mich. 338, 354; 365 N.W.2d 120 (1984)
People v Slovinski, 166 Mich. App. 158, 167; 420 N.W.2d 145 (1988)
People v Williams, 416 Mich. 25; 330 N.W.2d 823 (1982)
People v. Bigelow, 488 N.E.2d 451, 458 (N.Y. 1985)
People v. Defore, 150 N.E. 585, 587 (N.Y. App. 1926), cert. denied, 270 U.S. 657 (1926)
People v. Green, 80 Misc. 2d 626, 363 N.Y.S. 2d 753 (N.Y. Sup. Ct. 1975)
People v. Jackson, 452 N.E.2d 85, 88-89 (Ill. App. Ct. 1983)
People v. Jovanovic, 263 A.D.2d 182, 700 N.Y.S.2d 156 (N.Y. App. Div. 1999)
People v. Roberts (Cal. Ct. App., Aug. 20, 2021, No. C081843) 2021 WL 3700319
People v. Soto, 55 Misc. 2d 219, 285 N.Y.S.2d 166 (1967)
Russell v. United States, 411 U.S. 423 (1973)
Roberts v. United States, 445 U.S. 552, 557 (1980)
Rochin v. California 342 U.S. 165 (1952)
Salinas v. Texas, 133 S. Ct. 2174 (2013)
Samson v. California, 547 U.S. 843 (2006)
Segura v. United States, 468 U.S. 796, 804 (1984)
Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385, (1920)
Somer v. United States , 138 F.2d 790 (2d Cir. 1943)
Sorrels v. US, 287 US 435, (1932)
State v. Ussery, 118 N.C. 1177 (1896)
Stone v Powell, 428 US 465, 485, 486 (1976)
U.S. v. Janis, 428 U.S. 433 (1976)
United States v Robinson, 414 US 218, 237 (1973) (Powell, J, concurring)
United States v. Barragan- Martinez, 504 F.2d 1155 (9th Cir. 1974)
United States v. Ceccolini, 435 U.S. 268 (1978)
United States v. Guana-Sanchez, 484 F.2d 590 (7th Cir. 1973)
United States v. Henry, 447 U.S. 264, 272 (1980)
United States v. Leon 468 U.S. 897 (1984)
United States v. Massi, 761 F.3d 512 (5th Cir. 2014)
United States v. McClain, 444 F.3d 556 (6th Cir. 2006)
United States v. McGough, 412 F.3d 1232 (11th Cir. 2005)
United States v. Patane, 542 U.S. 630 (2004)
United States v. Roper, 681 F.2d 1354 (11th Cir. 1982)
United States v. Silvestri , 787 F.2d 736 (1st Cir. 1986)
United States v. Stamper, 766 F. Supp. 1396, 1400
United States v. Twomey, 508 F.2d 858 (7. Cir. 1974)
United States v. Vasey, 834 F.2d 782 (9th Cir. 1987)
United States v. Wilson, 671 F.2d 1291 (11th Cir. 1982)
United States v. Woerner, 709 F.3d 527 (5th Cir. 2013)
Unites States v. Calandra, 1974 (414 U.S. 338)
US v Janis, 428 US 433, 466 (1976)
US v Peltier, 422 US 531, 536-39 (1975)
Utah v. Strieff , DJDAR 5919 (2016)

Weeks v. United States, 1914 (232 U.S. 383)
Wolf v Colorado, 1949, USSC 101; 338 US 25, (1949)
Woo Wai et al. v. US, 223 F. 412 (9th Cir. 1915)
Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963)
Wyoming v. Houghton, 526 U.S. 295 (1999)
Barnaby v. DPP EWHC (Admin) 232, (2015)
Brannan v Peek, 1 K. B. 68 [194712 All ER 572 (1948)
Bunning v Cross, [HCA 22](#), 141 CLR 54 (HCA), (1978).
Cleland v The Queen, HCA 67, (1982)
DPP v JC, IESC 31 [JC], (2015)
Jeffrey v. Black, Q.B. 490 Div'l Ct. 1977, (1978)
Kuruma v The Queen, AC 197, 203, (1955)
Lawrie v Muir, JC 19 (1950)
R v Betts; R v Hall, 2 Cr App R 257, 271 (2001)
R v Butcher, 2 NZLR 257 at 266 (CA), (1992)
R v Chalkley, 2 Cr. App. R. 79 C. A (1998)
R v Christou and Wright, 4 All ER 559, (1992)
R v Cooke, Crim. L. R. 497, (1995)
R v Horncastle UKSC 14, (2009)
R v Ireland, 126 CLR 321, (1970)
R v Nathaniel, [2 Cr. App. R. 565](#), (1995)
R v Payne, 1 All ER 848, (1963)
R v Ramen, 10 Cr. App. R. (s) 334, (1988)
R v Samuel, 87 Cr App R 232, 245, (1988)
R v Sang, AC 402 (1980)
R v Warickshall, 1 Leach 263, 168 ER 234 (1978)
R v. Leatham, 121 Eng. Rep. 589 (Q.B. 1861)
R. v. Gill & Anor, EWCA Crim 2256 (2003)
R. v. Hoyte, Crim.L.R. 215 (1994)
The People v Kenny, 2 IR 110, (1990)
The State v Governor of Mountjoy Prison, ILRM 465 at 484.(1985)
Regina v. Sang, 3 W. L. R. 263; 2A11 E. R.,(1979)
Regina v. Payne, 1 W. L. R. 637, (1963)
Pryor V US 98-7046 (1999)
R. v. Shaheed 2 NZLR 377, (2002)
Riley M. Wavra (2021)
2 BvR 2101/09, BVerfG, од 09.11.2010
BGH, 27 BGHSt 355 од 22.02.1978
BGHSt 24, 125; 3 StR 189/70 од 17. 03.1971
BGHSt 44, 243; BGH 3 StR 181/98, од 11.11.1998
BGHSt, W. Ger., 14 Entscheidungen des BGHSt 358, 14.06.1960
BGHSt, W. Ger., 19 Entscheidungen des BGHSt 325, 21.03.1964
BVerfG, 1 BvR 1611/96
BVerfGE 80, 367, 375
BvR 2225/08, BverfG, од 02.07.2009
Cour de cassation, Chambre criminelle, du 30 octobre 2006, 06-86175, 06-86176
Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 12 décembre 2000, 00-83.852
Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 23 mai 2018, 17-82.896
Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 25 février 2014, 13-84.761
Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 27 juin 2018, 17-84.889
Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 28 novembre 2017, 17-82.296
Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 31 janvier 2012, 11-85.464

Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 7 mars 2012, 11-88.118
 Cassazione Penale, SS.UU., sentenza 13 gennaio 2009, n. 1153 in Altalex Massimario.
 Cassazione penale, Sez. V, sentenza n. 35681 del 13 agosto 2014.
 Cassazione penale, Sez. II, sentenza n. 26738 del 19 giugno 2013.
 Cassazione penale, Sez. V, sentenza n. 22003 del 22 maggio 2013
 Corte costituzionale, 24/1992. Gazz. Uff. 1 serie speciale, 5 feb. 1992, n.6, Foro It. 1992,
 1052,
 Corte costituzionale, 254/1992. Gazz. Uff. 1 serie speciale, 4. jun.1992, n. 24, Giur. It. 1993,
 I,
 Corte costituzionale, 533255/1992. Gazz. Uff. 1 serie speciale, 4 jun. 1992, n. 24, Foro It.
 1992, I, 2012
 Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-T
 Prosecutor v. Blaškić, Case No. IT-95-14-A
 Prosecutor v. Brđanin and Talić, Case No. IT-99-36-T
 Prosecution v. Delalić and others, Case No. IT-96-21-PT
 Prosecution v. Kupreškića i drugih, Case No. IT-95-16
 Odluka Ustavnog suda RH, U-III-1371/2009 od 30.06.2010
 Odluka VSRH I - 432/17-4 od 14.09.2017
 Odluka VSRH I Kž-139/15-4 od 28.03.2015
 Odluka VSRH, I Kž-623/15 od 1.02.2016
 Odluka VSRH, I Kž-800/13 od 4.02.2014
 Odluka VSRH, I Kž-Us -151/15-4 od 15.12.2015
 Odluka VSRH, I Kž-Us 31/12 od 25.09. 2012
 Odluka VSRH, I Kž-Us 6/14 od 21.01.2014
 Odluka VSRH, I Kž-581/15-4 od 10.11.2015
 Odluka VSRH, I Kž-464/17-4 od 3.10.2017
 Odluka VSRH, I Kžm-3/14 od 4.09.2014
 Odluka Županijskog suda u Bjelovaru, Kžzd-12/17 od 7.09.2017
 Odluka Županijskog suda u Zagrebu, 1 Kž-455/17-4 od 13.06.2017
 Odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske U-I-448/2009, U-I-602/2009, U-I-1710/2009, U-I-
 18153/2009, U-I-5813/2010, U-I-2871/2011, od 19.07.2012 (Narodne novine broj 91/12)
 Odluke VSRH I Kž-US-127/14 i I Kž-US-126/14

МЕЂУНАРОДНИ ДОКУМЕНТИ

Универзална декларација о правима човека и грађанина из 1948. године
 Међународни пакт о грађанским и политичким правима
 Америчка конвенција о заштити људских права
 Америчка декларација о људским правима
 Афричка повеља о људским правима
 Директива (ЕУ) 2016/343 Европског парламента и већа од 9. марта 2016. године
 Декларација о правима човека и грађанина из 1989. године, усвојена 28. августа 1789.
 године
 Међународни пакт о грађанским и политичким правима
 Конвенција против тортуре ОУН
 Е.У. Network of Independent Experts on Fundamental Rights, Opinion on the statut on illegally
 obtained evidence in criminal procedures in the Member States of European Union (CFR-CDF),
 30.11.2003.godine
 Конвенција против мучења и других свирепих, нехуманих или понижавајућих казни
 или поступака, Генерална скупштина УН бр. 39/46 од 10. децембра 1984. године. Уједињене
 нације

Декларација о заштити свих лица од мучења и других свирепих, нечовечних или понижавајућих поступака или казни

Препорука Комитета министара Савета Европе Rec (2006) 2 од 11. јануара 2006

Европска конвенција о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака

Council of Europe. Recommendation No R (97) 13 Intimidation of Witness and Rights of Defence, Adopted by the Committee of Ministers on 30 September 1997, at the 600th Meeting of the Ministers' Deputies, internet

ЗАКОНИ

Code de procédure pénale, Version consolidée au 1 juin 2017

Codice di Procedura Penale, Testo coordinato ed aggiornato del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447, Aggiornato alla Legge 26 aprile 2019

Criminal Justice Act 2003

Criminal Justice and Public Order Act, 1994, (CJPOA)

Federal Rules of Criminal Procedure, 2016

Federal Rules of Criminal Procedure, 2017

Police and Criminal Evidence Act 1984

The Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1988

The Evidence Act 2006 (NZ), 2006/69

Zakon o kaznenom postupku Hrvatske, Narodne Novine, 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19, 126/19

Zakon o spremembam in dopolnitvam Zakona o kazenskem postopku, Uradni list Republike Slovenije, br. 56/03 od 13.6.2003. godine

Zakonik o krivičnom postupku Crne Gore, Službeni list Crne Gore, br. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – odluka US, 2/2015 – odluka US, 35/2015, 58/2015 – dr. zakon i 28/2018 – odluka US

Закон за кривичната постапка, Сл. Весник на РМ, бр.150/2010 од 18.11.2010. година, измени Сл. Весник на РМ, бр.100/2012 од 6.8.2012 година, бр. 142/2016 од 1.8.2016 година; Одлука на Уставниот суд на Република Македонија, У.бр.2/2016 од 28.9.2016 година (Сл. Весник на РМ 193/2016 од 18.10. 2016. година); Сл. Весник на РМ, бр. 198/2018 од 31.10.2018. година

Закон о заштити података о личности, „Сл. гласник РС”, бр. 87/2018.године

Закон о јавном информисању и медијима, „Сл. гласник РС”, бр. 83/2014, 58/2015 и 12/2016

Закон о кривичном поступку („Службени лист СФРЈ“ број 4/77), Закон о изменама и допунама Закона о кривичном поступку („Службени лист СФРЈ“ број 14/85) и Исправка Закона о кривичном поступку („Службени лист СФРЈ“ број 36/77), а објављен је у „Службеном листу СФРЈ“ број 26/86 од 16. маја 1986. Године

Закон о кривичном поступку Немачке

Закон о одузимању имовине стечене кривичним делом, *Службени гласник РС*, бр. 32/2013, 94/2016 и 35/2019

Закон о полицији ("Сл. гласник РС", бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018)

Закон о потврђивању Римског статута - Римски статут („Сл.лист СФРЈ-Меѓународни уговори бр.5/2001)

Закон о приватном обезбеђењу ("Сл. гласник РС", бр. 104/2013, 42/2015 и 87/2018)

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима („Службени лист СЦГ – Међународни уговори“, бр.9/03, 5/05 и 7/05 – исправка и „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 12/10 и 10/15)

Законик о кривичном поступку „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 и 35/2019

Законик о кривичном поступку Италије, Codice di Procedura Penale, Testo coordinato ed aggiornato del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447, Aggiornato alla Legge 26 aprile 2019

Законик о кривичном поступку Немачке, Strafprozeßordnung – StPO, vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 11. Juli 2019 (BGBl. I S. 1066)

Законик о кривичном поступку Немачке, Strafprozeßordnung – StPO, vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319)

Законик о кривичном поступку *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 72/2009 и 76/2010

Законик о кривичном поступку Француске, Code de procédure pénale (CPP), 1958, Modifié par LOI n°2019-222 du 23 mars 2019

Законик о кривичном поступку, "Службени лист СРЈ", бр. 70/2001, 68/2002, "Службени гласник РС", бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007 и 72/2009

Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС

Законик о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02

Законик о кривичном поступку, Службени лист СРЈ, број 70/2001, 68/2002, Службени гласник РС, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон

Законик о поступку судском у кривичним делима за књажевство Србију

Законик о судском кривичном поступку за краљевину СХС

ЗКП Босне и Херцеговине (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 3/2003, 32/2003 – ispr, 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 – др. закон, 93/2009, 72/2013 и 65/2018)

ЗКП Црне Горе ("Сл. лист ЦГ", бр. 57/2009, 49/2010, 47/2014 - одлука УС, 2/2015 - одлука УС, 35/2015, 58/2015 - др. закон, 28/2018 - одлука УС и 116/2020 - одлука УС)

Правилник о поступку и доказима Међународног кривичног суда за бившу Југославију

Правилник о поступку и доказима Међународног сталног кривичног суда

Устав Републике Хрватске (НН 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14)

Устав Републике Хрватске (НН 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14)

Устав РС "Службени гласник РС", бр. 98/06

Федерална правила поступка САД

БИОГРАФИЈА

Кандидат Бојана Станковић је рођена 9.10.1985. године у Београду.

Основну школу и гимназију завршила је у Београду. Правни факултет Универзитета у Београду је уписала школске 2004/05 године, на којем је и дипломирала 21.10.2009. године, са просечном оценом 9,39. Током основних студија, била је члан више студијских група и правних клиника. У периоду од јуна 2006.године до септембра 2006.године, обавила је студенску праксу у канцеларији Тужиоца Међународног кривичног суда за бившу Југославију у Хагу, Холадаија (ICTY). Била је стипендиста Министарства РС за просвету и спорт и Фонда за младе таленте и награђивана је „Похвалницом“ Правног факултета Универзитета у Београду, за одличан успех.

На Правном факултету Универзитета у Београду, школске 2009/10 године, уписала је мастер студије на кривичноправном модулу, које је завршила 25.10.2011. године, полагањем усмених испита са оценом 10,00 и одбраном мастер рада под називом „*Заштита сведока у кривичном поступку*“, са укупном просечном оценом 9,75.

Школске 2012/13 године, на матичном факултету, уписује докторске студије на кривичноправном смеру. Положила је у досадашњем току докторских студија, на првој и другој години: Методе научно-истраживачког рада, са оценом 9, први (Кривично право – општи део, Кривично право – посебни део и Кривично процесно право) са оценом 10 и други (Међународно кривично право и Криминалистика) усмени део докторског испита, са оценом 10, са укупном просечном оценом 9,83, те успешно одбранила семинарски рад под називом „Начело опортунитета у кривичном поступку“.

Након завршених основних студија, у периоду од новембра 2009.године до децембра 2011.године, обавила је приправнички стаж у тадашњем Окружном суду у Београду, сада Вишем суду у Београду, као судијски приправник. Положила је правосудни испит у Београду дана 28.12.2011. године са успехом и похвалом *врло добар* (шест од седам одлика). Од септембра 2012.године до новембра 2016.године радила је у кривичном већу и кривичном ванрасправном већу Вишег суда у Београду, као и у судској пракси првостепеног кривичног одељења, на радном месту судијски помоћник. Од новембра 2016.године, распоређена је у Посебно одељење за организовани криминал Вишег суда у Београду, у којем је обављала послове координатора за медије до марта 2019. године.

Од 2013.године, ангажована је у редакцији часописа Билтен Вишег суда у Београду као аутор кривичноправних сентенци, а од 2016.године је и члан редакције часописа Билтен Вишег суда у Београду. У септембру 2018. године, била је сарадник уредника Монографије „Виши суд у Београду 1928-2018“, чији је издавач Виши суд у Београду, уз подршку УСАИД.

Као демонстратор наставе Правног факултета Универзитета у Београду на предмету Кривичног процесног права, на основу уговора уговор о допунском раду, радила је пуне четири школске године и то 2014/15, 2015/16, 2016/17 и 2017/18. Учесник је у својству предавача редовних годишњих саветовања Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу на Златибору, током 2015, 2016 и 2017 године. Такође је била ангажована као истраживач стратешког пројекта под називом „Идентитетски преображај Србије“ у организацији Правног факултета Универзитета у Београду за 2016. годину, 2017. годину и 2018.годину.

Сада обавља функцију судије кривичног одељења Првог основног суда у Београду почев од 23.марта 2019.године. Истовремено је портпарол Првог основног суда у Београду, секретар и члан редакције часописа Билтен тога суда. Од јануара 2021. године, ментор је на Правосудној академији, а од 12. маја 2021.године, члан радне групе за измену Законика о кривичном поступку.

Говори енглески и француски језик.

Објавила је више научних и стручних радова, као аутор и коаутор.

- „Поједини аспекти ратних злочина“, *Билтен Вишег суда у Београду*, број 81, Београд, 2011., 181-198.
- „Притвор у кривичном поступку према одредбама Законика о кривичном поступку“, *Часопис Lege Artis*, Инг Про, Београд, децембар 2013., 46-53.
- „Мере заштите сведока предвиђене Закоником о кривичном поступку“, *Билтен Вишег суда у Београду*, број 84, Београд, 2014.,144-166.
- „Привремено одузимање имовине проистекле кривичним делом“, *Часопис Lege Artis*, Инг Про, Београд, јун 2014., 44-52.
- „Извршење ванзаводских мера и санкција“, *Часопис Lege artis*, Инг Про, Београд, јул 2014.,105-114.
- „Практични аспекти јемства у кривичном поступку“, *Часопис Lege Artis*, Инг Про, Београд, септембар 2014., електронско издање.
- „Хемијска кастрација за учиниоце кривичних дела против полне слободе“, *Часопис Lege Artis*, Инг Про, Београд, јул-август 2015., 24-31.
- Коаутор рада: „Надлежност кривичног ванпретресног већа у фази истраге и оптужења – проблеми у пракси – in: *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет*“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LV редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд, 2015.,565-585.
- „Доживотни затвор – за и против“, *Часопис Lege Artis*, Инг Про, Београд, октобар 2015., електронско издање.
- Коаутор рада:„Ванпроцесна заштита сведока –легислативни оквир и проблеми у имплементацији“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Књига 5, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, Ниш, 2015., 193-212.
- Коаутор рада: „Притвор – Примена у судској пракси“ – in: *Годишњак Факултета за безбедност у Београду* (Бановић Б., ed), Београд, 2016., 371-387.
- „Споразум о признању кривичног дела“, *Страни правни живот 3/2016*, Институт за упоредно право, Београд, октобар 2016., 129-143.
- Коаутор рада: „Контрола оптужнице“–in: *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23, норма, пракса и мере хармонизације)*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVI редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд, 2016., 565-585.
- „Пресуда о прихватању споразума о признању кривичног дела-спорна питања у пракси“, *Билтен Вишег суда у Београду*, број 87, Београд, 2016., 163-183.
- Коаутор рада:„Заштита права на суђење у разумном року у кривичним поступцима“, in: *Идентитетски преображај Србије – Прилози пројекту 2016 – колективна монографија* (Митровић Д., ed), Правни Факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016.,333-355.
- Коаутор рада:„Претресање и поступање са привремено одузетим предметима“, *Зборник Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу*, „Реформски процеси и поглавље 23 (година дана после) – кривичноправни аспект“. “ Златибор, септембар 2017, 547-565.

- „Начело опортунитета кривичног гоњења – нормативни и практични аспекти“, *Идентитетски преображај Србије, Колективна монографија Правног факултета у Београду* (Митровић Д., ed), Београд, 2017., 277-296.
- Коаутор рада: „Трошкови окривљеног и браниоца“ – in: *Годишњак Факултета за безбедност у Београду* (Бановић Б., ed), Београд, 2017., 267-286.
- Коаутор рада: „Командна одговорност – проблем доказивања у поступцима пред Међународним судом“, *Правни живот*, број 9, Том I, Београд, 2018, 581 – 600.
- „Узнемирење јавности као услов за одређивање мере за обезбеђење присуства окривљеног и несметано вођење кривичног поступка“, *Идентитетски преображај Србије, Колективна монографија Правног факултета у Београду* (Митровић Д., ed), 2018., 253-270.
- Коаутор рада: „Кривично дело прогањање“, *Билтен Првог основног суда у Београду*, 4/2019.,176-190.
- Коаутор рада: „Одмеравање казне вишеструким повратницима и примена члана 55а став 1 КЗ у судској пракси“, *Билтен Првог основног суда у Београду*, 5/2020.,105-118.

ПРИЛОГ 1

Изјава о ауторству

Име и презиме аутора: Бојана Станковић

Број индекса: ДС 27/2012

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

„Незаконити докази у кривичном поступку“

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да дисертација у целини ни у деловима није била предложена за стицање друге дипломе према студијским програмима других високошколских установа;
- да су резултати коректно наведени
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио/ла интелектуалну својину других лица.

Потпис аутора

У Београду, 31.март 2022.

ПРИЛОГ 2

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора: Бојана Станковић

Број индекса: ДС 27/2012

Студијски програм: кривично право

Наслов рада: Незаконити докази у кривичном поступку

Ментор: проф. др Милан Шкулић, Правни факултет Универзитета у Београду

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла ради похрањена у **Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског назива доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис аутора

У Београду, 31. март 2022.

ПРИЛОГ 3

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

Незаконити докази у кривичном поступку
која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду и доступну у отвореном приступу могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство (CC BY)
2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)
3. Ауторство – некомерцијално – без прерада (CC BY-NC-ND)
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)
5. Ауторство – без прерада (CC BY-ND)
6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци.

Кратак опис лиценци је саставни део ове изјаве).

Потпис аутора

У Београду, 31. март 2022.

1. **Ауторство.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.

2. **Ауторство – некомерцијално.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.

3. **Ауторство – некомерцијално – без прерада.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.

4. **Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.

5. **Ауторство – без прерада.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.

6. **Ауторство – делити под истим условима.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.