

*Milana Pisarić, saradnik u nastavi
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

O NEDOZVOLJENIM DOKAZIMA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Sažetak: *U krivičnom postupku sud je dužan da istinito i potpuno utvrdi činjenice koje su od značaja za donošenje zakonite odluke. Cilj krivičnog postupka jeste utvrđivanje istine (kroz istinito i potpuno utvrđeno činjenično), jer se samo na potpuno i istinitom činjeničnom stanju može zasnovati pravilna i zakonita odluka suda. Za utvrđivanje činjenica koje su važne za donošenje odluke u postupku, sudu su na raspolaganju dokazi, a šta sudija može da koristi kao dokazno sredstvo u postupku može biti određeno sistemom dokaznih sredstava u samom zakonu, ili može biti prepušteno sudu da slobodno proceni koje dokazno sredstvo smatra podobnim za utvrđivanje činjenica. Međutim, ta sloboda nije ni u kom slučaju neograničena.*

Ključne reči: dokaz, istina, dokazna zabrana, ekskluzija

1. Sistem dokaznih sredstava

Pitanje koja dokazna sredstva mogu da koriste u postupku, a koje se postavlja pred procesnog subjekta na kome je donošenje odluke o nastupanju dokaza, može biti rešeno na način da je zakonom izvršena enumeracija dokaznih sredstava koji se mogu upotrebiti u postupku i nijedno drugo dokazno sredstvo, inače podobno za utvrđivanje činjenica u postupku, ukoliko se ne nalazi u zakonom formiranom katalogu, ili na način da iako enumeracija postoji, nije isključena mogućnost upotrebe dokaznih sredstava van takvog kataloga. U prvom slučaju radi se o zatvorenom si-

stemu dokaznih sredstava a u drugom o slobodnom sistemu dokaznih sredstava. Dakle, ukoliko sam procesni zakon unapred propiše tačno koja dokazna sredstva može sudija da upotrebi u postupku, a da ne može da upotrebi druga dokazna sredstva van ovih nabrojanih u zakonu, radi se o zakonskom sistemu dokaznih sredstava. U okviru ovog sistema sudiji se ostavlja mogućnost da za dokazivanje konkretne činjenice upotrebi neko od dokaznih sredstava koja je zakon izričito nabrojao, ali ne i van toga. Druga mogućnost uređenja sistema dokaznih sredstava je da zakon sadrži odredbu da sud može koristiti svim dokaznim sredstvima podobnim za dokazivanje činjenica u konkretnom slučaju a koja su u skladu sa pravnim poretkom i načelima postupka (što procenjuje sam sud), i tada se radi o slobodnom sistemu dokaznih sredstava.

U krivičnom postupku mešovitog tipa, kakav je i naš postupak, dokazivanje se sprovodi da bi se došlo do istine, a sudiji je ostavljena sloboda da odlučuje šta će se u postupku dokazivati i kojim dokaznim sredstvima će se dokazivati. Konačna odluka i odgovornost za nastupanje dokaza je na sudu. Odluka o tome koje dokaze sud treba da izvede u krivičnom postupku zavisi od okolnosti svakog pojedinačnog slučaja, te iako savremeno krivično procesno pravo ne utvrđuje pravila kakve dokaze sud treba da pribavi i izvede u krivičnom postupku da bi neku činjenicu mogao smatrati utvrđenom, ipak sadrži propise koji utvrđuju način na koji sud dolazi do odluke o tome koje će dokaze izvesti u postupku,¹ odnosno, predviđa određena dokazna sredstva i određuju oblike u kom se upotrebljavaju u krivičnom postupku. Takođe, zakonodavstva mogu da sadrže odredbe kojim propisuju da se određena dokazna sredstva ne mogu upotrebiti u krivičnom postupku, odnosno odredbe kojima se zabranjuje dokazivanje određene činjenice ili se zabranjuje upotreba određenog dokaza za utvrđivanje neke činjenice.² Čak i kod slobodnog sistema dokaznih sredstava zakon može izričito da zabrani upotrebu određenih dokaznih sredstava. Zakon će isključiti dokazna sredstva koja su grubo suprotstavljena pravnom poretku i osnovnim načelima postupka, što opet neće značiti da su sva druga neisključena dokazna sredstva dozvoljena. Naime, smatraće se da su dozvoljena dokazna sredstva samo pod uslovom da nisu suprotna pravnom poretku i osnovnim načelima postupka.³

Dakle, zabrana upotrebe dokaza kao nedozvoljenog posmatra se kroz ograničenja koja se ogledaju u postojanju propisa kojim se uvode zabrane da se izvedu dokazi neke vrste u pojedinim tačno određenim sluča-

¹ D. Krapac, *Kazneno procesno pravo, prva knjiga: Institucije*, Zagreb, 2000, str. 262.

² D. Krapac, *op.cit.*, str. 265.

³ T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd, 1971, str. 302.

jevima ili se određeni načini pribavljanja dokaza zabranjuju (nedozvoljenost upotrebe uspostavljena u zakonskom tekstu). U praksi ocenu da li je dokazno sredstvo (mimo onih čija je upotreba izričito zabranjena zakonom) u suprotnosti sa pravnim poretkom i osnovnim pravilima postupka vrši sud, te pojedine dokaze može oceniti kao nedozvoljene u konkretnom slučaju (nedozvoljenost upotrebe uspostavljena od strane sudije). Ukoliko se takvi dokazi pojave u krivičnom postupku, postavlja se pitanje koja bi to bila sankcija povodom nedozvoljenog pribavljanja dokaza. Osim što nedozvoljeno pribavljanje dokaza može biti inkriminisano kao krivično delo, neophodno je predvideti i procesnu sankciju, koja bi se sastojala u potpunom odricanju dokazne vrednosti takvom dokazu ili prosto takav dokaz podvrci slobodnoj oceni dokaza. U svakom slučaju, neophodno je obezbediti mehanizam da se isti iz postupka isključe, kako se njihovom upotrebom ne bi saznanjem iz nevaljanih dokaza „inficiralo“ činjenično stanje bitno za donošenje odluke u postupku.

2. Nedozvoljena dokazna sredstva

U krivičnom postupku sud je dužan da istinito i potpuno utvrdi činjenice koje su od značaja za donošenje zakonite odluke. Cilj krivičnog postupka jeste utvrđivanje istine (kroz istinito i potpuno utvrđeno činjenično), jer se samo na potpuno i istinitom činjeničnom stanju može zasnovati pravilna i zakonita odluka suda, a za utvrđivanje činjenica koje su važne za donošenje odluke u postupku, sudu su na raspolaganju dokazi. Šta se sve u postupku može pojaviti i koristiti kao dokaz u konkretnom slučaju, nije unapred i do kraja određeno u zakonu, već se sudu prepušta sloboda da upotrebi svako dokazno sredstvo podobno za utvrđivanje činjenica, pod uslovom da ono samo ili način njegovog sticanja nije u suprotnosti sa pravnim poretkom, osnovnim načelima postupka i društvenim moralom. Dakle, da bi se utvrdila istina, sud može da koristi dokaze koji su podobno za utvrđivanje relevantnih činjenica, ali sud ka ostvarenju takvog cilja nije neograničen. Međutim, rešenje da se neograničena upotreba dokaza za utvrđivanje činjenica ne može opravdati čak ni za saznanje istine, sasvim je razumljivo i prihvatljivo. Princip materijalne istine u cilju efikasnog progona učinilaca krivičnog dela zahtevao bi da se kao dokaz može koristiti svaki izvor informacija koji je pogodan za utvrđivanje činjenica, osim onog koji je zakonom izričito zabranjen, polazeći od toga da je dozvoljeno sve što nije izričito zabranjeno. Međutim, utvrđivanje istine ne može da opravda upotrebu svakog dokaznog sredstva koje organima postupka stoji na raspolaganju. Ispitivanje i utvrđivanje istine u krivičnom postupku nije neograničeno i ničim sputano, već odre-

dena ograničenja treba da postoje. Jedno od takvih ograničenja predstavljao bi i institut nedozvoljenih dokaznih sredstava.

Nedozvoljeno dokazno sredstvo je ono sredstvo koje je protivno nekoj izričitoj odredbi zakonika, ili je u suprotnosti sa pravnim poretkom, načelima postupka, ili društvenim moralom, iako bi inače možda i bilo podobno za utvrđivanje činjenica koje su predmet dokazivanja.

Različiti termini koriste se u teoriji krivičnog procesnog prava za označavanje dokaza čija upotreba bi bila u suprotnosti sa pomenutim pravnim vrednostima, i to su, pored termina nedozvoljeni dokazi, i termini: nevaljani dokazi, nezakoniti dokazi, nepodobni dokazi, pravno nevaljani dokazi.

Nedozvoljeni dokazi su oni dokazi koji su zakonom zabranjeni zbog svoje prirode ili zbog nezakonitog načina njihovog pribavljanja. Međutim, nedozvoljenim se dokazima smatraju i oni koje zakon izričito ne zabranjuje, ali su po svojoj prirodi ili načinu pribavljanja u suprotnosti sa pravnim poretkom, načelima postupka ili društvenim moralom. Pojam nedozvoljenog dokaznog sredstva je još širi od izričite zakonske odredbe, jer će se nedozvoljenim smatarti ne samo ono dokazno sredstvo, odnosno način sticanja dokaza koje je u zakoniku posebno i izričito predviđeno, već i dokazno sredstvo, odnosno način sticanja dokaznog sredstva u svakom drugom slučaju kada se upotreba takvog i tako stečenog dokaza ne bi slagala sa pravom i moralom, a koja procena se prepušta sudu u konkretnom slučaju, prilikom donošenja odluke o nastupanju dokaza. Dakle, postoje nedozvoljeni dokazi čiju upotrebu zakon izričito zabranjuje i oni koje sud oceni kao takve.

3. Regulisanje nedozvoljenih dokaza

Pitanje nedozvoljenih dokaznih sredstava je kompleksno i stoga se ne može zakonom unapred i u potpunosti regulisati šta se smatra nedozvoljenim dokaznim. Radi se o složenom i diferenciranom krivičnoprocesnom pojmu čiji je sadržaj u stalnoj evoluciji i razvoju, i to kako usled zakonskih intervencija, tako i zbog njegove praktične vrednosti, kazuističke prirode i razvoja tehnike i tehnologije koje se mogu upotrebiti za pribavljanje dokaza.

Prilikom utvrđivanja koji dokazi se smatraju nedozvoljenim, očigledno je prisutan sukob dve klasične i glavne tendencije u krivičnom postupku, i odluka o tome na kojim dokazima se ne može zasnivati presuda, bez obzira na to donosi li je zakonodavac ili sudija, u osnovi zavisi od „vaganja“, uravnoteženja ta dva interesa, odnosno načela. Naime, zakonodavac mora pronaći ravnotežu u kojoj će štititi osnovna prava građana i

prava odbrane, a da istovremeno ne ugrozi svoju obavezu efikasnog krivičnog gonjenja i kažnjavanja učinilaca krivičnih dela.

S jedne strane je *zaštita osnovnih ljudskih prava i prava odbrane* koje državni organi kao i građani moraju poštovati prilikom prikupljanja dokaza, a koja imaju značaj međunarodnog i ustavnopravnog načela. S druge strane, država je dužna da sprovodi *efikasan krivični progon* odnosno prevenciju krivičnih dela i kažnjavanje počmilaca. Istovremeno, isključenje dokaza iz postupka utvrđivanja činjenica bitnih za donošenje odluke u postupku predstavlja *ograničenje pa čak i suprotnost načelu istraživanja materijalne istine*, a bez utvrđivanja istine, nema ni pravilnog presuđenja, pa ni efikasnosti postupka. Iz tog razloga je prilikom određivanja dokaza kao nedozvoljenog važno da se vodi računa o zaštiti osnovnih ljudskih i građanskih prava, ali da isto ne bude na štetu efikasnosti krivičnog progona, što bi bio slučaj ukoliko bi se organima gonjenja uskratila mogućnost upotrebe određenog dokaza samo iz razloga što isto po svojoj prirodi, odnosno načinu pribavljanja predstavlja povredu određenog prava.

Dakle, postoji sukob određenih pravnih interesa o kojim se istovremeno mora voditi računa prilikom uređivanja materije nedozvoljenih dokaza, a ravnoteža između tih pravnih interesa pronalazi se odmeravanjem njihovog značaja, kroz primenu načela srazmernosti. Istovremeno, može se uočiti da uređenje pitanja nedozvoljenih dokaza u pojedinim pravnim sistemima zavisi od:

- strukture krivičnog postupka (akuzatorni ili mešoviti),
- odnosa glavnih krivičnoprocesnih tendencija: efikasnost krivičnog progona i (ili) zaštita ljudskih prava i sloboda,
- režima utvrđivanja nedozvoljenosti dokaza (*ex lege/ ex iudicio*), te
- stepena diskrecije sudova u oceni dozvoljenosti dokaza.⁴

Ukoliko se postavi pitanje, da li bi dokaz trebalo uvek odbaciti zbog protivpravnosti radnje pomoću koje se došlo do istog, pa čak i na štetu istine, odgovor se može pronaći u odmeravanju značaja pojedinih interesa u postupku. Naime, neophodna ravnoteža mogla bi se pronaći u „vaganju“ interesa prema principu proporcionalnosti, odnosno srazmernosti. Načelo proporcionalnosti upućeno je kako zakonodavcu tako i državnom organu i konkretizuje se kroz „vaganje“ pravnih dobara u pravnom poretku, odnosno uravnoteženja različitih interesa i socijalne adekvatnosti.⁵ Kada se ocenjuje šta se može uzeti kao dokaz, odmerava se značaj i vrednost dokaza

⁴ I. Bojanić, Z. Đurđević: *Dopuštenost upotrebe dokaza pribavljenih kršenjem osnovnih ljudskih prava*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, vol. 15, broj 2 / 2008, str. 974.

⁵ M. Živković, *O pitanju dopuštenosti dokaza pribavljenog povredom ličnog prava*, *Bezbednost*, broj 3/2000, str.355, str. 357.

kao izvora saznanja o istinitosti pravno relevantnih činjenica, *sa jedne strane*, i težina procesne povrede uz koju je dokaz pribavljen (a uz to i povreda ljudskih prava), *sa druge strane*. Nadležni organ će utvrditi da je zaštita osnovnog prava pojedinca prevladala nad obavezom države da iskoristi taj dokaz za krivično gonjenje u cilju njegove efikasnosti.

S tim u vezi, ključno pitanje za uređenje sistema nezakonitih dokaza jeste *kome je prepušteno vaganje*, zakonodavcu ili sudu, i dalje, ukoliko je odmeravanje interesa prepušteno sudu, ko postavlja kriterijume za vaganje, zakonodavac ili sud. Sistem nedozvoljenih dokaza uvek se i u svakoj državi razvija kroz sudsku praksu. Međutim, zbog njegove isprepletenosti sa zaštitom osnovnih ljudskih prava ustavotvorac, odnosno zakonodavac ne može prepustiti pitanje upotrebe nedozvoljenih dokaza isključivo sudiji, već se sudskoj diskreciji postavljaju više ili manje čvrste granice.⁶

Stepen zakonske uređenosti problematike nedozvoljenih dokaza u korelaciji je sa stepenom razvijenosti sudske o dozvoljenosti dokaza. U pravnim porecima sa razrađenom judikaturom o zakonitosti, odnosno dozvoljenosti dokaza, kao što je to na primer Nemačka, zakonski propisi su oskudni i principijelne su prirode, dok su u pravnim porecima u kojima sudska praksa nije razvila posebne kriterijume za ocenu zakonitosti, odnosno dozvoljenosti dokaza, ti propisi o nezakonitosti, odnosno nedozvoljenosti dokaza vrlo brojni.⁷ Dakle, u slučaju da zakonodavac ne reguliše detaljno kod svakog dokaza pojedinačno kada će se isti smatrati nedozvoljenim, na sudovima je da razviju sopstvene kriterijume ocene dozvoljenosti. Zakonodavac bi trebao da usmeri sud putem širokih i elastičnih pravnih standarda kojima bi formulisao određene kriterijume za korišćenje diskrecionih ovlašćenja, čime bi konkretno odmeravanje bilo na sudu a ne na zakonodavcu.⁸ Međutim, ukoliko u zakonu čak ne bi bilo formulisano opšte pravilo i pravilo o izuzetku, sudu bi ostala šira ovlašćenja, tako da bi mogao zaštititi bilo koji interes odnosno vrednost za koje bi u konkretnom slučaju ocenio da im treba dati prioritet prilikom vaganja suprotstavljenih interesa istine i efikasnosti krivičnog gonjenja s jedne strane i zaštite ljudskih prava sa druge strane.

4. Podela nedozvoljenih dokaza

Podelu nedozvoljenih dokaza moguće je izvršiti na nekoliko načina.

1. Najpre, prema tome kome je prepušteno određenje da li se radi o nedozvoljenom dokazu, razlikuju se:

⁶ I. Bojanić, Z. Đurđević, op.cit., str. 973.

⁷ Ibidem., str. 998.

⁸ M. Živković, op.cit., str. 358.

a) *ex lege* - nedozvoljeni dokazi, koje zakon izričito određuje kao takve;

b) *ex iudicio* - nedozvoljeni dokazi, koje kao takve u konkretnom slučaju određuje sudija.

2. U vezi sa ovom je i sledeća podela:

a) dokazi za koje je u zakonu izričito navedeno da se ne smeju upotrebiti pri donošenju sudske odluke u krivičnom postupku;

b) dokazi pribavljeni povredama određenih osnovnih prava i sloboda građana, što utvrđuje sud;

v) dokazi za koje se saznalo iz nedozvoljenih dokaza,⁹ odnosno dokazi do kojih organ krivičnog postupka ne bi došao bez podataka iz nedozvoljenih dokaza (tzv. plodovi otrovnog drveta).¹⁰

3. Treći način razgraničenja nedozvoljenih dokaza je podela na:

a) *lične* dokaze na kojima se ne može utemeljiti sudska odluka;

b) dokaze čiji su nosilac *predmeti* o zakonitosti čijeg prikupljanja i sačinjavanja zavisi zakonitost izvođenja samog dokaza;

v) dokazi do kojih organ krivičnog postupka ne bi došao bez podataka iz nedozvoljenih dokaza (tzv. plodovi otrovnog drveta).¹¹

4. 1. *Dokazi za koje je u zakonu izričito navedeno da se ne smeju upotrebiti pri donošenju sudske odluke u krivičnom postupku (ex lege nedozvoljeni dokazi)*

U ovu kategoriju nedozvoljenih dokaza svrstavamo takve izvore saznanja koji su pribavljeni postupanjem organa postupka koji su protivna odredbama zakona koji reguliše krivični postupak.

Radi se o dokazima koji su nedozvoljeni *ex lege*, koji su izričito označeni kao nedozvoljeni u krivičnom postupku, i sam zakon predviđa da se ti dokazi ne smeju upotrebiti pri donošenju sudske odluke u krivičnom postupku.¹²

Reč je, dakle, o vrsti dokaza koji postaju neupotrebljivi *ex lege*, s obzirom na to da sam zakon određuje prirodu, odnosno nedopuštene načine pribavljanja dokaza te izričito propisuje da se na tako pribavljenim dokazima ne može zasnivati sudska presuda.¹³

Kod ovih dokaza zakonodavac ima diskreciju odlučivanja hoće li zbog povrede određenog osnovnog prava zagaranovanog procesnom formom propisati ekskluzijsko pravilo.

⁹ D. Krapac, op.cit., str. 267.

¹⁰ D. Kos, *Bitna povreda odredaba kaznenog postupka – nezakoniti dokazi*, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, Inženjerski biro, Zagreb, 2005, str. 6.

¹¹ Ibidem

¹² D. Krapac, op.cit., str. 267.

¹³ M. Carić, *Zabrana utemeljenja sudskih odluka na nezakonitim dokazima*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol 13, broj 2 / 2006, str. 999.

Zakonodavac odluku donosi prema načelu proporcionalnosti odme-
ravajući interes zaštite određenog osnovnog prava pojedinca, te interes
javnog gonjenja i kažnjavanja učinilaca krivičnih dela.¹⁴

Ako se postavi pitanje, smatra li krivično procesno pravo nezakonitim
svaki dokaz koji je pribavljen na nezakonit način kršenjem propisane forme
prikupljanja i izvođenja dokaza, odgovor bi morao biti negativan. Nedo-
zvoljenim se smatraju samo oni dokazi kod prikupljanja ili izvođenja kojih
je došlo do kršenja određenih procesnih formi koje znače zaštitu određenih
ličnih prava i sloboda građana.¹⁵ Zapravo, bilo bi neopravdano da se svaka
povreda procesnog pravila o dokazivanju sankcioniše neupotrebljivošću
dokaza - samo ukoliko je u osnovi povrede određenog procesnog pravila i
povreda značajnog ljudskog prava, za takvu povredu zakonodavac će kao
posledicu vezati nedozvoljenost upotrebe dokaza u osnovi čije priroda od-
nosno načina pribavljanja je upravo ta povreda.

4. 2. Dokazi pribavljeni povredama određenih osnovnih prava i sloboda građana (ex iudicio nedozvoljeni dokazi)

Određeni dokazi smatraće se nedozvoljenim iz razloga što sami po se-
bi ili zbog načina pribavljanja predstavljaju kršenje osnovnih prava zajam-
čenih međunarodnim pravom, ustavom i zakonom – ovi dokazi nemaju ap-
solutni karakter, jer je ocena njihove dozvoljenosti prepuštena sudovima.

Dakle, radi se o nedozvoljenim dokazima **ex iudicio**, odnosno doka-
zima koji postaju nedozvoljeni na osnovu što je sudu dato ovlašćenje da
prošire pojam nedozvoljenih dokaza i na slučajeve koji nisu izričito propi-
sani zakonom.

Osnovni cilj ovako postavljenog načina određivanja nedozvoljenih
dokaza ogleda se u zaštiti osnovnih ljudskih prava.¹⁶

Pitanje je, koja su to osnovna prava i slobode čije kršenje u osnovi ili u
načinu pribavljanja određenog dokaza čini taj dokaz nedozvoljenim. Zakon-
ska definicija nedozvoljenog dokaza bi bila ta koja bi upućivala na to da je
zapravo na sudovima da cene da li je dokaz nedozvoljen iz razloga što je po-
vezan sa povredom/ ugrožavanjem određenog prava, a čija zaštita već nije
obezbeđena određenim procesnim pravilom i kao takva obezbeđena propisi-
vanjem nedozvoljenih dokaza ex lege. Dakle, ti dokazi postaju nedozvoljeni
ex iudicio, što znači da sud u konkretnom slučaju mora utvrditi da je određeni
dokaz pribavljen kršenjem navedenih osnovnih ljudskih prava.

¹⁴ I. Bojanić, Z. Đurđević, op.cit., str. 999.

¹⁵ M. Carić, op.cit., str. 996.

¹⁶ I. Bojanić, Z. Đurđević, op.cit., str. 997.

Ova grupa nedozvoljenih dokaza predstavlja rezultat sistemske zabrane kršenja osnovnih prava i sloboda čoveka koji su zajemčeni nacionalnim ustavima i mnogobrojnim međunarodnim aktima. Isti ti propisi predviđaju stroge uslove pod kojima državne vlasti smeju ograničavati osnovna prava i slobode građana. Posledica takve pravne zaštite je sankcionisanje postupaka vlasti kojima one, pribavljajući dokaze za potrebe krivičnog postupka, krše postavljene uslove za ograničavanje prava i sloboda.

Istovremeno, krivično materijalno pravo takve njihove postupke inkriminiše kao krivična dela protiv sloboda i prava građana.

Krivično procesno pravo nalaže organima postupka poštovanje zagarantovanih prava i sloboda građana u postupku, čak i po cenu efikasnosti krivičnog postupka, te se dokazima, pribavljenim kršenjem uslova za ograničavanje osnovnih prava i sloboda građana, može u konkretnom slučaju, ukoliko po oceni suda predstavljaju grubo kršenje, odnosno povredu pomenutih prava i sloboda, oduzeti svako pravno značenje.

S tim u vezi, postavlja se pitanje, da li se svako kršenje osnovnih prava i sloboda građana u krivičnom postupku može smatrati nedozvoljenim dokazom. Čini se prihvatljivim stanovište da samo oni postupci državnih vlasti koji jesu povreda navedenih osnovnih ustavnih prava i sloboda, ali koji su uz to i krivično delo protiv slobode i prava čoveka i građana, rezultiraju nezakonitim dokazom. Prema tome, ako radnja prikupljanja dokaza nije krivično delo, tada ni prikupljeni dokaz ne možemo smatrati nezakonitim.¹⁷

4.3. Dokazi za koje se saznalo iz nedozvoljenih dokaza (dokazi izvedeni iz nedozvoljenih dokaza)

Dokazi koji nisu «problematični» niti sami po sebi (po svojoj prirodi) niti po načinu pribavljanja, mogu takođe u postupku da se ocene kao nedozvoljeni, i to u skladu je sa *teorijom plodova otrovnog drveta (fruit of the poisons tree doctrine)*, prema kojoj su nezakoniti ne samo dokazi koji su pribavljeni na nezakonit način, nego i oni za koje se iz njih saznalo. Radi se o tzv. izvedenim, derivativnim nedozvoljenim dokazima (*the tainted evidence*).

Dokazi iz kojih se saznalo iz drugih dokaza su plodovi otrovnog drveta, ukoliko je reč o izvedenom dokazu koji je pribavljen na zakonit način, ali se za taj dokaz saznalo iz nekog drugog - originarnog dokaza pribavljenog na nezakonit način. Tom postavkom dosledno je sprovedeno

¹⁷ D. Krapac, op.cit., str. 267.

isključivanje i izvornog nezakonitog dokaza i njegovog saznanjog sadržaja uključenog u izvedeni dokaz, koji je sam po sebi zakonit, odnosno prošireno je dejstvo ekskluzijskog pravila.¹⁸

Ova doktrina preuzeta je iz anglosaksonskog prava i cilj joj je da se onemogućće organima krivičnog postupka da u dokazni postupak involviraju dokaze do kojih se došlo korišćenjem izvorno nezakonitog dokaza. Prema ovoj doktrini, dozvoljenost/ nedozvoljenost dokaza na kom se zasniva presuda, ne procenjuje se sama za sebe, već je neophodno sagledati i okolnost kako se došlo do tog dokaza. Tada treba da se utvrđuje dozvoljenost dokaza koji je ukazao na ovaj sporni dokaz i zavisno od dozvoljenosti prethodnog dokaza, sud će ocenjivati i dozvoljenost takvog izvedenog dokaza, koji sam za sebe ne mora biti uopšte problematičan. Dakle, moglo bi se zaključiti da sprovođenje ove doktrine u praksi znači doslednu primenu zabrane upotrebe nedozvoljenih dokaza u postupku.

5. Posledice upotrebe nedozvoljenih dokaza

Da bi uređenje pitanja nedozvoljenih dokaza bilo potpuno, neophodno je ne samo nabrojati koji su nedozvoljeni dokazi ili predvideti kriterijume za njihovo određivanje u konkretnom slučaju, već i onemogućiti da se oni upotrebe u krivičnom postupku, a u slučaju da se ipak upotrebe, eliminisati štetne posledice njihovog dejstva. Drugim rečima, prikupljanje i upotreba dokaza koji su određeni kao nedozvoljeni, mora biti sankcionisana od strane zakonodavca. „Ako država želi primenjivati krivično pravo, koje je sama donela radi sprečavanja samopomoći i nasilja, ne sme sebi dozvoliti da sama primenjuje silu za pribavljanje dokaza o krivici okrivljenog. U takvom bi, naime, slučaju postupak postao samo farsa i zapravo više ne bi bio ni potreban: država bi na podlozi svoje gole moći, odlučila o njegovom ishodu već na samom početku“.¹⁹ Ukoliko državni organi prilikom prikupljanja i izvođenja dokaza postupaju na nedozvoljen način (protivno Ustavu i zakonu), sankcionisanje takvog postupanja može biti realizovano predviđanjem materijalno-pravnih i procesno-pravnih sankcija.

Pojedini načini pribavljanja dokaza su zakonom zabranjeni, pri čemu su neki od tih načina istovremeno i predmet procesno-pravne i materijalno-pravne zabrane, tj. predstavljaju dokaz pribavljen na zabranjeni način, odnosno inkriminisana su kao krivično delo. Pravni učinak prvospomenute zabrane je nemogućnost zasnivanja sudske odluke na tako pribav-

¹⁸ M. Carić, op.cit., str. 1016.

¹⁹ M. Carić, op.cit., str. 997.

vljenom dokazu, dok je kod druge to krivičnopravna sankcija za osobu koja je time počinila krivično delo.

Eventualna nepreciznost ili međusobna neusklađenost paralelnih propisa može dovesti do dve neprihvatljive situacije. U prvoj se dokaz pribavljen na zabranjeni način ipak može upotrebiti, dok se onaj koji ga je pribavio može eventualno kazniti. U drugoj situaciji se dokaz pribavljen na zabranjeni način ne upotrebljava, ali se osoba koja ga je pribavila uopšte ne kažnjava.²⁰ Da bi se ovakve situacije izbegle, bitno je uskladiti propise kojima se uređuju materijalnopravne sankcije (krivični zakon) i procesnopravne sankcije (zakon koji uređuje krivični postupak).

5.1. Materijalnopravne sankcije

Pod materijalnopravnim sankcijama podrazumeva se sankcionisanje subjekata koji su prekršili dokazno pravilo ustanovljeno Ustavom ili zakonom, pri čemu sankcije mogu biti krivičnopravne, disciplinske ili građanske i pogađaju prekršioca dokaznog pravila.

Da bi se sprečilo pribavljanje nedozvoljenih dokaza, krivičnomaterijalnim propisima predviđaju se *krivična dela, koja čine službena lica ili druga lica koja pribave nedozvoljeni dokaz* (takvo je krivično delo iznuđivanja iskaza, krivično delo protivzakonitog pretresanja, krivično delo povrede tajnosti pisama i drugih pošiljki, krivično delo neovlašćenog prisluškivanja i snimanja, krivično delo neovlašćenog fotografisanja).

Pomenute materijalnopravne sankcije *nemaju krivičnoprocesni značaj*, tj. ne utiču i nemaju veze sa krivičnim postupkom u kome je učinjena povreda određenog pravila, već imaju značaj specijalne prevencije u odnosu na prekršioca.

5.2. Procesnopravne sankcije

Pojava nedozvoljenih dokaza u krivičnom postupku sankcioniše se na taj način što se isti dokazi isključuju iz postupka, kako bi se sprečila njihova upotreba za donošenje odluke, a u slučaju da se ipak iskoriste za donošenje odluke, ista će smatrati se nevaljanom. Razlog zbog kog je upotreba nedozvoljenih dokaznih sredstava u krivičnom postupku kao osnova za donošenje odluke sankcionisana, pa makar ti dokazi bili podobni za utvrđivanje istine (dakle, sankcija na štetu utvrđivanja pune materijalne istine), ogleda se u uzimanju u obzir zaštite određenih drugih pravnih vrednosti u krivičnom postupku.

²⁰ Ibidem, str. 994.

Procesnopravne sankcije nedozvoljenog postupanja u vezi sa prikupljanjem i izvođenjem dokaza imaju *neposredan uticaj na krivični postupak* u kom se desila nedozvoljena delatnost u odnosu na dokaze, i javljaju se u vidu *isključenja dokaza iz spisa predmeta krivičnog postupka ili u vidu osnova za izjavljivanje pravnog leka* kao apsolutno bitna povreda odredaba krivičnog zakonika, i kao takva, ova sankcija nije usmerena prema prekršiocu dokaznog pravila.²¹

U teoriji se govori o *ekskluzijskom pravilu*, kao posledice kog se javljaju pomenute sankcije za korišćenje nedozvoljenih dokaza u krivičnom postupku. Svrha ekskluzijskog pravila ogleda se u nastojanju da se spreči da se kod donošenja sudskih odluka upotrebljavaju dokazi koji ne predstavljaju valjanu procesnu građu, jer kao valjana procesna građa može poslužiti samo ona do koje se došlo uz poštovanje osnovnih procesnih formi i garancija i od strane ovlašćenih procesnih subjekata.²²

6. Ekskluzijsko pravilo – pravilo izdvajanja nedozvoljenih dokaza iz postupka

Ekskluzijsko pravilo predstavlja procesnu ustanovu koja sprečava da se protiv optuženog upotrebe dokazi skupljeni na nezakonit ili protivustavan način, odnosno kršenjem osnovnih ljudskih prava i kao takvo je *conditio sine qua non pravičnog postupka*, u kome kršenje dokaznih zabrana mora biti sankcionisano.²³ Primena pravila ekskluzije dovodi do toga da se iz krivičnog postupka *iskluče/ izdvoje dokazi koji su sami po sebi ili prema načinu pribavljanja nedozvoljeni*.²⁴

Ekskluzijsko pravilo se tako može posmatrati kao jedan od osnovnih principa korektnog krivičnog postupka, jednako kao što je npr. zabrana iznude priznanja od okrivljenika. Ekskluzijom se obezbeđuje jednakost oružja procesnih stranaka i ograničava dominacija državne vlasti nad pojedincem.²⁵ Naime, «za pravni spor, koji treba rešiti nepristrasni sudija,

²¹ M. Grubač, *Analiza sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava u krivičnim stvarima*, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 11-12, str.386.

²² D.Krapac, *Sudska praksa: izdvajanje zapisnika o nezakonitij pretrazi*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, broj 1/99. str. 273.

²³ M. Grubač, op.cit., str.384.

²⁴ U zemljama *common law* sistema problem koji se ogleda se u stvarnom uticaju nevaljanih dokaz na sudiju,, rešen je pomoću razdvojenosti sudskog tela i mogućnosti da raspravni sudija spreči da porota dođe u dodir sa nevaljanom dokazom. U kontinentalnim sistemima, gde sudi sudija pojedinac ili veće, od sudije se ne može tražiti da „briše“ spoznaju koju ima – jedino je moguće isključiti kao osnov odluke i argument kroz izdvajanje nevaljanih dokaza iz postupka. Međutim, time se ne isključuje stvarni uticaj nevaljanog dokaza na zaključak sudije.

²⁵ Načelo jednakosti oružja nije izričito proklamirano u tekstu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, no kad se pojavilo u judikature Evropskog

potrebna je jednakost oružja. Ta jednakost, pri ogromnoj premoći države, u stvarnosti nije moguća i zato ju je nužno postići pravno, putem propisa i odgovarajućih sankcija kojima se postiže disjunkcija stranaka i sprečava zloupotreba premoći sile».

Primena ekskluzijskog pravila se opravdava kroz potrebu postojanja procesnog mehanizma kontrole nezakonitog postupanja sa dokazima. Kada se organi postupka suoče sa težim i složenijim slučajevima, a ne mogu da ih objasne ili razreše, ponekad pribegavaju korišćenju nedozvoljenih metoda, te prelaze granice dozvoljenog. Nedozvoljeni dokazi se odbacuju zato što se na taj način upravlja radom istražnih organa, jer oni treba da se nauče da traže dozvoljene puteve za saznanje istine, kao i da je nužno da se postave standardi ponašanja za organe postupka.²⁶

Inače, postoje dva shvatanja ekskluzije: utilitarističko i principijelno. Dok *utilitarističko shvatanje* zahteva da se u svakom slučaju oceni svrsishodnost izdvajanja dokaza i preventivnog uticaja na rad organa gonjenja, *principijelno shvatanje* polazi od toga da je ekskluzija osnovno ljudsko pravo kao deo privilegija od samooptuživanja i da njeno kršenje, stoga, uvek mora biti sankcionisano.²⁷ Utilitarističko shvatanje karakteristično je za kontinentalne pravne sisteme, dok je principijelno shvatanje karakteristično za anglosaksonske pravne sisteme. Moglo bi se reći da utilitarističko shvatanje ekskluzije odgovara sistemu relativnog izdvajanja nedozvoljenih dokaza, dok principijelno shvatanje odgovara sistemu apsolutnog izdvajanja nedozvoljenih dokaza.

Inače, mogu se razlikovati dva sistema izdvajanja nedozvoljenih dokaza: apsolutni i relativni.

Ukoliko je procesnim zakonom propisano da je zbog određene povrede pribavljeni dokaz treba automatski izdvojiti, ne uzimajući u obzir okolnosti nastanka povrede ili uticaj povrede na druge vrednosti u krivičnom postupku, radi se o *apsolutnom (automatskom, mehaničkom) izdvajanju dokaza* iz postupka, u kom slučaju sama po sebi učinjena povreda prilikom pribavljanja dokaza uvek dovodi do toga da se takav dokaz smatra nedozvoljenim. Apsolutno izdvajanje nedozvoljenih dokaza ogleđa se kroz principijelno sprovođenje ekskluzijskog pravila i svojstveno je *pravnom sistemu SAD*.

suda za ljudska prava, postalo je jedan od osnovnih elemenata konvencijskog prava na pravični postupak. Iz perspektive pravnih poredaka koji pripadaju rimsko-germanskoj pravnoj tradiciji, pravila koja se odnose na jednakost oružja i kojima se nastoji prilika uspostava ravnoteže snaga stranaka u okviru pravičnog postupka posledica su ustavnog načela jednakosti pred zakonom i sudskom vlasti.

²⁶ P. Danić, op.cit., str. 214.

²⁷ M. Grubač, op.cit., str.384.

S druge strane, ukoliko se nakon što je utvrđeno da je prilikom pribavljanja dokaza učinjena određena povreda, takav dokaz ne izdvaja obavezno i mehanički, nego se uzimaju u obzir i cene se ostale okolnosti, poput težine učinjenog krivičnog dela povodom kog se postupak vodi, radi se o *relativnom* (*srazmernom, odnosno diskrecijskom*) *izdvajanju dokaza*, u kom slučaju povreda ne dovodi uvek do izdvajanja dokaza, već odluka da li će dokaz biti izuzet iz postupka zavisi od procene drugih okolnosti, čime je zastupljeno utilitarističko poimanje ekskluzije. Sistem relativnog izdvajanja nedozvonjnih dokaza zastupljen je u *pravnim sistemima većine evropskih zemalja*.

6.1. *Apsolutno izdvajanje nedozvoljenih dokaza*

Pravilo ekskluzije inače i vodi poreklo iz *anglosaksonskog pravnog sistema*. Naime, u tom pravnom sistemu pitanje dopuštenosti dokaza, a s tim u vezi i pravilo ekskluzije, jedno je od najbitnijih dokaznih pravila. Dok pravila relevantnosti određuju koje činjenice se mogu dokazivati i koje se ne mogu dokazivati, pravila o dopuštenosti određuju koja se od relevantnih činjenica mogu upotrebiti za dokazivanje faktičkih okolnosti slučaja, a koja se ne mogu iskoristiti u tu svrhu. Ako se tokom izvođenja dokaza pred sudom postavi pitanje da li se isti sme izvesti, doći će do spora o procesnopravno relevantnim činjenicama dopustivosti dokaza kao svojevrsnog spora unutar spora.²⁸ Stranka koja želi podneti dokaz u korist svojih navoda treba da dokaže postojanje činjenica na koje procesno pravo nadovezuje dopustivost njihovog izvođenja pred sudom, te ukoliko ne uspe isto dokazati, sud će predloženi dokaz odbaciti.²⁹

Smisao postojanja dokaznih pravila, pa i pravila o dopustivosti dokaza ogleđa se u „filtriranju“ dokaza koji će se izneti pred porotu, kako bi se sprečilo da u nekom slučaju nedostaci u spoznajnom procesu sprovedenom na osnovu nekih dokaza loše utiču na odlučivanje porote, koja ima zadatak utvrđivanja činjeničnog stanja.³⁰ Upravo iz tog razloga sudija može raspustiti porotu ako je pred porotom slučajno izveden dokaz koji se ne sme upotrebiti u suđenju.³¹

²⁸ U zemljama *common law* sistema problem koji se ogleđa se u stvarnom uticaju nevaljanih dokaza na sudiju, rešen je pomoću razdvojenosti sudskog tela i mogućnosti da raspravni sudija spreči da porota dođe u dodir sa nevaljanim dokazom. U kontinentalnim sistemima, gde sudi sudija pojedinac ili veće, od sudije se ne može tražiti da „briše“ spoznaju koju ima – jedino je moguće isključiti kao osnov odluke i argument kroz izdvajanje nevaljanih dokaza iz postupka. Međutim, time se ne isključuje stvarni uticaj nevaljanog dokaza na zaključak sudije.

²⁹ D. Krapac, *Engleski kazneni postupak*, Zagreb, 1995, str. 75.

³⁰ Ibidem, str. 66-67.

³¹ Ibidem, str. 34.

Ipak, pravila o ekskluziji najdoslednije se primljaju u SAD, u kom pravnom sistemu se ekskluzijsko pravilo se odnosi na situaciju *kada je određeni dokaz pribavljen kršenjem 4. Amandmana Ustava SAD*, te isti mora da bude isključen iz krivičnog postupka.³² Pomenuto pravilo je za-pravo i posledica i sredstvo kojim se obezbeđuje efektivna primena 4. Amandmana Ustava SAD koji garantuje zaštitu od neopravdanog pretresa i kršenja nepovredivosti ličnosti, doma i prepiske. Time je uspostavljeno pravilo da se iz krivičnog postupka isključe dokazi do kojih se došlo nepoštovanjem/ povredom lične sigurnosti i slobode kao i privatne svojine od strane državnih organa, odnosno organa krivičnog gonjenja. Na ovaj način želi se postići poštovanje garantovanih ustavnih prava i sloboda od postupaka države, pa i po cenu da se ekskluzijsko pravilo primenjuje na ključni dokaz i time dovede do nemogućnosti osude izvršilaca krivičnog dela.

Dokaz do kog se došlo neustavnim/ nezakornitim postupanjem organa gonjenja isključiće se iz postupke bez obzira na njihovu verodostojnost i saznavnu vrednost.

Ekskluzijsko pravilo se o pored toga što je izazivalo i izaziva niz kontroverzi,³³ vremenom uobličilo kroz sudsku praksu, i koliko god da ima pristalica, o tom pravilu među američkim teoretičarima i dalje postoji žustra polemika.³⁴ Žestoki protivnici mehaničke primene ekskluzijskog pravila ističu da rigorozno isključivanje nelegalnih dokaza dovodi to toga

³² Mada je još 1886.god. u slučaj slučaju *Boyd v. United States* Vrhovni sud odbio primenu dokaza zbog nezakornitog postupanja organa gonjenja, u teoriji se kao slučaj u kom je uspostavljeno ekskluzijsko pravilo pominje *Weeks v. United States* iz 1914. Naime, Vrhovni sud je u pomenutoj odluci zauzeo stav da dokazi koji su pribavljeni na način koji predstavlja povredu prava predviđenih 4. Amandmanom Ustava SAD ne mogu biti upotrebljeni za dokazivanje krivice optuženog, jer je cilj 4. Amandmana da federalne sudove i predstavnike federalnih vlasti ograniči u vršenju ovlašćenja tako da se zauvek obezbedi lična sigurnost građana i sigurnost njihovih stanova, pisama i pokretne imovine od neosnovanog pretresanja i odsuzimanja predmeta.

³³ Sudija Apelacionog suda za distrikt Kolumbija, Malcolm Wilky, je svojevremeno za ekskluzijsko pravilo rekao sledeće: „Po mom mišljenju, jedan od dokaza iracionalnosti pravila ekskluzije je i to da ga nijedna druga civilizovana nacija u svetu nije prihvatila. Da je bilo razloga za primenu ovog pravila po bilo kom osnovu, bar bi jedna zemlja sledila našu 6-o godišnju praksu. Sve su to izbegle“, M. Wilky, “The exclusionary rule: Why suppress valid evidence”, *Judicature* 62\1978, pp .216

³⁴ Videti o tome više: S.J. Ervin, *The Exclusionary Rule: An Essential Ingredient of the Fourth Amendment Jr.*, *The Supreme Court Review*, Vol. 1983 (1983), pp. 283-304; *Rethinking the Good Faith Exception to the Exclusionary Rule Source: University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 130, No. 6 (Jun., 1982), pp. 1610-1656; Monrad G. Paulsen, *The Exclusionary Rule and Misconduct by the Police*, *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, Vol. 52, No. 3 (Sep. - Oct., 1961), pp. 255-265.

da se opasni delinkventi moraju pustiti na slobodu; smatraju „neumesnom sentimentalnošću“ to što se borba protiv nezakonitosti pokazuje važnijom od borbe protiv kriminala.³⁵

Može se zaključiti da stanovište koje opravdava automatsku primenu ekskluzijskog pravila u anglosaksonskom pravnom sistemu (naročito u američkom pravnom sistemu), iz kog potiče pomenuto pravilo, počiva na zahtevu za striktnim poštovanjem građanskih prava i sloboda (od države), na štetu i efikasnosti krivičnog progona i istine (što je naročito simptomatično s obzirom da američki pravni sistem ni ne poznaje načelo utvrđivanja materijalne istine). Ovakvo stanovište je potvrđeno stavom Vrhovnog suda SAD u odlukama u slučaju *United States v. Miranda* u kojoj je Sud istakao da je glavna svrha ekskluzijskog pravila edukacija i disciplinovanje policije,³⁶ dok je u slučaju *United States v. Calandra* naveo da je svrha ekskluzije sprečavanje budućeg nezakonitog ponašanja policije.³⁷ Svrha pravila ekskluzije ogleda se u obezbeđenju integriteta krivičnog postupka i držanje pod kontrolom posledica proizvoljnog i nezakonitog postupanja policije.³⁸

Dosledna primena ekskluzijskog pravila podrazumeva da svi dokazi pribavljeni na način koji je protivan odredbama moraju biti izdvojeni iz postupka, što se odnosi kako na dokaze do kojih se došlo direktnim kršenjem Ustava tako i na one koje su proizašli iz njih i nazivaju se sekundarim.³⁹ Ovakav odnos prema derivativnim dokazima Vrhovni sud SAD nazvao je pravilom „*plodova otrovnog drveta*“, a koje se ogleda se u tome što će se određeni dokaz isključiti iz postupka ukoliko se za njega saznalo iz nedozvoljenog dokaza, odnosno, da će se nedozvoljenim dokazima smatrati ne samo dokazi koji su pribavljeni na nezakonit način nego i oni za koje se iz njih saznalo, reč je o izvedenim dokazima, tzv. «pokvarenim» dokazima (*the tainted evidence*). Vrhovni sud SAD je u odluci u slučaju *Nix v. Williams* naveo da je svrha proširenja dejstva ekskluzijskog pravila ogleda se u potrebi odvrćanja policije od povred prava.⁴⁰

³⁵ M.Paulsen, *The Exclusionary Rule and Misconduct by the Police*, *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, Vol. 52, No. 3 (Sep. - Oct., 1961), pp. 258.

³⁶ „Izdvajajući nezakonito pribavljene dokaze, policija bi trebala izgubiti motivaciju da krši ustavno zagarantovanu privilegiju od samooptuživanje i pravo na odbranu“, navedeno prema: J. Herrmann, *Polijsko ispitivanje okrivljenika-igra moći Njemačka-Sjedinjene Američke države- Hrvatska, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, broj 1/04, str.271.

³⁷ Ž. Karas, *Nezakoniti dokazi*, Zagreb, 2006, str.61.

³⁸ Z. Milovanović, *Nedopušteni dokazi u krivičnom postupku zemalja, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1989, br.3, str. 48.

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ Ž. Karas, *op.cit.*, str. 62.

S druge strane, sudska praksa je razvila brojne *izuzetke od primene ovog pravila*.⁴¹ Jedan od izuzetaka tiče se situacije kada su organi gonjenja pribavljajući dokaz i pri tom kršeći 4. Amandman zapravo postupali «u dobroj veri». Izuzetak se ogleda u sledećem: dokaz koji je pribavljen nezakonitim pretresom i oduzimanjem predmeta, ne mora se izdvojiti, ukoliko je policijski službenik osnovano verovao da je naredba koju je sudija izdao bila zakonita, te u tom slučaju izdvajanje ne bi imalo „zastrašujući učinak“ jer se od policije ne može zahtevati da kontroliše radnje sudija.⁴² Izuzetak od ekskluzijskog pravila predstavlja i „*doktrina nezavisnog izvora*“, po kojoj se dokazi isprva nezakonito otkriveni mogu ipak dozvoliti ako postoji zakoniti nezavisni izvor za njihovo konačno otkriće i oduzimanje.⁴³ Vredan pomena je još jedan izuzetak od ekskluzijskog pravila. Reč je o tzv. "neizbežnom otkriću" – *inevitable discovery doctrine*.⁴⁴ U američkoj sudskoj praksi dokazi nezakonito prikupljeni mogu ipak biti dopušteni ako bi neizbežno bili otkriveni zakonitim sredstvima. Sistem common law pod neizbežnim otkrićem razume nezakonito pribavljeni dokaz za koji se istovremeno tvrdi da bi se do toga dokaza neizbežno došlo i zakonitim putem.⁴⁵ Takođe, izuzetak od automatskog izdvajanja nezakonitog dokaza predstavlja i pravilo po kom se izdvojeni dokazi mogu koristiti za opovrgavanje netačne odbrane okrivljenog, jer dokazi

⁴¹ Prema *doctrine of standing* okrivljeni može osporavati zakonitost pribavljenih dokaza samo ako se do njih došlo povredom nekog njegovog ustavnog prava, dok prema *doctrine of impeachment* stranke imaju pravo da u postupku prikažu činjenice kojima se dokazuje da suprotna strana ne govori istine, odnosno da se lažna odbrana okrivljenog može pobijati i onim činjenicama koje su pribavljene na nedozvoljen način. Vrhovni sud je povodom potonje doktrine zauzeo stanovište po kom je korišćenje protivpravno pribavljenih dokaza u ovu svrhu sasvim opravdano, jer „jedna je stvar dokazivanje krivice putem njih, a sasvim druga to što optuženi pokušava da te iste dokaze pretvori u sopstvenu prednost i obezbedi zaštitu od razotkrivanja svojih laži“. Navedeno prema Z. Milovanović, *Nedopušteni dokazi u krivičnom postupku zemalja*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, 1989, br. 2, str. 58.

⁴² J. Herrmann, *op.cit.*, str.271.

⁴³ Naime, u slučaju da je izvedeni dokaz, posmatran sam za sebe, pribavljen na zakonit način, on će biti isključen kao osnova sudske odluke ako je izvorni nezakonit dokaz jedini isključivi izvor saznanja za njega. U protivnom, kad je izvorni nezakoniti dokaz samo jedan od izvora saznanja za izvedeni dokaz, a drugi su izvori valjani, zakoniti dokazi, tada izvedeni dokaz neće samo zbog toga biti nezakonit. U ovom slučaju za izvedeni se dokaz stvarno saznalo (i) iz drugih valjanih dokaza. To se stanovište naziva "doktrina nezavisnog izvora" – *independent source doctrine*, navedeno prema: S. Thaman, *Miranda u komparativnom pravu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, broj 1/02, str.187.

⁴⁴ U Nemačkoj se traži da sa dokaže da je postojao „čist put“ do dokaza nezavisno od nezakonitosti, ili „zamišljeni čist put“, navedeno prema: S. Thaman, « *Miranda u komparativnom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, broj 1/02, str.188.

⁴⁵ M. Carić, *op.cit.*, str. 1018.

ne mogu pružati zaštitu od optuženikovih neistina. Dalje, dokazi se ne mogu izdvajati u postupku koji se vodi za teža krivična dela pred istražnom porotom (*grand jury*). Dokazi se izdvajaju samo u odnosu na osobu kojoj su povređena prava, dok se isti dokaz može koristiti za druge osobe.⁴⁶ Na ovom mestu treba napomenuti da sprovedena empirijska istraživanja pokazuju da automatsko izdvajanje nezakonitih dokaza kao mera disciplinovanja policije se nije pokazala kao delotvorna, jer ne ostvaruje svoju svrhu da utiče u znatnijoj meri na odvrtačanje policije od nezakonitog postupanja. Stoga se američki sistem sve više usmerava na smanjivanje mogućnosti za izdvajanje nezakonitih dokaza (u skladu sa prikazanim najvažnijim izuzecima od ekskluzijskog pravila).

Za razliku od tog shvatanja zastupljenog u američkoj teoriji i praksi, u *engleskom procesnom pravu* relevantnost i pouzdanost dokaza su osnovni kriterijumi za njihovo prihvatanje, dok se pitanje dozvoljnosti upotrebe sredstva i metode marginalizovano. Naime, govori o isključivanju iz dokaznog materijala bilo kog "nepravednog dokaza" (*exclusion of unfair evidence*), pod kojim se razume takav dokaz koji bi "za pravičnost u postupanju imao tako negativan efekat da ga ne treba prihvatiti".⁴⁷ Pri tom pravičnost ne podrazumeva jednostran pristup podržavanja isključivo interesa okrivljenog, nego sudovi u sprovođenju diskrecijskog izdvajanja uvažavaju i interese okrivljenog i interese tužioca.⁴⁸ Naime, u engleskom sistemu nije zastupljeno američko automatsko ekskluzijsko pravilo. U odluci u slučaju *Kurum*, koja je od najvećeg precedentnog značaja, ističe se da sudija uvek ima diskreciono pravo da ne dopusti korišćenje određenih dokaza, ako bi se strogo pridržavanje pravila o relevantnosti pretvorilo u nekorektan odnos prema okrivljenom.⁴⁹ (*Ovakvo shvatanje je blisko stanovištu koje je zauzeo Evropski sud za ljudska prava, o čemu će biti više reči u 3. delu rada*).

Američki sistem izdvajanja dokaza nije zastupljen ni u drugim anglosaksonskim zemljama *common law* sistema, niti je prihvaćen u evropskim kontinentalnim državama. U evropskokontinentalnim zemljama zastupljen je sistem relativnog izdvajanja nedozvoljenih dokaza.

6.2. Relativno izdvajanje nedozvoljenih dokaza

Kod relativnog izdvajanja nezakonitih dokaza radi se o tome da procesnim zakonom nije za povredu određenog pravila postupanja kao sankcija predviđeno izdvajanje takvog dokaza, nego se sudiji ostavlja mogućnost

⁴⁶ Ž. Karas, op.cit., str. 68.

⁴⁷ D. Krapac, op.cit., str. 87.

⁴⁸ Ž. Karas, op.cit., str. 65.

⁴⁹ Navedeno prema, Z. Milovanović, 2, str.33.

da spram okolnosti konkretnog slučaja stvori kriterijum i donese odluku da li će određeni dokaz smatrati nedozvoljenim i shodno tome isti izdvojiti iz postupka. Upravo u tome se ogleda najveća poteškoća kod sistema relativnog izdvajanja nezakonitog dokaza, jer određivanje okolnosti koje će sud uzeti u obzir može dovesti do odluke koju je teško predvideti. Ukoliko je izdvajanje nezakonitog dokaza prepušteno sudskoj oceni u pojedinom slučaju, može se javiti neusklađen razvoj sudske prakse u pogledu kriterijuma za određivanje nedozvoljenih dokaza. Stoga je ipak određena intervencija zakonodavca neophodna, makar u stvarnju okvirnih kriterijuma-putokaza koji bi usmeravali sudiju pri kreiranju kriterijuma *in concreto*.

Pojava ekskluzije kao pravnog instituta u evropskokontinentalnim pravnim sistemima je novijeg datuma i stoga ne postoje posebno razrađena pravila o ekskluziji u ovim pravnim sistemima, naročito iz razloga što pomenuti institut predstavlja krupno odstupanje od načela istraživanja materijalne istine kao osnovnog načela krivičnog postupka mešovitog tipa. Evropska pravna teorija čak ni ne pominje termin ekskluzija, nego govori o tzv. dokaznim zabranama, koje je teoretičar Ernst Beling definisao kao propise koji ustanovljavaju samoograničenja državnih organa u istraživanju krivičnih dela.⁵⁰

Razlog zbog čega se postepeno i u kontinentalnim pravnim sistemima uvodi ekskluzijsko pravilo, pa i na štetu načela istraživanja materijalne istine i efikasnosti krivično progona, takođe se može pronaći u opredeljenju procesnog zakonodavstva ka zaštiti vrednosti bitnijih od istine i efikasnosti u postupku, a koje se ogledaju u zaštiti i poštovanju garantovanih ljudskih prava kao svojevrsnog civilizacijskog dostignuća. Međutim, za razliku od američkog poimanja ekskluzije, izdvajanje nedozvoljenih dokaza nije u svakom slučaju apsolutno i automatsko, nego jej u većem stepenu prepušteno diskrecijskoj oceni i odluci suda.

2003. godine Evropska komisija je pomoćnom telu - Mreži nezavisnih stručnjaka o osnovnim pravima (*E.U. Network Of Independent Experts on Fundamental Rights (CFR-CDF)*) dala za zadatak da sprovede istraživanje prakse evropskih zemalja u vezi sa izdvajanjem nezakonitih dokaza. Istraživanjem je obuhvaćeno 17 zemalja članica radi izrade *Studije o položaju nezakonito pribavljenih dokaza u krivičnom postupku u državama članicama Evropske unije*. U svom mišljenju uz Studiju (*Opinion on the status of illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of the European Union*)⁵¹ zemlje članice podeljene su u 2 grupe.

⁵⁰ M. Grubač, *Analiza sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava u krivičnim stvarima*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, 2007, br. 11-12, str.384.

⁵¹ Mišljenje ovog tela može se pronaći i preuzeti sa internet stranice: http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/doc/avis/2003_3_en.pdf.

U prvoj grupi nalazi se deset zemalja članica koje *ustavom ili zakonom isključuju* upotrebu nezakonitih dokaza u krivičnom postupku (Belgija, Kipar, Španija, Grčka, Irska, Italija, Luksemburg, Malta, Holandija, Portugal), s tim da neke od njih kao što su Grčka i Irska poznaju u praksi izuzetke od ovog načela.

U drugoj grupi su zemlje u kojima se dokazi u načelu izdvajaju, ali ne uvek (nije zastupljen sistem apsolutnog izdvajanja nezakonitih dokaza), nego se uvažavaju okolnosti konkretnog slučaja – zastupljen je relativni sistem izdvajanja nedozvoljenih dokaza (Austrija, Danska, Finska, Francuska, Nemačka, Švedska, Velika Britanija). Zapravo, dokazi kojima je povređeno neko temeljno pravo ne isključuju se automatski, *već se prepušta sudu da oceni njihovu zakonitost odmeravajući značaj pojedinih okolnosti*. Kriterijumi koje sud u postupku „vaganja“ uzima u obzir su važnost dokaza za osudu, verodostojnost dokaza, da li je podržan drugim dokazima, da li je dokaz bio izveden u kontradiktornom postupku, težina povrede osnovnog prava i da li je njime povređen okrivljenikov privilegija od samooptuživanja kao i da li je rezultat provokacije službenih lica.

Tako je u *Nemačkoj* zastupljena „*teorija upoređivanja ili vaganja*“ na temelju načela srazmernosti, dok je ocena zakonitosti dokaza gotovo *isključivo prepuštena sudu*. U skladu sa načelom srazmernosti, *odluka da li će se dokaz koji je pribavljen na nedozvoljen način izdvojiti iz postupka, zavisi od upoređivanja*:

- težine povrede koju su počinili policijski službenici,
- težine krivičnog dela,
- mogućnosti prikupljanja istog dokaza na zakonit način,
- posmatranje svrhe koju je imala odredba koja je povređena i
- potrebe zaštite prava.

Pri svemu tome, nedopuštenost upotrebe takvog dokaza *samo je krajnja mera* kojom se koristi krivično procesno pravo. Svi dokazi koji se pojave pred sudom u pravilu treba da se koriste, bez obzira na njihovo poreklo, a ako su službena lica prekršile zakon prilikom prikupljanja dokaza, to je posebno pitanje koje se treba rešavati u posebnom postupku i koje ne treba da utiče na utvrđivanje istine u krivičnom postupku. Zbog povrede zakona protiv službenih lica odvojeno će se voditi disciplinski odnosno krivični postupak.⁵²

Razlog odbacivanja automatske zabrane nezakonito pribavljenog dokaza jeste u drugačijoj svrsi isključenja dokaza u nemačkom krivičnom procesnom pravu. Ekskluzijsko pravilo, poteklo iz angloameričkog kri-

⁵² Ž. Karas, op.cit., str. 78.

vičnog procesnog prava, prema kojem se moraju izdvojiti dokazi prikupljeni povredom procesne forme kojom se krši i neko ljudsko pravo, ima svrhu da preventivno deluje na organe krivičnog gonjenja, odnosno da disciplinuje službena lica. Nepoštovanje zakona pri prikupljanju dokaza dovodi do njihove neupotrebljivosti, pa će državni organi biti motivisani da postupaju u skladu sa zakonom. *Nemačka odbija takvu svrhu neupotrebljivosti dokaza*. Nemački postupak nije stranački postupak, a svrha nemačkog krivičnog postupka je ispitivanje materijalne istine, i sud je dužan da utvrdi tačno činjenično stanje, a dokazne zabrane postavljaju granice ispitivanju istine u krivičnom postupku. „Izgradnja dokaznih zabrana istovremeno vodi do razgradnje šanse da se pronađe istina“.⁵³

Nemački Vrhovni sud u obrazloženju jedne presude je naveo: “Pitanje dovodi li povreda zabrane prikupljanja dokaza do zabrane upotrebe dokaza mora biti posebno odlučeno s obzirom na svaku određenu odredbu i prema okolnostima svakog slučaja... *Odluka o zabrani upotrebi dokaza mora se doneti na temelju sveobuhvatnog testa ravnoteže*. Težina povrede odredbe postupka, kao i važnost te povrede za zakonom zaštićeno područje, mora biti razmotrena i stavljena u ravnotežu uz uzimanje u obzir da se istina u krivičnom postupku ne sme istraživati po svaku cenu.“⁵⁴

⁵³ I. Bojanić, Z. Đurđević, op.cit., str. 981.

⁵⁴ Pored toga, nemački sudovi će vagati težinu krivičnog dela i dopustiti upotrebu dokaza pribavljenim kršenjem osnovnog prava, ako težina dela značajno nadmašuje težinu povrede. Pravilo o vaganju interesa takođe je uticalo na stanovište Evropskog suda povodom pitanja dozvoljenosti/ nedozvoljenosti dokaza. Navedeno prema: J.Thamman, op.cit., str. 183.

*Milana Pisarić, Junior Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

About Illegally Obtained Evidence in Criminal Proceedings

Abstract

In criminal proceedings the Court has a duty to truthfully and fully establish the facts that are important for making a lawful decision. The aim of the criminal proceeding is to determine the truth (in a true and fully established facts), because only the full and true facts may establish a proper and lawful decisions of the court. For determination of the facts that are important for the decision in the proceedings, the court on the evidence available, and what the judge may use as evidence in the proceedings may be determined by the system law, or the opportunity for free evaluation of evidence may be left to the court who uses which are considered the appropriate tool for determining the facts. However, this freedom is by no means unlimited.

Key words: evidence, truth, evidence prohibition, exclusion