

Др Снежана Бркић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

УПОТРЕБА НЕЗАКОНИТИХ ДОКАЗА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ*

Сажетак: Аутор се у овом раду бави проблематиком незаконитих доказа у српском кривичном поступку. Материја је подељена у три дела. У првом делу се излаже општа теорија о допустивости незаконито прикупљених доказа. У другом делу су изложена правила о допустивости доказа у односу на повреду права на приватност. Трећи део је посвећен правилима о допустивости доказа с обзиром на незаконито испитивање окривљеног. Наведена питања су обрађена из аспекта одговарајућих уставних одредаба, законских одредаба, судске праксе, као и српске правне доктрине. На крају се налазе закључна разматрања.

Кључне речи: незаконити докази, доказне забране, право на приватност, незаконито испитивање

I. ОПШТА ТЕОРИЈА О ДОПУСТИВОСТИ НЕЗАКОНИТО ПРИКУПЉЕНИХ ДОКАЗА

A. Уставна или законска правила

1. Општа правила о недозвољеним доказима

1. Устав Републике Србије (Сл. гл. РС 98/2006) нема изричите одредбе о недозвољеним доказима. Дакле, српски законодавац је у том погледу имао одрешене руке. На овом месту треба указати на еволуцију нашег кри-

* Овај рад представља национални реферат за Србију на XVIII Међународном конгресу за упоредно право (секција V B, тема: Exclusionary rule), одржаном у Вашингтону, августа 2010. године. На физиономију овог рада битно су утицале једнообразне инструкције које су морали следити сви национални референти. Из тог разлога нису разматрана гледишта о овој проблематици у упоредном праву. Пошто је реферат послат у Вашингтон још јуна 2009, он није могао обухватити последње измене и допуне ЗКП Србије (Сл. гл. РС 72/2009), које су ступиле на снагу 11. септембра 2009. године. Стога ће он овом приликом бити коригован на одговарајућим местима, с обзиром на наступеле законске измене.

вично процесног законодавства, што је имало утицаја и на правила о недозвољеним доказима. Дугогодишње примењивани Закон о кривичном поступку (ЗКП) СФРЈ из 1976. године је сишао са сцене доношењем новог ЗКП Савезне Републике Југославије децембра 2001. године (Сл. лист СРЈ бр. 70/01) који је ступио на снагу 28.03.2002. године. Законодавство о кривичном поступку, раније у искључивој надлежности савезне државе, према Уставној повељи Државне заједнице Србија и Црна Гора, прешло је потпуно у надлежност држава – чланица. Сходно одредби члана 64, става 2 Уставне повеље, Србија до доношења републичког прописа у тој материји примењује затечени савезни ЗКП као свој закон и неколико пута га мења (Сл. гл. РС бр. 58/04; 85/05 и 115/05). Иако је ЗКП из 2001. године оцењен као савремен и успешан закон, већ 25.05.2006. године донет је нови ЗКП Србије (Сл. гл. РС бр. 46/06), који је ступио на снагу 10.06.2006. године, али је неколико пута одлаган почетак његове примене, са образложењем да за увођење тужилачке истраге нису обезбеђени материјално-технички услови. Заправо, већи део стручне и научне јавности је оштро критиковао садржину новог законика и сматрао да његовом доношењу није ни било места, те да је требало приступити само изменама и допунама постојећег законика. Изгледа да ни само Министарство правде није имало јасну концепцију о томе, с обзиром на смернице дате претходној радној групи и с обзиром на најновије измене и допуне ЗКП из 2001. године, које су усвојене 2009. године (Сл. гл. РС 72/2009). Ступањем на снагу тих измена и допуна (11.9.2009), престао је да важи ЗКП из 2006. године.

2. Став нашег права о проблематици незаконито прибављених доказа може се посматрати кроз четири групе одредаба. Законодавац се не задовољава пуком забраном одређених начина прибављања и извођења доказа. Он изричито прописује да се на одређеним незаконитим доказима не може заснивати судска одлука, а ако се то ипак деси, то предвиђа као жалбени основ. Он предвиђа и једну превентивну меру: дужност суда да чим примети присуство незаконитих доказа у спису, донесе решење о њиховом издвајању из списка, по чијој правноснажности ће и физички издвојити одговарајуће записнике из списка, ставити их у посебан омот, запечатити и на посебном месту чувати код истражног судије, тако да се не могу разгледати ни користити у даљем току поступка. Ова последња мера је предвиђена због искључења могућности да судећи суд, истина не заснивајући пресуду на незаконитим доказима, несвесно прида већи значај одређеним доказима знајући за незаконите доказе. То би, укратко, било принципијелно језгро концепције о незаконитим доказима, које је више-мање константно присутно у нашем праву. Разлика је у (не)постојању општег процесног начела о недозвољеним доказима, у кругу изричито прописаних недозвољених доказа, решењима у погледу издвајања записника из списка, процесним

санкцијама због заснивања судске одлуке на недозвољеним доказима, а по неким и по питању тзв. продуженог дејства недозвољености.

3. Важећи ЗКП из 2001. године, пре свега проширује круг изричито одређених недозвољених доказних средстава на којима се не може заснивати судска одлука у односу на ЗКП из 1976. године.¹ Од изричито одређених доказа на којима се не може заснивати судска одлука треба поменути: одредбу члана 89, става 10 (у вези са исказом окривљеног), члана 99 (у вези са исказом сведока), члана 116, става 1 (у вези са налазом и мишљењем вештака), члана 504з, става 4 (у вези са надзором и снимањем телефонских и других разговора или комуникација), члана 504р, става 4 (у вези са ранијим исказом који је сведок сарадник дао као осумњичени или окривљени) и члана 504њ, става 2 (у вези са исказом прикривеног истражника као јединим доказом). Интересантно је да законодавац међу овим одредбама не помиње незаконитости приликом претресања стана и лица, као и привременог одузимања предмета. Што се тиче обавештења прикупљених од стране полиције у преткривичном поступку, неспорно је да она имају карактер доказа само у спознајном али не и у правном смислу, односно карактер неформалних извора сазнања. Она се после завршене истраге, односно после давања сагласности да се поднесе непосредна оптужница, издвајају из списка на основу правноснажног решења истражног судије.

4. Када је реч о обавештењима потеклим из преткривичног поступка, поменимо још неке помаке које је у погледу искључења могућности њиховог коришћења у кривичном поступку, учинио ЗКП из 2001. године. Ради се, пре свега, о одредби о обавезном издвајању из списка након завршетка истраге, свих обавештења која су полицији дали грађани, а не само оних која потичу од окривљеног и презумптивних сведока којима је забрањено да дају сведочки исказ и који су ослобођени дужности сведочења. Осим тога, укинут је веома критиковани члан 84 старог закона, који је изузетно допуштао могућност употребе на главном претресу и у поступку правних лекова издвојених обавештења и записника, на захтев самог окривљеног или по одлуци судског већа за кривична дела за која је прописана казна затвора од двадесет година.

5. До ступања на снагу ЗКП из 2001. године, законске одредбе о доказима на којима се не може заснивати судска пресуда биле су јасне. Прибављање и извођење доказа било је везано за одговарајућу форму, при чему су процесно санкционисане само неке, тачно одређене повреде те форме.

¹ Тако нпр. према старом закону, на исказу окривљеног се није могла заснивати судска одлука само ако су према њему употребљени сила или претња или је испитивање обављено у одсуству браниоца мимо дозвољених случајева. Према члану 89, ставу 10 важећег ЗКП, санкционише се не само употреба силе и претње, него и обмане, недозвољеног обећања, изнуде, изнуривања или другог сличног средства.

Законодавац је таксативно прописивао на којим доказима се не може заснивати судска пресуда, односно када супротно поступање представља апсолутно битну повреду одредаба поступка. Па, ипак, тадашња правна теорија и судска пракса нису били склони да те одредбе рестриктивно тумаче. У теорији је било врло распрострањено мишљење да треба разликовати доказе који су изричито дозвољени, доказе који су изричито забрањени, као и доказе који нису изричито ни дозвољени ни забрањени.² Тако је нпр. и у теорији и у пракси одавно неспорно да карактер недозвољеног доказа треба да има и полиграф, без обзира што то законом није изричито регулисано.

ЗКП из 2001. године, поред изричитих законских одредаба о недозвољености одређених доказних средстава и немогућности заснивања судске одлуке на њима, увео је и нови члан 18, став 2. Према првобитној редакцији те одредбе, која је важила до 11.9.2009. године, судске одлуке се нису могле заснивати на доказима који су сами по себи или према начину прибављања у супротности са одредбама овог законика, другог закона, устава или међународног права. Најпре се поставило питање да ли ова одредба представља само опште правило које је конкретизовано у оним законским одредбама које изричито прописују на којим доказима се не може заснивати судска одлука. Ако је то тако, она има само начелни и декларативни карактер и не може проширивати круг изричито одређених случајева немогућности заснивања судске одлуке на одређеним доказима прибављеним супротно законнику.³ Могли бисмо рећи да и у теорији и у пракси доминира став да ова одредба омогућава ширење круга тих случајева. Граматичким тумачењем дошли бисмо до закључка да је недозвољен сваки онај доказ који је у супротности са било којом одредбом ЗКП. У складу са тиме је и добар део наше судске праксе, док се само понекад толеришу неке врсте ирегуларности приликом прибављања доказа. Неки праве разлику између повреда приликом прибављања и приликом извођења доказа, при чему само овим првим дају карактер апсолутно битних повреда.⁴ Има и схватања по којима само они недозвољени докази који су покривени изричитом законском одредбом могу представљати апсолутно битне повреде одредаба кривичног поступка, док се процесни значај употребе других доказа који су према начину прибављања у супротности са одредбама Законика, процењује с обзиром на општу одредбу о релативно битним повредама кри-

² Тако наилазимо на мишљење да је недозвољено оно доказно средство које је противно правном поретку, начелима поступка, некој изричитој одредби закона или друштвеном моралу, иако би иначе било подобно за утврђивање чињеница које су предмет доказивања (М. Грубач: „Кривично процесно право“, Београд, 2006, стр. 70).

³ Такво тумачење је ређе и срећемо га нпр. у пресуди ВСС Кж. I ок 7/05.

⁴ Д. Суботић, «Недозвољени докази у кривичном поступку», Судска пракса 3-4/2007, стр. 69.

вичног поступка.⁵ Ипак, наведеној формулацији одредбе члана 18, става 2 ЗКП може се приговорити.⁶ Чини нам се бесмисленим да се свако, па и најмање огрешење о неку одредбу ЗКП приликом прибављања доказа санкционише као апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка. У том случају, губе смисао све оне изричите законске одредбе које говоре о доказима на којима се не може засновати судска одлука. Законодавац би, по нашем мишљењу, требао да санкционише као апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка, осим изричито набројаних повреда закона, само још оне доказе који су прибављени повредом основних права човека загарантованих Уставом или међународним правом. На тој идеји почива и садашња одредба члана 18, става 2 ЗКП, која након последње процесне реформе из 2009. године, гласи: „Судске одлуке се не могу заснивати на доказима који су сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом или потврђеним међународним уговором, или су овим Законом или другим законом изричито забрањени.“ Мислимо да је ова формулација срећнија и да ће свакако елиминисати неке недоумице које су до сада постојале у нашој судској пракси. Назад у том смислу представља одредба члана 16, става 5 радне верзије Нацрта ЗКП Србије од 14.9.2010. године, која је слична првобитној формулацији члана 18, става 2 ЗКП из 2001. године.⁷ Та формулација је лошија од важеће јер поново отвара стару дилему о томе да ли било која супротност неког доказа са одредбама ЗКП чини тај доказ незаконитим и доводи до процесне санкције – немогућности заснивања судске одлуке на њима.

6. Следећа разлика између старог и новог закона је на подручју процесних санкција због употребе недозвољених доказа. Према ЗКП из 1976. године, заснивање пресуде на доказу на коме се по одредбама закона не може заснивати, представљало је апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка, осим ако је с обзиром на друге доказе очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда. Иза таквог решења крио се став законодавца да је основни циљ поступка утврђивање истине и да тај циљ, као и општи интерес за кривичним прогомом учинилаца кривичних дела не треба да трпе због недисциплине или злоупотребе неког државног органа, уколико је остала доказна грађа довољна за поткрепљење одговарајуће одлуке. Оваква законска формулација је доприносила, па на својеврстан начин и мотивисала државне органе на злоупотребе процесних прописа.

⁵ Д. Суботић, *op. cit.*, стр. 70.

⁶ Слична је била и одредба члана 15 ЗКП из 2006. године.

⁷ Одредба члана 16, става 5 радне верзије Нацрта ЗКП Србије од 14.9.2010. године гласи: «Судске одлуке се не могу заснивати на доказима који су сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, овим законом, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима.»

Због тога је често била на удару оштре критике процесне теорије. Важећи ЗКП из 2001. године је укинуо поменути релативизацију, тако да сада свако заснивање пресуде на недозвољеном доказу повлачи њено укидање, без обзира на убедљивост преосталог доказног материјала.⁸ За очекивати је да ће оваква одредба допринети већем дисциплинирању органа кривичног правосуђа.

7. Наш законодавац нема изричитих одредби о томе да ли се недозвољени докази могу посредно користити, нпр. путем саслушања одређених лица у својству сведока о садржини незаконито прибављеног исказа. Морамо признати да је у нашој судској пракси било разних покушаја таквог заобилазног коришћења недозвољених доказа. Веома је важно истаћи спремност виших судских инстанци да таква настојања спрече.

8. У нашој теорији и пракси постоје недоумице у погледу примењивости концепције о плодовима отровног дрвета односно тзв. продуженог дејства недозвољених доказа и на дозвољене доказе до којих се дошло преко недозвољених доказа. У сваком случају, све донедавно, у нашем праву је у том погледу постојала правна празнина, чије решавање је било препуштено судској пракси. Судска пракса, пак, није била нарочито спремна на примену ове концепције. Тек понегде се могао наћи понеки пример таквог тумачења закона од стране суда.⁹ Мишљење теорије је било подељено. Заговорници продуженог дејства су истицали различите аргументе: морално-етички аргумент, аргумент превенције, аргумент перфектуирања заштите, аргумент дисциплиновања процесних органа, аргумент јачања процесне дисциплине. Неки су до таквог закључка долазили на основу тумачења неких других законских одредаба: нпр. на основу члана 85 и члана 364, става 1, тачке 10 ташњег ЗКП.¹⁰ Неки су се залагали за такву концепцију због њене распрострањености у страним правима.¹¹ Неки сматрају да у овом сучељавању аргумената треба изнаћи неко компромисно решење које ће водити рачуна о криминално-политичким циљевима. По њима, концепт продуженог дејства

⁸ Треба поменути и неке случајеве у којима су првостепени судови просто настављали са старом праксом, иако је новим законом предвиђено другачије решење. Занимљиво је, међутим, да се укинути ЗКП из 2006. године поново вратио на стару релативизирајућу концепцију.

⁹ Тако је нпр. у једном случају Врховни суд Хрватске прогласио неупотребљивом, без ближег образложења, једну фотографију коју су органи унутрашњих послова начинили на основу неупотребљивог обавештења осумњиченог (ВСХ Кж. 447/82 од 26.05.1982).

¹⁰ С. Трајковић: «Последице употребе доказа добијених на законом забрањени начин према одредбама новог Закона о кривичном поступку», Гласник Адвокатске коморе Војводине 11/1978, стр. 6; V. Вауг: „Правно неваљани докази и последице њихове употребе код доношења судских одлука у кривичном поступку“, Правни живот 5/1978, стр. 18.

¹¹ Д. Шиматовић: „Протузаконито прибављање доказа“, Одвјетник 11-12/1981, стр. 31.

треба прихватити у мери која неће битно утицати на укупну ефикасност кривичног прогона, али ће обухватити тешке случајеве повреде права против којих је заштита неопходна. Ту спадају докази прибављени кривичним делима која вређају уставом гарантована људска права.¹²

Противници продуженог дејства истичу његову неприхватљивост са социјално-етичког аспекта. „Опасан делинквент остаје на слободи, друштво је незаштићено а оштећеникова родбина без задовољштине“.¹³ Осим тога, изражава се скептичност у погледу утицања ексклузивног правила на дисциплиновање процесних органа.¹⁴ Истиче се да продужено дејство није подобно да произведе жељени ефекат јер не кажњава орган који неправилно поступа. По некима, ни забрана коришћења доказног материјала, ни продужено дејство није оправдано ако је у питању доказ у корист окривљеног.¹⁵ Најзад, неки имају у виду да би испитивање порекла доказа био претежак задатак за суд.

Неки писци тврде да је наш важећи закон по питању концепције плодова отровног дрвета постао недвосмислен, захваљујући одредби члана 18, става 2 ЗКП. Они сматрају да у прилог ове теорије говори формулација „докази који су сами по себи или **према начину прибављања** у супротности са...“¹⁶ Интересантно је да већина других писаца није видела никакву револуционарну новину у том смислу у нашем ЗКП, тако да ћутке прелази преко одредбе члана 18, става 2 ЗКП са аспекта њеног утицаја на примену теорије плодова отровног дрвета. Неки је и данас сматрају очигледно претераним „чистунством“ које је за наше право неприхватљиво¹⁷ и експлицитни су у погледу пуноважности доказа за које се сазнало преко неважећих доказа и њиховог неиздвајања из списка. При свему томе, занимљиво је да већина аутора говори о недозвољеним доказима управо према начину њиховог прибављања, док само поменути два аутора у том термину виде израз продуженог дејства недозвољености доказа. Свакако да би мање недоумица било ако бисмо имали јасну дефиницију прибављања доказа.

¹² И. Фејеш: «Процесне санкције», необјављена докторска теза, Београд, 1990, стр. 230.

¹³ М. Дамашка: «Процесне последице употребе доказа прибављених на незаконит начин», Наша законитост 3-6/1960, стр. 229.

¹⁴ М. Дамашка: «Окривљеников исказ као доказ у савременом кривичном процесу», Загреб, 1962, стр. 212.

¹⁵ П. Кобе: «Резултати прислушкивања као доказ у кривичном поступку», Наша законитост 11-12/1985, стр. 1280.

¹⁶ Такво тумачење срећемо код М. Шкулића, „Кривично процесно право, општи део“, Београд, 2007, стр. 223. и Г. Илића, Ревивија за криминологију и кривично право 2/06, стр.123.

¹⁷ Тако, М. Грубач, *op. cit.*, стр. 251. Т. Васиљевић, М. Грубач: „Коментар Законика о кривичном поступку“, Београд, 2003, стр. 334

То, међутим, није случај. Општа процесна теорија говори о разним фазама у вези са доказима, али се ретко помиње и дефинише њихово прибављање. Изузетак у том погледу представља Крапац, који прибављање доказа дефинише као „дјелатност процесних судионика у којој они провјеравају постојање тзв. носилаца доказа (свједока, вјештака, исправа) и осигуравају њихову доступност суду“.¹⁸ У том смислу схваћен, „доказ који је према начину свог прибављања у супротности са...“ заиста би се могао окарактерисати као индиректно правно неваљани доказ. Наша судска пракса је по том питању и даље неуједначена. Тако се у једном предмету, теорија плодова отровног дрвета категорички негира, уважавајући као ваљан доказ потврду о одузетим предметима којој је претходило противзаконито претресање,¹⁹ док се у једној каснијој одлуци заступа супротан став.²⁰

2. *Оишиа дужности уишврђивања истиине*

1. Наш Устав такође ни у једној својој одредби не помиње дужност суда да утврђује истину у кривичном поступку. Ту дужност предвиђа одредба члана 17 ЗКП из 2001. године. Ова одредба је у нашој теорији схваћена као прокламација тзв. начела истине. Често се указује да та истина треба да има посебне квалитете по којима се разликује од истине утврђене у парничним поступцима. Терминолошки се та разлика покрива дистинкцијом између „материјалне истине“ и „формалне истине“. Подвајање материјалне и формалне истине некад се врши и с обзиром на разлике између мешовитих и акузаторских кривичних поступака, јер се сматра да ови последњи најчешће спречавају постизање пуне истине о предмету одлучивања. Ипак, синтагма „материјална истина“ је неоправдана из филозофског угла посматрања, јер истина или постоји или не постоји, тј. она је јединствена.

Иако је ова одредба константно присутна у нашим законским текстовима, треба указати на унеколико промењени став процесне теорије према овом процесном начелу. Могли бисмо констатовати да је оно доживело својеврсну трансформацију. Од некада главног процесног принципа који је сматран и основним циљем процеса, коме су били подређени сви остали процесни прописи, данас се све више сматра да је оно релативног карактера и да превагу над њим треба да има начело правичног суђења, реципирано из англоамеричког права.

¹⁸ Д. Крапац, «Прилог разматрању појма доказних забрана у сувременом кривичном поступку», Правни вјесник 6/1990, стр. 13.

¹⁹ Окружни суд у Београду, Кж. 2333/02 од 19.12.2002 и Трећи општински суд у Београду К. 582/02 од 18.06.2002

²⁰ ВСС, Кж. I 1964/2004 од 29.12.2004.

2. Дакле, ни принцип утврђивања истине, ни концепција недозвољених доказа код нас не представљају уставну материју. С друге стране, обоје су регулисани закоником у оквиру основних процесних начела. Несумњиво да принцип забране употребе недозвољених доказа најчешће иде на штету начела утврђивања истине у поступку.²¹ Ако бисмо хтели установити коме од ова два принципа треба дати предност у случају њиховог сукоба, руководили бисмо се значајем вредности које се њима штите. Ако пажљиво анализирамо све изричито прописане недозвољене доказе, као и оне који им се могу прикључити на генералан начин, видећемо да иза њих стоји потреба заштите неких основних људских права. У том контексту постају нам релевантне одговарајуће одредбе Устава којима се јемче основна људска и мањинска права, којима свакако треба обезбедити примат.

Б. Општа правила о недозвољеним доказима у судској пракси, посебно у пракси Врховног суда Србије

1. Веома је важно истаћи спремност наше судске праксе да спречи разна настојања да се заобилазним путем постигне вредновање обавештења прикупљених у преткривичном поступку као доказа у кривичном поступку. Раније су органи унутрашњих послова покушавали на разне начине да обезбеде доказну вредност прикупљеним обавештењима. Наши врховни судови су такву праксу сматрали противзаконитом и одрицали доказну вредност таквом материјалу. Други заобилазни покушај уношења обавештења из преткривичног поступка у доказни систем кривичног поступка, било је саслушавање у својству сведока службеног лица органа унутрашњих послова о садржини тих обавештења. Врховни судови су одлучно устали против такве праксе. Оваквих покушаја је данас знатно мање, мада се још увек понегде могу срести. Такође, не би било допустиво да се на изјави осумњиченог датој органима унутрашњих послова у преткривичном поступку, пре њеног издвајања из списка заснива налаз и мишљење вештака.²² Ако се пресуда заснива на непрописно састављеној кривичној пријави која садржи обавештења дата ОУП-у, може се побијати по основу из члана 368, става 1, тачке 10. ЗКП.²³

2. У нашој судској пракси забележени су и неки случајеви који су по својим консеквенцама помало налик на концепцију плодова отровног дрве-

²¹ Само изузетно то неће бити случај. Тако нпр. када неко помоћу тортуре издејствује неистинито признање окривљеног, то неће ићи на штету истине у поступку.

²² У конкретном случају, међутим, вештак за судску медицину је цитирао део изјаве осумњиченог дате у СУП-у, али је налаз дао на основу материјалних трагова констатованих на лицу места и задобијених повреда (ВСС, Кж. 154/02 од 02.03.2004 и Окружни суд у Београду, К. 5/00 од 07.09.2002).

²³ ВСС, Кж. I 2317/05 од 07.09.2006. и Окружни суд у Чачку, К. 66/05 од 15.09.2005.

та. Занимљиво је, међутим, да се ту одбацавање одређених доказа образлаже на један сасвим другачији начин и без позивања на продужено дејство. Тако нпр. суд сматра да из списка треба издвојити и фотографије реконструкције догађаја коју су спровели органи унутрашњих послова тако што им је осумњичени показао начин извршења кривичног дела, при чему је фотографисан. Сматра се да такав материјал представља обавештење које је дао осумњичени по члану 225, ставу . ЗКП.²⁴ Слично томе, „Фотодокументација сачињена од стране органа унутрашњих послова на месту извршења дела на којој се види и осумњичени са рукама везаним позади, представља својеврсну изјаву осумњиченог о показивању места извршења кривичног дела, па пошто та изјава није дата у присуству браниоца, сагласно правилима кривичног поступка, заснивањем пресуде на оваквом недозвољеном доказу учињена је битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 368, става 1, тачке 10 ЗКП“²⁵. Међутим, у једном другом предмету, када је окривљени фотографисан поред објекта у коме је извршена крађа, није изведен закључак да се ради о обавештењу органима унутрашњих послова.²⁶

На сличан начин се образлаже и одбацавање привременог одузимања предмета као доказа. Наиме, сматра се да потпис окривљеног на потврди о привремено одузетим предметима суштински представља његову изјаву да је тај предмет одузет из његовог притежања и да би се та изјава могла користити као доказ у кривичном поступку треба да је прибављена у складу са одредбама ЗКП.²⁷

3. Најзад, треба истаћи и неуједначеност наше судске праксе, па чак и самог Врховног суда Србије по питању тумачења одредбе члана 18, става 2 ЗКП. Већина судова проглашава недозвољеним и оне доказе који нису изричито прописани као такви процесним законом, уколико су сами по себи или према начину прибављања у супротности са неком одредбом Законика. Међутим, кад треба одредити које се то супротности са Закоником не могу толерисати, настаје права конфузија. Илустрације ради, поменимо проблем валидности наређеног вештачења супстанце на опојну дрогу у преткривичном поступку од стране органа унутрашњих послова за кривична дела за која је прописана казна затвора преко десет година. Врховни суд Србије је најпре заступао становиште да тако наређено вештачење представља недозвољени доказ због којег се може побијати на њему заснована пресуда по члану 368, ставу 1, тачки 10 ЗКП.²⁸ Касније, међутим,

²⁴ ВСС, Кж. I 698/87 од 13.10.1987.

²⁵ ВСС, Кж. I 305/2005 од 14.9.2005.

²⁶ ВСС, Кж. 510/01 од 27.12.2001 и Окружни суд у Београду К. 365/99 од 07.12.1999.

²⁷ ВСС, Кж. I 4/2004 од 03.02.2004.

²⁸ Тако нпр. ВСС, Кж. 1060/05 од 19.09.2005 и Окружни суд у Крушевцу, К. 153/04 од 14.04.2005.

Врховни суд Србије мења првобитно мишљење и почиње да сматра да се тим поступком не вређа ниједна изричита законска одредба која говори о доказима на којима се не може заснивати судска пресуда, да полиција није злоупотребила процесна овлашћења, већ је тако поступила ради ефикасног и благовременог обезбеђивања доказа за кривични поступак. Он је проценио да се овде не ради о апсолутној, већ о релативно битној повреди одредаба кривичног поступка, која не доводи безусловно до укидања првостепене пресуде.²⁹ Такво правно схватање усвојено је и на седници Кривичног одељења Врховног суда Србије од 15, 20. и 28. марта 2007. године и с правом се критикује.

II. ПРАВИЛА О ДОПУСТИВОСТИ ДОКАЗА У ОДНОСУ НА ПОВРЕДУ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ

A. Заштита приватности стана³⁰

1. Уставне одредбе

Право на неповредивост стана спада у тзв. права негативног статуса, која се испољавају у слободи грађана од интервенције државе у односу на њихову приватну личност. Основни елементи овог права дати су у члану 40 Устава. Нико не може без писмене одлуке суда ући у туђ стан или друге просторије против воље њиховог држаоца, нити у њима вршити претрес. Држалац стана и друге просторије има право да сам или преко свог 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 туђ 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.

2. Законске одредбе

Претресање стана и осталих просторија окривљеног или других лица може се предузети ако је вероватно да ће се претресањем окривљени уха-

²⁹ ВСС, Кж. 1601/05 од 31.10.2005 и Окружни суд у Београду, К. 227/05 од 30.03.2005; ВСС, Кж. I 1010/2006 од 13.06.2006; ВСС, Кж. 1309/06 од 11.09.2006 и Окружни суд у Јагодини, К. 185/05 од 27.01.2006.

³⁰ У нашем праву не постоје опште одредбе о заштити права на приватност, ни у Уставу, ни у Законнику о кривичном поступку. У том погледу није развијена ни наша судска пракса.

тити или да ће се пронаћи трагови кривичног дела или предмети важни за кривични поступак. Претресање адвокатске канцеларије може се предузети само у погледу одређеног предмета, списка или исправе.

Претресање наређује суд писмено образложеном наредбом. Наредба о претресању предаје се пре почетка претресања лицу код кога ће се или на коме ће се претресање извршити. Пре претресања позваће се лице на које се односи наредба о претресању да добровољно изда лице, односно предмете који се траже. То лице ће се поучити да има право да узме адвоката, односно браниоца који може присуствовати претресу. Ако се захтева присуство адвоката односно браниоца, почетак претреса ће се одложити до његовог доласка, а најдуже за три сата.

Претресању се може приступити и без претходне предаје наредбе, као и без претходног позива за предају лица или ствари и поуке о праву на браниоца, односно адвоката, ако се претпоставља оружани отпор, или друга врста насиља, или ако се очигледно припрема или је отпочело уништавање трагова кривичног дела или предмета важних за кривични поступак.

Претресање се по правилу врши дању. Претресање се може вршити и ноћу, када је одређено судском наредбом, као и ако је дању започето па није довршено или ако постоје разлози за претресање од стране службених лица органа унутрашњих послова и без наредбе суда.

Држалац стана и других просторија позваће се да присуствује претресању, а ако је он одсутан, позваће се његов заступник или неко од одраслих укућана или суседа. Закључане просторије, намештај или друге ствари отвориће се силом само ако њихов држалац није присутан или неће добровољно да их отвори. Приликом отварања избегаваће се непотребно оштећење.

Претресању стана присуствују два пунолетна грађанина као сведоци. Лице које спроводи претресање и присутни сведоци могу бити само лица истог пола, као и лице које се претреса. Сведоци ће се пре почетка претресања упозорити да пазе на ток претресања, као и да имају право да пре потписивања записника о претресању ставе своје приговоре ако сматрају да садржина записника није тачна.

Претресање стана треба спровести обазриво, уз поштовање достојанства личности и права на интимност, и без непотребног ремећења кућног реда. О сваком претресању стана саставиће се записник, који потписују лице код кога се спроводи претресање и лица чије је присуство обавезно. Приликом претресања, одузеће се привремено само они предмети и исправе који су у вези са сврхом претресања. У записник ће се унети и тачно назначити предмети и исправе који се одузимају, а то ће се унети и у потврду која ће се одмах издати лицу коме су одузети.

Ток претресања се може тонски и визуелно снимити, а предмети пронађени током претресања посебно фотографисати. Снимци ће се приложити записнику о претресању.

Када се претресају просторије државних органа, предузећа или других правних лица, позваће се њихов старешина да присуствује претресању. Када се претреса адвокатска канцеларија у одсуству адвоката коме припада, позваће се представник надлежне адвокатске коморе, а ако то није могуће, други адвокат, члан исте адвокатске коморе. Претресање и прегледи у војној згради спровешће се по одобрењу надлежног војног старешине.

Ако се приликом претресања стана нађу предмети који немају везе са кривичним делом због кога је претресање наређено, али који указују на друго кривично дело за које се гони по службеној дужности, они ће се описати у записнику и привремено одузети, а о одузимању ће се одмах издати потврда. О томе ће се одмах обавестити јавни тужилац ради покретања кривичног поступка. Ови предмети ће се одмах вратити ако јавни тужилац нађе да нема основа за покретање кривичног поступка, а не постоји неки други законски основ по коме би се ти предмети имали одузети.

Према члану 81, ставу 1 Законика о кривичном поступку, овлашћена службена лица органа унутрашњих послова могу и без одлуке суда ући у туђи стан или друге просторије и изузетно спровести претресање без присуства сведока, ако држалац стана то тражи или ако неко зове у помоћ, или ради извршења одлуке суда о притварању или довођењу окривљеног или ради непосредног лишења слободе учиниоца кривичног дела или отклањања озбиљне опасности за људе или имовину.

Држалац стан, ако је присутан, има право да против поступка тог органа изјави приговор. Овлашћено службено лице органа унутрашњих послова је дужно да држаоца стана обавести о овом праву и да његов приговор унесе у потврду о уласку у стан, односно у записник о претресању стана.

У случајевима из члана 8, става 1 неће се састављати записник, него ће се држаоцу стана одмах издати потврда, у којој ће се назначити разлог уласка у стан односно друге просторије и примедбе држаоца стана. Ако је у туђим просторијама извршено и претресање, примениће се одредбе о присуству сведока и о обазривом претресању. Претресање се може спровести и без присуства сведока, ако није могуће да се одмах обезбеди њихово присуство, а постоји опасност од одлагања. Разлози за претресање без присуства сведока морају се назначити у записнику.

Кад овлашћена службена лица органа унутрашњих послова спроведе претресање без наредбе о претресању, дужна су да о томе одмах поднесу извештај истражном судији, а ако се поступак још не води – надлежном јавном тужиоцу.

Интересантно је да наш процесни законодавац није нашао за сходно да изричито прогласи неваљаним доказима, оне који садрже повреду законских одредаба о претресању.

3. Јуриспруденција Врховног суда Србије

У једном броју случајева била је оспоравана доказна вредност претресања извршеног од стране органа унутрашњих послова без присуства сведока и без наредбе истражног судије. Према становишту Врховног суда Србије, такво претресање стана није противзаконито и на њему се може заснивати судска одлука ако се ради о опојној дроги која представља доказ у кривичном поступку и за коју се основано може сумњати да се може уништити уколико се не поступа изненада и хитно.³¹ Сличан став заузет је у још једном предмету, где је орган унутрашњих послова без наредбе суда, без присуства сведока и без поуке о праву на браниоца, приступио претресању дворишта осумњиченог који је отпочео да чупа стабљике индијске конопље и тако уклањао трагове кривичног дела и предмете који могу послужити као доказ.³² Пресуда заснована на том доказу је опстала, јер није проглашена апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка. Ове одлуке ипак захтевају коментар. Наиме, треба имати у виду две различите одредбе ЗКП које „олакшавају“ посао претресања органима унутрашњих послова. Једно је члан 81, став 4, који у случају опасности од одлагања овлашћује само на претресање стана без присуства сведока, али истовремено не ослобађа орган унутрашњих послова обавезе да прибави наредбу суда. Друго је члан 81, став 5 ЗКП, који се односи на могућност претресања лица и без судске наредбе и без сведока, ако постоји сумња да ће се одбацити, сакрити или уништити предмети које треба одузети као доказ у кривичном поступку. У горе наведеним предметима, нису постојали услови за претресање стана без судске наредбе, већ само за претресање без присуства сведока. Нешто „мекши“ став суда забележен је и у случају претресања стана извршеног без присуства два пунолетна сведока, без навођења разлога за то у записнику о претресу. Иако је тиме повређена једна законска одредба, суд је наложио да се утврди зашто то није учињено, да би се тај записник могао користити као доказ у кривичном поступку³³. Правилан је став суда да кад је у питању опојна дрога као предмет кривичног дела, претресање лица и путничког аутомобила у коме се оно нашло може се спровести и без наредбе и без присуства сведока.³⁴

³¹ ВСС, Кж. 1309/06 од 11.09.200.

³² ВСС, Кж – I – 2243/2003 од 13.09.2004.

³³ ВСС, Кж. 1491/04 од 04.11.2004 и Окружни суд у Суботици, К. 45/03 од 17.03.2004.

³⁴ ВСС, Кж. I 2627/2006 од 23.01.2007; ВСС, Кж. 2301/05 од 26.01.2006. и Окружни суд у Прокупљу, К. 6/05 од 26.10.2006.

У многим другим случајевима, резултати добијени претресањем су сматрани недозвољеним доказом, уколико је претресање обављено супротно некој одредби ЗКП. Тако нпр. ако је обављено ноћу и без присуства сведока и без навођења разлога за то у записнику;³⁵ ако је извршено без наредбе суда и без присуства сведока, без навођења разлога претресања у издатој потврди, без уношења примедби власника стана који потврду није ни потписао, без обавештавања истражног судије или јавног тужиоца.³⁶ Такође, ако претресању стана нису присуствовала два пунолетна грађанина као сведоци, већ само један, судска одлука се не може заснивати на таквом доказу.³⁷ Међутим, у једној каснијој одлуци Врховни суд Србије заузима супротан став, сматрајући да се не ради о апсолутно битној повреди из члана 368, става 1, тачке 10 ЗКП, јер би и без тог доказа била донета иста пресуда.³⁸ Дакле, овде се суд руководио разлозима који су одавно престали да важе у закону.

4. Дојусћивост и индиректно неваљаних доказа

Као што је већ речено, у нашој судској пракси судови ретко примењују теорију о плодовима отровног дрвета. Међутим, када је у питању незаконито претресање стана или других просторија, налазимо бројне примере у којима се резултати тог претресања сматрају неваљаним доказом. Дакле, сам чин претресања је веома прецизно регулисан закоником и ако те одредбе нису поштоване, онда се не прихвата као доказ ни потврда о привременом одузимању предмета, која је резултирала из таквог претресања. Али, чак и у таквим случајевима, у образложењима својих одлука судови се не позивају изричито на поменути теорију, већ једноставно наводе да се ради о доказима прибављеним на начин противан закону.³⁹ Нама се чини да је фактичко прихватање теорије о плодовима отровног дрвета у случају претресања за наше судове логичније и природније, него у неким другим ситуацијама, као што је нпр., она када се из изнуђеног признања окривљеног сазна где се налази леш убијеног. Чини нам се да већа спремност на фактичко прихватање поменуте теорије у случају претресања произилази из чињенице да су чин претресања и одузимање предмета у непосредној и видљивој вези која се лако доказује. Уосталом, ако ствари посматрамо

³⁵ ВСС, Кж. 2064/05 од 21.12.2005 и Окружни суд у Сомбору, К. 72/04 од 23.05.2005.

³⁶ ВСС, Кж. 264/2004 од 25.03.2004.

³⁷ ВСС Кж. 1849/03 од 29.12.2003. и пресуда Окружног суда у Београду К. 228/03 од 24.06.2003.

³⁸ ВСС, Кж. I 57/2005(1) од 21.02.2005.

³⁹ Тако нпр. ВСС Кж. I 1964/2004 од 29.12.2004; ВСС Кж. 264/2004. од 25.03.2004; ВСС Кж. I 2064/2005 од 21.12.2005.

кроз теоријску призму, овде се и 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).

Б. Заштита приватности приликом комуникације

1. Усйавне одредбе

Тајност писма и других средстава општења је прокламована у члану 41 Устава. Истовремено су омеђени и услови под којима су дозвољена одступања од тог права. Одступања су дозвољена само на одређено време и на основу одлуке суда, ако су неопходна ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом. За разлику од члана 8 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, наш Устав не познаје основе ограничења овог права као што су: „економска добробит земље, заштита здравља или морала, заштита права и слобода других“.

2. Законске одредбе

1. Наш Законик о кривичном поступку познаје неколико одступања од права на тајност писма и других средстава комуникације. Тако, према члану 85 истражни судија, сам или на предлог јавног тужиоца може наредити да поштанска, телеграфска и друга предузећа, друштва и лица регистрована за пренос информација задрже и њему, уз потврду пријема, предају писма, телеграме и друге пошиљке које су упућене окривљеном или које он шаље ако постоје околности због којих се са основом може очекивати да ће ове пошиљке послужити као доказ у поступку. Пошиљке отвара истражни судија у присуству два сведока. При отварању ће се pazити да се не повреди печати, а омоти и адресе ће се сачувати. О отварању ће се саставити записник. ако интереси поступка дозвољавају, садржај пошиљке може се саопштити у целини или делимично окривљеном, односно лицу коме је упућена, а може му се пошиљка и предати. ако је окривљени одсутан, пошиљка ће се вратити пошиљаоцу ако се то не противи интересима поступка. Ове мере се преиспитују на свака три месеца, а могу трајати најдуже девет месеци. Спровођење мера се прекида чим престану разлози за њихову примену.

2. Ако се окривљени налази у притвору, бранилац се с њим може дописивати и разговарати. Бранилац има право на поверљив разговор са осумњиченим који је лишен слободе и пре него што је осумњичени саслушан, као и са окривљеним који се налази у притвору. Контрола овог разговора пре првог саслушања и током истраге допуштена је само посматра-

њем, али не и саслушањем. До последњих измена ЗКП из 2009. године, постојало је још једно ограничење права на комуникацију браниоца са притвореним окривљеним. Наиме, истражни судија је могао наредити да се писма, која окривљени из притвора упућује браниоцу или их бранилац упућује притвореном окривљеном, предају тек пошто их он претходно прегледа, ако је имао разумног основа за веровање да се она користе за покушај организације бекства, утицања на сведоке, застрашивање сведока или неко друго ометање истраге. О задржавању и прегледању писма истражни судија је сачињавао белешку. После завршетка истраге, односно подизања оптужнице односно оптужног предлога без спровођења истраге, окривљеном се више није могло забранити да се слободно и без надзора дописује и разговара са својим браниоцем. Пошто су ове одредбе укинуте 2009. године, комуникација писаним путем, између притвореног окривљеног и браниоца више није ограничена.

3. Иако је уставна могућност за то постојала и раније, треће одступање уведено је тек Законом о кривичном поступку из 2001. године и односи се на могућност надзора и снимања телефонских и других разговора или комуникација другим техничким средствима и оптичка снимања лица. Ова мера је претрпела извесне измене у процесној реформи из 2009. године. Раније је то била општа мера, а сада је посебна мера органа гоњења за откривање и доказивање кривичних дела из члана 504а ЗКП. Ради се о кривичним делима организованог криминала, корупције и другим изузетно тешким кривичним делима, која су таксативно набројана у законнику. Тиме је исправљен ранији пропуст нашег законодавца, који није предвиђао могућност примене ове мере на нека веома тешка кривична дела, као што су нпр. убиства и разбојништва. Следеће побољшање ове регулативе везано је за истицање супсидијарног карактера ове мере. Њеној примени има места само ако се на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано.

Даље, основи сумње треба да се односе на извршење неког од набројаних кривичних дела, а само изузетно и на њихово припремање, ако 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. Мере одређује истражни судија образложеном наредбом, на писмени и образложени предлог јавног тужиоца. У наредби се наводе подаци о лицу против којег се мера примењује, основи сумње, начин спровођења, обим и трајање мера. Мере могу трајати најдуже шест месеци, а због важних разлога могу бити продужене још највише два пута у трајању од по три месеца. Извођење мера се прекида чим престану разлози

за њихову примену. Наредбу истражног судије извршавају органи унутрашњих послова, Безбедносно-информативне агенције или Војно-безбедносно агенције, којима су поштанска, телеграфска и друга предузећа дужна да омогуће извршење мера. Снимања се могу обавити и на јавним местима и у просторијама које нису станови. Органи извршења сачињавају дневне извештаје које заједно са прикупљеним снимцима достављају истражном судији и јавном тужиоцу на њихов захтев. По извршењу мера, истражном судији се достављају снимци и посебан извештај који садржи: време почетка и завршетка мере, податке о службеном лицу које је меру спровело, опис техничких средстава која су примењена, број и идентитет лица обухваћених мером и оцену о сврсисходности и резултатима примењене мере. Истражни судија може одредити да се снимци добијени употребом техничких средстава у целини или делимично препишу и опишу. Истражни судија ће доставити јавном тужиоцу сав материјал.

Ако јавни тужилац не покрене кривични поступак у року од шест месеци од дана када се упознао са материјалом или ако изјави да га неће користити у поступку, односно да против осумњиченог неће захтевати вођење поступка, истражни судија ће донети решење о уништењу прикупљеног материјала. О доношењу решења истражни судија може обавестити лице према коме су спровођене мере, уколико је у току спровођења мера утврђен његов идентитет. Материјал се уништава под надзором истражног судије, о чему истражни судија саставља записник.

Законом је изричито одређено да се на прикупљеним подацима не може заснивати судска одлука, ако је у примени поменутих мера поступљено супротно одредбама Законика или наредби истражног судије. У том случају примењују се и законске одредбе о обавезном издвајању записника из списка, а добијени подаци се сматрају службеном тајном. Тек 2009. године ЗКП је изричито регулисао и питање тзв. „случајног налаза“ односно случајног снимка лица или догађаја који се односе на неко друго кривично дело, а не оно покривено наредбом истражног судије. Према члану 504з, ставу 5 ЗКП, такав материјал се може користити у кривичном поступку само ако се односи на кривично дело које спада у кривична дела предвиђена у члану 504а ЗКП.

Унеколико другачије и са ЗКП супротне одредбе имамо у Закону о Безбедносно-информативној агенцији. Према члану 13 тог закона, директор Агенције може, ако је то потребно из разлога безбедности Републике Србије, својим решењем, а на основу претходне одлуке суда, одредити да се према одређеним физичким и правним лицима предузму одређене мере којима се одступа од неповредивости тајне писама и других средстава општења, у поступку утврђеном тим законом. Та одступања одобрава председник Вр-

ховног суда Србије односно други овлашћени судија у року од 72 часа од подношења предлога. Предлог и одлука сачињавају се у писменом облику. Одобрене мере могу се примењивати најдуже шест месеци, а на основу новог предлога могу се продужити најдуже за још шест месеци. У случају неприхватања предлога, председник Врховног суда Србије у образложењу одлуке наводи разлоге одбијања. Овакво решење представља својеврстан реликт прошлости и готово је идентично ранијим одредбама Закона о унутрашњим пословима, које су проглашене противуставним. Недостатак прецизне регулативе о врсти кривичних дела, условима под којима се надзор примењује, правног статуса прикупљеног материјала, итд. чини ове одредбе веома спорним. Одступањима од уставног права на неповредивост тајне писма и других средстава општења може се служити и Војна служба безбедности, али на начин и под условима прописаним ЗКП.⁴⁰

4. Питање допуштености осталих снимака учињених мимо одредаба чл. 504е ЗКП, у нашој теорији и судској пракси је било спорно. Према неким, ту треба да важи принцип: дозвољено је само оно што је изричито прописано. Према другима, треба имати у виду да код нас важи систем отворених доказних средстава и да је битно да прибављање неког доказа не представља вршење кривичног дела.

У процесној реформи из 2009. године регулисано је и ово питање тако што је предвиђено ново доказно средство: фотографије и звучни, односно звучни и видео снимци. Фотографије или звучни, односно звучни и видео снимци спроведених доказних радњи у складу са закоником, могу да се користе као доказ и на њима се може заснивати одлука суда. Када се користе као доказ, они морају бити преписани и унесени у списе кривичног предмета.

Фотографије или звучни, односно звучни и видео снимци који не спадају под горе наведено, могу се користити као доказ у кривичном поступку, ако је утврђена њихова аутентичност и искључена могућност фотомонтаже или видеомонтаже и других облика фалсификовања фотографија и снимака и ако су фотографије, односно снимак направљени уз прећутну или изричиту сагласност осумњиченог, односно окривљеног, када се он или његов глас налазе на фотографији односно снимку.

И фотографије и снимци са чијим се прављењем није сагласио осумњичени, односно окривљени, ако се он или његов глас налазе на фотографији односно снимку, могу да се користе као доказ у кривичном поступку, ако се на фотографији или снимку истовремено налази и неко друго лице, односно његов глас, које се прећутно или изричито сагласило са прављењем фотографије или снимка.

⁴⁰ Закон о службама безбедности СРЈ (Сл. лист СРЈ 37/2002, Сл. лист СЦГ 17/2004).

Ако се на фотографији или снимку налазе само одређени предмети или догађаји или лица која немају својство осумњиченог или окривљеног, фотографија или снимак се могу користити као доказ, под условом да нису настали извршењем кривичног дела.

Фотографије или снимци који су направљени без прећутне или изричите сагласности осумњиченог или окривљеног који се на њима налазе, или чији је глас снимљен, могу да се користе као доказ, ако су настали као вид општих безбедносних мера које се предузимају на јавним површинама – улицама, трговима, паркиралиштима, двориштима школа и установа и другим сличним јавним површинама, односно у јавним објектима и просторијама - зградама државних органа, установама, школама, аеродроима, аутобуским и железничким станицама, спортским стадионима и халама и другим таквим јавним просторијама и са њима повезаним отвореним површинама, као и у радњама, продавницама, банкама, мењачницама, објектима за пословне намене и др. сличним објектима у којима се снимање редовно обавља из безбедносних разлога. Исто тако, фотографије и снимци могу да се користе као доказ ако су настали као вид безбедносних мера предузетих од стране држаоца стана и других просторија, односно од стране другог лица по налогу држаоца стана, што се односи и на двориште и друге сличне отворене просторе.

3. Јуриспруденција Врховног суда Србије

Навешћемо најпре неколико одлука Врховног суда Србије о томе шта се не сматра недозвољеним доказом, а тиме ни битном повредом одредаба кривичног поступка која би повлачила укидање нижестепене пресуде. Тако нпр. „листинг“ учињених и примљених телефонских позива који воде овлашћене ПТТ службе, представља регистровање телефонских бројева са којих су обављени разговори, а не прислушкивање и тонско снимање, те заснивање пресуде на таквом листингу као доказу није учињена повреда поступка.⁴¹ Такође, преглед садржаја мобилног телефона – увид и читање садржине СМС порука међусобно упућених између оптуженог и сведока не представља доказ прибављен применом чл. 232. ЗКП (сада члана 504е ЗКП), већ увиђај на покретној ствари, јер се овде не ради о материјалу који је прибављен надзором и снимањем телефонских и других разговора, већ о законитом доказу на коме се пресуда може заснивати.⁴²

Једно време било је спорно да ли се ради о ваљаном доказу ако је извршење мере прислушкивања поверено Безбедносно-информативној агенцији,

⁴¹ ВСС Кж. I 1274/2004 од 23.09.2004.

⁴² ВСС Кж. I 2678/2007 од 18.02.2008.

а не органима унутрашњих послова. Врховни суд Србије није признавао такав доказ као ваљан, све док није у том смислу допуњена одредба ЗКП.⁴³

У више одлука провејава мисао (која је имала покриће у законнику све до 2009. године) да је прислушкивање дозвољено само ако постоје основи сумње да је кривично дело већ извршено, али не и ако се тек припрема.⁴⁴ Затим, нису прихватани као ваљани докази снимци везани за нека друга кривична дела, мимо оних покривених законом.⁴⁵ Једном речју, транскрипт разговора може се читати као доказ само ако је прибављен у складу са одредбама Законика.⁴⁶

Што се тиче наше судске праксе у вези са приватним техничким снимцима, мишљења су подељена. У једном предмету, првостепени суд је одбио предлог браниоца да се из списка издвоји записник истражног судије, као и налаз и мишљење вештака, с обзиром да су дати на бази снимка који је сачињен од стране оштећених. Вештачење аутентичности снимка је показало да се не ради о манипулацијама са снимком и да је лингвистички садржај континуиран. Међутим, Окружни суд је нашао да је такав снимак и на њему засновано вештачење прибављено противно чл. 232 ЗКП (сада члана 504е ЗКП). Првостепена пресуда ипак није укинута јер није била заснована првенствено на тим доказима.⁴⁷

С друге стране, у неким предметима, суд је уважавао као ваљан доказ и приватно начињене снимке без наредбе истражног судије. Тако нпр. код кривичног дела противприродног блуда са лицем које није навршило 14 година и блудних радњи, магнетофонска трака на којој је оптужени сам снимео своје разговоре са малолетним сведоцима у току извршења дела, коришћена је као валидан доказ.⁴⁸

Најзад, наши судови су углавном били спремни да прихвате као законит доказ видео снимке начињене из безбедносних разлога у продавницама, спортским стадионима и другим објектима.⁴⁹

⁴³ Сл. гл. РС 85/2005 од 06.10. 2005. Видети ВСС Кж. I 493/2005 (2) од 08.06.2005. и ВСС Кж – I – ок – 7/2005(1) од 02.02.2006.

⁴⁴ ВСС Кж - - I – 1388/2007 од 25.09.2007.; Окружни суд у Нишу К. 29/2006 од 10.04.2006.

⁴⁵ Окружни суд у Београду Кж. 2349/04 од 27.09.2004. и Други општински суд у Београду К. 774/04 од 13.08.2004.

⁴⁶ ВСС Кж. 690/06 од 11.05.2006.

⁴⁷ Окружни суд у Београду Кж. 1658/05 од 29.06.2005 и Четврти општински суд у Београду К. 1570/04 од 15.02.2005. Вид. и Окружни суд у Београду Кж. 1795/02 од 17.10.2002. и Општински суд у Младеновцу К. 47/02 од 30.05.2002.

⁴⁸ Окружни суд у Београду К. 135/86 и ВСС Кж. 1199/86.

⁴⁹ Окружни суд у Београду Кж. 420/09 од 31.03.2009 и Други општински суд у Београду К. 1196/07 од 21.11.2007; Окружни суд у Београду Кж. 410/09 од 12.02.2009 и Други општински суд у Београду К. 682/07 од 11.11.2008.

В. Други напади на приватност који могу водити недопустивости доказа

Овде на првом месту треба поменути законске могућности претресања лица. Поред већ наведених општих одредби, које важе за сваку врсту претресања, у вези са претресањем лица, треба подсетити на неколико посебних одредаба. Тако нпр. лице које спроводи претресање и присутни сведоци могу бити само лица истог пола, као и лице које се претреса. Овлашћена службена лица органа унутрашњих послова могу без наредбе о претресању и без присуства сведока спровести претресање лица приликом извршења решења о привођењу или приликом лишења слободе, 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 кривичном поступку.

Према члану 64 Закона о полицији, овлашћено службено лице је овлашћено да заустави и изврши преглед лица, предмета које лице носи са собом и саобраћајног средства када је то неопходно ради проналаска предмета подобних за напад или самоповређивање. Прегледом лица сматра се увид у садржај одеће и обуће. Прегледом саобраћајног средства сматра се преглед свих отворених и затворених простора саобраћајног средства и предмета који се превозе. Преглед предмета које лице носи са собом обухвата преглед предмета који су код лица или у његовој непосредној близини или предмета лица по чијем се налогу у његовој пратњи они превозе. Приликом прегледа могу се користити техничка средства и службени пси. Службено лице је овлашћено да принудно отвори затворено саобраћајно средство или предмет који лице носи са собом. Ако постоје основи сумње 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, службено лице је овлашћено да задржи то лице до прибављања налога за претрес, а најдуже шест часова.

Уставом се јемчи и заштита података о личности. Прикупљање, држање, обрада и коришћење података о личности уређују се законом.⁵⁰ Забрањена је и кажњива употреба података о личности изван сврхе за коју су прикупљени, у складу са законом, осим за потребе вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом. Свако има право да буде обавештен о прикупљеним подацима о својој личности, у складу са законом, и право на судску заштиту због њихове злоупотребе.

Конвенцијом ОУН против транснационалног организованог криминала, државе потписнице се обавезују на прописивање овлашћења суда на

⁵⁰ Вид. Закон о заштити података о личности (Сл. гл. РС 97/2008).

увид у банкарске, финансијске и комерцијалне трансакције лица за која постоји сумња да су извршила кривична дела. Такво овлашћење се у нашем праву први пут јавља 2001. године у члану 234 ЗКП, који је претрпео извесне измене 2009. године. Према тој одредби, јавни тужилац може захтевати да надлежни државни орган, банкарска или друга финансијска организација обави контролу пословања лица за које постоје основи сумње да је учинило кривично дело за које је законом прописана казна затвора од најмање четири године.⁵¹ Јавни тужилац такође може да захтева од поменутих органа и организација да му доставе документацију и податке који могу послужити као докази о кривичном делу или имовини прибављеној кривичним делом, као и обавештења о сумњивим новчаним трансакцијама у смислу Конвенције о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стеченим криминалом и о финансирању тероризма. О захтеву и прикупљеним подацима јавни тужилац је дужан да одмах обавести истражног судију.

На писани и образложени захтев јавног тужиоца, под истим условима, истражни судија може одлучити да надлежни орган или организација привремено обустави одређену финансијску трансакцију, исплату, односно издавање сумњивог новца, вредносних папира или предмета за које постоје основи сумње да потичу од кривичног дела или од добити стечене кривичним делом, или су намењени извршењу, односно прикривању кривичног дела. Истражни судија доноси одлуку у облику решења, против којег власник новчаних средстава има право жалбе. Ако јавни тужилац не покрене кривични поступак у року од шест месеци од дана када се упознао са подацима прикупљеним применом поменутих мера или ако изјави да их неће користити у поступку, односно да против осумњиченог неће захтевати вођење поступка, сви достављени подаци ће се уништити под надзором истражног судије, о чему ће истражни судија сачинити записник.

Изменама и допунама ЗКП из 2009. године омогућена је још једна нова мера ако постоје основи сумње да је учињено кривично дело организованог криминала, корупције и друга изузетно тешка кривична дела из члана 504а ЗКП. То је аутоматско рачунарско претраживање личних и других са њима повезаних података и њихова електронска обрада. Мера има супсидијарни карактер, што значи да јој се прибегава само ако се на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано. Та мера се изузетно може одредити и ако постоје основи сумње да се припрема неко од датих кривичних дела, а околности случаја указују да се на други начин дело не би могло открити, спречити или дока-

⁵¹ Слична мера је први пут уведена у наше процесно законодавство приликом измена ЗКП 2002. године, али је тада била везана искључиво за кривична дела организованог криминала.

зати, или би то изазвало несразмерне тешкоће или велику опасност. Мера се састоји у аутоматском претраживању већ похрањених личних и других са њима непосредно повезаних података и у њиховом аутоматском поређењу са подацима који се односе на поменута кривична дела и осумњиченог, да би се као могући осумњичени искључила лица у погледу којих не постоји вероватноћа да су повезана са кривичним делом. Меру наређује истражни судија на предлог јавног тужиоца. Наредба мора садржати тачно одређене податке. Мера може трајати највише шест месеци, а из важних разлога њено трајање се може продужити за још три месеца. Меру спроводе органи унутрашњих послова, Безбедносно-информативна агенција, Војно-безбедносна агенција, органи царинске службе или други државни органи односно друга правна лица која на основу закона врше одређена јавна овлашћења. И овде је предвиђено уништавање података ако јавни тужилац не покрене кривични поступак у року од шест месеци или изјави да неће захтевати вођење поступка или коришћење прикупљених података.

III. ПРАВИЛА О ДОПУСТИВОСТИ/ЕКСКЛУЗИЈИ ДОКАЗА С ОБЗИРОМ НА НЕЗАКОНИТО ИСПИТИВАЊЕ

A. Опште право на ћутање /привилегија против самооптуживања

1. Уставне одредбе

Савремени мешовити поступци задржали су саслушање окривљеног као тековину инквизиционог поступка. Исказ окривљеног има двоструку правну природу: он је истовремено доказно и одбрамбено средство. Међутим, иако је окривљени дужан да се подвргне кривичном поступку, да га трпи и да се излаже репресивним мерама у циљу обезбеђења његовог физичког присуства, он није дужан да се брани, да даје исказ и да одговара на постављена питања. Сматра се да он није дужан да сарађује са оптужбом и судом на фундаирању његове осуде. Другим речима, он ужива тзв. привилегију од самооптуживања. Неки то сматрају изразом неприкосновености његовог људског достојанства или пак, последицом претпоставке невиности. Такав однос према његовом исказу подигнут је на ранг уставног начела и обавезује законодавца. Наиме, Устав прокламује да лице које је окривљено или коме се суди за кривично дело није дужно да даје исказе против себе или против лица блиских себи, нити да призна кривицу.

2. Законске одредбе

ЗКП из 2001. прецизира да окривљени није дужан да изнесе своју одбрану нити да одговара на постављена питања, о чему се он мора поучити

(члан 89, став 2). Ова одредба прокламује право на ћутање као вид заштите од самоинкриминације. Питање је у којој мери је законодавац доследан у обезбеђивању реализације овог права, односно да ли се до краја одрекао тежње да добије исказ окривљеног. Иако је окривљеном препуштен избор начина његове одбране, предвиђена је могућност примене репресивних мера у циљу обезбеђења његовог присуства. Па ипак, за разлику од некадашњег законског решења, више не постоји обавеза органа кривичног поступка да поучи окривљеног да неисказивањем може отежати прикупљање доказа за своју одбрану. Напротив, окривљени се упозорава да све што изјави може бити употребљено против њега као доказ. Међународноправни стандарди заштите окривљеног од самооптуживања поштују се немогућношћу заснивања судске одлуке на исказу окривљеног, уколико окривљени није поучен о праву на ћутање. Подсећамо да више не постоји законска могућност конвалидације правно неваљаних доказа добијених исказом окривљеног без поштовања одређених процесних гаранција. Некадашњи члан 84 ЗКП из 1976. године, који је то омогућавао, противречио је основним цивилизацијским стандардима правичног поступка. Заштита окривљеног од самооптуживања уважава се и у централној фази кривичног поступка – главном претресу. Наиме, према члану 320, ставу 2 окривљени није дужан да се изјасни о оптужби, нити да износи своју одбрану. Штавише, прописано је да се одбијање окривљеног да одговори на питање да ли признаје учинилаштво, сматра порицањем.

3. Јуриспруденција Врховног суда Србије

Уставне и законске одредбе о привилегији окривљеног против самооптуживања су недвосмислене, тако да у нашој судској пракси нису забележени случајеви оспоравања судске одлуке због пропуштања суда да одговарајуће упозорење окривљеном. Несумњиво је право окривљеног на избор такве стратегије одбране и несумњива дужност суда да га о том праву поучи, као и правне последице таквог пропуштања. Може се, међутим, поставити питање сврсисходности таквог начина одбране окривљеног. Тако се не ретко указује да то може бити контрапродуктивно за окривљеног, јер у пракси може изазвати још већу убеђеност у виност окривљеног. Из праксе Европског суда за људска права произлази да се извођењем закључака неповољних за окривљеног, заснованих на ћутању окривљеног, крши право окривљеног да не инкриминише себе, ако је пресуда заснована искључиво или углавном на ћутању окривљеног. Из тога следи да право на ћутање нема карактер апсолутног права, већ да зависи од околности случаја. У конкретном случају, Европски суд за људска права био је на становишту да негативан закључак по окривљеног, због његовог одбијања да обја-

сни своје присуство на месту злочина, не представља кршење привилегије окривљеног од самооптуживања. Таквим резонавањем, Европски суд је оправдао понашање којим се директно крши једна од најзначајнијих последица презумције невиности окривљеног да терет доказивања лежи на тужиоцу.

Б. Заштита против недобровољног самооптуживања

1. Уставне одредбе

Према члану 23 Устава, људско достојанство је неприкосновено и сви су дужни да га штите. Свако има право на слободан развој личности, ако тиме не крши права других зајемчена Уставом. Даље, људски живот је неприкосновен, а физички и психички интегритет су неповредиви. Нико не може бити изложен мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању, нити подвргнут медицинским или научним огледима без свог слободно датог пристанка. Према члану 28 Устава, према лицу лишеном слободе мора се поступати човечно и са уважавањем достојанства његове личности. Забрањено је свако насиље према лицу лишеном слободе, као и изнуђивање исказа.

2. Законске одредбе

Законик о кривичном поступку прецизира да се према окривљеном не смеју употребити сила, претња, обмана, недозвољено обећање, изнуда, изнуривање или друга слична средства, да би се дошло до његове изјаве или признања, или неког чињења које би се против њега могло употребити као доказ (члан 89, став 8 ЗКП). Уколико се ова средства ипак употребе, судска одлука се не сме заснивати на тако прибављеним доказима. У супротном, то представља апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка. У овом контексту још једном подсећамо на напредак који је у овом смислу забележен у ЗКП из 2001. године, с обзиром да је према ранијем закону у виду апсолутне повреде поступка било санкционисано само заснивање судске одлуке на употреби силе или претње. Употребом силе, претње и других недопуштених средстава од стране службених лица, у циљу добијања исказа окривљеног, остварује се биће кривичног дела изнуђивања исказа (члан 136 КЗ Србије). Забрана самооптуживања подразумева и да се окривљени не сме принудити на исказ ни применом медицинских интервенција. Притисцима на вољу окривљеног применом наркоанализе, лоботомије и сличних интервенција, утицало би се на свест и вољу окривљеног, и тако би се компромитовала могућност избора између исказивања и ћутања. Према одредби члана 131, става 2 ЗКП није дозвољено да се према осумњиченом, окривљеном

или сведоку примене медицинске интервенције или да им се дају таква средства којима би се утицало на њихову свест и вољу при давању исказа. Из члана 112, става 12 КЗ произлази да је примена хипнозе против воље неког лица једнака употреби силе. Наш ЗКП не регулише изричито да ли је допуштена примена хипнозе на захтев или уз пристанак окривљеног ради освеживања његовог памћења. Доминира мишљење да је то недопустиво. Међутим, допуштено је узимање крви и телесни преглед окривљеног, што је у складу са одлукама Европског суда за људска права.

3. Јуриспруденција Врховног суда Србије

У пракси наше највише судске инстанце нису забележени неки спорни случајеви. У овом контексту ћемо поменути само један старији предмет из 1958. године у коме је проблематизовано коришћење нарко-дијагнозе у циљу утврђивања евентуалне симулације душевне болести од стране окривљеног. Иако експлицитних одредаба о томе у закону није било (а нема их ни сада), тадашња највиша судска инстанца није дозволила употребу тог доказног средства са образложењем да би се он лако могао претворити у заобилазно коришћење нарко-анализе.

В. Миранда парадигма

1. Уставне одредбе

Према члану 27, ставу 2 Устава, лице које је лишено слободе од стране државног органа одмах се, на језику који разуме, обавештава о разлозима лишења слободе, о оптужби која му се ставља на терет као и о својим правима и има право да без одлагања о свом лишењу слободе обавести лице по свом избору. Према члану 29 Устава, лицу лишеном слободе без одлуке суда, одмах се саопштава да има право да ништа не изјављује и право да не буде саслушано без присуства браниоца кога само изабере или браниоца који ће му бесплатно пружити правну помоћ ако не може да је плати.

2. Законске одредбе

Према члану 5 ЗКП, лицу лишеном слободе без одлуке суда, одмах се саопштава да није дужно ништа да изјави, да све што изјави може бити употребљено као доказ против њега и да има право да буде саслушано у присуству браниоца кога само изабере или браниоца који ће му бити постављен на терет буџетских средстава, ако не може само да га плати.

Лице лишено слободе без одлуке суда мора без одлагања, а најкасније у року од 48 сати бити предато надлежном истражном судији. У противном се пушта на слободу.

Лице лишено слободе има и следећа допунска права: 1) да се на његов захтев о времену, месту и свакој промени места лишења слободе без одлагања обавести члан породице или друго њему блиско лице, као и дипломатско-конзуларни представник државе чији је држављанин, односно представник међународне организације ако је у питању избеглица или лице без држављанства; 2) да неометано општи са својим браниоцем, дипломатско-конзуларним представником, представником међународне организације и Заштитником грађана; 3) да га на његов захтев без одлагања прегледа лекар кога слободно изабере, а ако он није доступан, лекар кога одреди орган лишења слободе, односно истражни судија; 4) да покрене поступак пред судом, односно да изјави жалбу суду који је дужан да хитно одлучи о законитости лишења слободе. Забрањено је и кажњиво свако насиље над лицем лишеним слободе и лицем коме је слобода ограничена. Према таквом лицу мора се поступати човечно, са уважавањем достојанства његове личности.

Према члану 89, ставу 2 ЗКП, окривљени ће се поучити да је дужан да се одазове позиву и да одмах саопшти сваку промену адресе или намеру да промени боравиште, а упозориће се и на последице ако по томе не поступи. Затим ће се окривљеном саопштити права из члана 4, става 2, тачке 2 Законика, зашто се окривљује, основи сумње који стоје против њега, да није дужан да изнесе савоју одбрану, нити да одговара на постављена питања, па ће се позвати да, ако то жели, изнесе своју одбрану. Према члану 89, ставу 10 ЗКП, ако окривљени није поучен о правима из члана 89, става 2 Законика, на његовом исказу не може се заснивати судска одлука.

3. Јуриспруденција Врховног суда Србије

Према становишту Врховног суда Србије, пропуштање истражног судије да окривљеног упозори да све што изјави може бити употребљено против њега – не чини исказ окривљеног недозвољеним доказом ако је окривљени поучен о својим правима сагласно одредбама ЗКП, те се не ради о битној повреди одредаба кривичног поступка. У образложењу Врховног суда Србије се наводи: „Према одредби члана 89, става 2 ЗКП, друга реченица, окривљеном ће се саопштити његова права из члана 13, става 3 ЗКП, затим зашто се окривљује, основи сумње који стоје против њега, да није дужан да изнесе своју одбрану, нити да одговара на постављена питања. Према одредби члана 13, става 3 ЗКП, дужност је лица које саслушава окривљеног да га пре првог саслушања поучи о његовим праву да узме браниоца и да бранилац може присуствовати његовом саслушању. Након саопштавања ових права окривљеном, окривљеног треба упозорити да све што изјави може бити употребљено против њега као доказ. Дакле, у одред-

би члана 13, става 3 ЗКП направљена је јасна разлика између **права** која припадају окривљеном са којима мора бити упознат пре првог саслушања и **упозорења** која му се том приликом дају. Када се то доведе у везу са одредбом члана 89, става 2 ЗКП да ће се окривљеном саопштити његова права из члана 13, става 3 ЗКП, јасно је да се мисли на права из тог члана а не и на упозорења, а када се затим то доведе у везу са недозвољеним доказом из члана 89, става 10 ЗКП који постоји само у случају да окривљени није поучен о својим правима из члана 89, става 2 ЗКП, логично је да само пропуштање упозорења уз поуку окривљеном о његовим правима није довољно да би се такав исказ окривљеног сматрао недозвољеним доказом. Према томе, на исказу окривљеног који је поучен о својим правима и без тог упозорења може се заснивати судска одлука. То наравно не значи да окривљеном није потребно давати такво упозорење, међутим, изостанак истог, не чини тај доказ недозвољеним.⁵² Формално-логички посматрано, овакво тумачење Врховног суда Србије је потпуно исправно. Међутим, нисам сигурна да је интенција законодавца била таква, нити да је у законском тексту намерно направљена термилошка и правна разлика између поуке и упозорења.

IV. ЗАКЉУЧАК

1. Две су основне теоријске матрице кроз које се у нашој теорији обрађују питања доказа на којима се не може заснивати судска пресуда: учење о тзв. доказним забранама и учење о незаконитим, недопуштеним, недозвољеним, ништавим или правно неваљаним доказним средствима. У ствари, ова два учења могу се сусрести у једној тачки: правно неваљани докази су само један од процесних домета доказних забрана. Одсуство одговарајуће законске терминологије узроковало је неуједначеност теоријске терминологије. Неки писци рађе се опредељују за термин доказне забране, коју је у науку кривичног процесног права увео Белинг. На просторима бивше СФРЈ, то је први учинио Мунда, а за њим су следили Дамашка, Кобе и Крапац. Данас у Србији, за тим термином посежу нпр. Грубач, Фејеш и Шкулић. У најопштијем смислу, доказне забране су прописи који ограничавају доказивање због уважавања неких других правом заштићених битних вредности. Крапац под доказном забраном подразумева правно правило које забрањује а) да се прибави или изведе одређени доказ или да се неки докази прибаве или изведу на одређени начин, односно б) да се резултат одређене доказне радње (тј. одређени доказ) употреби за утврђива-

⁵² ВСС, Кж. I о.к. 6/2005(2) од 14.12.2006; ВСС, Кж. I 1360/2004 од 17.10.2005.

ње чињеница у кривичном поступку. С обзиром на циљ, он разликује две врсте доказних забрана: спречавајуће и отклањајуће.⁵³ Моменат спровођења спречавајућих доказних забрана пада у фазу одлучивања процесног органа о прикупљању или извођењу доказа. Циљ друге групе забрана је да се онемогући коришћење резултата неких, са становишта правног поретка, непожељних резултата доказних радњи. Час њиховог спровођења може пасти у фазу извођења доказа, али и у фазу оцене доказа. Према Фејешу, једна велика група доказних забрана представља процесне санкције. Забрана коришћења одређеног доказног материјала јавља се у виду санкције због кршења забране прибављања доказа.⁵⁴ Међутим, спречавајуће и отклањајуће доказне забране не морају се увек поклапати.⁵⁵ Слично томе, Грубач говори о забрани прикупљања и извођења доказа, и о забрани употребе доказа,⁵⁶ а Шкулић о забрани коришћења и забрани вредновања одређених доказа.⁵⁷ Такво учење је само донекле блиско англоамеричкој концепцији о ексклузији 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 укорененог 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*.

Претежни део уџбеничке литературе не уводи појам доказних забрана, већ сасвим површно наводи поделу доказа на дозвољене и недозвољене, с обзиром на начин њиховог прибављања. Од старијих писаца, њима се опширније баве Вауер, Дамашка, Алексић и Васиљевић, а од савремених Грубач, Фејеш и Шкулић.

2. Устав Србије не садржи одредбе ни о недозвољеним доказним средствима, ни о принципу утврђивања истине у кривичном поступку. Дакле, однос између ове две установе препуштен је законодавцу, који их прокламује међу основним процесним начелима. Из даље разраде тих начела произлази да истина није више врховно процесно начело, коме су подређене све процесне установе. Категорија правно неваљаних доказа је детаљно

⁵³ Д. Крапац, *op. cit.*, стр. 13 и 14.

⁵⁴ И. Фејеш, *op. cit.*, стр. 184.

⁵⁵ То најбоље илуструје наше законодавство до ЗКП из 2001. године, које је забрањивало употребу обмане приликом испитивања окривљеног, али то није санкционисало као доказ на коме се не може заснивати судска одлука.

⁵⁶ М. Грубач, *op. cit.*, стр. 95-98.

⁵⁷ М. Шкулић, *op. cit.*, стр. 222.

нормирана законом. У богатој еволуцији кривичног процесног права Србије не може се уочити праволинијски развој ове установе. Некад су присутна напредна, а некад и ретроградна решења. Питање правно неваљаних доказа се све донедавно налазило у једној „међуфази“, у којој није било потпуно извесно да ли ће важећи ЗКП из 2001. године претрпети нужне измене или ће ипак почети да се примењује веома критиковани ЗКП из 2006. године. Ова дилема је, најзад, решена процесном реформом 2009. године, којом приликом је измењен и допуњен ЗКП из 2001. године а престао да важи више пута одлагани ЗКП из 2006. године. Осим тога, нису све законске формулације недвосмислене и јасне, тако да резултирају различитим тумачењима у теорији и пракси. Што се тиче праксе Врховног суда Србије, он је често правилно реаговао на погрешне ставове нижестепених судова. Понекад је, међутим, и њега одликовала колебљивост и различит приступ у сличним ситуацијама. Несхватљиво је да је наша судска пракса понекад склона да заступа ставове који су одавно изгубили законско покриће, као што је то случај са релативизацијом апсолутно битне повреде одредаба поступка у вези са правно неваљаним доказима. Најзад, треба истаћи да наша судска пракса није толико значајна за промовисање правно неваљаних доказа у случајевима који нису експлицирани у закону.

*Snežana Brkić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

The Use of Illegally Gathered Evidence in the Criminal Trial

Abstract

This article is dedicated to the illegally gathered evidence in serbian criminal trial. The paper consists of three parts: 1) the general theory of admissibility of illegally gathered evidence; 2) rules of admissibility of evidence in relation to violation of the right to privacy; 3) rules of admissibility of evidence in relation to illegal interrogations. There is also conclusion. There are four aspects from which those problems are reviewed: constitutional rules, statutory rules, court jurisprudence and law theory.

Key words: illegally gathered evidence, proving prohibitions, right to privacy, illegal interrogations