

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ



**Незаконити докази у кривичном поступку –  
европски стандарди и домаће законодавство**

(мастер рад)

Ментор  
**Доц. др Иван Илић**

Кандидат  
**Милан Јовановић**

Ниш, 2020. године

## САДРЖАЈ

<b>УВОД</b> .....	1
<b>I О ДОКАЗИМА И ДОКАЗИВАЊУ</b> .....	5
<b>II НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ</b> .....	9
1. Појам незаконитих доказа .....	9
2. Beweisverbote – Незаконити докази у германском праву .....	13
3. Exclusionary rule – Незаконити докази у англоамеричком праву .....	15
4. Доктрина плода отровног дрвета – Fruit of the poisonous tree .....	19
<b>III СТАНДАРДИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У ПОГЛЕДУ НЕЗАКОНИТИХ ДОКАЗА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ</b> .....	24
1. Уопштено о пракси Европског суда за људска права .....	24
2. Незаконити докази у пракси Европског суда за људска права .....	26
2.1. Докази прибављени кршењем забране мучења, нечовечног или понижавајућег поступања из члана 3 Конвенције .....	29
2.2. Докази прибављени кршењем права одбране из члана 6 Конвенције .....	35
2.3. Докази прибављени кршењем права на приватни живот, дом и преписку из члана 8 Конвенције .....	44
<b>IV НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ У ДОМАЋЕМ ПРАВУ</b> .....	50
1. Појам незаконитих доказа према Законику о кривичном поступку .....	50
2. Врсте незаконитих доказа према Законику о кривичном поступку .....	52
2.1. Незаконити докази сами по себи и незаконити докази према начину прибављања .....	52
2.2. Непосредно и посредно незаконити докази .....	55
3. Издвајање незаконитих доказа .....	58
3.1. Издвајање у првостепеном поступку .....	58
3.2. Издвајање у инстанцијском поступку .....	60
<b>V НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ У ПРАКСИ ДОМАЋИХ СУДОВА</b> .....	63
1. Пракса Уставног суда .....	64
2. Пракса Врховног касационог суда .....	68
3. Пракса апелационих судова .....	73
<b>VI ЗАКЉУЧАК</b> .....	78
ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ .....	83
ПОПИС ИСТРАЖИВАЧКЕ ГРАЂЕ .....	86

САЖЕТАК .....	92
ABSTRACT .....	93
БИОГРАФИЈА АУТОРА.....	94

## УВОД

Законик о кривичном поступку (у даљем тексту: ЗКП)<sup>1</sup> на самом почетку предвиђа да његова правила имају за циљ да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка.<sup>2</sup> Ради остваривања овог циља, потребно је да суд спроведе доказни поступак ради утврђивања релевантних чињеница за доношење судске одлуке. Дакле, предуслов за утврђивање правно релевантних чињеница у кривичном поступку је спроведен доказни поступак, од чијег исхода зависи и исход самог поступка, односно потенцијална осуда окривљеног. Због тога је од највећег значаја за окривљеног и сам кривични поступак да суд правилно спроведе доказни поступак и правилно утврди чињенично стање. Управо ту долази до колизије два основна захтева у кривичном, али и сваком другом судском поступку – захтева за ефикасношћу, с једне, и захтева за поштовање људских права и основних слобода, с друге стране. Колизија ова два захтева у ствари представља сукоб јавног и приватног интереса.

Остваривање правичног баланса између ових захтева представља примарни и уједно најтежи задатак органа кривичног гоњења, будући да би у случају преваге ефикасности био нарушен основни циљ – да нико невин не буде осуђен, док би у обратном случају неограниченог поштовања људских права била нарушена ефикасност кривичног гоњења, те велики број учинилаца кривичних дела не би био осуђен или чак откривен. Због тога је потребно постићи баланс између ових основних захтева, ради остваривања основног циља кривичног поступка.

У самом средишту сукоба ова два равноправна и легитимна захтева налази се правилно утврђивање чињеничног стања, јер се ови захтеви могу потпуно остварити само уколико се оно правилно и потпуно утврди, док ће у супротном, оба захтева остати неиспуњена. Отуд је од великог значаја да суд утврди чињенично стање извођењем законом предвиђених доказа, у складу с правилима процедуре за њихово извођење, поштујући притом права учесника у поступку. Поштовање права учесника у поступку је од нарочитог значаја јер се неправилности приликом извођења доказа и утврђивања чињеничног стања

---

<sup>1</sup> *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 и 35/2019 ;

<sup>2</sup> Чл. 1 ст. 1 ЗКП;

готово увек дешавају на уштрб права окривљеног, с обзиром да органи кривичног гоњења настоје да остваре ефикасност у поступању.

Међутим, бројне су препреке на путу ка остваривању овог циља, с обзиром да се докази прикупљају од самог сазнања за извршено дело, односно у предистражном поступку, истрази, као и на главном претресу. Штавише, могуће је доказе прикупљати и након правноснажног окончања поступка, те на темељу нових чињеница и доказа којима се оне потврђују захтевати понављање кривичног поступка, под условима и на начин на који то предвиђа ЗКП.<sup>3</sup> Приликом прикупљања доказа, органи кривичног поступка, и то у првом реду полиција и тужилаштво, али и суд, по правилу доминантно настоје да осигурају осуду лица за које у том тренутку верују да је извршилац кривичног дела, те да тиме остваре своју сврху у поступку и допринесу остваривању ефикасности кривичног гоњења. У том свом настојању, није реткост да ради откривања учиниоца или доказивања његове кривице прибављају или користе доказна средства и докази који крше права окривљеног у поступку.

Због тога, модерни кривичноправни системи садрже низ норми којима се уређује поступак прикупљања доказа, као и обим задирања у права појединаца ради остваривања опште сврхе кривичног поступка – изрицања кривичних санкција учиниоцима кривичних дела. Врсте и садржина ових правила су изразито разнородни, с обзиром да варирају у зависности од субјекта на који се односе, фазе поступка у којој се примењују, права у која се задире, сврху која се конкретном радњом настоји постићи и на мноштво других начина. Тако је, на пример, дужност сведочења општа и обухвата свако лице, без обзира на његова лична својства и везу са конкретним поступком, од које дужности постоје изузеци предвиђени законом,<sup>4</sup> док је, с друге стране, изнуђивање признања апсолутно забрањено Уставом<sup>5</sup> и законом,<sup>6</sup> од које забране не постоје изузеци или одступања.

Од поштовања правила која регулишу прикупљање и коришћење доказа, зависиће пре свега правилност, али и законитост судске одлуке, као и степен остваривања циља кривичног поступка предвиђеног чланом 1 ЗКП, али нарочито ће зависити права и слободе окривљеног. Ово је нарочито важно јер она служе остварењу пуне слободе и једнакости сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву, заснованом на начелу

---

<sup>3</sup> Чл. 473 ст. 1 тач. 3 ЗКП;

<sup>4</sup> О искључењу и ослобођењу од дужности сведочења видети чл. 93 и 94 ЗКП;

<sup>5</sup> Чл. 28 ст. 3 Устава РС;

<sup>6</sup> Чл. 9 ст. 3 ЗКП;

владавине права,<sup>7</sup> при чему је потребно континуирано подизати општи ниво поштовања права и слобода грађана, с обзиром да се достигнути ниво људских и мањинских права не може смањивати.<sup>8</sup>

Отуд је и циљ овог рада је да се на један целовит и разумљив начин прикажу значај и појавни облици прикупљања доказа супротно општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима, и нарочито домаћим законима. Циљ рада није само да истражи и прикаже нормативни део доказних забрана и процедура за њихово прибављање и коришћење, већ да изложи и случајеве из праксе домаћих и међународних судова у којима се као централно или спорно питање јавља управо питање законитости доказа, као и да представи ставове и стандарде које су ти судови изградили решавајући ова питања, ради упознавања и бољег разумевања проблема незаконитих доказа.

Ради остваривања напред поменутих циљева, рад је систематизован у више глава, којима је обухваћено појмовно и нормативно одређење доказивања и незаконитих доказа, са освртом на праксу и стандарде домаћих судова и Европског суда за људска права (у даљем тексту и као: ЕСЉП) поводом питања законитости доказа, ради бољег и потпунијег разумевања незаконитих доказа. Након уводног дела, у оквиру првог поглавља биће дат приказ правила и начела која регулишу питање доказивања у кривичном поступку, правила о терету доказивања у кривичном поступку, затим степен уверења који је потребно створити код суда, као и доказна средства која се у ту сврху могу користити. Другом главом рада биће изложен појам незаконитих доказа и његова теоријска разматрања. Поред тога, у оквиру ове главе биће обрађени незаконити докази у упоредном праву, односно биће дат сажет приказ правила о незаконитим доказима у англосаксонском и германском праву, као носилаца две различите правне школе, чије стандарде путем рецепције прихвата и наш кривичноправни поредак. У оквиру ове главе, посебна пажња ће бити поклоњена доктрини „плода отровног дрвета“, чији је утицај на континенталне правне системе, укључујући ту и српски, изузетан. Ово нарочито из разлога јер је доношењем Законика о кривичном поступку ова доктрина по први пут инкорпорирана у домаћи кривичнопроцесни систем, о чему ће бити речи у четвртој и петој глави овог рада.

---

<sup>7</sup> чл. 19 Устава РС;

<sup>8</sup> Чл. 20 Устава РС;

Предмет треће главе биће приказ и анализа судске праксе Европског суда за људска права у Стразбуру, настале поводом питања употребе и коришћења незаконитих доказа у поступку, и њиховог утицаја на право на правично суђење, гарантованог чланом 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Циљ ове главе јесте да кроз приказ одлука Европског суда за људска права истакне правила и стандарде које је успоставио овај суд по овом питању, као и да проба да пружи њихово објашњење и приближи их читаоцу. С обзиром на разлоге незаконитости доказа, ова глава ће по структури бити подељена на три дела, у којима ће бити образложени докази прибављени забраном мучења, нечовечног или понижавајућег поступања, затим докази прибављени кршењем права одбране, као и докази настали кршењем права на приватни живот, дом или преписку.

Четвртом главом рада биће обрађени незаконити докази у домаћем праву, са задатком да укаже на појмовна одређења незаконитих доказа и њихове врсте, као и да нарочито истакне процесноправне последице њихових међусобних разлика. У оквиру ове главе биће дат и приказ поступања с незаконитим доказима у домаћем праву, односно правила која уређују издвајање незаконитих доказа у првостепеном и другостепеном поступку. С обзиром да правне норме тек њиховом применом долазе до свог изражаја и обликују друштвене односе, у оквиру пете главе биће обрађени значајнији инсерти из домаће судске праксе по овом питању, настојећи да се критичким приступом укаже на примере добре и лоше праксе домаћих судова, као и њихову међусобну повезаност и повезаност са праксом Европског суда за људска права. У складу с организацијом судства у Републици Србији која поступа у предметима у којима се јавља питање незаконитих доказа, ова глава ће бити структурирана на три целине, које приказују праксу Уставног суда, Врховног касационог суда, као и праксу апелационих судова.

Употребом нормативно-правног, догматског, аксиолошког, упоредноправног и метода студије случаја (case study) и кроз аналитички и синтетички приступ домаћој и међународној судској пракси и референтној литератури, бића дата анализа правних норми које уређују законитост прибављања и коришћења доказа у кривичном поступку, као и утицај законитости доказа на право на правично суђење, као једног од најважнијих и општеприхваћених људских права, гарантованих на националном и међународном плану.

## І О ДОКАЗИМА И ДОКАЗИВАЊУ

Сваки поступак у коме неки орган одлучује, примењујући право, захтева претходно спроведен доказни поступак и утврђене правно релевантне чињенице. У том смислу ни кривични поступак није изузетак, будући да суд мора утврдити чињенице пре одлучивања о казненом захтеву, на основу којих уопше и утврђује да ли су испуњени услови за примену кривичне санкције према окривљеном, у сваком конкретном случају. Лепше речено, „све те појаве у стварности у којима се састоје увјети материјалнога кривичнога права за примјену кривичне санкције у конкретном случају и увјети процесног права за вођење кривичног поступка и вршење процесних радњи, називамо чињеницама“.<sup>9</sup> Лукић под правним чињеницама сматра чињенице предвиђене у претпоставкама правних норми, на основу којих настају, мењају се и престају правни односи.<sup>10</sup>

Утврдити неку чињеницу значи уверити се да она постоји или не постоји из правно допуштених извора и начина сазнања, и то ауторитативно прогласити у судској одлуци.<sup>11</sup> Сам поступак утврђивања чињеница је по својој природи сложен, будући да су чињенице у поступку везане за одређени догађај из прошлости, те суд тек након реконструкције тог догађаја на основу утврђених чињеница може донети одлуку о томе да ли се материјално кривично право може применити у конкретном случају.

Међутим, ЗКП прописује да пресуду или решење које одговара пресуди, суд може засновати само на чињеницама у чију је извесност уверен,<sup>12</sup> при чему се под извесношћу подразумева закључак о несумњивом постојању или непостојању чињеница, заснован на објективним мерилима расуђивања.<sup>13</sup> Иако није изричито наведено, подразумева се да је уверење о постојању неке чињенице потребно да стекне суд. Притом, да би суд дошао до закључка о постојању, односно непостојању неке чињенице која је предмет доказивања, потребно је да претходно оцени изведене доказе.

---

<sup>9</sup> Бајер, В. – Југославенско кривично процесно право, књига I, Загреб, 1978, стр. 4;

<sup>10</sup> Лукић, Р. - Теорија државе и права, II Теорија права, Београд, 1995, стр. 183;

<sup>11</sup> Ђурђић, В. - Кривично процесно право, Општи део, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2014, стр. 244;

<sup>12</sup> Чл. 16. ст. 4 ЗКП;

<sup>13</sup> Чл. 2 ст. 1 тач. 20 ЗКП;



Докази су чињенице произашле из доказног средства, којима се у кривичном поступку утврђује постојање правно релевантних чињеница.<sup>14</sup> Оцена доказа представља утврђивање вредности изведених доказа у односу на чињенице које су предмет доказивања.<sup>15</sup> Притом, оцена доказа може бити вршена на основу унапред прописаних мерила за утврђивање вредности доказа, када сам закон прописује квалитет и квантитет доказа потребних за утврђивање постојања, односно непостојања неке чињенице – законска оцена доказа, или на основу слободног судијског уверења о постојању или непостојању те чињенице. Наиме, слободно судијско уверење претпоставља ослањање на општеприхваћена знања, реална искуства, рационално мишљење и логичко закључивање.<sup>16</sup> Слободно судијско уверење се формира на основу логичке анализе доказног материјала, његовим подвођењем под правила искуства, психолошком оценом изведених доказа и применом одговарајућих криминалистичких техника и метода.<sup>17</sup>

Законик о кривичном поступку предвиђа да изведене доказе који су од значаја за доношење судске одлуке суд оцењује по слободном судијском уверењу,<sup>18</sup> при чему је суд дужан да непристрасно оцени све изведене доказе и да на основу њих са једнаком пажњом утврди чињенице које терете или иду у корист окривљеном.<sup>19</sup> У случају постојања сумње у погледу чињенице од које зависи вођење кривичног поступка, постојање обележја кривичног дела или примена неке друге одредбе кривичног закона, суд ће применити правило *in dubio pro reo*, те ће наведену сумњу решити у корист окривљеног.<sup>20</sup>

Имајући у виду наведено, потпуно се основано може закључити да је доказни поступак најзначајнији део кривичног поступка. С тим у вези се, међутим, поставља питање терета доказивања, односно ко треба шта да докаже да би успео са својим захтевом у кривичном поступку. Другачије речено, терет доказивања се може схватити и као задатак процесних странака да предложе доказе ради утврђивања или оспоравања чињенице од које зависи примена материјалног или процесног кривичног права.

---

<sup>14</sup> Илић, И. – Незаконити докази у кривичном поступку, Општествените промени во глобалниот свет: зборник на трудови / Втора меѓународна научна конференција. - Штип : Универзитет Гоце Делчев, 2015, стр. 149-156;

<sup>15</sup> Бурђић, В. - Кривично процесно право, Општи део, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2014, стр. 260;

<sup>16</sup> Илић, Г., Мајић, М., Бељански, С., Трешњев, А. и Љушић, Р. - Коментар Законика о кривичном поступку, Службени гласник, Београд, 2014, стр. 131;

<sup>17</sup> Грубач, М. – Кривично процесно право, Београд, 2009, стр. 253;

<sup>18</sup> Чл. 16 ст. 3 ЗКП;

<sup>19</sup> Чл. 16 ст. 2 ЗКП;

<sup>20</sup> Чл. 16 ст. 5 ЗКП;

Чланом 15 став 2 Законика о кривичном поступку је предвиђено да је терет доказивања оптужбе на тужиоцу. Ово представља логичну последицу претпоставке невиности окривљеног<sup>21</sup> и принципа *in dubio pro reo*.<sup>22</sup> Стога окривљени има право, али не и дужност да износи чињенице и предлаже доказе који му иду корист. Ово произилази из одредаба чл. 68 ст. 1 тач. 1, 9 и 10 ЗКП, којима је предвиђено да окривљени има право да прикупља доказе за своју одбрану, као и да се изјасни о свим чињеницама и доказима који га терете, као и да износи чињенице и доказе у своју корист, да испитује сведоке оптужбе и захтева да се у његовом присуству испитају сведоци одбране, под истим условима као сведоци оптужбе. Окривљени има и право на неометано излагање приликом свог саслушања, у ком ће му се омогућити да се изјасни о свим околностима које га терете и да изнесе све чињенице које му служе за одбрану.<sup>23</sup> Председник већа је дужан и да поучи оптуженог да се може изјаснити о свим околностима које га терете и да може изнети све чињенице које му иду у корист, при чему оптужени своју одбрану износи по правилима из чл. 86 ЗКП, која важе за његово саслушање.<sup>24</sup> Дакле, уколико окривљени не користи своје право на одбрану, једина санкција коју законик непосредно прописује јесте да ће се у том случају прочитати његов ранији исказ или његов део, или ће се репродуковати оптички или тонски снимак тог исказа.<sup>25</sup> Међутим, будући да примена материјалног кривичног права зависи од чињеница које се доказују у кривичном поступку, односно од успеха тужиоца у доказивању истих, окривљени ће обично настојати да оспори чињенице које износи тужилац и доказе које у ту сврху предлаже.

Правило о терету доказивања у кривичном поступку, ипак, познаје два изузетка. Први се огледа у овлашћењу суда да странци наложи предлагање допунских доказа, или изузетно да сам одреди извођење таквих доказа, и то у оним ситуацијама када суд оцени да су изведени докази међусобно противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио.<sup>26</sup> Ово правило представља резидуалну последицу мешовитог (континенталноевропског) типа кривичног поступка и начела истине у кривичном поступку. Други изузетак од правила о терету доказивања представља поступак

---

<sup>21</sup> Чл. 3 ЗКП;

<sup>22</sup> Чл. 16 ст. 5 ЗКП;

<sup>23</sup> Чл. 86 ст. 2 ЗКП;

<sup>24</sup> Чл. 397 ст. 1 и 2 ЗКП;

<sup>25</sup> Чл. 397 ст. 5 ЗКП;

<sup>26</sup> Чл. 15 ст. 4 ЗКП;

одузимања имовине стечене кривичним делом према Закону о одузимању имовине проистекле из кривичног дела,<sup>27</sup> када је на тужиоцу да означи имовину коју треба одузети и околности из којих произилази основана сумња да имовина проистиче из кривичног дела (у случају привременог одузимања) или које указују на постојање очигледне несразмере између имовине и законитих прихода (у случају трајног одузимања), док је на власнику да суду пружи доказе о (законитом) начину стицања имовине.<sup>28</sup>

Како је напред већ речено, предмет доказивања у кривичном поступку су чињенице које чине обележје кривичног дела или од којих зависи примена неке друге одредбе кривичног закона, као и чињенице од којих зависи примена одредаба кривичног поступка. С друге стране, не доказују се чињенице за које суд оцени да су општепознате, у довољној мери расправљене, да их окривљени признаје на начин који не захтева даље доказивање (чл. 88) или да сагласност странака о тим чињеницама није у супротности са другим доказима.<sup>29</sup>

Због тога се и каже да се докази, путем којих се долази до правно релевантних и других важних чињеница, морају изводити искључиво из доказних средстава прописаних законом и на законом прописан начин. Супротно томе, незаконити су они докази који су добијени из законом предвиђених доказних средстава, али на незаконит начин.<sup>30</sup>

Ради доказивања чињеница које су предмет доказивања, на странкама у поступку су на располагању доказне радње - саслушање окривљеног,<sup>31</sup> суочење окривљеног са сведоком или другим окривљеним,<sup>32</sup> препознавања лица или предмета од стране окривљеног,<sup>33</sup> испитивање сведока,<sup>34</sup> вештачење,<sup>35</sup> увиђај,<sup>36</sup> реконструкција догађаја,<sup>37</sup> исправе,<sup>38</sup> узимање узорка,<sup>39</sup> провера рачуна и сумњивих трансакција,<sup>40</sup> привремено одузимање предмета и

---

<sup>27</sup> *Службени гласник РС*, бр. 32/2013, 94/2016 и 35/2019;

<sup>28</sup> Чл. 23 ст. 3, чл. 29 ст. 3 и чл. 43 ст. 2 Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела;

<sup>29</sup> Чл. 83 ЗКП;

<sup>30</sup> Стевановић Ч, Ђурђић, В. - Кривично процесно право - Општи део, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2006, стр. 204;

<sup>31</sup> Чл. 85-90 ЗКП;

<sup>32</sup> Чл. 89 ЗКП;

<sup>33</sup> Чл. 90 ЗКП;

<sup>34</sup> Чл. 91-112 ЗКП;

<sup>35</sup> Чл. 113-132 ЗКП;

<sup>36</sup> Чл. 133-136 ЗКП;

<sup>37</sup> Чл. 137 ЗКП;

<sup>38</sup> Чл. 138-139 ЗКП;

<sup>39</sup> Чл. 140-142 ЗКП;

<sup>40</sup> Чл. 143-146 ЗКП;

претресање.<sup>41</sup> Поред поменутих, постоје и посебне доказне радње, које се могу одредити само за тачно одређена тешка кривична дела,<sup>42</sup> у које спадају тајни надзор комуникације,<sup>43</sup> тајно праћење и снимање,<sup>44</sup> симуловани послови,<sup>45</sup> рачунарско претраживање података,<sup>46</sup> контролисана испорука,<sup>47</sup> и прикривени иследник.<sup>48</sup>

## II НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ

### 1. Појам незаконитих доказа

Сви правни системи, без изузетка, настоје да остваре правичну равнотежу између ефикасности кривичног поступка, с једне, и поштовања људских права и слобода грађана, с друге стране. Начини остваривања те равнотеже варирају у зависности од правног система, али и од сваке државе појединачно, али то не доводи у питање неопходност њеног остваривања. Иако држава неспорно има *ius puniendi*, оно по својој природи и обиму није апсолутно, већ је ограничено већ поменутих захтевом за поштовање људских права и основних слобода грађана. Због тога правила о незаконитим доказима и њиховом искључивању из предмета и чињеничне основе за доношење судске одлуке играју виталну улогу у скоро свим правним системима. Неки аутори овај однос обезбеђивања ефикасности кривичног поступка и поштовања људских права посматрају и као однос трошкова и користи правила о искључењу незаконитих доказа.<sup>49</sup> Овде је заправо реч о сукобу јавног и приватног интереса, где јавни интерес налаже долажење до истине ради изрицања кривичне санкције учиниоцу кривичног дела, док приватни интерес, најчешће окривљеног, захтева ограничавање начина долажења те истине, ради избегавања примене *ius puniendi* према њему.<sup>50</sup>

---

<sup>41</sup> Чл. 152-160 ЗКП;

<sup>42</sup> Чл. 162 ЗКП;

<sup>43</sup> Чл. 166-170 ЗКП;

<sup>44</sup> Чл. 171-173 ЗКП;

<sup>45</sup> Чл. 174-177 ЗКП;

<sup>46</sup> Чл. 178-180 ЗКП;

<sup>47</sup> Чл. 181-182 ЗКП;

<sup>48</sup> Чл. 183-187 ЗКП;

<sup>49</sup> Oliver, W.M. - Toward a better categorical balance of the costs and benefits of the exclusionary rule. Buffalo Criminal Law Review, 2005, стр. 201–271;

<sup>50</sup> Walder, H. – Die Vernehmung des Beschuldigten, Kriminalistik, Hamburg, 1965, стр. 147, наведено према: Шкулић, М. – Кривично процесно право, Београд, 2014, стр. 187;

Овлашћења органа кривичног поступка су ограничена захтевом за легитимним поступањем, с обзиром да постулати правне државе налажу самоограничење приликом предузимања процесних радњи. Наиме, форма извођења процесних радњи обавезује процесне субјекте на законито извођење доказа, путем којих се долази до правно релевантних, и других чињеница у поступку. Они се морају изводити искључиво из доказних средстава предвиђених законом, и то на законом прописан начин.<sup>51</sup> Тако на пример у теорији има мишљења да су незаконити су они докази који су добијени из законом предвиђених средстава, али на незаконит начин.<sup>52</sup> Ипак, оваквом становишту би се могло приговорити да обухвата само доказе који су незаконити према начину њиховог прибављања, али да не обухвата доказе, који су сами по себи незаконити. Пример таквог доказа били би докази добијени кршењем забране мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, силе, претње, принуде, обмане, медицинских захвата и других средстава којима се утиче на слободу воље или изнуђује признање или каква друга изјава или радња од окривљеног или другог учесника у поступку, која забрана је предвиђена чланом 9 ЗКП. Из саме садржине цитиране одредбе се може уочити да су овако прибављени докази сами по себи незаконити, те да они не могу ни у ком случају користити у поступку, те да нема „законитог начина“ њиховог прибављања, с обзиром да су исти апсолутно и безусловно забрањени. Овом одређењу је ближе становиште о недозвољеном доказном средству, које је противно правном поретку, начелима поступка, законској одредби или друштвеном моралу.<sup>53</sup>

Незаконити докази се, према дејству, могу поделити на апсолутне и релативне.<sup>54</sup> Апсолутно незаконити су сви они докази који су резултат недопуштеног утицаја на вољу окривљеног или другог учесника у поступку ради добијања признања или исказа, где се убрајају примена мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, силе, претње, принуде, обмане, медицинских захвата и других средстава, док би релативно незаконити били они докази када је приликом прикупљања или извођења одређеног доказа дошло до пропуста

---

<sup>51</sup> Илић, И. – Незаконити докази у кривичном поступку, Општествените промени во глобалниот свет: зборник на трудови / Втора меѓународна научна конференција. - Штип : Универзитет Гоце Делчев, 2015, стр. 149-156;

<sup>52</sup> Стевановић, Ч., Ђурђић, В. – Кривично процесно право – општи део, Ниш, 2006, стр. 266;

<sup>53</sup> Грубач, М. – Кривично процесно право, Београд, 2009, стр. 237;

<sup>54</sup> Шкулић, М. – Кривично процесно право, Београд, 2014, стр. 187-188;

који тај доказ чини незаконитим.<sup>55</sup> То би, примера ради, био случај саслушања окривљеног без присуства браниоца у случају обавезне одбране, претреса стана без налога суда или без присуства браниоца или двоје пунолетних сведока.

Етимолошки посматрано, у домаћој правној науци и законодавству је одомаћен израз „незаконити докази“ за означавање доказа који су настали или прибављени кршењем законских одредби о прикупљању и извођењу доказа. Српски Законик о кривичном поступку дефинише незаконите доказе као доказе који су, непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, овим закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа,<sup>56</sup> те предвиђа да докази који су прибављени противно члану 16. став 1. овог законика (незаконити докази) не могу бити коришћени у кривичном поступку.<sup>57</sup> Супротно овоме, оваква терминологија, колико год разумљива и прихваћена код нас, није својствена правним системима који се сматрају родоначелницима идеје незаконитих доказа, и то пре свега америчком и немачком. Наиме, немачка теорија овом проблему приступа под називом *Beweisverbote*, што се може окарактерисати као „доказне забране“. С друге стране, англосаксонски правни системи ово питање разматрају у оквиру појма *Exclusionary rule*, што би се могло означити као „правила о искључењу доказа“. Дакле, као што се може видети, две највеће и најзначајније упоредноправне школе кривичног процесног права у погледу незаконитих доказа предвиђају забране коришћења доказа који су прибављени супротно закону, односно садрже правила о њиховом искључењу из доказног материјала, али етимолошки не иду толико далеко да саме доказе одмах окарактеришу као незаконите. Ипак, поменуто појмовно разликовање није од већег утицаја на саму садржину ових правила, чији је циљ да се из списка предмета и чињеничне основе за доношење судске одлуке издвоје, односно искључе они докази, приликом чијег је настанка или прибављања повређена одређена законска одредба или неко људско право, а чија би каснија употреба у поступку тај поступак учинила неправичним.

---

<sup>55</sup> Илић, И. – Незаконити докази у кривичном поступку, Општествените промени во глобалниот свет: зборник на трудови / Втора међународна научна конференција. - Штип : Универзитет Гоце Делчев, 2015, стр. 149-156;

<sup>56</sup> Чл. 16 ст. 1 ЗКП;

<sup>57</sup> Чл. 84 ст. 1 ЗКП;

Ово нарочито из разлога што су поменута појмовна одређења и разлике у њима плод језичке различитости, али и различитих правних традиција. Наиме, у континенталном систему кривичног поступка, чији је немачка правна школа најизразитији представник, докази се прикупљају уз доминацију истражног начела, те је потпуно логично коришћење термина *Beweisverbote* - „доказне забране“, јер те одредбе постављају забране органима поступка приликом прикупљања доказа. С друге стране, англоамерички системи кривичног процесног права су засновани на акузаторском типу кривичног поступка и адверзијалном суђењу, као спору странака пред судом,<sup>58</sup> где стране равноправно предлажу извођење доказа и где је улога суда пасивна. Тачније, улога суда не састоји се у покретању поступка или извођењу доказа, већ се своди на надзор доказних радњи и других радњи странака и коначно доношење одлуке на основу оцене доказног материјала који су странке контрадикторном расправом продуковале. С обзиром да је одлука о кривици окривљеног (*verdict*) у рукама пороте, коју чине лаици, потребно је да њихова одлука о кривици окривљеног буде донета на основу доказа који не крше права окривљеног, или чијим прибављањем није прекршена нека законска норма, због чега је такве доказе потребно искључити, односно изузети, како исти не би утицали на одлуку пороте. Отуда вероватно и потиче сам назив *Exclusionary rule*, као „правила о искључењу доказа“. Из изложеног се може видети утицај схватања природе и улоге кривичног поступка на саму етимологију појединих института, односно у овом случају незаконитих доказа. С тим у вези, српски законодавац се определио за појмовно неодређенији израз – незаконити докази, који у себи не упућује на тип кривичног поступка, али у домаћој правној теорији и пракси представља, историјски гледано, најприхваћенији израз, који недвосмислено указује на разлог искључења таквих доказа.

Узимајући у обзир све напред наведено, може се закључити да се докази изводе из законом предвиђених доказних средстава, до којих се долази предузимањем процесних радњи, те ће сваки доказ који је настао као резултат незаконите радње или употребе незаконитог доказног средства бити незаконит.<sup>59</sup> Упркос различитостима правних регулатива у националним системима по овом питању, њихов заједнички циљ јесте да се

---

<sup>58</sup> Ђурђић, В. - Кривично процесно право, Општи део, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2014, стр. 22;

<sup>59</sup> Крапац, Д. – Казнено процесно право – институције, Загреб, 2010, стр. 419;

незаконити докази искључе из основа за доношење судске одлуке.<sup>60</sup> Због тога се може рећи да су незаконити докази они докази који нису изведени у складу с формом предвиђеном процесним законом и/или који је прибављен кршењем неког од основних права и слобода. Или како то наш законодавац чини, незаконити су они докази који су непосредно или посредно, сами по себи или по начину прибављања, супротни Уставу, закону, општеприхваћеним правилима међународног права, као и међународним уговорима.<sup>61</sup>

## 2. Beweisverbote – Незаконити докази у германском праву

Проблематика законитости доказа представља једно од најважнијих питања кривичног поступка у немачкој кривичнопроцесној теорији, као најугледнијој континенталној теорији кривичној процесног права. Начело правне државе налаже самоограничење државне власти у вршењу своје репресивне функције, с обзиром да се држава у сузбијању криминалитета не сме користити свим доступним, укључујући и криминалним, методама, јер би то делегитимисало моралну снагу кривичне осуде, с једне стране, док би се с друге стране прекршио постулат кажњавања друштвено штетног понашања уз само најнужнија ограничења основних људских права – да се лице до правноснажне судске одлуке мора сматрати невиним.

Због тога се немачка теорија, упркос разлика у погледу правне природе, сврхе, класификације и тумачења доказних забрана, слаже око једне темељне мисли – да су доказне забране норме о ограничењу дужности полиције и јавног тужилаштва<sup>62</sup> и суда<sup>63</sup> у истраживању кривичне ствари, које представљају излив моралне вредности према коме је боље кривца ослободити него недужног осудити.<sup>64</sup> Или, како то немачки Савезни Врховни суд<sup>65</sup> у својој одлуци из 1960. године каже: „није начело Закона о кривичном поступку да се истина мора истражити по сваку цену“.<sup>66</sup>

---

<sup>60</sup> Бугарски, Т. – Доказне радње у кривичном поступку, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2014, стр. 15;

<sup>61</sup> Чл. 16 ст. 1 ЗКП;

<sup>62</sup> Чл. 160 и 163 StPO (Strafprozeßordnung – Закон о кривичном поступку);

<sup>63</sup> Чл. 244 ст. 2 StPO;

<sup>64</sup> Крапац, Д. - Незаконити докази у казненом поступку према пракси Европског суда за људска права, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 6, 2010, стр. 1208;

<sup>65</sup> Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt);

<sup>66</sup> BGHSt 14, 358 (365) - Es ist „kein Grundsatz der Strafprozeßordnung, daß die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müßte“;



Штавише, идеја самоограничења истражног начела није никаква новина у германској правној школи, јер се она јавља још са развојем свести да истина није искључиви и једини циљ кривичног поступка, већ да се пажња мора пружити и заштити других друштвених вредности. Тако је Белинг још почетком 20. века, уочио проблематику доказних забрана, које је дефинисао као самоограничења истраживања кривичних дела приликом вршења казненог прогона.<sup>67</sup> Може се рећи и да доказне забране представљају неуралгичну тачку кривичног поступка, усклађеног с начелом правне државе.<sup>68</sup>

У немачкој теорији се питање незаконитих доказа сусреће под називом „доказне забране“ (*Beweisverbote*), које се обично деле на две основне групе – забране прикупљања доказа (*Beweiserhebungsverbote*) и забране оцене доказа (*Beweisverwertungsverbote*). Оне се даље могу класификовати и даље поделити, па се тако на пример забрана оцене доказа и даље може поделити на самосталне и несамосталне забране оцене доказа.<sup>69</sup> Сврха забране прикупљања доказа јесте да негативно, односно дестимулативно делује на органе поступка приликом прикупљања одређених доказа или прикупљања доказа на одређени начин.<sup>70</sup> Уколико орган поступка ипак повреди забрану прикупљања доказа, односно уколико прикупи доказ супротно одредбама закона који уређују процесна и формална правила прибављања доказа, онда се намеће питање да ли се тако прибављени доказ може користити у кривичном поступку, тј. да ли се на основу тог доказа може утврђивати чињенично стање, те последично и кривица окривљеног. Када се на забрану прикупљања доказа надовезује забрана оцене доказа, коју теорија дефинише као „забрану извлачења закључака о чињеницама ради доказивања“, <sup>71</sup> такви се докази не смеју користити у кривичном поступку, те се на њима осуда не може заснивати. Примера ради, то ће бити случај када је исказ окривљеног прибављен мучењем. Међутим, могуће је да се на забрану прикупљања доказа не надовеже забрана оцене доказа, што не значи да је тај доказ апсолутно дозвољен, већ просто за такве доказе не постоји аутоматска, *a priori* забрана коришћења, иако је њиховим

---

<sup>67</sup> Beling, E - Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, Schletter, 1903 – наведено према: Мартиновић, И., Кос, Д. - Незаконити докази: теоријске и практичне двојбе у свјетлу праксе Еуропског суда за људска права, Хрватски летопис за казнене знаности и праксу, број 2/2016, стр. 314-315;

<sup>68</sup> Roxin, C. Schünemann, B. - Strafverfahrensrecht, 28. издање, C. H. Beck, 2014, стр. 165-231;

<sup>69</sup> Dencker, F. - Verwertungsverbote im Strafprozess: ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten, Carl Heymann, 1977, стр. 27;

<sup>70</sup> Вид. Chao, Y. - Einwirkungen der Grundrechte auf die Beweisverbote im Strafprozessrecht, Duncker & Humblot, 2009, стр. 21-32;

<sup>71</sup> Jäger, C. - Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, C. H. Beck, 2003, стр. 279;

прикупљањем повређена прописана форма. Такође, то неће искључити могућу одговорност полицијског службеника или другог органа поступка који је повредио забрану прикупљања доказа, била та одговорност кривичноправна, дисциплинска или друга.

Притом, у сваком појединачном случају који није законом предвиђен као забрана оцене доказа, вагају се супротстављене друштвене вредности – сазнање материјалне истине и примена кривичног материјалног права, чему кривични поступак и служи, с једне, и заштита права окривљеног, с друге стране. Дакле, као што се може уочити, реч је о једном казуистичком приступу, коме се могу ставити примедбе које се и иначе могу упутити казуистици. Ипак, немачка судска пракса издиже овакав приступ изнад пуке практичне довитљивости, проналазећи дубље утемељење у основним уставним начелима.<sup>72</sup>

Ради боље илустрације, можда најбољи приказ проблематике доказних забрана у немачком кривичном процесном праву даје једна одлука Савезног уставног суда<sup>73</sup> која наводи да “не постоји правно правило које садржи необориву забрану вредновања доказа прибављених на правно дефицијентан начин. За одлучивање о питању какве последице има повреда кривичнопроцесних прописа и постоји ли у конкретном предмету забрана оцене доказа, надлежни су у првом реду редовни судови. Њихова устаљена, неарбитрарна пракса полази од тога да је кривичном процесном праву стран принцип према којем свака повреда форме прибављања доказа повлачи за собом забрану оцене доказа, те да се то питање увек треба решавати према околностима конкретног случаја, узимајући у обзир, при вагању супротстављених интереса, нарочито тип забране и тежину учињене повреде .... Забрана оцене доказа представља изузетак, који се признаје једино ако је изричито законом прописано или ако за то у поједином случају постоје изузетно важни разлози“.

### **3. Exclusionary rule – Незаконити докази у англоамеричком праву**

Иако међу теоретичарима и практичарима генерално влада консензус да су модерни правни системи незамисливи без примене правила о незаконитим доказима,<sup>74</sup> постоји доста

---

<sup>72</sup> Мартиновић, И., Кос, Д. - Незаконити докази: теоријске и практичне двојбе у свјетлу праксе Еуропског суда, Хрватски љетопис за казнене знаности и праксу, број 2/2016, стр. 318-319.

<sup>73</sup> BVerfGE 2 BvR 2225/08 од 07.02.2009. године;

<sup>74</sup> Meese, J. - The use of illegally obtained evidence in criminal cases: a brief overview, ERA Forum 18(3), 2017, стр. 297;

контрoверзи у погледу опсега овог правила, нарочито имајући у виду покушаје налажења равнотеже између напред већ поменутих принципа. Штавише, правила о незаконитим доказима остају једна од најконтрoверзнијих доктрина у кривичном поступку, чак и у Сједињеним Америчким Државама, које се сматрају и колевком овог правила.<sup>75</sup>

Наиме, правило о искључењу незаконитих доказа, односно о забрани коришћења доказа који су прикупљени кршењем уставних права окривљеног у кривичном поступку, први пут је поставио амерички Врховни суд 1914. године у својој одлуци у предмету *Weeks v. United States*,<sup>76</sup> када је утврдио да су исправе које су коришћене као доказ прибављене без налога за претресање, супротно Четвртог амандману уз Устав САД,<sup>77</sup> због чега су такви докази незаконити, те се на њима не може заснивати судска одлука. На темељу ове одлуке је касније Врховни суд касније формирао правило о издвајању доказа који су посредно прибављени на незаконит 1920. године у предмету *Silverthorne Lumber Co. v. United States*,<sup>78</sup> који се сматра случајем када је и настала доктрина „плода отровног дрвета“, али је овај назив први пут употребљен тек пред сам Други светски рат у пресуди *Nardone v. United States*.<sup>79</sup>

У Сједињеним Америчким Државама правило о незаконитим доказима је настало као последица кршења Четвртог амандмана уз Устав САД, иако има везе и може се примењивати и у случајевима који настају кршењем Петог<sup>80</sup> и Шестог<sup>81</sup> амандмана уз амерички устав<sup>82</sup>. Историјски посматрано, правило о незаконитим доказима је служило као брана од противуставног поступања полицијских службеника. У америчкој судској пракси

---

<sup>75</sup> Mae, Y. - Comparative analysis of exclusionary rules in the United States, England, France, Germany and Italy, *International Journal of Police Strategies & Management.*, 1999, стр. 280; Orfield, M.W. Jr. - The exclusionary rule and deterrence: an empirical study of Chicago narcotics officers, *The University of Chicago Law Review* vol. 54(3), 1980, стр. 1016;

<sup>76</sup> *Weeks v. United States*, 1914 (232 U.S. 383).

<sup>77</sup> Четврти амандман гласи: „*Не сме се претресима и запленом кришити право грађана на безбедност личности, станова, хартије од вредности, имовине и налог за то се не сме издавати, сем у случају вероватног основа поткрепљеног заклетвом или свечаном изјавом, уз тачан опис места на коме треба извршити претресање лица или ствари које треба запленити*“.

<sup>78</sup> *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 1920 (251 U.S. 385).

<sup>79</sup> *Nardone v. United States*, 1939 (308 U.S. 338).

<sup>80</sup> Пети амандман, између осталог, прописује: „*Нико (се) не може ... натерати у било каквом кривичном суђењу да сведочи против самога себе...*“.

<sup>81</sup> Шести амандман гласи: „*У свим кривичним гоњењима оптужени ужива право на брзо и јавно суђење од стране непристрасне пороте државе и области у којој је кривично дело извршено, а та област ће претходно бити законом утврђена, и има право да буде обавештен о природи и основи оптужбе, право да буде суочен са сведоцима против себе, право да се обавезно приведу сведоци у његову корист и право на помоћ саветом у својој одбрани*“.

<sup>82</sup> Mae, Y., *op. cit.*, стр. 281;

нарочито доминира став да је то заправо једина сврха овог правила, које има превагу над разлозизима заштите права учесника у поступку.

Тако је амерички Врховни суд 1974. године, у својој одлуци у предмету *United States v. Calandra*,<sup>83</sup> истакао да је оно настало да би заштитило права садржана у Четвртом амандману кроз ефекат дестимулације (или као ефекат одвраћања, прим. аут.) према полицијским службеницима, а не да примарно заштити уставна права окривљеног. Врховни суд је овде заузео став и да када се појави проблем незаконито прибављених доказа, потребно је измерити друштвену „цену“ правила о незаконитим доказима са његовим бенефитима.<sup>84</sup>

Штавише, Врховни суд САД је ову тезу даље разрадио у предмету *United States v. Leon*,<sup>85</sup> нагласивши да правило о искључењу незаконитих доказа није креирано да би се санкционисале грешке магистрата (судија и/или јавних тужилаца, прим. аут), те да исто не би требало применити када су полицијски службеници поступали на „објективно разуман начин“ на основу неправилног или неважећег налога за претрес или за привођење лица. Ово зато што магистрати, као професионалци који нису непосредно укључени у захтеван подухват откривања кривичних дела,<sup>86</sup> немају лични интерес за исход кривичне ствари, те да ефекат одвраћања не би требало да има дејство на њих.<sup>87</sup>

Овакво становиште о тзв. „изузетку добре вере“ (мада би се могло рећи и „изузетку савесности“, прим. аут.) је постало савезна доктрина у погледу оцене законитости доказа. Тако је Врховни суд и у својој каснијој пракси поновио став да само грешке у прикупљању доказа учињене од стране полицијских службеника могу довести до незаконитости доказа, тј. до њиховог издвајања из списка предмета.<sup>88</sup>

Међутим, иако је основна замисао „изузетка добре вере“ била да се локализује извор неправилности, те да као такав не утиче на ефикасност кривичног поступка, каснија еволуција и интерпретација овог изузетка у савременом добу је довела до тога да неће доћи

---

<sup>83</sup> *United States v. Calandra*, 1974 (414 U.S. 338).

<sup>84</sup> Видети: Oliver, W.M. *op. cit.*;

<sup>85</sup> *United States v. Leon*, 1984 (486 U.S. 897).

<sup>86</sup> Moran, D.A. - Hanging on by a thread: the exclusionary rule (or what's left of it) lives for another day, *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2011, стр. 369;

<sup>87</sup> Dery, G.M. - This bitter pill: the Supreme Court's distaste for the exclusionary rule in *Davis v. United States* makes evidence suppression impossible to swallow, *George Mason University Civil Rights Law Journal*, 2012, стр. 4;

<sup>88</sup> Видети *Massachusetts v. Sheppard*, 1984 (468 U.S. 981), *Illinois v. Krull*, 1987 (480 U.S. 340) и *Arizona v. Evans*, 1995 (514 U.S. 1);

до издвајања доказа чак и у случајевима неправилног поступања полицијских службеника, јер се мора имати у виду и озбиљност такве неправилности.<sup>89</sup>

Тако је у случају *Herring v. United States*<sup>90</sup> полиција ухапсила осумњиченог на основу извештаја полицијске станице из другог округа, у којем је погрешно наведено да је издат налог за хапшење г. Херинга, иако то није био случај. Ипак, Врховни суд САД је заузео став да се не би смело ускратити пороти да размотри све доказе (односно да се не могу издвојити докази, прим. аут.), осим уколико се ради о „намерном, безобзирном или озбиљно немарном поступању (полицијских службеника, прим. аут.), или у одређеним случајевима системског немара“. Суд појашњава свој став речима да „поступање полицијских службеника мора бити довољно намерно да би оправдало издвајање доказа, односно да су полицијски службеници довољно одговорни за учињене пропусте да би ефекат одвраћања био вредан цене коју плаћа правосудни систем“. Прецизније речено, идеја водилца судија Врховног суда САД је да правило о недозвољености незаконитих доказа није право појединца, већ правило настало креативним тумачењем права, односно дела Четвртог амандмана уз Устав САД.<sup>91</sup> Због тога је циљ правила о незаконитим доказима не да пруже појединачну заштиту права, јер то већ чини сам Четврти амандман, већ да дестимулише и умањи кршења Четвртог амандмана од стране полиције и других органа поступка. Овакав став се заснива на, иако логичном, али емпиријски непровереном, закључку да уколико полиција не буде могла да користи доказе прибављене незаконитим претресом, да ће то резултирати мањим бројем незаконитих претреса. То је и разлог због чега Врховни суд одступа од његове примене када сматра да његова примена не би довела до дестимулације, или када би користи такве дестимулације били већи у односу на цену – могућност да потенцијално опасан и крив оптужени буде ослобођен, услед недостатка доказа.

У случају *Davis v. United States*,<sup>92</sup> полиција је приликом редовне контроле саобраћаја утврдила зауставила возило Стеле Овенс, да би је касније привела због вожње у пијаном

---

<sup>89</sup> Dery, G.M., op. cit. стр. 7;

<sup>90</sup> *Herring v. United States*, 2009 (555 U.S. 135);

<sup>91</sup> Домаћи превод садржине Четвртог амандмана (*Не сме се претресима и запленом кршити право грађана на безбедност личности, станова, хартије од вредности, имовине...*), према мишљењу аутора, не даје довољно јасну слику суштине забране коју су писци овог амандмана имали у виду приликом његовог доношења. Наиме, Четврти амандман предвиђа „право грађана да буду заштићени од неоправданих претреса и заплена“ (*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, [a] against unreasonable searches and seizures*). Отуд је и логично да свака повреда права на заштиту од неоправданих претреса и заплена чини доказе прибављене том повредом незаконитим, те их порота не може ценити као доказ о кривници окривљеног;

<sup>92</sup> *Davis v. United States*, 2011 (564 U.S. 229);

стању. Њен сувозач, Дејвис, је на упит полицајаца о свом идентитету дао погрешне податке, да би због свог „нервног понашања“ замољен да изађе из возила. Након тога је настала свађа са полицијским службеником. Посматрачи овог инцидента су полицајцима открили прави Дејвисов идентитет, који је након провере и потврђен. Полицајци су затим Дејвиса привели због давања лажног идентитета полицијским службеницима и сместили у полицијски ауто. Затим су извршили претрес аутомобила, где је нађен револвер у цепу од јакне господина Дејвиса. Он је касније осуђен због ношења нелегалног оружја, али је током жалбеног поступка, Врховни суд у другом предмету<sup>93</sup> заузео став да аутомобил може бити предмет претреса само у одређеним ситуацијама, који критеријум није испуњавало претресање аутомобила у његовом случају. Због тога је он затражио да издвајање овако прибављених доказа из списка предмета, те се јавило ново правно питање – да ли се може применити правило о издвајању незаконитих доказа, уколико је полиција поступала по прецеденту који је важио у време вршења радње, али који прецедент је касније преиначен новијим?

Врховни суд је по том питању заузео став да се докази неће изузети, будући да су полицијски службеници поступали савесно и у доброј вери, у свему према тада важећем праву. Због тога се правило о изузимању незаконито прибављених доказа не може применити када су полицијски службеници поступали као „разумно добро обучени професионалци“ или када су починили мањи пропуст услед немара. Међутим, сви напред наведени ставови су довели до постепеног слабљења правила о незаконитим доказима у пракси полицијских службеника и/или нижестепених судова и тужилаштва, те има и аутора који не искључују даљу ерозију овог правила у пракси Врховног суда.<sup>94</sup>

#### **4. Доктрина плода отровног дрвета – Fruit of the poisonous tree**

С разлогом поједини аутори сматрају да се не може разматрати доказни систем Сједињених Америчких Држава, без помињања доктрине „плодова отровног дрвета“.<sup>95</sup> Најједноставније речено, ова доктрина забрањује да се у кривичном поступку користи у начелу законит доказ који је проистекао из неког другог, незаконитог доказа. Дакле,

---

<sup>93</sup> Arizona v. Gant, 2009 (556 U.S. 332).

<sup>94</sup> Moran, D.A – op. cit. стр. 380;

<sup>95</sup> Meese, J. - op. cit. стр. 301;

доктрина забрањује коришћење доказа до ког се дошло посредством неког незаконитог доказа или уколико из њега произилази. Пример који се типично везује за ову доктрину се односи на ситуације када полиција од осумњиченог изнуди исказ у коме опише место на ком се налази неки од предмета који су коришћени приликом извршења кривичног дела, или чак и сама жртва, па затим полиција на том месту то касније и пронађе. Међутим, овако пронађени докази се не могу сматрати за *corpus delicti* и касније бити коришћен у поступку.

Наиме, правило о издвајању доказа који су посредно прибављени на незаконит начин датира још из 1920. године,<sup>96</sup> док је сам термин први пут употребљен пред сам Други светски рат у пресуди *Nardone v. United States*.<sup>97</sup> У овом предмету је суд заузео став да су докази који су прибављени прислушкивањем телефона окривљеног противно Закону о комуникацији из 1934. године незаконити, те да се имају издвојити из списка предмета. Међутим, Врховни суд је отишао и корак даље, истакавши да се ова забрана не односи искључиво на саме разговоре, већ и имплицитно на доказе који су прибављени на основу сазнања из тих разговора.

Из напред изложеног се може видети да ова доктрина снажно стоји на темељу заштите људских права окривљеног у кривичном поступку. Међутим, како је већ у самом уводу наглашено, захтеву за поштовање права окривљеног је супротстављен захтев за ефикасношћу кривичноправног система, који се огледа у легитимном захтеву и очекивању јавности да сваки учинилац кривичног дела буде оптужен и осуђен, у складу са законом. Сукоб између ових супротстављених захтева долази до изражаја, када се у пракси јаве примери који привуку пажњу шире јавности, која увек даје примат потоњем. Ово због тога јер би апсолутном применом доктрине „плода отровног дрвета“ некада требало занемарити потпуно јасне доказе о кривици окривљеног, нарочито у примеру када се пронађе леш жртве или отета особа, у корист заштите права окривљеног у поступку. Због тога је доктрина „плода отровног дрвета“ познаје неколико изузетака од своје примене.

Наиме, изузеци од доктрине „плода отровног дрвета“ се огледају у доктрини „добре вере“, у доктрини „независног извора“, затим у доктрини „ослабљене везе“, као и доктрини „неизбежног открића“. Има аутора који сматрају да овом набрајању треба придодати и

---

<sup>96</sup> *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 1920 (251 U.S. 385);

<sup>97</sup> *Nardone v. United States*, 1939 (308 U.S. 338);

доктрину „сребрног послужавника“.<sup>98</sup> Ова доктрина предвиђа изузетак од искључења незаконито прибављених доказа, када су исти предати савезној полицији од стране локалне полиције. Међутим, ова доктрина је напуштена и оспорена од стране самог Врховног суда САД још 1960. године у предмету *Elkins v. United States*,<sup>99</sup> као супротна Четвртог Амандману уз амерички устав.

Доктрина „ослабљене везе“ је настала упоредо са самом доктрином „плода отровног дрвета“ чији она представља изузетак, с обзиром да је сам Врховни суд у предмету *Nardone* истакао да доказ не би требало издвојити уколико је веза између првобитног и потом прибављеног (секундарног) доказа нарочито слаба или недовољно повезана. Примера ради, у предмету *Wong Sun v. United States*<sup>100</sup> окривљени је првобитно незаконито ухапшен, али је касније пуштен на слободу. Након неколико дана је сам дошао у полицијску станицу и на записник дао инкриминишући исказ, који би могао бити коришћен против њега. Због тога се не може сматрати да је утицај незаконитог хапшења био значајан те да је проузроковао инкриминишући исказ, већ да је само могао бити од утицаја на самог окривљеног да сам, својевољно, дође у полицију и то учини.

Предмет *Hudson v. Michigan*<sup>101</sup> представља јако добар случај за разумевање доктрине „ослабљене везе“ и начелног поимања теорије „плода отровног дрвета“ у судској пракси Врховног суда САД. Наиме, поступајући по пријави и потом прибављеном налогу за претрес стана, полицијски службеници су пронашли оружје и наркотику код окривљеног. Међутим, приликом извршења налога за претрес, полицајци нису поштовали правило о куцању из Четвртог Амандмана, које захтева од полицајца да пре насилног уласка у затворен простор куцањем и на други погодан начин најпре најаве своје присуство и станарима дају разумно време за поступање, већ су после само пет секунди отворили незакључана врата.

Због тога је суд овде поставио трипартитни тест за примену правила о искључењу доказа – 1) потребно је да је повреда уставом гарантованог права непосредан услов за прибављање доказа, односно да без поступања којим се крши одређено право такав доказ не

---

<sup>98</sup> Фајеш, И. - *Системи изузетака од примене „теорије плода отровног дрвета“*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2015, стр. 529;

<sup>99</sup> *Elkins v. United States*, 1960 (364 U.S. 206);

<sup>100</sup> *Wong Sun v. United States*, 1963 (371 U.S. 471);

<sup>101</sup> *Hudson v. Michigan*, 2006 (547 U.S. 586)



би био прибављен, 2) да ова узрочна веза није ослабљена и 3) да изузимање доказа представља једино ефикасно средство за одвраћање од повреда уставом гарантованих права.

У овом случају је суд утврдио да ниједан од поменутих критеријума није испуњен, и то јер повреда правила о куцању и најављивању није условила проналазак оружја и наркотика, јер би полицајци извршавањем налога за претрес свакако пронашли оружје и наркотике. Ослабљивање узрочне везе суд види чак и у случајевима када постоји директна узрочност, али када интересима који су заштићени уставним правом које је прекршено, не би било удовољено ни самим искључивањем доказа прибављених њиховим кршењем. Једноставније речено, правило о куцању и најављивању има сврху да заштити људски живот, имовину и приватност, у случајевима насиља у самоодбрани које може бити проузроковано ненајављеним уласком, а не да спречи власти да виде или одузму доказ који је описан у налогу за претрес. Самим тим, заључује Врховни суд, у конкретном случају су повређени интереси који нису ни у каквој вези са прибављеним доказима, због чега се не може применити правило о издвајању овако прибављених доказа.

Врховни суд овде истиче да је правило о издвајању доказа принципијално „последње решење, а не првобитни импулс“, настојећи тиме да нагласи друштвену цену која се плаћа применом овог правила – да се кривци ослобађају казне услед грешака учињених од стране извршне власти, односно пре свега полицајаца. Према схватању суда, та цена која би се платила у овом случају је значајно висока, јер поред стандардног ризика ослобађања кривца, би то са собом повукло низ случајева у којима би било притужби на неразумно кратко време чекања од куцања до уласка. Тиме би, сматра суд, уместо ефекта одвраћања полицајаца од неправилног поступања, исто било само стимулисано, јер би полицајци, плашећи се евентуалне притужбе на кратак рок чекања, непотребно оклевали и несразмерно дуго чекали пре уласка, чиме би се дао простор осумњиченима за уништење доказа и/или напад на полицајце. Због тога суд сматра да ни трећи критеријум овде није испуњен.

Доктрина „независног извора“ је први пут изложена у предмету *Murray v. United States*,<sup>102</sup> се примењује када прибављени доказ није у каузалној вези са незаконитим поступањем органа гоњења или претходно прибављеним незаконитим доказом. Овде треба нагласити да је потребно да је начин прибављања (*sic!*) независан у односу на незаконити доказ, док је сасвим могуће да докази буду у међусобној вези. То би био случај када би на

---

<sup>102</sup> *Murray v. United States*, 1988 (487 U.S. 533)

пример полиција услед примене физичке силе сазнала да одређено лице поседује нелегално оружје у својој кући, да би, након изласка на лице места и привођења учиниоца, од комшија или других лица, као сведока, сазнала да приведени у гаражи поред куће има омању лабораторију за производњу наркотика. Овој доктрини се може истаћи примедба да она и не представља прави изузетак од доктрине „плода отровног дрвета“, с обзиром да се на овај начин докази откривају кроз „неотровано дрво“.<sup>103</sup>

Последња од поменутих – доктрина „неизбежног открића“ је уједно и најинтересантнија. Наиме, према њој, могуће је користити доказе који су посредно прибављени незаконитом полицијском радњом, под условом да се може доказати да би и одвојена и неповезана истрага довела до истог доказа. Дакле, ова доктрина иде корак даље у односу на доктрину „ослабљене везе“ – иако не постоји независан извор, он би могао да постоји. Односно, ова доктрина претпоставља хипотетичку истрагу о истој ствари, која би у неком идентичном, али паралелном случају, довела до истог открића, тј. да би се до истог доказа дошло и да није било првобитно незаконитог доказа. Иако је ова доктрина примењивана у пракси нижестепених судова појединих савезних држава, Врховни суд САД је ову доктрину прихватио тек 1984. године у случају *Nix v. Williams (Williams II)*.<sup>104</sup> Овај случај се тичао отмице и убиства десетогодишње девојчице у америчкој савезној држави Ајови. Осумњичени је у току поступка дао исказ без присуства браниоца, да би полиција, на трагу тог исказа, касније пронашла тело девојчице и друге секундарне доказе. Иако сам исказ окривљеног није прихваћен као доказ, секундарни докази су прихваћени уз образложење да би претраживање комшилука несумњиво довело до откривања леша, те и до открића истих тих секундарних доказа. Ово нарочито због тога што је таква потрага већ била покренута у тренутку када је окривљени био саслушан, те је откривање ових доказа било само питање времена, због чега би полиција требало да буде најмање у истој, а не у горој ситуацији од оне у којој би била да се ове неправилности нису ни догодиле (саслушање окривљеног без браниоца).<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> Bloom, R.M. - Inevitable discovery: an exception beyond the fruits, *American journal of criminal law*, 1992, стр. 80;

<sup>104</sup> *Nix v. Williams (Williams II)*, 1984 (467 U.S. 431).

<sup>105</sup> Слично чињенично стање овоме има и предмет *Gäfgen v. Germany*, који је 2010. године расправљало Велико веће Европског суда за људска права, дошавши до сличног закључка као и Врховни суд САД. Више о овом предмету у каснијем делу рада који се тиче праксе Европског суда за људска права.

### III СТАНДАРДИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У ПОГЛЕДУ НЕЗАКОНИТИХ ДОКАЗА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

#### 1. Уопштено о пракси Европског суда за људска права

Регионални систем заштите људских права у оквиру Савета Европе, тачније Европског суда за људска права у Стразбуру (у даљем тексту као: ЕСЉП или Суд), представља најразвијенији и најпотпунији механизам заштите људских права. Каталог људских права гарантован Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција) и њеним протоколима<sup>106</sup> се може, у мање или више измењеном облику, пронаћи у готово свим осталим регионалним конвенцијама за заштиту људских права широм света, као и у уставима већине светских демократских држава. Међутим, оно што конвенцијски систем заштите људских права издваја од осталих јесте богата и садржајна пракса Европског суда за људска права, као и обавезност извршења његових пресуда. Ауторитетом својих ставова, одлуке и стандарди успостављени у пракси овог суда примењују се од стране националних судова држава уговорница, посебно уставних судова, укључујући ту и Уставни суд Републике Србије, који увелико користи стандарде развијене у пракси Европског суда за људска права.

Поред тога, многобројни домаћи закони су у пракси овог суда оцењени као неусклађени с Европском конвенцијом, због чега је домаћи законодавац вршио измене постојећих закона, док се и нова законска решења формулишу тако да буду усклађена са стандардима које је у својој богатој пракси поставио ЕСЉП. Притом, систем заштите Европског суда за људска права и Европске конвенције је у прошлости дао изузетан допринос развоју и унапређењу људских права, те је Суд био коректив поступања националних органа у различитим предметима који се тичу заштите људских права, те је

---

<sup>106</sup> Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода је у Републици Србији ратификована Законом о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, Протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују изврсна права и слободe који нису укључени у Конвенцију и Први Протокол уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, *Службени лист СЦГ - Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 - испр. и *Службени гласник РС - Међународни уговори*, бр. 12/2010 и 10/2015)

својим одлукама, нарочито у последњих неколико деценија, прогресивним и либералним приступом развио стандарде и „подигао лествицу“ заштите људских права на старом континенту. Иако циљ овог дела рада није да нагласи домете и утицај праксе ЕСЉП-а, посебно је важно нагласити значај његове праксе на домаће кривичне поступке, као и на питање незаконитости доказа, које заузима централно место овог рада.

Наиме, Република Србија је према члану 46 став 1 Европске конвенције обавезна да призна обавезност правноснажних одлука ЕСЉП-а у сваком предмету у коме је она странка.<sup>107</sup> Због тога домаћи ЗКП предвиђа да се захтев за заштиту законитости може поднети ако је правноснажном одлуком или одлуком у поступку који је претходио њеном доношењу, између осталог, повређено или ускраћено људско право и слобода окривљеног или другог учесника у поступку које је зајемчено Уставом или Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода и додатним протоколима, а то је утврђено одлуком Уставног суда или Европског суда за људска права.<sup>108</sup> Захтев за заштиту законитости из овог разлога се може поднети у року од три месеца од дана када је лицу достављена одлука Уставног суда или Европског суда за људска права.<sup>109</sup> Ово ванредно правно средство могу поднети Врховном касационом суду само Републички јавни тужилац, окривљени и његов бранилац.<sup>110</sup>

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

---

<sup>107</sup> У званичној верзији цитиране одредбе на српском језику се каже: „Високе стране уговорнице се обавезују да се *повинују* правоснажној пресуди Суда у сваком предмету у коме су странке“. Иако овај превод више одговара оригиналном тексту Конвенције на енглеском језику, сматрам да би подесније домаћем језику било користити синтагму *призна обавезност* или чак само *поштује* (правноснажне пресуде Суда, прим. аут.) приликом навођења ове одредбе.

<sup>108</sup> Чл. 485 ст. 1 тач. 3) ЗКП;

<sup>109</sup> Чл. 485 ст. 3 ЗКП;

<sup>110</sup> Чл. 483 ЗКП;

Поред оваквог казуистичког приступа, много је важније нагласити праксу Европског суда за људска права и правна питања која он поставља и решава, при чему се мора имати у виду аутономност конвенцијског права и појмова које он користи у својој судској пракси, због чега традиционално постоји извесна инерција приликом транспозиције његових стандарда у националне правне поретке. Због тога је посебно важно систематски сагледати његову јуриспруденцију, како би се из ње извукли општи закључци и објаснили стандарди суда на што подеснији начин.

## **2. Незаконити докази у пракси Европског суда за људска права**

Права зајемчена Конвенцијом и њеним протоколима су у њима описана на концизан начин, чак концизнији и у односу на сличне формулације које се могу наћи у уставним актима европских држава. Због тога и Суд тумачи Конвенцију као „живи инструмент“ који би требало примењивати тако да се права која она гарантује обезбеде као „стварна и учинковита“, а не само као „теоријска и илузорна“.<sup>111</sup> Такво полазиште омогућава Суду да флексибилно тумачи Конвенцију и њене одредбе посматра у светлу савремених животних услова и сваког случаја појединачно, с обзиром да је основни текст Конвенције усвојен у Риму, новембра далеке 1950. године. Због тога је и Суд био у прилици да своје једном заузето становиште примењује и на друге сличне случајеве, модификујући га само према различитости новонасталих предмета, чији другачији чињенични склоп дозвољава, или чак и налаже другачије становиште суда, или бар ограничење претходно важећег. Понављајући своје стандарде, ЕСЉП им даје карактер правила утврђених у судској пракси, која могу служити и националним судовима у примени и тумачењу норми домаћег права и оцени његове усклађености с Конвенцијом.

С тим у вези, Европски суд за људска права у домену питања законитости доказа има познати и много пута исказани став да његова функција није да се бави грешкама учињеним у утврђивању чињеница или примени права које су наводно начинили домаћи судови, осим у оној мери у којој су прекршена права заштићена Конвенцијом. Суд стално подсећа да члан 6 Конвенције гарантује право на правично суђење, али да не садржи правила о

---

<sup>111</sup> Tyrer v. The United Kingdom, app.no. 5856/72, §31; Soering v. The United Kingdom, app.no. 14038/88, §102; Artico v. Italy, app.no. 6694/74, §33;

допуштености доказа, већ је то првенствено питање националног права.<sup>112</sup> Према томе, Суд наглашава да његова улога није да одређује да ли принципијелно одређени типови доказа – незаконити докази у смислу домаћег права – могу бити допуштени. Питање на које Суд тражи одговор јесте да ли је поступак у целини, укључујући и начин на који је доказ прибављен, био правичан. То укључује разматрање наводне незаконитости и тамо где је у питању повреда још неког права према Конвенцији, природу нађене повреде.<sup>113</sup>

Овакав, могло би се рећи резервисан, став Суда не изненађује, с обзиром да циљ Конвенције није оцена правилности примене одређене кривичнопроцесне норме домаћег права, већ заштита основних права и слобода, што је значајно шири задатак. Томе треба додати и околност да суд настоји да нађе најмањи заједнички садржалац за свих 47 националних правних поредака држава чланица Савета Европе, који се међу собом разликују, нарочито имајући у виду традиционалну поделу на државе континенталне и англосаксонске правне традиције.

Због тога Суд стално и наглашава да је питање законитости доказа и њихове употребе у поступку првенствено питање националног права. Штавише, Суд наглашава и да његов задатак није ни да утврди да ли је неко крив или не, већ да ли је поступак у целини био правичан.<sup>114</sup> И овај став ЕСЉП-а је сасвим логична последица околности да он није никакав супервизорски суд у односу на националне судове, који би могао укидати судске одлуке. Напротив, Суд нарочито понавља да је „његова дужност, у складу с чланом 19 Конвенције да осигура поштовање обавеза из Конвенције, преузетих од стране Високих страна уговорница“.<sup>115</sup>

Ма колико овакав став Суда био оправдан и сагласан његовом положају и улози, не може се не приметити да је тиме ЕСЉП избегао да одговори на суштинско питање у теорији незаконитих доказа – када би повреда одређене доказне забране требало да повуче са собом правну санкцију издвајања тако прибављеног доказа у поступку. Тежини овог питања

---

<sup>112</sup> Schenk v. Switzerland, app.no. 10862/84, §§ 45-46; Teixeira de Castro v. Portugal, app.no. 25829/94, § 34; Jalloh v. Germany, app.no. 54810/00, §§ 94-96; Garcia Ruiz v. Spain, app.no. 30544/96, § 28; Haxhia v. Albania, app.no. 29861/03, § 128;

<sup>113</sup> Pélissier and Sassi v. France, app.no. 25444/94, §45; Khan v. the United Kingdom, app.no. 35394/97, §34; P.G. and J.H. v. the United Kingdom, app.no. 44787/98, §76; Allan v. the United Kingdom, app.no. 48539/99, §42; Heglas v. The Czech Republic, app.no. 5935/02, §84

<sup>114</sup> Van Mechelen and Others v. the Netherlands, app.nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 и 22056/93, § 50; Jalloh v. Germany, app.no. 54810/00, § 95; Khan v. the United Kingdom, app.no. 35394/97, § 34; P.G. and J.H. v. the United Kingdom, app.no. 44787/98, § 76; Allan v. the United Kingdom, app.no. 48539/99, § 42;

<sup>115</sup> Jalloh v. Germany, app.no. 54810/00, §94;

нарочито доприноси то што доказне забране у кривичном поступку служе заштити различитих друштвених вредности (заштити личног интегритета, заштити приватности, неповредивости дома итд.). Такође, интензитет повреда ових доказних забрана у пракси може варирати, од блажих повреда формалне природе, све до флагрантих кршења основних права и слобода учесника у поступку, понекад и вршењем кривичних дела против слобода и права грађана. Отуда сваки национални поредак ово сложено питање решава применом метода апсолутне, *ex lege* незаконитости доказа или релативне незаконитости коју процењује поступајући суд у сваком конкретном случају, или, најчешће, њиховом комбинацијом. Међутим, овакав приступ решавању овог проблема није доступан ЕСЉП-у, који је, у складу с напред већ поменутиим, међународни орган који применом заједничких правила европске правне традиције треба да осигура поштовање људских права и слобода, а не да решава кривичнопроцесна питања на универзалан начин за све државе потписнице Конвенције.

Приликом прибављања или употребе одређеног доказа може доћи до повреде неког конвенцијског права, које повреде могу бити различите по својој природи и значају заштићеног добра, од кршења забране мучења, нечовечног или понижавајућег поступања, преко повреда законитости претреса или прегледа, све до повреде права одбране, међу којима се истичу право на несамооптуживање и право на једнакост оружја. С обзиром на природу повређеног права, Суд ће различито поступати приликом оцењивања утицаја тих повреда на сам правичан поступак.

Начелно посматрано, из праксе Европског суда за људска права се може извршити класификација повреда права које чине доказе незаконитим на:

- 1) Повреде забране мучења, нечовечног или понижавајућег поступања, предвиђене чланом 3 Конвенције;
- 2) Повреде права одбране – права на једнакост оружја и привилегије против самооптуживања, гарантованих чланом 6 став 1 и 3 Конвенције;
- 3) Повреде права на приватни живот, дом или преписку, гарантованих чланом 8 Конвенције;

## *2.1. Докази прибављени кршењем забране мучења, нечовечног или понижавајућег поступања из члана 3 Конвенције*

Члан 3 Конвенције предвиђа да нико не сме бити подвргнут мучењу, или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању. ЕСЉП доследно истиче у својој пракси да члан 3 одражава једну од најзначајнијих вредности демократског друштва, те да и у најтежим околностима, какве су борба против тероризма и организованог криминала, Конвенција апсолутно забрањује мучење, нечовечно или понижавајуће поступање или кажњавање, без обзира на понашање жртве тог третмана. За разлику од већине материјалноправних одредби Конвенције, члан 3 не предвиђа изузетке од своје примене, те одступање од његове примене није дозвољено ни према члану 15 став 2 Конвенције у случају јавне опасности која прети опстанку нације.<sup>116</sup>

Ипак, неће свака повреда члана 3 учинити тако прибављени доказ неупотребљивим. Прецизније речено, кршење забране мучења, нечовечног или понижавајућег поступања не доводе аутоматски до повреде права на правично суђење. Ипак, искази прибављени мучењем, као малтретманом највишег интензитета, сами по себи доводе и до повреде члана 6 Конвенције. Међутим, то неће бити случај с нечовечним или понижавајућим поступањем, јер ће Суд у тим случајевима оцењивати да ли је употреба таквог доказа у поступку пред домаћим судовима утицала на повреду права на правично суђење из члана 6 став 1 Конвенције, што се дешава када се побијана пресуда домаћих судова заснива на тако прибављеном доказу. Уколико се ипак осуда домаћих судова заснива и на другим доказима који поткрепљују закључак домаћег суда, а чију пробативну вредност ЕСЉП не може оцењивати, таква повреда не мора довести до повреде права на правично суђење, што зависи од околности појединачног случаја.

Када утврђује да ли је поступак у целини био правичан, мора се узети у обзир да ли су права одбране поштована, односно, мора се испитати да ли је, у конкретном случају, подносиоцу представке дата могућност да оспорава аутентичност доказа или његово коришћење у поступку. Притом, и квалитет доказа се мора узети у обзир, укључујући и да ли околности у којима је доказ прикупљен бацају сумњу на његову поузданост или тачност.

---

<sup>116</sup> Chahal v. The United Kingdom, app.no. 22414/93, § 79; Selmouni v. France, app.no. 25803/94, § 95; Jalloh v. Germany, app.no. 54810/00, §99;



Док нема посебног проблема правичности у ситуацији када прибављени доказ није у складу с осталим доказима, када је доказ снажан и нема ризика његове непоузданости, потреба за другим доказима је значајно слабија.<sup>117</sup>

Начелни захтеви правичног суђења садржани у члану 6 Конвенције се примењују на све кривичне поступке, без обзира на врсту кривичног дела. Притом, приликом оцене правичности целокупног поступка, јавни интерес истраживања и кажњавања одређеног кривичног дела ће бити узет у обзир и мерени према интересима појединца да докази против њега буду прикупљени законито. Ипак, разлози јавног интереса не могу оправдати мере које ниподаштавају саму суштину апликантовог права на одбрану, укључујући ту и право на несамооптуживање.<sup>118</sup>

Као добра илустрација напред наведеног служи случај *Jalloh v. Germany*,<sup>119</sup> где су немачки полицијски службеници учили у више наврата окривљеног приликом продаје наркотика на улици, тако што би им кесице са супстанцом давао претходно их вадећи из својих уста. Верујући да су у питању наркотици, они су ухапсили окривљеног. Приликом хапшења, окривљени је прогутао пластичну кесицу. Затим је окривљени, на основу налога јавног тужиоца за телесни преглед, одведен у болницу, где је одбио средство за повраћање. Због тога му је уз примену физичке силе дата инфузија путем сонде, након чега је он повратио кесицу са наркотиком, да би касније био оптужен и осуђен за промет опојних дрога. ЕСЉП је утврдио да описана примена силе у немедицинске сврхе, ради добијања доказа који је могао бити добијен и другим, мање инвазивним методама, представља нечовечно и понижавајуће поступање у смислу чл. 3 Конвенције. Поред тога, Суд је утврдио и повреду права на правично суђење, јер кључни доказ (кесица са дрогом), на коме је и заснована пресуда, прибављен повредом права на несамооптуживање, као једног од основних права одбране окривљеног. Околност да је примена ове методе прибављања доказа није противна националном праву Немачке, те да је иста предузета по наредби поступајућег јавног тужиоца, није била од другачијег утицаја на одлуку Суда.

Дакле оно што је важно нагласити јесте да разлог повреде није сама незаконитост схваћена у ужем смислу, с обзиром да је овај поступак прибављања доказа предвиђен у

---

<sup>117</sup> *Jalloh v. Germany*, app.no. 54810/00, §96; *Khan v. the United Kingdom*, app.no. 35394/97, §§ 35 и 37; *Allan v. the United Kingdom*, app.no. 48539/99, § 43;

<sup>118</sup> *Jalloh v. Germany*, app.no. 54810/00, § 97; *Heaney and McGuinness v. Ireland*, app.no. 34720/97, §§ 57-58;

<sup>119</sup> *Jalloh v. Germany*, app.no. 54810/00;

националном праву, већ да се оваквим прибављањем доказа не крши само забрана нечовечног и понижавајућег поступања, већ и привилегија против самооптуживања, као једна од есенцијалних гаранција права окривљеног у поступку. И сам ЕСЉП наглашава да „употреба доказа прибављеног кршењем члана 3 отвара озбиљна питања правичности поступка“, јер „иако Суд није утврдио да је апликант био подвргнут мучењу ... инкриминишући докази, било у форми признања или материјалних доказа, прибављени применом насиља, бруталности или других радњи које се могу окарактерисати као мучење не би никада требало да буде доказ о кривици окривљеног, без обзира на његову доказну вредност“.<sup>120</sup>

Сличан стандард садржи и одредба члана 15 Конвенције УН против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака,<sup>121</sup> која предвиђа да се свака држава чланица „стара да изјава за коју се докаже да је добијена тортуром не може да буде наведена као доказни елемент у неком поступку, осим против лица оптуженог за тортuru да би се утврдило да је изјава дата“.

Притом, исти став заузет је још пре више од пола века у одлуци америчког Врховног суда у предмету *Rochin v. California*<sup>122</sup> из 1952. године, где је окривљени, такође, кроз сонду примио средства за повраћање против своје воље, у коме је Врховни суд нагласио да би заузимање било ког другачијег става по овом питању заправо „пружао бруталности заштиту закона“, те се на овај став Врховног суда САД позвао и ЕСЉП у својој одлуци у овом предмету. Међутим, Суд не заузима исти став када је реч о доказима прибављеним нечовечним или понижавајућим поступањем, као радњама слабијег интензитета у односу на мучење, јер у тим случајевима тако прибављени докази не чине поступак аутоматски неправичним, већ то Суд оцењује од случаја до случаја, о чему ће више бити речи.

Говорећи о насилном прибављању материјалних доказа од окривљеног медицинским средствима, не може се изоставити став суда истакнут у одлуци ЕСЉП-а у предмету *Saunders v. The United Kingdom*, у коме је Суд нагласио да привилегија против самооптуживања подразумева поштовање воље окривљеног да ништа не изјави, али да се не протеже на употребу доказа чије је постојање независно од воље окривљеног и које се од њега може принудно прибавити, као што су, између осталог, документи прибављени на

---

<sup>120</sup> Jalloh v. Germany, app.no. 54810/00, §105;

<sup>121</sup> „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 9/91;

<sup>122</sup> Rochin v. California, 1952 (342 U.S. 165).

основу налога, дах, узимање узорака крви, урина или ткива за потребе ДНК тестирања.<sup>123</sup> Ипак, иако Суд признаје да се наркотици скривени у телу окривљеног начелно могу сматрати доказима чије је постојање независно од воље окривљеног, поступак прибављања доказа у предмету *Jalloh* се разликује у односу на доказе поменуте у предмету *Saunders*, пре свега у степену силе и принуде који би требало применити ради прибављања овог доказа.<sup>124</sup> Додатну разлику чини и то што су ови докази прибављени кршењем члана 3 Конвенције, што представа изражен контраст у односу на поступке узимања узорка крви или тестирања даха, који обично не достижу минимални ниво суровости потребан за повреду члана 3, те се могу и оправдати са становишта члана 8 став 2 Конвенције, као ограничења права на приватност неопходних у демократском друштву ради спречавања криминала.

Закључак Суда је нешто другачији у познатом предмету *Gäfgen v. Germany* из 2010. године,<sup>125</sup> који се тичао отмице детета за коју је окривљени тражио високу откупнину, да би заменик министра полиције немачке покрајине Хесен наложио полицијским службеницима да приликом испитивања окривљеног запрете болним мерама принуде уколико окривљени и даље настави да упорно одбија да открије место на коме је дете сакривено. Након тога, окривљени је полицији открио место на коме се налази жртва, те је полиција касније на том месту нашла беживотно тело отетог детета, заједно са другим материјалним доказима, да би касније окривљени био осуђен за убиство и отмицу детета на казну доживотног затвора.

Наиме, Суд је утврдио повреду члана 3 у погледу третмана апликанта током истраге, док је есенцијално питање било питање законитости доказа на основу којих је он осуђен, односно питање утицаја доказа прибављених нечовечним поступањем противним члану 3, који третман није достигао ниво мучења у смислу овог члана, на правичност поступка из члана 6 Конвенције. Суд је овде, формулишући наведено питање, утврдио јако значајно правило за оцењивање утицаја повреде члана 3 на правичност поступка.

ЕСЉП наглашава супротстављене интересе у оваквим предметима, где би издвајање материјалних доказа умањило ефикасност кривичног гоњења и кажњавања учинилаца кривичних дела, нарочито када су, као у овом предмету, забрањени методи испитивања коришћени не ради спровођења истражних радњи већ из превентивних разлога, с циљем да заштите једно од најосновнијих права гарантованих Конвенцијом – право на живот отете

---

<sup>123</sup> *Saunders v. The United Kingdom*, app.no. 19187/91, §69;

<sup>124</sup> *Jalloh v. Germany*, app.no. 54810/00, §§ 113-114;

<sup>125</sup> *Gäfgen v. Germany*, app.no. 22978/05;

девојчице. Суд наглашава и да с друге стране постоји веома важан јавни интерес очувања интегритета правосуђа и цивилизованих друштава заснованих на владавини права, као и да је забрана из члана 3 апсолутна, те да се не може вагати с тежином кривичног дела које је предмет истраге, јер „ни заштита људског живота ни осуђивање криваца не може бити обезбеђено по цену компромитовања апсолутног права да се не буде објект третмана забрањеног чланом 3, јер би ово жртвовало ове вредности и дискредитовало судски поступак“.<sup>126</sup> Суд прихвата да су полицијски службеници деловали у тешкој и стресној ситуацији, покушавајући да спасу људски живот, али да то не мења чињеницу да су кршењем члана 3 прибавили материјалне доказе, те би, према становишту суда, коришћење доказа прибављених апсолутно забрањеним понашањем противним члану три било подстрек за полицијске службенике да користе такве методе, без обзира на апсолутну забрану.

Међутим, Суд је овде утврдио правило да ће коришћење материјалних доказа прибављених третманом супротним члану 3 који није класификован као мучење (већ је реч о нечовечном или понижавајућем поступању) кршити право на правично суђење само ако се утврди да је кршење члана 3 имало утицај на исход поступка, односно на осуду окривљеног.<sup>127</sup> У конкретном случају је ЕСЉП прихватио наводе државе да је национални суд своју осуду засновао искључиво на признању апликанта учињеном на главном претресу, које је поткрепљено и „неисквареним“ материјалним доказима до којих се дошло независно од исказа окривљеног учињеног услед претњи у истрази, као што су сведочење жртвине сестре, писани докази о планирању отмице и новац пронађен у стану окривљеног и др. Тиме је дошло до прекида у узрочном ланцу између забрањених метода испитивања и доказа прибављених против окривљеног. С обзиром да је окривљени имао прилике да оспорава прихватљивост материјалних доказа, да је признање на главном претресу дато слободно без икакве принуде, Суд је утврдио да није било повреде права на правично суђење.

У погледу утицаја повреде забране из члана 3 на право на правично суђење, важан је и став Суда да одсуство допуштене притужбе на поступање противно члану 3, принципијелно не спречава Суд да разматра наводе подносилаца представки да им је повређено право на правично суђење из члана 6 Конвенције, јер су њихови искази у

---

<sup>126</sup> Ibid. §176;

<sup>127</sup> Ibid. §178; *El Haski v. Belgium*, app.no. 649/08, §85;

полицији прибављени путем принуде или насиља.<sup>128</sup> Дакле, да би утврдио повреду права на правично суђење, Суд не мора претходно да утврди да је прекршена забрана мучења, нечовечног или понижавајућег поступања из члана 3 Конвенције. Штавише, подносилац представке не мора имати ни допуштenu представку у том делу, у смислу критеријума допуштености предвиђених чланом 35 Конвенције.

Тако је у предмету *Mehmet Duman v. Turkey* окривљени признао пред полицијом извршење дела које му је било стављено на терет, да би приликом првог саслушања на главном претресу повукао своје признање, наводећи да је исто прибављено нечовечним поступањем у смислу члана 3, те да му је било ускраћено право на браниоца. Суд је утврдио да, подносилац представке није доставио било какав материјални доказ о својим повредама услед немогућности да буде прегледан од стране лекара приликом критичног догађаја. Такође, околност да је преко 30 саокривљених такође повукло своја признања дата полицији, тврдећи да су она изнуђена, представља за Суд *prima facie* доказ и подиже разумну сумњу у позданост ових доказа, који нису ни покушани да буду расветљени од стране турских судова, иако се њихове осуде заснивају једино на овако прибављеним признањима. Због тога је Суд утврдио повреду права на правично суђење и привилегије против самооптуживања, предвиђене чланом 6 став 1 и 3 Конвенције.

Дакле, из приказаних предмета ЕСЉП-а може се извући општи стандард у погледу незаконитости доказа прибављених супротно члану 3 Конвенције – да употреба исказа који су прибављени повредом члана 3 – без обзира на природу учињене повреде и класификацију на мучење, нечовечно или понижавајуће поступање, аутоматски чини цео кривични поступак неправичним.<sup>129</sup> Исто важи и за материјалне доказе који су прибављени тортуром.<sup>130</sup> Дакле ово правило не важи у погледу материјалних доказа прибављених нечовечним или понижавајућим поступањем, као блажих облика малтретмана забрањених чланом 3 Конвенције.<sup>131</sup> У случајевима кршења члана 3 Конвенције који не достижу ниво мучења, већ потпадају под нечовечно или понижавајуће поступање, докази прибављени на

---

<sup>128</sup> *Mehmet Duman v. Turkey*, app.no. 38740/09, §42; *Aydin Çetinkaya v. Turkey*, app.no. 2082/05, §142; *Örs and Others v. Turkey*, app.no. 46213/99, § 58

<sup>129</sup> *Gäfgen v. Germany*, app.no. 22978/05, § 166; *Ibrahim and Others v. The United Kingdom*, app.nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 и 40351/09, §254;

<sup>130</sup> *Gäfgen v. Germany*, app.no. 22978/05, § 173; *El Haski v. Belgium*, app.no. 649/08, §85;

<sup>131</sup> *Ibid.*

тај начин учиниће поступак неправичним у смислу члана 6 Конвенције само уколико су тако прикупљени докази утицали на осуду подносиоца представке.<sup>132</sup>

Колико висок степен озбиљности Суд поклања мучењу говори и став суда да коришћење доказа прибављених мучењем представља флагрантно ускраћивање правде не само када се мучењем изнуђују признања од окривљеног, већ и кад је тортура примењена према трећим лицима у циљу прибављања исказа.<sup>133</sup>

Притом, повреда права на правично суђење не постоји само у случајевима кад је признање или инкриминишући исказ дат непосредно као последица третмана супротног члану 3 Конвенције, већ и у случајевима када је признање дато услед страха од новог мучења или нечовечног поступања. Према схватању Суда, када постоји убедљив доказ да је лице претрпело третман супротан члану 3 од стране полиције, чињеница да је окривљени касније признао или потврдио своје изнуђено признање не би смела аутоматски довести до закључка да такво признање или касније изјаве нису дате као последица злостављања или страха од каснијег злостављања.<sup>134</sup> И у предметима против Србије Суд је такође истицао повреду права на правично суђење на основу признања након слушављања од стране полиције, датог услед страха од даљег злостављања у смислу члана 3 Конвенције.<sup>135</sup>

Из овога се може закључити да Суд санкционише третман супротан члану 3 у поступку не само када је предузет непосредно према окривљеном ради изнуђивања исказа или материјалних доказа, већ и када се злостављање односи и на треће лице (најчешће сведока или саокривљеног), као и на случајеве када је признање или инкриминишући исказ дат у оправданом страху од каснијег злостављања.

## ***2.2. Докази прибављени кршењем права одбране из члана 6 Конвенције***

Члан 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода гарантује читаву лепезу права и гаранција правичног поступка, које се примењују у грађанским и кривичним поступцима, при чему се гаранције из става 2 и 3 овог члана примењују на

---

<sup>132</sup> Gäfgen v. Germany, app.no. 22978/05, § 178; El Haski v. Belgium, app.no. 649/08, §85;

<sup>133</sup> El Haski v. Belgium, app.no. 649/08, §85; Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom, app.no. 8139/09, §§ 263 и 267; Kaçiu and Kotorri v. Albania, app.nos. 33192/07 и 33194/07, § 128; Kormev v. Bulgaria, app.no. 39014/12, §§ 89-90;

<sup>134</sup> Harutyunyan v. Armenia, app.no. 36549/03, §65;

<sup>135</sup> Stanimirović v. Serbia, app.no. 26088/06, §52; Hajnal v. Serbia, app.no. 36937/06, §114;

поступке које Конвенција и ЕСЉП класификују као кривични, што се и види из њихове формулације.<sup>136</sup> Међутим, право на једнакост оружја, посредно гарантовано чланом 6 став 3 тачка д) Конвенције, примењује се једнако и на грађанске поступке, у смислу једнакости странака пред судом.<sup>137</sup> Притом, треба имати у виду да се термини „грађански“ и „кривични“ поступак тумаче аутономно, при чему је класификација поступака у националном поретку релевантна, али не и одлучујућа приликом оцене у који од ових спада конкретни поступак. Такође, и кривични и грађански поступци у смислу Конвенције обухватају бројне и разнородне врсте поступака, који се према одредбама националних права класификују као дисциплински, управни, прекршајни, царински и др.<sup>138</sup>

Поред права изричито прописаних чланом 6, постоји и низ права која су настала тумачењем ове одредбе у досадашњој пракси Суда, а која представљају интегрални и неизоставни елемент права на правично суђење, укључујући ту, између осталих, и право на приступ суду, право на образложену судску одлуку, право на несамооптуживање и др. Због тога је и у овој глави рада извршена подела повреда права на правично суђење и њихов утицај на законитост доказа који је прибављен или је настао таквим кршењем тог права.

---

<sup>136</sup> Члан 6 Европске конвенције прописује: 1) Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама, или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Пресуда се мора изрећи јавно, али се штампа и јавност могу искључити с целог или с дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака, или у мери која је, по мишљењу суда, неопходно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде. 2) Свако ко је оптужен за кривично дело мора се сматрати невиним све док се не докаже његова кривица на основу закона. 3) Свако ко је оптужен за кривично дело има следећа минимална права: а) да без одлагања, подробно и на језику који разуме, буде обавештен о природи и разлозима оптужбе против њега; б) да има довољно времена и могућности за припремање одбране; ц) да се брани лично или путем браниоца кога сам изабере или, ако нема довољно средстава да плати за правну помоћ, бесплатно добије браниоца по службеној дужности када интереси правде то захтевају; д) да испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитају и да се обезбеди присуство и саслушање 10 11 сведока у његову корист под истим условима који важе за оне који сведоче против њега; е) да добије бесплатну помоћ преводиоца ако не разуме или не говори језик који се употребљава на суду.

<sup>137</sup> *Feldbrugge v. the Netherlands*, app.no. 8562/79, § 44; *Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands*, app.no. 14448/88, § 33; од новије праксе вид. *Vanjak v. Croatia*, app.no. 29889/04;

<sup>138</sup> Вид. Leach, P. – *Taking a case to the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2011, стр. 266-267;

### 2.2.1. Незаконити докази као резултат повреде привилегије против самооптуживања

У блиској вези са кршењем забране мучења, нечовечног или понижавајућег поступања из члана 3 Конвенције стоји повреда привилегије против самооптуживања, као међународно признат стандард заштите окривљеног у кривичном поступку, гарантован и чланом 6 Конвенције. Ово због тога што се примена мера супротних члану 3 врло често предузима управо да би се од окривљеног прибавио исказ или признање учињеног кривичног дела, чија употреба у поступку крши поменуто право на несамооптуживање.

Наиме, привилегија против самооптуживања није изричито превиђена чланом 6 Конвенције, али је афирмисана кроз праксу ЕСЉП-а у предмету *Funke v. France*,<sup>139</sup> као принцип који значи поштовање воље окривљеног да ништа не изјави, те претпоставља да тужилаштво у кривичним поступцима настоји да докаже своју оптужбу без примене метода принуде или насиља којима се утиче на вољу окривљеног. Она једно настоји да заштити окривљеног од недозвољене принуде од стране власти, чиме се потпуније остварују циљеви члана 6 Конвенције.<sup>140</sup>

Суд сматра да се право на несамооптуживање не ограничава само на исказе којима се признаје неко забрањено дело или на изјаве које су директно инкриминишуће. Штавише, искази добијени под присилом, који наизглед нису инкриминишуће природе, као што су давање информација на питања у вези одређених чињеница, могу касније бити коришћени у кривичном поступку као доказ навода оптужбе, или да доведу у сумњу одбрану окривљеног, противрече његовим наводима или да на други начин поткопају његов кредибилитет, због чега се ово право протеже и на те случајеве.<sup>141</sup> С друге стране

Суд је у предмету *Aleksandr Zaichenko v. Russia* утврдио повреду привилегије против самооптуживања, јер је апликант осуђен за крађу горива од свог запосленог, јер је приликом повратка кући с посла заустављен од стране полиције која је истраживала предметну крађу горива, те су га полицијски службеници испитивали, након чега је он потписао записник о

---

<sup>139</sup> *Funke v. France*, app.no. 10828/84, § 44;

<sup>140</sup> *Saunders v. The United Kingdom*, app. no. 19187/91, §§ 68-69; *Jalloh v. Germany*, app.no. 54810/00, §§ 100 и 102; *Bykov v. Russia*, app. no. 4378/02, § 92, *Ibrahim and Others v. The United Kingdom*, app.nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 и 40351/09, §266; *John Murray v. the United Kingdom*, app.no. 18731/91, § 45; *O'Halloran and Francis v. The United Kingdom*, app.nos. 15809/02 и 25624/02, §46;

<sup>141</sup> *Saunders v. The United Kingdom*, app. no. 19187/91, § 71; *Aleksandr Zaichenko v. Russia*, app.no. 39660/02;



претресу у којем је признао да је узимао гориво. Каснија осуда пред судом је заснована управо на изјави датој полицијским службеницима, који га нису претходно поучили о праву на несамооптуживање, иако је током поступка апликант спорио извршење дела, износећи и доказе у своју одбрану. Суд је утврдио повреду члана 6 јер је осуђујућа пресуда заснована на инкриминишућем исказу окривљеног, које није могао да оспори током каснијег кривичног поступка.

У предметима *Heaney and McGuinness v. Ireland* и *Quinn v. Ireland*, подносиоци представке су приведени као осумњичени за умешаност у терористички акт Ирске републиканске армије,<sup>142</sup> али су приликом саслушања одбили да поступе у складу с посебним законом који је захтевао од појединца да одговори на питања о својим кретањима у одређеном периоду. Они су касније ослобођени оптужби, али су осуђени за недавање података о свом кретању у одређеном периоду и о извршењу кривичног дела. Суд је утврдио да се разлози сигурности и очувања јавне безбедности не могу уважити, те да оваква обавеза на страни окривљених „поништава саму суштину привилегије против самооптуживања“.<sup>143</sup>

Иако је пракса Суда у погледу привилегије против самооптуживања довољно богата и сложена, она ипак није предмет анализе овог рада, већ и сама може бити предмет посебног изучавања. Међутим, из изложених примера, као и других предмета у којима је Суд ценио утицај повреде права на несамооптуживање на правичност поступка,<sup>144</sup> може се видети да Суд ово питање не разматра у оквиру проблематике незаконитих доказа, већ самостално, као питање од чијег исхода зависи утврђивање повреде права на правични поступак. Ово вероватно због изузетног значаја ове привилегије за окривљеног и правичност самог поступка. Али како се исказ прибављен кршењем овог права користи у поступку и на њему, као доказу, заснива осуђујућа пресуда, кршење привилегије против самооптуживања ће увек довести до незаконитости тако прибављеног доказа, чиме он сасвим основано припада овој подели врста незаконитих доказа у пракси ЕСЈП-а.

---

<sup>142</sup> Ирска републиканска армија, позната и као ИРА (IRA) је паравојни покрет посвећен Ирском републиканизму, с циљем стицања независности од Велике Британије. Након стицања независности Ирске од Велике Британије, ИРА је посвећена иредентизму свих ирских територија, односно независности свих ирских територија и њихово уједињење у јединствену ирску републику.

<sup>143</sup> *Heaney and McGuinness v. Ireland*, app.no. 34720/97, §55; *Quinn v. Ireland*, app.no. 36887/97, §61;

<sup>144</sup> *Funke v. France*, app.no. 10828/84; *John Murray v. the United Kingdom*, app.no. 18731/91; *Saunders v. The United Kingdom*, app.no. 19187/91; *Jalloh v. Germany*, app.no. 54810/00; *Shannon v. the United Kingdom*, app.no. 6563/03; *Serves v. France*, app.no. 20225/92; *Heaney and McGuinness v. Ireland*, app.no. 34720/97; *Weh v. Austria*, app.no. 38544/97;

## 2.2.2. Незаконити докази као резултат посебних доказних радњи

Питање незаконитости доказа кршењем права одбране у кривичном поступку може настати и поводом коришћења посебних доказних радњи, и то у првом реду прикривених иследника и подстрекавања окривљених на кривична дела који они могу извршити.

ЕСЉП сматра да се подстрекавање од стране полиције јавља када се прикривени иследници не задрже на истраживању криминалне активности на пасиван начин, већ прибегну утицају на лице у смислу подстрекавања на извршење дела које оно иначе не би учинило, ради обезбеђивања дела и доказа за његово оптужење.<sup>145</sup>

Суд доследно уважава тешкоће у прикупљању доказа ради откривања кривичних дела и потребу коришћења доушника, прикривених иследника и тајних снимања ради борбе против организованог криминала и корупције.<sup>146</sup> Због тога и истиче да коришћење посебних доказних радњи и техника не може само по себи кршити право на правично суђење, али да се оне морају користити у складу са јасним ограничењима, услед ризика подстрекавања које те мере са собом носе.<sup>147</sup>

Познат је став Суда још из 1970. године да право на правично суђење ужива изузетно високо место у демократским друштвима, да се оно не може жртвовати ради интереса ефикасности.<sup>148</sup> Због тога Суд каже да је коришћење прикривених иследника прихватљиво у фази предистражног поступка и када природа кривичног дела то затражи, али да се приликом коришћења ових доказа на којима се заснива осуда може прихватити само ако су предвиђена адекватна правила заштите од њихове злоупотребе – у првом реду јасна и предвидива процедура одобравања, примене и надзора над овим мерама.<sup>149</sup>

---

<sup>145</sup> Ramanaukas v. Lithuania, app.no. 74420/01, §55; Teixeira de Castro v. Portugal, app.no. 25829/94, § 38; наспротив томе вид. Eurofinacom v. France, app.no. 58753/00;

<sup>146</sup> Ramanaukas v. Lithuania, app.no. 74420/01, §49;

<sup>147</sup> Ibid. §51

<sup>148</sup> Delcourt v. Belgium, app.no. 2689/65, § 25,

<sup>149</sup> Ramanaukas v. Lithuania, app.no. 74420/01, §53; Khudobin v. Russia, app.no. 59696/00, § 135, Klass and Others v. Germany, app.no. 5029/71, §§ 52-56

Јавни интерес не може оправдати коришћење доказа прибављених подстрекавањем од стране полиције, јер би то окривљеног изложило ризику да од самог почетка буде дефинитивно лишен права на правично суђење.<sup>150</sup>

Тако је у предмету *Teixeira de Castro v. Portugal*, Суд утврдио су полицијски службеници у цивилу извршили утицај на осумњиченог да изврши дело посредовања у трговини наркотицима, иако претходно нису имали разлога да сумњају да се он бави трговином наркотика. Пре контакта са полицајцима, он није био осуђиван, нити је било других назнака које би указивале да је склон вршењу овог дела, да би на подстицај полицајаца који су били заинтересовани за куповину хероина, након чега их је он упознао са познаником, који је наркотику прибавио од трећег лица, чији је идентитет остао непознат. Због тога је Суд утврдио повреду права на правично суђење јер се полицијски службеници у цивилу „нису ограничили на истраживање криминалне активности на пасиван начин“.

Слично чињенично стање довело је до повреде права на правично суђење и у предметима *Khudobin v. Russia* и *Vanyan v. Russia*. Суд је формулисао правило да када оптужени наведе да је подстрекнут на извршење дела, суд мора извршити пажљиво испитивање доступног материјала, јер да би суђење било правично у смислу члана 6 став 1 Конвенције, сви докази прибављени подстрекавањем од стране полиције морају бити издвојени.<sup>151</sup> Ова обавеза на страни државе нарочито постоји у ситуацијама када не постоји легислативни оквир који регулише сам поступак или одговарајуће мере заштите од злоупотребе.<sup>152</sup> У том смислу, Суд је става да би судска контрола примене посебних доказних радњи била најподеснија интересима заштите права окривљеног, али да и други методи контроле, укључујући и контролу од стране тужилаштва, могу бити коришћене, под условом да постоје адекватне процедуре и мере заштите од могућих злоупотреба.<sup>153</sup>

---

<sup>150</sup> *Teixeira de Castro v. Portugal*, app.no. 25829/94, §§ 35-36 и 39; *Khudobin v. Russia*, app.no. 59696/00, § 128; *Vanyan v. Russia*, no. 53203/99, §§ 46-47

<sup>151</sup> *Ramanauskas v. Lithuania*, app.no. 74420/01, §60;

<sup>152</sup> *Khudobin v. Russia*, app.no. 59696/00, §§ 133-135;

<sup>153</sup> *Bannikova v. Russia*, app.no. 18757/06, §50; *Tchokhonelidze v. Georgia*, app.no. 31536/07, §51;

### 2.2.3. Повреда начела једнакости оружја као узрок незаконитости доказа

До употребе незаконитих доказа у поступку може доћи и повредом права на једнакост оружја. Иако право на једнакост оружја није изричито прописано Конвенцијом, оно недвосмислено произилази из одредбе чланом 6 став 3 тачка д) Конвенције, којом се предвиђа да свако ко је оптужен за кривично дело има право да испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитају и да се обезбеди присуство и саслушање сведока у његову корист под истим условима који важе за оне који сведоче против њега.

Овде би требало нагласити да суд појам „сведок“ користи као аутономни појам Конвенције,<sup>154</sup> који се, поред сведока у смислу националног права, користи и за оштећене,<sup>155</sup> вештаке,<sup>156</sup> као и за писане доказе – исправе,<sup>157</sup> укључујући ту и рачунарске фајлове и хартије од вредности.<sup>158</sup>

Дакле, у случају повреде једнакости одружја није реч о незаконитом доказу у ужем смислу, с обзиром да такав доказ сам по себи, или по начину прибављања није незаконит, већ околност да окривљени није могао испитивати или оспоравати такав доказ доводи до тога да се судска одлука на том доказу не може заснивати, односно да заснивање осуде на таквом доказу чини поступак неправичним, у смислу члана 6 став 1 Конвенције. Ово ће најчешће бити случај када изостане конфронтација са сведоцима оптужбе, услед личних својстава сведока која их чине нарочито осетљивим или рањивим, као што су малолетници, или жртве сексуалних деликата које се настоје заштитити од поновне конфронтације са својим нападачем. Посебну врсту ових случајева чине и тзв. заштићени или анонимни сведоци, чија употреба може довести до повреде члана 6 Конвенције услед немогућности одбране да поставља питања или испита веродостојност сведока.<sup>159</sup> Притом, Суд доследно наглашава да су гаранције из члана 6 став 3 Конвенције специфични аспекти ширег права на правично суђење, гарантованог чланом 6 став 1 Конвенције, због чега Суд у овим

---

<sup>154</sup> *Asch v. Austria*, app.no. 12398/86, § 25; *Vidal v. Belgium*, app.no. 12351/86, § 33;

<sup>155</sup> *A.H. v. Finland*, app.no. 46602/99, § 41;

<sup>156</sup> *Doorson v. the Netherlands*, app.no. 20524/92, §§ 81-82;

<sup>157</sup> *Perna v. Italy*, app.no. 48898/99, §§ 25-32;

<sup>158</sup> *Georgios Papageorgiou v. Greece*, app.no. 59506/00, § 7; *Mirilashvili v. Russia*, app.no. 6293/04, §158-159;

<sup>159</sup> *Doorson v. The Netherlands*, app.no. 20524/92; *Kostovski v. The Netherlands*, app.no. 11454/85; *Visser v. The Netherlands*, app.no. 26668/95; *Birutis and Others v. Lithuania*, app.nos. 47698/99 и 48115/99;

предметима разматра повреду ових одредаба заједно, тј. повреду права на једнакост оружја у вези права на правично суђење.<sup>160</sup>

Наиме, сви докази обично морају бити изведени у присуству окривљеног на јавном суђењу, пружајући прилику окривљеном да испитује и оспорава њихову веродостојност. То ипак не значи да се искази свих сведока морају давати на јавном главном претресу да би били допуштени, јер ово може бити неизводљиво у извесним случајевима,<sup>161</sup> већ је потребно да окривљени има адекватну прилику да испитује сведока оптужбе било када он даје свој исказ у истрази, или у некој каснијој фази поступка.<sup>162</sup> Односно, уколико се осуда искључиво или у претежној мери заснива на исказима особа које одбрана није имала прилику да испитује током истраге или главног претреса, „права одбране су ограничена до степена који је неспојив са гаранцијама предвиђеним чланом 6”.<sup>163</sup> У својој пракси, Суд је прихватао осетљивост сведока који су били жртве сексуалних деликата, те да се посебне мере ради заштите жртве могу предузети, уколико се те мере могу помирити с правима одбране, с друге стране.<sup>164</sup>

Притом, у ситуацијама када се осуда за сексуалне деликте заснива у целости на другим доказима, а не на исказу жртве,<sup>165</sup> или не искључиво на исказу жртве,<sup>166</sup> Суд неће утврдити повреду права на правично суђење или права на једнакост оружја, док ће то свакако бити случај када се осуда заснива на исказу жртве, чије је испитивање окривљеном било ускраћено.<sup>167</sup>

Примера ради, Суд је у предмету *Kovač v. Croatia*<sup>168</sup> утврдио повреду права на правично суђење у вези права на једнакост оружја, јер је подносилац представке осуђен за

---

<sup>160</sup> *Kovač v. Croatia*, app. no. 503/05, §23; *Yavuz v. Austria*, app.no. 46549/99, §44; *Artner v. Austria*, app.no. 13161/87, § 19; *Pullar v. the United Kingdom*, app.no. 22399/93, § 45;

<sup>161</sup> *Asch v. Austria*, app.no. 12398/86, § 27;

<sup>162</sup> *Unterpertinger v. Austria*, app.no. 9120/80, §31; *Kostovski v. The Netherlands*, app.no. 11454/85, §41; *Delta v. France*, app.no. 11444/85, §36; *Isgrò v. Italy*, app.no. 11339/85, §34; *Asch v. Austria*, app.no. 12398/86, §27; *Lucà v. Italy*, app.no. 33354/96, §§ 40-43; *Lüdi v. Switzerland*, app.no. 12433/86, § 49;

<sup>163</sup> *Unterpertinger v. Austria*, app.no. 9120/80, §31-33; *Saïdi v. France*, app.no. 14647/89, §§ 43-44; *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, app.nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 и 22056/93, § 55; *Dorigo v. Italy*, app.no. 33286/96, § 43; *Lucà v. Italy*, app.no. 33354/96, §§ 40

<sup>164</sup> *S.N. v. Sweden*, app.no. 34209/96, §47; *Baegen v. the Netherlands*, app.no. 16696/90, § 77; *Doorson v. the Netherlands*, app.no. 20524/92, § 72; *P.S. v. Germany*, app.no. 33900/96, § 23;

<sup>165</sup> *S.E. v. Italy*, app.no. 36686/97;

<sup>166</sup> *Verdam v. The Netherlands*, app.no. 35253/97;

<sup>167</sup> *Bocos-Cuesta v. The Netherlands*, app.no. 54789/00; *P.S. v. Germany*, app.no. 33900/96; *A.M. v. Italy*, app.no. 37019/97;

<sup>168</sup> *Kovač v. Croatia*, app.no. 503/05;

кривично дело недозвољених полних радњи са дететом на основу исказа малолетне оштећене, коју је истражни судија испитао у истрази као осетљивог сведока, без присуства окривљеног или браниоца, који су имали право присуствовали тој радњи, и без снимања њеног исказа који би се касније могао репродуковати на главној расправи. Притом, Суд је нарочито ценио и то што њен исказ није у записник унет непосредно, као аутентична верзија њеног казивања, већ је исказ срочен од стране истражног судије, језиком који не одражава начин на које би се малолетник изражавао, као и јер у току главног претреса окривљеном није било омогућено да саслуша и испитује оштећену. Због тога је Суд утврдио повреду члана 6 став 1 у вези члана 6 став 3 тачка д) Конвенције.

Све напред поменуто једнако важи и за исказе саокривљених, јер уколико се исказ користи као доказ и основ за осуду, онда он представља доказ оптужбе на који се примењују гаранције прописане чланом 6 став 1 и 6 Конвенције, без обзира да ли је дат од стране сведока *stricto sensu* или саокривљеног.<sup>169</sup>

И у ситуацијама када се услед ризика од застрашивања сведока или утицаја окривљеног на већ виктимизованог сведока – оштећеног, користи анонимни (заштићени) сведок, окривљеном мора бити омогућено да, у складу с конкретним околностима, испитује сведока или оспорава његову веродостојност. Притом, став је Суда да се осуда не може заснивати искључиво или у одлучујућој мери на њиховим исказима, јер ће у тим случајевима то довести до повреде права на правично суђење.<sup>170</sup> Дакле, ЕСЉП не забрањује употребу заштићених или анонимних сведока у кривичном поступку, већ само захтева да се интереси заштите сведока доведу у баланс са правима и интересима одбране, тако што ће се у било којој фази поступка омогућити одбрани да испитује тако заштићеног сведока, поштујући све мере заштите његовог идентитета или личних прилика.

Суд је у својој одлуци у предмету *Atlan v. The United Kingdom*<sup>171</sup> утврдио повреду права на једнакост оружја, јер су подносиоци представке осуђени због кријумчарења наркотика, при чему се осуда заснивала на исказима царинских службеника, који су, примили дојаве од стране доушника чији идентитет окривљенима није откривен, јер је дојавама доушника признат статус службене тајне. Због тога га одбрана није могла позвати

---

<sup>169</sup> Ferrantelli and Santangelo v. Italy, app.no. 19874/92, §§ 51-52; Lucà v. Italy, app.no. 33354/96, §§ 40;

<sup>170</sup> Van Mechelen and Others v. the Netherlands, app.nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 и 22056/93, § 55; Krasniki v. The Czech Republic, app.no. 51277/99;

<sup>171</sup> Atlan v. The United Kingdom, app.no. 36533/97;

на главни претрес и испитивати, иако се целокупна одбрана окривљених заснивала на томе да су они грешком пријављени за извршење кривичног дела. Међутим, ни поступајући судија који је према становишту Суда, у најбољој позицији да оцењује да ли ће тајновитост неког доказа несразмерно утицати на права одбране, није имао увида у сав доказни материјал који терете окривљене. Због тога је Суд, услед ускраћивања могућности суду од стране тужилаштва да одлучи о извођењу доказа и његовом утицају на правичност поступка, утврдио повреду члана 6 став 3 у вези члана 6 став 1 Конвенције.

Тако је Суд и у својој новијој пракси остао доследан напред утврђеном ставу, те је утврђивао повреду члана 6 став 3 у вези члана 6 став 1 Конвенције у случајевима у којима сведоци оптужбе нису били испитивани од стране одбране током поступка, наглашавајући да се осуда не може претежно заснивати на исказу сведока када окривљеном није пружена могућност да, било у истрази или на главном претресу, саслуша и поставља питања тим сведоцима.<sup>172</sup>

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

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

---

<sup>172</sup> Schatschaschwili v. Germany, app.no. 9154/10;

Принципијелан је став Суда да се коришћење доказа прибављених супротно члану 8 само по себи није супротно захтевима права на правично суђење из члана 6 став 1 Конвенције.<sup>173</sup> У случајевима кршења члана 8 Конвенције којима се прибављају инкриминишући докази, Суд процењује да ли је подносилац представке био жртва притиска, принуде или обмане ради прибављања признања или материјалних доказа које га инкриминишу. Уколико се приликом спорног претреса прибаве материјални докази, Суд се позива на свој познати и напред већ поменути критеријум из предмета *Saunders*,<sup>174</sup> да је реч о материјалним доказима који постоје независно од воље окривљеног, те да њихово прикупљање само по себи не крши члан 8 Конвенције.<sup>175</sup>

Као што је већ напред наведено, Суд је у својој пракси, почевши од предмета *Schenk v. Switzerland*, у коме је нелегално сачињен снимак телефонског разговора коришћен као инкриминишући доказ против окривљеног, и касније,<sup>176</sup> доследно истрајавао у свом ставу да коришћење тако прибављених доказа не чини поступак неправичним, с обзиром да спорни снимак није једини доказ на коме се заснива осуда. Ово је резултат примене једног од тестова које Суд примењује када процењује правичност поступка – да ли је доказ прибављен кршењем члана 8 једини или бар доказ на коме се претежно заснива осуда. Поред тога, околност коју Суд нарочито узима у обзир је и да ли је окривљени имао прилике да оспорава аутентичност и коришћење спорног доказа. Иако сада већ више од 30 година стар, став Суда из предмета *Schenk* је потврђиван и у наредним деценијама, без суштинске измене.<sup>177</sup> Тако према сада важећој пракси, поред већ поменутих критеријума (да ли се осуда заснива једино или претежно на спорном доказу и да ли је окривљени имао прилике да оспорава коришћење или аутентичност доказа) Суд цени и квалитет самог доказа, односно да ли околности његовог прибављања бацају сумњу на његову тачност или поузданост. Зато Суд сматра да (не)правичност није спорна када доказ није поткрепљен другим доказима, али

---

<sup>173</sup> *Schenk v. Switzerland*, app.no. 10862/84, § 76; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, app.no. 44787/98, §§ 37-38; *Khan v. the United Kingdom*, app.no. 35394/97, § 35; *Bykov v. Russia*, app. no. 4378/02, § 91.

<sup>174</sup> *Saunders v. The United Kingdom*, app. no. 19187/91;

<sup>175</sup> *Kalnėnienė v. Belgium*, app.no. 40233/07, §52;

<sup>176</sup> *Khan v. the United Kingdom*, app.no. 35394/97, § 34; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, app.no. 44787/98, § 76; *Heglas v. The Czech Republic*, app.no. 5935/02, §§ 89–92; *Bykov v. Russia*, app. no. 4378/02;

<sup>177</sup> *Schenk v. Switzerland*, app.no. 10862/84, § 48;



када је доказ „веома јак и нема ризика његове непозданости, потреба за додатним доказима који га поткрепљују је сразмерно слабија“.<sup>178</sup>

Овакво становиште Суда је по нашем схватању прилично спорно, јер се исто једнако примењује чак и у случајевима када Суд утврди повреду члана 8, али тако коришћене доказе не сакнционише утврђивањем повреде права на правично суђење, из простог разлога што они нису били једини и одлучујући доказ. Поменуто становиште погодује начелу ефикасности у односу на правичност поступка, с обзиром да судије Европског суда за људска права вероватно нису желеле да услед учињене повреде права на приватност у погледу једног доказа доведе до повреде права на правично суђење и тиме оспори читаву одлуку националног суда, у ситуацијама када има и других доказа који говоре у прилог кривици подносиоца представке, већ оставља простор за утврђивање повреде члана 6 само за оне случајеве када се осуда заснива искључиво на том једном доказу, који је прибављен противно члану 8. Међутим, ово ће ретко бити случај, јер је потребно не само да тако прибављени доказ буде једини или одлучујућ, већ и да окривљени нема право оспоравања његове аутентичности, када у сваком кривичном поступку окривљени може бар у жалби оспоравати „аутентичност или коришћење доказа“, а најчешће ће то моћи да чини и у другим фазама кривичног поступка. Овако постављени стандарди Суда само отежавају подносиоцима представке доказивање повреде права на правично суђење, истовремено штитећи националне поретке, односно прибављање и коришћење незаконитих доказа, све док поред спорног прикупе још понеки доказ и окривљенима пруже могућност оспоравања њихове употребе.

Овакав закључак потврђује и досадашња пракса Суда, где за 32 године од одлуке у предмету *Schenk* није било предмета у коме се осуда заснива на неком таквом доказу. Чак и у случају незаконитих претреса или прислушкивања, националне власти ће, на основу сазнања прибављених на тај начин, прибавити још неки доказ на коме би се заснивала судска одлука, тиме осигуравајући заправо осуду неког лица, и уједно отклањајући опасност од тога да Суд утврди повреду права на правични поступак из члана 6 став 1 Конвенције.

Због тога став Суда по овом питању погодује више начелу ефикасности кривичног гоњења него заштити права окривљених у поступку и његову правичност. Може се зато и

---

<sup>178</sup> *Bykov v. Russia*, app. no. 4378/02, §90; *Khan v. the United Kingdom*, app.no. 35394/97, §§ 35-37; *Allan v. the United Kingdom*, app.no. 48539/99, § 43;

рећи да овакав став подрива једно од основних начела Суда, изражених кроз познате, сада већ полувековне, ставове да право на правично суђење ужива изузетно високо место у демократским друштвима и да се оно не може жртвовати ради интереса ефикасности,<sup>179</sup> да се Конвенција мора интерпретирати као кохерентна целина,<sup>180</sup> као и да права која гарантује Конвенција морају да се обезбеде као „стварна и учинковита“, а не као „теоријска и илузорна“.<sup>181</sup>

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

Чини се ипак, да став Суда није пратио развој технологије, као и правних норми националних правних поредака, који су се развијали упоредо с тим развојем. С обзиром да у време заузимања тог става многи национални пореци нису садржали сопствене норме које регулишу ово питање, вртоглави развој технологије је ову околност променио. Стога би се и пракса Суда по овом питању морала мењати у неком од будућих случајева, с обзиром на повећане могућности за прибављање доказа противно члану 8 Конвенције, где сада, поред традиционалних метода прислушкивања телефона или претреса стана или пословних просторија, домаће власти могу незаконито прибављати доказе преузимањем садржаја из мобилних телефона, личних рачунара, средстава видео надзора, кућних уређаја, али

---

<sup>179</sup> Delcourt v. Belgium, app.no. 2689/65, § 25;

<sup>180</sup> Klass and Others v. Germany, app.no. 5029/71, §§ 68-69;

<sup>181</sup> Tyrer v. The United Kingdom, app.no. 5856/72, §31; Soering v. The United Kingdom, app.no. 14038/88, §102; Artico v. Italy, app.no. 6694/74, §33;

нарочито и из онлајн садржаја, у које спадају садржаји похрањени на друштвеним мрежама, електронској кореспонденцији, тзв. „cloud технологији“ и сл. Нарочити ризици могу проистећи и из употребе “Personal assistant” уређаја, као што су Google Assistant компаније Гугл, Siri компаније Епл, као и Alexa компаније Амазон, који снимају и похрањују многобројне податке својих корисника, и које су као такве, потенцијални ризик за кршења права на приватност, гарантованог чланом 8 Конвенције.

Критика конзервативног става Суда када оцењује утицај доказа прибављеног кршењем права на приватност, дом или преписку на правичност суђења није први пут изречена у овом раду, иако одражава опредељење аутора о овом питању. Међутим, његова критика стара је колико и сам став. Иако је одлука Суда у предмету *Schenk* донета већином од 13 према 4, у свом заједничком издвојеном мишљењу, судије Pettiti, Spielmann, De Meyer и Carrillo Salcedo наводе да „поштовање закона приликом прикупљања доказа није апстрактан или формалистички захтев, већ напротив, то је од примарне важности за правичност кривичног поступка. Ниједан суд не може засновати своју осуду на доказима који су прибављени на не само неправичан начин, него и незаконито, те уколико то и учини, суђење се не може сматрати правичним у смислу Конвенције“.<sup>182</sup> У предмету *Khan*, судија Loucaides је у свом издвојеном мишљењу нагласио да „не може да прихвати да суђење може бити правично у смислу члана 6, уколико се нечија кривица утврђује доказима прибављеним кршењем људских права гарантованих Конвенцијом“, као и да „уколико се кршење члана 8 прихвати као „правично“, не видим како се полиција ефикасно може одвратити од понављања недозвољеног понашања ... и да не могу да прихватим да се суђење и осуда која произилази из таквог поступања могу сматрати правичним“.<sup>183</sup> Ове ставове прихвата и судија Tulkens у свом издвојеном мишљењу у предмету *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, понављајући да „појам „правичности“, када се разматра у контексту Европске Конвенције за заштиту људских права, имплицира поштовање владавине права, које претпоставља поштовање људских права предвиђених Конвенцијом“, те да се „не може говорити о правичном суђењу уколико је оно спроведено кршењем закона“. Судија Tulkens наводи и да се треба истаћи да оно што је забрањено једном одредбом (члан 8) не може бити дозвољено другом (члан 6), те да када утврди да нема повреде члана 6, као у овом предмету, Суд чини

---

<sup>182</sup> *Schenk v. Switzerland*, app.no. 10862/84, Заједничко несагласно издвојено мишљење судија Pettiti, Spielmann, De Meyer и Carrillo Salcedo;

<sup>183</sup> *Khan v. the United Kingdom*, app.no. 35394/97;

члан 8 потпуно неделотворним. Притом, подсећа и на став суда из предмета *Osman*,<sup>184</sup> да „постоји потреба да се обезбеди да полиција врши своја овлашћења у контроли и превенцији криминалитета на начин који у потпуности поштује одредбе поступка и остале гаранције које легитимно ограничавају делокруг њихове акције ... укључујући гаранције садржане у члановима 5 и 8 Конвенције“.<sup>185</sup>

Напред наведена становишта деле и понављају и судије Spielmann, Rozakis, Tulkens, Casadevall и Мијовић у издвојеном мишљењу у предмету *Вуков*,<sup>186</sup> наглашавајући да „коришћење доказа прибављених кршењем члан 8 захтева екстремно ригорозно испитивање од стране Суда у погледу правичности поступка“. Критикујући овакав приступ Суда, они наглашавају да је у овом случају повреда члана 8 утврђена услед незаконитости, односно услед повреде критеријума „у складу са законом“, те да правичност поступка коју предвиђа члан 6 захтева законитост, тачније да правичност поступка претпоставља законитост и, тим пре, поштовање права гарантованих Конвенцијом, што је и задатак Суда да контролише.

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

Међутим, треба нагласити да тако утврђена повреда члана 8 неће бити од утицаја на одлуку домаћег суда којим је подносилац представке оглашен кривим, већ једино

---

<sup>184</sup> *Osman v. the United Kingdom*, app. no. 23452/94, § 116;

<sup>185</sup> *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, app.no. 44787/98;

<sup>186</sup> *Вуков v. Russia*, app. no. 4378/02;

окривљеном пружа накнаду нематеријалне штете, као вид правичног задовољења за тако учињену повреду. Наше је мишљење да управо такав исход представља најбољу потврду погрешности описаног приступа Суда у решавању питања незаконитих доказа насталих услед повреда права из члана 8 Конвенције. Поред тога што подрива уживање права из Конвенције, иако је према члану 19 Конвенције једини задатак Суда да обезбеди њихово поштовање од стране Високих страна уговорница, овакав приступ Суда заправо оставља државама да прописују и санкционишу прибављање доказа кршењем права на приватни живот, дом или преписку, као и коришћење таквих доказа у кривичном поступку.

#### **IV НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ У ДОМАЋЕМ ПРАВУ**

##### **1. Појам незаконитих доказа према Законнику о кривичном поступку**

Српски Законик о кривичном поступку одређује да су незаконити докази они докази који су непосредно или посредно, сами по себи или по начину прибављања, супротни Уставу, закону, општеприхваћеним правилима међународног права, као и међународним уговорима.<sup>187</sup> Због тога и предвиђа да се на оваквим доказима судске одлуке не могу заснивати, при чему поменута ексклузија доказа не важи једино у поступку који се води поводом њиховог прибављања.

Поред цитиране опште одредбе члана 16 ЗКП којом се дефинишу незаконити докази, требало би имати у виду и одредбе Устава РС које забрањују повреде права у вези са прикупљањем или извођењем доказа у кривичном поступку. Најпре, члан 25 Устава предвиђа да је физички и психички интегритет неповредив (став 1), те да нико не може бити изложен мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању, нити подвргнут медицинским или научним огледима без свог слободно датог пристанка (став 2). Члан 28 Устава предвиђа да се према лицу лишеном слободе мора се поступати човечно и с уважавањем достојанства његове личности (став 1), да је забрањено свако насиље према лицу лишеном слободе (став 2), као и да је забрањено изнуђивање исказа (став 3). Члан 33 предвиђа и да свако коме се суди за кривично дело има право да сам или преко браниоца износи доказе у своју корист, испитује сведоке оптужбе и да захтева да се, под истим

---

<sup>187</sup> Чл. 16 ЗКП;

условима као сведоци оптужбе и у његовом присуству, испитују и сведоци одбране (став 5), као и 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 (став 7). Чланом 40 Устава се гарантује неповредивост стана, уз прописане изузетке, док члан 41 предвиђа да је тајност писама и других средстава комуницирања је неповредива (став 1), док су одступања 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 (став 2). Од значаја за питање незаконитих доказа може бити и право на правну помоћ, гарантовано чланом 67 Устава.

Цитиране уставне одредбе су од значаја за незаконитост доказа, с обзиром да је српски законодавац мислио управо на ове одредбе када је приликом дефинисања у чл. 16 ЗКП у незаконите доказе, између осталог, убројао оне који су непосредно или посредно, сами по себи или по начину прибављања супротни Уставу. С обзиром да Устав прописује апсолутну забрану мучења, нечовечног или понижавајућег поступања, као и апсолутну забрану насиља према лицу лишеном слободе и изнуђивање исказа, свака радња којом би се поступило у супротности са овим одредбама чинила би тај доказ незаконитим, те се он не би могао користити у поступку. Устав једнако безусловно прописује и привилегију против самооптуживања, као и право на једнакост оружја, те би и докази прибављени повредом ових права били незаконити у смислу чл. 16 ЗКП. С друге стране, право на неповредивост стана и право на тајност писама и других средстава комуникације нису апсолутна права, већ се законом могу предвидети изузеци, те ће приликом оцене њихове законитости суд морати да процењује поштовање не само Устава, већ и управо тих законских одредби којима се врши одступање од Уставом прокламованих права.

## 2. Врсте незаконитих доказа према Законнику о кривичном поступку

### 2.1. Незаконити докази сами по себи и незаконити докази према начину прибављања

Из одредбе члана 16 ЗКП, којом се одређује шта све чини незаконите доказе, може се направити основна дихотомна подела незаконитих доказа – на оне који су сами по себи незаконити и на доказе који су незаконити по начину прибављања.

Законик о кривичном поступку посебно наглашава да је забрањена је и кажњива свака примена мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, силе, претње, принуде, обмане, медицинских захвата и других средстава којима се утиче на слободу воље или изнуђује признање или каква друга изјава или радња од окривљеног или другог учесника у поступку.<sup>188</sup> Ова забрана је безусловна, и њен је циљ да спречи и казни примену недозвољених начина утицаја на слободну вољу учесника у поступку, изнуда признања или других радњи у поступку. Према томе, сви докази који би били прибављени применом метода описаних у чл. 9 ЗКП, били би сами по себи незаконити, те за њих важи апсолутна ексклузија и на њима се судска одлука ни у ком случају не може заснивати.

Супротно томе, на пример, члан 140 ЗКП предвиђа одступање од начелне забране медицинских захвата из члана 9, прописујући да се у циљу утврђивања чињеница у поступку од осумњиченог могу и без пристанка узети отисци папиларних линија и делова тела, букални брис и лични подаци, саставити лични опис и направити фотографија (форензичка регистрација осумњиченог). Штавише, кад је то неопходно ради утврђивања истоветности или у другим случајевима од интереса за успешно вођење поступка, суд може одобрити да се фотографија осумњиченог јавно објави. Притом се и од оштећеног, као и од било ког другог лица које је затечено на месту (извршења, прим. аут.) кривичног дела, могу и без пристанка узети отисци папиларних линија и делова тела и букални брис. За предузимање поменутих радњи законик предвиђа наредбу јавног тужиоца или суда као услов, при чему ове радње предузима стручно лице.<sup>189</sup>

По питању одступања од забране из чл. 9 ЗКП, члан 141 истог закона иде још даље, прописујући да се узимању узорака биолошког порекла и предузимању других медицинских

---

<sup>188</sup> Чл. 9 ЗКП;

<sup>189</sup> Чл. 140 ЗКП;

радњи које су по правилу медицинске науке неопходне ради анализе и утврђивања чињеница у поступку, може приступити и без пристанка окривљеног, изузев ако би због тога наступила каква штета по његово здравље. Ово одступање не важи само за окривљеног, већ се узимању узорака и предузимању поменутих медицинских радњи може приступити ако је потребно утврдити постојање трага или последице кривичног дела на другом лицу, и то без пристанка тог лица, изузев ако би наступила каква штета по његово здравље. Као и за форензичку регистрацију осумњиченог из чл. 140, и овде законик предвиђа као неопходан услов наредбу јавног тужиоца или суда, на основу које медицинске радње предузима здравствени радник. Међутим, без наредбе се од окривљеног, оштећеног, сведока или другог лица може узети узорак гласа или рукописа ради упоређивања и утврђивања чињеница у поступку. Узимање овог узорка се може одбити уз позив на право на несамооптуживање,<sup>190</sup> у случајевима лица која су искључена<sup>191</sup> или ослобођена<sup>192</sup> дужности сведочења, као и уколико би тиме себе или лице из члана 94. став 1. овог законика изложило тешкој срамоти, знатној материјалној штети или кривичном гоњењу.<sup>193</sup> Уколико се не ради о предвиђеним изузетцима, суд може новчано казнити лице које одбије да да узорак гласа или рукописа до 150.000,00 динара.

Дакле, у кривичном поступку начелно нису дозвољени медицински захвати и медицински поступци према учесницима у поступку, те би тако прибављени докази представљали незаконите доказе саме по себи, на супрот узимању узорака, који представљају посебно регулисан поступак прибављања биомедицинских доказа, те представљају изузетак од поменуте забране. Овакво решење српског законодавца је у складу са стандардима Европског суда за људска права, изражених у предмету *Saunders v. The United Kingdom*, у коме је овај суд истакао да се право окривљеног да ништа не изјави не протеже на употребу доказа чије је постојање независно од воље окривљеног и које се од њега може принудно прибавити, као што су, између осталог, документа прибављена на основу налога, дах, узимање узорака крви, урина или ткива за потребе ДНК тестирања.<sup>194</sup>

---

<sup>190</sup> Чл. 68 ст. 1 тач. 2 ЗКП;

<sup>191</sup> Чл. 93 ЗКП;

<sup>192</sup> Чл. 94 ст. 1 ЗКП;

<sup>193</sup> Чл. 95 ст. 2 ЗКП;

<sup>194</sup> *Saunders v. The United Kingdom*, app.no. 19187/91, §69; *Choudhary v. the United Kingdom* app.no. 40084/98; *J.B. v. Switzerland*, app.no. 31827/96, § 68; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, app.no. 44787/98, § 80; *Jalloh v. Germany*, app.no. 54810/00, §100;



Овакав стандард је у потпуности разумљив и оправдан, будући да докази прибављени кршењем забране мучења и нечовечног или понижавајућег поступања представљају изражен контраст у односу на поступке узимања узорка крви или тестирања даха, који обично не достижу минимални ниво суровости потребан за повреду члана 3, те се могу и оправдати са становишта члана 8 став 2 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, као ограничења права на приватност неопходних у демократском друштву ради спречавања криминала.

Другу групу незаконитих доказа чине они докази који су прибављени супротно Уставу, закону, општеприхваћеним правилима међународног права, као и међународним уговорима. Дакле, ови докази нису сами по себи незаконити, већ је суштина незаконитости код ових доказа у начину на који су они прибављени – предузимањем радњи које су прописане у закону, али на незаконит начин. То би, примера ради, био сваки онај случај прибављања доказа када се не поштује процедура њиховог прибављања или права учесника у поступку приликом њиховог прибављања, као што би на пример били саслушање сведока ослобођеног дужности сведочења, прибављање медицинских узорака без наредбе суда или јавног тужиоца, докази прибављени кршењем правила о претресању итд.

Из изложеног се може јасно подвући линија разграничења између ове две групе незаконитих доказа, с обзиром да незаконито прибављени докази, у начелу, представљају допуштене доказе, који у конкретном случају нису законито прибављени, али би били законити да су поштована правила за њихово прибављање. Дакле, може се извући закључак да коришћење незаконито прибављених докази представља блаже кршење закона у односу на коришћење доказа који су сами по себи незаконити, односно супротни Уставу, закону, општеприхваћеним правилима међународног права, као и међународним уговорима. Ово зато што је домаћи законодавац, прописивањем забране мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, силе, претње, принуде, обмане, медицинских захвата и других средстава којима се утиче на слободу воље или изнуђује признање или каква друга изјава или радња од учесника у поступку, настојао да изрази друштвену осуду примене ових метода у поступку, као и да потврди достигнуте тековине савременог кривичног права и заштите људских права у кривичном поступку. Могло би се рећи и да ова забрана нужно и логично произилази из људских права и основних слобода гарантованих уставом и

међународним уговорима, у првом реду права на неповредивост физичког и психичког интегритета и права на правични поступак, гарантованих чл. 25 и 32 Устава РС.<sup>195</sup>

## ***2.2. Непосредно и посредно незаконити докази***

Српски законодавац, вршећи изричиту дихотомну поделу незаконитих доказа на непосредно и посредно незаконите, уводи заправо новину у домаће кривично законодавство, тиме што у круг незаконитих доказа убраја и посредно незаконите доказе, чиме их и забрањује. Непосредно незаконити докази су они који су сами по себи или начину прибављања незаконити, и ту је ствар јасна. Међутим, уколико се посредством таквог доказа сазна или дође до другог доказа, такав доказ би био посредно незаконит. Тиме се изричито, по први пут и недвосмислено, у српско кривично законодавство уводи и признаје теорија „плода отровног дрвета“, о којој је већ било напред речи.<sup>196</sup> Подсећања ради, суштина ове доктрине је да се доказ који је прибављен незаконито (отровно дрво), али и доказ који се из њега изводи или из њега проистиче (плод), не могу користити за доношење судске одлуке. Тај други доказ би иначе био законит, али га контаминира то што је настао на основу незаконито изведеног доказа.<sup>197</sup> Тиме се заправо изричитим увршћивањем посредно незаконитих доказа у круг незаконитих доказа утире пут домаћим судовима да кроз судску праксу даље разрађују теорију „плода отровног дрвета“ и њене стандарде и изузетке у оквирима националног права. Посредно прихватање ове доктрине представља велику и веома значајну новину у домаћем кривичном процесном праву, нарочито уколико се има у виду да су југословенски аутори пре свега пар деценија запажали да је доктрина „плода отровног дрвета“ прави раритет у земљама континенталног права, те да ова доктрина „звучи скоро невероватно правницима грађанскоправне провинијенције“.<sup>198</sup>

Када говоримо о вези и упливу теорије „плода отровног дрвета“ у домаћи ЗКП, вредело би поменути и да он прихвата и напред поменути доктрину „неизбежног открића“,

---

<sup>195</sup> *Службени гласник РС*, бр. 98/2006;

<sup>196</sup> Бркић, С. - Употреба незаконитих доказа у кривичном поступку Србије, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2011, Нови Сад, 2011, стр. 291;

<sup>197</sup> Илић, И. – Незаконити докази у кривичном поступку, Општествените промени во глобалниот свет: зборник на трудови / Втора међународна научна конференција. - Штип : Универзитет Гоце Делчев, 2015, стр. 149-156;

<sup>198</sup> Дамашка, М. - Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, 121 U. Penn. L. Rev, 1973, стр. 522;.

као изузетка од теорије „плода отровног дрвета“, али само код примене посебних доказних радњи. Наиме, ЗКП предвиђа да се материјал о кривичном делу или учиниоцу, који је прикупљен приликом предузимања посебних радњи, али није био обухваћен одлуком о одређивању посебних доказних радњи, може користити у поступку, под условом да се односи на кривична дела предвиђена у чл. 162 овог законика.<sup>199</sup> Односно, једини услов је да се ради о делу за које се и иницијално могло одредити извођење неке од посебних доказних радњи предвиђених овим чланом. Тако прибављене доказе законик назива „случајни налаз“, што садржински кореспондира доктрини „неизбежног открића“ у америчкој јурисrudенцији, о чему је већ напред било речи.

Узимајући у обзир све напред речено о незаконитим доказима, ЗКП прописује да докази који су прибављени противно члану 16. став 1. овог законика (незаконити докази) не могу бити коришћени у кривичном поступку. Поред цитираних општих одредби чл. 16 и 84 ЗКП, законик на још неколико места прописује у којим случајевима се судска одлука не може заснивати на прибављеним доказима.

Тако на пример, члан 85 став 5 предвиђа незаконитост доказа као процесноправну санкцију за непоштовање правила о саслушању окривљеног. Тачније, законик прописује да ако окривљени није поучен или му није омогућено да користи права из става 2. овог члана или изјава окривљеног из става 3. овог члана о присуству браниоца није унета у записник или ако је поступљено противно ставу 4. овог члана или ако је исказ окривљеног добијен

---

<sup>199</sup> Члан 162 ЗКП: Под условима из члана 161. овог законика посебне доказне радње могу се одредити за кривична дела: 1) за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности; 2) тешко убиство (чл. 114. КЗ), отмица (чл. 134. КЗ), приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију (чл. 185. ст. 2. и 3. КЗ), разбојништво (чл. 206. ст. 2. и 3. КЗ), изнуда (чл. 214. став 4. КЗ), злоупотреба положаја одговорног лица (чл. 227. КЗ), злоупотреба у вези са јавном набавком (чл. 228. КЗ), примање мита у обављању привредне делатности (чл. 230. КЗ), давање мита у обављању привредне делатности (чл. 231. КЗ), фалсификовање новца (чл. 241. ст. 1. до 3. КЗ), прање новца (чл. 245. ст. 1. до 4. КЗ), неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога (чл. 246. ст. 1. до 4. КЗ), угрожавање независности (чл. 305. КЗ), угрожавање територијалне целине (чл. 307. КЗ), напад на уставно уређење (чл. 308. КЗ), позивање на насилну промену уставног уређења (чл. 309. КЗ), диверзија (чл. 313. КЗ), саботажа (чл. 314. КЗ), шпијунажа (чл. 315. КЗ), одавање државне тајне (чл. 316. КЗ), изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпеливости (чл. 317. КЗ), повреда територијалног суверенитета (чл. 318. КЗ), удруживање ради противуставне делатности (чл. 319. КЗ), припремање дела против уставног уређења и безбедности Србије (чл. 320. КЗ), тешка дела против уставног уређења и безбедности Србије (чл. 321. КЗ), недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја (чл. 348. став 3. КЗ), недозвољени прелаз државне границе и кријумчарење људи (чл. 350. ст. 2. и 3. КЗ), злоупотреба службеног положаја (чл. 359. КЗ), трговина утицајем (чл. 366. КЗ), примање мита (чл. 367. КЗ), давање мита (чл. 368. КЗ), трговина људима (чл. 388. КЗ), угрожавање лица под међународном заштитом (чл. 392. КЗ) и кривично дело из члана 98. ст. 2. до 5. Закона о тајности података; 3) спречавање и ометања доказивања (чл. 336. став 1. КЗ) ако је учињено у вези са кривичним делом из тач. 1) и 2) овог става.

противно члану 9 овог законика, на исказу окривљеног се не може заснивати судска одлука.<sup>200</sup>

Законик даље прописује у члану 95 став 4 да се на исказу сведока не може заснивати судска одлука, ако је као сведок испитано лице које је искључено од дужности сведочења (а нема предлога окривљеног или његовог браниоца) или ако лице које је ослобођено од дужности сведочења (члан 94) није на то упозорено или се није изричито одрекло тог права или ако упозорење и одрицање није убележено у записник или ако је исказ сведока добијен противно члану 9 овог законика, на исказу сведока не може се заснивати судска одлука.

Идентична правила важе и за вештачење, те се према чл. 116 ст. 1 ЗКП за вештака не може одредити лице које је искључено (члан 93) или ослобођено (члан 94) дужности сведочења, а ако је одређено за вештака, на његовом налазу и мишљењу не може се заснивати судска одлука.

Коначно, у погледу законитости посебних доказних радњи, члан 163 став 3 ЗКП прописује да ако је при предузимању посебних доказних радњи поступљено супротно одредбама овог законика или наредби органа поступка, на прикупљеним подацима се не може заснивати судска одлука, а са прикупљеним материјалом се поступа у складу са чланом 84. став 3. овог законика.

Дакле, иако је чланом 16 ЗКП на генералан начин забрањено заснивање судске одлуке на доказима који су, непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, овим закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, законодавац је и у поменутих одредбама чл. 85, 95, 116 и 163 настојао да додатно афирмише правило о незаконитим доказима, тиме што изричито одређује да се судска одлука не може заснивати на доказима који су изведени противно правилима овог законика о саслушању окривљеног, сведочењу, вештачењу, као и противно одредбама о одређивању и извођењу посебних доказних радњи. Овде би требало нагласити да су и повреде осталих одредаба ЗКП довољне да поједини доказ учине незаконитим, сагласно општој формулацији чл. 16 ст. 1 ЗКП, што ће најчешће бити случај нпр. код незаконитих претреса стана или лица,<sup>201</sup> или узимања узорка од учесника у поступку.<sup>202</sup> Тако на пример, за разлику од

---

<sup>200</sup> Чл. 85 ст. 5 ЗКП;

<sup>201</sup> Чл. 152-160 ЗКП;

<sup>202</sup> Чл. 140-142 ЗКП;

претходног законика,<sup>203</sup> важећи ЗКП не садржи изричиту забрану саслушања овлашћеног службеног лица полиције о садржају обавештења која је добио приликом прикупљања обавештења од грађана. Ово ипак не значи да је саслушање полицајца о садржају обавештења која је добио од грађана у поступању по својим овлашћењима дозвољено.<sup>204</sup> Ако би полицајац био саслушан о садржају тих обавештења, то би било посредно увођење незаконитих доказа, што нови ЗКП изричито забрањује. Ово због тога што се сама обавештења добијена од грађана издвајају применом одредбе члана 237. став 3. новог ЗКП, а саслушање у вези са садржином тих обавештења би представљало исказ који је посредно незаконит јер је у супротности са одредбама ЗКП.<sup>205</sup>

### **3. Издајање незаконитих доказа**

#### ***3.1. Издајање у првостепенном поступку***

У сваком случају, када суд утврди да је реч о незаконитом доказу, он се издваја из списка, ставља у посебан запечаћени омот и чува код судије за претходни поступак до правноснажног окончања кривичног поступка, након чега се уништава, о чему се саставља записник.<sup>206</sup>

Судија за претходни поступак ће по службеној дужности или на предлог странака и браниоца донети решење о издвајању записника о предузетим радњама из списка одмах, а најкасније до завршетка истраге. Против овог решења дозвољена је посебна жалба. По правноснажности решења, издвојени записници се стављају у посебан запечаћени омот и чувају код судије за претходни поступак, одвојено од осталих списка и не могу се разгледати нити се могу користити у поступку. Након правноснажног окончања кривичног поступка, издвојени записници се уништавају, о чему се сачињава посебан записник. На идентичан начин ће поступити и судија за претходни поступак после завршене истраге и у погледу свих

---

<sup>203</sup> *Службени лист СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002 и *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон, 72/2009 и 76/2010;

<sup>204</sup> Вид. Решење Апелационог суда у Крагујевцу, Кж1 66/2016 од 8.2.2016. године;

<sup>205</sup> Синановић, Б. – Недозвољени докази у кривичном поступку, *Билтен Врховног касационог суда* бр. 2/2012, 2012, стр. 79;

<sup>206</sup> Чл. 84 ст. 1 и 2 ЗКП;

обавештења која су, у смислу члана 282 став 1 тачка 2 и став 4 и члана 288 ЗКП, јавном тужиоцу и полицији, дали грађани, осим записника из члана 289. став 4. овог законика.<sup>207</sup>

Уколико судија за претходни поступак пропусти да издвоји записнике и обавештења из чл. 237 ст. 1 и 3 овог законика, ванпретресно веће може у поступку судске контроле оптужбе да из издвоји из списка, против чијег решења је дозвољена посебна жалба. Притом, јако је важна ова улога ванпретресног већа,<sup>208</sup> чији је задатак да у фази испитивања оптужбе издвоји незаконите доказе, како исти никако не би могли бити од утицаја на доношење судске одлуке. Штавише, пожељно је да судеће веће уопште и не сазна за постојање оваквих доказа.

Ипак, у фази одређивања главног претреса, председник већа може, уколико утврди да се у списима ипак налазе незаконити докази, донети решење о њиховом издвајању из списка. Против овог решења дозвољена је посебна жалба. По правноснажности овог решења, председник већа ће такође поступити у складу са чланом 237 ст. 2 и 3 овог законика.<sup>209</sup>

Током главног претреса, веће може, све до окончања доказног поступка, решењем, против кога је дозвољена посебна жалба, одлучити да се из списка издвоје и одвојено чувају: 1) записници о ранијем испитивању лица који се не могу прочитати из разлога наведених у члану 406 став 2 овог законика, као и 2) записници или обавештења из члана 237 ст. 1 и 3 овог законика. По правноснажности овог решења, и веће ће поступити у складу с чланом 237 ст. 2 и 3 овог законика.<sup>210</sup>

Ипак, уколико током главног претреса веће увиди на основу изведених доказа да није било места издвајању доказа, оно може све до завршетка доказног поступка опозвати своје решење о издвајању доказа против којег није изјављена жалба и одлучити да се издвојени доказ ипак изведе. Важно је истаћи да веће може опозвати само своје решење, али не и решења судије за претходни поступак и решења председника већа приликом припремања главног претреса о издвајању незаконитих доказа. Поред тога, законик одређује још једно ограничење – потребно је да против решења већа о издвајању доказа које се опозива није изјављена жалба.

---

<sup>207</sup> Чл. 237 ЗКП;

<sup>208</sup> Чл. 21 ст. 4 ЗКП;

<sup>209</sup> Чл. 358 ЗКП;

<sup>210</sup> Чл. 407 ЗКП;

### 3.2. Издајање у инстанционом поступку

Издајање доказа је могуће и у другостепеном поступку, при чему се поступак издајања не разликује битно у односу на издајање доказа у ранијим фазама поступка. Наиме, судија известилац је овлашћен да, уколико утврди да се у списима налазе записници или обавештења из члана 237 ст. 1 и 3 ЗКП, донесе решење о њиховом издајању из списка.<sup>211</sup> Једина разлика у односу на издајање доказа у ранијим фазама огледа се у томе што против решења судије известиоца није дозвољена посебна жалба. По правноснажности решења, судија известилац ће такође поступити у складу са чланом 237 ст. 2 и 3 овог законика.

С друге стране, уколико се предложи доказ који је незаконит, председник већа може одбити такав предлог образложеним решењем.<sup>212</sup> Против овог решења није дозвољена жалба или приговор, за разлику од ситуација када председник већа одбија доказни предлог за који су учесници у поступку знали у току припремног рочишта, али га без оправданог разлога нису предложили, који је усмерен на доказивање чињеница које нису предмет доказивања или се односи на чињенице које се не доказују, или доказног предлога чије извођење је очигледно усмерено на одуговлачење поступка. У том случају, веће може поводом приговора преиначити то решење и одлучити да се предложени доказ ипак изведе.<sup>213</sup>

Законик о кривичном поступку предвиђа и да битна повреда одредаба кривичног поступка постоји, између осталог, и ако се пресуда заснива на доказу на коме се по одредбама овог законика не може заснивати, осим ако је, с обзиром на друге доказе, очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда.<sup>214</sup> На овај начин, обезбеђен је додатни вид заштите од употребе незаконитих доказа кроз обезбеђивање посебног жалбеног основа. Ипак, ово решење представља велику новину у односу на ранији ЗКП из 2001. године,<sup>215</sup> који је ову повреду третирао као апсолутно битну повреду поступка.<sup>216</sup> Тиме

---

<sup>211</sup> Чл. 445 ст. 2 ЗКП;

<sup>212</sup> Чл. 395 ст. 3 ЗКП;

<sup>213</sup> Чл. 395 ст. 4 и 5 ЗКП;

<sup>214</sup> Чл. 438 ст. 2 тач. 1 ЗКП;

<sup>215</sup> *Службени лист СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002 и *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон, 72/2009 и 76/2010;

<sup>216</sup> Вид. члан 368 став 1 тачка 10 Законика о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002 и *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон, 72/2009 и 76/2010;

заправо актуелни ЗКП врши извесну релативизацију недозвољености употребе незаконитих доказа, с обзиром да суд, када одлучује о дозвољености неког доказа, не води рачуна само о садржини доказа и начину његовог прибављања, како то прописује чл. 16 ст. 1, већ и о утицају који тај доказ има на судску одлуку, као и значају који има у односу на друге изведене доказе.

Оно што је важно нагласити јесте да се цитираном одредбом прихвата доктрина изражена у пракси Европског суда за људска права, између осталих и у познатом случају *Gäfgen v. Germany*<sup>217</sup> из 2010. године, у коме је суд нагласио да приликом оцене да ли је незаконитост неког доказа утицала на повреду права на правично суђење, суштинско питање, најједноставније речено, јесте да ли су спорни докази који су изведени били одлучујући за сам исход поступка.<sup>218</sup> Односно, уколико је у поступку и коришћен незаконит доказ, то не чини поступак у целини неправичним, већ је потребно да се судска одлука заснива искључиво на том доказу, односно да, како то каже наш законодавац, без тог доказа не би била донета иста пресуда.

Због тога и не чуди ова новина у домаћем законнику да заснованост пресуде на незаконитом доказу постане релативно битна повреда поступка, с обзиром да је према раније важећем Законнику о кривичном поступку,<sup>219</sup> ова повреда била третирана као апсолутно битна повреда поступка.<sup>220</sup> Оно у чему се огледа разлика ових повреда јесте што се код апсолутно битних повреда претпоставља да су оне утицале на законитост пресуде, док се код релативно битних утицај незаконитих доказа на законитост пресуде мора доказати у сваком појединачном случају. Дакле, узрочна веза између повреде и пресуде се не претпоставља, већ она мора бити постојећа и то очигледна.<sup>221</sup> Ради потпунијег сагледавања начињене разлике незаконитости доказа као апсолутно и релативно битне повреде одредаба поступка, може се дати следећи логички след. Наиме, да би другостепени, односно трећестепени суд у поступку по захтеву за заштиту законитости утврдио да је у поступку начињена битна повреда одредаба поступка, он претходно мора да одговори на

---

<sup>217</sup> *Gäfgen v. Germany*, app.no. 22978/05;

<sup>218</sup> *Schenk v. Switzerland*, app.no. 10862/84, §§ 46-48; *Bykov v. Russia*, app.no. 4378/02, §§ 88-90;

<sup>219</sup> *Службени лист СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002 и *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон, 72/2009 и 76/2010;

<sup>220</sup> Чл. 368 ст. 1 тач. 10 ЗКП, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002 и *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон, 72/2009 и 76/2010;

<sup>221</sup> Париповић, З. – Основи за изјављивање жалбе по одредбама Законика о кривичном поступку, Билтен Врховног касационог суда бр. 3/2014, Београд, 2014, стр. 236;



питање – да ли се побијана пресуда заснива на незаконитом доказу? Уколико је одговор на ово питање потврдан, то и даље не значи да је учињена повреда одредаба поступка, већ је потребно да суд постави друго питање – уколико би се изоставила чињеница која је утврђена уз помоћ незаконитог доказа, да ли би нижестепени суд донео исту одлуку? Тек у случају потврдног одговора и на ово питање, поступајући суд би могао да примени одредбу чл. 438 ст. 2 тач. 1 ЗКП и утврди да је у поступку начињена битна повреда одредаба кривичног поступка.<sup>222</sup>

Иако није изричито прописано, ЗКП оставља могућност побијања правноснажних судских одлука због употребе незаконитих доказа и путем ванредног правног лека. Наиме, према члану 485 став 1 тачка 1 ЗКП, захтев за заштиту законитости се може поднети ако је правноснажном одлуком или одлуком у поступку који је претходио њеном доношењу, између осталог, повређен закон, при чему повреда закона постоји ако је правноснажном одлуком или у поступку који је претходио њеном доношењу повређена одредба кривичног поступка или ако је на чињенично стање утврђено у правноснажној одлуци погрешно примењен закон.<sup>223</sup> Наведена одредба, иако изричито не прописује незаконитост доказа као разлог изјављивања захтева за заштиту законитости, упућује на учињену побреду одредаба кривичног поступка, која према чл. 438 ст. 2 ЗКП постоји ако се пресуда заснива на доказу на коме се по одредбама овог законика не може заснивати, осим ако је, с обзиром на друге доказе, очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда. На темељу тога је и Врховни касациони суд изградио своју праксу поводом коришћења незаконитих доказа у предметима за заштиту законитости, о чему ће бити више речи у наредном поглављу, које анализира незаконите доказе у домаћој судској пракси. Ово је нарочито значајно јер се кроз одлуке Врховног касационог суда, као највишег суда у земљи, остварује уједначеност судске праксе поводом контроле законитости извођења и оцене доказа у кривичном поступку.

На крају би требало споменути и да Кривични законик,<sup>224</sup> ради спречавања прибављања незаконитих доказа на којима се не може заснивати судска одлука, предвиђа

---

<sup>222</sup> Ипак, и одговор на ово друго питање треба схватити релативно, с обзиром да чињеница која је утврђена уз помоћ незаконитог доказа, може бити утврђена и из других (законитих) доказа, те би тада одлука нижестепеног суда била иста, па не би био испуњен законски услов из чл. 438 ст. 2 тач. 1 ЗКП;

<sup>223</sup> Чл. 485 ст. 1 и 2 ЗКП;

<sup>224</sup> *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019;

неколико кривичних дела – изнуђивање исказа,<sup>225</sup> злостављање и мучење,<sup>226</sup> нарушавање неповредивости стана,<sup>227</sup> противзаконито претресање,<sup>228</sup> повреда тајности писама и других пошиљки,<sup>229</sup> неовлашћено прислушкивање и снимање<sup>230</sup> и неовлашћено фотографисање.<sup>231</sup> Иако поменута кривична дела, с изузетком кривичног дела изнуђивања исказа, може учинити свако лице, прописивањем квалификованих облика дела када је учинилац дела службено лице, законодавац је настојао да постигне ефекат дестимулације у погледу прибављања незаконитих доказа, јер забрана коришћења овако прибављених доказа и заснивања судских одлука на њима није довољно превентивна санкција, већ се ефекат дестимулације постиже и прописивањем поменутих кривичних дела.

## У НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ У ПРАКСИ ДОМАЊИХ СУДОВА

Подсећајући на ранији део рада посвећен судској пракси Врховног суда САД и пажњу коју тај суд пружа ефекту дестимулације, настојали смо да истражимо има ли међу домаћом судском праксом Уставног суда, Врховног касационог суда и апелационих судова разматрања о ефектима незаконитих доказа на законитост судских одлука. Поред тога, вредно пажње је и питање какво је начелно опредељење домаће судске праксе приликом оцене незаконитих доказа на традиционалној скали супротстављених интереса – ефикасног поступка и поштовања људских права.

Иако се питање забране коришћења традиционално посматра као питање заштите људских права окривљеног, пре свега права на правично суђење, сматрамо да је важно нагласити један сасвим супротан начин поимања сврхе ексклузионог правила. Наиме, реч је о раније поменутом гледишту Врховног суда САД да циљ правила о незаконитим доказима није да пруже појединачну заштиту права, јер то већ чини сам Четврти амандман, већ да дестимулише и умањи кршења Четвртог амандмана од стране полиције и других органа поступка. Ово становиште, да правила о искључењу незаконитих доказа имају ефекат дестимулације на поступање полиције и тужилаштва, истини за вољу, нема свог

---

<sup>225</sup> Чл. 136 КЗ;

<sup>226</sup> Чл. 137 КЗ;

<sup>227</sup> Чл. 139 КЗ;

<sup>228</sup> Чл. 140 КЗ;

<sup>229</sup> Чл. 142 КЗ;

<sup>230</sup> Чл. 143 КЗ;

<sup>231</sup> Чл. 144 КЗ;

емпиријског утемељења, али сасвим јасно одражава циљеве и вредности који се желе постићи.

Одавде се намеће питање каква је позиција домаћих судова по овим и другим отвореним питањима незаконитих доказа, као и има ли посебних стандарда и критеријума изграђених у домаћој судској пракси?

## 1. Пракса Уставног суда

Полазећи од поверене друштвене улоге Уставног суда, коме је Устав РС поверио улогу чувара уставности и законитости, и заштитника људских и мањинских права и слобода,<sup>232</sup> најзначајнији и најпотпунији свој допринос остваривању ове своје улоге Уставни суд даје кроз решавање уставних жалби, одакле и произилази његова пракса поводом питања законитости употребе доказа у кривичном поступку која је овде предмет проучавања.

У свим својим одлукама поводом поднетих уставних жалби, којима се подносиоци жале на повреде права на правично суђење, Уставни суд, слично Европском суду за људска права, доследно указује на свој став да није надлежан да преиспитује начин на који су редовни судови ценили доказе и утврђивали чињенично стање, нити да као инстанциони суд оцењује законитост оспорене пресуде. С тим у вези, Уставни суд подсећа на став Европског суда за људска права да незаконитост појединог доказа не доводи аутоматски до неправичног поступка, већ се то оцењује у светлу следећих критеријума: права одбране у односу на незаконити доказ, околности под којима је доказ прибављен, као и да ли се осуђујућа пресуда заснива искључиво на незаконитом доказу.<sup>233</sup>

Тако на пример Уставни суд у својој одлуци Уж-431/2014 од 24.11.2016. године указује на свој став да он није овлашћен да уместо и након редовних судова оцењује изведене доказе у кривичном поступку и да тиме преузима судску надлежност, нити да утврђује чињенично стање, да се изјашњава о постојању кривичног дела, као и о целисходности врсте и висине изречене кривичне санкције, уколико из разлога наведених у уставној жалби не произлази да је доказни поступак спроведен, односно да су докази цењени

---

<sup>232</sup> Чл. 166 Устава;

<sup>233</sup> Schenk v. Switzerland, app.no. 10862/84, §§ 46-48; Bykov v. Russia, app.no. 4378/02, §§ 88-90;

на очигледну штету неке од странака у поступку. Уставни суд није надлежан ни да оцењује законитост судских одлука које су оспорене уставном жалбом, већ само да испита да ли је поступак у ком су те одлуке донете био у целини правичан, односно да ли је обезбедио подносиоцу процесне гаранције садржане у одредби члана 32. Устава.

С тим у вези, Уставни суд подсећа на став Европског суда за људска права да незаконитост појединог доказа не доводи аутоматски до неправичног поступка, већ се то оцењује у светлу следећих критеријума: права одбране у односу на незаконити доказ, околности под којима је доказ прибављен, као и да ли се осуђујућа пресуда заснива искључиво на незаконитом доказу.<sup>234</sup> С обзиром да је реч о минималном стандарду за оцену прихватљивости одређеног доказа, Уставни суд је приликом испитивања да ли су поштовани захтеви из члана 32. став 1. Устава у вези с правичношћу поступка имао у виду релевантне одредбе домаћег права које стандарде прихваљивости доказа подижу на виши ниво.

Уставни суд истиче да суштина неког правила које забрањује прибављање доказа на одређени начин није само у немогућности употребе тог доказа пред судом, већ у томе да он не може бити никако употребљен, а то значи ни непосредно ни посредно тј. извођењем других доказа који се заснивају на незаконитом доказу. На овај начин, Уставни суд несумњиво потврђује примену доктрине „плода отровног дрвета“ у својој судској пракси, циљно тумачећи забрану извођења и коришћења незаконитих доказа, признајући незаконитост посредно изведених доказа, односно оних доказа који се заснивају, или до којих се дошло посредством незаконитих доказа. Овакво становиште Уставног суда је у потпуности усклађено и са одредбом члана 16 Законика о кривичном поступку који изричито прописује да се судске одлуке не могу заснивати, између осталих, на посредно незаконитим доказима.

У конкретном случају, Уставни суд је, увидом у пресуду Основног суда у Суботици К. 552/11 од 17. маја 2011. године и пресуду Апелационог суда у Новом Саду Кж.1. 2348/11 од 9. јануара 2013. године, утврдио да се оспорене пресуде, у односу на окривљеног А. Д, заснивају на доказима - привремено одузетим предметима (један мобилни телефон марке Sony Ericsson Z 320I, један мобилни телефон марке BlackBerry, једно ауто појачало марке Алпина, два појачивача струје за кола, три звучника „Сал“, три акумулатора, једна клешта

---

<sup>234</sup> Ibid.;

за сечење метала и једна пила за сечење метала) који су наведени у потврди Министарства унутрашњих послова Ку. 139/10 од 22. јануара 2010. године. Приликом претреса куће подносиоца 21. јануара 2010. године, који су обавили припадници Министарства унутрашњих послова, одузети су напред наведени предмети описани у потврди Ку. 139/10. Одлуком Уставног суда Уж-1327/2010 од 20. октобра 2011. године, ставом првим изреке, усвојена је уставна жалба подносиоца и утврђено је да ја Министарство унутрашњих послова - Полицијска управа у Суботици радњом претресања стана извршеном 21. јануара 2010. године повредило право подносиоца уставне жалбе на неповредивост стана, зајемчено одредбама члана 40. ст. 1. и 2. Устава Републике Србије.

Имајући у виду све наведено, Уставни суд је оценио да докази - привремено одузети предмети, наведени у потврди Ку. 139/10 од 21. јануара 2010. године, који су проистекли из радње претресања стана подносиоца, представљају недозвољене доказе, јер је радњом претресања стана подносиоцу повређено право из члана 40. ст. 1. и 2. Устава. Реч је дакле о доказима који су, према начину прибављања, у супротности са Уставом предвиђеним јемствима о неповредивости стана, као и одредбама ЗКП о условима под којим се без одлуке суда може ући у стан или друге просторије и извршити претресање, а услед тога се ни пресуда не може на њима заснивати. Полазећи од свега до сада изложеног, Уставни суд је утврдио да је подносиоцу уставне жалбе оспореним пресудама повређено право на правично суђење зајемчено одредбом члана 32. став 1. Устава.

Уставни суд је у предмету Уж 9820/2013 од 19.5.2016. године, ценио наводе подносиоца уставне жалбе да се пресуде Апелационог суда у Београду заснивају на вештачењима Националног криминалистичког центра Министарства унутрашњих послова и исказима вештака Института за безбедност, али да су наведени докази изведени на основу потврде о привремено одузетим предметима од саокривљеног, која потврда је издвојена као доказ из списка, јер је претходно утврђено да је прибављена противно Законику о кривичном поступку.

Полазећи од наведеног, Уставни суд је у спроведеном поступку утврдио да је Виши суд у Шапцу издвојио из списка предмета потврду о привремено одузетим предметима од окривљеног (два ПВЦ пакетића), јер је утврдио да није сачињена у складу са одредбама Законика о кривичном поступку будући да је претрес лица извршен без наредбе суда, те да се на њој не може заснивати судска одлука. Уставни суд даље указује да се оспорене пресуде

Апелационог суда у Београду претежно заснивају на физичко-хемијском вештачењу садржине наведених ПВЦ пакетића и вештачењу ДНК трагова подносиоца уставне жалбе са површине пакетића. С обзиром да је потврда о привремено одузетим предметима издвојена из списка, чиме је заправо постала неважећи доказ, то имплицира да суштински не постоји доказ да су од саокривљеног одузете две ПВЦ кесице са прашкастом супстанцом. Ова околност се није могла отклонити коришћењем других доказа (у конкретном случају поменутих вештачењима), јер је реч о доказима који не би постојали да није било предмета који су одузети, а који су потом издвојени из списка. Услед тога се ни пресуда не може на њима заснивати.

Готово идентично чињенично стање је Уставни суд имао и у предмету Уж 9926/2016 од 20.6.2019. године, када је Уставни суд потврдио свој став да се осуђујућа пресуда не може заснивати на вештачењима опојних дрога у случајевима када је потврда о одузетим предметима издвојена из списка, с обзиром да тиме нема предмета који би се вештачио, те се на таквим вештачењима пресуда не може заснивати.

Уставни суд је у предмету Уж-3650/2012 од 11.12.2014. године, у коме су улазак и претресање стана подносиоце уставне жалбе извршени без наредбе суда (због чега је записник о претресању правноснажним решењем издвојен из списка предмета), да би Виши суд у Београду у доказном поступку против подносиоце уставне жалбе користио исказе полицајаца о том претресу и потврде о одузетим предметима приликом претреса, као и „забелешке припадника полиције о тим радњама“. Поред тога, Уставни суд је утврдио да се оспорене пресуде Вишег и Апелационог суда у Београду претежно и заснивају на овим доказима - на исказима два полицајца који су извршили претрес стана, као и на потврди о одузетим предметима која је сачињена приликом наведеног претреса.

Уставни суд је поновио свој став да суштина неког правила које забрањује прибављање доказа на одређени начин није само у немогућности употребе тог доказа пред судом, већ у томе да он не може бити никако употребљен, а то значи ни посредно тј. извођењем других доказа који се заснивају на незаконитом доказу. У складу с тим, Уставни суд истиче да је издвајањем записника о претресању из списка предмета као доказа на којем се не може заснивати судска одлука, редовни суд у суштини оценио да за улазак у стан и претресање које је након тога извршено нису били испуњени законски услови. Такав недостатак се није могао отклонити коришћењем других доказа – у конкретном случају

саслушањем полицајаца који су извршили претрес стана и читањем потврде о одузетим предметима – јер је реч о доказима који не би постојали да није било незаконитог уласка у стан и извршеног претресања. Реч је дакле о доказима који су, посредно, према начину прибављања у супротности са Уставом предвиђеним јемствима о неповредивости стана, као и одредбама ЗКП о условима под којим се без одлуке суда може ући у стан или друге просторије и извршити претресање, а услед тога се ни пресуда не може на њима заснивати. И овај предмет представља школски пример примене теорије „плода отровног дрвета“ у домаћој судској пракси, односно пракси Уставног суда, приликом утврђивања утицаја незаконитих доказа на повреду права на правично суђење.

Пракса Уставног суда, из изложених примера, није богата случајевима који се тичу извођења незаконитих доказа и заснивања судских одлука на њима. Ипак, изложени примери потврђују улогу Уставног суда као заштитника људских и мањинских права и слобода, пре свега права окривљених у поступку. Доследном применом наведених становишта Уставног суда омогућава се боља и потпунија афирмација доктрине „плода отровног дрвета“, која, као тековина англосаксонског правног поретка, представља релативну новину у домаћем правном систему, о чему је већ било речи. Дакле, поред увршћивања посредно незаконитих доказа у члан 16 ЗКП, афирмацијом овог приступа кроз праксу Уставног суда он може доживети свој пуни развој кроз праксу првостепених и другостепених судова, као и Врховног касационог суда, као највишег суда у Републици Србији.

## **2. Пракса Врховног касационог суда**

Члан 142 Устава РС предвиђа да је судска власт јединствена на територији Републике Србије, те према члану 143 Устава судска власт у Републици Србији припада судовима опште и посебне надлежности, при чему је Врховни касациони суд највиши суд у Републици Србији. С друге стране, изван система судске власти делује Уставни суд, кога члан 166 Устава дефинише као самостални и независни државни орган који штити уставност и законитост и људска и мањинска права и слободе. Имајући у виду да се људска и мањинска права и слободе пред Уставним судом штите само изузетно, путем уставне жалбе против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна

овлашћења којима се она повређују,<sup>235</sup> пракса Уставног суда се ипак разликује у односу на редовне судове, што логично произилази из улоге судова приликом утврђивања чињеничног стања и кривице окривљеног, те и оцене законитости судских одлука, што није улога Уставног суда, у складу с напред поменутиим.

Због тога је пракса редовних судова донекле потпунија, односно више заснована на чињеничним питањима поводом којих судови заузимају своје ставове, који су од једнаког, ако не и већег, значаја за проучавање незаконитих доказа у домаћем правном поретку. По природи ствари, овде најзначајнију улогу заузима Врховни касациони суд, као највиши суд у Републици, чије одлуке донете у поступцима по ванредном правном леку, снагом свог ауторитета формирају судску праксу првостепених и другостепених судова.

Врховни касациони суд је у својој пресуди Рев2 25/2016 од 13.4.2016. године, поводом навода бранилаца да се побијане пресуде заснивају на записнику о претресању куће у изградњи у власништву Р.В. из К., за чији претрес није постојала наредба суда, а што је у супротности са одредбом члана 155 ЗКП, па самим тим и на потврди о привремено одузетим предметима а која је саставни део наведеног записника, представљају незаконите доказе у смислу члана 84 ЗКП, потврдио да је претресање наведене куће извршено супротно закону, те и потврда о привремено одузетим предметима од окривљеног Б.Ђ. (која представља саставни део тог записника), није сачињена на законом прописан начин, те представља посредно незаконит доказ.

Међутим, по оцени Врховног касационог суда у конкретном случају била би донета иста пресуда и без записника о извршеном претресу куће која се налази поред породичне куће окривљеног, и без потврде о привремено одузетим предметима од окривљеног, с обзиром да је окривљени у својој одбрани коју је дао пред овлашћеним службеним лицем ПУ Зрењанин у присуству браниоца по службеној дужности дана 12.02.2014. године навео да је сем Н.П., и свом познанику М.З. продао један пакетић марихуане, као и да из исказа сведока Н.П., произилази да је заједно са окривљеним конзумирао марихуану више пута коју је набављао окривљени Б.Ђ. и за то није тражио надокнаду, а да у фебруару 2014. године окривљени му је у више наврата то јест три до четири пута дао по 10 грама марихуане упаковане у кесице од по 1 грам ради даље продаје и за то му плаћао 6.000,00 динара да би сведок даље то продавао по 1.000,00 динара за 1 грам, а како је то утврђено и у

---

<sup>235</sup> Чл. 170 Устава РС;



правноснажним пресудама, па је стога очигледно да би иста одлука у конкретном случају била донета и на основу одбране окривљеног и исказа сведока Н.П. Цитирани случај представља одличан показни пример оцене утицаја незаконитих доказа на одлуку суда, при чему је Врховни касациони суд у конкретном случају утврдио да су други докази довољни за осуду окривљеног, те да би иста одлука била донета и без коришћења незаконитих доказа.

Овакав став ВКС-а је врло вероватно настао под утицајем праксе Европског суда за људска права, који приликом оцене постојања повреде права на правично суђење, оцењује утицај незаконитост доказа на исход поступка.<sup>236</sup> Међутим, мора се приметити да оваква пракса не прати разлику у терминологији коју користи Законик о кривичном поступку. Наиме, ЗКП користи изразе „докази који не могу бити *коришћени* у поступку“ (чл. 84 ст.1 и чл. 237 ст. 1) и „докази на којима се не може *заснивати* судска пресуда“ (чл. 16 ст. 1 и 438 ст. 2 тач. 1), јасно је да први појам шири од другог, али и да се на незаконитим доказима не може заснивати судска одлука, те да они и не могу бити коришћени у поступку.<sup>237</sup> С друге стране, и сам ЗКП прави одступање од сопствених правила, релативизирајући опште правило из чл. 84 ст. 1 и чл. 237 ст. 1 да се у поступку не може користити незаконит доказ, изостављањем санкције за коришћење незаконитих доказа у првостепеном поступку, с обзиром да према чл. 438 ст. 2 тач. 1 само заснованост пресуде на незаконитом доказу може довести до битне повреде одредаба поступка, и то под условом да би без тог доказа била донета другачија одлука. Из овога се може извући закључак да се коришћење, односно извођење доказа забрањује само у првостепеном поступку, док то није разлог за укидање првостепене одлуке услед битне повреде одредаба поступка, већ је потребно да се пресуда на том доказу и *заснива*, а не само да је коришћен, те да је тако коришћен доказ од одлучујућег утицаја на донету првостепену одлуку. Из тог разлога је и разумљива одлука Врховног касационог суда Рев2 25/2016 од 13.4.2016. године, нарочито јер је реч о ванредном правном средству, као и због околности да су одбрана окривљеног и исказ сведока Н.П. довољни да суд несумњиво закључи да би и без незаконитих доказа била донета идентична одлука.

---

<sup>236</sup> Gäfgen v. Germany, app.no. 22978/05, §164; Khan v. the United Kingdom, app.no. 35394/97, §§ 35 и 37; Schenk v. Switzerland, app.no. 10862/84, §§ 46-48; Bykov v. Russia, app.no. 4378/02, §§ 88-90

<sup>237</sup> Петеновић, Љ. – Докази на којима се не може заснивати пресуда, Билтен Врховног касационог суда бр. 3/2014, Београд, 2014, стр. 104;

Врховни касациони суд је, с друге стране, одбио да поступа у предмету по захтеву за заштиту законитости Кзз 505/2016, у коме бранилац окривљеног сматра да се пресуда заснива на доказима који су прибављени на незаконит начин, с обзиром да претрес стана у коме станује окривљени, није започет дању, већ ноћу, иако није било законских разлога, те како није постојало одобрење судије за претходни поступак да се претрес врши ноћу, стога су сви докази, укључујући и записник о претресању стана и потврде о привремено одузетим предметима, прибављени на незаконити начин и морали су бити издвојени из списка у смислу члана 16. став 1. и члана 84. ЗКП. Ипак, Врховни касациони суд је ове наводе оценио као неосноване, кратко наводећи у образложењу своје одлуке да се правноснажне пресуде заснивају на доказима које је првостепени суд извео на главном претресу, у поступку спроведеном у свему по одредбама ЗКП, те „како су идентични наводи истицани и у жалби на првостепену пресуду, а разлоге другостепеног суда дате на страни 3 другостепене пресуде, овај суд оцењује као аргументоване, јасне и довољне, те на њих и упућује у смислу члана 491. став 2. ЗКП.“<sup>238</sup>

Супротно претходно изложеном случају, Врховни касациони суд је овом својом одлуком занемарио одредбе Законика о кривичном поступку, које изричито предвиђају да се претресање по правилу врши дању, а само изузетно ноћу (између 22 и 6 часова), уколико је започето дању па није довршено или ако је то одређено наредбом за претресање,<sup>239</sup> што овде није био случај. Штавише, Законик захтева и да ће се у записнику о претресању посебно образложити због чега се претресање врши ноћу,<sup>240</sup> што у овом случају такође није учињено. С обзиром да су поменути докази – записник о претресању стана и потврде о одузимању предмета, прибављени противно одредбама законика, исти представљају незаконите доказе у смислу чл. 16 ст. 1 ЗКП, који не би смели бити коришћени у поступку, сагласно чл. 84 ст. 1 ЗКП. Услед недоследности на које је већ указивано, Врховни касациони суд би при датом чињеничном стању, могао само да оцењује да ли би и без ових доказа „очигледно ... била донесена иста пресуда“, у складу с чл. 438 ст. 2 ЗКП. Чак и уколико би ВКС нашао да би и поред утврђене незаконитости доказа и њиховог издвајања била донета иста пресуда, то не

---

<sup>238</sup> Чл. 491 ст. 2 ЗКП: „Ако је захтев поднет због повреде закона (члан 485. став 1. тачка 1) која је неосновано истицана у поступку по редовном правном леку, а Врховни касациони суд прихвати разлоге које је дао жалбени суд, образложење пресуде ће се ограничити на упућивање на те разлоге.“

<sup>239</sup> Чл. 157 ст. 1 ЗКП;

<sup>240</sup> Чл. 157 ст. 3 ЗКП;

значи да ову процену не треба вршити, с обзиром да на то недвосмислено упућује одредба чл. 438 ст. 2 ЗКП, као и пракса Европског суда за људска права. Због тога одбијање захтева за заштиту законитости с позивом на чл. 491 ст. 2 ЗКП и упућивање на разлоге другостепеног суда не доприноси правној сигурности и заштити права окривљеног у поступку.

У предмету Врховног касационог суда Кзз 593/2016, доказна радња претресање стана и других просторија – гараже, извршена је на основу наредбе судије за претходни поступак Вишег суда у Београду од стране овлашћених службених лица ПУ за Град Београд – УКП Другог одељења, у присуству сведока и окривљеног, о чему је сачињен записник, као и потврда о привремено одузетим предметима, која писмена је окривљени без примедби потписао. Околност што су наведену доказну радњу обавила овлашћена службена лица УКП Другог одељења, Полицијске управе за Град Београд, а не УКП ОБПОК како је то било одређено наредбом судије за претходни поступак, према становишту Врховног касационог суда, не чини незаконитим записник о претресању стана и других просторија и потврду о привремено одузетим предметима, с обзиром да из садржине писмених доказа који се односе на претресање предметне гараже произлази да је доказна радња претресање стана у сваком случају извршена од стране овлашћених службених лица МУП-а, само од стране друге организационе јединице, имајући при том у виду исказ сведока М.К., који је објаснио да су припадници ОБПОК-а, затражили од УКП Другог одељења помоћ ради спровођења претресања предметних станова и гараже, из којих разлога је он у наведеној акцији и учествовао.

ВКС је у предмету Кзз 1337/2016 од 23.2.2017. године, поводом ванредног правног лека у предмету у коме је вођен јединствен кривични поступак, у коме је окривљеном, поред кривичног дела прање новца из члана 231 став 2 у вези става 1 у вези члана 33 КЗ, за које је осуђен побијаним пресудама, било стављено на терет између осталог, и кривично дело недозвољена трговина из члана 243 став 4 у вези става 1 КЗ, те да је у погледу наведених кривичних дела окривљени изнео јединствену одбрану у којој се изјаснио да новац, ближе означен у изреци побијане правноснажне пресуде, потиче од противправних радњи - увоза и продаје пољопривредне механизације, за које није имао законско овлашћење. Такође, окривљени је на главном претресу негирао извршење наведених кривичних дела. Јавни тужилац је одустао од кривичног гоњења за кривично дело недозвољена трговина из члана

243 став 4 у вези става 1 КЗ, али због процесно-правних разлога, јер је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења за то кривично дело. Због тога се поставило питање, да ли се одбрана окривљеног, дата заједнички за оба дела, може сада користити у поступку за дело из члана 231 став 2 у вези става 1, а у вези члана 33 КЗ, с обзиром да је за једно од дела за које је окривљени изнео своју одбрану наступила апсолутна застарелост, те да се за то дело поступак више не води против окривљеног?

Према схватању Врховног касационог суда, овако дата одбрана окривљеног у односу на наведена кривична дела, и то како сама по себи, тако и према начину прибављања, представља дозвољен доказ на коме се по одредбама Законика о кривичном поступку може заснивати судска пресуда. Наиме, одбрана окривљеног представља јединствену целину коју је суд ценио у склопу осталих изведених доказа приликом доношења осуђујуће пресуде у односу на окривљеног, а због кривичног дела праће новца из члана 231 став 2 у вези става 1 у вези члана 33 КЗ. Стога, нема законских разлога да се у смислу члана 84 ЗКП, из списка предмета издваја и не користи као доказ одбрана окривљеног у делу у коме се исти изјашњавао у односу на кривично дело из члана 243 став 4 у вези става 1 КЗ.

### 3. Пракса апелационих судова

Поред напред већ изложене судске праксе Уставног суда и Врховног касационог суда, од значаја за разумевање и примену правила о незаконитим доказима су и ставови другостепених – апелационих судова,<sup>241</sup> с обзиром да питање незаконитих доказа знатно чешће бива предмет рада апелационих судова, јер они редовно цене жалбене наводе учесника у поступку услед коришћења жалбе као редовног правног средства, док захтев за заштиту законитости пред Врховним касационим судом, односно уставна жалба пред Уставним судом, представљају ванредна правна средства која се изузетно користе. Притом, поред неспорног значаја појединачних одлука апелационих судова на судску праксу,

---

<sup>241</sup> Према чл. 6 Закона о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава *Службени гласник РС*, бр. 101/2013, у Републици Србији постоји четири апелациона суда, и то: 1) Апелациони суд у Београду, за подручја виших судова у Београду, Ваљеву, Панчеву и Смедереву; 2) Апелациони суд у Крагујевцу, за подручја виших судова у Јагодини, Крагујевцу, Крушевцу, Краљеву, Новом Пазару, Пожаревцу, Чачку и Ужицу; 3) Апелациони суд у Нишу, за подручја виших судова у Врању, Зајечару, Неготину, Лесковцу, Нишу, Прокупљу и Пироту; 4) Апелациони суд у Новом Саду, за подручја виших судова у Зрењанину, Новом Саду, Сомбору, Сремској Митровици, Суботици и Шапцу;

нарочито основних и виших судова са њихове територије, нарочит значај имају и ставови апелационих судова заузети на заједничким седницама ових судова. Наиме, сагласно чл. 24 ст. 3 Закона о уређењу судова<sup>242</sup> као и чланова 29 и 29а Судског пословника<sup>243</sup> апелациони судови најмање три пута годишње одржавају заједничке седнице ради усклађивања њиховог рада, разматрања спорних питања од значаја за функционисање судова у Републици Србији и уједначавања судске праксе, и обавештавају Врховни касациони суд о спорним питањима од значаја за функционисање судова у Републици Србији и уједначавање судске праксе.

У погледу незаконитих доказа, као теме овог рада, пажње је вредан и закључак заједничке седнице кривичних одељења апелационих судова са седнице од 02.12.2016. године, када је заузет став да се исказ сведока који сведочи о ономе што му је привилеговани сведок рекао о кривичноправном догађају који је предмет кривичног поступка, при чему привилеговани сведок у поступку, сходно одредби чл. 94 ст. 1 ЗКП, искористио своје право да не сведочи, јер сведок на овај начин сведочи о чињеницама које је својим чулима опазио и коришћење тог исказа као доказа у кривичном поступку није у супротности са било којом одредбом ЗКП, па се не ради о незаконитом доказу у смислу одредбе чл. 84 ст. 1 у вези одредбе чл. 16 ст. 1 ЗКП.

Поводом примене видео надзора на објекту и коришћења тако прибављених доказа у поступку, Апелациони суд у Нишу је у својој пресуди Кж1 723/2015 од 09.11.2015. године заузео став да је снимак сигурносне камере доказ на коме се пресуда може заснивати, јер се не ради о тајном праћењу и снимању, као посебној доказној радњи, већ о снимању објекта које је увео држалац просторије као вид безбедносне мере и заштите своје имовине од учинилаца било ког кривичног дела.

С друге стране, Апелациони суд у Крагујевцу је својим решењем Кж2 655/2016 од 06.09.2016. године поништио првостепено решење о издвајању записника о испитивању сведока Н.Љ. пред Основним јавним тужиоцем. Наиме, суд је нашао да није било места издвајању из списка предмета овог записника, упркос чињеници да је наведени сведок испитан без присуства браниоца окривљеног, која није била ни обавештена о испитивању

---

<sup>242</sup> *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 - др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 - одлука УС, 87/2018 и 88/2018 - одлука УС;

<sup>243</sup> *Службени гласник РС*, бр. 110/2009, 70/2011, 19/2012, 89/2013, 96/2015, 104/2015, 113/2015 - испр., 39/2016, 56/2016, 77/2016, 16/2018, 78/2018, 43/2019 и 93/2019;

сведока, коме је имала право да присуствује у смислу члана 300 ЗКП. По оцени Апелационог суда, „сведок Н.Љ. испитан је у присуству пуномоћника оштећеног, упозорен је у смислу члана 95 став 1 ЗКП да је дужан да говори истину, да ништа не сме прећутати и да давање лажног исказа представља кривично дело, као и да није дужан да одговора на одређена питања у смислу члана 95 став 2 ЗКП и да је дужан да о промени адресе обавести јавног тужиоца (члан 95 став 3 ЗКП), при чему је упозорен у смислу члана 93 и 94 ЗКП (које одредбе се односе на искључење и ослобођење од дужности сведочења). Такође, констатовано је да је записник прочитан и да сведок нема приговор у погледу његове садржине, па су записник потписали јавни тужилац, записничар, сведок Н.Љ. и пуномоћник оштећеног. Дакле, записник је сачињен у складу са одредбама о испитивању сведока као доказној радњи из члана 91-98 ЗКП.“ С друге стране, околност да испитивању сведока није присуствовао бранилац окривљеног, нити је био позван да присуствује извођењу овог доказа „не чини наведени записник недозвољеним доказом у смислу члана 84 ЗКП, јер није у питању доказ који је, непосредно или посредно, сам по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, Закоником о кривичном поступку или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима (члан 16. став 1. ЗКП).“

Цитирана одлука Апелационог суда у Крагујевцу је веома интересантна – њоме се отворено крши принцип једнакости оружја, односно право окривљеног да испитује сведоке оптужбе, гарантованог чланом 33 став 5 Устава РС и чланом 6 став 3 тачка д) Европске конвенције о људским правима, односно право окривљеног да се изјасни о свим чињеницама и доказима који га терете и да испитује сведоке оптужбе, гарантовано чланом 68 став 1 тачка 10 ЗКП. Познат је став Европски суд за људска права изражен у одлуци *Unterpertinger v. Austria* из 1986. године да употреба исказа прибављених од стране полиције или у истрази није сама по себи противна члану 6 став 1 и 3 Конвенције, уколико су поштована права одбране. Ове одредбе захтевају да се окривљеном или његовом браниоцу пружи адекватна прилика да испитује и оспорава сведока оптужбе, било у тренутку давања исказа или у каснијем току поступка.<sup>244</sup> Како из чињеничног стања у предмету Апелационог суда у Крагујевцу Кж2 655/2016 не произилази да је окривљени касније имао могућност да

---

<sup>244</sup> *Unterpertinger v. Austria*, app.no. 9120/80, §31; *Kostovski v. The Netherlands*, app.no. 11454/85, §41; *Delta v. France*, app.no. 11444/85, §36; *Isgrò v. Italy*, app.no. 11339/85, §34; *Lucà v. Italy*, app.no. 33354/96, §§ 40-43;

испитује сведока Н.Љ, записник о саслушању овог сведока је морао бити издвојен из списка. Оваква одлука не би задовољила стандарде Европског суда за људска права, који је, примера ради, у предмету *Kovač v. Croatia*<sup>245</sup> утврдио повреду члана 6 став 1 заједно са ставом 3 овог члана из истих разлога, иако је у поменутом случају био споран исказ малолетне оштећене, која је свој исказ дала пред истражним судијом, без присуства окривљеног или његовог браниоца. Суд је утврдио повреду иако је суд послао позив окривљеном, али није било доказа да је он исти заиста и примио, при чему се случај тицао кривичног дела недозвољених полних радњи према малолетнику, те су посебни интереси заштите малолетника од поновног суочења са окривљеним руководили домаћи суд да оштећену не саслушава поново у присуству окривљеног. Како ових околности у предмету Апелационог суда није било, јасно је да би тим пре, у хипотетичком случају подношења представке од стране окривљеног у овом предмету, Европски суд утврдио несагласност ове одлуке са чланом 6 став 1 и 3 Конвенције.

Апелациони суд у Крагујевцу је у свом решењу Кж2 805/2018 од 27.12.2019. године заузео дијаметрално супротан став по овом питању, истакавши да у ситуацијама када јавни тужилац, након испитивања сведока у истрази, донесе наредбу о проширењу истраге на још три лица, и то управо из разлога што је из исказа испитаног сведока утврдио да постоје основи сумње да су наведена три лица учинила одређено кривично дело, након чега није дошло до поновног испитивања тог сведока на начин да се омогући окривљенима на која је истрага проширена да присуствују испитивању, записник о испитивању тог сведока има се издвојити из списка као незаконит доказ и на њему се не може засновати пресуда у односу на та три лица. Исти став дели и Врховни касациони суд у својој одлуци у предмету Кзз 845/2016, у коме је усвојен захтев за заштиту законитости јер је суд утврдио да исказ сведока, дат у поступку истраге, није изведен на главном претресу, што је супротно одредби члана 419 став 1 ЗКП, којим је предвиђено да суд пресуду заснива само на доказима који су изведени на главном претресу.

С тим у вези, као један од најчешћих видова повреде одредби о незаконитим доказима у пракси Врховног касационог суда се јављају случајеви у којима поступајући тужиоци испитују сведоке у поступку истраге супротно члану 300 став 1 и 6 ЗКП, односно без позивања или присуства браниоца и осумњиченог, при чему није постојало одобрење

---

<sup>245</sup> *Kovač v. Croatia*, app. no. 503/05;

судије за претходни поступак, те ВКС у овим предметима редовно утврђује да је реч о незаконитим доказима.<sup>246</sup>

У предмету Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 1313/2016, било је речи о о исказу криминалистичког техничара Н.Ј. који је у предметној кривичноправној ствари испитан у својству сведока, при чему се исти изјашњавао, не само на околности које се односе на његова непосредна запажања и сазнања о одлучним чињеницама, већ и у односу на околности идентификације и тумачења трага пронађеног на лицу места у смислу његовог упоређивања са индивидуалним карактеристикама обуће која је одузета од окривљеног, а првостепени суд је исказ овог сведока прихватио, са образложењем да исти има довољно стручног знања да може да сведочи о наведеним чињеницама, а утврђено чињенично стање да је окривљени И.М. учинилац предметног кривичног дела управо је засновано на оваквом исказу сведока Ј. а довођењем у везу са истим исказом. Како се у конкретном случају ради о криминалистичком техничару, који је предузимао службене радње приликом вршења увиђаја, то се на његовом исказу одлука суда није могла заснивати у делу који се односи на постојање подударности између трага патике на лицу места и патике која је одузета од окривљеног, јер тумачење оваквих трагова може вршити само лице које поседује одговарајућа стручна знања из трасологије и које се налази на одговарајућем списку сталних судских вештака, а не овлашћено службено лице полиције које је у преткривичном поступку приликом вршења увиђаја пронашло, фиксирало и обезбедило трагове без обзира што се ради о криминалистичком техничару као што је сведок Ј. који у складу са својим занимањем поседује одређени ниво знања и за тумачење оваквих трагова.

---

<sup>246</sup> Кзз 1064/2017 од 16.11.2017. године; Кзз 1217/2017 од 07.12.2017. године; Кзз 30/2019 од 29.01.2019. године;



## VI ЗАКЉУЧАК

Идеја доказних забрана има снажно упориште у многим, ако не и свим, савременим националним правним системима, услед чега је и сама постала међународни стандард кривичног процесног права. Може се рећи и да правила о доказним забранама следе латински принцип *ex injuria jus non oritur*, односно да из неправда не може настати право.

Чини се ипак, да колико год неспорна била потреба за начелном забраном незаконито прикупљених доказа, истовремено је једнако споран домет, односно опсег доказних забрана, те је питање до ког је степен заштити права окривљених у поступку дозвољено да утиче на ефикасност кривичног гоњења и даље једно од најотворенијих питања кривичног процесног права. Стална дебата теоретичара и практичара континентално-европске и англоамеричке правне школе ипак не умањује донекле постигнут консензус око категорије доказа прикупљених тортуром, као доказа који у толикој мери вређају правни поредак и основна права човека, да је њихово прикупљање, а нарочито употреба и заснивање судских одлука на њима, у тој мери противна општим начелима савремених правних система, да се тако добијени докази ни у ком случају не могу користити, без обзира на њихову доказну вредност.

Овде се ипак чини подесним за указати на уочену разлику и, може се рећи чак, контрадикторност у погледу разлога незаконитости доказа и објеката који се забраном њиховог коришћења штите. Наиме, како је већ у оквиру рада изложено, правило о искључењу незаконито прибављених доказа потиче из Сједињених америчких држава, где први пут ово правило поставио амерички Врховни суд 1914. године, санкционишући искључењем из списка предмета исправе које су прибављене претресањем без налога, супротно Четвртог амандману уз Устав САД, да би ово правило обухватило и кршења права предвиђених Петим и Шестим амандманом уз Устав САД, којима се гарантују привилегија против самооптуживања и права одбране, у првом реду право на једнакост оружја. Сматрамо потребним нагласити да Устав САД и његови амандмани не садржи забрану мучења, нечовечног или понижавајућег поступања, како то чине уставни већине савремених држава. Насупрот томе, Осми амандман уз Устав САД садржи забрану одређивања сурових и неуобичајених казни (као санкцију за извршена дела, прим. аут.), али нема одредби које би забрањивале примену тортуре, нечовечног или понижавајућег поступања у фази предистраге или у истрази, па чак ни у току главног претреса, већ се ова забрана односи

искључиво на сурово кажњавање, као реликт непримерених и сурових казни својствених англосанксонском друштву до 19. века. Отуда се и пракса Врховног суда САД развила на темељу кршења права на приватност и права одбране, гарантованих четвртим, петим и шестим амандманом.

На старом континенту ствари стоје сасвим другачије. Забрана мучења, нечовечног или понижавајућег поступања, као једна од фундаменталних вредности европских народа, заузима високо место у хијерархији заштите људских права. Овакав закључак не потврђује само Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, која ову забрану прописује у свом трећем члану, одмах иза права на живот, као најважнијег права гарантованог Конвенцијом, већ и сама пракса Европског суда за људска права. Наиме, као што је приказано у 3. глави овог рада која обрађује стандарде ЕСЉП-а, незаконите доказе који се пред овим судом јављају као спорни можемо поделити у три главне групе – оне настале повредом забране мучења, нечовечног или понижавајућег поступања, затим на доказе настале повредом права одбране, као и доказе настале повредом права на приватни живот, дом или преписку.

Притом, употреба исказа који су прибављени повредом члана 3 – без обзира на природу учињене повреде и класификацију на мучење, нечовечно или понижавајуће поступање, аутоматски чини цео кривични поступак неправичним, те исто важи и за материјалне доказе који су прибављени тортуром, док ће материјални докази прибављени нечовечним или понижавајућим поступањем учинити поступак неправичним уколико су тако прикупљени докази утицали на осуду окривљеног. Процену утицаја учињене повреде на правичност поступка ЕСЉП ће ценити увек и код повреда права из члана 6 и члана 8 Конвенције, односно повреда права одбране и права на приватност, дом и преписку. Суд ће том приликом ценити да ли се осуда заснива једино или претежно на спорном доказу, затим да ли је окривљени имао прилике да оспорава коришћење или аутентичност доказа, као и квалитет самог доказа, односно да ли околности његовог прибављања бацају сумњу на његову тачност или поузданост. Притом, Суд ће само у изузетним случајевима утврђивати повреду права на правични поступак, и то махом у случајевима значајнијих повреда права на једнакост оружја или привилегије против самооптуживања, уз случајеве примене посебних доказних радњи, када нема гаранција против њихове злоупотребе.

Дакле, из изложеног се може видети различит приступ у разлозима незаконитости доказа Врховног суда САД и Европског суда за људска права, те да су примарни разлози искључења доказа пред Врховним судом САД повреде права на приватност, коме ЕСЉП поклања знатно мање пажње, и који као главни и увек недопуштени начин прибављања исказа и материјалних доказа наводи мучење, као и нечовечно и понижавајуће поступање ради прибављања исказа. У складу с тим, намеће се питање који од ових приступа прихватају српско законодавство и домаћа судска пракса?

Одговарајући на ово питање, ниједно од изложених решења се не чини одговарајућим, већ је код нас прихваћена мешавина овако различито достигнутих стандарда заштите људских права у кривичном поступку. Наиме, следећи праксу ЕСЉП-а, српски законодавац је отишао знатно даље, прописујући не само забрањеност, већ и кажњивост сваке примене мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, силе, претње, принуде, обмане, медицинских захвата и других средстава којима се утиче на слободу воље или изнуђује признање или каква друга изјава или радња од окривљеног или другог учесника у поступку. Тиме се заправо у значајној мери конкретизује начелна забрана мучења, нечовечног или понижавајућег поступања из чл. 25 ст. 2 Устава РС, какву одредбу познају бројни уставни земаља широм света и конвенције за заштиту људских права, тиме што се забрањује и кажњава примена ових мера, које саме по себи чине тако прибављене доказе незаконитим, те у поступку неупотребљивим. Дакле, овде је ниво заштите права учесника у поступку виши у односу на онај постављен праксом ЕСЉП-а, те се не захтевају било какви услови или испитивања утицаја овако прибављених доказа на конкретну осуду.

Поред заштите од употребе доказа који су сами по себи незаконити, српски законодавац једнако забрањује и употребу доказа чији разлози незаконитости леже у начину њиховог прибављања. Тачније, постоји забрана заснивања судске одлуке, као и обавеза суда да издвоји доказе који су прибављени супротно Уставу, закону, општеприхваћеним правилима међународног права, као и међународним уговорима. Дакле српски законодавац и по овом питању превазилази стандарде Европског суда за људска права по овом питању, јер предвиђа да се морају издвојити сви они докази где одредбе о њиховом прибављању нису поштоване, у који широки спектар се могу убројати многи практични примери, као што су искази окривљеног добијени ускраћивањем било ког права одбране предвиђених чланом 68 ЗКП или постављањем сугестивних и капциозних питања (чл. 86 ст. 3 ЗКП), искази сведока

који су искључени или ослобођени дужности сведочења (чл. 93 и 94 ЗКП), налази и мишљења вештака који је изузет од дужности вештачења (чл. 116 ЗКП), докази прибављени противно правилима о претресању (чл. 152 и 158 ЗКП), докази прибављени посебним доказним радњама (чл. 161) и др.

Поменуто тезу, да домаћи ЗКП у погледу незаконитих доказа обезбеђује виши ниво заштите права учесника у поступку у односу на стандарде ЕСЈП-а, потврђује и изричито прописана забрана посредно незаконитих доказа, односно принципијелно законитих доказа који су прибављени посредством или на основу сазнања из неког другог, незаконитог доказа, при чему их такав начин прибављања и саме чини незаконитима. Њиховим инкорпорирањем у круг незаконитих доказа, српски законодавац је заправо прихватио доктрину „плода отровног дрвета“ која је изложена у оквиру друге главе овог рада, која доктрина је, следећи законску норму, прихваћена и од стране Врховног касационог суда и апелационих судова. Супротно томе, ЕСЈП, у складу са својом улогом међународног суда – чувара права и слобода гарантованих Конвенцијом, није заузимао становиште поводом ове доктрине, те је и једини пут када је она изричито разматрана у предмету *Gäfgen v. Germany*, нашао да она није примењива на конкретни случај.

Имајући у виду све налазе овог рада и указане феномене, може се закључити да сваки правни поредак приликом оцене законитости доказа користи неку врсту балансирајућег теста, чије разлике и специфичности међусобно варирају. Ипак, може се уочити тенденција нагињања ка оправдавању прибављања и употребе незаконитих доказа из разлога поспешивања ефикасности кривичног гоњења, нарочито у савременим условима и глобалним изазовима које, поред традиционалних ризика криминала и тероризма, све више представљају и дигитализација и ризици безбедности који она са собом носи. Поменуто тенденцију својим толерантним ставом ЕСЈП, као чувар права учесника у поступку, нажалост, није настојао да сузбије. С друге стране, српски законодавац је чланом 16 ЗКП поставио до сада највише стандарде незаконитих доказа које је српско кривично процесно законодавство познавало, те и овако повишена строгост критеријума оцене законитости доказа доживљава свој развој кроз судску праксу домаћих судова и Уставног суда.

Наиме, повећању строгости доказних забрана треба тежити не само из разлога сталног напретка и подизања општег нивоа заштите људских права, већ и због претећих проблема и изазова које са собом нужно носи технолошки развој. Као што је у самом раду,

у делу Европског суда за људска права, указано, чини се ипак да стандарди Суда у погледу поштовања права на приватност нису пратили развој технологије, као и правних норми националних правних поредака, који су се развијали упоредо с тим развојем, укључујући ту и домаћи правни поредак. Према нашем схватању, не може Суд вагати утицај доказа за који утврди да је повредио право на приватни живот, дом или преписку неког лица, на његову осуду од стране домаћег суда, у савременим условима повећане могућности за прибављање доказа противно члану 8 Конвенције. Наиме, поред традиционалних метода прислушкивања телефона или претреса стана или пословних просторија, органи поступка могу незаконито прибављати доказе преузимањем садржаја из мобилних телефона, личних рачунара, средстава видео надзора, кућних уређаја, али нарочито и из садржаја похрањених али не и јавно објављених на друштвеним мрежама, затим из тзв. „cloud технологије“, и можда понајвише из „Personal assistaint“ уређаја који снимају и похрањују многобројне податке својих корисника.

У условима надмоћи технологије над појединцем, која прикупља и обрађује податке о његовим рутинама и активностима, појединац у самом старту нема изгледа за успех против могућих злоупотреба. Због тога утврђивање повреде права на приватност, без утврђивања повреде права на правично суђење у поступцима у којима су ти подаци коришћени, чини цео систем заштите права појединца илузорним. При таквим околностима, само високи стандарди заштите права учесника у поступку могу бити делотворна брана и јемац поштовања Устава, закона, општеприхваћених правилима међународног права и међународних уговора.

## ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ

- Beling, E - Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, Schletter, 1903;
- Bloom, R.M. - Inevitable discovery: an exception beyond the fruits, American journal of criminal law, 1992;
- Chao, Y. - Einwirkungen der Grundrechte auf die Beweisverbote im Strafprozessrecht, Duncker & Humblot, 2009;
- Dencker, F. - Verwertungsverbote im Strafprozess: ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten, Carl Heymann, 1977;
- Dery, G.M. - This bitter pill: the Supreme Court's distaste for the exclusionary rule in Davis v. United States makes evidence suppression impossible to swallow, George Mason University Civil Rights Law Journal, 2012;
- Harris, D., O'Boyle, M., Warbrick, C. – Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2014;
- Jäger, C. - Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, C. H. Beck, 2003;
- Leach, P. – Taking a case to the European Court of Human Rights, Oxford University Press, 2011;
- Mae, Y. - Comparative analysis of exclusionary rules in the United States, England, France, Germany and Italy, International Journal of Police Strategies & Management., 1999;
- Meese, J. - The use of illegally obtained evidence in criminal cases: a brief overview, ERA Forum 18(3), 2017;
- Moran, D.A. - Hanging on by a thread: the exclusionary rule (or what's left of it) lives for another day, Ohio State Journal of Criminal Law, 2011;
- Oliver, W.M. - Toward a better categorical balance of the costs and benefits of the exclusionary rule. Buffalo Criminal Law Review, 2005;
- Orfield, M.W. Jr. - The exclusionary rule and deterrence: an empirical study of Chicago narcotics officers, The University of Chicago Law Review vol. 54(3), 1980;
- Roxin, C. Schünemann, B. - Strafverfahrensrecht, 28. издање, C. H. Beck, 2014;

- Schabas, W.A. – European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2015;
- Walder, H. – Die Vernehmung des Beschuldigten, Kriminalistik, Hamburg, 1965;
- Бајер, В. – Југославенско кривично процесно право, књига I, Загреб, 1978;
- Бркић, С. - Употреба незаконитих доказа у кривичном поступку Србије, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2011, Нови Сад, 2011;
- Бугарски, Т. – Доказне радње у кривичном поступку, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2014;
- Грубач, М. – Кривично процесно право, Београд, 2009;
- Грубач, М. – Кривично процесно право, Београд, 2009;
- Дамашка, М. - Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, 121 U. Penn. L. Rev, 1973;.
- Ђурђић, В. - Кривично процесно право, Општи део, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2014;
- Ђурђић, В. - Кривично процесно право, Општи део, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2014;
- Ђурђић, В. - Кривично процесно право, Општи део, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2014;
- Илић, Г., Мајић, М., Бељански, С., Трешњев, А. и Љушић, Р. - Коментар Законика о кривичном поступку, Службени гласник, Београд, 2014;
- Илић, И. – Незаконити докази у кривичном поступку, Општествените промени во глобалниот свет: зборник на трудови / Втора меѓународна научна конференција. - Штип : Универзитет Гоце Делчев, 2015;
- Крапац, Д. – Казнено процесно право – институције, Загреб, 2010;
- Крапац, Д. - Незаконити докази у казненом поступку према пракси Европског суда за људска права, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 6, 2010;
- Лукић, Р. - Теорија државе и права, II Теорија права, Београд, 1995;
- Мартиновић, И., Кос, Д. - Незаконити докази: теоријске и практичне двојбе у свјетлу праксе Европског суда, Хрватски летопис за казнене знаности и праксу, број 2/2016.

- Париповић, З. – Основи за изјављивање жалбе по одредбама Законика о кривичном поступку, Билтен Врховног касационог суда бр. 3/2014, Београд, 2014;
- Синановић, Б. – Недозвољени докази у кривичном поступку, Билтен Врховног касационог суда бр. 2/2012, 2012;
- Стевановић Ч, Ђурђић, В. - Кривично процесно право - Општи део, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2006;
- Ћетеновић, Љ. – Докази на којима се не може заснивати пресуда, Билтен Врховног касационог суда бр. 3/2014, Београд, 2014;
- Фајеш, И. - Системи изузетака од примене „теорије плода отровног дрвета“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2015;
- Шкулић, М. – Кривично процесно право, Београд, 2014;



## ПОПИС ИСТРАЖИВАЧКЕ ГРАЂЕ

### Прописи

- Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, *Службени гласник РС*, бр. 32/2013, 94/2016 и 35/2019;
- Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, Протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују изврсна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и Први Протокол уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, *Службени лист СЦГ - Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 - испр. и *Службени гласник РС - Међународни уговори*, бр. 12/2010 и 10/2015;
- Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава *Службени гласник РС*, бр. 101/2013;
- Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 - др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 - одлука УС, 87/2018 и 88/2018 - одлука УС;
- Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 и 35/2019 ;
- Законик о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002 и *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон, 72/2009 и 76/2010;

- Конвенција УН против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 9/91;
- Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019;
- Судски пословник, *Службени гласник РС*, бр. 110/2009, 70/2011, 19/2012, 89/2013, 96/2015, 104/2015, 113/2015 - испр., 39/2016, 56/2016, 77/2016, 16/2018, 78/2018, 43/2019 и 93/2019;
- Устав РС, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006;

### Судска пракса

#### *Одлуке Врховног суда САД*

- Arizona v. Evans, 1995 (514 U.S. 1);
- Arizona v. Gant, 2009 (556 U.S. 332).
- Davis v. United States, 2011 (564 U.S. 229);
- Elkins v. United States, 1960 (364 U.S. 206);
- Herring v. United States, 2009 (555 U.S. 135);
- Hudson v. Michigan, 2006 (547 U.S. 586)
- Illinois v. Krull, 1987 (480 U.S. 340)
- Massachusetts v. Sheppard, 1984 (468 U.S. 981),
- Murray v. United States, 1988 (487 U.S. 533)
- Nardone v. United States, 1939 (308 U.S. 338);
- Nix v. Williams (Williams II), 1984 (467 U.S. 431).
- Rochin v. California, 1952 (342 U.S. 165).
- Silverthorne Lumber Co. v. United States, 1920 (251 U.S. 385);
- United States v. Leon, 1984 (486 U.S. 897).
- Unites States v. Calandra, 1974 (414 U.S. 338).
- Weeks v. United States, 1914 (232 U.S. 383).
- Wong Sun v. United States, 1963 (371 U.S. 471);

*Одлуке Савезног уставног суда Немачке*

- BVerfGE 2 BvR 2225/08;

*Одлуке Европског суда за људска права*

- A.H. v. Finland, app.no. 46602/99;
- A.M. v. Italy, app.no. 37019/97;
- Aleksandr Zaichenko v. Russia, app.no. 39660/02;
- Allan v. the United Kingdom, app.no. 48539/99;
- Artico v. Italy, app.no. 6694/74;
- Artner v. Austria, app.no. 13161/87;
- Asch v. Austria, app.no. 12398/86;
- Atlan v. The United Kingdom, app.no. 36533/97;
- Aydin Çetinkaya v. Turkey, app.no. 2082/05;
- Baegen v. the Netherlands, app.no. 16696/90;
- Bannikova v. Russia, app.no. 18757/06;
- Birutis and Others v. Lithuania, app.nos. 47698/99 и 48115/99;
- Bocos-Cuesta v. The Netherlands, app.no. 54789/00;
- Bykov v. Russia, app.no. 4378/02;
- Chahal v. The United Kingdom, app.no. 22414/93;
- Choudhary v. the United Kingdom app.no. 40084/98;
- Delcourt v. Belgium, app.no. 2689/65;
- Delta v. France, app.no. 11444/85;
- Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands, app.no. 14448/88;
- Doorson v. The Netherlands, app.no. 20524/92;
- Dorigo v. Italy, app.no. 33286/96;
- El Haski v. Belgium, app.no. 649/08;
- Eurofinacom v. France, app.no. 58753/00;
- Feldbrugge v. the Netherlands, app.no. 8562/79;
- Ferrantelli and Santangelo v. Italy, app.no. 19874/92;
- Funke v. France, app.no. 10828/84;

- Gäfgen v. Germany, app.no. 22978/05;
- Garcia Ruiz v. Spain, app.no. 30544/96;
- Georgios Papageorgiou v. Greece, app.no. 59506/00;
- Hajnal v. Serbia, app.no. 36937/06;
- Harutyunyan v. Armenia, app.no. 36549/03;
- Haxhia v. Albania, app.no. 29861/03;
- Heaney and McGuinness v. Ireland, app.no. 34720/97;
- Heglas v. The Czech Republic, app.no. 5935/02;
- Ibrahim and Others v. The United Kingdom, app.nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 и 40351/09;
- Isgrò v. Italy, app.no. 11339/85;
- J.B. v. Switzerland, app.no. 31827/96;
- Jalloh v. Germany, app.no. 54810/00;
- John Murray v. the United Kingdom, app.no. 18731/91;
- Kaçiu and Kotorri v. Albania, app.nos. 33192/07 и 33194/07;
- Kalnėnienė v. Belgium, app.no. 40233/07;
- Khan v. the United Kingdom, app.no. 35394/97;
- Khudobin v. Russia, app.no. 59696/00;
- Klass and Others v. Germany, app.no. 5029/71;
- Kormev v. Bulgaria, app.no. 39014/12;
- Kostovski v. The Netherlands, app.no. 11454/85;
- Kovač v. Croatia, app.no. 503/05;
- Lucà v. Italy, app.no. 33354/96;
- Lüdi v. Switzerland, app.no. 12433/86;
- Mehmet Duman v. Turkey, app.no. 38740/09;
- Mirilashvili v. Russia, app.no. 6293/04;
- O'Halloran and Francis v. The United Kingdom, app.nos. 15809/02 и 25624/02;
- Örs and Others v. Turkey, app.no. 46213/99;
- Osman v. the United Kingdom, app. no. 23452/94;
- Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom, app.no. 8139/09;
- P.G. and J.H. v. the United Kingdom, app.no. 44787/98;

- P.S. v. Germany, app.no. 33900/96;
- Pélissier and Sassi v. France, app.no. 25444/94;
- Perna v. Italy, app.no. 48898/99;
- Pullar v. the United Kingdom, app.no. 22399/93;
- Quinn v. Ireland, app.no. 36887/97;
- Ramanauskas v. Lithuania, app.no. 74420/01;
- S.E. v. Italy, app.no. 36686/97;
- S.N. v. Sweden, app.no. 34209/96;
- Saïdi v. France, app.no. 14647/89;
- Saunders v. The United Kingdom, app.no. 19187/91;
- Schatschaschwili v. Germany, app.no. 9154/10;
- Schenk v. Switzerland, app.no. 10862/84;
- Selmouni v. France, app.no. 25803/94;
- Serves v. France, app.no. 20225/92;
- Shannon v. the United Kingdom, app.no. 6563/03;
- Soering v. The United Kingdom, app.no. 14038/88;
- Stanimirović v. Serbia, app.no. 26088/06;
- Tchokhanelidze v. Georgia, app.no. 31536/07;
- Teixeira de Castro v. Portugal, app.no. 25829/94;
- Tyrer v. The United Kingdom, app.no. 5856/72;
- Unterpertinger v. Austria, app.no. 9120/80;
- Van Mechelen and Others v. the Netherlands, app.nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 и 22056/93;
- Vanyan v. Russia, no. 53203/99;
- Vanjak v. Croatia, app.no. 29889/04;
- Verdam v. The Netherlands, app.no. 35253/97;
- Vidal v. Belgium, app.no. 12351/86;
- Visser v. The Netherlands, app.no. 26668/95;
- Weh v. Austria, app.no. 38544/97;
- Yavuz v. Austria, app.no. 46549/99;

*Одлуке домаћих судова*

- Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1064/2017;
- Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1217/2017;
- Пресуда Врховног касационог суда Кзз 30/2019;
- Пресуда Врховног касационог суда Кзз 845/2016;
- Одлука Уставног суда Уж-431/2014;
- Одлука Уставног суда Уж 9820/2013;
- Одлука Уставног суда Уж 9926/2016;
- Одлука Уставног суда Уж-3650/2012;
- Пресуда Врховног касационог суда Рев2 25/2016;
- Пресуда Врховног касационог суда Кзз 505/2016;
- Пресуда Врховног касационог суда Кзз 593/2016;
- Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1337/2016;
- Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 66/2016;
- Пресуда Апелационог суда у Нишу Кж1 723/2015;
- Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж2 655/2016 од 06.09.2016. године;
- Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж2 805/2018 од 27.12.2019. године;
- Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 1313/2016;

## САЖЕТАК

Правилно утврђено чињенично стање представља најважнији основ за доношење сваке судске одлуке, док је оно нарочито значајно за остваривање циља кривичног поступка - да нико невин не буде осуђен, с једне, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује Кривични законик, с друге стране. Истраживањем домаћих законских одредби, међународних стандарда и судске праксе домаћих, немачких и америчких судова, стандарда Европског суда за људска права и његове праксе, као и научне и стручне литературе, аутор настоји да обухвати и да приказ ситуација у којима се јавља проблем незаконитих доказа. Важно је нагласити да сваки од посматраних правних поредака, приликом оцене законитости доказа, користи неку врсту балансирајућег теста, чије разлике и специфичности међусобно варирају. Практичан значај рада огледа се не само у околности да се питање доказних забрана и незаконито прибављених доказа прилично често јавља у кривичном поступку, већ и јер је проналажење баланса између супротстављених захтева ефикасности и поштовања људских права у оваквим случајевима један од најтежих задатака који се може поставити пред орган поступка. Поред приказа упоредноправних решења и међународних стандарда, посебна пажња посвећена је и доктрини „плода отровног дрвета“ – њеној садржини, развоју и изузецима од њене примене, с обзиром да је ова доктрина актуелним Закоником о кривичном поступку по први пут код нас изричито прихваћена кроз забрану извођења посредно незаконитих доказа. Такође, рад излаже врсте и примере незаконито прибављених и изведених доказа, као и поступке издвајања истих у различитим фазама кривичног поступка. Кроз анализу домаће судске праксе, аутор настоји да укаже на добре и лоше примере, као и да нагласи значај овог питања у домаћем правном систему. Важност питања незаконито прибављених доказа је, чини се, нарочито изражена данас, када могућности противправног прибављања доказа, нарочито кршењем права на приватност дигиталним путем, далеко превазилазе до сада развијене стандарде судске праксе.

**Кључне речи:** незаконити докази, плод отровног дрвета; Европски суд за људска права; људска права; право на правично суђење;

## ABSTRACT

### *Unlawful evidence in criminal proceedings – European standards and domestic legislation*

Properly determined facts are important for any judicial decision, while it's being of utmost importance for the main aim of criminal procedure – for no innocent person to be convicted, on the one hand, and the perpetrator to be punished under Criminal law, on the other. Through research of domestic legal provisions, international standards and case law of domestic, German and American courts, standards and practice of European Court of Human Rights, as well as legal literature, the author tries to present various situations in which the issue of unlawful evidence arises. It is important to emphasize that each of the observed legal systems, when assessing the legality of evidence, uses some kind of balancing test, with varying differences and specifics. The practical significance of this thesis is reflected not only in the fact that the issue of illegally obtained evidence occurs quite often in criminal proceedings, but also because finding a balance between conflicting requirements of efficiency and respect for human rights in such cases is one of the most difficult tasks put before the court. In addition to comparative legal solutions and international standards, special attention is paid to the "fruit of the poisonous tree" - its content, development and exceptions to its application, given that this doctrine is explicitly accepted for the first time in Serbia by the current Code of Criminal Procedure. Furthermore, the thesis presents the types and examples of illegally obtained evidence, as well as the procedures for separating them at different stages of criminal proceedings. Through the analysis of domestic case law, the author tries to point out good and bad examples, as well as to emphasize the importance of this issue in the domestic legal system. The importance of the issue of illegally obtained evidence seems to be particularly highlighted at present day conditions, when the possibilities of illegally obtaining evidence, especially by violating the right to privacy through digital means, far exceeds currently developed standards.

**Key words:** illegally obtained evidence; exclusionary rule; fruit of the poisonous tree; European Court of Human Rights; human rights; fair trial,



## БИОГРАФИЈА АУТОРА

Милан Јовановић рођен је 19.07.1993. године у Нишу, где је 2008. године завршио основну школу „Душан Радовић“ као добитник „Вукове дипломе“, док је 2012. године матурирао на друштвено-језичком смеру гимназије „Бора Станковић“ у Нишу, са одличним успехом. Школске 2012/2013. године уписује Правни факултет Универзитета у Нишу, на коме је дипломирао 2017. године, са просечном оценом 9,09.

Као такмичар екипа Правног факултета освојио је 1. место на Регионалном такмичењу у симулацији суђења пред Европским судом за људска права, одржаном у Херцег Новом 2015. године, 2. место на Транс-европском такмичењу у симулацији суђења пред Европским судом за људска права, одржаном 2015. године у Европском суду за људска права у Стразбуру, 9. место на „Нелсон Мандела“ светском такмичењу у симулацији суђења из области заштите људских права, одржаним 2018. године у Палати Народа у Женеви, 3. место на Pre-Moot такмичењу у симулацији поступка пред Европским судом за људска права, одржаним 2017. године у Москви, као и 1. место на Националном такмичењу у симулацији кривичног поступка, одржаним 2017. године у Београду. У својству академског тренера је заједно са екипама Правног факултета Универзитета у Нишу освојио 1. место на Регионалном такмичењу у симулацији суђења пред Европским судом за људска права, одржаном у Тирани 2017. године, 2. место на Транс-европском такмичењу у симулацији суђења пред Европским судом за људска права, одржаном 2017. године у Европском суду за људска права у Стразбуру, као и 3. место на Регионалном такмичењу у симулацији суђења пред Европским судом за људска права, одржаном у Скопљу 2018. године.

У току основних студија освојио је и 1. места на такмичењима у реторици, одржаним 2015. и 2016. године на Правном факултету Универзитета у Нишу, у категорији „импровизација“. Објавио је и пет стручних чланака у земљи и иностранству.

Од 2017. до 2020. године је стипендиста фондације „Konrad Adenauer Stiftung“, док је током основних студија био стипендиста Министарства просвете и Града Ниша – Комисије за подстицај талентованих ученика и студената. Од 2018. године запослен је као судијски приправник у Привредном суду у Нишу. Течно говори енглески језик