

Александар Арсић,¹
Докторанд,
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 343.14(497.11)
DOI: 10.5281/zenodo.14287636

Прегледни научни чланак

Примљен: 14. 11. 2024.

Прихваћен: 25. 11. 2024.

НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ У КРИВИЧНОПРОЦЕСНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: *Правилно утврђено чињенично стање представља најважнији основ за доношење судске одлуке. Постизање баланса између чињенице да нико невин не буде осуђен, и чињенице да се учи- ниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка, представља примарни и уједно најтежи задатак органа поступка. Стога, аутор у уводном делу рада посвећује посебну пажњу поступку доказивања као комплексној кривичнопроцесној радњи, која се састоји из више међусобно повезаних процесних активности. У дру- гом делу рада, аутор се бави дефинисањем појма доказа кроз његово материјално и процесно одређење, као и врстама доказа сагледаних кроз призму општеприхваћених класификација у теорији кривично- процесног права. Затим, у наставку рада посебна пажња посвећена је дефинисању појма незаконитих доказа као и њиховом одређењу од стране српског законодавца посредством Законика о кривичном поступку. Такође, у оквиру наведеног одељка, аутор се бави и поде- лама незаконитих доказа које су предвиђене сада важећим кривич- нопроцесним законодавством у Републици Србији. У последњем делу рада, посебан акценат је стављен на посредно незаконите доказе као новину предвиђену у важећем ЗКП-у и пређутном упливу доктрине „плодова отровног дрвета“ у српско кривичнопроцесно законодавство.*

Кључне речи: *докази, поступак доказивања, незаконити докази, плод отровног дрвета.*

¹aca.arsic@gmail.com

1. Увод

Гледано са аспекта кривичног поступка, најважнији сегмент, односно бит наведеног поступка представља процес доказивања. Прикупљање, извођење и оцена доказа неопходна је за утврђивање одлучних и других чињеница у кривичном поступку, на којима се заснива судска пресуда и решава главна кривична ствар. Услед непостојања доказа, који су веза између чињеница и права, орган поступка не би могао да реши предмет оптужбе нити да примени норме садржане у материјалном кривичном праву (Станковић, 2022:1). Иако је сада важећи Законик о кривичном поступку увео страначко предлагање и извођење доказа и формално искључио дужност кривичног суда да утврђује истину, законодавац и даље оставља суду обавезу да се брине о законитости доказа који представљају темељ коначне судске одлуке.

Остваривање правичног баланса између чињенице да нико невин не буде осуђен, и чињенице да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка, представља примарни и уједно најтежи задатак органа поступка.² Приликом остваривања циља предвиђеног у чл. 1 ЗКП, орган поступка суочава се с многим препрекама и то из разлога што се докази прикупљају у различитим фазама поступка, почевши од предистражног поступка, фазе истраге, као и на главном претресу. У одређеним ситуацијама, постоји могућност да се докази прикупљају и након правоснажног окончања поступка, што може довести до касније поновног покретања кривичног поступка.

Током прикупљања доказа, припадници Министарства унутрашњих послова, тужиоци, али и суд, често теже осуди лица за које верују да је извршилац кривичног дела. У том процесу и вери да је одређено лице заправо и извршилац кривичног дела, може се догодити да с циљем што бржег расветљавања учињеног, кривичним закоником забрањеног, дела прибављају или користе доказна средства и доказе који крше права окривљеног у поступку. Зато, српски законодавац, већ у првим члановима ЗКП-а прописује да пресуда или решење које одговара пресуди, орган поступка може засновати само на чињеницама у чију је извесност уверен,³ при чему се под извесношћу подразумева уверење о

²чл. 1 - Законик о кривичном поступку „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 - одлука УС и 62/2021 - одлука УС.

³чл. 16 ст. 4 - Законик о кривичном поступку „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 - одлука УС и 62/2021 - одлука УС.

несумњивом постојању или непостојању поједине чињенице, засновано на објективним мерилима логичког расуђивања.

2. Доказивање као сложена кривичнопроцесна радња – појам и ток

Примена материјалног кривичног права и кажњавање учинилаца различитих кривичних дела омогућава се тек посредством кривичног поступка. Да ли је окривљени крив или не, о наведеном питању одлучује се у оквиру кривичног поступка, и то пошто суд прикупи и размотри све чињенице, које могу бити од утицаја на решење одређене кривичноправне ствари. У складу са наведеним, доказивање представља једну веома сложену и разноврсну делатност различитих кривичнопроцесних субјеката која се предузима с циљем остваривања кривичнопроцесног задатка, тј. ради расветљавања и решавања кривичне ствари (Бејатовић, 2014). То је процес који се одвија у складу са законима рационалног мишљења и представља кретање од познатог и непознатог ка потпуном и правилном сазнању кривичне ствари (Бејатовић, 2014). Дакле, доказивање представља комплексну кривичнопроцесну радњу, која се састоји из више међусобно повезаних процесних активности, а које се могу сврстати у четири међусобно повезане фазе, фазу откривања доказа, фазу извођења доказа, фазу проверавања доказа и фазу оцене доказа.

Докази се првенствено откривају у предистражном и истражном поступку, међутим не постоји ограничење да се докази открију и у каснијој фази кривичног поступка. На постојање појединих доказа, садржаних у одређеним доказним средствима, може указати било које лице, па чак и лице које не поседује својство процесног субјекта (Кнежевић, 2015:269). За разлику од физичких лица, државни органи и остала правна лица имају законску обавезу да предоче доказе, као и да предузму све потребне мере како би осигурали материјалне изворе доказа.

Наредна фаза у поступку доказивања, представља фаза извођења доказа у којој долази до тзв. „наступања доказа“, односно признавања претходно откривених доказа (Грубач, 2009:250). Чињенице добијене из откривених доказа се, за потребе даљег поступка, записнички констатују. У предсудећој фази поступка, доказе који ће бити изведени одређује јавни тужилац и то на сопствену иницијатицу или на предлог окривљеног или његовог браниоца. Са друге стране, у стадијуму главног кривичног поступка ту одлуку доноси искључиво суд и то првенствено на предлог странака и браниоца (Грубач, 2009:250). Суд,

самоиницијативно, може донети одлуку о извођењу доказа у току главне расправесамо ако су изведени докази странака пртивречни или нејасни, или је то неопходно да би се предмет доказивања свеобухватно расправио.⁴ У фази истраге, доказе изводи јавни тужилац, а на главном претресу поред јавног тужиоца то овлашћење поседује и окривљени. Извођење доказа на главном претресу одвија се основним и унакрсним испитивањем сведока, односно предочавањем одређених предмета суду или читањем њиховог садржаја, као и репродуковањем одређених аудио или видео снимака начињених применом одређених техничких средстава, уколико се ради о доказима садржаним у исправама.

Када је реч о проверавању доказа, ова процесна активност има за циљ утврђивање веродостојности доказа и доказног средства из којег је доказ добијен. Веродостојност доказа и извора доказа утврђује се поређењем с осталим изведеним доказима, као и извођењем доказа, усмерених ка провери доказа у чију веродостојност се сумња (Кнежевић, 2015:270).

На крају логичког следа, у поступку доказивања, налази се фаза која се односи на оцену раније откривених и изведених доказа. Ова фаза, представља процесну активност која се односи на утврђивање вредности изведених доказа у односу на чињенице које су предмет доказивања (Ђурђић, 2014:260). Оцена доказа може бити вршена на основу унапред законом прописаних мерила за утврђивање вредности доказа, или на основу слободног судијског уверења о постојању или непостојању одређене правнорелевантне чињенице. Према Законик о кривичном поступку, суд, изведене доказе који су од значаја за доношење судске одлуке оцењује по слободном судијском уверењу,⁵ 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.⁶ Уколико постоји сумња у погледу чињенице од које зависи вођење кривичног поступка, постојања обележја кривичног дела или примена неке друге одредбе кривичног закона, суд ће применити правило *in dubio pro reo* и на тај начин ће наведену сумњу решити у корист окривљеног.⁷ Ова фаза у поступку доказивања врши се упоредо са извођењем или евентуалним проверавањем доказа, као и одвојено

⁴чл. 15 ст. 4 - Законик о кривичном поступку „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 - одлука УС и 62/2021 - одлука УС.

⁵чл.16 ст. 3 ЗКП.

⁶чл 16 ст. 2 ЗКП.

⁷чл. 16 ст. 5. ЗКП.

од ових процесних активности. Докази се оцењују појединачно, као и у склопу осталих изведених доказа, и то у току трајања читавог поступка.

3. Појам и врсте доказа

Појам доказа представља комплексно питање због чега у кривично-правној теорији постоји мноштво појмовних одређења овог изузетно важног средства за утврђивање одлучних чињеница у кривичном поступку. Иако са теоријског аспекта није у потпуности постигнута сагласност око тога шта све обухвата појам доказа, поједини аутори су ипак изградили његово материјално и процесно одређење (Кнежевић, 2015:262). У складу са материјалним одређењем појма доказа, доказ представља сваки основ, односно разлог који говори у прилог истинитости поједине правнорелевантне чињенице у поступку (Марковић, 1937:282). За разлику од материјалног одређења, заговорници процесног појма доказа као полазну основу за објашњење наведеног појма проналазе у одредбама процесног законика или закона у којима су садржане норме које се тичу доказа. Присталице процесне теорије наглашавају да су докази заправо обухватају све оне процесне радње које су усмерене на то да се утврди истинитост чињеница, које су од пресудне важности за доношење коначне судске одлуке (Марковић, 1937:255). Поред материјалног и процесног појма доказа, у теорији се, такође, може срести одређење појма доказа у правом и неправом смислу. С тим у вези, у правом смислу појам доказа се поистовећује са доказним основом, док се по појмом доказа у неправом смислу изједначава са доказним средством.

Када је реч о врстама доказа, такође, не постоји њихова јединствена класификација већ су поделе засноване на различитим критеријумима. Класификација доказа која је, може се рећи, најприхваћенија у кривичнопроцесној литератури је она која полази од односа између доказа односно извора сазнања и чињеница које су предмет доказивања. Реч је о подели на непосредне и посредне, изворне и деривативне, личне и материјалне, оптужне и одбрамбене, потпуне и непотпуне и дозвољене и недозвољене доказе.

Подела на непосредне и посредне доказе извршена је на основу односа доказа према одређеној спорној чињеници. Ова подела једна је од најстаријих и у теоријском смислу, вероватно, најважнијих подела. Наведена подела заправо показује на који начин орган поступка долази до сазнања о одређеној правно релевантној чињеници, дали непосредно или путем „посредника“. Из наведеног проистиче да се непосредни

докази могу добити из исказа сведока, окривљеног или вештака, односно непосредним чулним опажањем од стране органа поступка (нпр. увиђај). Са друге стране, посредним доказом односно доказом на основу подозрења тј. индиција, утврђују се само тзв. чињенице индиције, посредством којих се тек накнадно изводи закључак о постојању или непостојању одређене одлучне чињенице. Гледано кроз пример, основ подозрења представља чињенице да је лице А било на месту где је лишено живота лице Б, као и да лице А има сукоб са лицем Б, а одлучна чињеница коју треба утврдити из претходних чињеница које су истините односно доказане, је да ли је лице А лишило живота лице Б. У том смислу, када из основа подозрења настају посредни докази, неопходно је да постоје више основа подозрења или индиција тј. да постоји тзв. ланац индиција (Станковић, 2022:25). Стварањем поменутог ланца индиција, орган поступка смањује могућност доношења погрешних закључака, који касније имплицирају мањкавост коначне судске одлуке.

Однос доказа према извору доказа основ је поделе на изворне и изведене доказе. Изворни докази, као што им и само име каже, добијају се из извора у коме су и садржани. Из тог разлога, у поменуту групу доказа спадају докази добијени исказом окривљеног и сведока који је уједно и очевидац кривичног догађаја, као и докази добијени непосредним увидом суда у исправе (Кнежевић, 2015:266). За разлику од изворних доказа, изведене доказе суд не добија директно из извора доказа већ се до њих долази посредством неког другог извора, нпр. исказ сведока по чувењу.

Подела на личне и материјалне доказе заснована је на својствима извора доказивања, па се зато под личним доказима сматрају они докази који су проистекли из исказа одређених кривичнопроцесних субјеката, док под материјалним доказима можемо подвести оне доказе који су садржани у стварима, исправама или документима.

Поред наведених подела, докази се могу класификовати и према субјекту који иницира да се у току кривичног поступка изведе одређени доказ. С обзиром на наведено, доказе можемо поделити на оне којима се потврђују наводи оптужбе или одбране. Међутим, оваква подела се не треба сагледати у чисто процесном смислу, с обзиром на то који процесни субјект је предложио доказ, већ и „у садржинском смислу, да ли су окривљујући или ослобађајући, односно коме заправо тај доказ иде у прилог - оптужби или одбрани“ (Шкулић, 2014:182). Релативност ове класификације проистиче из начела процесне аквизиције, по коме

доказ није везан за процесног субјекта који га је и унео у поступак, већ се он одваја од његове личности и може бити употребљен у интересу било ког учесника у поступку (Васиљевић, 1981:294).

У правним системима у којима је егзистирала законска оцена доказа, један од критеријума поделе доказа био је и подела на основу степена уверења о постојању одређених одлучних чињеница. У складу са наведеном класификацијом, створена је подела на потпуне и непотпуне доказе. Под потпуним доказима сматрају се они којима се употпуности утврђује истинитост односно неистинитост одлучних чињеница, док се у непотпуне, односно полудоказе сврставају они докази којима се не ствара уверење код суда о истинитости или неистинитости наведених чињеница.

Поред свих до сада наведених подела доказа, важно је поменути и поделу која, такође, егзистира у теорији кривичнопроцесног права, а то је класификација на дозвољене и недозвољене доказе. Основ ове поделе лежи у начину прибављања доказа. С тим у вези, полазећи од критеријума за наведену поделу, доказе можемо поделити у три групе и то у групу изричито дозвољених, изричито недозвољених и групу доказа који нису изричито ни дозвољени ни забрањени (Кнежевић, 2015:267). Дозвољени докази су докази који су прибављени из законом предвиђених доказних средстава, на начин како је то прописано законом, док су недозвољени докази сами по себи, посредно или непосредно, према начину прибављања у супротности са Уставом, процесним закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима.⁸

4. Незаконити докази

Један од основних постулата савременог кривично процесног законодавства јесте право на поштеносуђење, што подразумева да докази прикупљени у току читавог трајања поступка морају задовољити два основна критеријума: а) да информациона садржина доказа буде веродостојна и б) да доказ настанеу законом предвиђеним оквирима (Farkas-Róth, 2007:117). Уколико други услов не буде испуњен, доказ ће бити противправан, што доводи до активације механизма процесних санкција (Фејеш, 2015:521).

⁸чл. 16 ст. 1 - Законик о кривичном поступку „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 - одлука УС и 62/2021 - одлука УС.

Приликом утврђивања истине у току кривичног поступка, суд може да користи доказе који су подобни за утврђивање релевантних чињеница, али суд ка остварењу таквог циља није неограничен. Утврђивање истине не може да оправда употребу сваког доказа који органима поступка стоји на располагању. Из тог разлога, у кривичнопроцесно право уведен је институт недозвољених (незаконитих) доказа.

Суд у кривичном поступку може заснивати пресуду само и искључиво на законитим доказима, односно доказима који су прикупљени и изведени у складу са законом.⁹ Поред већ поменуте одредбе садржане у чл. 16 ЗКП-а која начелно уређује питање оцене доказа и утврђивања чињеница, односно објашњава појам незаконитих доказа, на начин што прописује да су незаконити они докази који су у супротности са Уставом,¹⁰ процесним закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, нетреба изоставити ни одредбу садржану у чл. 84 ЗКП. У наведеној одредби, законодавац предвиђа да докази који су прибављени противно чл. 16. ст. 13КП-а не могу бити коришћени у кривичном поступку. *Ratio legis* оваквог законског решења, лежи у чињеници да се на овакав начин жели спречити орган поступка да користи доказе која су у супротности са уставним положајем грађана и друштвено политичким уређењем земље (Васиљевић, Грубач, 2003:51). Поред непосредног одређења незаконитих доказа прописивањем одређених норми у важећем ЗКП-у вредне помена су и поједине одредбе садржане у Уставу Р. Србије које на посредни начин регулишу наведену материју. Тако, Устав у чл. 25 прописује да је физички и психички интегритет појединца неповредив. Затим, у чл. 28 предвиђа да се према лицу лишеном слободе мора поступати човечно и с уважавањем достојанства његове личности, да је забрањено свако насиље према лицу лишеном слободе, као и да је забрањено предузимати било коју радњу која је усмерена на изнуђивање исказа. Следећи члан Устава који посредно регулише питање незаконитих доказа јесте и чл. 33 у коме је прописано да свако коме се суди за кривично дело има право да сам или преко браниоца износи доказе у своју корист, испитује сведоке оптужбе и да захтева да се, под истим условима као сведоци оптужбе и у његовом присуству, испитују и сведоци одбране, 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. Чланом 40 Устава гарантује се

⁹чл. 15 ст. 1 - Законик о кривичном поступку „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 - одлука УС и 62/2021 - одлука УС.

¹⁰ Устав Републике Србије „Сл. гласник РС“, бр. 98/2006 и 115/2021.

уз одређене изузетке неповредивост стана, док чл.41 предвиђа да је тајност писама и других средстава комуницирања неповредива, те су поједина одступања дозвољена само на одређено време и на основу одлуке суда и то само ако су неопходна ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом. На крају, од важности за регулисање материје незаконитих доказа може бити и уставом загарантовано право на правну помоћ прописано у чл. 67 Устава.

Важност наведених уставних одредби лежи у томе што се законописац управо њима руводио приликом дефинисања појма незаконитих доказа у оквиру сада важећег Законика о кривичном поступку, што је довело до тога да се у групу незаконитих доказа уврсте и они који су непосредно или посредно, сами по себи или по начину прибављања супротни Уставу као највишем правном акту у Р. Србији.

4.1. Незаконити докази сами по себи или начину прибављања

Незаконити докази сами по себи или директно правноневаљани докази су они докази који су садржински, односно по својој природи у супротности са правним прописима или међународним стандардима о заштити људских права (Шкулић, 2014:191). Гледано са аспекта теорије кривично процесног права, када је реч о доказима који су сами по себи незаконити сматра се да се у таквим ситуацијама заправо и не ради о доказу због непостојања релевантног материјалног основа за извођење закључка о чињеници која се утврђује у поступку (Илић, 2015:82). Као пример овакве врсте незаконитих доказа, у теорији и пракси се наводе, ирационална доказна средства, као што је ситуација са „лицима која немају непосредна сазнања о кривичном догађају, али познају окривљеног и својим ауторитетом би се заклели да окривљени не би могао да изврши кривично дело“, или заклетвом као доказним средством или кривичном пријавом која не представља доказ (Станковић, 2022:195). Незаконити докази сами по себи су и обавештења примљена од стране грађана, с обзиром да су прибављена на начин који прописује закон али се не могу користити као доказ у кривичном поступку (Станковић, 2022:195).

Другу групу незаконитих доказа чине они докази који су прибављени супротни Уставу, закону, општеприхваћеним правилима међународног права, као и међународним уговорима. Као што им само име каже, поминути докази нису сами по себи незаконити, већ се њихова незаконитост огледа у начину на који су прибављени. Гледано кроз пример, незаконит

доказ по начину прибављања био би сваки онај случај прибављања доказа када се не поштује процедура њиховог прибављања или права учесника у поступку приликом њиховог прибављања, као што би било саслушање сведока ослобођеног дужности сведочења, прибављање медицинских узорака без наредбе суда или јавног тужиоца, докази прибављени кршењем правила о претресању итд. Поред наведеног, незаконито прибављеним доказом сматрао би се и доказ прибављен од стране овлашћених службених лица Министарства унутрашњих послова који провицирају одређено лице на извршење кривичног дела, уместо да се ограничи на истраживање криминалне делатности тог лица на, у основи, пасиван начин без активног подстрекавања да дело буде извршено¹¹.

На основу свега наведеног, јасно се може уочити разлика и повући линија разграничења између ове две групе незаконитих доказа. У том смислу, незаконито прибављени докази као врста незаконитих доказа, по правилу, представљају дозвољене доказе, који само у конкретном случају нису прибављени на законом прописани начин. Другим речима, може се рећи да коришћење ове групе незаконитих доказа заправо представља само „блаже“ кршење законских норми у односу на коришћење доказа који су сами по себи незаконити, односно супротни Уставу, закону, општеприхваћеним правилима међународног права, као и међународним уговорима.

4.2. Непосредно и посредно незаконити докази

Када је реч о кривичнопроцесном законодавству РС, наш законодавац, поред већ поменуте поделе, у групу незаконитих доказа сврстава непосредно и посредно незаконите доказе. У групу непосредно незаконитих доказа спадају они докази који су сами по себи или по начину прибављања незаконити, док у групу посредно незаконитих доказа спадају сазнања или долазак до другог доказа посредством непосредно незаконитог. Увођењем ове поделе у наше законодавство, уводи се новина тако што се у круг незаконитих доказа убрајају и посредно незаконити докази. Тиме, српски законодавац, по први пут, недвосмислено, у српско кривичнопроцесно законодавство инкорпорира тзв. доктрину о „плодовима отровног дрвета“ чија је суштина 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.

¹¹ Пресуда Вишег суда у Нишу К бр.248/10 од 30.12.2010.године, Билтен Вишег суда у Нишу, бр.32/2014, Intermex, Београд.

5. Посредно незаконити докази кроз доктрину о плодовима отровног дрвета

Историјски посматрано, проблематиком незаконитих доказа се првобитно бавила англоамеричка теорија и пракса. У англоамеричком правном систему питање незаконитих доказа било је од круцијалног значаја због постојања дугогодишње традиције поротног суђења. Зато, за разлику од европскоконтиненталног правног система, англоамерички правни систем је релативно рано уобличио правила о недозвољеним доказима. У оквиру поменутог правног система, одстрањење забрањених доказа из кривичног поступка се остварује у два степена: први степен је непосредно искључење забрањеног доказа из поступка тзв. примарна заштита, док други степен представља искључење тзв. посредних доказа, односно законитих доказа али до којих се дошло на основу забрањених доказа. (секундарна заштита) (Tremmel, 2006:163). Када је реч о посредним доказима, поједини аутори с разлогом сматрају да се не може разматрати доказни систем Сједињених Америчких Држава, без помињања доктрине „плодова отровног дрвета“ (Meese, 2017:301).

Наиме, Врховни суд САД (у даљем тексту: Врховни суд) је још 1914. године у случају *Weeks v. United States*,¹² усвојио правила о издвајању доказа, али је остало отворено питање да ли се издвајање доказа односи само на непосредно прикупљене незаконите доказе или и на доказе који су прикупљени посредним путем. Као одговор на ово питање, Врховни суд је 1920. године у пресуди *Silverthorne Lumber Co. v. United States*¹³ установио теорију „плода отровног дрвета“, која је своје терминолошко одређење добила нешто касније у пресуди *Nardone v. United States*.¹⁴ У том судском предмету Врховни суд је заузео став да су докази који су прибављени применом прислушних средстава на телефону окривљеног незаконити јер су прибављени на начин супротно од прописаног у Закону о комуникацији из 1934. године, па се из тог разлога морају издвојити из списка предмета. Поред наведеног, Врховни суд је у поменутој пресуди отишао и корак даље, тако што је истакао да се ова забрана не односи искључиво на саме разговоре, већ и имплицитно на доказе који су прибављени на основу сазнања из тих разговора.

Инкорпорацијом посредно незаконитих доказа у наше кривично процесно право представља значајну новину, нарочито ако се има у виду да

¹² *Weeks v. United States*, 1914 (232 U.S. 383).

¹³ *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 1920 (251 U.S. 385).

¹⁴ *Nardone v. United States*, 1939 (308 U.S. 338);

су југословенски аутори пре свега пар деценија запажали да је теорија „плода отровног дрвета“ прави раритет у земљама европскоконтиненталног правног система, те да ова теорија „звучи скоро невероватно правницима грађанскоправне провинијенције“ (Damaška, 1973:522). Преласком на расправни модел поступка „доктрина о плодовима отровног дрвета“ додатно добија на значају, будући да се њоме отежава тужичев доказни терет, стављајући тиме окривљеног у донекле равноправнији положај (Бајовић, 2013:755). Зато, уколико су органи кривичног гоњења, предузимали доказне радње на законом забрањен начин, у том случају сносиће негативне последице у виду немогућности коришћења доказа дошли и доказа који се сматра његовим „сазнајним садржајем“ (Sarić, 2004:298). Да је наведена доктрина дубоко инкорпорисана и у судску праксу Републике Србије сведочи и поступање Уставног суда Србије. Наиме, Уставни суд је потврдио примену доктрине „плодова отровног дрвета“, када је утврдио да је редовни суд, издвајањем записника о претресању из списка предмета као доказа на којем се не може заснивати судска одлука, поступио исправно јер је улазак у стан и претресање које је након тога извршено у суштини оценио као незаконите. Притом, редовни суд је установио и то да се такав недостатак није могао отклонити саслушањем припадника Министарства унутрашњих послова 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 (Илић, 2017:393).

Када је реч о упливу ове теорије у наш ЗКП, а нарочито у област посебних доказних радњи, треба напоменути да и наш законодавац предвиђа изузетке од поменуте доктрине и то у виду теорије „неизбежног открића“, која је садржински у потпуности истоветна случајном налазу, институту који познаје наше кривичнопровесно законодавство. Према овој теорији, доказ који је посредно прибављен незаконитом полицијском радњом може се користити у поступку, под условом да постоји могућност да се докаже да би и одвојена и неповезана истрага довела до истог доказа. Другим речима, ова теорија претпоставља хипотетичку истрагу о истој ствари, која би у неком паралелном случају, довела да откривања доказа који је претходно био посредно незаконит.¹⁵

¹⁵ Ова доктрина је у САД прихваћена од стране Врховног суда тек 1984. године у случају *Nix v. Williams* који се тицао отмице и убиства десетогодишње девојчице. У конкретном случају, окривљени је дао исказ без присуства браниоца, да би касније полицијски службеници, на основу његовог исказа, пронашли тело девојчице и друге доказе неопходне за процесуирање окривљеног (*Nix v. Williams* (Williams II), 1984 (467 U.S. 431)).

6. Закључак

Одлука кривичног суда о кривичноправном захтеву државе за кажњавање учиниоца кривичног дела, да би била правно ваљана, мора бити у потпуности чињенично утемељена и правно заснована. Једино, на овакав начин, окривљенима могу бити одузета или ограничена људска права јер основаност примене права државе на кажњавање произилази управо из законито и правилно утврђене чињеничне конструкције пресуде, засноване на ваљаном чињеничном стању на које је правилно примењена правна норма садржана у Кривичном закону. Зато, несумњива је важност доказа као средстава путем којих се утврђују одлучне чињенице у кривичном поступку нарочито када имамо експанзију криминалитета у савременом друштву и његову еволуцију од класичног ка све сложенијим облицима криминалитета. Међутим, то никако не сме довести до нарушавања основног начела на ком почива целокупно кривичнопроцесно законодавство Р. Србије, а то је 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.¹⁶

Иако држава поседује *ius puniendi*, наведено право није апсолутног карактера већ је ограничено захтевом за поштовање људских права и основних слобода. Из тог разлога, доношење законских одредби којима се прописује забрана коришћења доказа који су сами по себи, по начину прибављања, посредно или непосредно незаконити игра важну улогу у свим правним системима без обзира да ли се радило о англоамеричком или европскоконтиненталном правном подручју. Другим речима, у току читавог доказног поступка, реч је о борби јавног и приватног интереса, где јавни интерес захтева откривање истине с циљем изрицања казне евентуалном учиниоцу кривичног дела, док приватни интерес, и то најчешће интерес окривљеног, захтева ограничавање начина долажења до истине, с циљем избегавања изворног права државе на *ius puniendi*.

Дакле, установити постојање неке чињенице значи уверити се да она постоји или не постоји из законом дозвољених извора и начина сазнања, и то ауторитативно потврдити у коначној судској одлуци (Ђурђић, 2014:244). На овакав начин може се испоштовати кривно начело на коме почива ЗКП а то је да 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.

¹⁶ чл. 1 - Законик о кривичном поступку „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 - одлука УС и 62/2021 - одлука УС.

Наведено представља једини пут до истине којим орган поступка слепо мора да се руководи, јер једино на тај начин може се донети правична одлука којом ће се, у највећој мери, задовољити интерес обеју страна, односно испоштоваће се начело правичности које представља краљицу свих врлина.¹⁷

Литература

Carić, M. (2004). Izdvajanje nezakonitih dokaza iz spisa predmeta - ključni trenutak kaznenog postupka, *Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva*, Inženjerski biro, Zagreb.

Damaška, M. (1973). Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, 121 *U. Penn. L. Rev.*

Farkas, A., Róth, E. (2007). *A büntetőeljárás*, Campus Kiadó, Budapest, 2007.

Meese, J. (2017). The use of illegally obtained evidence in criminal cases: a brief overview, *ERA Forum* 18(3).

Tremmel, F. (2006). *Bizonyítékok a büntetőeljárásban*, Campus Kiadó, Budapest-Pécs.

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

Бејатовић, С. (2014). Кривично процесно право, Службени гласник, Београд.

Васиљевић, Т, Грубач, М. (2003). Коментар Законика о кривичном поступку, осмо измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд.

Васиљевић, Т.(1981). Систем кривичнопроцесног права СФРЈ, Савремена администрација, Београд.

Грубач, М. (2009). Кривично процесно право, *ProJuris*, Београд.

Ђурђић, В. (2014). Кривично процесно право, Општи део, Центар за публикације Правног факултета, Универзитета у Нишу.

Илић, Г. (2015). О незаконитим доказима у кривичном поступку, у: *Казнена реакција у Србији*, V део, Правни факултет Универзитета у Београду.

Илић, Г. (2017). Судско тумачење и правна сигурност у кривичном праву“, *Култура полиса*, бр. 32/2017.

¹⁷ *Cicero, Iustitia virtutum regina.*

Кнежевић, С. (2015). Кривично процесно право – општи део, Центар за публикације, Правни факултет, Ниш.

Марковић, Б. (1937). Уџбеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије, Штампарија Драг. Грегорића, Београд.

Станковић, Б. (2022). Незаконити докази у кривичном поступку – докторска дисертација, Правни факултет, Универзитет у Београду.

Фејеш, И. (2015). Систем изузетака од примене „теорије плода отровног дрвета“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2015, Нови Сад.

Шкулић, М. (2014). Кривично процесно право, Правни факултет, Универзитет у Београду.

Законски текстови

Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

Законик о кривичном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021-одлука УС и 62/2021-одлука УС.

Судска пракса

Nardone v. United States, 1939 (308 U.S. 338).

Silverthorne Lumber Co. v. United States, 1920 (251 U.S. 385).

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

Пресуда Вишег суда у Нишу К бр. 248/10 од 30.12.2010. год., Билтен Вишег суда у Нишу, бр. 32/2014, Intermex, Београд.

Aleksandar Arsić,

PhD student,

Faculty of Law, University of Niš

ILLEGAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Abstract

A correctly established factual situation is the most important basis for rendering a court decision. Achieving a balance between the fact that no innocent person is convicted and the fact that the perpetrator of a criminal offense is sentenced to a criminal sanction under the conditions prescribed by the criminal law, based on a legally and fairly conducted procedure, is the primary and the most difficult task of the criminal procedure body. Thus, in the first part of the paper, the author pays special attention to the evidence procedure as a complex criminal procedural action which comprises several interrelated procedural activities. In the second part of the paper, the author examines the concept of evidence through its substantive and procedural designations, as well as the types of evidence observed through the prism of generally accepted classifications in the criminal procedure law theory. In the third part, the author focuses on the definition of illegal evidence and its designation in the Serbian Criminal Procedure Code (CPC). In this part, the author also elaborates on the types of illegal evidence, which are provided for in the currently applicable criminal procedure legislation in the Republic of Serbia. In the last part of the paper, the author focuses on indirect illegal evidence as a novelty provided for in the current CPC and the tacit influence of the doctrine of "fruits of the poisonous tree" in the Serbian criminal procedure legislation.

Keywords: *evidence, evidence procedure, illegal evidence, "fruit of the poisonous tree" doctrine.*