

*Dejan Terzić**
Apelacioni sud u Novom Sadu

NEZAKONITI DOKAZI I NACRT ZAKONA O IZMENAMA I DOPUNAMA ZKP**

SAŽETAK: U radu je iz ugla iskusnog praktičara dat sveobuhvatan prikaz odredaba domaćeg procesnog zakonodavstva o načinu utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku, sa posebnim naglaskom na nezakonite dokaze, uz kritičku analizu određenih rešenja, kako iz aktuelnog propisa, tako i iz nacrtu izmena i dopuna Zakonika o krivičnom postupku, ali i kroz aktuelnu sudsku praksu.

Ključne reči: krivični postupak, dokazi, nezakoniti dokazi

UVOD

Govoriti o zakonskim rešenjima koja utvrđuju pravila za ocenu zakonitosti, odnosno nezakonitosti dokaza u krivičnom postupku, predviđenih u nacrtu izmena i dopuna Zakonika o krivičnom postupku nemoguće je, ako se na samom početku analize ne postave osnovi, okviri i pravila koja određuju značaj, važnost i način izvođenja dokaza u krivičnom postupku. A osnov jeste u tome da su dokazi, odnosno činjenice koje iz njih proizilaze, jedna od dve ključne komponente sudske odluke, gde bi druga odlučujuća bila pravna norma koja se primenjuje na utvrđeni činjenični osnov.

* e-mail: dejan.terzic@ns.ap.sud.rs, sudija.

** Rad je primljen 10. 12. 2025, a prihvaćen je za objavljivanje 27. 2. 2026. godine.

Ako materijalno krivično pravo propisuje uslove pod kojima se na učinioca određenog ponašanja, koje je u zakonu propisano kao krivično delo, ima primeniti krivična sankcija, kao reakcija društva na takvo delo i izvršioca, onda procesno krivično pravo propisuje pravila da niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnih dela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje propisuje krivični zakon, na osnovu zakonito i pravično sprovedenog dokaznog postupka. Prema tome, očigledno je da iz ove sinergije propisa proizilaze prava i obaveze organa postupka, pre svega u smeru dokazivanja, odnosno prikupljanja potrebnih dokaza i njihovog izvođenja pred sudom, ali i u postupku odlučivanja, ocenom izvedenih dokaza i donošenjem sudske odluke na osnovu njihove sadržine uz adekvatnu primenu zakonskih propisa.

S obzirom na temu rada, orijentacija u pogledu propisa koji regulišu oblast krivičnog prava biće prema njihovim delovima koji se odnose na aktivnost suda u činjeničnoj oblasti, najpreciznije, na samo utvrđivanje činjenica koje se opet, u skladu sa pravnom teorijom i praksom, svodi na izlaganje o dokazima kao središtu svakog sudskog postupka, tj. o načinu utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku, a u najužem smislu o tome koje dokaze po zakonu možemo koristiti za utvrđenje činjenica na kojima se može zasnivati odluka suda, a koje ne.

Za suđenje, i posebno donošenje sudske presude kao cilja i ostvarivanja smisla samog sudskog postupka, od najvećeg je značaja da sud pravilno, što podrazumeva zakonitost, sprovede dokazni postupak i pravilno i tačno utvrdi činjenično stanje, kao osnov za donošenje svoje odluke. U postupku utvrđivanja činjeničnog stanja krije se i najveći problem suđenja, svakako ne i jedini, a to je tzv. sukob težnji, one za, uslovno rečeno, efikasnošću suđenja i ostvarivanja prava države na kažnjavanje (*ius puniendi*) u brzom, tačnom i pravilnom donošenju odluke koja će biti izraz pravilno utvđenih i ocenjenih činjenica s jedne, ali i one za pravilnom primenom propisa koji garantuju prava okrivljenog u postupku, ne samo kao procesnog subjekta već i kao ličnosti, dakle potpune zaštite njegovih ljudskih prava i slobode, sa druge strane. U svakom slučaju, reč je o balansu težnji i potreba, one da niko nevin ne bude osuđen ali i da se osudi krivac za izvršenje krivičnog dela, ali samo i isključivo po zakonu, koji je ograničenje svakoj samovolji i nasilju.

Kako je to već konstatovano, potpuno i pravilno utvrđeno činjenično stanje jeste sam temelj presuđenja, osnov za primenu zakona, pa se logično nalazi u središtu pažnje nastojanja za ostvarenje naizgled protivrečnih interesa koji se pojavljuju tokom suđenja i koji su navedeni u dosadašnjim redovima.

Nije lako uskladiti ove dve legitimne težnje, usled čega je tako neopohodna i presudna uloga suda u postupku, koji je garant pravilne primene zakona i ostvarivanja pravde, kako se može u konačnom i nazvati postizanje balansa između dva naoko suprotstavljena interesa. Ova uloga je neprekidna,

počinje već prilikom prethodnog postupka, kada je i početak prikupljanja dokaza (gde se kontroliše zakonitost načina prikupljanja, s tim da sud u većoj meri i sam u tome učestvuje, izdajući razne vrste naredbi u postupku pribavljanja dokaza), preko kontrole optužnice (gde donosi odluku o njenoj osnovanosti i dokazima koji je potkrepljuju), te suđenja u kome dokaze izvodi i ocenjuje ih, pa na osnovu njih donosi svoju odluku. Međutim, donošenjem presude, se ne iscrpljuje uloga suda u prikupljanju i oceni dokaza, jer je uvek moguće da se pojavi neki dokaz koji bi svojom sadržinom mogao izmeniti već donetu pravosnažnu, sudsku presudu, samo u korist okrivljenog, usled čega bi u postupku odlučivanja o postojanju i značaju tog dokaza sud prvo odlučivao o dozvoljenosti ponavljanja pravosnažnog postupka, a ukoliko ponavljanje dozvoli, onda bi na osnovu njega odlučivao i u meritumu. Dakle, sud je taj koji većinski sprovodi kontrolu primene pravila o prikupljanju dokaza, a suštinski sam odlučuje o njihovoj zakonitosti, izvođenju i dokaznoj snazi, pri čemu od ovih aktivnosti direktno zavisi pravilnost i zakonitost sudske odluke. U tome se konačno i manifestuje uspostavljanje balansa između društvene težnje za efikasnošću sudskog postupka, da se učiniocu krivičnog dela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje propisuje krivični zakon, uz istovremeno poštovanje ljudskih prava i sloboda okrivljenog, da niko nevin ne bude osuđen i da postupak koji se sprovodi i u kome se odluka donosi bude zakonito i pravično sproveden.

POJAM I ZNAČAJ DOKAZA U SUĐENJU

Osnovni zadatak suda tokom suđenja jeste utvrđivanje činjenica putem izvođenja dokaza i eventualno raspravljanje spornih pravnih, pre svega procesnopravnih, ali i materijalnopravnih pitanja. Dok se ova pitanja mogu raspraviti i van glavnog pretresa, izvođenje dokaza, izuzev u ograničenom broju slučajeva i iz naročito važnih razloga, moguće je samo na glavnom pretresu, zbog čega se on i održava. Ukoliko analiziramo odredbe koje se odnose na tok i sadržaj glavnog pretresa, već samim prostim zaključivanjem možemo shvatiti da je smisao njegovog održavanja upravo izvođenje dokaza, zbog toga što se u atmosferi javnog i kontradiktornog pretresa, dokazi, od kojih zavisi sudska odluka, a time prava i obaveze ali i sudbina okrivljenog i onih koji su oštećeni njegovim protivzakonitim postupanjem, najcelovitije izvode i raspravljaju, uz potpunu primenu procesnih pravila o izvođenju, te istu takvu zaštitu prava učesnika u postupku. Ta zaštita garantuje potpunu proveru sadržine izvedenih dokaza, načinom koji propisuje zakon putem njihove kritičke ocene, osporavanjem i izvođenjem dokaza koje oni predlože, u cilju potvrde svojih

stavova i tvrdnji. Zbog toga je dokazni postupak najznačajniji deo glavnog pretresa, a time i krivičnog postupka.

Rezultat izvođenja dokaza jesu činjenice,

„...pojave u stvarnosti u kojima se sastoje uvjeti materijalnog krivičnog prava za primjenu krivične sankcije u konkretnom slučaju i uvjeti procesnog prava za vođenje krivičnog postupka i vršenje procesnih radnji“,¹

kako ih naziva prof. V. Bajer. Već samo i iz ovih nekoliko uvodnih rečenica nesumnjivo se može zaključiti da su činjenice i predmet i svrha dokazivanja, zbog čega se kod nekih pravnih teoretičara usled ove bliske organske veze čak i mešaju pojmovi činjenica i dokaza.

Dokazivanje je sredstvo za utvrđivanje činjenica. Dokazivanje se vrši izvođenjem i ocenom dokaza i samo je sud ovlašćen da izvodi dokaze tokom suđenja. Dokazom se, pak, smatra izvor saznanja kojim se utvrđuju odlučne činjenice, one koje su neophodne da bi se na njih primenila kakva zakonska odredba. Ova definicija leksički se uobličava na više načina, no, suština koja je navedena, njihovo je pravo i u osnovi jedino značenje. Pokušaji su u pravnoj teoriji razdvajanja pojmova dokaza od dokaznog sredstva. Međutim, u našoj teoriji o dokazima polazi se od realističkog stanovišta, gde se činjenice u krivičnom postupku utvrđuju putem izvora saznanja, a te izvore saznanja na osnovu kojih se utvrđuju činjenice nazivamo dokazima ili dokaznim sredstvima, pa se usled toga samo teoretski razlikuju dokaz od dokaznog sredstva, kao npr. sadržina iskaza svedoka, kao dokaz, od samog svedoka, kao dokaznog sredstva, ili sadržina video-snimaka, u smislu dokaza, i video-zapisa na kome se snimak nalazi, kao dokaznog sredstva. Iz ove komparacije se već jasno vidi, u skladu s aktuelnom sudskom praksom, da je očito reč o teoretskoj distinkciji, koja je u praksi potpuno zanemarena upravo zbog prevelikog značaja samog dokaza i dokazivanja u sudskom postupku. Ipak, može se potvrditi da su dokazi saznanja, proistekli iz dokaznih sredstava, oni su osnov za utvrđenje činjenica, ali nisu činjenice po sebi. Ovo zbog toga što su oni predmet kritičke provere suda, analitičkim i sintetičkim metodima, zakonski nazvane ocenom. Ocena dokaza po svojoj suštini predstavlja ocenu njihove vrednosti u odnosu na činjenicu koja je predmet dokazivanja, odnosno čije se postojanje dokazuje. Ovo znači da se ocenom nekog dokaza procenjuje u stvari njegova snaga, kojom on, putem svoje sadržine i uverljivosti, uverava o postojanju činjenice o kojoj svedoči.

Dve su osnovne teorije utvrđivanja vrednosti dokaza: zakonska teorija o vrednovanju dokaza i teorija slobodne ocene dokaza. Kroz vreme je zakonom bio propisivan odnos suda prema dokazima, što znači da je on bio u direktnoj

¹ Bayer, V. (1978). *Jugoslavensko krivično procesno pravo*, knj. 2. Zagreb: Informator.

zavisnosti od stava zakonodavstva, a ne od onoga ko zakon primenjuje. U ranijem istorijskom periodu zakonodavstvo se uglavnom oslanjalo na primenu teorije o zakonskom vrednovanju dokaza, dakle, strogo formalnom i rigidnom stavu u odnosu na vrednost pojedinih dokaznih sredstava. Zakonodavac je u samom zakonu egzaktno određivao vrednost svakog dokaznog sredstva, pa je, logično, tada najveću snagu imalo upravo priznanje okrivljenog lica. Karakteristično je da je sud bio u obavezi da se strogo pridržava zakona, priznajući dokazima zakonom propisanu vrednost, sa malom merom samostalnosti i kritičnosti u oceni. Nakon Francuske buržoaske revolucije 1789. godine, u praksi je i stav o zakonskoj oceni dokaza evoluirao, zbog čega je već početkom XVIII veka zamenjen stavom o slobodnoj oceni dokaza, koja podrazumeva da sud sam, slobodno utvrđuje vrednost dokaza po osnovu slobodnog sudijskog uverenja, naravno u granicama Ustava i zakona, po pravilima logike o pravilnom mišljenju i zaključivanju. Ovaj sistem, kao civilizacijska tekovina, zadržao se do današnjeg dana.

Da bi dokaz bio temelj utvrđenja neke činjenice u krivičnom postupku, nužno je da bude pribavljen i izveden po tačno određenim pravilima, uglavnom propisanim zakonom, posle Ustava, aktom najviše pravne snage u svakom pravnom sistemu. Time se potvrđuje značaj dokaznog postupka, ali i važnost zaštite prava okrivljenog u postupku od posledica odgovornosti na osnovu nezakonitih dokaza. Pored izvođenja i ocene dokaza po utvrđenim zakonskim pravilima, oni se ocenjuju i na osnovu tzv. slobodnog sudijskog uverenja, oslanjanjem sudije koji vrši ocenu dokaza, prilikom ocenjivanja njegove vrednosti, na opšteprihvaćene standarde logike i znanja, iskustva i uobičajene psihološke standarde – one za koje nije potrebno kakvo specijalističko, stručno znanje, već ono koje poseduje osoba sa prosečnim životnim iskustvom – kao i na osnovu standardnih obrazaca kriminalistike. Svakako, sud je dužan da tu ocenu obrazloži, zbog njene činjenične i zakonske proverljivosti, u obrazloženju pismeno izrađene presude. Sve ove aktivnosti predstavljene su u svom sukusu kroz odredbe čl. 16, st. 2. i 3. ZKP: da je sud dužan da nepristrasno oceni izvedene dokaze i da na osnovu njih sa jednakom pažnjom utvrdi činjenice koje terete ili idu u korist okrivljenom. Izvedene dokaze koji su od značaja za donošenje sudske odluke, sud ocenjuje po slobodnom sudskom uverenju.

Već je istaknuto da su predmet dokazivanja činjenice, pre svega odlučne, kako je propisano u čl. 83. ZKP, a to su one koje čine obeležja krivičnog dela ili od kojih zavisi primena neke druge odredbe krivičnog zakonika ili pak primena procesnih odredbi. Osim njih, u dokaznom postupku utvrđuju se i pomoćne činjenice, koje na posredan način ukazuju na postojanje odlučne činjenice. Jedino se ne dokazuju činjenice čije se postojanje pretpostavlja, tzv. oborive i neoborive pretpostavke, kao i one koje okrivljeni priznaje na način da je nepotrebno njihovo dokazivanje, pre svega iz razloga procesne ekonomije,

ili da saglasnost stranaka o tim činjenicama nije u suprotnosti sa drugim dokazima. Nesporno i već isticano, ove činjenice se utvrđuju isključivo na osnovu zakonitih dokaza, onih koji su pribavljeni i izvedeni na zakonom propisan način, kako propisuje odredbe čl. 82. ZKP. Nezakonite dokaze definiše čl. 84. ZKP, a to su oni koji su pribavljeni suprotno čl. 16, st. 1. Zakonika: po krajnje uopštenom opisu, reč je o dokazima koji su, posredno ili neposredno, sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa Ustavom, ZKP, drugim zakonom ili opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima.

Dokazni postupak najznačajniji je deo glavnog pretresa, jer je glavni pretres po pravilu jedino mesto gde se dokazi i izvode uz svestrano raspravljajanje o njihovoj sadržini i zakonitosti. Dokazni postupak je i najznačajniji deo krivičnog postupka, jer je utvrđivanje činjenica suština suđenja po pravilu *da mihi factum dabo tibi ius*. Zbog toga je od velikog značaja odgovor na pitanje na kome leži teret dokazivanja, odnosno zakonsko pravilo o tome ko od stranaka u postupku treba šta da dokaže, da bi uspeo u krivičnom postupku. Po tome, teret dokazivanja predstavlja zadatak procesnih stranaka, da u skladu sa zakonskim pravilima, predlažu dokaze u cilju utvrđenja ili osporavanja odlučnih činjenica. Prema čl. 15. ZKP, teret dokazivanja je u osnovi na tužiocu, a u skladu sa iskonskom pretpostavkom nevinosti okrivljenog, koja je u osnovi i postupanja *in dubio pro reo*. Sve ovo ukazuje na to da je dokazivanje obaveza za tužioca, a pravo za okrivljenog, koji u slučaju osporavanja kakvog dokaza, za koji smatra da mu ide na štetu, ima pravo, ali ne i obavezu, da predlaže dokaze koji mu idu u korist i koji bi svojom sadržinom postojeći dokaz osporili ili ga doveli u pitanje. Čitav niz prava u postupku ima okrivljeni, kako bi njihovim korišćenjem ojačao svoju odbranu i na zakonit način osporio sadržinu ili verodostojnost dokaza koje javni tužilac predlaže u prilog dokazivanja navoda svog optužnog akta. Na ovom mestu nema svrhe nabrajati sva ta zakonska prava, već je dovoljno navesti da su ona propisana odredbama čl. 68, st. 1, t. 1, 9. i 10. i čl. 86. ZKP.

Iako smo se aktuelnim zakonskim rešenjima ZKP konceptualno veoma približili adverzijalnom krivičnom postupku, u samom Zakoniku postoje konceptijske nedoslednosti koje ga ne drže potpuno na tom kursu, a jedna od njih je propisivanje mogućnosti da sam sud naloži strankama predlaganje dopunskih dokaza ili izuzetno sam odredi da se takvi dokazi izvedu, pod uslovom da su izvedeni dokazi protivrečni i nejasni i da je izvođenje novih dokaza neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio. To direktno znači da se obaveza dokazivanja, po konačnom nalogu suda, prenosi na obe stranke, naravno ne ultimativno, jer ukoliko stranke ne postupe po nalogu za to im ne preti nikakva pravna posledica, osim možda u konačnom uspehu u suđenju, budući da sud može i sam odlučiti da izvede ove dokaze.

Dokazi putem kojih se dolazi do odlučnih ili drugih bitnih činjenica moraju biti zakoniti, pribavljeni i izvedeni na zakonom propisan način. Neki procesni zakoni unapred propisuju koja tačno dokazna sredstva sud može koristiti a koje ne, čime mu se ograničava mogućnost korišćenja svih drugih dokaza, van izričito dopuštenih. U tom slučaju radi se o zatvorenom sistemu dokaznih sredstava. Suprotno od toga je da zakon omogućava sudu korišćenje svih dokaza podobnih za dokazivanje, za koje smatra da se na osnovu njih može utvrditi kakva odlučna činjenica. Pri tome je bitno da ovi nisu u suprotnosti sa pravnim poretkom, postupovnim načelima i pravilima morala. Prema svojim atributima ovakav se sistem naziva slobodnim sistemom dokaznih sredstava.

U sistemu kakav je naš, mešovitog tipa, gde se dokazivanje sprovodi da bi se došlo do konačne odluke a suštinski do istine, odgovornost za izvođenje dokaza je na samom sudu i njihov izbor zavisi od okolnosti svakog pojedinačnog slučaja. Sloboda u odlučivanju koje će dokaze sud izvesti, naravno, nije apsolutnog karaktera jer, iako zakon ne određuje koje i kakve tačno dokaze sud treba da izvede za dokazivanje neke činjenice, ograničava ga propisima o načinu na koji donosi odluku o tome koje će dokaze izvesti, kao i o vrstama dokaznih sredstava i oblika u kojima se oni upotrebljavaju u postupku. Dakle, procesni zakon i u slobodnom sistemu izbora dokaza može zabraniti izvođenje određenih dokaznih sredstava ili odrediti da se određena dokazna sredstva ne mogu koristiti za utvrđivanje neke činjenice.

Ono što je važno naglasiti je da se zabrana upotrebe dokaza kao nedozvoljenog vrši putem zakonskih ograničenja, tačnije zabranjuje se izvođenje dokaza određene vrste u određenim slučajevima, ili se zabranjuje određeni način pribavljanja nekog dokaza. Po samom zakonu, ocena zakonitosti nekog dokaza, samo ako nije reč o izričito zabranjenom dokazu, po kriterijumu da nije u suprotnosti sa pravnim poretkom i osnovnim pravilima postupka, u isključivoj je nadležnosti suda.

NEZAKONITI DOKAZI

U aktuelnom Zakoniku o krivičnom postupku, kao što je već u uvodnim razmatranjima rečeno, pojam nezakonitih dokaza definisan negativnom definicijom: da su to dokazi koji su pribavljeni suprotno čl. 16, st. 1. Zakonika. Sam čl. 16, st. 1, pak, propisuje da je reč o dokazima koji su, posredno ili neposredno, sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa Ustavom, ZKP, drugim zakonom ili opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, osim u postupku koji se vodi zbog pribavljanja takvih dokaza. Inače, pitanje nedozvoljenih dokaza je u legislativi,

ali i u sudskoj praksi, veoma složeno i delikatno pitanje, a zakonska rešenja tim povodom su u stalnom unapređenju i neprekidnom razvoju. Uzroci za to su i zakonske ali i praktične prirode, u unapređenju društvenih odnosa, tehničko-tehnološkom napretku te, smatramo prvenstveno, kazuističkom pristupu u oceni dokaza. Zakonodavčevo je polazište u ravnoteži o kojoj je u uvodnom delu rada bilo reči, između težnje za efikasnošću države u krivičnom progonu i ostvarivanju prava na kažnjavanje koje svaka država ima nad svojim građanima, izvršiocima krivičnih dela, i zaštite ljudskih prava i sloboda građana, učesnika u krivičnom postupku. Mera za kojom se teži u svakom pravnom sistemu jeste da se u oceni da li je neki dokaz dozvoljen ili ne pođe od maksimalne zaštite ljudskih prava, ali da se ne učini šteta po efikasnost krivičnog progona, gde su te granice usled prirode obeju težnji nepostojane i delikatne, promenjive i podložne stalnoj kontroli i preispitivanju.

Uprkos izvornom pravu države da donosi propise i kažnjava, ovo pravo je ograničeno, u skladu sa svetskim standardima. Ograničenje se prvenstveno ogleda u uspostavljanju obaveze poštovanja ljudskih prava i građanskih sloboda. I ovde može doći do svesnog kršenja, kroz primenu prinudnih propisa, ali su ta kršenja retka i izuzutna, podložna strogoj kontroli svih učesnika u postupku i najposle državnih organa, sa jasnom odgovornošću za zloupotrebu ovih propisa u vidu krivičnog progona. Osnovni sukob između efikasnosti državnih organa, sa jedne, i zaštite ljudskih prava i sloboda okrivljenog, sa druge strane, ima centralno mesto u dokaznom, a time i u krivičnom postupku generalno. U pitanju je jaz između javnog, državnog interesa i privatnog interesa okrivljenog u krivičnom postupku. Javni interes se ogleda u nastojanjima državnih organa u ostvarivanju prava na *ius puniendi*, a privatni interes, interes okrivljenog, da se kroz zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ograniči dolažak do istine, što u biti predstavlja težnju za izbegavanjem kažnjavanja.

Polazeći, dakle, od same biti dokaznog postupka, centralnog mesta suđenja, utvrđivanja pravnorelevantnih, odlučnih i drugih važnih činjenica, jasno je iz same prirode određene vrste činjenica da se njihovo postojanje ne mora dokazivati, već se može pretpostaviti. Reč je o tzv. notornim činjenicama koje su opštepoznate, koje u osnovi niko ne spori, a koje su u toj meri već raspravljene i po svojoj sadržini ali i po svom biću, zbog čega je njihovo posebno dokazivanje, izvođenjem dokaza na okolnost utvrđenja njihovog postojanja potpuno nepotrebno, s aspekta procesne ekonomije i efikasnosti krivičnog postupka. Ostale činjenice, čije je dokazivanje neophodno izvođenjem, raspravljanjem/pretresanjem i ocenom dokaza na glavnom pretresu, odnosno nakon njegovog završetka, u cilju donošenja odluke suda o krivici, dokazuju se putem dokaznih sredstava koja su propisana zakonom i u zakonom propisanom postupku, uslovno rečeno, zakonitih dokaza, jer su oni koji su dobijeni iz zakonom propisanih dokaznih sredstava, ali na nezakonit način – nezakoniti dokazi.

Na osnovu enumeracije iz Zakonika, dokazne radnje koje propisuje su: saslušanje okrivljenog, suočavanje okrivljenog sa drugim okrivljenim ili svedokom, prepoznavanje lica ili predmeta, ispitivanje svedoka, veštačenje, uviđaj, rekonstrukcija događaja, isprave, uzimanje uzoraka, provera računa i sumnjivih transakcija, privremeno oduzimanje predmeta i pretresanje. Osim ovih dokaznih radnji, imanentnih redovnom dokaznom postupku, ZKP u čl. od 161. do 187. propisuje i posebne dokazne radnje koje su karakteristične za taksativno propisana, teška krivična dela. Tim dokaznim radnjama se nesporno zadire u osnovna ljudska prava i slobode, u slučajevima teškog ugrožavanja zaštitenog dobra, pri čemu će se ove radnje primenjivati krajnje selektivno, po vrsti i dužini trajanja, u okolnostima koje ukazuju da se na drugi način krivično delo ne bi moglo otkriti, sprečiti ili dokazati, ili bi to izazvalo nesrazmerne teškoće ili veliku opasnost, uz stalnu procenu da li bi se isti rezultat mogao postići na način kojim se manje ograničavaju prava građana. Posebne dokazne radnje su: tajni nadzor komunikacije, tajno praćenje i snimanje, simulovani poslovi, računarsko pretraživanje podataka, kontrolisana isporuka i prikriiveni islednik.

Naše krivično zakonodavstvo se konceptualno, u pogledu dokaza na kojima se ne može zasnovati odluka suda, opredelilo za izraz, kao opis karaktera u dokaznom smislu, „nezakoniti dokazi“, a ne npr. „dokazne zabrane“ ili „pravila o isključenju dokaza“ kakve koriste paradigmatski pravni sistemi kontinentalnog, odnosno anglosaksonskog pravnog kruga, jer ovaj izraz, u skladu sa pravnom tradicijom, predstavlja najadekvatniji izraz u vrednosnom smislu ali i jasno definisan razlog za odluku da se na takvom dokazu ne može zasnovati sudska odluka. U praksi je pojam nezakonitih dokaza približniji, po načinu tumačenja, pojmu dokazne zabrane,² imanentno nemačkom zakonodavstvu, dakle kontinentalnom pravnom krugu, nego pravilima o isključenju dokaza iz američkog zakonodavstva, uprkos tome što ni u jednom ne postoji *a priori* zabrana korišćenja dokaza koji je suprotan zabrani, odnosno pravilima o isključenju. U ovome se ogleda kazuistička priroda zabranjenih dokaza.

U podeli nezakonitih dokaza u pravnoj teoriji, pre svega, ali donekle i u praksi, postoji određen broj kriterijuma. Prema ovlašćenjima za procenu nedozvoljenosti dokaza razlikuju se nedozvoljeni dokazi po samom zakonu i oni čiju zakonitost za svaki pojedinačni slučaj određuje sam sud, a dalja podela je na zakonom izričito zabranjene, dokaze pribavljene povredama određenih prava i sloboda građana, faktičkog su karaktera i utvrđuje ih sud, te tzv. „plodove otrovnog drveta“, dokaze koji proističu iz nezakonitih dokaza.³

² Grubač, M. (2007). Analiza sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava u krivičnim stvarima. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 79(11–12), 384.

³ Pisarić, M. (2010). O nedozvoljenim dokazima u krivičnom postupku. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 44(2), 368–369.

Uvodno je već naznačeno da aktuelni Zakonik o krivičnom postupku svojim čl. 84. u vezi sa čl. 16, st. 1. definiše nezakonite dokaze i način postupanja sa njima. U tom smislu zakon ograničava i usmerava organe postupka prilikom preduzimanja svih, u ovom slučaju dokaznih radnji. Dokazi se moraju izvoditi iz zakonom propisanih dokaznih radnji, dokaznih sredstava i pribavljati na zakonom propisan način. Logički proizilazi da su onda nezakoniti dokazi oni koji su, bez obzira na to što su propisani zakonom, pribavljeni ili izvedeni na nezakonit način. Međutim, ova teza je samo delimično tačna, jer postoje dokazi koji su i sami po sebi nezakoniti, dakle ne samo po načinu pribavljanja ili izvođenja, već po svojoj suštini, onakvi kakvi su. Ti dokazi proističu iz zabrane propisane čl. 9. ZKP, a reč je o dokazima proisteklim iz primene mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja, primene sile, pretnje, prinude, obmane, medicinskih zahvata i drugih sredstava koja utiču na slobodu volje ili iznuđuje priznanje ili kakva druga izjava ili radnja, kako od okrivljenog, tako i od svedoka ili veštaka, drugih učesnika u postupku. Ovi potonji dokazi su apsolutno nezakoniti, jer ne postoji, uslovno rečeno, moguć postupak njihovog ozakonjenja, pošto je njihova nezakonitost bezuslovna. Suprotno, relativno nezakoniti nisu, poput prethodnih, nezakoniti po svojoj suštini, već, kako je uvodno rečeno, po načinu svog pribavljanja ili izvođenja, pa usled toga sud je ovlašćen da procenjuje stepen kršenja zakona u pribavljanju ili izvođenju dokaza, sa krajnjim ciljem procene ugroženosti verodostojnosti dokaza i konačno eventualnom prihvatanju tog dokaza, odnosno neprihvatanju zbog nezakonitosti.

Dok su apsolutno i relativno nezakoniti dokazi jasno diferencirani i definisani, treća grupa po utvrđenim podelama predstavlja, do sada, malu nepoznanicu, praktikovanu u ranijem periodu više u anglosaksonskom pravu, odakle je preuzeta. Ti dokazi nisu sporni sami po sebi ili po načinu pribavljanja, već posredno, po poreklu, odnosno izvoru. Reč je o dokazima koji proističu iz nezakonitih dokaza, za koje se ne bi znalo da nije upravo tih nezakonitih dokaza. Ovo su dokazi za koje se saznalo iz drugih dokaza, koji su opet nezakoniti u apsolutnom ili relativnom smislu, ali definitivno, na osnovu kojih se ne može doneti odluka suda. Ovo su tzv. derivativni dokazi, oni koji proističu iz drugih, odnosno iz njih se izvode. Dakle, ukoliko su originarni dokazi, iz kojih se saznalo za njih, nezakoniti, onda su i ti derivativni dokazi, takođe, nezakoniti, upravo po osnovu principa ploda otrovnog drveta. Ovom autentičnom postavkom omogućena je istovremena ekskluzija originarnih nezakonitih dokaza i njihovog saznavnog sadržaja, koji je sam po sebi zakonit, što faktički predstavlja prošireno ekskluzijsko pravilo.

EKSKLUZIJSKO PRAVILO I POSLEDICE KORIŠĆENJA NEDOZVOLJENIH DOKAZA

Posledice primena nedozvoljenih dokaza u stvari su centralno pitanje bavljenja njima, u teoretskom i praktičnom smislu. U razmatranjima smo krenuli hronologijom na način da smo se prvo bavili dokazima u opštem smislu, a potom pojmom nezakonitih dokaza kroz teoretska razmatranja i zakonska rešenja *de lege lata*, ali bi sva razmatranja bila beskorisna, ukoliko jedan deo ne bi bio posvećen upravo posledicama upotrebe nedozvoljenih dokaza, u procesnom smislu, kao i posledicama za onoga ko takve dokaze pribavlja ili koristi.

Prikupljanje i upotreba nezakonitih dokaza nužno mora imati sankciju u samom zakonu, jer proglasiti neki dokaz nezakonitim bez posledice u vidu sankcije – gubi svrhu. U uvodnim napomenama ovog rada rečeno je da se ograničenjem dokaznih svojstava, odnosno zabranom korišćenja određenih dokaza pre svega štite ljudska prava i slobode okrivljenih u postupku. Ukoliko bi upotreba nezakonitih dokaza prošla bez propisivanja sankcije za takvo ponašanje, onda bi se država izjednačila sa onima prema kojima *ius puniendi* upravo na način da i ona primenjuje nedopušteno, doduše pravno, nasilje u korišćenju svog prava na kažnjavanje, jer se upravo zbog primene nasilja i samopomoći vode krivični postupci prema onima koji se koriste takvim metodima. Ako državni organi u postupcima prikupljanja, odnosno izvođenja dokaza, postupaju na protivzakonit način, podležu sankcijama propisanim zakonom u vidu materijalnopravne, odnosno procesnopravne odgovornosti.

Prema već citiranom i analiziranom čl. 9. ZKP, pojedini načini pribavljanja dokaza zakonom su zabranjeni, a većina od njih čak predstavljaju krivično delo. Dokazi pribavljeni na taj način po procesnopravnim posledicama su apsolutno nezakoniti i na njima se ne može zasnivati sudska odluka, dok oni koji takve dokaze prikupljaju bivaju podvrgnuti krivičnom postupku, što je materijalnopravna posledica prikupljanja ove vrste nezakonitih dokaza. U navedenim okolnostima se katkad mogu dogoditi paradoksalne situacije u kojima se, zbog neusklađenosti propisa koji pravno regulišu oblast o kojoj je reč, dokaz ovako pribavljen može koristiti u postupku, a onaj koji ga je pribavio ipak može biti kažnjen zbog načina na koji ga je pribavio, dok se kod druge vrste takvih okolnosti dokazi ne mogu koristiti, ali nema odgovornosti za onoga ko ih je prikupio.⁴

Iz dosadašnjeg teksta proizilazi da postoje dve vrste odgovornosti za izvođenje i prikupljanje nezakonitih dokaza: materijalnopravna i procesnopravna.

⁴ Carić, M. (2006). Zabrana utemeljenja sudskih odluka na nezakonitim dokazima. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 13(2), 4.

Materijalnopravnoj odgovornosti podvrgava se onaj koji protivzakonito postupa prilikom prikupljanja dokaza – reč je o individualnoj, subjektivnoj odgovornosti, koja može biti različitog tipa, od disciplinske preko prekršajne do krivičnopravne, sve u zavisnosti od toga kog je karaktera materijalni propis koji inhibira spornu vrstu postupanja. Značaj materijalnopravne odgovornosti ne doseže u krivični postupak za koji je sporni dokaz pribavljen, već se usled, pre svega razloga specijalne prevencije, pribavilac podvrgava nekoj vrsti postupka.

Procesnopravna sankcija odnosi se na isključenje konkretnog dokaza koji je, usled nekih od iznetih razloga, po svojoj suštini nezakonit. Razlog za ovakvo svojstvo nekog dokaza leži, već je izneto, u zaštiti određenih drugih pravnih vrednosti u krivičnom postupku. Suprotno materijalnopравnim sankcijama, procesnopravne imaju neposredan uticaj na krivični postupak za koji se prikupljaju i u kome se izvode, a pravna posledica jeste isključenje takvih dokaza iz korpusa onih na kojima sud zasniva svoju odluku. Ukoliko to već ne učini prvostepeni sud, ova okolnost svakako predstavlja valjan pravni razlog za eventualnu žalbu, odnosno osnov za pravnu reakciju drugostepenog suda povodom izjavljene žalbe. Ovakvo postupanje suda u smislu procesne reakcije na postojanje nezakonitih dokaza, naziva se ekskluzija ili ekskluzijsko pravilo, i koristi ga u terminološkom smislu pravna teorija, dok se u zakonu koristi termin izdvajanje nezakonitih dokaza. Ekskluzijsko pravilo u krivičnom postupku predstavlja mesto konfrontacije ljudskih prava i utvrđivanja odlučnih činjenica u krivičnom postupku. Usled toga, problematika ocene dozvoljenosti korišćenja nezakonitih dokaza spada u najdelikatnija pitanja samog krivičnog postupka.

U pogledu izdvajanja dokaza razlikuju se dva sistema prisutna u praksi suđenja. Reč je o apsolutnom i relativnom sistemu. Apsolutni sistem, samo mu ime kaže, je kao takav propisan zakonom, jer ga zakon propisuje kao obavezan za dokaze koji su apsolutno nezakoniti, usled čega ga organ postupka, bez dodatne procene, po samom automatizmu, mehanički, izdvaja iz postupka. Ostavljanje tog dokaza u postupku i zasnivanje odluke suda na njemu, ima apsolutni uticaj na zakonitost same sudske odluke. Ovakav način izdvajanja imanentan je pre svega anglosaksonskom pravu, ali ga ima i u kontinentalnom, a time i u našem pravnom sistemu. Relativni sistem je takođe jasno opisan već u svom nazivu. Ukoliko se, nakon što je utvrđeno da je prilikom pribavljanja dokaza učinjena neka povreda, takav dokaz ne izdvaja obavezno i mehanički, nego sud vrši prethodnu procenu svih okolnosti, težine krivičnog dela, njegovih posledica, ali i ostalih opštih okolnosti, pa tek nakon toga, kazuističkim pristupom, odlučuje da li je neophodno takav dokaz izdvojiti ili ga prihvatiti i na njemu zasnovati svoju odluku, naravno uz temeljno obrazloženje ovakvog svog stava. Dakako, u pitanju je relativni sistem ekskluzije. U pitanju

primene ekskluzije postoje dva shvatanja unutar pravnih sistema, shvatanje u cilju maksimizacije korisnosti, služenja svrsi koju postavlja interes države u postizanju prava na *ius puniendi*, utilitarističko shvatanje, koje odgovara sistemu relativnog izuzimanja dokaza, i principijelno shvatanje koje polazi od neprikosновенosti ekskluzije u okolnostima kršenja zakona u dokaznom postupanju i obaveznosti sankcionisanja za kršenje dokaznih pravila, koje odgovara sistemu apsolutnog izuzimanja dokaza. Utilitarističko shvatanje osobeno je, naročito u ranijem periodu, za kontinentalni pravni krug, a principijelno za anglosaksonski.⁵

Budući da naše krivično zakonodavstvo, bez obzira na neke avanturističke pokušaje iz aktuelnog procesnog Zakonika, pripada kontinentalnom pravnom krugu, neophodno je informativno se podsetiti da primena utilitarističkog shvatanja ne podrazumeva zakonom propisanu obavezu suda za izdvajanje nezakonitih dokaza. U postupku tim povodom samom je sudiji ostavljeno ovlašćenje da ocenom okolnosti u konkretnom slučaju donese odluku o izdvajanju spornog dokaza kao nezakonitog. Reč je, prema svim odrednicama, o klasičnom pitanju faktičkog karaktera, gde je veoma složeno, ne i nemoguće, postupati prema ustaljenim obrascima za donošenje takve odluke. Upravo nepredvidivost konačne odluke postupajućeg suda u pogledu ocene nezakonitosti dokaza, generiše danas veoma izraženu neusklađenost kriterijuma u sudskoj praksi pri ovakvoj vrsti odlučivanja. Takav problem ukazuje na neophodnost, makar okvirno, zakonskog rešenja za donošenje ove odluke, budući da preširoko ovlašćenje suda kod njenog donošenja neminovno vodi u arbitrnost.

Ekskluzija je u primeni kod kontinentalnih pravnih sistema od novijeg vremena, faktički od podizanja svesti o neophodnosti zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda. Njenom pojavom ograničeno je istražno načelo i utvrđivanje istine u krivičnom postupku, ali i načelo efikasnosti krivičnog postupka, pa posredno i načelo procesne ekonomije, ali je upravo po svojoj relativnosti primena ovog pravila u kontinentalnom pravnom sistemu, još uvek u značajnom zaostatku za anglosaksonskim, apsolutnim karakterom ekskluzije.

⁵ Pisarić, M. (2010). O nedozvoljenim dokazima u krivičnom postupku. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 44(2), 373.

NEZAKONITI DOKAZI U DOMAĆEM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU

U uvodnom delu već je bilo reči o nezakonitim dokazima u domaćem krivičnom zakonodavstvu. Navedeno je da su nezakoniti dokazi oni koji su neposredno ili posredno, sami za sebe ili po načinu pribavljanja suprotni Ustavu, zakonu, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava kao i međunarodnim ugovorima. Ovo su opšte odredbe o nezakonitim dokazima koje propisuje čl. 16. ZKP. Osim toga, i čl. 9. ZKP propisuje koji su još dokazi nezakoniti, i to na egzaktan način, a reč je o dokazima proisteklim iz primene mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja, primene sile, pretnje, prinude, obmane, medicinskih zahvata i drugih sredstava koja utiču na slobodu volje ili iznuđuje priznanje ili kakva druga izjava ili radnja, kako od okrivljenog, tako i od svedoka ili veštaka, drugih učesnika u postupku. Prethodnim odredbama izvor su odredbe Ustava RS u članovima 25, 28, 33, 40. i 41, koji zabranjuju povrede prava prilikom prikupljanja ili izvođenja dokaza, kao što su zabrana povrede fizičkog i psihičkog integriteta, zabrana mučenja, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, zabrana podvrgavanja medicinskim ili naučnim eksperimentima bez pristanka osobe koja se tome podvrgava, obaveza čovečnog postupanja prema osobama lišenim slobode, obaveza uvažavanja dostojanstva ličnosti lišenog slobode kao i zabrana primene nasilja i iznuđivanja iskaza, pravo na branioca i predlaganje vlasititih dokaza te pravo na ispitivanje svedoka, pravo na privilegiju nesvedočenja, pravo na nepriznavanje krivice, te pravo na tajnost pisama i druge korespondencije. Odstupanja od garantovanih prava moguća su samo u izuzetnim, zakonom dozvoljenim slučajevima, na tačno određeno vreme i isključivo na osnovu odluke suda.

Iako su apsolutno nezakoniti dokazi u našem zakonodavstvu opisani, a neki i egzaktno navedeni, sam je zakon ostavio mogućnost da se pod tačno određenim uslovima i na tačno propisan način ipak prekrše zabrane čijim se povređivanjem u nezakonitom postupku pribavljaju nezakoniti dokazi. Predmetne izuzetke regulisao je čl. 140, 141. i 142. ZKP.

Ovi propisi predvideli su odstupanje od načela zabrane medicinskih zahvata iz citiranog čl. 9 istog Zakonika propisujući da se u cilju utvrđivanja odlučnih činjenica u postupku od osumnjičenog mogu i bez njegovog pristanka uzeti otisci papilarnih linija i delova tela, bukalni bris i lični podaci, sastaviti lični opis i napraviti fotografije. Kada je to neophodno radi utvrđivanja istovetosti ili u drugim slučajevima od interesa za uspešno vođenje postupka, sud može odobriti da se fotografija osumnjičenog javno objavi. Od oštećenog se, kao i od drugih lica zatečenih na mestu izvršenja, mogu uzeti otisci papilarnih linija, delova tela i bukalni bris. Zakonitost ovih dokaza obezbeđuje naredba organa postupka, a kvalitet garantuje okolnost da ove dokaze izuzima stručno

lice. Članom 141. ZKP propisano je da se uzimanje uzoraka biološkog porekla i preduzimanje drugih medicinskih radnji neophodnih radi utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku, može pristupiti bez saglasnosti okrivljenog, osim ako bi time nastupila šteta za njegovo zdravlje, što je on dužan dokazati. Iste odredbe važe i u odnosu na drugo lice u istovetnom postupku izuzimanja dokaza. I ovde je potrebna naredba organa postupka. Bez naredbe, nemoguće je uzeti uzorke po zakonu. Na kraju, čl. 142. organima postupka dozvoljeno je uzimanje uzoraka za forenzičko-genetičku analizu od okrivljenih i drugih lica, na način i pod uslovima koje propisuje isti zakon, i bez volje ovih lica.

Kada je reč o relativno nedozvoljenim dokazima, pojedini dokazi mogu, usled propusta u pogledu procesne forme, postati nedozvoljeni po načinu pribavljanja. To se događa ukoliko se ne zadovolji strogo propisana zakonska forma i postupak u pribavljanju, pa osim opštih odredaba o nezakonitim dokazima iz spominjanih čl. 16. i 84, postoje i posebne odredbe: čl. 85, st. 5. ZKP (koji govori o obaveznoj procesnoj formi prilikom saslušanja okrivljenog, osobito neophodnost pribavljanja izričite izjave o prihvatanju branioca po službenoj dužnosti, odnosno o angažovanju izabranog) i čl. 95, st. 4. (gde je reč o propisanom postupanju organa postupka prilikom ispitivanja svedoka i predočavanje ovome njegovih prava i zakonskih privilegija) propisuju da se iskaz u kome nije postupljeno na strogo propisan formalni način ne može zbog toga koristiti u postupku; čl. 116, st. 1. (čija su sadržina zakonske smetnje na strani veštaka za veštačenje u konkretnom krivičnom predmetu); čl. 163. ZKP, koji povodom dokaza prikupljenih posebnim dokaznim radnjama i mogućnosti njihovog korišćenja, propisuje zabranu korišćenja u okolnostima ako se ne upotrebe u zakonom propisanom roku. Pobrojane odredbe klasičan su primer relativno nedozvoljenih dokaza, iako sudska praksa na osnovu kazuističkog principa, naročito prema nekim od ovih uslova ima dosta liberalan stav u tumačenju osnova njihove nezakonitosti. Iako je čl. 16. ZKP načelno zabranjeno zasnivanje sudske odluke na dokazima koji su u suprotnosti sa Ustavom i zakonima, odnosno opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i međunarodnim ugovorima, zakonodavac je i u pomenutim odredbama čl. 85, 95, 116. i 163. dodatno naglasio pravilo o nezakonitim dokazima. To je učinjeno tako što je izričito određeno da se odluka suda ne može zasnivati na dokazima koji su izvedeni protivno citiranim pravilima o saslušanju okrivljenog, svedočenju, veštačenju, kao i protivno odredbama o određivanju i izvođenju posebnih dokaznih radnji. Ovdje bi trebalo naglasiti da su i povrede ostalih odredaba ZKP dovoljne da pojedine dokaze učine nezakonitim, prema opštim odredbama čl. 16, st. 1. ZKP, što će najčešće biti slučaj npr. kod nezakonitog pretresanja stana i lica ili uzimanja uzoraka od učesnika u postupku, što su u aktuelnoj sudskoj praksi i najčešći primeri u kojima se ocenjuje zakonitost pribavljanja tih dokaza.

Do sada je već rečeno da naš Zakonik o krivičnom postupku razlikuje apsolutno i relativno nezakonite dokaze. O apsolutno nezakonitim bilo je govora i u prethodnim stavovima, ali je za njih vezan jedan pravni kuriozitet za koji smatramo da mora biti spomenut. Ukoliko putem apsolutno nezakonitog dokaza sud dođe do saznanja o postojanju nekog, uslovno, derivativnog dokaza, onog koji posredno proističe iz apsolutno nezakonitog, takav dokaz nije po svojoj upotrebnoj vrednosti apsolutno već relativno nezakonit. Opisanim načinom je u našu pravnu praksu uvedena prethodno pominjana teorija „plodova otrovnog drveta“. Navedena teorija u primeni od skora, imanentna je i nastala u anglosaksonskom pravu i u ranijem periodu se sporadično primenjivala u pravno visokorazvijenim zemljama kontinentalnog prava, a izmenama aktuelnog procesnog Zakonika i zvanično je uneta u sam zakon, o čemu će biti reči u posebnom poglavlju rada. Ovaj kuriozitet, inače, uspostavio je i još jednu uslovnu podelu na neposredno i posredno zakonite dokaze, one koji su to u originarnom i one koji su takvi u derivativnom smislu, ali takva podela je samo teoretskog značaja, dok je za praktičnu primenu bez značaja. Ovaj kuriozitet, inače, uspostavio je i još jednu uslovnu podelu na neposredno i posredno zakonite dokaze, one koji su to u originarnom i one koji su takvi u derivativnom smislu. Ova podela koja može imati teoretski značaj nije kadra da da unapred utvrdi kriterijume koji su opšte primenjivi jer utvrđivanje takvih kriterijuma nužno ostaje u domenu prakse. Konkretno razlučivanje originarnih od derivativnih nezakonitih dokaza, odnosno detekcija ovih drugih prilikom izvođenja ocene dokaza, je *par excellence* praktično pitanje. Na sudskoj praksi je da dalje utvrdi standarde, kriterijume i ekscpecije za primenu ove teorije u postupku ekskluzije tokom suđenja. Svakako, u opisanom postupku neophodno je voditi računa o postojanju nezaobilazne prateće teorije „slučajnog nalaza“, kao izuzetka od teorije „ploda otrovnog drveta“, to samo u odnosu na dokaze pribavljene putem posebnih dokaznih radnji. Naime, ZKP predviđa u odredbi čl. 164. ZKP, da, ako je preduzimanjem posebnih dokaznih radnji prikupljeni materijal o krivičnom delu ili učiniocu koji nije bio obuhvaćen odlukom o određivanju posebnih dokaznih radnji, takav materijal se može koristiti u postupku samo ako se odnosi na krivično delo iz čl. 162. ZKP, dakle, na krivično delo iz registra onih za koje se može dozvoliti sprovođenje posebnih dokaznih radnji. Spomenuta teorija proističe iz istovetne anglosaksonske, koja se u svom izvornom obliku naziva teorijom „neizbežnog otkrića“. Druga vrsta nezakonitih dokaza jesu relativno nezakoniti, oni koji su pribavljeni ili izvedeni suprotno zakonu. Oni, uvodno je napomenuto, nisu sami po sebi nezakoniti, već je njihova priroda nezakonitosti upravo u načinu pribavljanja, pribavljanjem zakonom propisanim radnjama, ali na nezakonit način. Ilustrativno, reč je o dokazima kod čijeg je pribavljanja došlo do kršenja procedura pribavljanja, odnosno prekršena su prava učesnika u postupku tokom

pribavljanja tih dokaza. Drugim rečima, da u pribavljanju takvih dokaza nije došlo do kršenja procedura ili prava učesnika u postupku, ti bi dokazi bili zakoniti. Iz opisanih razloga, korišćenje relativno nezakonitih dokaza predstavlja blaže kršenje zakona u odnosu na korišćenje apsolutno nezakonitih dokaza. Razlog leži u tome što je naš zakonodavac propisivanjem zabrane mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja, sile, pretnje, prinude, obmane, medicinskog zahvata i drugih sredstava kojima se utiče na volju ili iznuđuje priznanje ili neka druga izjava ili radnja od učesnika u postupku, izrazio društvenu osudu i u vezi sa tim zabranu primene ovih metoda u postupku, kao i da potvrdi dostignuto nivo zaštite ljudskih prava u domaćem krivičnom postupku.

Već iz kratkih opisa i karakteristika obeju vrsta nezakonitih dokaza očito je koliko ulogu u postupku ekskluzije tokom suđenja ima sudska praksa kroz, pre svega, utvrđivanje standarda, kriterijuma i ekscepcije za diferencijaciju dokaza po navedenom osnovu. U dosadašnjoj sudskoj praksi mnogo je kontroverzi povodom rešavanja ovakve vrste problema, pa i u međunarodnoj, a temelj istraživanja leži u proceni da li, uslovno rečeno, široko polje za procenu nezakonitosti dokaza koje je prepušteno sudu, ostavlja mogućnost za preovladavanje arbitrnosti i nedoslednosti sudske prakse tim povodom. Svakome ko sudi ili je sudio u krivičnim postupcima jasno je koliko je ovo pitanje značajno i delikatno i koliko je samo nepoznatih orijentira za pravilnu i standardnu orijentaciju donosioca sudskih odluka u dilemama o proceni zakonitosti nekog dokaza, pogotovo ovakve vrste.

Efikasnom rešavanju problema, svakako ne doprinosi aktuelna sudska praksa zasnovana na stavovima Vrhovnog suda Srbije, koja je u velikoj meri nedosledna i protivrečna, te svojim novijim protivrečnim odlukama, ne samo da menja nekadašnja, prilično jasno definisana pravila za ovu procenu, već se u konkretnim predmetima odluke veoma često donose faktičkom ocenom *ad hoc*, a ne uz većinsku pomoć principa i standarda za procenjivanje. U svakom slučaju, ekskluzijsko pravilo važi kao jedan od osnovnih principa krivičnog postupka. Njime se obezbeđuje jednakost oružja procesnih stranaka i ograničava dominacija državne vlasti nad pojedincem, najposle okrivljenim u postupku. Aktuelnost primene tog pravila najviše je vidljiva u neophodnosti postojanja procesnih alata kojima se kontroliše nezakonito postupanje državnih organa, organa postupka najpre, sa dokazima. U okolnostima nedovoljnog broja kvalitetnih dokaza, državna prinuda katkad pribegava primeni nedozvoljenih metoda, tako prelazeći granice dozvoljenog.

Sama ekskluzija ili izdvajanje nezakonitih dokaza sprovodi se u svakom slučaju, kada sud utvrdi da je reč o nezakonitom dokazu. Na osnovu odredaba čl. 84, st. 2. ZKP, on se izdvaja iz spisa, stavlja u poseban zapečaćeni omot i čuva kod sudije za prethodni postupak do pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka, nakon čega se uništava, o čemu se sastavlja zapisnik. Prvi od

ovlašćenih, a s obzirom na fazu postupka, da postupi na ovaj način je sudija za prethodni postupak, koga na to ovlašćuju odredbe čl. 237. ZKP. On će, ako postoji razlog, po službenoj dužnosti ili na predlog stranaka i branioca doneti rešenje o izdvajanju zapisnika o preduzetim radnjama iz spisa odmah, a najkasnije do završetka istrage. Protiv ovog rešenja dozvoljena je posebna žalba. Po pravnosnažnosti rešenja, izdvojeni zapisnici se stavljaju u poseban zapečaćeni omot i čuvaju kod sudije za prethodni postupak, odvojeno od ostalih spisa i ne mogu se razgledati niti se mogu koristiti u postupku. Nakon pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka, izdvojeni zapisnici se uništavaju, o čemu se sačinjava poseban zapisnik. Na identičan način će postupiti i sudija za prethodni postupak posle završene istrage i u pogledu svih obaveštenja koja su, u smislu čl. 282, st. 1, t. 2. i st. 4. i čl. 288. ZKP, javnom tužiocu i policiji, dali građani, osim zapisnika iz čl. 289, st. 4. ZKP. Nakon njega i u sledećoj fazi postupka, na izdvajanje dokaza ovlašćeno je vanpretresno veće koje je nadležno za potvrđivanje optužnice, a ovo pravo crpi direktno iz odredaba čl. 227, st. 6. ZKP, na isti način kako to čini i sudija za prethodni postupak. Isto ovlašćenje ima i predsednik veća u fazi nazvanoj Priprema za glavni pretres, a propis koji ga na to upućuje jeste odredba čl. 346, st. 5. ZKP. Tokom glavnog pretresa, kada veće ne zaseda, pravo i mogućnost izdvajanja nezakonitih dokaza ima vanpretresno veće, a na pretresu veće koje sudi, sve to na osnovu čl. 407. ZKP.

Na ovom mestu treba postaviti pitanje šta je smisao ovakvog procesnog postupanja i da li je odista fizičko uklanjanje nezakonitih dokaza nužno i obavezno. Cilj izdvajanja je očit, a time se opravdano pojavljuje dilema neophodnosti, pa i njegove obaveznosti. Dakle, osnovna procesnopravna posledica ili sankcija, kako je to negde u ovom tekstu napisano, jeste da se na nezakonitom dokazu po zakonu ne može zasnivati odluka suda. To je u biti ekskluzije, a termin izdvajanje dokaza nema nužno svoju fizičku komponentu, već je pre u pitanju jasan i radikalni opis posledice, da bi se naglasio njen smisao. Fizičko izdvajanje dokaza iz spisa nema svoju procesnopravnu svrhu, osim tzv. procesne higijene, a svrha ekskluzije ostvaruje se u svakom slučaju, ako sud na nezakonitom dokazu ne zasnjuje svoju odluku i razloge za to obrazloži u razlozima presude. Neizdvajanje dokaza iz spisa ima i svoj praktičan efekat, jer drugostepeni sud u postupku provere razloga za neprihvatanje dokaza kao zakonitog ima efikasnu mogućnost trenutne provere uvidom u taj dokaz, jer se i fizički nalazi u spisu. Takođe, razlog koji se često navodi u predlaganju izdvajanja, da će sud ostankom nezakonitih dokaza u spisu biti pod sugestijom sadržine tog dokaza, bez ikakvog je smisla i osnova, jer je reč o sudiji koji sudi, visokoobrazovanom profesionalcu, za koga je isključena mogućnost da uprkos svesti o nezakonitosti nekog dokaza padne pod uticaj njegove sadržine i usled toga na tom dokazu zasnjuje svoju odluku. Pored toga, i sam zakonski

tekst odredbe čl. 84. ZKP ne ukazuje na obaveznost izdvajanja, jer bi u suprotnom, leksički tumačeno, u st. 2, gde je propisano izdvajanje, stajali termini koji znače neopozivu obavezu izdvajanja, a ne instruktivni termin da „se dokazi izdvajaju iz spisa“, što upućuje na fakultativnost postupka. Najčešće ovakav postupak služi prvostepenom sudu da proveri svoj stav o zakonitosti dokaza, a pre donošenja odluke o krivici. Tada, u cilju provere, praksa nas uči, prvostepeni sud donese rešenje o tome da je neki dokaz nezakonit i izdvoji ga iz spisa, na šta je dopuštena posebna žalba, pa putem odluke drugostepenog suda povodom žalbe na takvo rešenje faktički iskušava, proverava svoje stanoviše o nekom dokazu. Sa ovim je u vezi i novina iz Nacrta izmena i dopuna ZKP, gde se propisuje i pravo na žalbu na rešenje kojim se odbija izdvajanje dokaza, čime se ovo pitanje kao prejudicijelno, rešava već tokom suđenja i ne mora čekati svoj epilog u postupku po žalbi na presudu. Ovaj stav svojom sadržinom potvrđuje i odredba čl. 407, st. 4. ZKP. Dakle, ako na osnovu izvedenih dokaza veće prvostepenog suda smatra da nije bilo mesta izdvajanju dokaza, ono može do završetka dokaznog postupka opozvati rešenje o izdvajanju, protiv kojeg nije izjavljena žalba i odluči da se izdvojeni dokaz izvede. Kompozicija i smisao citiranog propisa ukazuje da je mnogo efikasnije i neuporedivo operativnije ove dokaze ostaviti u spisu, odnosno fizički ih ne izdvajati, jer je očito dovoljno na njima ne zasnivati svoju odluku. Naposletku, za neizdvajanje nezakonitih dokaza iz spisa, u postojećem zakonskom rešenju ne postoji pravna sankcija, a zasnivanje presude na dokazu na kome se po zakonu ne može zasnivati, predstavlja bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz čl. 438, st. 2, t. 1. ZKP, osim ako je, s obzirom na druge dokaze, očigledno da bi i bez tog dokaza bila donesena ista presuda.

U rešenju *de lege lata*, zasnivanje presude na nezakonitim dokazima relativnog je karaktera, iako i na taj način obezbeđuje zaštitu od upotrebe nezakonitih dokaza, putem posebnog žalbenog osnova. Ovakvo rešenje ipak nije dovoljna zaštita i predstavlja iznenađujuću promenu u odnosu na raniji ZKP iz 2001. godine, koji je opisanu povredu kvalifikovao kao apsolutno bitnu povredu postupka, a čemu se sada u Nacrtu zakonodavac osnovano vraća. Suština razlike između spomenutih povreda jeste to što se kod apsolutno bitnih povreda pretpostavlja da su one uticale na zakonitost presude, dok se kod relativno bitnih uticaj nezakonitih dokaza na zakonitost presude mora dokazati u svakom pojedinačnom slučaju i stoga predstavlja faktičko pitanje, što znači da se uzročna veza između povrede i presude ne pretpostavlja, već ona mora postojati.

Izuzev procesnih situacija koje su spomenute u prethodnim stavovima, izdvajanje dokaza je moguće i u drugostepenom postupku, pri čemu se postupak izdvajanja ne razlikuje bitno u odnosu na izdvajanje dokaza u prethodnima fazama postupka. Sudija izvestilac je ovlašćen, ukoliko utvrdi da se

u spisima nalaze zapisnici ili obaveštenja iz čl. 237, st. 1. i 3. ZKP, da donese rešenje o njihovom izdvajanju iz spisa. Jedina razlika u odnosu na izdvajanje dokaza u ranijim fazama jeste u tome što protiv rešenja sudije izvestioca nije dozvoljena posebna žalba. Po pravnosnažnosti rešenja, sudija izvestilac će takođe postupiti u skladu sa čl. 237, st. 2. i 3. ZKP. Sa druge strane, ukoliko se predloži dokaz koji je nezakonit, predsednik veća može odbiti takav predlog obrazloženim rešenjem. Protiv ovog rešenja nije dozvoljena žalba, za razliku od situacija kada predsednik veća odbija dokazni predlog za koji su učesnici u postupku znali u toku pripremnog ročišta, ali ga bez opravdanog razloga nisu predložili, koji je usmeren na dokazivanje činjenica koje nisu predmet dokazivanja ili se odnosi na činjenice koje se ne dokazuju, ili dokaznog predloga čije izvođenje je očigledno usmereno na odugovlačenje postupka. U tom slučaju, veće može povodom prigovora preinačiti to rešenje i odlučiti da se predloženi dokaz ipak izvede.

ZKP ostavlja mogućnost pobijanja pravnosnažnih sudskih odluka zbog upotrebe nezakonitih dokaza i putem vanrednog pravnog leka. Naime, prema čl. 485, st. 1, t. 1. ZKP, zahtev za zaštitu zakonitosti se može podneti ako je pravnosnažnom odlukom ili odlukom u postupku koji je prethodio njenom donošenju, između ostalog, povređen zakon, pri čemu povreda zakona postoji ako je pravnosnažnom odlukom ili u postupku koji je prethodio njenom donošenju povređena odredba krivičnog postupka ili ako je na činjenično stanje utvrđeno u pravnosnažnoj odluci pogrešno primenjen zakon. Navedena odredba, iako izričito ne propisuje nezakonitost dokaza kao razlog izjavljivanja zahteva za zaštitu zakonitosti, upućuje na učinjenu povredu odredaba krivičnog postupka, koja prema čl. 438, st. 2. ZKP postoji, ako se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama ovog zakonika ne može zasnivati, osim ako je, s obzirom na druge dokaze, očigledno da bi i bez tog dokaza bila donesena ista presuda. Na temelju toga je i Vrhovni sud izgradio svoju praksu povodom korišćenja nezakonitih dokaza u predmetima za zaštitu zakonitosti, o čemu će biti više reči u narednom poglavlju, koje analizira nezakonite dokaze u domaćoj sudskoj praksi. Ovo je naročito značajno jer se kroz odluke Vrhovnog suda, ostvaruje ujednačenost sudske prakse povodom ovog delikatnog pitanja, uprkos tome što su joj dometi i kvalitet, u ovom trenutku veoma mali, a o čemu je već bilo dovoljno reći.

NEZAKONITI DOKAZI U NACRTU ZAKONA O IZMENAMA I DOPUNAMA ZKP

U uvodu ovoga rada više su puta pominjani zakonski osnovi za utvrđivanje nezakonitosti nekog dokaza, i spominjani i citirani zakonski članovi u Zakoniku o krivičnom postupku, koji to pitanje regulišu i propisuju uslove za ocenu i utvrđivanje. Polazište je svakako bilo u čl. 9. ZKP, kao propisu koji se temelji na odredbama Ustava RS kao i nizu međunarodnih akata, prvenstveno Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima i Konvenciji protiv torture i drugih surovih, neljudskih i ponižavajućih kazni i postupaka. Usled, dakle, uporišta za ovaj zakonski član, njihove standardnosti i nepromenljivosti, iluzija je očekivati da bi se i ovaj propis na ma koji način mogao promeniti, što se, naravno, i ne predlaže budućim izmenama. Zabrana nasilja i iznuđivanje iskaza, nasilnog uticaja na slobodu volje, odnosno iznuđivanje priznanja ili drugih pravno relevantnih izjava od okrivljenog ili drugih učesnika u postupku vekovni su pravni standard, koji bar u ovakvoj formi iz zakona pruža elementarnu zaštitu onima koji mogu biti žrtve opisanog postupanja.

Međutim, kod čl. 16. predložene su izmene koje su posledica faktičke promene enumeracije postojećih članova, ali i dodavanje jednog, u ovom radu pominjanog, pravila, a to je pravilo slobodnog dokazivanja, koje se deklaratorno navodi u izmenjenom čl. 16, st. 2, kada se propisuje da je pravo suda i ostalih državnih organa koji učestvuju u krivičnom postupku da ocenjuju postojanje ili nepostojanje činjenica u čemu nisu vezani niti ograničeni posebnim formalnim dokaznim pravilima. Ovo jeste odredba deklaratornog karaktera, ali je njenim propisivanjem istinski razvejana svaka sumnja u pogledu eventualnog postojanja bilo kakve vrste ograničenja u tom smislu, a kroz uvodni prikaz videlo se da je takvih bilo, mada ne u novija vremena.

Iza ovog novog čl. 16, propisan je potupno nov čl. 16a, koji u svemu zaslužuje pažnju i komentar. Prvi stav sadašnjeg čl. 16a istovetan je u osnovi ranijem čl. 16. ZKP, s tim što u nomotehničkom smislu izostaje nabranje svih propisa na koje se zakoniti dokazi oslanjaju, odnosno čijom povredom dokazi prikupljeni ili izvedeni postaju nezakoniti, da bi u sledećem stavu zakonodavac novelirao postojeće odredbe vezane za egzaktniji opis nezakoniti dokaza, navodeći da su to oni pribavljeni kršenjem odredbe čl. 9. ZKP i oni koji su pribavljeni povredom odredaba krivičnog postupka koje su izričito predviđene ovim zakonikom. No, ono što je novo u celoj zakonskoj deskripciji nezakonitih dokaza, jeste kristalno jasno uvođenje teorije „plodova otrovnog drveta“ u naše krivično zakonodavstvo, jer doslovno propisivanje da se sudske odluke ne mogu zasnivati ni na dokazima koji su proistekli iz dokaza navedenih u stavovima 1. i 2. istog člana, ne znači ništa drugo. Ovo je suštinski korak dalje u prihvatanju ove teorije, koja je u praktičnoj upotrebi već određeno

vreme, od stupanja na snagu aktuelnog procesnog zakonika i pokušaja uvođenja anglosaksonskog postupka, nedosledno, naravno, o čemu su mnogi pravni autoriteti već potrošili dosta mastila opisujući kako se mnogi karakteristični pravni instituti kontinentalnog prava nisu uklonili iz postojećeg zakonika, dok oni, navodno, inovativni nisu zaživeli, najpre zbog svoje funkcionalne neprimenjivosti u okolnostima postojeće pravne mešavine oba pravna kruga. U svakom slučaju, teorija „plodova otrovnog drveta“ prema našem mišljenju, iako nastala u anglosaksonskom pravu, nesporna je tekovina, pravni doseg oba pravna kruga u jednakoj meri, po svojoj prirodi izvorni izraz prava i pravednosti u postupanju kao i težnje za zaštitom, pre svega zakonitosti u postupanju, ali i neophodnoj protekciji osnovnih ljudskih prava i sloboda.

Izmenе koje se odnose na temu nezakonitih dokaza izvršene su i u odredbama čl. 68. i 69. postojećeg Zakonika. Ovo je izvršeno na način da se, uz postojeća njegova prava, izmenama propisuju i nova prava. To su pravo da se služi jezikom i pismom koje razume i da ima pravo na prevođenje i tumačenje, pravo da mu na lični zahtev sud postavi branioca po službenoj dužnosti na teret budžetskih sredstava, ako prema svom imovinskom stanju okrivljeni ne može da snosi troškove za rad branioca, pravo da slobodno, nesmetano i poverljivo komunicira s braniocem, pravo da neposredno pre prvog saslušanja pročita krivičnu prijavu i zapisnik o uviđaju i nalaz i mišljenje veštaka i izvrši uvid u sve dokaze koji su od značaja za donošenje odluke o pritvoru. Sve ove izmene od direktnog su uticaja na zakonitost iskaza okrivljenog kao dokaza, zbog čega zaslužuju pažnju i osvrt na značaj njihove suštine. Osobito je važna izmena koja se odnosi na novu t. 5, da sud okrivljenom na lični zahtev postavi branioca po službenoj dužnosti na teret budžetskih sredstava, ako prema svom imovinskom stanju okrivljeni ne može da snosi troškove za rad branioca, jer je ovom novelom praktično okrivljenom data inicijativa da zatraži branioca po službenoj dužnosti, što otklanja mogućnost da mu ovaj bude nametnut od strane organa postupka, protivno njegovoj volji ili interesu. Takođe, i veoma značajno, izmenom čl. 69, u st. 2, propisuje se da je organ postupka dužan da preda pouku i pouči okrivljenog o ovim pravima i u pisanom obliku, što u značajnoj meri otklanja mogućnost propusta organa postupka u obaveštavanju okrivljenog o njegovim pravima, gde su neka, u sledećim redovima biće o tome detaljnije reči, uticala na zakonitost ovog iskaza kao dokaza u postupku.

Od početka primene aktuelnog ZKP, jedna od najvećih zamki u proceni nezakonitosti nekog dokaza bila je, i dalje jeste, odredba čl. 85, st. 3. ZKP koja se odnosi na davanje izričite izjave okrivljenog o tome da li će uzeti branioca po vlastitom izboru uz upozorenje da će mu se u protivnom postaviti branilac, u slučaju obavezne odbrane, po odredbama ZKP. U praksi, osobito prilikom prvog saslušanja koje se u pravilu vrši pred organima policije, onaj koji sprovodi saslušanje veoma često u zapisnik ne unese izričitu izjavu, već donese

rešenje kojim postavlja branioca po službenoj dužnosti, čemu se okrivljeni po pravilu ne protivi. U docnijem toku postupka, ovaj dominantno formalni propust postaje žalbeni argument, sa tumačenjem da nedostatak izričite izjave predstavlja apsolutno nezakonit dokaz i da se na sadržini takvog iskaza okrivljenog ne može zasnivati sudska odluka. U koncepcijskim lutanjima pozitivnog procesnog zakona i sudska praksa je nedosledna, pa su rešenja ovog problema zakonitosti nedosledna. Katkad je stav drugostepenih sudova u duhu anglosaksonskog prava i „pravila o isključenju dokaza“, u potpunosti formalnopravan, pa usled nedostatka izričite izjave okrivljenog, uprkos svim ostalim činjenicama, ovakav iskaz proglašavaju nezakonitim dokazom, a ponekad je u duhu kontinentalnog nasleđa i „dokazne zabrane“, uz kazuistički pristup, stav drugostepenih sudova da je reč o zakonitom dokazu, uz niz, po stavu autora, veoma razložnih i razumnih razloga u prilog takve odluke.

Upravo u cilju izbegavanja ove vrste procesne nedoumice, u zakonskom rešenju *de lege ferenda* predložena je izmena koja efikasno i funkcionalno rešava mogućnost nastanka ovog problema, tako što je postojeći čl. 69. ZKP izmenjen, pa je u Nacrtu izmena, u st. 2. navedeno da se pouka o pravima okrivljenog, navedena u st. 1, predaje uhapšenom u pisanom obliku prilikom hapšenja i on je može zadržati za vreme trajanja lišenja slobode, dok je čl. 85. izmenjen tako što je dodat novi st. 3, koji glasi da će pre prvog saslušanja organ postupka pitati okrivljenog da li je primio pisanu pouku o pravima iz čl. 68, st. 3. Zakona i da će se uveriti da li je okrivljeni tu pouku razumeo. Na ovaj nači je izbegnuta usmena pouka i davanje izričite izjave, te njeno izravno unošenje u zapisnik, a time i eventualna nezakonitost formalnog i relativnog karaktera, koja je predmet različitog i nedoslednog tumačenja. Naš je stav da je reč o važnoj noveli, koja je od velike vrednosti u rešavanju ovih svakodnevnih dilema u suđenju, gde i konkretnom prilikom ističemo kako je temelj za stanovište da je reč o relativno nezakonitom dokazu, upravo kazuistički pristup i sa tim u vezi ekstenzivno tumačenje značaja ovakvog propusta. Naime, ukoliko je okrivljeni prihvatio postavljenog branioca i bez izričite izjave tim povodom unete u zapisnik, otpočeo postupak svoje odbrane, dakle pročitao krivičnu prijavu, obavio sa braniocem poverljiv razgovor i u njegovo prisustvu dao svoj iskaz, potpisujući zapisnik o saslušanju bez ikakvih primedbi, onda je očigledno, i bez njegove izričite izjave u tom pogledu, da je prihvatio postavljenog branioca i da ne želi da izabere drugog.

Sledeća važna novela koja se odnosi na zakonitost dokaza je ona predložena čl. 43. Nacrta, i odnosi se na aktuelni čl. 88. ZKP. U njoj se propisuje da će, umesto da dato priznanje okrivljenog ima važnost ako nije u suprotnosti sa drugim dokazima, ono imati procesnu važnost ako je potkrepljeno drugim dokazima, s tim da se Nacrt koristi negativnim, dok se u ovom tekstu koristi pozitivan opis uslova, radi lakšeg objašnjenja. Razlog ovoj, samo naoko

„kozmetičkoj“ izmeni leži u tome da priznanje izvršenja krivičnog dela od strane okrivljenog ne postane krunski dokaz, dovoljan sam za sebe da se okrivljeni oglasi krivim, kako je to bilo više vekova unazad, a opisano je u uvodnom delu rada gde je bilo reči o tzv. zakonskom vrednovanju dokaza. Na ovaj način sud stiče obavezu da prikuplja i druge dokaze, o broju i kvalitetu ne treba spekulirati, jer je reč o faktičkom pitanju, koji će u svakom slučaju potvrditi dato priznanje, a time omogućiti i veći stepen pravednosti u suđenju. Inače, ova izmena je i u duhu povratka načela materijalne istine, za kojom se očigledno težilo u koncepcijkom smislu.

U Nacrtu se predlažu i izmene čl. 89, 90. i 100. ZKP, koje se odnose na uvođenje prava okrivljenog, ukoliko ima branioca, da i on prisustvuje dokaznim radnjama suočenja, te prepoznavanja lica ili predmeta. Ovo bi značilo da je u obrnutom slučaju, ukoliko branilac ne prisustvuje navedenim radnjama ovaj dokaz apsolutno nezakonit, jer izmene Zakonika zahtevaju njegovo prisustvo, a ne samo obaveštavanje o tome da će ove radnje biti preduzete, naravno, ako se to čini u prethodnom postupku ili pod zakonskim uslovima van glavnog pretresa. Takođe, značajna je i izmena čl. 300. ZKP, u istom smislu, koja se odnosi na propisivanje obaveze javnog tužioca da na saslušanje okrivljenog pozove i branioca drugog, ili drugih okrivljenih u istom postupku. Prema aktuelnom zakonskom rešenju iz čl. 300. ova obaveza ne postoji, pa ograničenjem prava na prisustvo branioca i okrivljenog saslušanju drugih okrivljenih, odbrani se onemogućava provera istinitosti iskaza saslušanog, kao ni mogućnost suprotnog dokazivanja, pri čemu ovakav iskaz, sam za sebe može biti skoro jedini dokaz za krivicu okrivljenog čija odbrana ne prisustvuje saslušanju. Ovo osobito u okolnostima kada okrivljeni koji daje iskaz, prethodno dogovori zaključenje sporazuma o priznanju krivičnog dela, pa ga odmah nakon davanja iskaza i zaključi, pri čemu se u tim okolnostima krivični postupak protiv njega razdvaja, te više ne postoje procesne mogućnosti provere istinitosti njegovog iskaza od strane drugih okrivljenih.

Sledeća značajna izmena u pogledu teme rada je izmena iz čl. 65. Nacrta izmena Zakonika, u kome se navodi da se posle čl. 139. dodaje potpuno nov član 139a, nazvan „Dokazivanje fotografijom, tonskim, odnosno tonskim i optičkim snimkom“. Važnost izmene je u dugo očekivanom ozakonjenju postojeće sudske prakse koja se odnosi na korišćenje dokaza nastalih, odnosno pribavljenih, bez odluke organa postupka, odnosno suda, kojim se detaljno uređuje način pribavljanja i ocene fotografija, tonskih, odnosno tonskih i optičkih snimaka u krivičnom postupku. Osnov i smisao posebnog propisivanja ove dokazne radnje u ZKP je sve veći procesni značaj ovih dokaza koje su sačinila treća lica, u svojstvu dokaza u krivičnom postupku. U današnje vreme, veliki je broj sredstava, počev od mobilnih telefona i redom, kojima se može sačiniti optički ili audio zapis, što je posledica savremenih uslova života i intenzivnog

razvoja tehnike i tehnologije. Sa druge strane, kao što je već rečeno, postoji veoma neujednačena sudska praksa povodom korišćenja i ocene ovih dokaza u krivičnom postupku, a prvenstveno u pogledu njihove zakonitosti. Ova neujednačnost se kreće u spektru od neprihvatanja ovog dokaza kao zakonitog, jer nije pribavljen na osnovu naredbe i od strane državnih organa, do bezuslovnog prihvatanja, što znači bez provere uslova pod kojima je taj dokaz pribavljen. Upravo zbog toga, novela o kojoj je reč ima svoj pun značaj i smisao i veliku upotrebnu vrednost.

Članom 66. i 67. Nacrta zakona menjaju se čl. 141. i 142. ZKP, koji propisuju okolnosti uzimanja uzoraka biološkog porekla i uzoraka za forenzičko-genetičku analizu. Najvažnije izmene se odnose na preciziranje ovlašćenog lica koje vrši uzorkovanje kao i uslove za određivanje ove dokazne radnje. Dosta nedoumica u aktuelnom zakonskom rešenju izazivala je okolnost ko je ovlašćen da ove uzorke uzme, odnosno da li okolnost da uzorke nije uzeo zdravstveni radnik, kako je to aktuelno propisano, čini ovaj dokaz nezakonitim. S obzirom na to da se ovde radi o veoma prostom postupku, naš stav bio je da ga može obaviti i lice koje formalno nije zdravstveni radnik, ali poseduje određeno iskustvo tim povodom. Nacrt, pak, sa očiglednim saznanjem njegovih autora o problemu o kojem je reč, predviđa da to sada treba da bude stručna osoba, dakle i forenzičar, kriminalistički tehničar, koji po prirodi svoga posla i stečenog iskustva u njegovom obavljanju, ima potrebno zakonsko svojstvo.

Sledeća značajna izmena koja se odnosi na dokaze, odnosno njihovu zakonitost, odnosi se na čl. 143, st. 1. ZKP, i njome se jasno i izričito propisuje koji organi postupka mogu da odrede dokaznu radnju provere računa i sumnjivih transakcija, pa se određuje da su to javno tužilaštvo, odnosno sud. Do sada je postojala nedoumica ko je tačno ovlašćen za određivanje ove dokazne radnje, zbog čega je sudska praksa lutala tim povodom, sa pojedinim rešenjima da je za to u svakoj fazi postupka nadležan sud, pa je usledila i ova izmena, koja bi, kao i prethodne, trebalo da svojim sadržajem reši sve nedoumice tim povodom.

Veoma važna izmena predviđena je u čl. 70. i 71. Nacrta i odnosi se na čl. 156. u kome se posle st. 8. dodaje st. 9. koji glasi:

„Sudska odluka se ne može zasnivati na zapisniku o pretresanju stana i drugih prostorija, vozila i transportnih sredstava za sve vrste saobraćaja ili lica, ako je pretresanje obavljeno bez predaje naredbe, a nisu ispunjeni uslovi propisani st. 3. ovog člana ili je pretresanje sprovedeno bez prisustva svedoka, suprotno st. 7. ovog člana, odnosno bez naredbe suda, osim u slučajevima predviđenim čl. 158. i 159. ovog zakonika.”

Na ovaj način izvršene su izmene odredaba koje se odnose na dokaznu radnju pretresanja stana i drugih prostorija. Izmenom se definišu predmeti

pretresanja dodavanjem novih u vidu vozila i transportnih sredstava za sve vrste saobraćaja, praktično dodavanjem onih koji odavno postoje, ali nisu do sada zakonom spominjani, usled čega su se u sudskoj praksi javljali problemi ocene zakonitosti dokaza pribavljenih ovom radnjom i, još važnije, propisivanjem povreda odredaba o pretresanju stana i drugih prostorija koje dovode do nezakonitog dokaza. Ovde je nesumnjivo reč o apsolutno nezakonitim dokazima, gde bi stupanjem novela na pravnu snagu zauvek trebalo da bude rešena dilema zakonitosti. Dakle, propisani su strogo formalni uslovi, tačnije postupak, za ovu dokaznu radnju i svaka povreda propisane procedure dovodi do apsolutne nezakonitosti pribavljenog dokaza.

Nacrt zakona predviđa i novinu u čl. 237. ZKP, koja dopušta pravo na žalbu i povodom rešenja o odbijanju predloga za izdvajanje nezakonitih dokaza. Ova efikasna izmena omogućava da se pitanje zakonitosti nekog dokaza reši već tokom suđenja i da se ne mora čekati postupak po žalbi na presudu. Ovo je važno pitanje i ovakva inovacija je, može se reći, blagorodna za efikasnost suđenja i blagovremeno razrešenje jednog od centralnih prejudicijelnih pitanja koja se pojavljuju u suđenju. Do sada se, o tome je već bilo reči u radu, sud samo jednostrano bavio ovom temom u suđenju i donosio odluku kada usvaja predlog za izdvajanje, jer se samo po žalbi na njega mogao proveriti stav o zakonitosti tog dokaza, dok će ovom izmenom pitanje zakonitosti nekog dokaza biti celovito rešeno.

Može se reći kapitalna, predviđena je izmena čl. 173. Nacrta, za čl. 438. gde se posle t. 9. dodaje t. 9a, koja propisuje da je apsolutno bitna povreda odredaba krivičnog postupka kada se presuda zasniva na nezakonitom dokazu, na kome se po odredbama ovog zakonika ne može zasnivati. Važnost ove izmene u tome je što povećava zaštitu od upotrebe, korišćenja, nezakonitih dokaza, pa se ovakvo postupanje više ne relativizuje, kao u dosadašnjem rešenju, da se i pored jasne činjenice kako se odluka suda zasniva na nezakonitom dokazu, procenjuje da li bi i bez njega bila doneta ista odluka na osnovu preostalih, što predstavlja krajnji fakticitet, već se sankcioniše samo prisustvo nezakonitog dokaza u dokaznoj građi koja je osnov za odluku. Time se, doduše, delimično zanemaruje praksa Evropskog suda za ljudska prava, ali svakako u većoj meri od postojeće štiti prava okrivljenog u postupku, a najposle i zakonito postupanje sudova u odlučivanju o krivici. Ova izmena govori u prilog jasnijoj koncepciji ZKP, koju zakonodavac izmenama želi postići i u prilog je konzistentnosti svih odredaba koje regulišu oblast iz koje je tema rada. U dosadašnjem tekstu spominjana je ova odredba u sadašnjem zakonskom rešenju, pa je ocenjeno da na opisani način ne predstavlja dovoljnu zaštitu od primene nezakonitih dokaza. Uz izneto, izmene postojećeg čl. 451. ZKP takođe idu u prilog zaključku o potpunoj zaštiti od korišćenja nezakonitih dokaza u postupku, jer se izmenama drugostepeni sud obavezuje da ispituje

pobijanu presudu ne samo u delu koji se pobija žalbom, već, između ostalog, mora uvek po službenoj dužnosti ispitati da li postoji povreda odredaba krivičnog postupka iz čl. 438, st. 1, a to znači i povreda iz nove t. 9a, o tome da li se presuda zasniva na nezakonitim dokazima. Ovo znači da drugostepeni sud o ovome vodi računa po službenoj dužnosti.

Čl. 202. Nacrta dodat je novi vanredni pravni lek, Zahtev za ispitivanje zakonitosti pravnosnažne presude propisan čl. 494a, 494b. i 494v, što faktički predstavlja njegovo vraćanje iz perioda od pre 2001. godine, u tekst zakona. Odredbama čl. 494a. određeni su uslovi i razlozi za podnošenje zahteva, pa su kao jedan od njih navedene i povrede odredaba krivičnog postupka propisanih u čl. 438, st. 1. ovog zakonika, u koje spada i povreda iz nove t. 9a, kada se presuda zasniva na nezakonitom dokazu. Ovo rešenje je u skladu sa ostalim, iznetim u prethodnim stavovima, pa predstavlja dopunski vid zaštite, potpunu zaštitu od uticaja nezakonitih dokaza na konačnu odluku suda u krivičnom postupku. Sa opšteg aspekta, reč je o vanrednom pravnom leku od velikog značaja, sa pozicije suda, za ujednačavanje sudske prakse, pošto je odlučivanje o njemu u nadležnosti Vrhovnog suda Srbije.

Nabrojane i opisane izmene značajnije su od onih koje se odnose na problematiku nezakonitih dokaza i novih rešenja tim povodom koja nudi Nacrt izmena ZKP. Osim njih, postoje i druge izmene koje se odnose, pre svega, na način pribavljanja određenih dokaza, no one nisu posebno naglašene, zbog toga što je akcenat bio na isticanju onih koje su najvažnije u sistemskom smislu i koje svojim sadržajem ukazuju faktički na promenu koncepta Zakonika, njegovu orijentaciju u pravcu procesnih rešenja koja doktrinarno zastupa kontinentalno krivično procesno zakonodavstvo, kao i nastojanje da se propisivanjem novih instituta i dodatnom procesnom zaštitom postojećih u najvećoj meri osigura jedinstvena sudska praksa u ovoj oblasti.

NEZAKONITI DOKAZI U PRAKSI SUDOVA REPUBLIKE SRBIJE

U praksi instancionih sudova Republike Srbije, pre svih Vrhovnog i apelacionih, mnogo je odluka koje se odnose na rešavanje pitanja zakonitosti dokaza. Vrhovni sud Srbije ipak je, u skladu sa svojom nadležnošću, najmerodaviji za utvrđivanje pravnih shvatanja i ujednačavanja sudske prakse, zbog čega će i prikaz aktuelne prakse početi upravo kroz nekoliko pojedinačnih odluka, čija obrazloženja, doslovno preneti, ne samo da upućuju na postojeće stavove, već i na razloge koje je sud imao prilikom odlučivanja, tačnije zauzimanja tih stavova. Smatramo da je ovakav način interpretacije, zbog svoje

potpune autentičnosti, najpodesniji da se putem citiranja verodostojnih razloga čitalac upozna s argumentacijom koja je poslužila u zauzimanju stava i pravnog mišljenja onih koji su ovakvo stanovište zauzeli.

Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz 624/2022

Presudom Višeg suda okrivljeni su, oglašeni su krivim i to: okrivljeni AA, zbog produženog krivičnog dela primanje mita iz čl. 367, st. 2. u vezi sa čl. 61. KZ i osuđeni. Presudom Apelacionog suda žalbe su odbijene, a prvostepena presuda potvrđena.

Protiv navedenih pravnosnažnih presuda, zahteve za zaštitu zakonitosti su podneli Republički javni tužilac, zbog povreda zakona iz čl. 438, st. 2, t. 1. i t. 2. ZKP i branilac jednog od okrivljenih, zbog povreda zakona iz čl. 438, st. 2, t. 1; čl. 438, st. 1, t. 4. i čl. 439, t. 1–3. ZKP.

Ukazujući na povredu zakona iz čl. 438, st. 2, t. 1. ZKP, Republički javni tužilac i branilac okrivljenog u zahtevima za zaštitu zakonitosti ističu da se pobijana pravnosnažna presuda zasniva na dokazima na kojima se po odredbama Zakonika o krivičnom postupku ne može zasnivati i to na naredbi Višeg suda kojom je određeno sprovođenje posebne dokazne radnje tajno praćenje i snimanje prema osumnjičenom GG kao i na video-materijalu prikupljenom primenom ove posebne dokazne radnje, a bez kojih dokaza, koji su shodno odredbama čl. 16, st. 1. i čl. 84, st. 2. ZKP, morali biti izdvojeni iz spisa predmeta, ne bi bila doneta osuđujuća presuda. Prema stavu Republičkog javnog tužioca i odbrane, citirana naredba je nezakonita jer ne sadrži razloge koji bi opravdali postojanje osnova sumnje da je osumnjičeni GG izvršio ili pripremao izvršenje nekog od krivičnih dela iz čl. 162. ZKP, niti su dati razlozi koji opravdavaju neophodnost primene posebne dokazne radnje, odnosno koje su to okolnosti koje ukazuju da se na drugi način krivično delo ne bi moglo otkriti ili dokazati ili da je njihovo prikupljanje znatno otežano, pri čemu u naredbi nije opredeljeno ni to da li se tajnom praćenju i snimanju pristupa, jer postoje osnovi sumnje da je krivično delo izvršeno ili zbog toga što se priprema krivično delo za čije dokazivanje i otkrivanje mogu biti korišćene posebne dokazne radnje. Pored izloženog, prema navodima zahteva Republičkog javnog tužioca i branioca okrivljenog, citirana naredba ne sadrži ni zakonski naziv krivičnog dela za koje postoje osnovi sumnje da je izvršeno ili se priprema, a što je njen zakonski element, usled kojih nedostataka je ista suprotna odredbi čl. 172. u vezi sa čl. 161, st. 1. i 2. ZKP, te da su samim tim nezakoniti i dokazi proistekli na osnovu primene posebne dokazne radnje. U prilog izloženim zaključcima Republički javni tužilac i branilac se u zahtevima pozivaju na praksu Evropskog suda za ljudska prava koja ukazuje na to da se izostankom razloga u pogledu osnova sumnje i načela nužnosti i

proporcionalnosti narušava pravo pojedinca na privatni ili porodični život i ličnu prepisku – presuda Evropskog suda za ljudska prava *Roman Zaharov protiv Rusije* (predstavka br. 47143/06), *Kvasnica protiv Slovačke* (predstavka br. 72094/01) i *Uzun protiv Nemačke* (predstavka br. 35623/05). Iznete navode zahteva za zaštitu zakonitosti Republičkog javnog tužioca i branioca okrivljenog Vrhovni kasacioni sud ocenjuje kao neosnovane, iz sledećih razloga.

Sadržina naredbe o određivanju posebne dokazne radnje tajno praćenje i snimanje, propisana je u st. 2, čl. 172. ZKP, tako da je u naredbi neophodno označiti podatke o osumnjičenom, zakonski naziv krivičnog dela, razloge na kojima se zasniva sumnja, označenje prostorija, mesta ili prevoznog sredstva, ovlašćenje za ulazak i postavljanje tehničkih uređaja za snimanje, način sprovođenja i obim i trajanje posebne dokazne radnje. Iz spisa predmeta proizlazi da je posebna dokazna radnja tajno praćenje i snimanje preduzeta prema osumnjičenom GG na osnovu naredbe sudije za prethodni postupak Višeg suda donete na osnovu obrazloženog predloga Višeg javnog tužioca koji sadrži podatke o osumnjičenom, zakonsku numeraciju krivičnih dela, označenje prostorija, razloge na kojima se zasniva sumnja da je osumnjičeni izvršio i priprema izvršenje krivičnih dela obuhvaćenih čl. 162. ZKP, obrazložena operativna saznanja policije uz naznačenje cilja preduzimanja posebne dokazne radnje, odnosno ukazivanje na osnove iz čl. 172, st. 1, t. 1. i 2. ZKP. Po nalaženju ovog suda, navedena naredba sudije za prethodni postupak Višeg suda doneta je u svemu u skladu sa odredbom čl. 172. ZKP, pri čemu iz iste proizlazi da je dovoljno obrazložena i da sadrži sve elemente propisane odredbom čl. 172, st. 2. ZKP, a iz naredbe se jasno vidi iz kojih činjenica i okolnosti – operativna saznanja Sektora unutrašnje kontrole MUP RS, sudija za prethodni postupak izvodi zaključak da u toj fazi postupka postoje osnovi sumnje da osumnjičeni GG sa više NN lica, civila i policijskih i carinskih službenika na GP, izvršio i da priprema izvršenje krivičnih dela za koja se ova mera može odrediti te da je njeno preduzimanje neophodno radi obezbeđenja dokaza za krivično gonjenje čije bi prikupljanje na drugi način bilo znatno otežano.

Sledstveno navedenom, predmetna naredba sudije za prethodni postupak Višeg suda predstavlja zakonit dokaz kao i dokazi proistekli iz njene primene na kojima se presuda mogla zasnivati, a izostanak dovoljnih razloga suda za određivanje navedene posebne dokazne radnje, po nalaženju ovoga suda, predstavlja sopstvenu ocenu podnosilaca zahteva. Po nalaženju ovoga suda, krivična dela za koja postoje osnovi sumnje da su izvršena ili se priprema njihovo izvršenje u naredbi su opredeljena zakonskom numeracijom, te stoga okolnost što u naredbi nije naveden njihov zakonski naziv, nasuprot navodima zahteva Republičkog javnog tužioca i branioca okrivljenog, istu ne čini nezakonitim dokazom koji nije mogao biti korišćen u krivičnom postupku. Pored iznetog branilac okrivljenog kao razlog za nezakonitost materijala prikupljenog

primenom posebne dokazne radnje Tajno praćenje i snimanje ističe i činjenicu da je u konkretnom slučaju protekao rok od šest meseci od okončanja posebne dokazne radnje propisan odredbom čl. 163, st. 1. ZKP, u kom roku je nadležni javni tužilac trebalo da pokrene krivični postupak, imajući u vidu da je Tajno praćenje i snimanje okončano dana 6. 12. 2018. godine, a da je ovaj krivični postupak počeo dana 23. 7. 2021. godine, donošenjem Naredbe o sprovođenju istrage. Iznete navode zahteva za zaštitu zakonitosti branioca okrivljenog Vrhovni kasacioni sud ocenjuje kao neosnovane iz sledećih razloga: Odredbom čl. 163, st. 1. ZKP, propisano je da ako javni tužilac ne pokrene krivični postupak u roku od šest meseci od dana kada se upoznao sa materijalom prikupljenim korišćenjem posebnih dokaznih radnji ili ako izjavi da ga neće koristiti u postupku, odnosno da protiv osumnjičenog neće zahtevati vođenje postupka, sudija za prethodni postupak će doneti rešenje o uništenju prikupljenog materijala. Stavom 3. istog člana propisano je da, ako je pri preduzimanju posebnih dokaznih radnji postupljeno suprotno odredbama Zakonika ili naredbi organa postupka, na prikupljenim podacima se ne može zasnivati sudska odluka, a sa prikupljenim materijalom se postupa u skladu sa čl. 84, st. 3. Zakonika. Dakle, prema citiranoj zakonskoj odredbi rok od šest meseci iz st. 1, čl. 163. ZKP, počinje teći od dana kada se javni tužilac upoznao sa materijalom prikupljenim na osnovu sprovedenih posebnih dokaznih radnji (što je mogao učiniti tek po dostavljanju navedenog materijala), a ne od dana kada je trajanje posebne dokazne radnje okončano, kako se to ukazuje u zahtevu za zaštitu zakonitosti branioca okrivljenog. Shodno iznetom, kako iz spisa predmeta proizlazi da je video-zapis nastao primenom posebne dokazne radnje tajno praćenje i snimanje Višem javnom tužiocu dostavljen dana 24. 4. 2019. godine, uz izveštaj MUP RS Sektora unutrašnje kontrole, a da je Viši javni tužilac naredbu o sprovođenju istrage doneo dana 23. 7. 2019. godine, na koji način je pokrenuo krivični postupak, to proizlazi da je javni tužilac pokrenuo krivični postupak u okviru roka od šest meseci od dana kada mu je dostavljen, a kada je i upoznat sa materijalom prikupljenim korišćenjem posebne dokazne radnje tajno praćenje i snimanje po naredbi sudije za prethodni postupak Višeg suda od 4. 9. 2018. godine, te da su samim tim neosnovani navodi zahteva za zaštitu zakonitosti branioca okrivljenog kojima ukazuje na povredu zakona iz čl. 163. ZKP. Sledstveno iznetom, video-zapisi koji su nastali kao rezultat zakonito sprovedene posebne dokazne radnje tajno praćenje i snimanje u smislu čl. 171. i 172. ZKP, predstavljaju zakonite dokaze na kojima se presuda mogla zasnivati, zbog čega se suprotni navodi zahteva Republičkog javnog tužioca i branioca okrivljenog ocenjuju kao neosnovani. Nadalje, odbrana u zahtevu za zaštitu zakonitost ukazuje i na to da je prvostepeni sud ekstezivnim tumačenjem odredbe čl. 164. ZKP, koja se odnosi na slučajni nalaz, pogrešno zaključio da se materijal pribavljen po naredbi koja se odnosila na

osumnjičenog GG, mogao koristiti kao slučajni nalaz u krivičnom postupku vođenom protiv okrivljenog AA. Prema navodima zahteva u citiranoj naredbi sudije za prethodni postupak Višeg suda, navedeno je da se posebna dokazna radnja tajno praćenje i snimanje određuje prema osumnjičenom GG, radi otkrivanja kontakata i komunikacija osumnjičenog u službenim prostorijama UGP SGP, uz opisani način instaliranja tehničkih uređaja za tajni zvučni i optički nadzor u kabinama, koje koristi osumnjičeni, pa kako osumnjičeni GG u kritičnom periodu – dana 12. 9. 2018. godine i dana 13. 9. 2018. godine, kada je okrivljeni AA izvršio predmetno krivično delo, nije radio, odnosno nije bio prisutan u navedenim prostorijama, to je policija bez ovlašćenja vršila tajni nadzor i u tom periodu, što video-materijal pribavljen putem ove posebne dokazne radnje takođe čini nezakonitim dokazom, u vezi sa kojim navodima se odbrana poziva na presudu ovog suda Kzz 1379/2021 od 19. 1. 2022. godine.

Iznete navode zahteva za zaštitu zakonitosti branioca okrivljenog Vrhovni kasacioni sud ocenjuje kao neosnovane. Odredbom čl. 164. ZKP, propisano je da ako je preduzimanjem posebnih dokaznih radnji prikupljen materijal o krivičnom delu ili učiniocu koji nije bio obuhvaćen odlukom o određivanju posebnih dokaznih radnji, takav materijal se u postupku može koristiti ako se odnosi na krivično delo iz čl. 162. ZKP. Posebna dokazna radnja tajno praćenje i snimanje određena je prema osumnjičenom GG, na osnovu naredbe sudije za prethodni postupak Višeg suda, tako što bi se u službenim prostorijama UGP SGP Horgoš, na graničnom prelazu Horgoš, instalirala posebna oprema za tajni zvučni i optički nadzor u prostorijama ulaznih terminala označenih kroz sistem video-nadzora kao Horgoš – putnički ulaz, kabina za evidentiranje putničkog ulaza 4 i Horgoš – putnički ulaz, kabina za evidentiranje putničkog ulaza 3, koje koristi osumnjičeni. Dakle, u navedenoj naredbi o tajnom praćenju i snimanju donetoj u odnosu na osumnjičenog GG, navedeno je da će se ova posebna dokazna radnja izvršiti na način bliže opisan u naredbi u označenim službenim prostorijama, koje koristi osumnjičeni, ali ne i to da se tajno praćenje i snimanje može sprovesti samo onda kada je u njima prisutan osumnjičeni GG, pa samim tim nije bilo smetnji da se materijal prikupljen preduzimanjem posebne dokazne radnje koristi kao zakonit dokaz i u postupku protiv drugih lica koja nisu bila obuhvaćena odlukom o određivanju posebne dokazne radnje. Kako su službene prostorije navedene u predmetnoj naredbi pored osumnjičenog GG, na koga se naredba o trajnom praćenju i snimanju odnosila, koristili i drugi policijski službenici a među njima i okrivljeni AA, to se materijal prikupljen u odnosu na ovog okrivljenog ima smatrati slučajnim nalazom u smislu čl. 164. ZKP, koji nije u suprotnosti sa naredbom suda, niti sa odredbama ZKP. Sledstveno iznetom, materijal prikupljen primenom posebne dokazne radnje tajno praćenje i snimanje prema osumnjičenom GG mogao je biti korišćen kao zakonit dokaz u odnosu na okrivljenog AA, koji

nije bio obuhvaćen naredbom, zbog čega se suprotni navodi zahteva za zaštitu zakonitosti branioca okrivljenog ocenjuju kao neosnovani. Pri tome, po oceni Vrhovnog kasacionog suda, nije od značaja to što je u presudi ovog suda Kzz 1379/2021 od 19. 1. 2022. godine, na koju se ukazuje zahtevom odbrane, izražen stav da se materijal prikupljen preduzimanjem posebne dokazne radnje tajno praćenje i snimanje nije mogao koristiti i u postupku protiv drugih lica, kao zakonit dokaz, imajući u vidu da se u konkretnom slučaju ne radi o istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji. Naime, u označenoj presudi ovoga suda, zauzet je stav da je pravilan zaključak nižestepenih sudova da se dokazi pribavljeni po osnovu posebne dokazne radnje ne mogu smatrati slučajnim nalazom u odnosu na okrivljene na koje se naredba nije odnosila u situaciji kada je u naredbi izričito navedeno da se posebna dokazna radnja tajno praćenje i snimanje sprovodi isključivo kada su u vozilu u kome je postavljen uređaj za snimanje, prisutni oni osumnjičeni prema kojima je određeno sprovođenje navedene posebne dokazne radnje, što u konkretnom slučaju nije u pitanju.

Nadalje, branilac ukazuje da je sud odlučne činjenice utvrđivao i na osnovu iskaza okrivljenih DD i ĐĐ datih pred Višim javnim tužiocem i presuda Višeg suda, kojima su ovi okrivljeni, na osnovu zaključenih sporazuma o priznanju krivičnih dela oglašeni krivim zbog izvršenja po jednog krivičnog dela davanje mita iz čl. 368, st. 1. KZ. Iz spisa predmeta proizlazi da je prvostepeni sud navedene presude izveo kao dokaz na glavnom pretresu, te su isti bili predmet ocene prvostepenog suda ali samo u pogledu formalnih uslova vezanih za te presude. Po nalaženju Vrhovnog kasacionog suda na osnovu navedenih presuda i odbrane okrivljenih datih pred Višim javnim tužiocem povodom zaključenih sporazuma o priznanju krivičnih dela, koje branilac smatra nezakonitim dokazima, nisu utvrđivane činjenice vezane za postojanje krivičnog dela zbog kojeg je okrivljeni oglašen krivim, već su ove činjenice utvrđene na osnovu prethodnih iskaza saoptuženih, datih pred javnim tužiocem pre nego što su pokrenuli postupak za zaključenje sporazuma o priznanju krivičnog dela. Imajući u vidu sve izloženo, Vrhovni kasacioni sud je, navode Republičkog javnog tužioca i branioca okrivljenog kojima se ukazuje na povredu zakona iz čl. 438, st. 2, t. 1. ZKP, ocenio kao neosnovane.

U ovoj odluci Vrhovni kasacioni sud je odlučio o zakonitosti više različitih dokaza, sa veoma detaljnim i sadržajnim obrazloženjem, pozivajući se i povezujući niz zakonskih odredbi koje propisuju oblasti iz kojih je odluka doneta. S obzirom na to da cilj ovog rada nije ocena iznetog pravnog stano- višta, već samo njegov prikaz radi boljeg razumevanja prethodnog teksta, treba ipak napomenuti da ova odluka predstavlja ne samo pravi primer kako bi po svim obrascima odluka Vrhovnog suda trebalo da izgleda, već primerom pokazuje i očit kazuistički pristup u oceni zakonitosti dokaza, immanentan kontinentalnom krugu, kome mi ne samo pravno, već i kulturološki pripadamo.

Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz 1075/2021

Presudom Višeg suda okrivljeni AA oglašen je krivim zbog krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz čl. 246, st. 1. Krivičnog zakonika.

Presudom Apelacionog suda odbijena je kao neosnovana žalba branioca okrivljenog AA i prvostepena presuda, potvrđena.

Protiv navedenih pravnosnažnih presuda zahtev za zaštitu zakonitosti blagovremeno je podnela branilac okrivljenog zbog povrede zakona iz čl. 485, st. 1, t. 1. ZKP u vezi sa čl. 438, st. 2, t. 1. ZKP.

Zahtev za zaštitu zakonitosti branioca okrivljenog AA, advokata MA, je osnovan. Navodima zahteva za zaštitu zakonitosti, branilac okrivljenog AA ukazuje na bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz čl. 438, st. 2, t. 1. ZKP, isticanjem da su pobijane pravnosnaže presude zasnovane na dokazu na kome se po odredbama ZKP ne mogu zasnivati i to na zapisniku o pretresanju stana i drugih prostorija PU Kruševac, PS Varvarin PU 3621/19. od 24. 9. 2019. godine, koji je pribavljen na nezakonit način, tj. uz povredu čl. 156, st. 7. ZKP. Kao razlog nezakonitog pribavljanja navedenog zapisnika, za koji smatra da je trebalo da bude izdvojen iz spisa predmeta, branilac okrivljenog navodi da isti sadrži formalni nedostatak, jer nije potpisan od strane dva punoletna građanina, već samo jednog, kao svedoka, zbog čega se isti ne može koristiti kao dokaz u krivičnom postuku i na njemu se ne može zasnivati osuđujuća presuda.

Izneti navodi branioca okrivljenog u zahtevu za zaštitu zakonitosti su po oceni Vrhovnog kasacionog suda osnovani.

Odredba čl. 84, st. 1. ZKP propisuje da dokazi koji su pribavljeni protivno čl. 16, st. 1. ZKP (nezakoniti dokazi) ne mogu biti korišćeni u krivičnom postupku i ti dokazi se izdvajaju iz spisa, čuvaju i uništavaju na način propisan odredbom st. 2. istog člana. Članom 16, st. 1. ZKP, propisano je da se sudske odluke ne mogu zasnivati na dokazima koji su, neposredno ili posredno, sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa Ustavom, ovim zakonom, drugim zakonom ili opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, osim u postupku koji se vodi zbog pribavljanja takvih dokaza. Odredbom čl. 156, st. 7. ZKP propisano je da pre-tresanju prisustvuju dva punoletna građanina kao svedoci koji će se pre početka pretresanja upozoriti da paze na tok pretresanja, kao i da imaju pravo da pre potpisivanja zapisnika o pretresanju stave svoje prigovore na verodostojnost sadržine zapisnika. Ako su ispunjeni uslovi iz st. 3. ovog člana, pretresanje se može preduzeti i bez prisustva svedoka. Iz spisa proizilazi da je pretres stana izvršen na osnovu čl. 157, st. 4. i čl. 158, st. 3. ZKP i to u prisustvu samo jednog svedoka, iako prema citiranoj odredbi čl. 156, st. 7. ZKP pretresanju

stana moraju da prisustvuju dva punoletna građanina kao svedoci. Kako u konkretnom slučaju nisu ispunjeni uslovi za eventualni pretres u prisustvu samo jednog svedoka, ili bez svedoka, propisani čl. 157, st. 3. ZKP – ako se pretpostavlja oružani otpor ili druga vrsta nasilja ili ako se očigledno priprema ili je otpočelo uništavanje tragova krivičnog dela ili predmeta važnih za postupak ili je držalac stana i drugih prostorija nedostupan, Vrhovni kasacioni sud nalazi da je predmetni zapisnik o pretresu stana i drugih prostorija, nezakonit dokaz. Pored toga, potvrda o oduzetim predmetima i drugi dokazi proistekli iz nezakonitog dokaza – zapisnika o pretresanju stana od 24. 9. 2019. godine, takođe se smatraju nezakonitim, što se u konkretnom slučaju može primeniti i na odbranu okrivljenog, na kojoj je prema navodima drugostepenog suda zasnovana osuđujuća presuda, a koju je pri tome sud prihvatio samo u delu u kome pogoduje navodima optužnog akta, iz razloga što se prema oceni Vrhovnog kasacionog suda, okrivljeni u svojoj odbrani izjašnjavao upravo na okolnosti tog dokaza. Iz iznetih razloga, Vrhovni kasacioni sud je usvojio zahtev za zaštitu zakonitosti branioca okrivljenog.

Principijelno, ne upuštajući se u ispravnost odluke i bez iznošenja stava tim povodom u ovoj napomeni, mišljenje je da je upravo iz razloga iznetih u napomeni za prethodni pravni stav, u ovome izostalo detaljnije obrazloženje. Naime, obrazloženje dato u prethodnom stavu tek je za nijansu opširnije od sentence, koja suštinski predstavlja kratku misao kojom se izražava, u konkretnom slučaju, stručni stav o nekom pravnom pitanju. Mišljenje je da u konkretnom slučaju nedostaje obrazloženje, ali ne kao citiranje propisa, jer je to sadržano, već kao navođenje razloga zašto se radi o apsolutno nezakonitom dokazu, pa usled toga nema mesta kazuističkom pristupu. Osim toga, nedostaje detaljnije obrazloženje za primenu teorije o „plodovima otrovnog drveta“, osobito zbog toga što ona još uvek nije kodifikovana, pa je neophodno da sud koji je primenjuje detaljno navede razloge zašto to čini.

Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz 885/2022

Presudom Višeg suda, okrivljeni I. M., D. S. i A. S., oglašeni su krivim zbog po jednog krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz čl. 246, st. 1. KZ i osuđeni.

Presudom Apelacionog suda, usvajanjem žalbi okrivljenih i njihovih branilaca, preinačena je prvostepena presuda u delu odluke o kaznama.

Zahtev za zaštitu zakonitosti izjavili su branioci okrivljenih, između ostalih razloga i iz razloga iz čl. 438, st. 2, t. 1, sa predlogom da Vrhovni kasacioni sud ukine obe pobijane presude i predmet vrati prvostepenom sudu na ponovno suđenje. Ukazujući na povredu zakona iz čl. 438, st. 2, t. 1. ZKP,

branioci su u zahtevima za zaštitu zakonitosti istakli da se pobijana pravno-snažna presuda zasniva na dokazu na kome se prema odredbama Zakonika o krivičnom postupku ne može zasnivati i to na zapisniku o saslušanju jedne od okrivljenih sačinjenom od strane pripadnika PU, koji je kao nezakonit dokaz morao biti izdvojen iz spisa predmeta. Prema navodima zahteva navedeni zapisnik ne sadrži poziv okrivljenoj da se izričito izjasni o tome da li će uzeti branioca po svom izboru, uz upozorenje da će joj, ako to ne učini, biti postavljen branilac po službenoj dužnosti, kao ni izjašnjenje okrivljene o tome da li će uzeti branioca po svom izboru, kako je to propisano imperativnom odredbom čl. 85, st. 3. ZKP. Pri tome se, prema stavu odbrane, upozorenjem i izjašnjenjem osumnjičene u smislu čl. 85, st. 3. ZKP, ne može smatrati upozorenje koje je okrivljenoj dato u smislu čl. 68. ZKP na predmetnom zapisniku – „da ima pravo da se brani sama ili uz stručnu pomoć branioca u skladu sa odredbama ZKP“, kao ni naknadno izjašnjenje okrivljene – „da razume svoja prava i da je saglasna da je brani branilac koji joj je dodeljen po službenoj dužnosti“, jer „davanje“ upozorenja u smislu čl. 68. ZKP, ne može predstavljati razlog koji isključuje obavezu organa postupka da postupi u skladu sa odredbom čl. 85, st. 3. ZKP. Branioci okrivljenog I. M. u vezi sa napred iznetim, ukazuju na presude Vrhovnog kasacionog suda Kzz 1104/2018, od 7. 11. 2018. godine, Kzz 791/2019, od 12. 9. 2019. godine, Kzz 453/2020, od 17. 6. 2020. godine i Kzz 1141/2020, od 28. 10. 2020. godine u kojima je zauzet stav da je odredba čl. 85, st. 3. ZKP imperativne prirode zbog čega zapisnik, koji ne sadrži izričito izjašnjenje okrivljenog o tome da li će uzeti branioca po svom izboru, predstavlja nezakonit dokaz na kome se ne može zasnivati presuda. Iznete navode zahteva za zaštitu zakonitosti branilaca okrivljenih, Vrhovni kasacioni sud ocenjuje kao neosnovane. Vrhovni kasacioni sud nalazi da stoji činjenica da u zapisniku o saslušanju okrivljene, u svojstvu osumnjičene, sačinjenom pred ovlašćenim službenim licima PU, nije konstatovano upozorenje okrivljenoj i njena izjava o prisustvu branioca u smislu čl. 85, st. 3. ZKP, što podrazumeva njeno izričito izjašnjenje u pogledu prava na angažovanje branioca. Međutim, po nalaženju ovoga suda, to po automatizmu ne znači da upozorenje organa postupka u konkretnom slučaju i izjašnjenje okrivljene ne ispunjavaju standard propisan odredbom čl. 85, st. 3. ZKP, ukoliko na zapisniku o saslušanju osumnjičene izričito nije navedeno da se radi o upozorenju i izjavi okrivljene u smislu navedene zakonske odredbe. Stoga, u svakom konkretnom slučaju, ukoliko upozorenje dato okrivljenom i njegovo izjašnjenje o prisustvu branioca iz čl. 85, st. 3. ZKP, izričito nije konstatovano u zapisniku o saslušanju okrivljenog, s pozivanjem na navedenu zakonsku normu, sud procenjuje da li upozorenje organa postupka i izjašnjenje okrivljenog ispunjavaju standard propisan odredbom čl. 85, st. 3. ZKP, a od koje procene suda zavisi da li zapisnik o saslušanju okrivljenog predstavlja zakonit ili nezakonit dokaz.

Prema stavu Evropskog suda za ljudska prava iznetom u presudi u predmetu *Almaši protiv Srbije* od 8. 10. 2019. godine (br. predstavke 21388/15) pravičnost krivičnog postupka nije ugrožena ukoliko ne postoje relevantni i dovoljni razlozi za nadjačanje ili ometanje želje okrivljenog u pogledu njegovog izbora pravnog zastupanja. Stoga se, po nalaženju tog suda, bez obzira na činjenicu što u zapisniku o saslušanju okrivljenog nema izričite izjave okrivljenog o tome da li je želeo da angažuje zastupnika lično ili je umesto toga bio voljan da prihvati advokata imenovanog od strane države, smatra da je okrivljeni jasno prihvatio postavljenog branioca o čemu svedoči njegova saradnja sa tim advokatom, spremnost da dâ izjavu u njegovom prisustvu i odsustvu bilo kakvih primedbi, i da sledstveno iznetom okrivljeni nije bio ograničen u svom slobodnom izboru branioca. U konkretnom slučaju okrivljena A. S. je pre davanja iskaza u predistražnom postupku, od strane ovlašćenih službenih lica policije poučena o pravima iz čl. 68. ZKP, a između ostalog i o pravu da se brani uz stručnu pomoć branioca u skladu sa odredbama ZKP, što podrazumeva mogućnost da uzme branioca po svom izboru, ili, ukoliko ga ne izabere da se brani uz pomoć branioca po službenoj dužnosti, kao i da njenom saslušanju prisustvuje branilac, pa se okrivljena izričito izjasnila da je razumela svoja prava i da je saglasna da je brani branilac koji joj je dodeljen po službenoj dužnosti, sa kojim je obavila poverljiv razgovor, nakon čega je dala svoj iskaz i zapisnik o saslušanju potpisala bez primedbi.

Stoga je, po oceni ovoga suda, izjava okrivljene da je „saglasna da je brani branilac koji joj je dodeljen po službenoj dužnosti“ data povodom navedenih upozorenja organa postupka, a pored ostalog i o pravu na branioca, sadrži izričitu odluku okrivljene da ne želi da angažuje branioca, odnosno odluku da se brani uz stručnu pomoć branioca po službenoj dužnosti. Vrhovni kasacioni sud nalazi da to što je izjava okrivljene o prisustvu branioca data i na zapisniku konstatovana na napred navedeni način, a ne rečima „izričito se izjašnjavam“, kako je to propisano odredbom čl. 85, st. 3. ZKP, ne znači da okrivljena nije iskazala volju da ne želi da angažuje branioca i da je njena izričita odluka da je brani branilac po službenoj dužnosti. U vezi sa napred izloženim, Vrhovni kasacioni sud nalazi da za odlučivanje u konkretnom slučaju nije od značaja što je u presudama ovoga suda na koje se ukazuje u zahtevima branilaca okrivljenog I. M. izražen stav da zapisnik koji ne sadrži upozorenje okrivljenom i izričito izjašnjenje okrivljenog o tome da li će uzeti branioca po svom izboru u smislu čl. 85, st. 3. ZKP, predstavlja nezakonit dokaz na kome se ne može zasnivati presuda, shodno odredbi čl. 85, st. 5. ZKP. Ovo iz razloga jer je, nakon donošenja citiranih presuda ovog suda, Vrhovni kasacioni sud zauzeo pravno shvatanje prema kome zapisnik o saslušanju osumnjičenog (u razmatranoj situaciji sačinjen u smislu čl. 289, st. 4. ZKP), ukoliko osumnjičeni nije upozoren i nije se izjasnio u smislu čl. 85,

st. 3. ZKP, predstavlja u načelu nezakonit dokaz na kome se u smislu čl. 85, st. 5. ZKP, presuda ne može zasnivati i da stoga, u svakom konkretnom slučaju treba proceniti da li upozorenje dato okrivljenom i njegovo izjašnjenje o prisustvu branioca na zapisniku, ispunjava standard upozorenja koji odgovara uslovima iz čl. 85, st. 3. ZKP. Kako je u konkretnom slučaju ocenjeno da upozorenje okrivljenoj i njeno izjašnjenje o prisustvu branioca ispunjavaju standard propisan čl. 85, st. 3. ZKP, to navedeni zapisnik o saslušanju okrivljene predstavlja zakonit dokaz koji je mogao biti korišćen u krivičnom postupku. Iz iznetih razloga, Vrhovni kasacioni sud je navode zahteva branilaca okrivljenih kojima se ukazuje na povredu zakona iz čl. 438, st. 2, t. 1. ZKP, ocenio kao neosnovane.

U zahtevu za zaštitu zakonitosti branioca jednog od okrivljenih, takođe se ukazuje na povredu zakona iz čl. 438, st. 2, t. 1. ZKP, navodima da potvrda o privremeno oduzetim predmetima PU, na ime dvoje okrivljenih od 15. 8. 2019. godine predstavlja nezakonit dokaz, kao i svi dokazi koji su proistekli iz iste. Prema navodima zahteva, ovlašćena službena lica u konkretnom slučaju su postupala suprotno svojim ovlašćenjima iz čl. 286, st. 2. ZKP, jer nisu sačinili službenu belešku ili zapisnik o radnjama preduzetim prema okrivljenom D. S., koje se odnose na pregled lica, niti su u roku od 24 časa o istim obavestili javnog tužioca. U vezi sa iznetim, branilac ukazuje da je identičan pravni stav zauzet u presudi Vrhovnog kasacionog suda Kzz 350/22, od 24. 2. 2022. godine. Pored iznetog, prema stavu odbrane okrivljenog, radnja zavlacenja ruku u donji veš okrivljenog, ne može se smatrati radnjom pregleda lica već upravo pretresom lica, za koji važi odredba čl. 159. ZKP, što potvrdu o privremeno oduzetim predmetima od ovog okrivljenog takođe čini nezakonitim dokazom. Iznete navode zahteva za zaštitu zakonitosti Vrhovni kasacioni sud ocenjuje kao neosnovane.

Odredbom čl. 286, st. 1. ZKP, propisano je da ako postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, policija je dužna da preduzme potrebne mere da se pronade učinilac krivičnog dela, da se učinilac ili saučesnik ne sakrije ili ne pobegne, da se otkriju i obezbede tragovi krivičnog dela i predmeti koji mogu poslužiti kao dokaz, kao i da prikupi sva obaveštenja koja bi mogla biti od koristi za uspešno vođenje krivičnog postupka. Stavom 2. istog člana, između ostalog, propisano je da u cilju ispunjenja dužnosti iz st. 1. tog člana, policija može da izvrši potreban pregled prevoznih sredstava, putnika i prtljaga i da će se o činjenicama i okolnostima koje su utvrđene prilikom preduzimanja pojedinih radnji, a mogu biti od interesa za krivični postupak kao i o predmetima pronađenim i oduzetim, sastaviti zapisnik ili službena beleška. Stavom 4. istog člana propisano je da o preduzimanju mera i radnji iz st. 2. i 3. tog člana policija odmah, a najkasnije u roku od 24 časa nakon preduzimanja, obaveštava javnog tužioca. Prema odredbi

čl. 97. Zakona o policiji, policijski službenik je ovlašćen da zaustavi i izvrši pregled lica, predmeta koje lice nosi sa sobom i saobraćajnog sredstva i to: kada lice treba dovesti, kada je to neophodno radi pronalaska predmeta podobnih za napad ili samopovređivanje, kada preduzima mere traganja za licima i predmetima i kada preduzima druge mere i radnje u skladu sa ZKP, te da prilikom zaustavljanja, policijski službenik pre nego što pristupi pregledu iz st. 1. tog člana, saopštava licu da li je zaustavljeno radi vršenja pretresa ili zbog preventivne kontrole, zbog njegovog ili tuđeg prekršaja ili krivičnog dela, ili iz drugog bezbednosnog razloga, kao i da se pregledom lica u smislu st. 1. tog člana smatra uvid u sadržaj odeće i obuće.

Iz spisa predmeta – iskaza ovlašćenog službenog lica policije proizlazi da je dana 15. 8. 2019. godine izvršen pregled lica – okrivljenog, kada je u njegovom donjem vešu u predelu kaiša pronađen paket upakovan u najlon kesu u kojoj se nalazila opojna droga heroin, koji predmet je od okrivljenog oduzet uz potvrdu o privremeno oduzetim predmetima, nakon čega je istog dana – 15. 8. 2019. godine u 21:30 časova, po odobrenju Višeg javnog tužioca, doneto rešenje o zadržavanju okrivljenog, te da je zbog predmetnog događaja dana 16. 8. 2019. godine podneta krivična prijava Višem javnom tužiocu. Na navedeni način ovlašćena službena lica policije su u roku od 24 časa od kada je izvršena službena radnja pregleda lica i privremenog oduzimanja predmeta, koje branilac okrivljenog smatra nezakonitom, o istim obavestila Višeg javnog tužioca, i podneli krivičnu prijavu čime je postupljeno u skladu sa čl. 286, st. 4. ZKP. Pored iznetog, Vrhovni kasacioni sud nalazi, a nasuprot navodima zahteva branioca okrivljenog, da je u konkretnom slučaju preduzeta radnja pregleda, a ne pretresanja lica, s obzirom na to da je predmet izvršenja krivičnog dela pronađen u garderobi okrivljenog vršenjem uvida u sadržaj iste, kako je to utvrđeno na osnovu iskaza svedoka, ovlašćenog službenog lica policije, a u skladu sa odredbom čl. 97, st. 1. ZKP, pri čemu je i u potvrdi o privremeno oduzetim predmetima konstatovano da su predmeti pod rednim brojevima od 8 do 11 pronađeni prilikom pregleda DS. U vezi sa napred iznetim, Vrhovni kasacioni sud je imao u vidu presudu ovoga suda Kzz 350/22 od 24. 5. 2022. godine nalazeći da je ista bez značaja za odlučivanje u konkretnom slučaju, jer je u navedenoj presudi zauzet stav da je potvrda o privremeno oduzetim predmetima nezakonit dokaz u situaciji kada policija nije postupila u skladu sa čl. 286, st. 4. ZKP, što ovde nije u pitanju. Prema tome, potvrda o privremeno oduzetim predmetima od 15. 8. 2019. godine pribavljena je u svemu u skladu sa odredbom čl. 286. ZKP, te ista ne predstavlja nezakonit dokaz u smislu navoda zahteva, pa s tim u vezi ni ostali dokazi zasnovani na potvrdi o privremeno oduzetim predmetima ne predstavljaju nezakonite dokaze na kojima se sudska odluka ne može zasnivati. Iz iznetih razloga, ocenjeni su kao neosnovani navodi zahteva branioca, kojima se ukazuje na povredu zakona iz čl. 438,

st. 2, t. 1. ZKP. U zahtevu za zaštitu zakonitosti istog branioca okrivljenog navodi se i to da je okrivljeni u trenutku kada su mu predmeti privremeno oduzeti bio lišen slobode i osumnjičen zbog krivičnog dela za koje je prema zaprećenju kazni odbrana obavezna, te da je samim tim morao biti upozoren o pravima iz čl. 68. i čl. 69. ZKP, dakle i o pravu na branioca, koji mu je morao biti postavljen. Vrhovni kasacioni sud iznete navode zahteva branioca okrivljenog, kojima u suštini ukazuje na povredu zakona iz čl. 74. ZKP, ocenjuje kao neosnovane. Prema odredbi čl. 74, st. 1, t. 3. ZKP, okrivljeni mora imati branioca ako je zadržan ili mu je zabranjeno da napušta stan ili je pritvoren – od lišenja slobode pa do pravnosnažnosti rešenja o ukidanju mere.

Odredba čl. 294, st. 5. ZKP propisuje da osumnjičeni mora imati branioca čim organ postupka iz st. 2. tog člana donese rešenje o zadržavanju. Dakle, ZKP propisuje obaveznu odbranu tek od momenta donošenja rešenja o zadržavanju, koje je u odnosu na okrivljenog doneto dana 15. 8. 2019. godine u 21:30 časova, u kom rešenju je konstatovano da su osumnjičenom predložena prava iz čl. 69, st. 1. ZKP, a između ostalog i pravo da se brani sam ili uz stručnu pomoć branioca, te da je okrivljeni obezbedio branioca, advokata. Kako okrivljeni u vreme kada su od njega predmeti privremeno oduzeti nije bio lišen slobode u smislu u kome Zakonik o krivičnom postupku propisuje obaveznu odbranu, već mu je kretanje bilo privremeno ograničeno od strane ovlašćenih službenih lica policije, te je shodno tome imao svojstvo građanina, kako je to i označeno u predmetnoj potvrdi, to, nije morao imati branioca, budući da je lišen slobode nakon privremenog oduzimanja predmeta – dana 15. 8. 2019. godine u 21:30 časova kada je i zadržan, a od kog trenutka je odbrana obavezna u smislu citiranih odredaba ZKP.

Iz iznetih razloga, Vrhovni kasacioni sud je ocenio kao neosnovane navode zahteva za zaštitu zakonitosti ovog branioca da je na štetu okrivljenog učinjena povreda zakona iz čl. 74. ZKP.

Prezentovana odluka sadrži sve elemente koje treba da ima odluka Vrhovnog suda tog karaktera. Na jasan i obrazložen način uspostavlja sudsku praksu putem celovito iznetog pravnog shvatanja potkrepljenog zakonskim propisima koji regulišu oblast o kojoj je reč, uz neophodno obrazloženje iz kog razloga sud ne prihvata primenu pravnog stanovišta iz odluke istog suda na koju se poziva jedan od podnosilaca. Na ovakav način obrazložene su sve nejasnoće i eventualne nedoumice koje bi sudovi nižeg stepena mogli imati u praktičnoj primeni ovog stanovišta tokom budućeg odlučivanja. Zbog toga, ona može poslužiti kao obrazac za stvaranje sudske prakse od strane, pre svih, Vrhovnog suda Srbije.

Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu KŽ1.340/24

Pobijanom presudom okrivljeni je oglašen krivim što je u vremenu, na način i mestu navedenom u izreci izvršio jedno krivično delo nasilje u porodici iz čl. 194, st. 3. u vezi sa st. 1. KZ i jedno krivično delo nasilje u porodici iz čl. 194, st. 2. u vezi sa st. 1. KZ.

Žalbu protiv ove presude izjavio je i branilac okrivljenog iz svih zakonom dopuštenih razloga sa predlogom da drugostepeni sud žalbu usvoji i pobijanu presudu preinači tako što će okrivljenog osloboditi od optužbe.

Branilac okrivljenog je u svojoj žalbi naveo da se pobijana presuda zasniva na dokazima na kojima se ne može zasnivati, dakle, da se ne zasniva na iskazima svedoka oštećenih, već na iskazima lica voditelja slučaja CSR i ordinirajućeg lekara u ambulanti Hitne medicinske pomoći, koji imaju posredna saznanja o događaju i koji su ta saznanja dobili navodno od oštećenih. Istovremeno, kako to žalba ukazuje, prvostepeni sud nije odluku zasnovao na dokumentaciji prikupljenoj u prekrivičnom postupku, iako je u tu dokumentaciju izvršio uvid, svestan da se na ovim dokazima ne može zasnovati sudska odluka budući da sadržina ovih dokaza nije nastala na osnovu neposrednog opažanja policijskih službenika. Imajući u vidu ovu komparaciju zaključuje da je u pogledu ove dve grupe svedoka istovetna situacija odnosno da se radi o istovetnim dokazima, što opravdava stav da se ni na jednom od tih dokaza ne može zasnovati odluka suda o krivici.

Što se tiče žalbenog navoda oko izostanka ispitivanja maloletnog u svojstvu svedoka oštećenog, ovaj se svedok, vidljivo je to iz zapisnika o ispitivanju u OJT od 9. 10. 2022. godine, koristio privilegijom koju uživa kao blisko lice, srodnik okrivljenog, njegov sin, u skladu sa odredbama čl. 94, st. 1, t. 2. ZKP. Osim toga, iz pisanog nalaza i mišljenja veštaka specijaliste med. psihologije jasno je vidljivo da oštećeni nije sposoban da bude validan svedok jer su njegove sposobnosti razumevanja pravosudnog konteksta ograničene, baš kao i sposobnost predviđanja posledica iskaza koji bi dao u svojstvu svedoka. Takođe i drugi svedok je prihvatio blagodet nesvedočenja u skladu sa odredbama čl. 94, st. 1, t. 1. ZKP, kao vanbračna supruga okrivljenog i nije svedočila tokom suđenja.

U skladu sa navedenim u prethodnom stavu očigledno su oba, i jedina svedoka očevica, a uz to i oštećeni, koristili svoje zakonsko pravo, zbog čega i nisu mogli biti ispitani tokom postupka. Međutim, ova okolnost koja je u celosti u skladu sa zakonom, nije i ne može biti razlog da okrivljeni bude eksculpiran krivične odgovornosti po osnovu toga što jedini svedoci očevici tokom suđenja nisu ispitani u svojstvu svedoka. Povodom ovakve procesne situacije, prvostepeni sud je na dozvoljen i zakonom utvrđen način ispitao svedoke koji imaju saznanja o događaju i to one svedoke koji su ujedno i stručna

lica u svojim oblastima, usko vezanim za sam događaj i njegove posledice i koji u okviru pružanja stručnih usluga i obavljanja svojih redovnih poslova imaju obavezu da ispituju lica kao što su oštećena o događaju iz koga su proistekle okolnosti koje su stručni domen ovih svedoka. Konkretno, svedok iz Centra za socijalni rad koji je u svojstvu ovlašćenog radnika centra, a u skladu sa Zakonom o maloletnim učiniocima krivičnog dela i krivičnopravne zaštite maloletnih lica, ispitao maloletnog oštećenog u prostorijama OJT, ali ne kao organ postupka odnosno otkrivanja krivičnog dela i njegovog učinioca, već kao stručno lice zaposleno u Centru za socijalni rad ovlašćena kao voditelj slučaja pred ovim centrom, u okvirima svoje nadležnosti i za potrebe izrede Nalaza i stručnog mišljenja CSR povodom događaja o kojem se sudi. Naposletku, ovaj svedok je i autor Nalaza i stručnog mišljenja Centra za socijalni rad od 18. 10. 2022. godine, nastao tokom postupka, a nakon ispitivanja o oboje oštećenih, koji je, takođe kao dokaz, izveden tokom suđenja i na kome se zasniva sudska odluka. Suštinski, reč je o stručnom licu koje je saznanja dobilo u obavljanju stručnih poslova i usluga koje pruža Centar za socijalni rad ugroženim članovima nekog porodičnog domaćinstva, zbog čega je zakonitost ovog dokaza neupitna, te sud pravilno na njemu zasniva svoju odluku. Što se, pak, tiče svedoka lekara, on je postupao u svojstvu ordinirajućeg lekara ambulante Hitne medicinske pomoći, pružajući lekarske usluge hitne medicinske pomoći, pregleda i saniranja posledica povređivanja kod oboje oštećenih, pa je u odnosu na njih imao neposredna lična opažanja o njihovom zdravstvenom statusu i povredama koje su zadobili, a što se tiče nastanka povreda njegova je obaveza bila da, pošto je reč o fizičkim povredama mehaničkog karaktera, zabeleži na koji je način do povređivanja došlo. Zbog toga je i iskaz ovog svedoka potpuno zakonit baš kao i izveštaj koji je svedok sačinio, pa se i na ovom dokazu, bez ikakvih zakonskih smetnji, mogla zasnovati odluka prvostepenog suda o krivici.

U kontekstu ocene ova dva dokaza, a povodom navoda istaknutog u žalbi branioca da su ti iskazi istovetni iskazima policajaca pred kojima su svedoci oštećeni dali svoje izjave, ali ne u skladu sa odredbama ZKP o zakonskom važenju, drugostepeni sud smatra da je navod istaknut u žalbi neosnovan upravo iz razloga navedenih u prethodnim stavovima, gde je u prvom slučaju reč o stručnim osobama koje pružaju stručne usluge prilikom kojih su u obavezi da ispituju lica kojima usluge pružaju o događaju koji je uzrok pružanja tih usluga, sa jedne strane, dok policajci u obavljanju svojih poslova, vodeći postupak otkrivanja izvršioca i krivičnih dela, uz zakonska ograničenja u pogledu sazajnih metoda, konkretno ispitivanja svedoka, za koje postoji procesna uređenost, jer se samo iskazi pribavljeni na zakonom propisan način mogu smatrati dokazom, a u koliko nisu na taj način pribavljeni, saznanja lica koja su ih ispitivala dobijena putem nezakonitog ispitivanja, ne mogu

konvalidovati procesni propust, tako da se na iskazima policajaca u istom smislu ne može zasnovati odluka suda.

Prema tome, drugostepeni sud zaključuje da se na iskazima radnika CSR i lekara Hitne medicinske pomoći, koji je primio i pregledao oštećene neposredno nakon događaja, kao i na njihovim stručnim izveštajima sačinjenim tim prilikama, te nalazu i mišljenju veštaka psihologa, u situaciji kada svedoci oštećeni koji su i jedini očevici događaja o kojem se sudi prihvataju blagodet da ne svedoče, može i mora zasnovati sudska odluka, ti su dokazi zakonito pribavljeni i izvedeni, zbog čega je žalba branioca i odbijena u tom delu kao neosnovana.

ZAKLJUČAK

Prikaz iznet u ovom radu, kroz samu definiciju dokaza odnosno činjenica, navođenje temeljnih razloga za klasifikaciju dokaza po osnovu njihove zakonitosti, istorijski razvoj ovog instituta, kriterijuma za ocenu zakonitosti dokaza, postupanje prema nezakonitim dokazima, uporednopravna shvatanja, trenutna zakonska rešenja tim povodom kao i predloge iz Nacrta izmena ZKP o ovoj temi i, na kraju, prikaz sudske prakse kroz navođenje sadržine nekoliko odluka instancionih sudova o ovoj temi, trebalo bi da pruži potpun uvid u temu rada, sa tim u vezi uputi na način tumačenja dokaza, prilikom ocene njihove zakonitosti, ali i da stvori neophodnu kritičnost u proceni koja će se zasnivati na zakonskim i naučnim temeljima, ali i sudskoj praksi i doktrini koja se u toj oblasti sprovodi u pravnim sistemima kontinentalnog prava, kome naša država nesumnjivo pripada, bez obzira na nastojanja iz aktuelnog procesnog zakonika u inkliniranju drugom, nesrodnom sistemu.

Ukoliko je rad uspeo da makar probudi pažnju i inicijalno podstakne razmišljanja onih kojima se obraća, on je ostvario svoju namenu. Sama promena postojećeg shvatanja, pak, zavisice od ozakonjenja izmena navedenih u Nacrtu zakona o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku, ali konačno donošenju novog, koji bi sadržao konzistentan i jasan pravac, da bi omogućio efikasno suđenje, otklonivši najveći broj nedoumica i pravnih dilema koje su upravo proizvod nekonzistentnosti postojećeg Zakonika. Naravno, ovo se ne može i neće postići samo izmenama, ma bile one i obimnije od predloženih, već samo donošenjem novog Zakonika koji bi doktrinarno i za dugi period rešio većinu spornih pitanja, ali najpre strateški pravac kojim ide krivično procesno zakonodavstvo kod nas. U odnosu na ovu, užu oblast, u zemljama EU postoji podela u kodifikaciji izdvajanja nezakonitih dokaza. Jedan broj zemalja, nezavisno od pripadnosti kojem od pravnih sistema, samim zakonom isključuje upotrebu nezakonitih dokaza, dok je u drugima principijelo

određeno da se dokazi izdvajaju, međutim ne uvek i po svaku cenu, dakle ne apsolutno, već je samo omogućen fakticitet u oceni, koja je konačno prepuštena sudu. Naravno, ovo uz punu primenu kriterijuma koje su dati, delimično u samom zakonu a u većem delu ih je ustanovila sudska praksa. Smatramo da bi naše zakonsko rešenje trebalo da ide u pravcu ovih drugih, gde je, u dosadašnjem tekstu isticano, nemačko rešenje paradigmatično, što potvrđuje i sam naziv metoda ocene zakonitosti dokaza kao „teorija upoređivanja ili vaganja“, a i prema sadržini izmena iz Nacrta, sva je prilika da na isti način razmišlja i sadašnji zakonodavac.

LITERATURA

- Carić, M. (2006). Zabrana utemeljenja sudskih odluka na nezakonitim dokazima. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2, 993–1033.
- Grubač, M. (2007). Analiza sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava u krivičnim stvarima. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 79(11–12), 371–395.
- Pisarić, M. (2010). O nedozvoljenim dokazima u krivičnom postupku. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 44(2), 363–384.

Illegal Evidence and Draft Law on Amendments and Supplements to the Code of Criminal Procedure

Dejan Terzić

Judge

Appellate Court in Novi Sad

S u m m a r y

The paper provides, from the perspective of an experienced practitioner, a comprehensive overview of the provisions of domestic procedural legislation on the method of establishing facts in criminal proceedings, with special emphasis on illegal evidence, with a critical analysis of certain solutions, both from the current regulation and from the draft amendments and supplements to the Code of Criminal Procedure, but also through current case law.

Keywords: criminal proceedings, evidence, illegal evidence