

Лидија Неделкова¹

УЛОГАТА НА СУДИЈАТА ВО ОЦЕНА НА
ДОЗВОЛЕНОСТ НА ДОКАЗИТЕ

1.04 Стручна статија
УДК 347.962:343.14:340.131 (497.7)

Апстракт

Кога зборуваме за постапките пред судовите и донесувањето на судските одлуки, неминовно е секогаш да тргнеме од Уставот и неговите постулати со кои се гарантира самостојност и независноста на судството, начинот на работата и основите врз кои се носат судските одлуки. Важноста на Уставот се состои во тоа што во него се вградени суштинските принципи на функционирањето на државата и нејзините институции во практикувањето и заштитата на човековите права и слободи. Во овој контекст Уставот е компрехенсивно избалансирана легална основа која од една страна на секој еден му ги гарантира правата и слободите, а од друга страна овозможува одредени права и слободи да бидат ограничени кога лицето ги злоупотребува и не ги почитува правата на другите.

Клучни зборови: судија, докази, оценка на дозволеност.

Воведни нотации

Иако опфатот на темата на овој труд е широко поставен, сепак, разработката на истата во суштинскиот дел е поврзана со постапувањето на судот (судијата) во однос на оцената на законитоста на доказите која произлегува од член 12 од ЗКП (незаконити докази).

Кога зборуваме за постапките пред судовите и донесувањето на судските одлуки, неминовно е секогаш да тргнеме од Уставот и неговите постулати со кои се гарантира самостојност и независноста на судството, начинот на работата и основите врз кои се носат судските одлуки. Важноста на Уставот се состои во тоа што во него се вградени суштинските принципи на функционирањето на државата и нејзините институции во практикувањето и заштитата на човековите права и слободи. Во овој контекст Уставот е компрехенсивно избалансирана легална основа која од една страна на секој еден му ги гарантира правата и слободите, а од друга страна овозможува одредени права и слободи да бидат ограничени кога лицето ги злоупотребува и не ги почитува правата на другите.

¹ Судија на Врховниот суд на Република Македонија

² Устав на Република Македонија (Сл. весник на РМ бр. 91/01 и 107/05 со амандмани I-XXII).

³ Законот за кривичната постапка (Сл. весник на РМ бр. 150/2010 и бр. 100/2012).

⁴ Устав на Република Македонија (Сл. весник на РМ бр. 91/01 и 107/05 со амандмани I-XXII).

Уставните постулати понатаму се транспонирани во законските решенија кои ја уредуваат работата и постапувањето на судовите (Закон за судовите, Закон за кривичната постапка, Законот за парнична постапка, Законот за општа управна постапка и други). Во законските решенија секако се вградени и меѓународните стандарди за обезбедување и заштита на човековите права и слободи, а во овој контекст, судовите судат и врз основа на меѓународните договори ратификувани во согласност со Уставот на Република Македонија.

Улогата на судот во кривичната постапка која се спроведува согласно ЗКП, е да обезбеди фер постапка во законскиот лавиринт и да овозможи правна употребливост на доказите од кои ќе ги утврди релевантните факти за кривичната одговорност на обвинетиот, при тоа одлучувајќи непристрасно со примена на законот врз основа на слободна оценка на доказите (член 10 од Закон за судовите и член 16 од ЗКП), а јасно образложувајќи ги причините за одлуката која ќе ја донесе.

Важно е да се напомене дека Уставот нема експлицитен постулат согласно кој доказите прибавени на незаконит начин не можат да се употребат како докази во кривичната постапка и врз нив не може да се заснова судска одлука.

Обемот на примена на член 12 од ЗКП -како основно начело и во релација со другите одредби од ЗКП

Концептот на човековите права е имплементиран и во ЗКП и тоа во неговите основни начела (член 1-20). Член 12 од ЗКП е еден од дваесетте членови на овој закон кои припаѓаат на основните начела врз кои се заснова Законот за кривична постапка. Основните начела се пандан на Уставните основни одредби, а во исто време и дериват на пропишаните основни слободи и права на човекот и граѓанинот. Во суштина истите претставуваат, концептуална подлога која ги сублимира целта, границите, очекувањата и обемот во кој се движи целиот систем на норми (одредби) кои следат. Се работи за утврдени правила (принципи) што во кривичната постапка можат и мораат да се применуваат, само, и исклучиво, тие правила, а не можат и не смеат да се воведуваат или креираат други или нови правила и покрај дозволеноста на аналогијата во процесното право⁵.

Во својот облик основните начела на ЗКП се и традиционални кривично-процесни одредби и нови, кои особено од аспект на заштита на човековите права претставуваат разработка на меѓународните стандарди и уставните постулати. Основната функција на овие основни начела е изразување на специфичноста на законското уредување на кривичната постапка, а истовремено се и патоказ за толкување и примена на нормите на кривичното-процесно право.

⁵ д-р Бранко Петрич, Коментар закона о кривичном поступку 1982 година.

И покрај супремацијата на заштитата на човековите права и слободи, треба да се истакне дека одредено кривично – правно начело не е доминантно во апсолутна смисла бидејќи на обемот на неговата примена влијаат другите процесни начела. Имено, станува збор за рестриктивна примена на одредено процесно начело изразена низ законските отстапки во процесот на неговата примена.

Во овој контекст, начелата на кои се темели кривичната постапка треба да се разгледуваат и применуваат со воспоставување рамнотежа помеѓу заштитата на правата и слободите на обвинетиот (правни добра на обвинетиот) и ефикасноста во сузбивањето на криминалот (јавен интерес). Оваа рамнотежа се постигнува преку адекватно вреднување на овие правни добра и интереси, со конечен резултат на преовладување на едниот наспрема другиот (исклучок постои само кај примената на присилни методи за обезбедување на докази).

Одредбите, пак кои следат (член 21-568 од ЗКП) се хармонизиран збир кој го регулира постапувањето на сите субјекти на соодветен начин во секоја процесна ситуација и во меѓусебните процесни односи.

Во секој случај одредбите на ЗКП, како основните така и другите, се институирани на начин што, објективно при правилна примена, го исклучуваат формализмот, и покрај реалната можност за субјективна формалистичка примена. Формализмот и ја одзема суштината на одредбата и ги деформира процесните односи, но истиот, практично, скоро секогаш ќе се елиминира кога при примена на соодветна одредба ќе се оцени нејзината внатрешна суштина и целта која треба да се оствари со неа. Дополнителното толкување на суштината на одредбите и нивната примена се наоѓа во Уставот со кој се загарантирани основните слободи и права на човекот и евентуалното ограничување на истите, како и во многубројните меѓународни документи ратификувани согласно Уставот. Од круцијална важност се одредбите (гаранциите) на ЕКЧП и правните сфаќања кои произлегуваат од интерпретацијата на нејзините стандарди во многубројните одлуки на ЕСЧП кои имаат дејство *erga omnes* спрема сите членки на Советот на Европа и потписници на Европската конвенција за човекови права (Република Македонија е членка на Советот на Европа, а воедно ја има ратификувано и ЕКЧП).

Член 12 од ЗКП – Законитост на доказите

Одредбата од член 12 од ЗКП го регулира **начелото** на законитост на доказите кое е едно од основните начела на кривичната постапка. Имено ова начело, заедно со другите начела го обезбедува водењето на фер постапка против обвинетото лице во рамките на остварување на основното уставно начело - владеење на правото.

⁶ Non in legend sed in intelligendo leges consistent. (Суштината на законот се дознава со разбирање, а не со читање).

(1) Забрането е да се изнудува од обвинетиот или од друго лице кое учествува во постапката признание или некаква друга изјава.

(2) Доказите прибавени на незаконит начин или со кршење на слободите и правата утврдени со Уставот на Република Македонија, законот и меѓународните договори, како и доказите произлезени од нив, не можат да се користат и врз нив не може да се заснова судската одлука.

Доказите во кривичната постапка служат за утврдување на факти, суштествени за утврдување на кривичната одговорност на обвинетиот и изрекување и одмерување на видот и висината на кривичната санкција. По однос на прашањето што може да биде доказ во кривичната постапка, нашиот законодавец се определил за негативен пристап – **докази кои не можат да се користат и врз кои не може да се заснова судска одлука** (има само неколку ситуации на **позитивен пристап**: чл. 250-докажување со снимка; чл. 263- проширување на наредбата за ПИМ; чл. 318-употреба на доказите изведени на доказно рочиште и чл. 388 ст. 2,3 и 5- исклучок од непосредно изведување на доказите).

Од самата законска одредба (основно начело) произлегува дека проблемот со незаконитите докази се решава преку воспоставени **доказни забрани** кои се класифицираат во две категории:

- од **апсолутен карактер**: **докази** прибавени со присилни или неетични методи (пр.: мачење, тортура, насилство, давање на наркотични или други опојни средства, алкохол, хипноза, закана, уцена и слично.) – став 1;
- од **релативен карактер**: **докази** за кои експлицитно во овој закон е предвидено дека не можат да се користат и врз нив не може да се заснова судската одлука; **докази** прибавени со кршење на слободите и правата утврдени со Уставот на Република Македонија; Законот и меѓународните договори и **докази** произлезени од незаконитите докази (т.н. плодови на отровна овошка)-став 2.

Категоријата на **незаконит доказ од апсолутен карактер** значи забрана за користење на ваков доказ во кривичната постапка поради повреда на **апсолутно заштитено недерогабилно право** (член 11 од Уставот и член 3 од ЕСЧП), а категоријата на **незаконит доказ од релативен карактер** значи забрана за вреднување на таков доказ од аспект на негово користење и заснивање на судската одлука поради повреда на **релативно заштитено дерогабилно право и слобода** (права и слободи на приватниот живот, мислата, говорот, јавното изразување, тајноста на писмата и сите други облици на комуникација, тајноста на личните податоци, слобода и безбедност, пристап до суд и правична постапка, ефикасно правно средство, дискриминација, образование, жалба во кривични предмети итн., согласно Уставот - членовите 12, 15 заменет со амандман XXI,16,17 заменет со амандман XIX, 18,25,26 и согласно ЕКЧП – членовите 5, 6,8,10,13,14).

Имено забраната од **став 1** значи изричност, децидноост и безкомпромисност во неприфаќањето на докази прибавени со вакви дејствија и

постапувања. Вака прибавените докази **без исклучок** се забранети да се употребуваат во постапката. Ова е корелативно со меѓународноправната обврска на Република Македонија од ратификацијата на Европската конвенција за спречување на мачење и нечовечно или понижувачко постапување или казнување од 1987 година и Конвенцијата на ОН против мачење и друго сурово, нечовечно или понижувачко постапување или казнување од 1984 година, како и од ратификацијата на Европската конвенција за човекови права (член 3) во 1997 година и јуриспруденцијата на Европскиот суд за човекови права во Стразбур.

Забраната пак од **став 2** имплицира претходно постапување на судот (судијата) од аспект на оцена дали незаконското прибавување на доказите ја активира заштитата на некое од Уставното или Конвенциско (ЕКЧП) загарантирано право и слобода, кои не уживаат апсолутна заштита односно чие уживање е условено со ограничувања допуштени под одредени услови.

Поединечно анализирани ставовите 1 и 2 од член 12, предвидуваат различни правила за незаконити докази и никогаш овие два става не доаѓаат во заедничка (истовремено) примена.

Член 12 – во релација со другите одредби од ЗКП и постапувањето на судот

Одредбата на член 12 од ЗКП ја дава само рамката за оцена на законитоста на доказите – општите правила за забрана и неможност за користење на незаконити докази и засновање судска одлука врз нив, а во другите одредби од ЗКП се регулирани конкретни процесно-правни ситуации и правила кои предвидуваат законски последици од прекршување на истите - незаконитост и неприменливост на доказите, како и неможност на засновање на судската одлука врз таквите докази (член 181 ; член 206 став 5; член 210 став 5,6 и7; член 215 вв член 213, 214 и 219 став 4 ; член 231 став 2 ; член 238 став 1,2 и 3; член 247 став 2; член 249 став 4; член 259 став 5 и член 400).

Кога судот (судија на претходна постапка, судија поединец, претседател на совет, совет за оцена на обвинителен акт) ќе утврди некоја од погоренаведените процесно правни ситуации, тогаш носи конкретна одлука за издвојување на доказот(ите) (член 93; член 336 став 4 и 5; член 345 став 3 ; член 347 став 1 точка 1; член 468 вв член 347 од ЗКП) и тоа по службена должност или по предлог на странките.

Членот 93 од ЗКП ја регулира постапката за издвојување на доказот како незаконит во сите фази на кривичната постапка. При тоа ги предвидува условите, начинот, овластените субјекти, фазата на постапката и иницијативата за истото. Така, најдоцна до завршување на истражната постапка, овластен субјект за издвојување на незаконитиот доказ е **судијата на претходната постапка** (член 21 точка 11), а по подигањето на обвинителниот акт, **советот за оцена на обвинителниот акт** (член 336 став 4 и 5). Иницијативата за издвојување на незаконитиот доказ е по службена

должност или по предлог на странките. И во двата случаи се донесува решение за издвојување на доказот, против кое е дозволена посебна жалба по која одлучува повисокиот суд. По правосилноста на решението издвоените докази се чуваат кај судијата на претходната постапка, одвоено од другите списи и не можат да се разгледуваат ниту можат да се користат во постапката. Издвоените записници се затвораат во посебна обвивка и се чуваат кај судијата на претходната постапка.

Постапката за издвојување на доказот како незаконит е идентична и во другите фази на постапката, со тоа што таквото овластување го имаат **судијата поединец** (член 468 вв член 347 од ЗКП) и **претседателот на советот** (член 345 став 3 ; член 347 став 1 точка 1 од ЗКП).

Незаконитиот доказ треба да имплицира неупотребливост во постапката и неможност за заснивање на судската одлука врз истиот. Во спротивно, настанува суштествена повреда на одредбите на кривичната постапка, од апсолутен карактер (член 415 став 1 точка 8 од ЗКП). Ваквата повреда се утврдува во жалбената постапка на која второстепениот суд внимава по службена должност (член 427 став 1 точка 1 од ЗКП). За утврдување на повредата, незаконитиот доказ треба да се тестира со 2 параметра : дека е доказ врз кој според одредбите на овој закон не може да се заснова пресудата и дека освен ако со оглед на другите докази е очигледно дека и без тој доказ би била донесена иста пресуда.

Во постапката по вонреден правен лек (барање за заштита на законитоста или барање за вонредно преиспитување на правосилна пресуда) судот може да ја утврди ваквата суштествена повреда на одредбите на кривичната постапка само доколку обвинетиот и одбраната укажат на истата.

Оцена на доказите како незаконити

Прашањето за оцена и користење на незаконитите докази во судската постапка е комплексно и сложено прашање. Кога се работи за докази прибавени со присилни методи (член 12 став 1), како што е претходно наведено, судот ваквите докази **ex lege, задолжително и без исклучок** ги прогласува за незаконити.

Доказната (не) законитост на доказите прибавени со кршење на слободите и правата утврдени со Уставот на РМ, законот и меѓународните договори се утврдува со судска процена, **ex iudicio**, која се заснова на уважување на две вредности со уставно правно значење, заштита на поединечни темелни човекови права (постулирани како право на одбрана од арбитрерно постапување на државата) и позитивната обврска на државата да обезбеди ефикасен кривичен прогон. Во случај на оцена на доказите како незаконити, а за кои судот смета дека може да се користат во судската постапка и врз нив да се заснова судската одлука, согласно богатата и кредибилна пракса на Европскиот суд за човекови права (ЕСЧП), најчесто доаѓа до „судир“ на ваквите докази со правото на приватност (член 8 ЕКЧП) и правото на фер судење (член 6 ЕКЧП). Во ваквите случаи се

користи тестот на пропорционалност (вагање-Abwägung), мерење, кој со примена на доктрината **margin of appreciation** (маргина на проценка), траба да резултира со крајна одлука дали некое попречување на одредено право согласно домашниот закон, Уставот или Конвенцијата може да биде оправдано. Кај член 8 маргината на проценка варира според околностите, предметот и неговата позадина, а се врши врз основа на два основни сета на околности: 1. дали некое попречување на одредено право е оправдано, неопходно и сразмерно врз основа на јавниот интерес дозволен со став 2 (национална безбедност, јавна безбедност, економска добросостојба на земјата, превенција од нереди или криминал, заштита на здравјето или моралот или заштита на правата и слободите на други) и 2. дали е направено доволно за почитување на позитивните обврски на државата. Кај член 6 се разгледува дали постапката во целина е праведна (со или без незаконитиот доказ).

Прашањето (правилото) за дозволеност на незаконити докази во судската постапка може да се разгледува и од аспект на расветлување на владеењето на правото, но и како поткопување (нарушување) на истото. Ова е „жешко“ прашање за судот и токму заради тоа е потребна голема вештина, знаење и професионалност за да се пристапи кон решавање на истото. Кога е во прашање јавниот интерес и кога се работи за настани поврзани со јавни личности и функционери, институции и поединци, за нивното работење, утврдувањето, откривањето на вистината (за тоа што се случило) се јавува како најголем јавен интерес. Јавноста е секогаш загрижена ако осомничени (виновни) луѓе се слободни во нивното општество (заедница). Но, во исто време јавноста е заинтересирана и за промоција на владеење на правото.

Без разлика дали судот (судијата) ќе донесе одлука за издвојување на незаконитиот доказ или врз основа на таков доказ ќе ја заснова пресудата, нужно е одлуката да биде образложена по однос на ова прашање во рамките на овластувањето за слободна оцена на доказите согласно член 10 од ЗКП и должноста од член 16 од ЗКП.

Пракса на судовите во Република Македонија, на регионалните судови, на Соединетите Американски Држави и на ЕСЧП

Случаи во кои во постапката (не) се употребени технички докази кои се прибавени без судска наредба.

1. Пресуда К. бр 216/16 од 2.2.2016 година на Основен суд Гевгелија (правосилна, потврдена) - нов ЗКП

Со правосилната пресуда тројца обвинети се огласени виновни дека сториле кривично дело Загрозување на сигурноста од член 144 став 1 од КЗ и се осудени на парични казни, на начин што во точно определениот месец и година ја загрозиле сигурноста на приватниот тужител-оштетениот со сериозна закана дека ќе нападат врз неговиот живот на начин што во еден наврат еден од обвинетите од својот мобилен телефон на оштетениот

му испратил СМС порака на неговиот мобилен телефон со заканувачка содржина, а во друг наврат еден од обвинетите преку мобилен телефон – во разговор му се заканил со конкретни зборови, а сите тројца презеле и вербално заканувачки дејствија при непосредните средби со оштетените.

Основните докази врз кои се заснова судската одлука се СМС пораките по мобилен телефон и содржината на телефонскиот разговор по мобилен телефон. Ваквите технички докази не се прибавени со судска наредба, но истите се прифатени како законити (член 250 од ЗКП), дотолку повеќе што обвинетите не ја спореле содржината на истите и начинот на нивното прибавување.

Судот очигледно правилно постапил кога ги прифатил ваквите докази за законити, без разлика што не дал посебно образложение за вакво нешто.

2. Пресуда К бр. 775/13 од 9.5.2016 година на Основен суд Скопје 1 Скопје (укината со Решение на Апелациониот суд Скопје КЖ бр. 898/16 од 19.10.2016 година) - стар ЗКП

Со првостепената пресуда обвинетиот е ослободен од обвинението поради тоа што не се докажало дека го сторил предметното кривично дело – Телесна повреда од член 130 став 1 од КЗ, а имено дека во точно определениот период, обвинетиот како учесник во својство на судија на едно од трите боришта за таеквондо борба, без претходна вербална провокација од оштетените, од зад грб со удари од нога во главата и стомакот физички го нападнал оштетените и му нанел телесни повреди.

Еден од доказите кој бил предложен да се изведе во текот на судењето од страна на оштетените бил технички доказ - ЦД со снимен материјал од настанот но судот ваквиот доказ не го прифатил, а за тоа не дал никакво образложение при донесувањето на одлуката.

Второстепениот суд при укинувањето на првостепената пресуда му дал напатствие на првостепениот суд дека ваквиот доказ треба да го прифати и да го цени во корпусот на другите докази за целосно утврдување на решителните факти и покрај тоа што првостепената одлука се заснова на многубројни други, пред сè вербални докази.

Второстепениот суд очигледно правилно постапил кога го упатил првостепениот суд да го прифати ваквиот технички доказ (ЦД снимка) за законит, иако согласно одредбите на Законот за кривична постапка од 1997 година (претходен ЗКП) според кој се водел овој случај, не постои одредба која регулира дека техничките докази можат да служат како доказ во кривичната постапка.

3. Пресуда К бр. 3574/15 од 26.1.2016 година на ОС Скопје 1, потврдена со пресуда на Апелациониот суд Скопје КЖ бр. 397/16 од 10.5.2016 година - нов ЗКП

Со правосилната пресуда, врз основа на признание на вина, обвинетата е огласена виновна дека сторила кривично дело Запуштање и малтретирање

дете од чл. 201 став 1 од КЗ и осудена на казна затвор од 1 година и 2 месеци, на начин што обвинетата како негователка го малтретирала оштетеното дете од кое кај детето настапила телесна повреда и емоционални проблеми на начин што кога детето не заспивало го удираше со шлаканици по главата и телото, го притискаше по главата, грубо или насилно го нишала, агресивно го фрлала во детскиот релаксатор, изговарала груби, навредливи и несоодветни зборови на возраста на детето, го тегнела за уши, го покривала со облека преку главата.

Еден од главните докази предложен од страна на Јавниот обвинител била снимката направена со техничко средство - камера поставена од страна на таткото на оштетеното дете во домот на детето каде истото било чувано од страна на обвинетата како дадилка. За извршеното снимање на дејствијата на обвинетата, непостоела наредба од страна на судија на претходна постапка. Од оваа причина одбраната уште во фазата на истражната постапка побарала ваквата снимка заедно со сите други докази кои произлегуваат од снимката (плодови на затруено овошје), да бидат третирали како докази прибавени на незаконит начин во смисла на член 12 став 2 од ЗКП и со самото тоа да не можат да се користат во постапката и на нив да не се заснова судската одлука. Одбраната предложила истите да се издвојат и да не претставуваат доказ во понатамошната постапка.

Судијата на претходна постапка, барањето за издвојување на доказите го одбил како неосновано (Решение - КПП бр. 653/15 од 25.9.2015 година). Во жалбента постапка, кривичниот совет на првостепениот суд, го потврдил ваквото решение (Решение – КС бр. 129/15 од 12.11.2015 година).

Со донесувањето на ваквите одлуки, Јавниот обвинител, во понатамошниот тек на постапката, можел и ја употребил како доказ предметната снимка во предложената листа на докази со поднесеното обвинение.

Одлуките на судијата на претходна постапка и на кривичниот совет заслужуваат внимание од аспект на нивното релевантно образложение, корелативно со толкувањето на соодветните одредби на ЗКП и на кредибилната пракса на ЕСЧП. Така, во целост е прифатливо и доволно образложението дека предметната снимка согласно член 250 став 1 од ЗКП (докажување со снимка) може да служи како доказ во кривичната постапка, иако за конкретниот кривично правен настан не е издадена наредба за примена на посебна истражна мерка. За аргументација на ваквиот став судот ја користел околноста што видео материјалот е снимен во приватен стан, сопственост на таткото на оштетеното дете, а камерите биле поставени со цел заштита на приватноста на станот и на оштетеното дете, а не со цел за докажување на кривичното дело. Во овој контекст судот оценил дека не била потребна согласност за вршење на видео надзор, ниту пак известување поставено на видно место дека станот е под видео надзор. Крајно, мемориската картичка од камерите е доброволно предадена од таткото на оштетеното дете.

Од друга страна судот дал образложение и зошто не ги прифаќа наводите на одбраната дека обвинетата имала заснован работен однос со родителите на оштетеното дете, како негователка на детето, во која смисла домот на детето претставува работен простор на обвинетата, па од овој аспект снимањето не било направено во приватен стан, туку во работен простор за што требала да биде запознаена обвинетата која на овој начин била неовластено снимана. Имено судот аргументирал дека на обвинетата ѝ бил познат фактот дека предметниот стан во кој го чувала оштетеното дете е приватен имот на родителите на детето во кој истите домуваат, со што истата се согласила на секојдневниот начин на живеење и домување во него. Особено релевантна е аргументацијата дека оштетеното дете – жртва било на возраст од 10 месеци, што е објективна причина истото да не може да биде сведок и да го објасни настанот, а од друга страна Законот за заштита на децата му овозможува посебна заштита. Овие околности на судот му дале за право да заклучи дека интересот за заштита на децата се поставува на највисоко рамниште во однос на останатите утврдени интереси.

Крајно, судот аргументирано образложил и зошто во конкретниот случај не била определена посебна истражна мерка (не биле исполнети законските услови за определување на посебна истражна мерка согласно член 253 од ЗКП).

Со оглед да ваквата пресуда е донесена врз основа на признание на вина од страна на обвинетата, освен докази кои се однесуваат на кривичната санкција, други докази за утврдување на фактичката состојба, на главната расправа не се изведувани (член 381 став 3 од ЗКП), подразбирајќи дека признание на вина ја акцептира фактичката состојба како неспорна.

4. Пресуда КОК бр. 23/08 од 12.6.2008 година на Основен суд Скопје 1 Скопје (правосилна- потврдена) - стар ЗКП

Со правосилната пресуда, четворица обвинети се огласени виновни дека сториле кривично дело Изнуда по член 258 став 2 в.в. со став 1, в.в. член 45 од КЗ, а едниот обвинет в.в. член 24 и осудени на казни затвор во траење од 2 години и шест месеци до 5 години и шест месеци, а на едниот обвинет му е изречена условна осуда, на начин што подолг временски период од три години, во состав на група со намера за себе да прибават противправна имотна корист, со употреба на сила и сериозна закана дека ќе го лишат од живот оштетениот, ја присиле неговата мајка на штета на својот имот да им даде пари и тоа во вкупен износ од 15.201 евро и 820 американски долари, јавувајќи се на мајката на оштетениот телефонски и со СМС пораки.

Помеѓу другите докази кои биле прифатени (неприфатени) и изведени (неизведени) на судењето (главен претрес) биле и повеќе писмени докази-службени белешки од МВР и записник за извршено отварање на СИМ-мобилна картичка. По однос на ваквите докази, судот различно се произнел и тоа едниите писмени докази не ги прифатил, а другите ги прифатил.

- Судот не ги прифатил како докази службените белешки на МВР

прибавени согласно законските овластувања на овој орган и оценил дека истите не можат да се користат како доказ во кривичната постапка затоа што се работи за службени белешки составени врз основа на изјава на обвинетите лица во истата постапка. Ова судот го направил согласно овластувањето од член 295 став 3 в.в. член 144 и в.в. член 80 од ЗКП (стар ЗКП), што сега согласно новиот ЗКП одговара на правната ситуација предвидена во член 347 став 1 точка 1.

- Исто така судот како доказ кој не може да се користи во кривичната постапка го оценил и записникот за извршено отварање и пребарување во телефонска мобилна картичка изготвен од МВР од причина што истиот е составен од страна на службени лица на МВР.

- Докази кои судот ги оценил за законити и кои може да се користат во кривичната постапка биле службените белешки изготвени од МВР, но со содржина согласно телефонските јавувања на оштетениот, согласно пријавувањето на настани од страна на оштетениот во надлежна полициска станица и согласно усните предупредувања од овластените службени лица упатени кон обвинетите, што впрочем и не било спорно помеѓу странките. Исто така судот, ја прифатил како законит доказ и пријавата поднесена од оштетената, рачно напишана, а која подоцна во текот на кривичната постапка ја потврдила.

- Како законит доказ, судот ја прифатил содржината на телефонската мобилна картичка-СМС пораки, кои ѝ биле праќани на оштетената од страна на обвинетите. Овој доказ судот го извел на судењето, на начин што ја отворил и прочитал содржината на картичката во присуство и без приговор на странките, а која комуникација и не била оспорена од страна на обвинетите.

Судот очигледно правилно постапил кога ги прифатил некои од доказите за законити, а некои за незаконити, давајќи соодветно и релевантно образложение, а во контекст на сите други докази и целината на постапката.

5. Решение К бр. 1904/16 од 16.12.2016 година на Основен суд Скопје 1 Скопје (се уште неправосилно) - нов ЗКП

Со предметното решение, првостепениот суд, преку судијата поединец, согласно член 468 в.в. член 347 став 2, в.в. член 12 став 2 и в.в. член 93 од ЗКП, ги издвоил од списите на предметот писмените-технички докази-принт скринови со ЦД НСК, како докази прибавени на со закон забранет начин на прибавување на докази. Воедно, одлучено е по правосилноста на решението издвоените докази да се чуваат кај судија на претходна постапка одвоена од другите списи при што не може да се разгледуваат, ниту да се користат во постапката.

Ваквите докази биле предложени во листата на докази од страна на Јавниот обвинител (во случајот Јавниот обвинител од Јавното обвинителство за гонење на кривични дела поврзани и кои произлегуваат од содржината на незаконското следење на комуникациите-СЈО), а одбраната предложила

ваквите докази да се издвојат како докази стекнати на незаконит начин.

Судот врз основа на аргументацијата на странките оценил дека ваквите докази се незаконити од причина што предметната телефонска комуникација е стекната со незаконско следење на комуникациите, во смисла на одредбите од ЗКП, особено имајќи предвид дека ваквото следење на комуникациите не е во согласност со уставот, законите и меѓународно ратификуваните договори, дека со истото се навлегува во приватноста на човекот како основно човеково право загарантирано и со ЕКЧП, па од страна на јавната власт не смее да постои никакво мешање при остварувањето на ова право, освен во согласност со законот и доколку е тоа потребно за заштита на националната безбедност, јавната сигурност или економската благосостојба во земјата за спречување на немири или извршување на кривично дело, за заштита на здравјето и моралот или за заштита на правата и слободите на другите. Дополнителна аргументација на судот е дека судската пракса е спротивна на она што го тврди Јавниот обвинител дека доказот е произлезен од масовно прислушување на огромен број на граѓани на РМ, како и тоа дека предметниот аудио запис е веќе издвоен со правосилно решение на истиот суд КП бр. 625/15 од 27.8.2015 година.

Во својата аргументација судот навистина се потрудил да ги употреби домашните и меѓународните стандарди за утврдување на природата на доказот, а имено дали тој е законит или не, но исклучиво од формален аспект. При тоа го користел тестот на пропорционалност, но навел само општи фрази околу остварувањето на правото на приватност по член 8 од ЕКЧП и предвиденоста на ова право во уставот и законот на РМ, а од друга страна рестриktivно гледајќи на начинот на прибавувањето на предметниот технички доказ-аудио запис и важноста и степенот на јавниот интерес, особено имајќи ја во предвид содржината на предметната комуникација. Имено, судот не дал релевантна оправданост за својата оценка дека правото на приватност на осомничените преовладува над обврската да го примени ваквиот доказ за целите на казниот прогон. Понатаму судот воопшто не се занимавал со прашањето на прибавувањето на предметниот доказ, ниту пак со прашањето за примена на Законот за јавно обвинителство за гонење на кривични дела, поврзани и кои произлегуваат од содржината на незаконското следење на комуникациите (Сл. весник на РМ бр. 159/2015 од 15.9.2015 година). Се чини дека во експлозијата на „аферата за незаконски прислушукуваните разговори и нејзината експанзија предизвикана од содржината на разговорите, јавниот интерес за вистината се издигна над секое и сечие право на приватност.“ Само со ваков пристап судот можел да донесе релевантна и кредибилна одлука при решавањето на прашањето дали предметниот доказ е незаконит и не може да се употреби во постапката или дали е незаконит, но може да се употреби како доказ во конкретната кривична постапка (правно важечките одлуки задолжително треба да имаат соодветно образложение, види одлука на Врховен суд на Република Хрватска ИКЖ 383/2015-4 од 3.11.2015 година).

На крај останува дилемата, зошто судот повторно го издвоил овој доказ како незаконит, ако веќе истиот претходно со правосилна одлука на истиот суд е издвоен како незаконит?! (правосилното издвојување на еден доказ како незаконит значи дека истиот понатаму не може да се разгледува, ниту да се користи во постапката). Најверојатно, одговорот е во анализата на одлуката КПП бр. 625/15-10 од 27.8.2015 година на Основен суд Скопје 1 Скопје.

6. Решение КПП бр. 625/15-10 од 27.8.2015 година на Основен суд Скопје 1 Скопје, потврдено со решение на кривичниот совет на Основен суд Скопје 1 Скопје КС бр. 127/15 од 4.11.2015 година

Со предметното решение, судијата на претходна постапка го издвоил како доказ прибавен на незаконит начин, аудио записот и транскриптиот од разговори помеѓу две лица (актуелни политичари на една политичка партија со министерско и премиерско овластување) за одреден временски период, ценејќи дека во конкретниот случај не постоел предлог за издавање на посебна истражна мерка, ниту пак наредба за следење на комуникациите, донесена од страна на судија на претходна постапка, на кој начин е постапено спротивно на законот за следење на комуникации и ЗКП. Ваквата одлука е донесена во фаза на предистражна постапка, по барање на одбраната на осомничените. Инаку, во конкретниот предмет овластен јавен обвинител било Основното јавно обвинителство Скопје, кој ги добил овие докази на начин што му биле доставени од страна на една политичка партија во Република Македонија.

Кривичниот совет на Основниот суд Скопје 1 Скопје, одлучувајќи по жалбите на ОЈО Скопје, го потврдил решението на судијата на претходна постапка, исто како и сите други решенија донесени во истиот ден - 27.8.2015 година, но за различни аудиозаписи и различни транскрипти од разговори помеѓу истите или други лица. При тоа суштински причини за ваквата одлука се дека во конкретниот случај станува збор за прислушување на огромен број на граѓани, кој број не е занемарлив и може да допринесе до нарушување на владеењето на правото, а со тоа и последици за безбедносниот систем и функционирањето на државните институции. Од друга страна, судот оценил дека најпрво одлуката треба да биде донесена врз основа на уставот и законите на РМ кои се усогласени со ЕКЧП, а дури потоа доколку праксата на ЕСЧП е соодветна и применлива, да најде примена и во домашната пракса. Крајно, судот заклучува дека при вакви факти ниту ЕКЧП во пракса не би дозволила одредено неправо да се докажува со неправо, особено имајќи го предвид размерот на ваквото прекршување на загарантираните човекови права и слободи. Со ваквото образложение судот само општо и формално ги навел причините за својата одлука и ништо не кажал во врска со принципот на пропорционалност, оправданост и сразмерност. Повикувајќи се на праксата на ЕСЧП, судот требал да наведе дел од праксата, како таа е имплементирана во конкретните одлуки

и дали може да се аплицира во овој случај, очигледно пренебрегнувајќи дека праксата на ЕСЧП е задолжителна-уставен постулат и има влијание *erga omnes*. Слободно може да се оцени дека образложението на судот нема соодветни, издржани и прифатливи причини. Судот задолжително требал да се повика на кредибилната пракса на судот во Стразбур требал да ги има во предвид многубројните релевантни одлуки кои можеле да најдат примена во овој случај (Клас и други v. Германија – 1978 г.-став 50, серија А, бр. 28 прслушување; Узун v. Германија, бр. 35623/05 од 2.9.2010 г. ; Кан v. Обединетото Кралство А 35394/97, пресуда од 4.10.2000 г.- однос на законитоста и правдата, еднаквост на луѓето; Роман Захаров v. Русија- А. 47143/06, пресуда 4.12.2015 г. - масовно прслушување; Ибрахим v. Обединетото Кралство; Шенк v. Швајцарија – А 10862/84, пресуда од 12.7.1988 г. - прифатливост на докази прибавени на незаконит начин; Гавгин v. Германија- А. 2978/05; Алкаваца и други v. Обединетото Кралство; Малоне v. Обединетото Кралство- А. 8691/79, пресуда од 2.8.1984 г.; Калненаине v Белгија – незаконите претрес на дом; Инцел v. Турција- јавен интерес за политичарите во однос на приватноста; Пападакис v. РМ-заштитен сведок; Дончев и Бугров v. РМ-заштитен сведок). Секако дека можел да се „посоветува“ и со праксата на судовите од Соединетите Американски Држави (Lopez v. US 373 U.S 427 од 1963 година), а и со праксата на регионалните судови (на пример Врховниот суд на Република Хрватска-VSRH, I Kz-Us 6/14 од 21 јануари 2014, одлука со која се прифатени како законити доказите прибавени со снимен разговор без судски налог, без знаење и согласност на обвинетиот, а ова особено имајќи го во предвид интересот на целото хрватско општество и превенцијата од таканаречената „трговија со мандати“, кои оправдуваат, постапувањето на обвинетиот да биде оценето како тешко кривично дело кај кое интересот на кривичниот прогон и казнувањето на сторителот претежнува над повредата на неговите права-правото на приватност).

Одлуката за ваков сензибилен случај и тоа како треба да содржи релевантно и кредибилно образложение во кое зависно од определбата ќе се наведе кои и како се применети највисоките меѓународни стандарди за оценка на (не)прифаќањето на доказите произлезени од прслушканите разговори, а потоа, доколку е тоа потребно и секако за оправданоста на попречувањето на одредено уставно загарантирано човеково право и неопходноста и сразмерноста на попречувањето во однос на јавниот интерес.

7. Пресуда на Апелациониот суд Скопје КОК Ж – 35/15 од 26.9.2016 година

Во оваа пресуда на Апелациониот суд Скопје, со која пресудата на Основниот суд Скопје 1 Скопје КОК бр. 107/13 од 6.10.2014 година е преиначена во делот на одлуката за казната, а и во делот на досуденото имотноправно барање (по службена должност), судот аргументирал во врска

со жалбените наводи на одбраната дека пресудата на првостепениот суд се заснова врз доказ врз кој според одредбите на ЗКП не може да се заснова, имено аудио снимки и транскрипти од разговори помеѓу обвинетите и тоа од страна на првообвинетиот кој не им кажал на другите обвинетите дека го снима нивниот меѓусебен разговор. Одговорот на второстепениот суд е дека во конкретниот случај предметните докази – аудио снимки не се прибавени на незаконит начин бидејќи начинот на прибавувањето на ваквите докази се однесува исклучиво на органите кои учествуваат во постапката, а аудио снимките се прибавени со примена на посебни истражни мерки – увид и пребарување во компјутерски систем, одземање на компјутерски систем или дел од него или базата за складирање на компјутерски податоци, кои мерки се издадени согласно одредбите од ЗКП што ги прави овие докази прибавени на законит начин. Крајно, аргументацијата се сведува на тоа дека треба да се прави разлика помеѓу начинот на создавањето на доказите и начинот на нивното прибавување. Во оваа смисла, законитоста на начинот на кој еден од обвинетите ги создал доказите со неовластено снимање на разговорите со неговите соговорници – другите обвинети, судот смета дека воопшто не ја доведува во прашање законитоста на истите бидејќи тие се прибавени на законит начин, како што е претходно наведено.

Аргументацијата на судот по однос на законитоста на предметните докази – аудио снимки и транскрипти е доволна и релевантна, особено во делот каде се прави разлика помеѓу создавањето и прибавувањето на доказите.

8. Пресуда КВП бр. 97/2010 од 7.7.2010 година на Врховниот суд на Република Македонија

Со оваа пресуда укинати се пресудите на Основниот суд Скопје 1 Скопје КОК бр. 29/08 од 19.12.2008 година и на Апелациониот суд Скопје КЖ бр. 748/09 од 23.6.2009 година и предметот е вратен на првостепениот суд на повторно разгледување и одлучување од причина што пресудите на пониските судови се засновале на докази врз основа на кои според одредбите на ЗКП не може да се заснова пресуда, а имено ДВД снимките, записниците и извештаите од спроведените посебни истражни мерки, фото-албумите и другите материјални докази кои биле обезбедени и прибавени со посебните истражни мерки, биле незаконити и како такви требало да се издвојат од списите на предметот (ПИМ била издадена и спроведена за едно кривично дело, а во постапката употребена за осуда на обвинетите за друго кривично дело за кое во предметниот кривичен период по закон не можела да биде издадена).

Поврзана со оваа пресуда е и пресудата на Врховниот суд на РМ КВП КОК1 бр. 3/2013 од 8.4.2014 година, со која исто така се укинати пресудите на пониските судови-КОК бр. 41/10 од 24.2.2012 година на Основниот суд Скопје 1 Скопје и КОКЖ бр. 39/12 од 24.10.2012 година на Апелациониот суд Скопје и предметот е вратен на повторно судење пред наполно изменет

совет на првостепениот суд, од причина што при повторното постапување по предметот КОК бр. 29/08 (види погоренаведената одлука – заведено со нов број КОК 41/10), првостепениот суд својата одлука ја засновал врз докази кои произлегуваат од незаконити докази (плодови на отровна овошка).

9. Пресуда К33-25/2013 од 10.12.2013 година на Врховниот суд на Република Македонија - стар ЗКП

Со предметната одлука Врховниот суд оценил дека пониските судови правилно постапиле кога записникот за сослушување на оштетената во текот на кое е извршено и препознавање на лица (обвинетиот) го издвоиле од списите на предметот како доказ прибавен на незаконит начин, поради отсуство на бранитеолот на обвинетиот при преземањето на наведените дејствија.

10. Решение К - 232/16 од 11.5.2016 година на Основен суд Куманово (правосилно, потврдено – нов ЗКП)

Со предметното решение, по предлог на одбраната, доказите предложени од јавниот обвинител – испитување на сведоци, се одбиени како незаконити докази.

Предложените сведоци претходно биле сообвинети лица заедно со сега обвинетиот против кој постапката сè уште е во тек, па затоа јавниот обвинител истите ги предложил како сведоци во оваа постапка. Имено, во претходно започната постапка предложените сведоци согласно член 381 од ЗКП дале признание за вина и затоа против нив кривичната постапка веднаш завршила со изрекување на кривична санкција, а постапката продолжила само против обвинетото лице кое не дало признание на вина. Бидејќи јавниот обвинител не предложил како доказ против сега обвинетиот да се изведат записниците од одржаните главни расправи на кои другите двајца обвинети признале вина, судот смета дека предлогот на одбраната да не се прифатат како законити докази сведочењата на другите двајца обвинети, сега предложени како сведоци, е неоснован и затоа бил одбиен.

11. Решение на Основниот суд Куманово со кое од списите на предметот е издвоен записник на сослушување на сведок, составен пред истражен судија на Основен суд Куманово (стар ЗКП)

На главниот претрес како сведок било повикано и пристапило лице кое било брат на обвинетиот и притоа изјавил дека се користи со правото да не сведочи согласно чл. 239 од ЗКП. Со оглед да овој сведок дал свој исказ во истражната постапка, а земајќи ја во предвид неговата изјава на главниот претрес дека не сака да сведочи, судот неговиот исказ даден на записник пред истражен судија го издвоил како доказ кој не може да се користи во кривичната постапка, а согласно чл. 351 ст. 4 од ЗКП.

12. Решение на Основен суд Куманово од 13.2.2017 година, со кое е одбиен предлогот на одбраната за издвојување како незаконити прибавени докази – анализа на дрога од МВР Скопје и две кесички со наркотична дрога, согласно чл. 93 од ЗКП, од причина што со вештачењето – анализа не раководел јавниот обвинител како што е предвидено по законот. Имено, судот оценил и образложил дека одбраната погрешно ја толкува законската одредба за присуство на јавниот обвинител на вештачењето, особено имајќи предвид дека вештачењето го вршело специјализирана установа, во кој случај јавниот обвинител не присуствува на истото.

13. Решение на Апелациониот суд Битола КЖ – 740/15 од 12.1.2016 година

Со предметното решение второстепениот суд ја укинал пресудата на првостепениот суд – Основен суд Битола К бр. 634/15 од 7.10.2015 година и предметот го вратил на повторно судење, укажувајќи му на првостепениот суд дека започнатите постапки пред почетокот на примената на новиот ЗКП – 1.12.2013 година, согласно преодните и завршни одредби на новиот ЗКП, ќе се завршат согласно законот според кој се започнати, што е во контекст и на судската пракса – пресудата на Врховниот суд на РМ К33 бр. 11/2014 од 5.3.2014 година. Во овој контекст, одлуката на првостепениот суд била заснована на незаконити докази, докази кои биле прибрани согласно правилата на стариот (претходен) ЗКП.

14. Решение на Апелациониот суд Битола КЖ – 93/16 од 13.9.2016 година - нов ЗКП

Со предметната одлука второстепениот суд ја укинал одлуката на првостепениот суд – Основниот суд Битола Кбр. 811/15 од 19.12.2015 година и предметот го вратил на повторно судење од причина што пресудата се засновала на доказ врз кој не може да се заснива судска одлука, а имено доказот – сослушување на сведок е прибран на незаконит начин, со погрешен начин на испитување на сведокот (повреда од чл. 415 ст. 1 точка 8 од ЗКП).

15. Решение на Апелациониот суд Битола КЖ – 143/15 од 6.5.2015 година - нов ЗКП

Со предметната одлука второстепениот суд ја укинал одлуката на првостепениот суд – Основниот суд Битола Кбр. 210/14 од 18.12.2014 година и предметот го вратил на повторно судење од причина што пресудата се засновала на докази врз кои не може да се заснива судска одлука, а имено дел од доказите изведени на главната расправа биле прибавени на незаконит начин – судот извел доказ со читање на сообраќајно вештачење за кое претходно судот не издал писмена наредба, што е спротивно на чл. 236 ст. 3 од ЗКП (повреда од чл. 415 ст. 1 точка 8 од ЗКП).

16. Решение на Апелациониот суд Битола КЖ – 612/15 од 13.1.2016 година - нов ЗКП

Со предметната одлука второстепениот суд ја укинал одлуката на првостепениот суд - Основниот суд Прилеп Кбр. 366/14 од 26.2.2015 година и предметот го вратил на повторно судење од причина што пресудата се засновала на докази врз кои не може да се заснива судска одлука, а имено дел од доказите изведени на главната расправа биле прибавени на незаконит начин - судот извел докази кои биле во фотокопија, што е спротивно на чл. 392 од ЗКП (повреда од чл. 415 ст. 1 точка 8 од ЗКП).

Во врска со прифаќање на докази во фотокопија види и одлука на ВСРМ КЗЗ бр. 38/2011 од 6.7.2011 година (прифатен е како законит доказ во заверена фотокопија).

17. Пресуда на ВСРМ КЗЗ 31/2009 од 1.7.2009 година – стар ЗКП

Со оваа одлука не се прифатени како законити докази изјавите дадени при сослушување на службени лица од МВР како сведоци по однос на признанието на обвинетиот дадено во предистражната постапка во полициска станица.

18. Одлуки на Врховен суд на Република Хрватска во врска со законитост на доказите (тајно снимање на соговорници, вагање на незаконити докази, снимки од надзор)

-ВСРХ, КЗЗ 38/11 од 14.11.2013 година; ВСРХ, I КЖ-УС 31/12 од 25.9.2012 година, ВСРХ, I КЖ-УС 6/14 од 21.1.2014 година

19. Случај Хајрулаху v. Р. Македонија, жалба бр. 37537/ 07, пресуда од 29.10.2015 г. (член 12 став 1 од ЗКП)

Во конкретниот случај пресудите на домашните судови се темелеле, меѓу другите докази и на признание од страна на обвинетиот под принуда (полицијата го тепала и заплашувала да признае пред истражниот судија). Обвинетиот два пати барал да биде сослушан пред истражниот судија, а при второто сослушување ги покажал повредите кои му биле нанесени од полицијата, а кои судот ги регистрирал во записникот од сослушувањето (постапката се водела за кривично дело тероризам). Судскиот совет на првостепениот суд сето ова го зел во предвид, но истото не го прифатил. Повисоките судови (Апелациониот и Врховниот) ги потврдиле наоѓањата на првостепениот суд со одговор на наводите на одбраната дека не биле сторени посочените повреди бидејќи имало и други докази.

ЕСЧП, во својата одлука потсетува дека употребата на докази добиени спротивно на член 3 од ЕКЧП, во кривичната постапка покренува сериозни прашања за правичноста на постапката. Судот (ЕСЧП) утврдил во поглед на признанијата дека прифаќањето на изјави добиени како резултат на мачење, како доказ за утврдување на релевантни факти во кривичната постапка, ја прави постапката неправична во целина. Овој наод се применува без оглед

на доказната вредност на изјавите и независно од тоа дали нивната употреба била пресудна во обезбедување осуда на обвинетиот (*Gäfgen v. Germania*). Било кој друг заклучок само би послужил индиректно да се озакони морално неоправданото однесување кое креаторите на член 3 од Конвенцијата сакале да го забранат. Во него се истакнува дека член 15 од Конвенцијата на ОН против тортура и друго сурово, нечовечно или понижувачко постапување или казнување предвидува дека нема да се користат изјавите за кои е утврдено дека се дадени како резултат на тортурата како доказ во постапката против жртвата на тортурата (чл. 12 ст. 1 од ЗКП). Во контекст на член 3 од ЕКЧП, а поврзано со член 12 став 1 од ЗКП, ексклузијата на доказот прибавен со самообвинување е задолжителна (незаконит доказ и по меѓународното право).

Заклучок и порака

Од наведената пракса на судовите во Република Македонија произлегува дека законитоста на доказите во кривичната постапка судовите (судиите) ја разгледуваат пред сè од аспект на повредите на процедуралните правила за обезбедување и изведување на доказите. Во овој контекст не е спорно дека за оценка на незаконитоста на доказите не е потребно да се применуваат други стандарди освен оние кои ги предвидува законот за кривичната постапка.

Предизвикот за оценување на доказите како (не) законити (прифатливи или не) се јавува во случаите во кои треба да се оцени дали со доказите (начинот на прибавувањето или употребата) се повредува (ограничува), или не, некое поединечно уставно или конвенциско загарантирано право (најчесто член 3- „автоматска3 неприфатливост; 6 и 8 од ЕКЧП), дали повредата на правото е во согласност со законот, дали истата е неопходна и пропорционална (член 8 од ЕКЧП), а доколку (не) се прифатат ваквите докази да се оцени ефектот од (не) прифаќањето и врз правичноста на судската постапка (член 6 од ЕКЧП – незаконитоста на доказите не води по автоматизам до повреда на правото на правично судење). Ваквите примери во судската пракса се очигледно раритетни и бараат посебен пристап со целосно почитување на изразените ставови на Европскиот суд за човекови права во Стразбур во своите одлуки кои имаат влијание *erga omnes*. Всушност, апликацијата на праксата на ЕСЧП значи примена на смисолот и практичниот ефект на изразените ставови, а не примена на зборовите и фразите на одлуките. Ова, дотолку повеќе што, праксата на судот во Стразбур се создава со динамична и еволутивна интерпретација на гаранциите и стандардите на Европската конвенција за човекови права (жив инструмент) согласно современите случувања, што е еталон за примена и во домашната судска пракса.

Нормативната строгост на правилата за неприфаќање на незаконитите докази во судската постапка (член 12 став 2 од ЗКП), не кореспондира со стандардите на Европската конвенција за човекови права, но пред сè и

со стандардите на Уставот на Република Македонија. Формалистичкиот пристап на *a priori* неприфаќање на незаконитите докази како докази кои можат да се користат и врз нив да се заснова судската одлука, им го одзема суштинското разбирање и примена на одредбите од ЗКП. Ваквиот пристап е еклектички и правно неефикасен и го загрозува обезбедувањето на општиот - јавен интерес, кој неретко може да биде многу поважен од интересот за заштита на нечие поединечно право или слобода.

Ова особено се акцентира поради динамичните и секојдневни случувања и промени во сите полиња на општествената сцена (политичко, економско, правно, социјално), како на домашен така и на европски и светски план. Сведоци сме дека на теренот на политичките случувања, со практикување на недемократски концепти се воспоставуваат (воспоставија) одредени нови правни и општествени состојби со дисторзирани и намалени стандарди и вредности кои имаат рефлексија и во кривично правната област. Така, при апликација на кривичното процесно право, одредбите од ЗКП се разбираат и применуваат површно и формалистички и различно од досега воспоставената судска пракса на домашните судови и на Европскиот суд за човекови права. Со тоа се осиромашува духот на законот (ЗКП), а воедно се заканува да го наруши, па и девастира законскиот и уставен постулат на владеењето на правото и да го покори општеството во корист на одредена група на поединци (политичари, бизнисмени, јавни функционери итн).

Затоа, час поскоро, ако не и веднаш, потребно е да се унапреди **правната култура на судините** за продлабочено и суштинско разбирање и примена на одредбите од законот за кривичната постапка со динамично толкување на највисоките светски стандарди и стандардите на Европската конвенција за човекови права, изразени преку одлуките на Европскиот суд за човекови права што ќе имплицира **аргументирано и релевантно образложена судска одлука со епитет на кредибилност.**

Lidija Nedelkova⁷

THE ROLE OF THE JUDGE IN THE EVALUATION OF THE PERMISSABILITY OF THE EVIDENCE

1.04 Professional Article
UDK 347.962:343.14:340.131 (497.7)

Abstract

When we talk about the proceedings before the courts and the adoption of court decisions, it is inevitably always to start from the Constitution and its postulates which guarantee the independence and independence of the judiciary, the manner of work and the bases upon which court decisions are made. The importance of the Constitution is that it incorporates the essential principles of the functioning of the state and its institutions in the practice and protection of human rights and freedoms. In this context, the Constitution is a comprehensively balanced legal basis that guarantees one's rights and freedoms on the one hand, and on the other hand allows certain rights and freedoms to be restricted when the person abuses and does not respect the rights of others.

Key words: judge, evidence, assessment of permissibility.

⁷ Judge of the Supreme Court of the Republic of Macedonia

