

д-р Јован Јовчески<sup>1</sup>

ПАРАДИГМАТА НА НЕЗАКОНИТИТЕ ДОКАЗИ И  
ПЛОДОВИТЕ НА ОТРОВНОТО ДРВО

ПРИМЕНАТА НА ПОСЕБНИТЕ ИСТРАЖНИ МЕРКИ И  
НЕДОЗВОЛЕНИТЕ ДОКАЗИ

1.02 Прегледна научна статија  
УДК 343.132:343.137 ]: 340.131 (100)

**Апстракт**

*Тенденцијата за јакнење на ефикасноста на кривичниот прогон без никакви ограничувања води кон создавање на тоталитаристичко општество наспроти тоа, екстремното сфаќање за безгранична слобода на индивидуалните права и слободи пак, води кон ултралибералистичкиот концепт на слобода. Современиот концепт на демократската правна држава ги исклучува и двете екстремни тенденции и претставува баланс помеѓу двата спротивставени антипода.*

**Клучни зборови:** истражни мерки, индивидуални права, правна држава.

**ВОВЕД**

Прашањето за „дозволеноста на незаконските докази“, или поточно, постоењето на доказни правила (или доказни забрани), својствени за прецедентното право, во кривичната постапка, неминовно, го тангира вечно актуелниот проблем за балансот и рамнотежа помеѓу двата секогаш спротивставени концепти:

- Првиот, да оствари ефикасна заштита на законски прокламираните вредности и добра од разните облици на криминалитет и
- Вториот, при остварувањето на првичната цел, да ги заштити индивидуалните права и слободи од прекумерна повреда и да овозможи непречен демократски живот во согласност со концептот на правната држава.

Тенденцијата за јакнење на ефикасноста на кривичниот прогон без никакви ограничувања води кон создавање на тоталитаристичко општество наспроти тоа, екстремното сфаќање за безгранична слобода на индивидуалните права и слободи пак, води кон ултралибералистичкиот концепт на слобода. Современиот концепт на демократската правна држава ги исклучува и двете екстремни тенденции и претставува баланс

<sup>1</sup> Универзитетски професор

помеѓу двата спротивставени антипода. Грижата за рамнотежата помеѓу ефикасноста на кривичното право и почитувањето на човековите права од поодамна не претставува само внатрешен проблем на државата. Цивилизациониот развиток, проследен со нужниот процес на интеграција и унификација, создаде низа меѓународни инструменти преку што се остварува меѓународно влијание врз домашното законодавство во насока на обезбедување минимум заштита на човековите права и слободи, при реализацијата на казнено-правната заштита спроведена од органите за законска присилба.

Доказните забрани, или постоењето на доказни правила во казненото право е карактеристика на прецедентното право со владеачки принцип на формална вистина, со постоење на класична лаичка порота (одговорна за прашањето на вина на обвинетиот) и обвинителска истрага, во која судот е во „покомотна состојба“ во однос на потрагата по вистината при решавањето на кривичниот спор, фокусирајќи се главно на правните аспекти при водењето на судската постапка и правораздавањето. Наспроти тоа, во класичната (статутарна) континентална казнена постапка, со владеачки принцип на материјална вистина и судска истрага, судот имаше активна улога, не само во судската постапка, туку во текот на целата постапка, заради што постоењето на било какви доказни правила или забрани, се третираа како ограничување на фундаменталната цел во казнената постапка – утврдување на материјалната вистина. Со доказните правила, всушност, се поткопуваа и принципите на еднаквост и непосредност во постапката (доказите се еднакви и сите треба да се изведат непосредно пред судот) и на крајот се загрозуваше и принципот на слободно судско убедување. Измените во континентална казнена постапка (во последниве неколку децени), а кои се состојат во насока на враќање на исконскиот облик на акузаторна постапка (воведувањето на обвинителската истрага, уважувањето на принципот на формална вистина) неминовно ја „воскресна“ потребата од воспоставување на доказни правила, а со тоа и развивање на доказното право.

### ДОКАЗНИТЕ ПРАВИЛА ВО ПРАВНИОТ СИСТЕМ НА САД

Доказните правила во американското прецедентно право се препознаваат во правниот институтот - Exclusionary rule (Исклучувачки правила) кои беа постулирани во 1914 година, во судската практика на Врховниот суд на САД<sup>2</sup>, а чија смисла, во симплифицирана форма, се состои во тоа дека - доказите добиени при истрагите и доказите добиени со пленување предмети при претрес, спроведени без почитување на правните гаранции што ги бара IV Амандман<sup>3</sup>, мора да се исклучат од листата на докази.

<sup>2</sup> Weeks v. United States, 232 U.S. 383, 34 S. Ct. 341, 58 L. Ed. 652 (1914).

<sup>3</sup> IV Амандман на Уставот на САД гласи: „Правото на граѓаните на безбедност на личност, на неповредливост на станот и на хартиите од вредност, на заштита од неправедно претресување

Појавата на овие доказни правила, претставуваше институционален правен одговор на честите злоупотреби на органите за законска присилба, што се состоеа во повреди на правата на осомничените во текот на испитувањето, изнудување на признание, прибавување други докази на незаконски начин, вршење на незаконски претрес, или незаконско одземање на предмети и ствари и други пречекорувања во текот на полициските истраги. Основна цел, на овие доказни забрани е законско дисциплинирање на органите за законска присилба и на истите да им се наметне („навиката“) и потребата од придржување кон процесните правила, што се нормативно поставени во IV Амандман на Уставот на САД бидејќи во спротивно, прибраните докази нема да имаат судска вредност.

Правната доктрина со метафорична смисла - „Плодови од отровно дрво“ („Fruits of poisonous tree“)<sup>4</sup>, е воспоставена во судската практика на Врховниот суд на САД во случајот *Silverthorne Lumber Co. v. United States* во 1920 година и претставува доказно правило, природно продолжување на претходно донесените Exclusionary rule, а чија цел е проширување на опсегот на докази што треба да се исклучат, заради тоа што, истите произлегле од докази кои биле добиени на незаконски начин. Имено, доказните правила од 1914 година, се однесувале на директните докази (изјави, признајќија, материјални докази итн.) кои биле прибавени на незаконски начин, односно, со повреда на процесните правила, додека, новото доказно правило - „Плодови од отровно дрво“, ги опфаќа доказите (изведени или дериватни) што произлегуваат од нелегално добиените докази. Токму, овие изведени докази се нарекуваат „плодови од отровното дрво“ (*fruits of the poisonous tree*), алудирајќи метафорично дека „од отровно дрво, не може да произлезе ништо друго, освен отровни плодови“, заради што, истите, неминовно треба да ја следат правната судбина на оние (докази) од каде потекнуваат, односно, истите, неминовно треба да бидат исклучени од листата на докази<sup>5</sup>.

Во натамошната правна доградба на ова доказно правило, воспоставени се неколку (4-ри) исклучоци бидејќи со ригорозното придржување кон ова правило, постои можноста државата да се појави како соучесник (помагач) по сторено кривично дело. Имено, овие исклучоци не ја дерогираат правно употребната вредност на ова доказно правило и не престапуваат правна манипулација, туку прагматично правно решение за случаите кога

и заплена, не смее да биде повредено. Наредбите за претресување на домот и лицата се дозволени само во случај на оправдано сомневање поткрепено со заклетва или со свечана изјава и мораат да содржат точно назначување на местото и лицата што треба да се претресат, односно на стварите што треба да се заплена“ (The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects against unreasonable searches and seizures shall not be violated, and no warrants shall issue but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched and the persons or things to be seized.)

<sup>4</sup> Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385, 40 S. Ct. 182, 64 L. Ed. 319 (1920).

<sup>5</sup> Во 1966 година во случајот *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 479 (1966) воспоставени се уште еден вид правила со кои се поставени јасни граници на овластувањето на органите за законска присилба кон осомничениот и обвинетиот.

државата поседува докази кои се, навистина, „незаконски“, но сепак се сведоштво дека е сторено кривично дело, па оттаму, под одредени законски услови, дозволува тие да бидат процесуирани. Всушност, при постоење на судир помеѓу начелото на законитост и начелото на правда, државата, под одредени законски услови, се одлучува за второто и создава правни инструменти како да се оствари јавниот интерес, а воедно државата да не го легализира и прикрие сторениот криминал.

Доктрината „*fruit of poisonous tree*“, подоцна, успешно ќе најде своја примена и во случаите на незаконски добиените докази при примената на посебните техники за надзор на комуникациите. Така, во случајот *Olmstead v. United States* во 1928 година, за прв пат пред Врховниот суд на САД беше третирана проблематиката на телефонското прислушување.<sup>6</sup> Во овој случај Врховниот суд на САД застана на стојалиштето дека активностите на прислушување на телефонските разговори од страна на службите за законска присилба, не претставуваат повреда на IV Амандман на Уставот на САД. Во насока на образложение на ваквиот став беа наведени два аргумента:

- Прислушувањето е направено без влез во домот или службените простории на обвинетиот така што, таквото „неместо“ на истражување односно, претресување не е опфатено со IV Амандман на Уставот на САД и
- При прислушувањето се „одзема, односно заплenuва“ содржината на разговорот, а не некаков физички предмет, така што таквите „нествари“ не се подразбираат под поимот одземање, односно заплenuвање предвиден во IV Амандман од Уставот на САД.

Уште повеќе, Судот сметаше дека и ако самата постапка на прислушување е во спротивност со законите на било која федерална држава, доказите кои се добиени при прислушувањето нема да се сметаат за навалидни во федералните судови бидејќи државните закони немаат правна сила да создаваат правила за применливост на доказите за федералните судови. Ваквиот став Врховниот суд на САД подоцна го ревидираше со аргументација дека „било кое незаконско навлегување во приватноста на индивидуата сторена од власта без оглед, какви средства се користени мора да се окарактеризира како повреда на IV Амандман на Уставот на САД“.<sup>7</sup> Првата законска легислатива во САД, која се однесува на оваа материја е *The Federal Communications Act* кој датира од 1934 година, во која во Title 605, се предвидуваше заштита на приватноста на телефонските разговори, меѓутоа истата, не успеа на задоволителен начин да ги реши спорните

<sup>6</sup> *Olmstead Case 1928 год. Спореди: The American Criminal Law and the Georgetown Law Journal, Produced by the American Criminal Review, 1996, pp. 821-843.*

<sup>7</sup> Мислењето на Судијата Brandeis. Спореди: LaFare, R. W. and Jerold H. Israel, H. J., Chapter 4. *Wiretapping and Electronic Surveillance*, pp. 245-276.

прашања и многу од нив останаа недоречени. Целосното напуштање на сфаќањето дека IV Амандман на Уставот на САД се однесува, само, кога постои физички продор или натрапништво (Теорија на натрапништво) во уставно - заштитената приватна сфера на индивидуата, резултираше со нова легислативна рамка позната како Title III, која беше дел од новиот закон *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, усвоен од Конгресот на САД во 1968 година<sup>8</sup>. Подоцна, во 1988 година, овој закон беше инкорпориран во Американскиот законик - *U.S. Code*, во Title 18<sup>9</sup> и до денес има претрпено повеќе промени и дополнувања.

Денес, во правниот систем на САД оваа кривично-правна материја е позната под општиот поим-жичано снимање и електронско набљудување (*Wiretapping and Electronic Surveillance*), додека во одредбите на Американскиот законик, како прислушување на жичаните, електронските и усмените комуникации. Всушност, станува збор за конгломерат од повеќе видови прислушувања. Така, под овој термин се подразбираат сите активности на службите за законска присилба со кои се остварува надзор и снимање на приватните разговори потоа, електронско лоцирање и надзор на движењето на лица и предмети и регистрирање или идентификување на дојдовните и излезните повици од одредено комуникациско средство.<sup>10</sup> Имено, покрај повеќето видови прислушувања, во рамките на оваа мерка се подразбираат и: одредени облици на лоцирање и следење, односно тајна опсервација на лица и предмети со помош на електронските средства за комуникација и регистрирање и идентификување на дојдовните и излезните повици од одредено комуникациско средство. Под поимот на оваа мерка се разликуваат три видови надзор над комуникациите:

- Надзор над жичаните комуникација (*Wire communication*);
- Надзор на усмените комуникации (*Oral communications*);
- Надзор над електронските комуникации (*Electronic communications*).

Доколку се востанови дека постоела повреда правилата од IV Амандман на Уставот на САД, во согласност со концепцијата „*fruit of the poisonous tree doctrine*“, содржината од снимената комуникација, како и доказите кои произлегле од неа, ќе бидат забранети да се изнесат пред било кој суд, *grand jury*, службеник, служба, регулаторно тело, министерство, законски комитет или друга власт во САД<sup>11</sup>. Сепак, законодавецот на САД предвидел

<sup>8</sup> Со Title III, всушност се создадоа уставни стандарди од страна на Конгресот на САД, кој ги прифати и претвори во закон изнесените ставови на Врховниот суд на САД во случаите *Berger v. New York* и *Katz v. U.S.*, 1967.

<sup>9</sup> *U.S. Code collection, Title 18-Crimes and Criminal Procedure, Part I-Crimes, Chapter 119-Wire and Electronic Communications Interception and Interception of Oral Communications, Seq. 2510-2522.*

<sup>10</sup> *The American Criminal Law and the Georgetown Law Journal, Produced by the American Criminal Review, 1996, pp. 821-843.*

<sup>11</sup> 18 U.S.C. Seq. 2515.

порестриктивна заштита на електронските комуникации во однос на жичаните и оралните комуникации. Имено, за електронските комуникации се предвидени само оние судски правни лекови и санкции што се однесуваат на повреди на одредбите од законот со кој се регулира електронската комуникација, а не и од повредите на правилата што се содржани во IV Амандман на Уставот на САД.<sup>12</sup> Ваквата одлука на законодавецот е во согласност со актуелната законска практика на послободен режим на надзор на електронските комуникации, која зема замав посебно, по терористичкиот напад на 11 септември 2001 година.

Покрај наведените доказни правила, во правниот систем на САД, во однос на добиените докази од прислушкување на комуникациите, законодавецот предвидел дека т.н. лични и консензуални прислушувања, ги одзема од законското регулирање и истите ги остава во сферата на личното дискреционо право на поединецот (за истите не е потребна судска одобрение) и добиените докази од таквите прислушувања имаат карактер на судски докази (доколку се автентични и нефингирани). Ваквите видови на доказни (правила) одобрувања, се во согласност со концепцијата дека заштита на комуникацијата на граѓаните е нужна само од државата, која располага со монополот на моќ, но не и од самиот поединец кога тој сам одлучува за сопствената комуникација, додека, за останатите учесници во истата комуникација, важи правилото дека „секој лично си снесува ризик и одговорност, дека при комуникацијата со другите луѓе може да биде прислушван“.

### ДОКАЗНИТЕ ПРАВИЛА ВО ЕВРОПСКОТО КОНВЕНЦИОНАЛНО ПРАВО

Во однос на европското казнено право, а во контекст на третираната кривично-правна материја, најзначаен меѓународен документ, несомнено претставуваат одредбите од Европската конвенција за заштита на човековите слободи и права<sup>13</sup> и одлуките на Европскиот суд за човекови права во Стразбур<sup>14</sup>. ЕКЧП претставува почеток на нова ера во поглед на заштитата на индивидуалните права и слободи со што, се прифати концептот на наднационална рамка на заштита на истите. Таа не претставува израз на недоверба спрема националното право, туку прогрес и зачеток на концептот на наднационалното право и нужна потреба заради заштита од државата која нема секогаш ефикасен механизам на ограничување и контрола на својата моќ. Оттаму, ЕКЧП и одлуките на Европскиот суд, претставуваат своевидни ориентири при правното регулирање на

<sup>12</sup> Ibidem, Seq. 2518 (10).

<sup>13</sup> Во понатамошниот текст – ЕКЧП.

<sup>14</sup> Во понатамошниот текст Судот.

гореспоменатата материја и остварување рамнотежа помеѓу ефикасноста на кривичното право и заштита на човековите права и слободи. Во однос на гореспоменатата материја, најважни се согледувањата што ги прави Европскиот суд при решавање на случаи кои се однесуваат на повреда на членовите 3, 6, и 8 од ЕКЧП.

Така, во врска со членот 3 од Европската конвенција<sup>15</sup>, несомнен е ставот, како на Судот во Стразбур, така и на европското континентално право дека доказите кои произлегле со прекршување на член 3 од ЕКЧП имаат апсолутна забрана за користење во судската постапка. Во таа насока примерно е да посочиме на одлуката на Судот во случајот *Jalloh v. Germany*, во која Судот зазема категоричен став дека „пресудата заснована на незаконски добиени докази секогаш, ќе резултира со повреда на правото на правична постапка“<sup>16</sup>.

Во однос на член 6 од ЕКЧП<sup>17</sup>, во случајот *Khan v. UK*<sup>18</sup>, Судот го повторува и го надополнува своето наоѓање изнесено во случајот *Schenk v. Switzerland*<sup>19</sup> (исто и во пресудата по предметот *Garcia Ruiz v. Spain*) во кој се

<sup>15</sup> Член 3 со поднаслов „Забрана на мачење“ гласи:

„Никој не смее да биде подложен на мачење, нечовечко или понижувачко постапување или казнување“.

<sup>16</sup> *Jalloh v. Germany*, Application no. 54810/00, Judgment 11 July 2006.

<sup>17</sup> Членот 6 од ЕКЧП гласи „ Секој има право на правично и јавно, во разумен рок, пред независен и непристрасен со закон воспоставен суд да бидат разгледани и утврдени неговите граѓански права и обврски или основаноста на какви било кривични обвиненија против него. Пресудата се изрекува јавно, а новинарите и публиката можат да бидат исклучени за време на целата или на дел од постапката во интерес на моралот, јавниот ред или националната безбедност во едно демократско општество, кога тоа го наложуваат интересите на малолетник или заштитата на приватниот живот на страните во спорот, или кога тоа судот го смета за неопходно затоа што во посебни околности публицитетот би можел да им нанесе штета на интересите на правдата.

Секој кој е обвинет за кривично дело се смета за невин сè додека неговата вина не се докаже по законски пат.

Секој обвинет ги има следните минимални права:

- а) веднаш, на јазикот што го разбира, да биде детално известен за природата и причините на обвинението подигнато против него;
- б) да му се обезбедат време и услови неопходни за подготвување на неговата одбрана;
- в) да се брани самиот или со помош на бранител по свој избор, а доколку не располага со средства да плати бранител, да добие бесплатен службен адвокат кога тоа го наложуваат интересите на правдата;
- г) самиот да ги сослуша или да бара сослушување на сведоците на обвинението и да бара повикувањето и сослушувањето на сведоците на одбраната да биде под услови што важат и за сведоците на обвинението;
- д) да користи бесплатна помош од преведувач, доколку не го разбира или не го зборува јазикот на кој се одвива судењето.

<sup>18</sup> *Khan v. UK*, 2001 31 EHRR 45 стр. 34.

<sup>19</sup> *Schenk v. Switzerland*, 1991, 13 EHRR 242. – Во случајот како доказ е користена аудио снимка од разговори на апликантот со лице кое тој го најмил за да ја убие својата сопруга, а најменото лице ги снимало разговорите, без наредба на судија, што било основ, апликантот да ја обжали

нагласува дека тој (Судот) застанува на стојалиштето дека „Иако членот 6 го гарантира правото на правично судење, тој не утврдува никакви правила за дозволеност на на доказите, ниту пак, за начинот на кој тие би требало да се оценуваат, што пред сè, се прашања што треба да ги регулираат националните законодавства и домашните судови“, па натаму продолжува „Не е улога на Судот да утврди правила дали одредени видови докази на пример до кои е дојдено на незаконски начин, би можеле да се прифатат или дали навистина жалителот е виновен или не. Прашањето кое може да биде одговорено, при испитување на „незаконитоста“, е дали постапката во целина, вклучувајќи го и начинот на кој е дојдено до доказите била правична, односно, дали барањето во однос на правичноста на постапката се исполнети, вклучувајќи го тука и начинот на којшто се изведени доказите, а доколку е повредено и некое друго право и природата на таа повреда“ (како во случајот *Khan v. UK, 2001*).

Погрешна е перцепцијата дека забраната за примена на незаконитите докази, треба да се смета за општ елемент на поимот „правична постапка“ и во таа насока, Европскиот суд, во повеќе наврати го отфрлил ваквото сфаќање, истакнувајќи дека незаконското прибавување на доказите може да предизвика некои други повреди на правата што се загарантирани со Конвенцијата, како на пример, правото на почитување на приватниот и семејниот живот (чл. 8 од Конвенцијата). Со други зборови, иако незаконитоста на доказите не води по автоматизам до повреда на правото на правично судење, Судот, може да одмери дека повредата што била направена со употребата на докази прибавени на противзаконит начин, може да резултирала со кршење на основните гаранции врз кои се заснова правото на правична постапка, односно, член 6 од ЕКЧП.

Во однос на член 6 од ЕКЧП, низ судската практика на Европскиот суд, се дава одговор за односот на ова право со другите права регулирани со останатите членови од Конвенцијата, односно се дава одговор на прашањето дали прекршувањето на некое од другите предвидените права регулирани со Конвенцијата, нужно повлекува и повреда на правото на фер судење.

Во таа смисла, како апсолутно заштитени (или во духот на Конвенцијата – апсолутно недерогирани) права чија повреда нужно повлекува и повреда на правото на фер судење (член 6) се сметаат повредите на:

- Забраната за мачење (чл. 3);
- Забраната за ропство и принудна работа (чл. 4);

судската одлука на домашниот суд пред Судот во Стразбур за повреда на член 6 од ЕКЧП. Судот пресудува дека иако снимката била направена без судска дозвола, тоа не било доволно судењето да се оцени како неправично, а воедно, Судот наведува дека, се смета за доволно тоа што обвинетиот знаел за снимките и околностите под кои тие се направени и имал можност да го оспорува нивното користење во постапката пред домашниот суд. Како и во другите случаи, Судот како особено важен момент што бил вреднуван, бил фактот дека спорните докази не биле единствените врз кои се засновала судската пресуда.

- Начелото на законитост - *nullum crimen nulla poene sine lege* (чл. 7);
- Забраната за двојно казнување - *ne bis in idem* (чл. 4 ст. 1 и 3 од Протоколот бр. 7) и
- Забраната за примена на смртна казна (чл. 1 и 3 од Протоколот бр. 13).

Останатите предвидени права во Конвенцијата не уживаат таква апсолутна заштита, односно тие спаѓаат во категоријата права со ограничена заштита, односно т.н. релативно недерогирани или релативно дерогирани права (право на живот; забрана за присилна работа; забрана за должнички затвор; забрана за протерување на домашните државјани и колективно протерување на странци; правото на слобода и безбедност; правото на пристап до суд и правична постапка; право на брак; право на ефикасно правно средство; забраната за дискриминација; право на образование; право на слобода на движење; право на жалба во кривичните предмети; право на обештета при неправилно донесена пресуда и еднаквост на брачните другари). Со други зборови, нивната повредата *per se*, не мора да значи и повреда на правото на правично судење.

Во засебна категорија права спаѓаат правата (чл. 8, 9, 10, и 11, и чл. 1 од Протоколот бр. 1 на Конвенцијата) на: почитување на приватниот и семејниот живот; правото на мислење, совест и вера; слобода на изразување; слобода на собирање и здружување и правото на сопственост. За оваа категорија права, карактеристично е дека допуштеноста на нивното ограничување или повреда е во целосна зависност и условеност од степенот на важност на јавниот интерес (во однос на правото кое е загрозувано), при што, како *condicio sine qua non*, таквото ограничување на индивидуалното право треба да е пропишано со закон и повредата да е сторена заради остварување на легитимна цел (јавен интерес) предвидено во Конвенцијата. И во овој случај загрозувањето на овие права, *per se*, не значи истовремено и повреда на правото на правично судење предвидено во член 6 од Конвенцијата.

Изнесеното мислење во случајот *Khan v. UK*, во кој Судот констатира повреда на членот 8 од ЕКЧП, меѓутоа, не и истовремено, повреда и на членот 6 од ЕКЧП, е многу пати оспорувано, меѓутоа, таквиот став на судот има логичко-правна аргументација.<sup>20</sup> Во овој случај, судот ја отфрла жалбата на апликантот дека пресудата на домашниот суд која е заснована на незаконски добиен доказ е повреда на членот 6 од ЕКЧП, но прифаќа дека

<sup>20</sup> Ставот на судијата Loucaides во случајот *Khan v. UK*, бил следниот: „Не можам да прифатам дека едно судење е „правично“ и во согласност со член 6 од Европската конвенција, ако вината на едно лице за некој вид прекршок се заснова врз доказ добиен со прекршување на човековите права гарантирани со Европската конвенција. Сметам дека терминот „правичност“, кога се разгледува во контекст на ЕКЧП, вклучува и почитување на владеењето на правото и за таа цел претпоставува почитување на човековите права поставени во Европската конвенција. Не сметам дека некој може да зборува за „правично“ судење доколку е спроведено со прекршување на законот“.

постои повреда на членот 8 од ЕКЧП, со образложение дека прифаќањето на незаконски добиениот доказ од домашниот суд била заради природата на незаконитоста. Имено, европскиот суд сметал дека оспорената снимка била направена врз основа на владини смерници, односно директиви и дека тоа е единствената причина за прекршување на членот 8 од Европската конвенција, односно дека правилата не биле пропишани со закон. Меѓутоа, исто така, неспорно утврдува дека инкриминирачките изјави во снимката биле дадени доброволно и без поттикнување и дека снимката е цврст и валиден доказ, а апликант имал можност да ја оспори како автентичноста на истата така и правичноста, снимката да биде прифатена како доказ пред домашниот суд. Затоа судот пресудил дека судењето и пресудата пред домашниот суд не било прекршување на членот 6 од Европската конвенција, меѓутоа била констатирана повреда на членот 8 од ЕКЧП.

Всушност, иако наизглед контрадикторно сепак, европскиот суд како и судската практика во Англија, зазема став дека помеѓу начелото на законитост, кога повредата е од техничка природа и начелата на праведност и вистина, се определува за праведноста и вистината. Со други зборови, судската постапка нема да се смета за неправична со самото прифаќање на незаконски стекнат доказ *per se*, туку, бара да се утврдат одредени околности дали доказот е валиден, дали тој бил даден доброволно, дали обвинетиот имал можност да го оспори неговото приложување во постапката и пред сè, од каква природа е повредата на законитоста при добивањето на спорниот доказ.<sup>21</sup>

Во членот 8 ст. 1<sup>22</sup>, од Европската конвенција е предвидена заштита на општото право на поединецот, додека, во ст. 2, се предвидени условите под кои државата може да го наруши општото право загарантирано со став 1. Поединецот се разбира, мора да покаже одредени факти дека некое право гарантирано во чл. 8 ст. 1 на Европската конвенција, било повредено, а дури потоа, државата треба да докаже дека повредата на тоа право било оправдано и во согласност со условите од став 2 од истиот член. Анализирајќи го членот 8 од Европската конвенција може да се забележи дека централно место при утврдувањето дали дошло до повреда на членот 8 од Конвенцијата е поимот на приватен живот. Во случајот *Niemietz v. Germany*,<sup>23</sup> за поимот

<sup>21</sup> Дали повредата е од техничка природа или се работи за злоупотреба на овластувањата на органите за кривично гонење.

<sup>22</sup> „Секоеј човек има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот, домот и преписката.

Јавната власт не смее да се меша во остварувањето на ова право, освен ако тоа мешање е предвидено со закон и ако претставува мерка која е во интерес на државната и јавната безбедност, економската благосостојба на земјата, заштитата на поредокот и спречувањето на кривични дела, заштитата на здравјето и моралот, или заштитата на правата и слободите на другите, во едно демократско општество“.

<sup>23</sup> *Niemietz v. Germany*, 1993, 16 EHRR 97.

приватен живот, судот го дава следново толкување:

„Судот не смета дека е можно или неопходно да се обиде да даде сеопфатна дефиниција на поимот приватен живот меѓутоа, премногу е рестриктивно тој поим да се ограничува само на внатрешниот круг во кој лицето може да го живее својот личен живот на начин кој ќе го избере и при тоа целосно да го исклучи надворешниот свет како нешто што не припаѓа на внатрешниот круг. Почитувањето на приватниот живот исто така, мора да го вклучува до одреден степен и правото на поединецот да воспостави и развива врски со други човечки битија. Судот смета дека не постојат причини зошто од поимот приватен живот би се исклучиле активностите од професионална или деловна природа бидејќи на крајот на краиштата, токму во текот на својот работен век повеќето луѓе имаат значителна, ако не и најголема можност да развијат односи со надворешниот свет“.

Ова сфаќање за двојната природа на поимот приватен живот, изнесени во горенаведениот случај е владеечко сфаќање во судската практика на судот во Стразбур. Исто така, судот во случајот *Andersson v. Spain*,<sup>24</sup> посочува дека телефонските разговори се покриени со поимот приватен живот и дека телефонското прислукување може да претставува мешање во семејниот живот и кореспонденција.<sup>25</sup> Во поглед на поширокото толкување на поимот приватен живот кај телефонските разговори, говори и одлуката на судот во случајот *Halford v. UK*,<sup>26</sup> каде е посочено дека телефонските разговори водени од работното место на апликантот спаѓаат во делокругот на приватен живот заради неговото разумно очекување на приватност. При тоа, поимот разумно очекување на приватност, не е апстрактен (и единствен субјективен) критериум (поим), туку тој зависи и од фактите во конкретниот случај и тој се утврдува врз основа и на објективни критериуми дали навистина поединецот со право можел да очекува приватност.

Одредбата од чл. 8 ст. 2, од Европската конвенција, дозволува државата да го наруши општото право прокламирано во став 1 на истиот член „кога тоа е во согласност со закон, и е неопходно во едно демократско општество“ во интерес на националната безбедност („јавната сигурност или економската добросостојба на државата“) или со цел да спречи некое кривично дело („заради спречување на нереди или криминал, заради заштита на здравјето и моралот, или заради заштита на правата и слободите на другите“). Според судската практика на судот во Стразбур, може да се заклучи дека државата „најчесто е способна да покаже и да ја оправда целта на примента на СИМ, но потешко е таа да докаже дека мешањето во приватниот живот било неопходно во едно демократско општество и дека тоа е во согласност со закон“. Двете барања, државата кумулативно треба да ги задоволи за да

<sup>24</sup> *Andersson v. Spain*, 1992, 14 EHRR 615.

<sup>25</sup> Во случајот Судот одлучил дека телефонските разговори меѓу членовите на семејството потпаѓаат под поимот семеен живот и кореспонденција.

<sup>26</sup> *Halford v. UK*, 1997, 24 EHRR 523.



биде нејзината интервенција во согласност со Европската конвенција.

Во случајот *Klass v. Germany*,<sup>27</sup> европскиот суд посочува дека „овластувањата за тајното надгледување на граѓаните карактеристично за полициските држави, се толерира во рамките на Европската конвенција само кога е стриктно потребно за заштита на демократските институции“. Во иста смисла, се смета дека организираниот криминал, тероризмот или шпионажата може да создадат потреба од високо ниво на мешање во приватниот живот на поединецот, заради нивната сериозна закана по демократското општество, но во секој случај треба да се има предвид од една страна, општествената важност на целта, а од друга страна, нивото на наметливост врз приватниот живот на граѓаните. Во понатмошното толкување на поимот неопходно покрај пропорционалноста, државата треба да внимава на принципот на супсидијарност. Имено, нема да се смета за неопходно мешање во приватниот живот на поединецот, ако државата имала на располагање други алтернативни мерки со чија примена би можело да се постигне истата цел.<sup>28</sup>

Во однос на прашањето, дали одредени истражни мерки во националното право може, заради нивната природа да доведат до неправичност на постапката Европскиот суд, главно се фокусира на примената на тајните агенти, ситуацијата на наведување, односно поттикнување друг на вршење кривично дело, околностите кога доказот е добиен по пат на итрина и лукавство од органите за прогон и користењето на информаторите кои биле инволвирани во вршење на кривично дело, односно сведок соучесник во кривичното дело.

Горенаведеното, меѓу другото, го отвора прашањето и за доказната употребливост на исказите што се добиени од осомничениот без притоа да му биде предочен фактот дека против него се води кривична постапка. Имено, тоа се судира со правото на осомничениот да биде запознаен со она за што се товари и со правото на молчење, односно со правото на недавање самообвинувачки искази за себе или за некое негово блиско лице. Според толкувањето на судот во Стразбур се чини, дека оваа морална и правна дилема се разрешува, доколку државата не влијаела врз слободната волја на осомничениот при давањето на изјави што го товарат него или некое негово блиско лице и доколку, оспорениот доказ не е единствен доказ.<sup>29</sup> Можеби тоа е и најправедното и единственото решение, имајќи во предвид дека во судирот помеѓу начелата на правда и вистина и начелото на законитост,

<sup>27</sup> *Klass v. Germany*, 1979/80, 2 EHRR 213.

<sup>28</sup> *Campbell v. UK*, 1992, 15 EHRR 137.

<sup>29</sup> *A v. Germany* - Одлука од 15.10.1987 год. бр. на апл. 12127/86: „Итрината што ја применила италијанската полиција во случајот кога во затворот меѓу двајцата германски државјани кои биле осомничени за извршување кривично дело поврзано со дрога, уфрлила агент што разбира германски и кој само ја слушал дискусијата на двајцата осомничени за делото, не претставува незаконски метод за добивање на докази, а со тоа и не постои повреда на членот 6 од ЕКЧП“.

кое во овој случај се однесува на неисполнување на обврската на државата да го извести осомничениот дека се води кривична постапка против него, а без при тоа да биде повредено неговото право на слободно одлучување и уште при постоење на дополнителни обвинувачки докази за неговата криминална намера се чини, дека е природно и праведно да претежнат начелата на правда и вистина.<sup>30</sup>

Во однос на доказната вредност на податоците што се добиени од информаторите кои учествувале во извршувањето на кривичното дело или т.н. сведоци учесници во кривичното дело односно, сведоци покајници или сведоци соработници на правдата, според толкувањето на судот во Стразбур тие може да се употребат како докази во постапката само доколку не се единствен доказ и доколку, истите бидат подложени на вкрстено испитување, односно доколку доследно се почитува принципот на контрадикторност при изведувањето на доказите.<sup>31</sup>

Европскиот суд заклучува дека СИМ се неопходен инструментариум на органите за кривично гонење во современото демократско општество како адекватно средство за спречување на криминалот, меѓутоа ако нивната примена не е законски регулирана се создава опасност од поткопување или дури, уништувања на демократијата под оправдување дека тоа се прави за нејзина одбрана.<sup>32</sup> Затоа се бара од државата да обезбеди јасни докази за неопходноста од примената на СИМ и да изгради правна рамка која ќе обезбеди соодветна и ефикасна заштита од злоупотреба. Во таа насока се посочува дека различните техники на истражување како што се: надзор на телефонските повици и поштата,<sup>33</sup> обработка на телефонските повици, односно идентификација на бровите што барале или што биле барани од телефонот,<sup>34</sup> надзор на пејџер,<sup>35</sup> користење на тајни уреди за прислушување<sup>36</sup> и видео надзор,<sup>37</sup> се *prima facie* повреди на правото на правичност и бараат оправдувања во согласност со член 8 (став 2) од Европската конвенција.

<sup>30</sup> *Khan v. OK*, 2001 31 EHRR 45. „Европскиот суд смета дека оспорената снимка била направена врз основа на владини смерници и единствената причина за прекршување на членот 8 од Европската конвенција, е дека тие не биле пропишани со закон. Меѓутоа, исто така, неспорно утврдува дека инкриминирачките изјави со снимката биле дадени доброволно и без поттикнување и дека снимката е цврст и валиден доказ, а апликант имал можност да ја оспори како автентичноста на истата така и правичноста снимката да биде прифатена како доказ пред домашниот суд. Затоа судот пресудил дека судењето и пресудата пред домашниот суд не било прекршување на членот 6 од Европската конвенција“.

<sup>31</sup> *Charlene Webb v. UK*, 1997, EHRR CD 73; *Baragiola v. Switzerland*, 1973, 75 DR 76.

<sup>32</sup> *Klass v. Germany*, 1979/80, 2 EHRR 213.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *PG v. UK*, 2002, EHRLR 262.

<sup>35</sup> *Taylor Sabori v. UK*, 2001, EHRLR 94.

<sup>36</sup> *Khan v. UK*, 2001, 31 EHRR 45.

<sup>37</sup> *Govell v. UK*, 1999 EHRLR 121.

Таков третман имаат и сите други истражни техники со кои се остварува надзор во полициските станици, работните простории, а се разбира и во домот. Исто така, таков третман имаат и случаите кога надзорот е направен од лице што не припаѓа на полициските структури, но тоа го сторил по барање, со совет или со помош на полицијата.<sup>38</sup>

Меѓутоа, Европскиот суд забележува дека нема прекршување на членот 8 од Европската конвенција во сите оние истражни техники каде се прави надзор или снимање на одредено лице на јавно место, под такви околности во кои лицето нема разумно и оправдано очекување на приватност.<sup>39</sup> Како корекција на последнотовидување се посочува дека доколку, собраните информации подоцна се систематизирани во постојана снимка може да дојде до примена на членот 8 од Европската конвенција,<sup>40</sup> исто како што би се одлучило и во ситуациите кога се собираат и анализираат информации за јавноста, без разлика дали се добиени со примена на некоја од специјалните истражни мерки.<sup>41</sup>

Со напредокот на техниката и технологијата Европскиот суд во Стразбур сè повеќе ќе се соочува со нови истражни техники на надгледување над граѓаните за кои ќе треба да одлучува дали претставуваат кршење на членот 8 од Европската конвенција и при тоа најверојатно, при примената на различни тестови, пресудна улога ќе има субјективно-објективниот критериум дали лицето имало разумно и оправдано очекување на приватност во дадената ситуација и дали тоа очекување било прекршено. Тајните или прикриените операции во одредени случаи, може да доведат до прекршување на членот 8 од Европската конвенција. Имено, држејќи се за владеачкото сфаќање на поимот приватен живот и кај примената на тајните агенти и кај институтот тајна соработка може да се изведе заклучок дека се компромитира правото на слободно развивање на односи и се прекршува разумното очекување на приватност. Оттаму, се очекува дека во блиска иднина и тајните операции и тајната соработка, судот ќе ги класифицира како *prima facie* мешање во правото на приватноста на граѓаните и консеквентно ќе бара стриктна законска регулатива во согласност со членот 8 од ЕКЧП.

Поборниците на ваквото либерално сфаќање, сметаат дека со тоа ќе се воспостави рамнотежа меѓу ефикасното одржување на редот во заедницата и правото на поединецот слободно да комуницира во приватната сфера, без да се плаши дека има контакт со таен агент или информатор. Барањето за изградување законска регулатива која ќе биде компатибилна со усвоените

<sup>38</sup> Halford v. UK, 1997 24 EHRR 523.

<sup>39</sup> PG v. UK, 2002, EHRLR 262.

<sup>40</sup> Ibidem.

<sup>41</sup> Rotary v. UK, 2000, 8 BHRC 449.

стандарди од членот 8 од Европската конвенција е наменето за случаите кога информаторите се користат за прибирање сознанија за приватниот живот на друго лице без негово знаење. На тој начин сознанијата добиените од примената на информаторите би можеле да се користат како доказ во кривична постапка. Со тоа не се суспендира дискреционото право на полицијата да воспоставува соработка со граѓаните, туку ја отстранува можноста од изградување на денунцијантско општество и атмосфера на живеење.

Европскиот суд ги разграничува постапките на полицијата кои претставуваат итрина, а не незаконски метод за добивање на докази<sup>42</sup> и во истиот случај образложува дека таквите постапки не претставуваат кршење на членот 6 од Европската конвенција доколку, спорниот доказ е поткрепен и со други докази и воедно, не е загрозна слободата на волјата на лицето од страна на полицијата. Во однос на примената на тајните агенти, Европскиот суд експлицитно стои на ставот дека не е дозволено поттикнување, односно наведување на вршење кривично дело и дека секој доказ прибавен на таков начин претставува кршење на членот 6 од Европската конвенција. Според судската практика на судот во Стразбур, улогата на тајните агенти е да го нотира кривичното дело извршено од лице кое е веќе инволвирано во неговото извршување или барем има предиспозиции тоа да го стори, а не да создава криминални намери.<sup>43</sup> Во однос на прашањето за користење на информаторите како доказ во постапката, кога тие биле инволвирани во вршење на кривично дело,<sup>44</sup> судот препорачува посебна внимателност во однос на доказите што се добиени од соучесник во кривичното дело, и заема став дека не постои прекршување на членот 6 од Европската конвенција, ако информаторот биде оспорен преку вкрстено испитување во постапката и доколку, сведочењето на информаторот не е единствен доказ.<sup>45</sup>

### НЕДОЗВОЛЕНИТЕ ДОКАЗИ ВО КАЗНЕНОТО ПРАВО НА РМ

Правниот систем на Македонија не познава уставни одредби за забрана на користење на незаконските докази во кривичната постапка и тој спаѓа во групата на правни системи кои оваа материја ја регулираат со одредби во Законот за кривичната постапка. Во нашиот ЗКП<sup>46</sup>, во член 12 со поднаслов Законитост на доказите<sup>47</sup>, законодавецот на општ и декларативн начин (со

<sup>42</sup> A v. Germany, Одлука од 15.10.1987 год. бр. на апл.12127/86.

<sup>43</sup> Teixeira de Castro v. Portugal, 1998, 28 EHRR 101.

<sup>44</sup> Оваа фигура е позната под различни синоними: сведок соучесник во кривично дело, сведок покајник, сведок соработник, соработници на правдата итн.

<sup>45</sup> Charlene Webb v. UK, 1997, EHRR CD 73; Baragiola v. Switzerland, 1973, 75 DR 76.

<sup>46</sup> Службен весник на РМ, бр. 150 од 18.11.2010 година.

<sup>47</sup> (1) Забрането е да се изнудува од обвинетиот или од друго лице кое учествува во



оглед на систематизираност на одредбата во делот на начела на постапката) правно ја опфаќа оваа материја.

*De lege lata*, гледано од различни правни аспекти, може да се диференцираат повеќе поделби и повеќе видови на недозволените докази. Така, според еден аспект, со првиот став на овој член се воспоставува доказна забрана (правило) за прибавување на докази (на таков начин), изразена преку јасна, недерогирачка забрана (во согласност со член 3 од ЕКЧП) за употреба на било каков облик на сила (екстензивно поставено сфаќањето за поимот сила) за да се добие признание (обвинетиот) или изјава (од било кое лице кое учествува во постапката), така што следствено сите докази што се добиени со изнуда, *per se*, стануваат неупотребливи и се сметаат за незаконити и недозволените.

Во вториот став од истиот член, наведени се три вида доказни забрани за оценување на доказите, кои од различни причини, нивната „употребна вредност“ се верификува како недозволена, со неможоста на таквите докази да се заснова судската одлука:

- Првиот вид на докази (слично на САД - концепција за исклучувачки докази) се однесуваат на докази кои се добиени на незаконит начин (докази што се добиени спротивно на начинот што е пропишан во законот);
- Вториот вид на докази (слично на САД - концепција за исклучувачки докази) се однесуваат на докази кои се прибавени со повреда (кршење) на слободите и правата утврдени со Уставот на Република Македонија, законот и меѓународните договори и
- Третиот вид на докази (слично на САД - концепцијата на „плодови од отровно дрво“) се однесуваат на доказите кои се изведените, односно деривирани од претходните два вида докази.

Гледано од друг аспект, во членот 12 од ЗКП, може да се утврдат 5, односно 6 видови недозволените докази:

- Докази што се добиени со употреба на изнуда (сила);
- Докази што се добиени на незаконит начин (во овој вид на докази би можеле да ги подразбереме и доказите кои се добиени со изнуда);
- Докази што се добиени со повреда на слободите и правата предвидени во Уставот на РМ;
- Докази што се добиени со повреда на слободите и правата предвидени со закон;
- Докази што се добиени со повреда на слободите и правата предвидени

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.

со меѓународни договори;

- Докази што произлегуваат (дериватни) од претходните видови недозволените докази.

На крајот, доколку како критериум се земе носителот на доказот, во поглед на доказните забрани (во поширока смисла и одредени доказни ограничувања пратставуваат еден вид на доказни забрани), може да се констатираат два вида недозволените докази:

- Лични докази, во кои носителот на доказот е лице кое учествува во кривичната постапка и во нив спаѓаат изјавите на сведокот, вештакот и осомничениот, односно признание на обвинетиот и
- Докази чиј носители се предмети и во нив спаѓаат различни предмети кои се добиени од различни преземени процесни мерки и дејствија.

За двата последни видови докази важи правилото дека тие мора да се обезбедени по строги процесни правила и секое непридржување кон процесната форма и начин на прибирање, доведува до неможност тие да се користат како докази во постапката. Ваквите забранувачки правила се содржани во поедничните одредбите од ЗКП со кои се регулираат соодветната кривично правна фигура (обвинет, сведок, вештак, увид, претрес, материјални докази, посебни истражни мерки итн.), а во член 93 ст. 1 и 2, од ЗКП, со поднаслов - Издвојување на доказ, се посочува дека,<sup>48</sup> овие докази ќе бидат целосно тргнати од било кој учесник во постапката, а посебно од одлучувачкиот суд (во континенталната постапка), за да не ја контаминираат неговата објективната расудувачка моќ, што претставува и една од основите легитимни цели на забраната за кристење на недозволените докази, односно доказните забрани или правила.

Во член 12 од ЗКП, нашиот законодавец на општ начин ја изразил демократската определба дека секоја примена на изнуда за добивање доказ е апсолутна забранета и понатаму дека на било кој недозволен доказ не може да се заснова судската одлука, па така таквата определба правно ја конкретизирал во член 415 со поднаслов - Суштествени повреди на кривичната постапка и во ст. 8 од истиот член<sup>49</sup>, ја предвидел како

<sup>48</sup>

- (1) Кога во овој закон е определено дека врз некој доказ не може да се заснова судската одлука, судијата на претходната постапка, по службена должност или по предлог на странките, ќе донесе решение за издвојување на тој доказ од списите, најдоцна до завршувањето на истражната постапка. По подигањето на обвинителниот акт, решение за издвојување на доказ донесува советот за оцена на обвинителниот акт. Против ова решение е дозволена посебна жалба по која одлучува висиокиот суд.
- (2) 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.)

<sup>49</sup>

„кога пресудата се заснова врз доказ врз кој според одредбите на овој закон не може да се заснова пресудата, освен ако со оглед на другите докази е очигледно дека и без тој доказ би

една од суштетвените повреди на постапката. Меѓутоа, се чини, дека не останал до крај конзистентен. Имено, нелогично е законското решение во оваа одредба дека, иако би било утврдено дека судската одлука била заснована на недозволен доказ, таа наместо веднаш да се поништи (со оглед на несоборливата претпоставка дека недозволените докази секогаш имаат негативно влијание при донесувањето на законска и правилна судска одлука) да се бара друго решение. Со други зборови, пресудата треба и мора да произлезе од факти кои се добиени на законит начин (и во превидената законска форма) и токму заради тоа се бара (како начело) судската одлука (пресуда, решеие или наредба) да не смее да се заснова на таквите докази.

Иако, одредба од член 12 од ЗКП има општ и декларативен карактер (бидејќи таа се конкретизира во останатите одредби од ЗКП) во извесна смисла е во спротивност и со член 16 ст. 1, од ЗКП (која исто така има општ и декларативен карактер) со поднаслов - Начело на слободна оценка на доказите<sup>50</sup>, кое начело се чини дека е во „подолтрајна криза“ (слично и кај доказите кои се добиени од специјалните истражни мерки, посебно кај мерките на прислушкување на комуникациите) бидејќи доказните забрани (па и доказните ограничувања), не претставуваат ништо друго, освен, значително ограничување на правото на слободна оценка на доказите.

Примената на специјалните истражни мерки и техники<sup>51</sup>, во казненото законодавство на РМ (воведени во 2004 година), се регулирани со три закони: ЗКП (целосно ја регулира оваа материја со исклучок на постапката, која е регулирана со двата подолунаведени закони) во глава XIX со поднаслов - Посебни истражни мерки (чл. 252 до 271), Законот за следење на комуникациите (во кој е регулирана постапката за прислукување и на жичаноти и на електронските комуникации) и Законот за електронски комуникации (чл. 175 и 176 се регулира постапувањето на операторите во врска со прислукувањето на електронските комуникации).

Во чл. 252 ст. 1, од ЗКП, таксативно се наведени вкупно 12 посебни истражни мерки<sup>52</sup>, кои може да се класифицираат во четири вида на мерки:

била донесена иста пресуда“.

<sup>50</sup>

- (1) Правото на судот и на државните органи што учествуваат во кривичната постапка да го оценуваат постоењето или непостојењето на фактите не е врзано ниту ограничено со посебни формални доказни правила.
- (2) Судот и другите државни органи се должни јасно да ги образложат причините за одлуката која ја донеле.

<sup>51</sup> Во понатамошниот текст СИМ.

<sup>52</sup>

- 1) следење и снимање на телефонските и другите електронски комуникации во постапка утврдена со посебен закон;
- 2) следење и снимање во дом, затворен или заграден простор што му припаѓа на тој дом или деловен простор означен како приватен или во возило и влез во тие простории заради создавање на услови за следење на комуникации;

- Мерки за прислукување на комуникациите (жичани, електронски и непосредни комуникации);
- Компјутерско споредување на податоци или растер потрага;
- Тајна опсервација и следење (физички и со технички средства) и
- Користење на тајни агенти (таен соработник, стапица, агент провокатор).

Сите мерки на прислукување на разговорите, облиците на тајна опсервација и компјутерското спредување на податоци, се одредуваат со судска одлука (член 252 ст. 1, т. 1 заклучно со т. 5), додека останатите облици на користење на тајни агенти се одредуваат со одлука на надлежниот обвинител (член 252 ст. 1, т.6 заклучно со т. 12). Добиените сознанија од примената на мерките претставуваат докази (член 259 од ЗКП, со поднаслов - Користење на посебните истражни мерки како доказ во кривичната постапка).<sup>53</sup>

При оценувањето на вредност на добиените докази од примената на мерките, законот предвидел одредени доказни ограничувања (став 2,3 и 4 од истиот член) и една доказна забрана (став 5). Имено, вредност на добиените докази може да биде компромитирана, доколку не се почитувани одредбите од ЗКП (екстензивен облик на заштита) при примената на мерките, во

- 3) тајно следење и снимање на лица и предмети со технички средства надвор од домот или деловен простор означен како приватен;
- 4) таен увид и пребарување во компјутерски систем;
- 5) автоматско, или на друг начин, пребарување и споредување на личните податоци;
- 6) увид во остварени телефонски и други електронски комуникации,
- 7) симулиран откуп на предмети;
- 8) симулирано давање и примање поткуп;
- 9) контролирана испорака и превоз на лица и предмети;
- 10) користење на лица со прикриен идентитет за следење и собирање на информации или податоци;
- 11) отворање симулирана банкарска сметка и
- 12) симулирано регистрирање на правни лица или користење на постојни правни лица за собирање на податоци.

<sup>53</sup>

- (1) Податоците, известувањата, документите и предметите прибавени со примена на посебните истражни мерки од членот 252 на овој закон, под услови и на начин утврдени со овој закон, може да се користат како доказ во кривичната постапка.
- (2) Изјавите добиени со примена на посебните истражни мерки од лица кои согласно овој закон се слободни од обврската за сведочење не може да се користат како доказ.
- (3) Лицата што учествувале во спроведувањето на мерките од членот 252 став (1) точка 10 на овој закон може да се испитаат како заштитени сведоци под услови определени со членот 226 до 232 од овој закон.
- (4) Идентитетот на лицата кои учествувале во спроведувањето на мерките од членот 252 став (1) точка 10 на овој закон претставува службена тајна.
- (5) Ако при примената на мерката не е поставено во согласност со одредбите на овој закон, врз добиените податоци не може да се заснова судската одлука.

кој случај тие стануваат недозволен и судската одлука не може да се заснова на истите. Во член 2<sup>54</sup>, од Законот за следење на комуникациите (Сл. весник на Р. Македонија бр. 121 од 21.11.2006 год.), беа регулирани т.н. лични и консензуални прислушкувања (по примерот на американскиот модел за прислукување на комуникациите) што претставуваа доказни дозволи или одобрувања за користење на недозволените докази добиени со прислукување на разговорите, но без судска наредба. Меѓутоа, при новелирањето на истиот закон, законодавецот во 2012 година ја избриша таа одредба, со што, „избриша една добра законска алатка“ за законско расветлување на реални кривични настани, во кои разговорите се снимени од самиот учесник во комуникацијата или со согласност со најмалку еден еден од учесниците во комуникацијата.

Слична беше и судбината и со чл. 12 од истиот закон<sup>55</sup>, во кој беа поставени неколку (посредни) доказни забрани, номотехнички нормирани со предвидување на забрана да се врши снимање на одредени видови комуникации. Доколку не би се почитувале наведените забрани, согласно ЗКП, доказите кои произлегле од таквото прислукување би станале недозволен и судската одлука не би можела да се заснова на истите (одредбата беше избришана во 2008 година).

Нашата судска и обвинителска практика нема долго искуство и познавање во поглед на судското решавање на кривичната материја што се однесува на примената на специјалните истражни мерки и техники („Змиско око 1 и 2“, „Кокаин“, „Дора“, „Југ“, Шпијун“, „Пуч“, „Монструмот дадилка“ итн.) и користењето на недозволените докази во кривичната постапка, меѓутоа, може да се забележи дека во некои случаи, судиите правилно се раководеле од судската практика на Судот во Стразбур, како законски легитимен извор (од 1997 год.) на правото во нашиот правен систем. Воедно, забележително е, посебно, по објавувањето на т.н. „бомби“ (од 2015 год.) од страна на (тогаш) опозиционата политичка партија (СДСМ), со кои на јавноста беа обелоденети тајно снимени аудио разговори во кои се презентираат (непобитни докази за) грозоморни злоупотреби (од страна на високи преставници на власта, судството, обвинителството итн.) при практикување на власта на тогашната владеачката гарнитура, од претставници на политичките партии ВМРО ДПМНЕ и ДУИ, дека и обвинителска и судската фела, целосно „затаи“ во насока на законско

<sup>54</sup> Член 2 гласеше: „Никој не смее без наредба на надлежен суд да врши следење на комуникациите, освен ако му се наменети или постои согласност на лицето или лицата кои се вклучени во комуникацијата“.

<sup>55</sup> Истражниот судија ќе го одбие барањето за следење на комуникациите ако тоа се однесува на комуникациите на адвокатот определен за бранител со лицето чии комуникации се предмет на следење, на комуникациите што се вршат во службените простории на претседателот на Собранието на Република Македонија, претседателот на Република Македонија, претседателот на Владата на Република Македонија и на комуникациите што се вршат во службените простории на пратениците во Собранието на Република Македонија

расветлување и решавање на постоечките процесуирани кривични случаи во врска со т.н. бомби. Дури, се добиваше (и сè уште) се добива впечатока, дека целиот правосуден систем е корумпиран, со оглед на постојаните опструирања на работата на СЈО (Специјално јавно обвинителство) кое беше формирано, токму да ги процесуира можните кривични дела што произлегуваат од јавно објавените „бомби“.

Богатата судска практика на Судот во Стразбур, претставува не само правен ориентир, туку и законска обврска за македонското правосудство во изнаоѓање на правно решенија за дилемите што произлегуваат во врска со користењето на недозволените докази при примената на специјалните истражни мерки и техники.

### ЗАКЛУЧНИ СОГЛЕДУВАЊА

Доказните правила се „производ“ на (класичниот) акузаторниот модел на казнена постапка, создаден низ неговото (case law) прецедентно право, со постоечка обвинителска истрага и важечки принцип на формална вистина, чија цел, покрај основната, да воспостави баланс помеѓу ефикасноста на казненото право и заштитата на човековите права и слободи, има и други легитимни цели. Така, недозволените докази може да имаат пресудна улога во загрозувањето на непристрасноста на класичната порота при носењето на одлуката за вината на обвинетиот, оттаму и грижата тие да не ја „контаминираат совеста“ на поротата. Потоа, доказните правила воспоставуваат законска дисциплина и ред во целата казнена постапка (истражната и предистражната) во насока на строго почитување на законските одредби за постапување на сите учесници во постапката, со што, истовремено, ја зголемуваат правната сигурност на граѓаните и го зајакнуваат поимот на правната држава.

За разлика од неа, класичната континентална постапка, по отфрлањето на класичната порота и воведувањето на професионална порота, не ја „чувствуваше“ толку силно потребата од доказни правила бидејќи основните принципи на кои се темелеше беа: слободната оценка на доказите и принципот на материјалната вистина (со постоечка судска истрага), при што судот треба да суди врз основа на законот (така се спречуваше арбитрерноста на судот), а не да создава закони. Сепак, времето ја покажа неиздржливоста на чистиот облик на континенталната кривична постапка, така што, во последниве децении акузаторниот (мешан) модел на казнена постапка, повторно се наметнува во правните системи на државите во светот, а со тоа на сцена се јавуваат многу „болести“, кои акузаторниот модел на казнена постапка, одамна ги „прележал“. Една од тие „болести“ е и кривично-правната проблематиката на користење на недозволените докази. Имено, континенталната казнена постапка, не значи дека немаше,

или не познаваше никакви доказни правила, туку не придаваше посебно значење на нив (во 1950 година во германската казнена постапка е воведено правило за забрана добивање на докази по пат на мачење - како еден правен институционален одговор на нацистичкото казнено право), иако (некои) тие беа статутарно предвидени, сепак, воопшто немаше развоен и еволутивен пристап кон доградување (за разлика од акузаторната постапка) на истата материја.

Во законската практика на денешната мешана континентална казнена постапка, доказните правила за користење на недозволените докази во казнената постапка, најчесто, се изразени директно - со прокламирање на забрана или со директно посочување на видот на доказот што се третира како недозволен, или индиректно - преку посочување на видот на повреда што е направена при добивањето на доказот и со (најчесто) кумулативно посочување на последицата од сторената повреда дека - судската одлука не може да се занова на таквите докази. Меѓутоа, при екстензивен пристап во определувањето на овие доказни правила за користење на недозволените докази, несомнено, треба да се земат во обзир и големиот број на доказни ограничувања (отстранливи и неостстранливи) што се присутни во одредбите од ЗКП (кога одредени изјави на сведоците, вештаците, осомничениот или обвинетиот се недозволен да се користи како доказ, или кога добиени сознанија од преземни процесни дејствија и мерки нема да се третираат како доказ во постапката, службена и воена тајна, класифицирани податоци итн.).

Судска практика на Судот во Стразбур (таа е извор на правото за македонскиот правен систем) и американското прецедентно право, даваат богата правна градба, во насока на изнаоѓање на современи и правно издржани решенија за повеќето дилеми во врска со користењето на недозволените докази во современата казнена постапка.

Jovan Jovchevski<sup>56</sup>

THE PARADIGM OF THE UNLAWFUL EVIDENCE AND THE FRUITS  
OF THE POISON TREE  
THE APPLICATION OF SPECIAL INVESTIGATIVE MEASURES AND  
FORBIDDEN EVIDENCE

1.02 Review Article  
UDK 343.132:343.137 ]: 340.131 (100)

**Abstract**

The tendency to strengthen the efficiency of the criminal prosecution without any restrictions leads to the creation of a totalitarian society, and the extreme understanding of the limitless freedom of individual rights and freedoms leads to the ultraliberalist concept of freedom. The modern concept of a democratic rule-of-law excludes both extreme trends and a balance between the two opposing antipodes.

**Key words:** investigative measures, individual rights, legal state.

<sup>56</sup> University Professor