

д-р Гордан Калајџиев¹

НЕЗАКОНИТИТЕ ДОКАЗИ ВО КРИВИЧНАТА ПОСТАПКА

1.02 Прегледна научна статија
УДК 343.14:343.41-027.21

Апстракт

Во времето кога исклучувањето на доказите прибавени незаконито се вовеле како правило во домашното право,² се постави неминовно и прашањето за досегот на оваа начелна забрана. Имено, во споредбеното и меѓународното право постојат низа исклучоци на ова правило, со кои се востановува определен баланс помеѓу желбата за законитост и владеење на правото во функционирањето на казненото правосудство кое бара со обвинетите да се постапува коректно и правично, со целосно почитување на човековите права и слободи, што не е интерес само на поединецот, туку е општ општествен интерес, но истовремено општеството е заинтересирано и за осуда на сторителите на кривични дела и не се одобрува ослободување на сторителите на тежки кривични дела за маргинални повреди на правата или прописите, особено ако повредата не може да се препише на државата.

Клучни зборови: докази, човекови права, владеење на правото, правосудство.

¹ Редовен професор на Правниот факултет „Јустинијан Први“ - Скопје

² ЗКП и претходно предвидуваше исклучување на определени докази добиени на недозволен начин, кои одредби се задржани и натаму, паралелно со општата забрана од член 15 став 2. Во оваа смисла докази врз кои не може да се заснова судска одлука се следните: исказ на обвинет којшто пред испитувањето не бил поучен за своите права (член 206); исказ на обвинет врз којшто при испитувањето била употребена сила, закана или други слични средства (член 210 став 5 и 7); исказ на обвинет којшто е испитан во отсуство на бранител, а одбраната била задолжителна, а во случаи кога одбраната не е задолжителна, таков е дадениот исказ на обвинет кој е испитан во отсуство на бранител иако изречно не се одрекол од тоа право или на којшто не му е дадена можност во рок од 24 часа од кога е поучен за неговото право на бранител самиот да си обезбеди бранител (член 210 став 6 и 7); исказ на сведок кој не може да биде сослушан како сведок (член 213 и 215); исказ на сведок кој е ослободен од должноста да сведочи, а кој не бил предупреден дека не мора да сведочи, или кој изречно не се откажал од тоа свое право, или пак се откажал од тоа право, но во записникот за негово испитување откажувањето не е забележано (член 214 и член 215); исказ малолетно лице, а кој не можел да го сфати значењето на своето право дека не мора да сведочи (член 215); исказ на сведок кој е добиен со употреба на сила, на закана (член 215) или со употреба на некое друго забрането средство, како што е измама (член 219 став 4); записник за вештачење или вешт наод и мислење изготвено од лице кое не може да се земе за вештак (член 238 став 1, 2 и 3); записник за претрес кој е извршен без добиена наредба за претрес, а во случајот не се исполнети условите за влегување во дом без наредба за претрес (член 181 став 2 и член 193).

1. Вовед.

Во времето кога исклучувањето на доказите прибавени незаконито се воведо како правило во домашното право,³ се постави неминовно и прашањето за досегот на оваа начелна забрана. Имено, во споредбеното и меѓународното право постојат низа исклучоци на ова правило, со кои се востановува определен баланс помеѓу желбата за законитост и владеење на правото во функционирањето на казненото правосудство кое бара со обвинетите да се постапува коректно и правично, со целосно почитување на човековите права и слободи, што не е интерес само на поединецот, туку е општ општествен интерес, но истовремено општеството е заинтересирано и за осуда на сторителите на кривични дела и не се одобрува ослободување на сторителите на тешки кривични дела за маргинални повреди на правата или прописите, особено ако повредата не може да и се препише на државата. Проблемот со дефинирањето на досегот на забраната и усвојувањето на евентуални исклучоци во таа смисла не е нов, ниту постои само кај доказните забрани, туку и кај други правила и принципи на казнената постапка, поврзани со сложеноста на правните транспланти на едни правни правила и концепти од еден правен систем во друг – во оваа прилика вообичаеното преземање на решенија настанати и развиени во англоамериканското право во европските мешовити казни постапки.⁴ Како можно решение беше разгледувано хрватското решение од нивниот тогашен ЗКП, каде беше усвоена варијанта на германската „доктрина на одмерување“, при што за потешките кривични дела се предвидуваат како можни определени ограничувања на строгото правило за исклучување на

³ ЗКП и претходно предвидуваше исклучување на определени докази добиени на недоzолен начин, кои одредби се задржани и натаму, паралелно со општата забрана од член 15 став 2. Во оваа смисла докази врз кои не може да се заснова судска одлука се следните: исказ на обвинет којшто пред испитувањето не бил поучен за своите права (член 206); исказ на обвинет врз којшто при испитувањето била употребена сила, закана или други слични средства (член 210 став 5 и 7); исказ на обвинет којшто е испитан во отсуство на бранител, а одбраната била задолжителна, а во случаи кога одбраната не е задолжителна, таков е дадениот исказ на обвинет кој е испитан во отсуство на бранител иако изречно не се одрекол од тоа право или на којшто не му е дадена можност во рок од 24 часа од кога е поучен за неговото право на бранител самиот да си обезбеди бранител (член 210 став 6 и 7); исказ на сведок кој не може да биде сослушан како сведок (член 213 и 215); исказ на сведок кој е ослободен од должноста да сведочи, а кој не бил предупреден дека не мора да сведочи, или кој изречно не се откажал од тоа свое право, или пак се откажал од тоа право, но во записникот за негово испитување откажувањето не е забележено (член 214 и член 215); исказ малолетно лице, а кој не можел да го сфати значењето на своето право дека не мора да сведочи (член 215); исказ на сведок кој е добиен со употреба на сила, на закана (член 215) или со употреба на некое друго забрането средство, како што е измама (член 219 став 4); записник за вештачење или вешт наод и мислење изготвено од лице кое не може да се земе за вештак (член 238 став 1, 2 и 3); записник за претрес кој е извршен без добиена наредба за претрес, а во случајот не се исполнети условите за влегување во дом без наредба за претрес (член 181 став 2 и член 193).

⁴ Види: Г. Калаџиџев, Правична постапка, Докторска дисертација, Правен факултет Скопје, 2004.

незаконитите докази.⁵ Ова решение сепак не беше прифатено, од причини што се сметаше дека токму кај постапките за најтешките дела ни се потребни најсилни гаранции, па се остави досегот на забраната, водена од споредбеното право и практика да го решаваат судовите. Како што знаеме, ова прашање речиси цели две децении не побуди некое поголемо внимание, сè до појавата на т.н. бомби – односно од страна на опозицијата објавените (масовно) прислушкувани разговори и судските постапки за нив иницирани од страна на за нив специјално востановено посебно јавно обвинителство, кога ова прашање стана едно од најактуелните во историјата на македоското правосудство досега.

2. Смисла и видови доказни забрани.

Доказните забрани претставуваат правила со кои од една страна, начелно се исклучуваат од употреба определени доказни средства во кривичната постапка. Тоа се доказни извори кои од одредени причини како неетичност, стриктна законска забранетост поради нивниот криминален карактер (на пример, тортура, наркоанализа итн.) или на нивна недоволно потврдена сигурност (пример, полиграф, односно детектор на лаги, хипноза итн.), не може да се користат за утврдување на фактите во кривичната постапка, ниту пак врз нив може да се заснова одлука на судот со којашто се решава предметот во кривичната постапка. Од друга страна, истите правила важат и за доказните средства и докази кои се начелно допуштени во кривичната постапка, каде што добиените резултати, поради одредени процедурални пропусти во нивното прибавување, односно користење на тие доказни средства, немаат потребен докажен кредибилитет и не може да послужат како основа за донесување на одлуки во постапката (претрес без судски налог, земање на исказ на обвинетиот без почитување на правото на бранител и сл.). Првата група на доказни забрани (став 1) се забрани од апсолутен карактер бидејќи определени методи никогаш не може да бидат дозволени доказни средства. Така на пример, исказ прибавен со мачење не може да се користи, а лицето кое ја применило тортурата, односно изнудувањето на исказ, може и кривично да одговара (види член 142 од КЗ). Забрането и казниво е секое насилство, односно изнудување на признање или било какви изјави над лице лишено од слобода и врз лице чија слобода е ограничена, како и насилство спрема обвинето лице и секое друго лице кое учествува во кривичната постапка.

Втора група на доказни забрани (став 2), се забрани од релативен карактер бидејќи се работи за дозволени и законски доказни средства, меѓутоа доказите добиени од овие средства не се вреднуваат како подобни за користење во кривичната постапка. Во доказна смисла тие се исклучуваат,

⁵ Види: D. Krapac, Kazneno procesno pravo – knjiga prva, Informator, Zagreb, 2000; I. Bojanić, Z. Đurđević: Dopusštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008, стр. 973-1003.

поради тоа што при нивното прибавување се направени одредени тешки грешки поради невнимание или нестручност или тие биле прибавени со злоупотреба на субјектите во постапката (на пример, кога обвинетото лице, во случаите на задолжителна одбрана, е сослушано без присуство на бранител). Во таков случај неговиот исказ би немал никаков докажен кредибилитет во кривичната постапка и врз него не може да се заснова судската одлука.⁶

Во науката за казнено процесно право, не постои единствена терминологија во поглед на доказните забрани, а под општиот поим – доказни забрани се подразбираат сите правни норми кои содржат ограничување за изведување на одредени докази во кривичната постапка, а тие можат да се поделат на две основни групи:

- 1) Забрана за користење одредени докази и доказни средства и
- 2) Забрана за вреднување на одредени докази, односно забрана за користење на резултатите од некои доказни средства.

На пример, мачењето, како забранет метод за прибавување на докази или користење на некои хемиски средства со кои се делува врз волјата на лицата кои се сослушуваат, спаѓаат во забранети доказни средства и соодветно на тоа, сите докази прибавени со употреба на таков вид на доказни средства се забранети. Доколку таков доказ ненамерно сепак се задржи во списите од предметот, неговото вреднување е забрането, односно врз него не може да се заснова судска одлука. Тоа значи дека првата група на доказни забрани има некои сличности со втората група на доказни забрани, каде се работи за доказни средства и докази, чија употреба е забранета, но доколку од некои причини тие се сепак употребени, ако со оглед на другите докази е очигледно дека и без таков доказ би била донесена иста пресуда (член 415, став 1, т. 8 од ЗКП). Кај овие две групи практично постои кумулативна забрана за користење и вреднување. Кај втората група на докази, карактеристично е тоа што тие можат начелно да се употребуваат, меѓутоа врз нив не може да се заснова судската одлука, на пример, исказот на обвинетото лице (извор на доказ) е доказ кој се добива со сослушување на обвинетото лице и служи како доказно средство, меѓутоа ако во текот на сослушувањето се направени определени грешки и други процедурални пропусти, или обвинетото лице е сослушано спротивно на одредбите од ЗКП, без поука за правото на молчење, без присуство на бранител и сл., тогаш врз така добиен исказ не може да се заснова судската пресуда.⁷

Согласно член 93 од ЗКП, кога во овој закон е определено дека врз некој доказ не може да се заснова судската одлука, судот, по службена должност

⁶ Види: М. Шкулиќ, Коментар законика о кривичном поступку, Службени гласник, Београд, 2007, стр. 89).

⁷ Исто, стр. 90.

или по предлог на странките, ќе донесе решение за издвојување на тој доказ од списите.

3. Доктрината на „плодови од затруеното дрво“.

За современите кривични постапки е карактеристична доказната концепција за т.н. „плодови од затруеното дрво“ („*Fruit of the poisonous tree doctrine*“). Оваа теорија која е преземена од англо-американското казнено процесно право се однесува на правната недопуштеност на доказите коишто сами по себе се легални, но до кои се дошло посредно преку незаконити докази, на пример со незаконско испитување на осомниченото лице – како што тоа било во познатиот случај „*Миранда против Аризона*“. Така, на пример, ако полицијата примени присила за да изнуди признание на обвинетиот и врз основ на тој исказ го пронајде трупот на жртвата, ниту исказот, ниту трупот нема да може да се користат како доказ против обвинетиот.⁸

4. Досег и можни исклучоци.

Нашето казнено процесно законодавство, долго време не го регулираше прашањето на доказите прибавени на незаконски начин. За прв пат ова правило е воведено во ЗКП од 1997 год. и тоа во прилично строга форма, без какви било исклучоци. Имено, американското право познава серија исклучоци од ова правило, на претходниот пример, ако полицијата го пронајде трупот со помош на исказ добиен со мачење, тој сепак ќе може да се користи, ако трупот бил на место на кое секако ќе бил откриен, што значи не постои безусловен каузалитет меѓу доказот добиен незаконито и трупот како доказ. Причините заради која ваквите исклучоци не се преземени се од номотехничка природа, како и на други места во ЗКП, заради комплексноста на исклучоците од правилата.

Хрватскиот ЗКП пак го следи германскиот законодавец, инкорпорирајќи ја доктрината за т.н. одмерување или вагање (*Abwägungslehre*), според која помали повреди на законитоста, односно на правата ќе се толерираат во случај на потешки кривични дела.⁹ Ваквиот пристап експертите кои работат на новиот ЗКП го отфрлија заради тоа што токму кај потешките обвинувања на обвинетиот му требаат повеќе гаранции, а не помалку!

Денес постојат големи отпори кон екстензивното толкување на некои ултралиберални процесни гаранции настанати во САД во времето на

⁸ Исто, стр. 91.

⁹ Види: I. Bojanić, Z. Đurđević, *op. cit.*; I. Martinović, D. Kos, *Nezakoniti dokazi: teorijske i praktične dvojbe u svjetlu prakse Evropskog suda za ljudska prava, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, br.2. 2016.

таканаречената *due process* револуција.¹⁰ Меѓу другото, се нагласува тоа дека идејата која стои зад исклучувањето на релевантни докази е јасна и се состои во санкционирање на незаконитото дејствување на полицијата и другите органи на прогон и истрага, со цел да се заштити интегритетот на правниот систем.¹¹ Тоа значи не смее да се толкува екстензивно, во смисла дека било која незаконитост во прибавувањето на доказите е пречка за нивно користење во постапката.

Според Камбовски, независно дали се работи за „незаконит начин“ или за прибавување на доказите „со кршење на слободите и правата“, вистинските проблеми на доказните забрани не се формалните норми на казненото процесно право, туку филозофијата на казнената постапка, правото за човековите права и уставното право и гаранции за положбата на поединецот во системот и за односот помеѓу индивидуалното достоинство, природните слободи и права и јавниот (државниот) интерес. Ова затоа што исклучувачките правила мораат да се посматраат како процедурално продолжување на заштитата на човековите права. Со оглед на тоа дека човековите права имаат „вертикално дејство“, односно подразбираат заштита од злоупотребата на власта на државата, треба да се прави разлика помеѓу незаконито прибавени докази од јавните власти (полицијата) и од граѓани (т.н. „хоризонтално дејство“ на слободите и правата).¹²

Оттука, доказните забрани се всушност правила за самоограничување на овластувањата на полицијата и јавното обвинителство во истражувањето на делото и обезбедувањето докази кои треба да бидат изведени на главната расправа.¹³ Следејќи ја логиката на нивната основа - човековите слободи и права, доказните забрани врзани за кршење на правата имаат, според тоа, вертикално-дејство и се однесуваат на забрана на прибавување докази од јавните власти, освен кога за тоа постои јавен интерес и легитимна цел утврдена со закон.

Во таа смисла сè појасно се истакнува дека доказите прибавени незаконито од страна на некое *трето лице* не е пречка за користење на доказите бидејќи законитоста не треба да се фетишизира и да се преценува на штета на сериозните интереси за казнување на сторителите на кривични

¹⁰ Види: Y. Ma, Comparative analysis of exclusionary rules in the United States, England, France, Germany and Italy, Policing, 1999, 280, 296; G. Boulet, Illegally obtained evidence and democracy, *jura falconis*, jg 45, 2008-2009, nr 3, p. 417-433 <https://www.law.kuleuven.be/jura/art/45n3/boulet.html>.

¹¹ Види: J. D. Jackson/ S. J. Summers, *The Internationalization of Criminal Evidence*, Cambridge, 2012, стр. 151-198; A. Ashworth, *The Exclusion of Evidence Obtained by Violating a Fundamental Right*, во: P. Roberts/ J. Hunter, *Criminal Evidence and Human Rights*, Hart, Oxford, 2012, стр. 145-161.

¹² Види: В. Камбовски, Доказните забрани во казнената постапка во светлината на начелото на владеење на правото, МРКПК, бр. 2, 2017.

¹³ Види: D. Krapac, *Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava* // *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 60 (2010), стр. 1207-1240.

дела, заштита на жртвата и сл. Во споредбеното право постои разлика во строгоста на третманот на незаконитите докази, при што може грубо да се групираат држави каде речиси сите незаконити докази по правило се исклучуваат (Австрија, Данска, Финска, Франција, Германија Шведска и Велика Британија) и држави кои повеќе или помалку допуштаат истите да се користат во постапката (Белгија, Кипар, Шпанија, Грција, Ирска, Италија, Луксембург, Малта, Холандија и Португалија), но сè повеќе држави имаат посебен пристап во случаите кога доказите незаконито се прибавени од трети лица, во смисла на нивно допуштање.¹⁴

5. Јуриспруденцијата на Европскиот суд за човекови права.

Практиката на ЕСПЧ во Стразбург по ова прашање е обемна, но сè уште не е до крај искристализирана. Во случајот Шенк против Швајцарија (*Schenk v. Switzerland*, 12.07.1988, Series A, No. 140) судот за прв пат ја изнесе својата доктрина според која истиот има резервиран став спрема доказните правила воопшто – вклучувајќи го и прашањето за законитоста на доказите, што го смета за прашање кое во прв ред треба да го решаваат домашните судови (види *Schenk v. Switzerland*, 12 July 1988, §§ 45-46, Series A no. 140; *Teixeira de Castro v. Portugal*, 9 June 1998, § 34, Reports 1998-IV; and *Heglas v. the Czech Republic*, no. 5935/02, § 84, 1 March 2007), за тој на крај сепак да го задржи правото да оценува дали судењето во целина, вклучувајќи го и начинот на кој се изведени доказите, е согласен со концептот на фер судење согласно членот 6 од ЕКЧП (види, *inter alia*, *Khan*, no. 35394/97, § 34, ECHR-V; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, § 76, ECHR 2001-IX; and *Allan v. the United Kingdom*, no. 48539/99, § 42, ECHR 2002-IX). Во овој случај со речиси филмско сценарио лицето коешто едниот брачен другар го најмил да го убие другиот брачен другар му го открива заговорот на другиот брачен другар и заедно решаваат да го снимат телефонскиот разговор со нарачателот на убиството и да го пријават во полиција. Судот утврдил дека приватноста од чл. 8 е повредена, но не и правото на фер судење од чл. 6 на ЕКПЧ. Овде се чини било битно тоа што полицијата не го instruирала незаконитото снимање, иако судот во своите анализи тоа никогаш не го нагласи. Сепак, во некои други случаи каде полицијата го поттикнала или instruирала снимањето што го направило некое друго лице смета дека со тоа е индиректно инволвирана полицијата, одн. државата (*M.M. v. the Netherlands (Appl. N°39339/98), the judgment of 8 April 2003*; *A. v. France, judgment of 23 November 1993, Series A n° 277-B*).

Притоа, според јуриспруденцијата на овој суд, единствено повредата на чл. 3 во случај на тортура по дефиниција доведува до повреда на правото на фер судење доколку доказите добиени со тортура се користени

¹⁴ Види: CFR-CDF.opinion3-2003, http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm.

во постапката и во донесување на судската одлука (на пример, Левинта против Молдавија, *Levinta v. Moldova, judgment of 16 December 2008*; Харутунян против Ерменија, *Harutyunyan v. Armenia, no. 36549/03, ECHR 2007*). Користењето на доказите добиени со полесните повреди на чл. 3 (нехуман или деградирачки третман) не доведуваат автоматски до повреда на правото на фер судење од чл. 6. Така, на пример, во случајот Јелох против Германија, судот нашол повреда на забраната за мачење или нехуман или деградирачки третман од чл. 3 на ЕКПЧ заради тоа што полицијата му дала посебни средства за осомничениот да ја поврати дрогата којашто ја голтнал при апсењето, но сметал дека делото не било сериозно бидејќи се работело локален дилер за чие гонење немало голем јавен интерес, поради што заклучил дека во случајот е сторена и повреда на чл. 6 од конвенцијата (*Jalloh v. Germany [GC], no. 54810/00, ECHR 2006-IX*). А contrario, во литературата се заклучува дека за потешки кривични дела или други случаи каде има поголем јавен интерес овие докази се допуштени! Судот притоа зема во предвид и други фактори, на пример, дали апликантот можел во текот на домашната постапка да ја оспорува законитоста и веродостојноста на спорните докази пред домашните судови; дали во случајот имало и други релевантни докази и сл. Така, на пример, во случајот Хаџи Озен против Турција, каде доказите се добиени со примена на присила, покрај постоење на нехуман третман (повреда на чл. 3), судот утврдил и повреда на чл. 6 со оглед на тоа што спорните докази биле прибавени и без присуство на бранител, а претставувале главен доказ за пресудата (види: *Haci Özen v. Turkey, no. 46286/99, § 71, 12 April 2007*).

Во таа смисла се и одлуките на судот во случаите каде е повредена приватноста заштитена со чл. 8 од ЕКПЧ или правата на одбрана од чл. 6. Освен во споменатиот случај *Шенк против Швајцарија*, судот во Стразбур во случаите на користење на доказите добиени со повреда на приватноста по правило не утврдува дека и судењето не било правично. Така, во случајот Хеглас против Чешка, судот не нашол повреда на правото на фер судење каде што апликантот (обвинетиот) бил сниман тајно така што неговата девојка била „озвучена“ од страна на полицијата, затоа што пред домашниот суд можел да го оспорува користењето на вака прибавените докази (*Heglas v. the Czech Republic, no. 5935/02, the judgment of 1 March 2007*). Сличен на овој е и случајот Биков против Русија, каде полицијата тајно снимала во домот на апликантот (обвинетиот) преку озвучен информатор; сценариото и овде било „филмско“ – полицијата претходно лажно објавила во медиумите дека лицата чиешто убиство апликантот го наркал се убиени (*Bykov v. Russia, the judgment of 10 March 2009*).

Познат е случајот *Кан против Велика Британија*, каде признанието на апликантот (обвинетиот) било тајно снимено во куќата на сообвинетиот (*Khan v. the United Kingdom, no. 35394/97, ECHR 2000-V*). Судот утврдил

дека иако тајното снимање од страна на полицијата претставува повреда на приватноста од чл. 8 на ЕКПЧ бидејќи во тоа време Велика Британија имала само подзаконски правила, а не и законска процедура, осудата врз основ на снимените инкриминирачки изјави не претставува повреда на чл. 6 од ЕКПЧ бидејќи снимањето не било спротивно на домашното право, а обвинетиот можел да ги оспорува законитоста и автентичноста на овие изјави пред домашните судови, водејќи сметка за јавниот интерес за сузбивање на сериозен криминал. Во тој случај судот земал предвид и тоа дека полицијата воопшто не знаела дека обвинетиот ќе биде сниман.

Поинаку било одлучено во случајот *Алан против Велика Британија*, каде полицијата намерно го снимала апликантот, додека тој како осомничен бил во притвор. Со тоа, според судот било повредено правото на молчење и привилегијата против самообвинување - имплицитни елементи на правото на фер судење од членот 6 на конвенцијата (*Allan v. the United Kingdom, no. 48539/99, ECHR 2002-IX*). Сличен на овој (но без повреда на чл. 6 од конвенцијата) е, исто така, британскиот случај каде полицијата тајно го снимала обвинетиот (апликантот) додека бил во притвор, за да добие примерок од гласот за споредба со претходно спроведеното тајно снимање, што инаку не било можно бидејќи обвинетиот упорно се бранел со молчење (*P.G. and J.H. v. the United Kingdom, no. 44787/98, ECHR 2001-IX*).

6. Доследно толкување на домашното право.

Кај нас, како што е познато, прашањето се актуелизираше во врска со допуштеноста на користењето на незаконитите снимки од снимените телефонски разговори во постапките кои ги води Јавно обвинителство за гонење на кривични дела поврзани и кои произлегуваат од содржината на незаконското следење на комуникациите (понатаму СЈО). Ова е едно од прашањата кое побуди огромен интерес и ја подели македонската правна, но и пошироката јавност, при што правните аргументи очигледно се и силно политички обоени заради политичките прилики во државата.

Од една страна е рестриктивното толкување на чл. 12 од ЗКП дека доказите како незаконити воопшто не може да се користат во постапката, што го застапува одбраната на обвинетите пред СЈО, а истото е поддржано и од судијата на претходна постапка на ОС Скопје 1, според кое овие снимки треба да се издвојат уште пред да почне постапката. Нешто поумереното негативно становиште има Претседателот на Врховниот суд Јово Вангеловски во неговиот неслужбено објавен реферат за користењето на незаконски прибавените докази по повод поднесено барање за заштита на законитоста, според кого снимките од прислушваните разговори може да се користат како индиции (поимот „индиции“ погрешно се користи како за некакви рани, непроверени докази), но не и на судењето, ниту како основ за пресуда.

Од друга страна, се смета дека токму Законот за Јавно обвинителство за гонење на кривични дела поврзани и кои произлегуваат од содржината на незаконското следење на комуникациите, Сл. весник бр/2015 (натаму: Закон за СЈО) ја потврдува исправноста на толкувањето дека доказите незаконито прибавени од трети лица може да се користат во постапката, зошто спротивното толкување на чл. 12 (апсолутна забрана на користењето на кои било и од кого било незаконито прибавени докази) би било нелогично. Со ваквото толкување би произлегло дека се забранува секое користење на незаконито прибавените докази, како и на „доказите произлезени од нив“, што е спротивно на меѓународната пракса и формирањето и функционирањето на СЈО не би имало никаква смисла. На ваквото толкување на ЗКП во врска со Законот за СЈО се приклони поголемиот дел на академската јавност.¹⁵

При ваква состојба од извонредно значење е скорешната одлука на Апелациониот суд во Скопје донесена на 4.8.2017 година, со која овој суд ја уважи жалбата на СЈО и го укина решението донесено од Основниот суд Скопје I Скопје со кое од списите на предметот се издвоени снимените материјали предложени како доказ за предметот поврзан со настаните во Општина Центар. Според оваа одлука доказите прибавени од прислушкуваните материјали можат да се употребат како доказ во кривичната постапка. Според него:

„...став (2) го регулира начинот на прибавување на доказите, а не начинот на нивното создавање или на нивната содржина, што е и правен стандард заради запазување на јавниот интерес.“

„Затоа, без разлика како во конкретниот случај предметните аудио -записи од телефонски разговори се создадени, истите се прибавени на законит начин и можат да се користат во постапката врз основа на Законот за јавно обвинителство за гонење на кривични дела поврзани и кои произлегуваат од содржината на незаконското следење на комуникациите (Сл. весник 159/15) и чл. 287 од ЗКП, кој ја регулира обврската за доставување на податоци на јавниот обвинител, во случајот надлежен да истражува и гони за кривични дела поврзани и кои произлегуваат од содржината на неовластеното следење на комуникациите, кому политичката партија ... му ги доставила овие снимки и други снимки, документи во електронска форма и писмени докази.“

Впрочем, Апелациониот суд Скопје ваквиот став го има искажано на страна 33 од својата пресуда КОКЖ.35/15 од 26.9.2016 година. Со донесување на споменатиот Закон за јавно обвинителство за гонење на кривични дела поврзани и кои произлегуваат од содржината на незаконското следење на комуникациите (Сл.весник 159/15), за овој суд

¹⁵ Види: В. Камбовски, цит. дело; Л. Трпеновски, Дали Специјалното обвинителство може да ја добие битката против судската одлука за издвојување на доказите како незаконито прибавени, МРКПК, бр. 1, 2016.

аудио - записите од телефонските разговори се внесени во правниот поредок на РМ и врз нивна основа Јавното обвинителство за гонење на кривични дела поврзани и кои произлегуваат од содржината на незаконското следење на комуникациите С. истражува кривични дела и гони сторители и истите стануваат дел од доказниот материјал.

Од горенаведените причини, овој суд утврди дека првостепенитиот суд при донесување на обжаленото решение сторил суштествена повреда на одредбите од чл. 415 ст. 1 т.11 од ЗКП бидејќи донел решение кое е нејасно, противречно и во кое не се наведени причини за решавачките факти, како и погрешно го применил чл.83 в.в. чл. 12 од ЗКП, со што сторил суштествена повреда од ст. 2 на чл. 415 од ЗКП, што обжаленото решение го чини незаконито, на согласно чл. 443 ст. 3 од ЗКП одлучи како во изреката на решението.“¹⁶

7. Заклучок.

Од изнесеното можеме да заклучиме дека смислата на доказната забрана од член 15 став 2 на ЗКП е да обезбеди заштита на правата и на интегритетот на казненоправниот систем од повреди на правата и законите од страна на полицијата и другите органи на државната власт, при што сме подготвени на определено жртвување на ефикасноста во борбата со криминалот со цел да ги дисциплинираме државните органи со посебни овластувања и да ги одвраќаме од намерни злоупотреби и пречекорувања. Сепак, повредата на правото на приватност на осомничените сторени од страна на трети (приватни) лица не оправдува вакво строго толкување и исклучување на доказите. Ваквото толкување е единствено доследно со постојниот Закон за СЈО. За разлика од проф. Камбовски, ние сметаме дека Законот за СЈО не создава исклучок од правилото на ЗКП, туку упутава на негова правилна интерпретација согласна со духот на правилото.

¹⁶ Решение КЖ-729/17 4.8.2017 година (по жалбата на Специјалното обвинителство поднесена против Решението на Основниот суд Скопје I К. бр. 1904/16 од 16.12.2016 година за издвојување на докази прибавени на незаконит начин).

Professor Gordan Kalajdziev, Ph.D.¹⁷

UNLAWFUL EVIDENCE IN THE CRIMINAL PROCEDURE

1.02 Review Article
UDK 343.14:343.41-027.21

Abstract

At the time when the exclusion of the evidence obtained unlawfully was introduced as a rule in domestic law, the issue of the scope of this principle ban was inevitable. Namely, in comparative and international law, there are a number of exceptions to this rule, which establish a certain balance between the desire for legality and the rule of law in the functioning of the criminal justice system which requires the defendants to act in a fair and equitable manner, with full respect for human rights and freedoms, which is not only the interest of the individual, but is a general social interest, but at the same time the society is also interested in condemning the perpetrators of criminal acts and does not approve the release of the perpetrators of severe edge cases marginal violations of the rights or the rules, especially if the damage can not be attributed to the state.

Key words: evidence, human rights, rule of law, judiciary.

¹⁷ Professor at the Faculty of Law "Justinian Primus" in Skopje.

Dragan Novosel¹

KORIŠTENJE KLASIFICIRANIH PODATAKA U KAZNENOM POSTUPKU - ISKUSTVA I NAČIN RADA U REPUBLICI HRVATSKOJ

1.02 Прегледна научна статија
УДК 343.1:35.038.8 (497.5)

Abstrakt

Analizirajući sadržaj Zakona o tajnosti podataka može se bez ikakve dvojbe tvrditi da je donesen s ciljem da se zaštita tajnih podataka i način rukovanja s tim podacima uredi u skladu s standardima koji se primjenjuju na području vojne i državne sigurnosti. Sve u tom Zakonu to pokazuje, od toga da se podaci razlikuju kao klasificirani i neklasificirani iz čega proizlazi da drugih podataka koje upotrebljavamo u redovnom životu i radu ne bi trebalo biti, do toga da zakonodavac u suštini nije riješio postupanje i način rada s tajnim podacima drugih državnih tijela i pravnih osoba s javnim ovlastima.

Ključne riječi: klasificiranih podataka, republika Hrvatska, zakon o tajnosti podataka.

1. Uvodno

Zakonom o tajnosti podataka (NN 79/07, 86/12) utvrđuje se pojam klasificiranih i neklasificiranih podataka, stupnjevi tajnosti, postupak klasifikacije i deklasifikacije podataka, pristup klasificiranim i neklasificiranim podacima i njihova zaštita. Analizirajući sadržaj Zakona o tajnosti podataka može se bez ikakve dvojbe tvrditi da je donesen s ciljem da se zaštita tajnih podataka i način rukovanja s tim podacima uredi u skladu s standardima koji se primjenjuju na području vojne i državne sigurnosti. Sve u tom Zakonu to pokazuje, od toga da se podaci razlikuju kao klasificirani i neklasificirani iz čega proizlazi da drugih podataka koje upotrebljavamo u redovnom životu i radu ne bi trebalo biti, do toga da zakonodavac u suštini nije riješio postupanje i način rada s tajnim podacima drugih državnih tijela i pravnih osoba s javnim ovlastima. Naime, većina tih osoba po nekada ima u radu klasificirane podatke ali u pravilu njihovi podaci su samo podaci koji ne zahtijevaju bilo kakov poseban tretman i zaštitu.

Ta manjkavost u zakonu koji regulira koji su podaci tajni, zaštitu tajnosti i postupanje s tajnim podacima posebno dolazi do izražaja u kaznenom postupku. U samom postupku često prije otvaranja istrage ili istraživanja koristimo bez teškoća klasificirane podatke u skladu s Zakonom o tajnosti podataka, ali u kasnijim fazama, osobito na raspravi korištenje klasificiranih podataka kao dokaza je izuzetno složeno, kako obzirom na odredbe Zakona o tajnosti podataka, tako i

¹ Bivši zamjenik Glavnog državnog odvjetnika RH

