

проф. д-р Гордана Лажетик¹

**ПРАВНИОТ РЕЖИМ НА КЛАСИФИЦИРАНИТЕ ИНФОРМАЦИИ
И НЕЗАКОНИТИТЕ ДОКАЗИ**
-- домашни и компаративни аспекти² -

1.02 Прегледна научна статија
УДК 35.083.8:[343.14:343.41]:34.05

Анстракт

Откако започна со работење Специјалното јавно обвинителство (СЈО) во македонската судска практика се појавија толкувања и ставови во однос на определени прашања и процесни решенија од казненото процесно право коишто претходно никогаш не предизвикувале недоумици. Во овој контекст особено внимание заслужува статусот и постапувањето со класифицирани информации во текот на кривичната постапка како и обемот и структурата на незаконитите докази. Во однос на статусот на класифицираните информации во кривичната постапка во трудот сумарно се презентира искуството во САД со примена на актот познат како CIPA. Со цел да се направи паралела помеѓу англисаксонското искуство и легислативните решенија во Германија, во трудот се прави споредба и се дава оценка дека можностите од CIPA може само ограничено да се ползуваат на европско тло. Во ЕУ законодавството ги регулира сите значајни прашања поврзани со начинот на користење на класифицираните информации во судот, нивните категории, security risk management, нивната безбедност и заштитата. Во однос на користењето на класифицираните информации во текот на кривичната постапка, авторот констатира дека тие може да се користат бидејќи немаат статус на незаконит доказ, при што не е потребно нивно декласифицирање, туку е потребно единствено да се почитува постапката во однос на класифицираните информации со цел да се одбегне ризикот неовластени лица да ја осознаат нивната содржина.

Во трудот се укажува дека е потребно да се разликуваат три категории незаконити докази: апсолутно недозволените докази, доказите прибавени со повреда на процесните претпоставки за правилно преземање на определено процесно дејствие со кое се прибавува доказ и докази врз кои не може да се заснова пресудата. Во овој контекст, особено треба да се има предвид фактот што ЕСЧП воспоставил врска помеѓу законитоста на доказите и правото на правична постапка при што незаконитоста на

¹ Редовен професор, Правен факултет „Јустинијан Први“ - Скопје, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје, контакт адреса: gordana2206@gmail.com.

² Презентирано на стручно-научна расправа „Отворени прашања во врска со доказите и докажувањето во кривичната постапка“, 10 март 2017 година, Скопје.

Гордана Лажетик

одделен доказ не води кон оцена за неправичност на целата постапка, а предмет на посебна оцена е право на одбраната во однос на незаконитиот доказ и околноста дали незаконскиот доказ е единствен темел на осудата.

Клучни зборови: владеење на правото, класифицирани информации, кривична постапка, незаконити докази.

Вовед

Состојбата во којашто се наоѓа правниот и политичкиот систем во Македонија како резултат на сериозната и длабока институционална и политичка криза придонесе за пораст на загриженоста дека правото може да прерасне во инструмент на политиката, наместо тоа да има обратна улога – да доведува до ограничување на власта и моќта. Од друга страна принципот на владеењето на правото, наместо да биде проткаен во правниот систем на стабилна правна држава којашто се определи за пат кон ЕУ уште во далечната 2001 година, тој доби прерогативи на недостижна вредност во услови на такво практикување на власта што државата значително ја оддалечи од портите на ЕУ. Еклатантно е напуштањето на темелните вредности предвидени со Уставот на Република Македонија во однос на почитувањето на основните човекови слободи и права и оживотворување на принципот за поделбата на власта поради меѓусебен баланс и контрола на трите власти. Масовното следење на комуникациите создаде несигурност кај граѓаните кај коишто, наместо да се зацврсти чувството дека се заштитени од државните органи коишто постојат со цел да спречат повреда на индивидуалните слободи и права, се вкоренија сериозни сомнежи дека определени државни органи поради партизираноста и политизацијата се претвориле во својот антипод - станале генераторот на повредите на слободите и правата, придонеле за урисување на правната сигурност и загрозување на добробитта и европската перспектива на државата.³

Во контекст на вака развиените фундаменти за функционирање на државата, не мора посебно да се аргументира впечатокот дека повикувањето на правните принципи врз кои треба да се темели една демократска држава почнаа да се користат како инструмент за одбегнување на одговорноста. Правото мора да биде проткаено со толкувања, тврдења, ставови и мислења

³ Извештајот на експертската група раководена од Г. Прибе, http://ec.europa.eu/enlargement/news_corner/news/news-files/20150619_recommendations_of_the_senior_experts_group.pdf; The Former Yugoslav Republic of Macedonia Report 2015, Brussels, 10.11.2015 SWD(2015) 212 final, http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2015/20151110_report_the_former_yugoslav_republic_of_macedonia.pdf; Macedonia 2014 Human Rights Report, US State Department, <http://www.state.gov/documents/organization/236762.pdf>; Breaking the Conspiracy of Silence, Amnesty International Publications, 2015, [www.transparency.org](http://www.transparency.org/cpi2014/results); <http://www.transparency.org/cpi2014/results>; Corruption Perceptions Index 2015, Transparency International, https://www.ica.int/images/news/2016/Corruption_Perceptions_Index_2015_report.pdf; Nations in Transition 2016 - Europe and Eurasia Brace for Impact, Freedom House, https://freedomhouse.org/sites/default/files/FH_NIT2016_Final_FWeb.pdf; Amnesty International Report 2015/16 - The state of the world's human rights, 2016, <https://www.amnesty.org/en/countries/europe-and-central-asia/macedonia/report-macedonia/>.

кои се поттикнати единствено од желбата за унапредување на правните правила и принципи и за аргументирање во прилог на правната догматика и надминување на дилемите во судската практика.

Воедно, неодминлив е впечатокот дека откако започна со работење Специјалното јавно обвинителство (СЈО),⁴ во македонската судска практика се појавија толкувања и ставови во однос на определени прашања и процесни решенија од казненото процесно право коишто претходно никогаш не предизвикувале недоумици. Со самиот назив на Законот за СЈО се разјаснува дилемата дека во Македонија било спроведено масовно незаконско прислушкување на огромен број граѓани. Се чини како во јавноста да се подзаборави дека јавниот интерес е еден и единствен и дека за неговата заштита се задолжени и редовното јавно обвинителство и СЈО. Оттука, дел од наметнатите дилеми и дубиози имаат многу помалку реален правен основ, досега не предизвикувале проблеми во судската практика, биле донесувани соодветни пресуди во комплексни судски случаи без потреба од какво било дополнително нивно толкување и сл. Оттука, појавата на различни поимања и толкувања предизвикува потреба теоријата да ги разреши, објасни, да укаже на правилниот пат за имплементација на одредбите, а со должно внимание во однос на гаранциите за одбраната, но и за ефикасно функционирање на правниот систем односно заштита на јавниот интерес.

Со цел да се надминат определени недоумици во практиката се оцени како неопходен придонесот на науката за дефинирање, разјаснување, анализа, заклучување и давање предлози во однос на прашањата коишто се наметнаа како невралгични точки, а имено, статусот на класифицираните информации, како и опфатот и структурата на незаконитите докази.

1. Статусот на класифицираните информации во кривичната постапка

1.1. Компаративни искуства

Постапувањето со класифицираните информации во САД. Актот за постапување со класифицираните информации (*Classified Information Procedure Act's - CIPA*)⁵ е донесен во САД во 1980 година. Потребата од донесување на актот се наметнала поради дилемата кај државниот обвинител дали да поведе кривично гонење во случај кога повредата на кривично-правната норма засега во загриженост дека судскиот процес може да ја загрози државната безбедност. Конгресот на САД го донела Актот CIPA со цел да се обезбедат начини уште пред да се започне судењето да се утврди дали постои дилемата „да се открие сензитивната информација“ или „

⁴ Закон за Јавното обвинителство за гонење на кривични дела поврзани и кои произлегуваат од содржината на незаконското следење на комуникациите, Службен весник на РМ, бр. 159/2015.

⁵ https://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode18a/usc_sup_05_18_10_sq3.html.

воопшто да не се поведува кривичното гонење“. Според Актот СІРА, под „класифицирани информации“ се подразбираат какви било информации или материјали кои се утврдени од страна на Владата на САД согласно со извршна наредба, закон или регулатива, за кои се бара да бидат заштитени од неовластено откривање од причини на национална безбедност. Притоа, под национална безбедност се подразбира национална одбрана и надворешните односи на САД.

По поднесување на обвинението, секоја од страните може да иницира одржување на предсудско рочиште (*pretrial conference*) на коешто се разгледуваат прашања поврзани со класифицираните информации коишто може да се појават како доказ во постапката. Постои можност и судот на сопствена иницијатива да одржи предсудско рочиште. На рочиштето се утврдува тајмингот за барањето за откривање на информацијата. Ниту една изјава дадена од обвинетиот или неговиот бранител дадена на ова рочиште, не може да се користи против него, освен ако е таа поднесена во писмена форма и ако е потпишана од обвинетиот или неговиот бранител.

Во случај кога предмет на одлучување е откривање на класифицирани информации на обвинетиот, судијата е овластен да одлучи дали Владата е должна на обвинетиот да му ги даде класифицираните информации што тој смета дека му се потребни за да ја презентира својата одбрана на суд. Обвинетиот е должен со писмен поднесок да ја извести Владата и судот кои класифицирани информации планира да ги изнесе на судењето во прилог на тезата на одбрана. Судијата на посебно нејавно рочиште заедно со странките одлучува дали ќе удоволи на одбраната да ѝ бидат дадени класифицираните информации. Одлуката зависи од тоа колку тие информации се важни за тезата на одбраната, односно тие треба да имаат пресудно значење. Во спротивно, судот може да не дозволи откривање на класифицираните информации.

Во случај ако судот дозволи откривање на класифицираните информации, тој може да донесе една од следниве одлуки:

- некои податоци од оригиналните документи да бидат избришани пред да се дадат документите на одбраната, секако ако оцени дека тие не се важни за одбраната во случајот;
- да се изготви резиме од оригиналниот документ коешто ги содржи податоците важни за одбраната и тоа резиме да се цени како доказ;
- да постои изјава од официјално лице кое ќе ја потврди содржината на документот при што не се доставува документот во оригинал и тој воопшто не се вклучува во листата на доказите.

Сепак, ако Владата се противи на откривање на документот што судот го дозволил, судот мора да го отфрли обвинението.

Пред да се донесе актот, обвинетите во судските случаи каде што била засегната националната безбедност многу често создавале состојба на т.н. „*graymail*“ за да ја принудат Владата да одлучи дали ќе го повлече случајот или ќе ризикува да се откријат доверливи информации во текот на

судењето. Всушност, „*graymail*“ означува тактика на одбраната, во случај на шпионажа, тероризам и слични кривични дела, кадешто таа бара да се откријат државни тајни со цел Владата да ги повлече обвинувањата. Токму Актот СІРА претставува формализиран систем за евалуација и одмерување на ризикот од откривањето на податоците пред да започне судењето. Овој Акт регулира постапувања за заштита на класифицираните информации, како и нивните извори, без притоа да се повредат правата на одбраната. Ваквата заштита ги опфаќа и безбедносните и разузнавачките информации што другите држави им ги направиле достапни на САД.

СІРА посебно го заштитува сослушувањето на сведокот кој би можел да открие класифицирани информации во текот на испитувањето што го врши одбраната. Имено, при испитувањето на сведок во кривичната постапка, Владата може да се спротивстави на секое прашање или испитување кое може да бара сведокот да открие класифицирани информации кои претходно биле оценети како недозволенени. По изнесениот приговор, судот треба да оцени дали одговорот на така поставеното прашање ќе го дозволи или не.

СІРА наспроти класифицираните информации во германското право. Одредбите за класифицирани информации се содржани во германскиот ЗКП (*Strafprozessordnung*)⁶ и тоа во неколку оддели:

- во одделот 54 е пропишана обврска судијата и другите јавни службеници да одбијат да сведочат ако таквото сведочење е во спротивност со службената обврска за чување тајна;
- одделот 68 (3), му дозволува на судот да сокрие идентитетот на сведок од безбедносни причини;
- одделот 96 ѝ овозможува на Владата да не открие официјални документи ако нивното откривање би наштетиле на интересите на државата;
- одделот 110б (3) дозволува идентитетот на прикриениот истражител да остане таен;
- одделот 244 (3) дозволува откривање на докази под определени услови, во случај кога доказите се недостапни, на пример: барањето да се обезбеди доказ ќе биде отфрлено ако обезбедувањето на тој доказ не е дозволено; барањето да се обезбеди доказ ќе се одбие ако тој доказ се оцени како непотребен, излишен бидејќи прашањето е општо познато, ако е факт што е ирелевантен за донесување законита одлука или е факт што е веќе докажан и сл.

Според одделот 174 од Законот за организација на судовите (*Gerichtsverfassungsgesetz*), судијата има можност да ја исклучи јавноста од постапката за да не се повреди обврската за чување тајна. Одлуката за исклучување на јавноста мора да биде јавно соопштена, освен во случај кога е дозволено да се соопшти и на нејавно рочиште ако постои стравување дека јавното соопштување може да доведе до нереди во текот на судењето.

⁶ Strafprozessordnung [StPO], достапен на <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StPO.htm>.

Во основа, германскиот правен систем се оценува како недоволно флексибилен бидејќи тешко се приспособува на интересите на националната безбедност во однос на откривање на класифицирани информации во текот на судењето.⁷ Имено, германските судови се соочиле со судир меѓу правата на одбраната (*due process*) и интересот на државата во заштита на класифицираните информации, особено кога по терористичкиот напад на 11 септември во САД, во Германија биле уапсени двајца Мароканци, *Mounir el Motassadeq* и *Abdelghani Mzoudi* под обвинение дека им помагале на одредени киднапери на авиони кои биле користени во нападите и биле дел од групата позната како „Хамбург ќелија”. Неможноста за користење класифицирани информации во текот на судењето довело до тоа обвинетиот Mzoudi да биде ослободен од обвинение поради недостиг од докази, односно поради неможноста да се обезбеди сведочењето на сведок којшто можел да открие класифицирани информации. Во жалбената постапка во случајот на другиот обвинет, *Motassadeq*, Германскиот федерален суд утврдил дека правото на правично судење на обвинетиот било повредено кога многу важен сведок, кој бил потенцијално во корист на одбраната, не бил обезбеден во текот на судењето. Според јуриспруденцијата на Европскиот суд, правото на правично судење од ЕКЧП 6(3)(d) е повредено кога на обвинетиот не му се овозможува да сослуша сведок со образложение дека му е тоа оневозможено поради заштита на класифицирани информации кои би можел сведокот да ги изнесе пред судот. Имено, информацијата не би имала статус на класифицирана информација ако не ја засега безбедноста на државата. Токму судирот помеѓу правата на одбраната и безбедносните интереси на државата резултирала со бурни судски постапки за на крај Владата да го загуби случајот против обвинетиот.

Ако германското право се спореди со можностите што ги нуди Актот CIPA во САД, којшто овозможува баланс помеѓу откривањето на доказите (*disclosure*) како право на одбраната и заштитата на класифицираните информации би можело да се изведат неколку заклучоци: можноста обвинетиот писмено да го извести судот кои сведоци би ги повикал и на кои околности не би било проблематично за германското право; можноста за исклучување на јавноста, исто така, не би претставувало проблем. Проблемот би настанал кога во некој документ што содржи класифицирана информација би се направило редактирање, менување, бришење на податоци и сл., со оглед на фактот што на овој начин може да се повреди правото на фер судење бидејќи ваквите постапки може да доведат до тоа да не може да бидат предмет на оценка на судот некои потенцијално ослободителни факти за одбраната. Но, од друга страна, менување на резимето или замена на изјавата би можела да ја помине уставната контрола бидејќи не се сокрива целосно документот, туку се овозможува на одбраната да го користи во еден ограничен дел. Токму ова е компромисот помеѓу правото за фер судење

⁷ Joseph Wheatley, *The Hamburg 9/11 terrorism trials: prospects for german legal reform and intelligence sharing*, *Journal of international law & policy*, Vol. Iii, 3 j. Int'l. & pol'y 3:1 (2006).

на одбраната и заштитата на државниот интерес и безбедноста. Ваквото постапување не е во спротивност со чл. 6(3)(d) од ЕКЧП бидејќи одбраната би го тествала сведокот на ист начин како што тој сведочел против неа – со писмена изјава, без нужно лично присуство. Ова претставува еден начин за изведување на индиректен доказ (*indirectly introducing evidence*). Од овие причини, употребата на резимеа и одредби, најверојатно, не ги нарушуваат правото на обвинетиот на правично судење, ниту го крши правото на јавноста да знае информации во врска со судењето. Токму во случајот на обвинетиот Motassadeq проблем во текот на судењето претставувало тоа што ниту било обезбедено присуство на сведокот, ниту била достапна негова изјава.

Постапување со класифицираните информации во ЕУ. Советот на ЕУ во 2013 година донел нова Одлука за безбедносни правила за заштита на класифицираните информации на ЕУ,⁸ со која била заменета претходната одлука во однос на класифицираните информации од 2011 година.⁹ Со новата Одлука се утврдуваат основните начела и минималните безбедносни стандарди за заштита на класифицираните податоци во ЕУ (*EU CI - EU classified information*). Државите членки се должни да ги почитуваат воспоставените безбедносни стандарди со цел да се обезбеди еднаков степен на заштита на класифицираните информации на ЕУ. Одлуката детално ги пропишува сите важни аспекти поврзани со класифицираните информации: категориите на класифицираност, security risk management, безбедност на информациите во физичка и персонална смисла, заштита на податоците во комуникациски и информатички системи и сл. Пропишана е постапката за користењето на класифицираните информации и заштита на нивната содржина, но предмет на детални одредби се и прашањата за користењето на класифицираните информации, нивната размена помеѓу телата и органите на ЕУ и по потреба на државите членки, за формите на интеринституционална соработка во размената и користењето на класифицираните информации на ЕУ и сл.

Во предлогот за Одлука на Советот за формирање на Канцеларијата на Европскиот јавен обвинител изречно е наведено дека Канцеларијата на Европскиот јавен обвинител е должна да ги применува безбедносните правила за заштита на класифицираните податоци на ЕУ, како и на неклассифицираните, но чувствителни податоци. Притоа, безбедносните правила опфаќаат одредби во однос на размена, обработка и чување на ваквите податоци.¹⁰

⁸ Council Decision on the security rules for protecting EU classified information (2013/488/EU), *Official Journal of the European Union* L 274/1, 15.10.2013.

⁹ Council Decision 2011/292/EU of 31 March 2011 on the security rules for protecting EU classified information (OJ L 141, 27.5.2011).

¹⁰ Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office, COM (2013) 534 final, 2013/0255 (APP), Brussels, 17.7.2013.

Заклучок на државите од Групата Г8. Германија и другите држави членки на Групата Г8, се обврзале да донесат домицилно законодавство кое ќе овозможи користење, размена и заштита на класифицираните информации во текот на кривичната постапка. Државите членки се согласиле да донесат законодавство и/или да воспостават оперативни механизми и процедурални заштитни мерки со кои:¹¹

- се дозволува размена на информации меѓу државите и меѓу нивните разузнавачки органи, органите за спроведување на законот и обвинителствата, до највисок можен степен, со цел да се превенираат, прекинат или пресретнат терористичките активности, како и да се помогне во истрагата и/или гонењето на терористите и оние кои извршиле кривични дела од иста или слична природа;
- ќе овозможат националните разузнавачки безбедносни информации да се користат во гонењето на терористите и оние кои извршиле кривични дела од иста или слична природа, а притоа да се овозможи заштита на таквите информации, вклучувајќи ги изворите и методите со помош на кои, тие информации се добиени. Притоа, до степен кој е во согласност со начелото за правично судење, ваквите механизми може, на пример, да вклучуваат употреба на резимеа, замените или одредби (*summaries, substitutions or stipulations*);
- во согласност со домашното право се обезбедува националните разузнавачки безбедносни информации добиени од надлежните органи во друга држава се користат во кривична постапка во согласност со условите, доколку ги има, кои се договорени помеѓу надлежните органи на државата од каде се испратени податоците (*originating State*) и на државата која ги добила информациите (*receiving State*).

1.2. Класифицираните информации во законодавството на Република Македонија

Опфатот на класифицираните информации. Во Република Македонија, по примерот не само на државите во регионот, туку и пошироко, класифицирањето на информациите се врши според одредбите на посебен закон. Оваа материја е предмет на посебна законска регулатива со оглед на спецификата на класифицираните информации и чувствителноста на нивната содржина, доколку таа биде откриена од неовластено лице. Целта на посебната законска регулатива е да ги пропише начините за прогласување на определена информација за класифицирана, да го пропише начинот како со неа треба да се постапува, како таа законски да биде користена, колку трае класифицираноста и како се менува статусот на класифицирана информација, но и како да се оневозможи неовластено откривање на нејзината содржина.

¹¹ Meeting of G8 Justice and Home Affairs Ministers, 2004, http://www.usdoj.gov/ag/events/g82004/G8_Recs_Information_Sharing.pdf.

Од законските дефиниции содржани во посебните законски одредби во однос на класифицираните информации произлегува дека тие не се однесуваат само на заштита на државната безбедност и разузнавачките информации, туку имаат поширок опфат. Предмет на посебна анализа треба да биде опфатот на класифицираните информации со оглед на фактот што тие опфаќаат и податоци поврзани со „територијален интегритет и суверенитет, уставниот поредок, јавниот интерес, слободите и правата на човекот и граѓанинот“,¹² „штетните последици во однос на одбраната, надворешната, монетарната и економската политика на државата“,¹³ „одбраната, надворешните работи, јавната безбедност, казнената постапка, како и науката, технологијата, јавните финансии и стопанството, ако тие податоци имаат значење за безбедносните интереси на државата“,¹⁴ „јавната безбедност, одбраната, внатрешните и надворешните работи“. ¹⁵ Вака пропишаниот опфат се чини дека е прешироко поставен бидејќи освен во хрватското законодавство кое информациите од различните области ги сведува под заедничкиот именител – значење за безбедносните интереси на државата, во другите закони такво ограничување не постои, што создава опасност од класифицирање на мноштво информации од различни области.

Класифицираните информации не се незаконски стекнати и немаат статус на информација која не може да се користи во текот на кривичната постапка.

Напротив, тие може да се користат во кривичната постапка, но мора да се внимава на постапката за нивно користење со цел да не се наруши тајноста на нивната содржина. Класифицирањето има за цел да спречи содржината на определена информација да стаса до неовластено лице, а не да ја попречи правдата и утврдувањето на фактичката состојба во определен судски предмет. Токму од овие причини во сите погоре наведени законски решенија содржана е посебна одредба според која информацијата што е одредена со степен на класификација нема да се смета за класифицирана информација ако со неа се прикрива кривично дело, пречекорување или злоупотреба на функцијата или некој друг незаконски акт или постапка. Оттука, секое толкување дека класифицираните информации треба да бидат прогласени за незаконски и погрешно и го загрозува начелото за владеење на правото.

И во компаративните студии се укажува на разликата помеѓу „државната безбедност“ (*national security*) и „државен интерес“ (*state interest*).¹⁶ Во Велика Британија државната безбедност се дефинирала низ

¹² Закон за класифицираните информации, Службен весник на РМ, бр. 9/2004, 113/2007, 145/2010, 80/2012 и 41/2014.

¹³ Закон о тајности података, Sl. list Crne Gore, br. 14/2008, 76/2009, 41/2010, 40/2011, 38/2012, 44/2012, 14/2013, 18/2014, 48/2015.

¹⁴ Закон о тајности података, Narodne novine, br. 79/2007, 86/2012.

¹⁵ Закон о тајности података, Sl. glasnik RS, br. 104/2009.

¹⁶ National security and secret evidence in legislation and before the courts: exploring the challenges, Policy department – citizens' rights and constitutional affairs, European Parliament, 2014, p. 25.

судската практика, како безбедност на државата и нејзините граѓани во смисла на заштита на демократијата, правниот и уставниот поредок на државата, воената одбрана и дејствијата спрема странска држава.¹⁷ Во Франција, податоците од различни области може да потпаднат под поимот „одбрана и државна безбедност“. Во Германија повеќе се зборува за „заштита на државните интереси“ на федерацијата и одделните сојузни држави, што ги опфаќа како надворешната, така и внатрешната безбедност. Во Шпанија, Италија и Холандија не постои законодавна дефиниција на поимот државна безбедност. Шведска го дефинира овој поим со Законот за јавен пристап до тајни информации, каде што под национална безбедност се подразбира секој вид на информација која може да и наштети на државата.¹⁸

Постапување со класифицираните информации во текот на кривичната постапка. Класифицираните информации може да се користат во текот на кривичната постапка бидејќи тие не претставуваат незаконит доказ. Од друга страна, незаконитите докази воопшто не ги опфаќаат класифицираните информации, туку имаат друга смисла, цел и ефекти.

Со цел класифицираните информации да може да бидат изведени во текот на доказната постапка, потребно е сите присутни да располагаат со безбедносен сертификат. Имено, за да се користат класифицираните информации воопшто не е неопходно нивно претходно декласифицирање. Ова особено поради фактот што во зависност од степенот на класифицираноста, во определени случаи е невозможно тие да бидат декласифицирани бидејќи на тој начин се повредуваат овластувањата од посебниот закон за класифицирани информации.

Притоа, судијата односно советот е должен да води смета за природата на предложените и прифатените докази, за предусловите и за постапката за нивно изведување, а подоцна и оцена на нивната доказна вредност во однос на судската одлука во определен правец.

Нема процесни пречки класифицираните информации да бидат вклучени во листата на докази (секако со должно внимание да не се открие нивната содржина) и да бидат изведувани во текот на доказната постапка. Во случај кога овластениот тужител располага со вакви податоци без да ги користи патиштата за меѓуинституционална соработка и правна помош, судот нема основ да бара симнување на степенот на класифицираност. Класифицираноста не смее да биде пречка за откривање на кривично дело, ниту пречка да се открие пречекорување или злоупотреба на функцијата, некој незаконски акт или постапка.

Од друга страна, нема дилема дека во случај кога ќе се изведува класифицирана информација јавноста ќе биде задолжително исклучена. Имено, согласно одредбата на чл. 354 од ЗКП, со одлука на советот што ја

¹⁷ Во случајот SSHD v. Rehman (2003) 1 AC 153, para. 16, 17, 50.

¹⁸ National security and secret evidence in legislation and before the courts: exploring the challenges, Policy department – citizens' rights and constitutional affairs, European Parliament, 2014.

води главната расправа, по службена должност или по предлог од странките или оштетениот, јавноста ќе биде исклучена од целата доказна постапка или само од еден нејзин дел, ако е тоа потребно заради чување на државна, воена, службена или важна деловна тајна.

Во случај кога класифицирана информација е дел од доказниот материјал останува обврската за судијата во однос на тоа како ќе ја образложи судската одлука во делот каде што одлуката на судот за постоење или непостоење на правно-релевантни факти се заснова, односно произлегува од изведените класифицирани информации.

Претходна декласификација. Судот излегува надвор од своите надлежности кога бара декласификација на определена информација, како предуслов за нејзино признавање како доказ во кривичната постапка. Уште помалку е прифатливо предуслов за прифаќање на класифицираната информација да биде барањето упатено од судот до овластениот тужител да обезбеди дозвола за користење на класифицираните информации од органот што ги создал таквите класифицирани информации. Судот постапува во рамките на закониските овластувања, во сите случаи кога ја почитува постапката за изведување класифицирани информации пред лица со безбедносни сертификати, но судот нема овластување да влијае врз периодот за којшто една информација ќе има статус на класифицирана информација, ниту на одлуката на создавачот до кога една информацијата ќе има статус на класифицирана.

Барање од судот за декласифиција на определена класифицирана информација се коси со одредбите од Законот за класифицираните информации, (член 18), која го овластува создавачот на класифицираната информација да го означи временскиот период или настан до кој информацијата не може да биде рекласифицирана или декласифицирана, а тој период не може да надмине десет години, освен ако на информацијата не и е потребна подолготрајна заштита определена со закон. Одлука за декласификација донесува истиот оној орган што одлучувал за класифицираноста и таа одлука не е поврзана со фактот дали информацијата ќе биде користена во кривичната постапка или не.

Степенот и периодот за којшто една информација ќе биде класифицирана зависи само од фактот колку заштитените информации може да ги загрозат трајните, виталните, односно важните интереси на државата. Притоа, процената е овластен да ја врши создавачот на класифицираната информација, а не судот.

Недоставување класифицирани информации до овластен тужител. Судот излегува надвор од своите надлежности во случај кога одбива на овластениот тужител да му достави докази со коишто располага, со образложение дека тие имаат статус на класифицирани информации. Притоа, сосема е несоодветно повикувањето на ограничувањето од членот

81 од ЗКП. Имено, ЗКП во рамките на меѓуинституционалната соработка и правната помош (чл. 81, Глава VII од ЗКП), пропишува дека во определени случаи органите на државната управа и други државни органи може да го одбијат барањето за помош од полицијата, јавниот обвинител и судот, ако со пружањето помош за потребите на кривичната постапка се повредува обврската за чување класифицирани информации, сè додека надлежниот орган не ја укине таквата обврска. Од одредбата сосема е јасно дека само државните органи може да одбијат доставување на податоци, а тоа не се однесува на списите коишто се наоѓаат кај судот. Судот е должен да ги достави до овластениот тужител сите списи со коишто располага, а се во функција на кривично гонење за коешто е надлежен овластениот тужител. Со недоставување на списите до овластениот тужител судот ризикува да го отежне кривичното гонење и ваквото постапување, односно непостапување по барањето на овластениот тужител, во ниту еден случај не може да се оправда со ограничувањето од членот 81 од ЗКП.

Обврска за чување тајна. Со цел да се надминат евентуални недоумици, се чини потребно да се укаже дека постои суштинска разлика помеѓу обврската на физичко лице да чува определена тајна, наспроти можноста класифицираните информации да бидат дел од доказниот материјал. Во однос на обврската за чување тајна, во кривичната постапка не може да се сослуша како сведок лице кое со својот исказ би ја повредило должноста за чување државна или воена тајна. Оваа одредба спречува физичко лице да се впушта во изнесување на содржината на информација која има некаков степен на класифицираност. Во овој контекст, а заради заштита на државна или воена тајна, постои посебна забрана дури и со судска наредба да се одземаат списи и други исправи на државните органи со чие објавување би се повредило чувањето на државна или воена тајна. Но, доколку органот што ја класифицирал информацијата одлучи дека лицето може да сведочи, односно дека списите може да бидат одземени со судска наредба, отпаѓа основот за вакво ограничување.

Повредата на должноста за чување тајна може да води кон исполнување на битие на некое кривично дело поврзано со откривање, односно оддавање на тајна. Во оваа смисла, според КЗ, кривичното дело неовластено откривање на тајна ќе го стори лице (адвокат, нотар, бранител, лекар, бабица или друг здравствен работник, психолог, верски исповедник, социјален работник) кое неовластено ќе открие тајна што ја осознало во вршењето на својата професија, освен ако тајната е откриена во општ интерес или во интерес на друго лице кое е попретежен од интересот за чување на тајна. Притоа е оставено на судот во секој конкретен случај да цени дали откривањето било во општ интерес или се работело за попретежен интерес на друго лице. Од друга страна, оддавање или неовластено прибавување деловна тајна, пропишана со закон се врши кога деловната тајна ќе биде откриена на неповикано лице. А ако тајната е пропишана со подзаконски правен акт или

одлука на надлежен орган, кривичното дело постои само ако со оддавањето на таквите податоци се предизвикале или можело да се предизвикаат потешки штетни последици.

2. Опфатот и структурата на незаконитите докази

Поимно определување и опфат на незаконитите докази според ЗКП. Режимот за утврдување на незаконитоста на доказите познава две можности: незаконски докази по сила на закон (*ex lege*) и незаконски докази по оценка на судот (*ex iudicio*). Имено, иако системот на незаконитите докази се развива преку судската практика, постојат меѓународни и домашни уставни и законски рамки во коишто мора да се движи судската практика во оцената дали еден доказ ќе биде прифатен како дозволен или ќе биде оценет како недозволен, односно како доказ врз којшто не може да се заснова судска одлука.¹⁹ Сите докази прибавени со законски забранети постапки (тортура или нехумано постапување) имаат статус на незаконити докази. Во однос на овие докази не постои дилема ниту во теоријата, ниту во судската практика како на домашните судови, така и во практиката на Европскиот суд за човековите права. Дилеми во однос на дефинирањето и опфатот предизвикуваат оние докази кои се незаконити, но не се прибавени со недозволените постапки, тортура или нехумано постапување, туку со кршење на одредбите на казненото процесно законодавство. Тие, иако имаат поинаков статус, влегуваат во поширокиот поим на недозволените докази.²⁰ Имено, тие ќе се сметаат за противзаконити само ако нивното прибавување исполнува битие на определено кривично дело против слободите и правата.

Во поимот недозволените докази, според одредбите на ЗКП, би можеле да се поместат апсолутно недозволените докази, доказите прибавени со повреда на процесните претпоставки за правилно преземање на определено процесно дејствие со кое се прибавува доказ и докази врз кои не може да се заснова пресудата. Постои значителна разлика помеѓу овие три категории докази.

Според чл. 12 од ЗКП, забрането е да се изнудува од обвинетиот или од друго лице кое учествува во постапката признание или некаква друга изјава, а воедно 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 може да се користат и врз нив не може да се заснова судската одлука. Со оваа одредба на прилично рестриктивен начин се забранува користење на определени докази, но и на доказите произлезени од нив, без притоа да се остави можност за исклучок. Воедно, спрема обвинетиот и сведокот не смее да се употребат сила, закана, медицински интервенции или да му се

¹⁹ I.Bojanić/Z.Đurđević, Dopusštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temelnih ljudskih prava, Hrvatski Ljetopis, vol. 15, br. 2/2008, стр. 973-1003.

²⁰ M.Carić, Zabрана utemeljenja sudskih odluka na nezakonitim dokazima, Hrvatski Ljetopis, Vol. 13, br. 2/2006, стр. 993-1033.

даваат такви средства со кои би се влијаело врз неговата свест и волја за да се дојде до изјава или признание од обвинетиот, односно да се добие исказ од сведокот. Оттука, апсолутно недозволените докази *ex lege* се оние докази чиешто прибавување е недозволено од аспект на применетите методи за нивно добивање (тортура, наркоанализа, хипноза). Поради отсуство на свеста кај изворот на сознанијата, вака прибавениот доказ не може да се користи во постапката и врз него не смее да се заснова судска пресуда.

Релативно недозволените докази се оние кои настанале како резултат од непочитување на процесните правила и предуслови за нивно добивање (исказ што обвинетиот го дал без присуство на бранител; изјава на сведок кој не е поучен за привилегијата да биде ослободен од сведочење и сл.). Имено, тие се добиени на законит начин, преку дозволени доказни средства според ЗКП, но се оценуваат како неподобни да бидат ценети како докази поради непочитувањето на процесните претпоставки за нивно преземање, односно неисполнетост на законски пропишаните предуслови.

Во рамките на незаконските докази по оценка на судот (*ex iudicio*), ЗКП му дава овластување на судот (член 347) на предлог од странките во фаза на подготвување на главната расправа да прогласи како недозволен доказ којшто е прибавен на со закон забранет начин (апсолутно забранет доказ), но и доказ чијашто употреба со закон не е дозволена или на факт којшто според закон не може да се докаже (незаконит предлог). Предлогот се одбива со решение, кое мора да биде образложено, односно судот мора да ги елаборира причините од коишто се раководел при оцената зошто конкретниот предлог за доказ го прогласил за незаконит доказ. По предлог на странките советот може да го измени или отповика ова решение во подоцнежниот тек на постапката, во зависност од околностите на случајот, нови факти и докази поврзани со релевантните факти и сл. Согласно одредбите на ЗКП, ваквото решение би можело да се отповика и доказот да се дозволи, само ако странката поднела предлог во оваа насока во рамките на дополнувањето на доказната постапка, а судот оценил дека таквиот доказ би помогнал за правилно утврдување на фактичката состојба.

Согласно практиката на Европскиот суд, важна гаранција во рамките на правичното постапување е одбраната да има можност да приговара во однос на незаконитоста на определен доказ што е предложен од обвинителството. Одбраната може да бара издвојување на доказ во различни стадиуми од постапувањето. Ако тоа го стори во истражната постапка, судијата е надлежен да одлучува на претходна постапка, којшто донесува решение за издвојување на доказот, а во фаза на оценка на обвинителниот акт, надлежен за донесување решение за издвојување на доказ е судијата, односно советот за оценка на обвинителниот акт. Доколку судијата на претходна постапка или судијата, односно советот за оценка на обвинителниот акт оценат дека во списите се наоѓа доказ врз којшто не може да се заснова судска одлука, *ex officio* се должни да донесат решение за издвојување на таквиот доказ, без да чекаат предлог од странките. Незадоволната странка може да го обжали

решението, а за жалбата надлежен да одлучува е советот на повисокиот суд.

Во ЗКП постојат две категории докази врз коишто не може да се заснова пресудата. Едната категорија се докази коишто *не смее да бидат единствениот доказ* врз којшто ќе се заснова пресудата (член 400), и тоа поради спецификата на доказното средство. Во нив спаѓаат исказот на загрозениот сведок прибавен со примена на одредбите за прикривање на идентитетот или изгледот заради негова заштита и заштита на неговите блиски лица, како и доказите изведени со отстапување од начелото на непосредност, а имено исказите на сведоците дадени во истражната постапка и изјавите собрани во рамки на дејствијата на одбраната во текот на истражната постапка кои може да се користат при вкрстено испитување или при побивање на изнесени наводи или во одговор на побивање, а заради оценка на веродостојноста на исказите дадени на главната расправа, како и записниците за дадени искази на доказното рочиште кои со одлука на судот биле изведени како доказ со читање, односно репродуцирање.

Во втората категорија докази врз коишто не може да се заснова судска одлука спаѓаат докази добиени со *непочитување на процесните претпоставки*: исказ на сведокот којшто не може да биде сведок или лице кое не мора да сведочи, а за тоа тој не бил претходно предупреден или изречно не се откажал од тоа право или ако предупредувањето и откажувањето не е забележано во записникот или ако исказот на сведокот е изнуден со сила, со закана или со друго слично забрането средство; исказ на дете кое не може да го сфати значењето на правото дека не мора да сведочи; исказ на обвинетиот којшто бил испитан во отсуство на бранител, а тој изречно не се одрекол од ова свое право; наод и мислење на вешто лице ако вештакот е лице коешто не можело да биде сослушувано како сведок, ако е лице кое е ослободено од должноста да сведочи, како и лице спрема кое е сторено кривичното дело.

Доколку, сепак, пресудата се заснова врз некој од претходно споменатите две категории докази, исполнети се претпоставките за поднесување жалба по основ на членот 415 став 1 точка 8 од ЗКП - пресудата се заснова врз доказ врз кој според одредбите на ЗКП не може да се заснова пресудата, освен ако со оглед на другите докази е очигледно дека и без тој доказ би била донесена истата пресуда. Ограничувањето дека пресудата не би била поразлична и доколку спорниот доказ не бил земен предвид од страна на првостепениот суд, е оставено на оценка на апелациониот суд. Во секој конкретен случај по основ на поднесената жалба за наведениот жалбен основ, советот во апелациониот суд е должен да го оцени влијанието на спорниот доказ и да го доведе во корелација со другите докази што првостепениот суд ги ценел како би можело да се изведе заклучок дали обжалената пресуда би била идентична или поразлична доколку првостепениот суд не го зел предвид спорниот доказ. Оттука, пресудата нема да биде укината ако вината на обвинетиот била неспорно утврдена со другите прибавени докази, а не со дадената изјава или признание со употреба на сила, закана или други

средства. Исто и во однос на исказот на сведокот, ако тоа што тој го изјавил пред судот било поткрепено и со материјални докази, па првостепениот суд заклучокот за (не)постоене на правно-релевантните факти ќе го добиел и со оценка на другите докази.

Незаконитите докази и надлежноста на СЈО. Специјалното јавно обвинителство има законски утврдена надлежност во однос на истражување, гонење и застапување пред судовите во сите инстанции на кривичните дела поврзани и кои произлегуваат од содржината на незаконското следење на комуникациите.²¹ Од самиот назив на законот произлегува како неспорно дека во Македонија се одвивало долгогодишно незаконско следење на комуникациите, при што предмет на посебна истрага треба да биде кој го вршил тоа незаконско следење на комуникациите со коешто биле опфатени повеќе илјади граѓани, како и да се истражат и гонат сите лица за коишто од снимените разговори се добива сознание за вмешаност во сторување на кривични дела. СЈО е надлежно да постапува како за кривичните дела поврзани со незаконското следење на комуникациите, така и за кривичните дела што произлегуваат од достапните прислушувани разговори. Притоа, под „неовластено следење на комуникации“ се подразбира неовластеното следење на сите комуникации извршено во периодот меѓу 2008 и 2015 година, вклучително, но не и ограничено на аудио снимки и транскрипти поднесени до Јавното обвинителство пред 15 јули 2015 година. Оттука, предмет на работа на СЈО не се само аудио снимките и транскриптите што Јавното обвинителство ги примило пред 15 јули 2015 и ги доставило до СЈО, туку и сите други докази поврзани со неовластеното следење на комуникациите коишто ќе бидат доставени до СЈО, како и оние докази до кои СЈО ќе дојде во своето работење и по наведениот датум.

Главната дилема која што се наметна во практиката е каков е статусот на прислушкуваните разговори и дали СЈО може да ги предлага како докази во постапката. Оваа дилема се наметна особено по некои решенија што судот ги донесе, а со коишто ги прогласи ваквите докази како докази стекнати на незаконит начин и ги исклучи од листата на докази.

Ваквиот приод се чини не е најсоодветен бидејќи од самиот назив на законот за формирање на СЈО неспорно произлегува дека станува збор за незаконито следење на комуникациите и дека токму тие комуникации се основ за надлежноста на СЈО. Имено, СЈО има обврска да гони за незаконското следење на комуникациите и за сите кривични дела што произлегуваат од прислушкуваните разговори, па оттука разговорите не може да бидат издвоени како недоволен доказ.

Токму правната несигурност и погазувањето на владеењето на правото поради масовното противзаконито следење на комуникациите беа основна

²¹ Закон за јавно обвинителство за гонење на кривични дела поврзани и кои произлегуваат од содржината на незаконското следење на комуникациите, објавен во Службен весник на РМ, бр. 159/2015, од 15.9.2015 година, а влегол во сила на 23.9.2015 година.

причина за формирање на СЈО, и вон логика е истите овие правни стандарди да бидат користени како своевидено образложение зошто снимките треба да бидат издвоени од списите во предметите. СЈО не ги прибавило ваквите снимки, туку му беа доставени согласно фактот што СЈО има законска обврска да ги разјасни кривичните дела поврзани со незаконското следење на комуникациите, но и кривичните дела што произлегуваат од достапните прислушувани разговори. Оттука, издвојувањето на снимките води кон оневозможување на СЈО да ја оствари својата надлежност бидејќи со ваквите постапки во голема мера се отежнува неговата работа во однос на документирање на кривичните дела што се предмет на истрага, обвинување и судење.

Ставање акцент врз незаконитоста на снимките води кон дефокусирање од основната цел поради која постои СЈО, а тоа е гонење за сторените кривични дела што произлегуваат од разговорите, а не оценка на статусот на самите разговори и како е дојдено до нив.

Незаконитите докази во практиката на Европскиот суд за човекови права (ЕСЧП). Од практиката на Европскиот суд произлегува заклучокот дека забраната за користење на незаконските докази не спаѓа во општите елементи кои го чинат поимот „правична постапка“ согласно членот 6 од Европската конвенција, туку е тоа прашање за коешто одлучуваат националните судови. Имено, Европскиот суд зазел своевиден казуистички пристап во однос на недоволеноста на докази, односно нема цврст став, туку го гради од случај до случај во зависност од околностите, но и од основот на апликацијата, односно повреденото право од Европската конвенција.

Најголем број апликации за незаконити докази се одбиени од страна на Европскиот суд.

Оние докази коишто и во домашното право се апсолутно недоволени (на пример, примена на тортура, нечовечки и нехуман третман) речиси без исклучок се сметаат за повреда на правото на правично постапување од членот 6 на Европската конвенција и во практиката на Европскиот суд. Првата пресуда во која Европскиот суд вовел ексклузивско правило во однос на недоволен доказ е донесена во случајот на *Jalloh v. Germany*.²² Апликантот бил обвинет дека имал кесичка со дрога што ја проголта, па полицајците го однеле во болница и примениле физичка сила со цел лекарот да му даде медицинско средство за да ја поврати кесичката со дрогата. Но Европскиот суд ваквото однесување го оценил како нехумано и нечовечно постапување поради тешкото задирање во физичкиот и психичкиот интегритет на апликантот. Бидејќи доказот е прибавен со постапка која го повредила членот 3 од Европската конвенција, Европскиот суд оценил дека таквиот доказ во ниту еден случај не може да биде доказ за вина во кривичната постапка. Со оваа пресуда, Европскиот суд установил апсолутна забрана

²² *Jalloh v. Germany*, Application no. 54810/00, Judgment 11.7.2006.

за употреба на докази прибавени со мачење или нехумано постапување во кривичната постапка, па поради тоа било констатирано дека е повреден и членот 6 во однос на правичното постапување. И во случајот *Narutyunyan v. Armenia*,²³ Европскиот суд зазел став дека без оглед на фактот каков ефект врз докажувањето може да имаат изјавите (признанијата) прибавени со мачење, тие не може да се користат во кривичната постапка. Од овие причини Европскиот суд оценил дека во овој случај има повреда на членот 6 во однос на фактот дека апликантот немал правично постапување пред националниот суд којшто недозволените докази ги прифатил и врз нив ја засновал пресудата против апликантот.

Но, во случаите кога станува збор за соодносот на недозволените докази којшто судот го ценел при донесување на одлуката наспроти гаранциите од членот 6 и членот 8, не секогаш се донесува заклучок дека целото постапување било неправично. Односно, и во случаи кога Европскиот суд ќе утврди дека постоел недозволен доказ којшто сепак бил изведен и ценет од страна на домашниот суд, конечната оценка може да биде дека тој еден доказ е недоволен за целото постапување да се оцени како неправично (членот 6 од Европската конвенција), односно дека довело до повреда на правото на приватност (членот 8 од Европската конвенција). Во случајот *Schenk v. Switzerland* од 1988 година, Европскиот суд зазел став дека членот 6 гарантира правично судење, но тој не пропишува правила за допуштеност на одделни докази, па оттука оценува дека допуштеноста на доказите е примарно право на домашниот законодавец.

Сепак, Европскиот суд воспоставил врска помеѓу законитоста на доказите и правото на правична постапка со оцената дали националната кривична постапка во целост може да се оцени како правична или не. Незаконитоста на одделен доказ не води кон оценка за неправичност на целата постапка. Притоа, Европскиот суд ги поставил следниве критериуми за оценка на правичноста на постапката: право на одбраната во однос на незаконитиот доказ и околноста дали незаконскиот доказ е единствен темел на осудата.

Во случај кога домашниот суд се потпрел врз докази добиени на незаконит начин, Европскиот суд пред да одлучи дали ќе оцени дека имало повреда на правичното постапување, првин проверува два аспекти:

- дали незаконитоста во смисла на домашното законодавство и процесните можности коинцидираат со неправичноста во смисла на Европската конвенција и
- дали апликантот имал можност да ја оспори незаконитоста на доказот пред домашните судови.²⁴ Притоа, процесната можност на одбраната да ја провери, односно оспори веродостојноста на доказното средство и спротивставување на неговата примена, Европскиот суд го подведува

²³ *Narutyunyan v. Armenia*, Application no. 36549/03, Judgment 28.9.2007.

²⁴ *Schenk v. Switzerland*, Application no. 10862/84, Judgment, 12 July 1988, §§47-51; *Heglas v. The Czech Republic*, Application no. 5935/02, Judgment, 1.3.2007, §§89-93.

под членот 13 - постоење ефективно правно средство во националното право преку кое одбраната ќе биде во можност да изнесе приговор за незаконитост на определен доказ.

Во предметот *Khan v. UK*, од 12.V. 2000, утврдил дека постапката била правична, иако единствениот доказ на кој се темелела пресудата била незаконска снимка од разговорот со што е повредено правото на приватноста од членот 8. Европскиот суд оценил дека одбраната имала процесни можности да ја оспори веродостојноста на снимката, но и дека самата снимка изгледала многу веродостојна, па заклучил дека постои повреда на членот 8 од Европската конвенција, но не и на членот 6 во однос на правичноста на постапката во целина.

Сличен став, Европскиот суд зазел и во случајот на *Heglas v. The Czech Republic*. Имено, поради употреба на листинг од телефонски разговори и снимање со помош на диктафон на разговор помеѓу апликантот и друго лице, Европскиот суд констатирал повреда на членот 8 од Европската конвенција, но не и повреда на правото на правично судење од членот 6 став 1 од Европската конвенција.²⁵

Правилото за исклучување на доказите во САД (*exclusionary rule*).

Во американската правна доктрина постои правилото за исклучување на доказите прибавени на незаконит начин (*exclusionary rule*). Со ова правно правило се штитат уставните гаранции и доказите кои се собрани со прекршување на уставните права на обвинетиот во определени случаи се оценуваат како неприфатливи за кривично гонење. Во IV Амандман на Уставот на САД се регулира заштитата што граѓаните ја уживаат од противзаконити и неосновани претреси и одземање предмети кои може да послужат како доказ во кривичната постапка. Разумноста на која инсистира IV Амандман на Уставот на САД претпоставува попретежен јавен интерес наспроти загубата на индивидуалната приватност и слободата на движењето. Врховниот суд на САД зазел став дека при оценката на разумноста се зема предвид тежината на загрозуеност на јавниот интерес која се заштитува со одземањето на предметите, степенот до кој одземените предмети придонесуваат за поголема заштита на јавниот интерес и сериозноста на нарушувањето на индивидуалната слобода.²⁶ Гаранциите од IV Амандман на Уставот на САД за првпат на федерално ниво се ефектуирале на почетокот на XX век кога Врховниот суд на САД ја укинал осудата на обвинетиот поради тоа што тој бил осуден врз основа на доказ прибавен од федерален агент без судска наредба и така било создадено правилото за исклучување на доказите.²⁷ Примарно, ексклузијата на доказите се развила со цел да ги

²⁵ *Heglas v. The Czech Republic*, Application no. 5935/02, Judgment, 1.3.2007.

²⁶ *Illinois v. Lidster*, 540 US 419, 427 (2004). Подетално в.: Бужаровска/Калаџиџиев/Мисоски/Илиќ, Компаративно казнино процесно право, Академик, Скопје, 2011.

²⁷ *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

заштити граѓаните од дејствијата на полицијата кога таа врши претреси, одземање предмети, односно заплenuвање имот, апсење или испрашување на осомничено лице.

Речиси половина век подоцна, Врховниот суд на САД го претворил ова правило во правило применливо и на ниво на сојузните држави кога побарал од државните судови да ги исклучат од листата на докази сите предмети одземени со повреда на гаранциите содржани во IV Амандман на Уставот на САД.²⁸

Ваквиот став подоцна се проширил и врз заштитата од себеобвинување содржана во V Амандман на Уставот на САД,²⁹ како и врз правото на обвинетиот да ползува повеќе права поврзани за текот на судењето во кои спаѓа и правото на поротно судење содржано во VI Амандман.³⁰

Ексклузијата на докази се однесува не само на доказите кои се добиени со повреда на процесните правила за собирање на доказите, туку и на посредно добиените докази познати како „плодови на отровното дрво,“ (*fruits of the poisonous tree*). Овие докази се исклучуваат по оцена на судот (*ex iudicio*), а ваквото овластување на судот е резултат на интегритетот на судот наспроти барањата и постапувањата на полицијата.³¹

Постојат и исклучоци од правилото за ексклузија на доказите во практиката коишто се развиле со текот на неговара примена:

- постапување со добра намера (*Good Faith Exception*) – кога полицијата постапува по судска наредба верувајќи дека е таа валидна и дека ќе биде прифатена во текот на судењето, доказите нема да се исклучат ако лошата проценка на ситуацијата може да му се припише на судијата. Имено, Врховниот суд го утврдил споменатото отстапување од правилото за ексклузија на доказите во случај кога полицијата ќе побара издавање налог за претрес и за неговото издавање ќе изнесе разумни аргументи со што ќе го убеди судијата дека има основа за претрес, по што тој ќе издаде налог за претрес. Ако подоцна налогот биде оценет како неоснован, откриените докази нема да подлежат на ексклузија бидејќи полицијата ги задоволрила уставните ограничувања да бара и добие судски налог тогаш кога смета дека за тоа постојат разумни основи;³²
- доктрина на слаба врска (*Attenuation Doctrine*) – кога нелегално прибавениот доказ се прифаќа иако е прибавен на незаконит начин ако е далечна врска помеѓу доказот и нелегалното средство преку кое е тој прибавен. Така, на пример, ако при илегален претрес на дом

²⁸ Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

²⁹ Malloy v. Hogan, 378 US 1 (1964).

³⁰ Duncan v. Louisiana, 391 US 145 (1968).

³¹ Mack, Raneta Lawson, *Comparative Criminal Procedure: History, Processes and Case Studies*, William S. Hein & Co., Inc, New York, 2008, p. 343.

³² United States v. Leon (468 US 897 (1984)); Подетално в.: Bradley, Craig M. (1985) "The "Good Faith Exception" Cases: Reasonable Exercises in Futility," *Indiana Law Journal*: Vol. 60 : Iss. 2 , Article 2, pp. 287-303.

се пронајде белешка во која е наведено каде се скриени претходно украдени пари, белешката не може да биде доказ бидејќи е добиена во претрес кој не е спроведен според законски пропишаните предуслови. Сепак, постои можност посредно добиениот доказ да се користи доколку тој може „доволно да се издвои“ (*sufficiently attenuated*) од нелегално преземеното дејствие, што би се однесувало на случај кога, на пример, обвинетиот бил противзаконски уапсен, но откако е ослободен се согласил полицијата да го претресе неговниот дом;³³

- доктрина на независен извор (*Independent Source Doctrine*) – кога нелегално прибавениот доказ се прифаќа бидејќи подоцна бил законски прибавен од независно лице;
- неизбежно откриен доказ (*Inevitable Discovery Rule*) – кога нелегално прибавениот доказ се прифаќа бидејќи се оценило дека тој би бил подоцна секако откриен по пат на законски средства. На пример, кога полицијата во тек на неправилно испрашување (кое не било ненасилно, но е спроведено без поука за правата на молчење, правото на бранител и сл.) ќе дознае каде сторителот на кривичното дело убиство го закопал телото на жртвата, но телото на жртвата сепак било пронајдено од страна на увидната екипа на полицијата на местото каде што се претпоставувало дека е сторено убиството, при што увидната екипа воопшто немала сознанија за содржината на дадениот исказ од уапсеното лице.³⁴

Начело на сразмерност во однос на незаконитите докази во Република Хрватска. Начелото на сразмерност кај оцената дали еден доказ ќе биде оценет како дозволен или противзаконит, подразбира одмерување на попрежност помеѓу потребата за заштита на индивидуалните човекови права и слободи и обврската на државата да го искористи така добиениот доказ заради ефикасно казнено гонење, од друга страна. Во хрватското казнено-процесно право ова начело е прифатено по примерот на германскиот законодавец којшто ја инкорпорира доктрината за т.н. одмерување или вагање (*Abwägungslehre*). Според оваа доктрина помали повреди на законитоста ќе се толерираат во случај кога постапката се води за потешки кривични дела. Начелото на сразмерност при уредување на системот на незаконитите докази, во хрватското законодавство, се аргументира со потребата да се обезбеди рамнотежа помеѓу заштитата на човековите права и слободи, од една страна и обезбедување ефективен казнен прогон од друга страна.³⁵ Имено, согласно начелото на сразмерност, повредата на правата со оглед на интензитетот и природата е битно помала во однос на тежината на кривичното дело за чиешто докажување може

³³ Brent D. Stratton, *The Attenuation Exception to the Exclusionary Rule: A Study in Attenuated Principle and Dissipated Logic*, 75 J. Crim. L. & Criminology 139 (1984).

³⁴ Nix v. Williams, 467 US 431 (1984).

³⁵ За непочитување на оваа рамнотежа Република Хрватска го има загубено случајот Šečić v. Croatia, I.Bojanić/Z.Đurđević, стр. 974.

да се искористи доказот добиен со повреда на правата. Оттука, било кое кршење на пропишаната процесна форма при прибавување и изведување на доказите не може да се смета за причина вакиот доказ секогаш да биде оценет како недозволен, туку ќе се цени во секој конкретен случај.³⁶

Регулативата за следење на комуникациите во Велика Британија.

До 1985 година, во Велика Британија не постоела посебна регулатива во однос на следењето на комуникациите. Отсуството на регулатива во однос на употребата на електронски уреди за надзор од страна на полицијата, неизбежно предизвикала проблеми, а вниманието кон овој аспект го привлекол случајот *Malone v Metropolitan Police Commissioner No.2 [1979] 2 WLR 700*. Апликантот бил обвинет за поседување украден имот и во текот на судењето стана јасно дека обвинителството го прислушувало телефонот на обвинетиот. Обвинетиот ја оспорил законитоста на снимката. Во овој случај било утврдено дека следењето на телефонските повици на обвинетиот не е криминал сам по себе, но и дека таквите дејствија задираат во човековото право на приватност. Обвинетиот поднел апликација и до Европскиот суд во Стразбур со тврдење дека му е повредено правото за почитување на приватниот живот гарантиран во членот 8 од Европската конвенција.³⁷ Следењето на телефонските повици спаѓаат во рамките на дефиницијата и на „приватен живот“ и на „преписка“ според членот 8 став 1 од Европската конвенција за човековите права и слободи, па така во случајот, *Klas v. Germany (1978) 2 EHRR 214*. ЕСЧП потврдил дека иако во Насоките на МВР (*Home Office Guidelines*) постои можност за снимање на телефонски разговори, тоа се оценило дека е недоволно за да ги задоволи барањата дека телефонот на лицето може да се следи само ако е тоа легитимно и го оправдуваат правни правила кои дозволуваат исклучоци од приватноста. Притоа, не се бара граѓаните да знаат кога се прислушувани бидејќи така би го прилагодиле своето однесување според ваквата мерка, туку на граѓаните треба да им биде јасно во кои случаи и под кои услови полицијата има овластување да ја користи оваа тајна и потенцијално опасна мерка (*Malone v. UK, para 67*).

Поради ваквата состојба Владата на Велика Британија првин го усвоила Законот за следење на комуникациите (*Interception of Communications Act 1985 (IOCA)*), којшто дава законска рамка за легитимно следење на комуникациите, но само во однос на јавните телефонски комуникации. Актот не го регулира следењето на другите видови на комуникации, а со оглед на техничко-технолошкиот развој, останатите форми на следење на комуникациите многу се користат и многупати се поефикасни одошто користењето телефони.

³⁶ D.Крапач, *Kazneno procesno pravo*, Prva knjiga: Institucije, IV izmijenjeno i dopunjeno izdanje, NN, Zagreb, 2010, стр. 422.

³⁷ *Malone v. UK (1984) 7 EHRR 14*.

The Human Rights Act 1998 (HRA) бил донесен со цел да се прилагоди постапувањето на домашните органи со практиката на која упатува ЕСЧП и го заменил *Interception of Communications Act 1985 (IOCA)*. Со него биле опфатени нови форми на телекомуникации, вклучувајќи ја и електронската пошта (email комуникациите).

Во случајот на *Khan v. UK*, од 12.V. 2000, ЕСЧП потврдил дека доказите се добиени незаконски и со прекршување на гаранциите од Конвенцијата. Имено, полицијата инсталирала тајни прислушни уреди на приватен имот без знаење или согласност на сопственикот. Во тогашното националното право на Велика Британија недоволно била регулирана употребата на тајни прислушни уреди за заштита на правата на поединецот и почитување на приватниот и семејниот живот, а не постоел ниту законски утврден ефективен правен лек за такви загрозувања на приватноста. Со оглед на ова, британските судови не оцениле дека вакиот доказ треба да добие статус на противзаконито прибавен. Европскиот суд утврдил дека постапката била правична, иако единствениот доказ на кој се темелела пресудата била незаконска снимка од разговорот со што е повредено правото на приватноста од членот 8. Притоа, Европскиот суд оценил дека одбраната имала процесни можности да ја оспори веродостојноста на снимката, но и дека самата снимка изгледала многу веродостојна. Апликацијата во однос на членот 8 била потврдена, а во однос на членот 6 била одбиена. Имено, констатирана е повреда на приватниот живот, но таквата повреда е недоволна за целата постапка да се оцени како неправична. Иако во овој случај повредата на приватноста не била во согласност со законот, ЕСЧП разгледувал дали доказите собрани со повреда на членот 8 со кои се повредуваат индивидуалните човекови права и слободи, треба да бидат исклучени од доказите. Заклучокот на ЕСЧП е дека дозволувањето на доказ со кој се повредува членот 8, не ја прави целата постапка неправична.

3. Заклучни согледувања

Класифицираните информации не се незаконски стекнати и немаат статус на информација која не може да се користи во текот на кривичната постапка. Неодминлив е заклучокот дека класифицираните информации во регионот имаат поширок опфат отколку само државна безбедност и разузнавање заради заштита на државните интереси. Гаранциите, што во однос на класифицираните информации, ги нуди актот СРА во САД не може во целост да бидат преземени на европско тло поради ограничувањата што постојат во националните законодавства за автентичноста, односно кредибилноста на предложените, изведените и оценетите докази. Од компаративните искуства се гледа дека одредбите за класифицираните информации ја прописуваат постапката за нивна заштита и начинот на нивно користење во кривичната постапка. Во ниту еден документ не може да се сретне одредба која ги исклучува класифицираните информации како

докази во кривичната постапка, ниту постои одредба дека врз нив не може да се заснова судска одлука. Во прилог на претходно наведеното е и одредбата содржана во сите посебни закони за класифицирани информации, според која информацијата што е одредена со степен на класификација нема да се смета за класифицирана информација ако со неа се прикрива кривично дело, пречекорување или злоупотреба на функцијата или некој друг незаконски акт или постапка. Оттука, судот во текот на кривичната постапка е должен да води сметка за постапката како ќе се изведуваат класифицираните информации со цел нивната содржина да не стане достапна на неовластени лица, но судот не може да бара од органот што една информација ја прогласил за класифицирана истата да биде декласифицирана за потребите на кривичната постапка бидејќи на тој начин може да се загрози целта поради којашто информацијата била прогласена за класифицирана.

Прашањето за незаконитите докази покренува многубројни дискусии во стручната и научната јавност, особено во контекст на незаконското следење на комуникациите и надлежноста на СЈО. Одредбите од казненото процесно законодавство се оценети како премногу строги со оглед на фактот што не овозможуваат доволно отстапување во смисла на оцена на претежноста на интересите во случај кога е сериозно засегнат јавниот интерес на штета на граѓаните. Се чини потребно да се размислува во правец на прифаќање на начелото на сразмерност барем кај потешките кривични дела сторени од страна на претставници на државни органи, коишто наместо да го штитат, сериозно го загрозиле јавниот интерес.

Снимките од незаконското следење на комуникациите не треба да бидат издвоени од доказите како противзаконити, поради фактот што СЈО не ги прибавило ваквите снимки, туку истите му се доставени заради постапување во контекст на обврските што СЈО ги има согласно посебниот закон за негово формирање и постапување. Сепак, останува на оцената на судот дали и во која мера судската одлука ќе се заснова врз овие снимки, со оглед на фактот што судијата има слободно судиско убедување да одлучи врз кои докази ќе ја заснова пресудата во контекст на вкупно изведените докази во текот на доказната постапка.

Ваквиот став е во контекст на практиката на Европскиот суд којшто забраната за користење на незаконските докази не ја вклучува во општите елементи кои го чинат поимот „правична постапка“ од членот 6 на Европската конвенција. Најголем број апликации за незаконити докази се одбиени од страна на Европскиот суд поради ставот на Судот дека оцената дали еден доказ е незаконит е прашање за коешто одлучуваат националните судови. Единствено апсолутно недозволените докази (на пример, примена на тортура, нечовечки и нехуман третман) речиси без исклучок се сметаат за повреда на правото на правично постапување од членот 6 на Европската конвенција.

Цитирани извори (според редоследот на цитирање):

- Извештајот на експертската група, http://ec.europa.eu/enlargement/news_corner/news/news-files/20150619_recommendations_of_the_senior_experts_group.pdf.
- The Former Yugoslav Republic of Macedonia Report 2015, Brussels, 10.11.2015 SWD(2015) 212 final, http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2015/20151110_report_the_former_yugoslav_republic_of_macedonia.pdf.
- Macedonia 2014 Human Rights Report, US State Department, <http://www.state.gov/documents/organization/236762.pdf>;
- Breaking the Conspiracy of Silence, Amnesty International Publications, 2015, www.amnesty.org.
- Corruption Perceptions Index 2015, Transparency International, https://www.iaca.int/images/news/2016/Corruption_Perceptions_Index_2015_report.pdf.
- Nations in Transition 2016 - Europe and Eurasia Brace for Impact, Freedom House, https://freedomhouse.org/sites/default/files/FH_NIT2016_Final_FWeb.pdf.
- Amnesty International Report 2015/16 – The state of the world’s human rights, 2016, <https://www.amnesty.org/en/countries/europe-and-central-asia/macedonia/report-macedonia/>.
- Закон за Јавното обвинителство за гонење на кривични дела поврзани и кои произлегуваат од содржината на незаконското следење на комуникациите, Службен весник на РМ, бр. 159/2015.
- Strafprozessordnung [StPO], <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StPO.htm>.
- Joseph Wheatley, The Hamburg 9/11 terrorism trials: prospects for german legal reform and intelligence sharing, Journal of international law & policy, Vol. Iii, 3 j. Int'l l. & pol'y 3:1 (2006).
- Council Decision on the security rules for protecting EU classified information (2013/488/EU), Official Journal of the European Union L 274/1, 15.10.2013.
- Council Decision 2011/292/EU of 31 March 2011 on the security rules for protecting EU classified information (OJ L 141, 27.5.2011).
- Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), Brussels, 17.7.2013.
- Meeting of G8 Justice and Home Affairs Ministers, 2004, http://www.usdoj.gov/ag/events/g82004/G8_Recs_Information_Sharing.pdf.
- Закон за класифицираните информации, Службен весник на РМ, бр. 9/2004, 113/2007, 145/2010, 80/2012 и 41/2014.
- Zakon o tajnosti podataka, Sl. list Crne Gore, br. 14/2008, 76/2009, 41/2010, 40/2011, 38/2012, 44/2012, 14/2013, 18/2014, 48/2015.
- Zakon o tajnosti podataka, Narodne novine, br. 79/2007, 86/2012.
- Zakon o tajnosti podataka, Sl. glasnik RS, br. 104/2009.

- National security and secret evidence in legislation and before the courts: exploring the challenges, Policy department – citizens' rights and constitutional affairs, European Parliament, 2014.
- I.Bojanić/Z.Đurđević, Dopusštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temelnih ljudskih prava, Hrvatski Ljetopis, vol. 15, br. 2/2008, str. 973-1003.
- M.Carić, Zabrana utemeljenja sudskih odluka na nezakonitim dokazima, Hrvatski Ljetopis, Vol. 13, br. 2/2006, str. 993-1033.
- Бужаровска/Калајџијев/Мисоски/Илиќ, Компаративно казнено процесно право, Академик, Скопје, 2011.
- Mack, Raneta Lawson, Comparative Criminal Procedure: History, Processes and Case Studies, William S. Hein & Co., Inc, New York, 2008.
- Brent D. Stratton, The Attenuation Exception to the Exclusionary Rule: A Study in Attenuated Principle and Dissipated Logic, 75 J. Crim. L. & Criminology 139 (1984).
- D.Крас, Казнено процесно право, Прва knjiga: Institucije, IV izmijenjeno i dopunjeno izdanje, NN, Zagreb, 2010.

Prof. Gordana Lažetić, Ph.D³⁸

THE LEGAL REGIME OF THE CLASSIFIED INFORMATION AND
UNLAWFUL EVIDENCE
- domestic and comparative aspects –³⁹

1.02 Review Article
UDK 35.083.8:[343.14:343.41]:34.05

Abstract

The classified information is not illegally acquired and does not have the status of information that can not be used during the criminal procedure. Guarantees in terms of classified information that are offered by the CIPA in the United States can not be fully accepted due to the limitations existing in national legislation regarding the credibility of the evidence. Comparative experience shows that the provisions on classified information prescribe the procedure for their protection and the manner of their use in the criminal procedure. In the course of criminal proceedings, the court is obliged to take into consideration the prescribed procedure so that so that the content of classified information can not be made available to unauthorized persons.

The issue of unlawful evidence raised numerous discussions in the expert and scientific public, especially in the context of illegal interception of communications and the competence of the Special prosecution office. The records of the illegal interception of communications should not be excluded from the evidence as unlawful, due to the fact that the Special prosecution office did not acquire such recordings, but they were submitted to them in order to act in the context of the legislative obligations that they have. However, it remains for the court's assessment whether and to what extent the court's decision will be based on these recordings, given that the judge has a free judicial belief to decide which evidence will be crucial for the judgment.

This view is in the context of the practice of the European Court on Human Rights, which does not include the prohibition on using unlawful evidence in the general elements that constitute the term "fair trial" of Article 6 of the European Convention. The majority of applications for unlawful evidence have been rejected by the European Court because of the Court's view that the assessment of whether a evidence is unlawful or not is an issue decided by the national courts. Only absolutely prohibited evidence such as torture, inhuman and inhumane treatment are without exception considered to be a violation of the right to a fair trial under Article 6 of the European Convention.

Keywords: rule of law, classified information, criminal proceedings, unlawful evidence

³⁸ Professor, Faculty of Law "Justinijan Prvi" - Skopje, University "Sv.Kiril i Metodij" in Skopje, contact address: gordana2206@gmail.com.

³⁹ Presented at an expert-scientific debate "Open questions regarding the evidence in the criminal procedure", March 10, 2017, Skopje.