

М-р Леонид Трпеноски<sup>1</sup>

## ШТО ИМААТ ЗАЕДНИЧКО ТОРТУРАТА, СПОГОДУВАЊЕТО И ПРИФАТЛИВОСТА НА НЕЗАКОНИТИТЕ ДОКАЗИ

1.04 Стручна статија

УДК 343.255

343.144

343.14

### Апстракт

*Авторот во трудот пишува за тортурата што во средниот век била метод за добивање признание како клучен доказ за обезбедување осуда во кривичната постапка, за спогодувањето како начин постапката брзо да заврши со осуда и за прифатливоста на незаконитите докази како клучен елемент во синџирот за обезбедување докази за осуда. На прв поглед, три нешта, кои освен осудата, немаат ништо заедничко. Целта е да се пронајде заедничката нишка за сите нив преку која ќе се дојде до несекојдневен заклучок во врска со процесната положба и правата на обвинетиот.*

**Клучни зборови:** тортура, спогодување, незаконити докази, порота, обвинет.

### 1. Вовед

Кривичната постапка е реактивна постапка. Таа нема цел да дејствува превентивно, во смисла да го штити општеството од тоа да не дојде до некакво кривично дело, туку стапува на сцената кога некој ќе изврши забрането дело. Државата има обврска да обезбедува правда за граѓаните под нејзина власт, што значи дека таа не само што има право да гони и да казнува, туку нејзина обврска и должност е да го прави тоа.

Основниот интерес на секој кривичен процес е осознавање на вистината со цел точно да се примени правото. Впрочем, најмногу време, труд и енергија одзема токму

---

<sup>1</sup> Адвокат во Адвокатското друштво ТРПЕНОСКИ, Скопје.

откривањето на тоа што се случило во минатото. Само мал увид во историјата на кривичната постапка би ни открил дека смислата на постапката отсекогаш била доаѓање до вистината. Како и дали се доаѓало до неа е сосема друга работа. Од сегашна временска дистанца, многу методи, видови докази со кои правниците се стремеле да дојдат до вистината, иако за своето време биле сметани за најдобри начини, денес би биле осудени како неефикасни, варварски, незаконити, спротивни на универзалните правила на природното право, едноставно кажано – недозволен за употреба. Системот на доказите се менувал како што се менувале општествените услови. Според мислењето на Енрико Фери, неговиот историски развиток поминал низ четири фази: примитивна, религиозна, легална и сентиментална, а ја предвидел научната како петта фаза<sup>2</sup>. Во сите овие фази, целта била иста, да се утврди што точно се случило во минатото, а тоа човекот го правел со оние средства и методи што му биле достапни на конкретното ниво на општествен развој. Од сегашна гледна точка, првите три фази изгледаат неразумно, меѓутоа тоа е проблемот со *post festum* анализите. Лесно е со наши очи да судиме за методите што ги применувале порано правниците во истражувањето и гонењето на казнените дела. Тие немале технички средства и научни познавања како што имаме сега ние, впрочем, и сегашната практика и начинот на докажување може да изгледаат неразумни по еден милениум.

## **2. Што е заедничко кај трите институти од насловот**

На прв поглед, тортурата, спогодувањето и прифаќањето на незаконитите докази немаат ништо заедничко освен стремежот обвинетиот да биде осуден. Дури и изгледа како да не постојат нешта што се пооддалечени едни од други. Зашто кој би барал блискост, на пример, помеѓу тортурата како суров и крвав метод на испитување со спогодувањето како префинет начин на разрешување на кривичниот настан. Да споредуваш мачење и нечовечко „откривање“ на вистината со хуман начин за завршување еден кривичен предмет, па уште ако тука го додадеш и прашањето за прифатливост на незаконитите докази, некој со право може да забележи дека иронизирам или имам специфична смисла за хумор. Но, да не ме обесхрабри последново, ќе ги разгледам прво секој посебно во обид да најдам поврзаност кај сите заедно.

---

<sup>2</sup> Матовски, Никола/Лажетик-Бужаровска, Гордана/Калајчиев, Гордан, Казнено процесно право, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2009, стр. 189.

### 3. Тортура

Како што напоменав погоре, луѓето истражувале со она што им било при рака, а до XIX век малку што им било од корист. Немало обвинителства, ни полиција, во модерна смисла на зборот, не постоеле современите истражни методи, криминалистичката тактика, методика и техника.

Сега знаеме дека вербата во светото денес не може да ни помогне со помош на ордалиите да докажеме кој е, а кој не е виновен. Но, во религиозната фаза, верувањето во сакралното, а при недостиг на научни методи и технички средства за откривање на делата, веројатно изгледало сосема нормално, кога веќе не може човекот да го открие виновниот, нему да му помогне бог. Недостатоците од минатото се обиделе да ги поправат во легалната фаза, повторно со она што им било достапно. Легалната теорија на докажување била прифатена за да се избегнат секакви субјективности. Било замислено дека така ќе се избегнат судските заблуди и грешки на кои никој не е имун, за да одговара само оној за кој ќе постојат сигурни или, како што ги нарекувале во тоа време, полни докази за вина.

Освен сведоците, признанието и материјалните предмети, инквизиторите немале како да го истражат и да го докажат казненото дело. Според тогашната легална теорија, двајца очевидци биле доволни онаму каде што ги имало, а тоа било ретко, поради што останувало признанието како најчест начин на докажување. Ако немало двајца сведоци очевидци, тогаш само доброволното признание на обвинетиот можело да доведе до осуда<sup>3</sup>. Иако тортурата не била замислена како основен метод на докажување, таа станала често користена алатка, а признанието кралица на доказите (*regina probationum*). Таа постоела на европско тло во периодот од XIII<sup>4</sup> до крајот на XVIII<sup>5</sup> век, односно за целото времетраење на легалната фаза. Обвинетиот можел да биде подложен на тортура и ако одбивал да

---

<sup>3</sup> Langbein, John H, Torture and Plea Bargaining, The University of Chicago Law Review, Vol. 46, Iss. 1, 1978, p. 4 (натаму Langbein, Torture, 1978), слично и Damaška, Mirjan, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: a Comparative Study, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 121, 1973, p. 515 (натаму Damaška, Barriers, 1973).

<sup>4</sup> Во црковните постапки била воведена була на папата Инокентије IV во 1252 г. – Damaška, Mirjan, Potraga za pravičnim postupkom u doba inkvizitorne procedure, HLJKPP broj 1/2013, Zagreb, str. 172 (натаму Damaška, Potraga, 2013).

<sup>5</sup> Damaška, Barriers, 1973, op. cit., p. 527. Карактеристично е тоа што некои Швајцарски кантони во 1803 г. повторно вовеле тортура, додека во Австро-Унгарија, иако тортурата била укината во 1776 г., во некои краишта на земјата во практиката се применувала до 1818 г. Таму, по укинување на тортурата, новото право им дозволувало на австриските судови да му изречат на обвинетиот дисциплински мерки ако имало неконзистентност во неговите одговори. Па ако претходно тој бил мачен за да ја зборува вистината, потоа бил тепан зашто кажал лага – Damaška, Mirjan, The Death of Legal Torture, The Yale Law Journal, Vol. 87, No. 4, 1978, pp. 876-877 (натаму Damaška, Legal Torture, 1978).

одговори на поставените прашања<sup>6</sup>, што значи дека во овој период постоеле тортура за извлекување одговор и добивање признание, физички дисциплински мерки за кажување лага и тортура кога обвинетиот одбивал да се изјасни за делото<sup>7</sup>.

Како дошло до тоа, поаѓајќи од најдобри намери за да се заштитат осомничените од субјективизми, работата да отиде дотаму секојдневно врз нив да се применува тортура?!

Казните во целиот среден век најчесто биле смртна и телесна или, со други зборови, влогот бил сè или ништо<sup>8</sup>. Немало средина како сега, некој да биде санкциониран на затворска казна, по чие издржување може да му се врати на својот живот. Тогаш живот по казната немало и за да се избегне опасноста да одговараат невини луѓе, легалната теорија точно кажувала како и со кои докази можело да се докаже некое дело, кога можело некој да се стави на тортура и сл. На тортура се изложувал оној за кого постоеле доволно индиции дека го сторил делото, но не и полни докази што според законската теорија биле потребни за да го осудат<sup>9</sup>. На пример, кога имало еден сведок очевидец, а не двајца, кога бил фатен како бега со оружје во рака, но не и да бил виден од двајца како го забодува оружјето во оштетениот, кога го имал кај себе украдениот предмет, а без да биде виден *in flagranti* од двајца како краде, според средновековниот систем на докажување се сметало дека не постои полн доказ за да биде осуден, туку само половина доказ што бил доволен за да се стави на тортура. Вака гледано, веројатно тој бил сторителот, сега индициите би биле доволни за негова осуда, но не и тогаш, а во времето кога казните за делото биле смртна или телесна, самата тортура не вцашувала многу.

Парадоксот е тоа што силните процесни форми што требало да спречат погрешна осуда, наместо да го заштитат осомничениот, го направиле многу поранлив. Дамашка вели:

„...терминот 'правична тортура' за нас денес е оксиморон. Доцносредновековните, дури и раните модерни континентални правници, меѓутоа не мислеле така. Јазот помеѓу нас и нив зјапа под нозете. Вистина

---

<sup>6</sup> Damaška, Potraga, 2013, op. cit., str. 174.

<sup>7</sup> Во Англија, иако не се користела тортурата за извлекување признание, до XVIII век постоело нешто слично кога обвинетиот одбивал да се изјасни. Имено, му се ставал сè потешок камен на неговото тело сè додека тој не се изјаснил за виновен или невин. И покрај таквото мачење, некои обвинети останувале неми и истрајни во своето одбивање да се изјаснат за вината и избирале да бидат згмечени до смрт, имајќи предвид дека така избегнувале одземање на имотот и некои други последици на осудата – Ibid, str. 186-187.

<sup>8</sup> Првиот кривичен закон што комплетно ја укинал смртната казна бил донесен во 1786 г. за подрачјето на Тоскана ... Затворите во средниот век биле наменети за да го задржат обвинетиот поради судење, а не за да го казнат – Langbein, John H, The Historical Origins of the Sanction of Imprisonment for Serious Crime, The Journal of Legal Studies, Vol. V, No. 1, 1976, pp. 37-38 (натаму Langbein, Imprisonment, 1976). Во Македонија, смртната казна е укината со донесувањето на новиот Устав од 1991 г. – Устав на РМ, чл. 10.

<sup>9</sup> Damaška, Potraga, 2013, op. cit., str. 178-179.

е дека ја сметале тортурата за нечовечна. 'Ништо не е толку сурово и нечовечко', истакнувал Карпцов во XVII век, 'како осакатувањето луѓе создадени по божјата слика со тортура'. Но, нереално високите доказни бариери подигнати против осудата на тешкиот криминал довеле многу до заклучокот дека таа сурова метода на прибавување докази е нужна за сузбивање на неделата што најмногу се заканувале на воспоставениот општествен поредок. Сnižувањето на доказните бариери како алтернатива за нив не доаѓала предвид, бидејќи тие бариери биле наметнати од високопочитувани авторитети. Она што се чинело вредно за труд било регулирањето на употребата на тортурата на начин што најмалку би го навредувал тогаш преовладувачкото сфаќање на правичноста...<sup>10</sup>

Одговорот на прашањето зошто дошло до тоа може да се најде во тезата дека ниедно организирано општество не може да опстане ако не ги гони сторителите на казнените дела, зашто ќе се трансформира во анархија. Легалната доказна теорија во средновековното право е пример од подалечната историја што се случило кога општествата со добри намери, сакајќи да ги заштитат правата на обвинетите, премногу ги засилиле процесните механизми што требало да исклучат и најдалечна можност од судска грешка. Тие механизми биле толку недостижни што станале пречка сами за себе, а нереалните и невозможните барања на легалната теорија биле премостени со тортурата<sup>11</sup>. Барањето за двајца очевидци било тешко да се исполни, а не можело да се заобиколи, па така нашле начин да го приспособат правилото за признание<sup>12</sup>.

Колапсот на правната заштита е очигледен, практиката нашла начин како да ги заобиколи силните процесни гаранции за да не дојде до блокирање на правниот систем и ослободување многу осомничени за кои индициите разумно покажувале дека се вистински виновници. Секако, тука настрадале многу невини што биле живи спалувани за фантастичните дела, како што биле вештерството и сл., зашто нема дилеми дека сите вакви имагинарни дела биле докажувани исклучиво преку тортура.

Значи, желбата никој невин да не биде осуден ставила преголем товар врз грбот на судовите што морале да најдат полни докази за да може да осудат некого. Но, такви најчесто

---

<sup>10</sup> Damaška, Potraga, 2013, op. cit., str. 179-180.

<sup>11</sup> Слично, Ibid., str. 187.

<sup>12</sup> Langbein, Torture, 1978, op. cit., pp. 4-5; За да се постигне помирување со барањата на легалната доказна теорија дека признанието е доброволно, инквизиторите го третирале признанието извлечено под тортура како недоброволно, па оттука и неважечко, освен ако обвинетиот не го повтори без тортура на сослушување следниот ден. Честопати обвинетиот што признал под тортура не сакал доброволно да го потврди своето признание. Потоа тортурата се повторувала и обвинетиот што прво признал под тортура, па се откажал, одново бил измачуван, така што доволно брзо сфаќал дека само „доброволно“ признание може да го спаси од натамошна агонија во комората за мачење – Ibid, p. 7.

немало, а за разлика од сега, индициите тогаш биле недоволни за осуда. Општеството не можело да си дозволи криминалците да останат неказнети, па затоа немањето полн доказ, практиката го заменила со легална тортура што била правниот пат за изрекување секаква осуда.

Така доаѓаме до заклучокот дека пресилно поставените гаранции довеле и дозволиле тортурата да хара цели 6 века на европска почва. Тортурата засекогаш ја обележала инквизиторната постапка како една од најлошите и најнепосакувани постапки во историјата. Решението сега изгледа лесно, требало едноставно да се напушти легалната доказна теорија за да исчезне тортурата, а тоа, впрочем, и се случило во XIX век, но така е со *post festum* анализите, решенијата секогаш изгледаат едноставни, а ги нема тогаш кога се најпотребни.

Горната е легална причина за исчезнување на тортурата, а Дамашка укажува на класниот карактер на правото<sup>13</sup> и дава идеолошки поглед:

„Како што одминуваше времето, процесот на скратување на феудалните привилегии од страна на апсолутистичката држава продолжи. Со понатамошното намалување на социјалните разлики во XVIII век, елитата сè повеќе доаѓаше во контакт со инструментите дизајнирани за пониските класи. Шансите дека благородник може да биде фатен од инквизиторската машина повеќе не беа занемарливи. Бидејќи тортурата требаше да стане процесно средство за сите, нејзината човечка цена драстично се зголеми. И горните слоеви можеа да се замислат како измачувани обвинети...<sup>14</sup>. Како што често се случувало во процесната историја, кога елитата осетила опасност таа да биде изложена на бруталните процесни инструменти наменети за пониските општествени слоеви, деновите на тие инструменти им биле одброени. Оттаму, не е чудно тоа што повиците на просветителите за забрана на тортурата како легитимна техника за прибавување докази биле прифатени од значајни сегменти на горните општествени слоеви, претворајќи ги во катализатор за отфрлање на тој суров процесен инструмент дури и пред да се огласи своето за Француската револуција“<sup>15</sup>.

#### **4. Спогодување за обвинението**

Ако тортурата ставила печат врз инквизиторната постапка, тогаш главно обележје на акузаторната постапка е поротата. Модерниот поротен систем води потекло од

---

<sup>13</sup> Правото имало класен карактер, па аристократијата ретко била подложувана на тортура само кога станувало збор за најтешки дела. Независно колку била брутална таа епоха, чувствителноста спрема човековото страдање не била целосно отсутна. Сепак, тоа што недостасувало било општа човечка емпатија независна од класната припадност, универзална концепција за човековите права. Еднаквоста тогаш била нелегална – Damaška, *Legal Torture*, 1978, op. cit., p. 879; слично и Damaška, *Potruga*, 2013, op. cit., p. 198; види и Damaška, *Barriers*, 1973, op. cit., pp. 566-567.

<sup>14</sup> Damaška, *Legal Torture*, 1978, op. cit., p. 881.

<sup>15</sup> Damaška, *Potruga*, 2013, op. cit., str. 199-200.

англосаксонското право и со него се гарантира правото да се биде суден само од еднаквите на себе. Поротата во англиското право ја среќаваме во Големата повелба на слободата во членот 39<sup>16</sup>.

Еднаквите на него се токму поротниците што треба да му судат на осомничениот. Главно, кога ќе се спомене зборот порота, луѓето веднаш го поврзуваат со поротата каква што е претставена на филмските екрани. Но, првобитната порота родена во XIII век во средновековна Англија не била замислена да биде ваква каква што е сега, впрочем и англиската акузаторна постапка тогаш била целосно различна од она што е сега.

Судовите биле патувачки и одредени денови од годината држеле судски сесии во различни краишта на земјата. Постапката пред поротата била сумарна, поротниците не се избирале за еден случај, туку за повеќе, на пример, во еден ден биле изнесувани неколку случаи, поротата ги слушала сите, на крајот се повлекувала и носела одлуки за сите нив. Еднаш собрана, кривичната порота можела да слушне докази за 6-7 неповрзани случаи пред да се повлече за да ги донесе одлуките во сите нив<sup>17</sup>.

За поротници биле избирани луѓе што веројатно биле информирани за настанот, а правилото да се избираат луѓе од соседството во кое било извршено делото подразбирало дека тие можеле да бидат и биле сведоци и поротници<sup>18</sup>. Поротници се избирале неколку дена пред судењето, а тоа што биле лица од локалното население практично значело дека вообичаено тоа биле луѓе што го познавале обвинетиот. Имено, во феудализмот немало многу движење од едно место на друго, сторителот бил од локалната средина, а ретко странец. Поротниците за разлика од сега, тогаш не биле пасивни. Во XIII век биле должни да прават сопствени истраги околу фактите и за тоа требало да зборуваат пред судот. Земале

---

<sup>16</sup> Ниту еден слободен човек не смее да биде приведен или затворен или лишен од своите права или имот или ставен надвор од закон или прогонет или на кој било начин лишен од својата положба, ниту против него ќе биде употребена сила или други ќе бидат упатени да го сторат тоа, освен врз основа на законита пресуда, од нему еднаквите или од законот на земјата – Лажетик-Бужаровска, Гордана/Калајџиев, Гордан/Мисоски, Бобан/Илиќ, Дивна, Компаративно казнено процесно право, АКАДЕМИК, Скопје, 2011, стр. 22-23 (натаму Лажетик-Бужаровска и др., Компаративно, 2011).

<sup>17</sup> Langbein, John H, The Origins of Public Prosecution at Common Law, The American Journal of Legal History, Vol. XVII, 1973, p. 316 (натаму Langbein, Public Prosecution, 1973); Langbein, John H, Controlling Prosecutorial Discretion in Germany, The University of Chicago Law Review, Vol. 41, No. 3, 1974, p. 445 (натаму Langbein, Controlling Prosecutorial, 1974).

<sup>18</sup> James B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, p. 90 and 91 (1898) цитирано кај Langbein, Public Prosecution, 1973, op. cit., p. 314.

изјави, ги оценувале и давале свој суд во вид на пресуда<sup>19</sup>. Тие често го познавале обвинетиот, неговата фамилија и пријателите, можеле да го истражуваат делото, да ги распрашуваат сведоците, да бараат да се повикаат сведоци и на крај да гласаат врз основа на личното истражување, а не само врз база на она што го чуле во постапката пред судот<sup>20</sup>.

Средновековната порота доаѓала на суд повеќе за да зборува отколку за да слуша. Ваквиот систем на самоинформирани поротници почнал да исчезнува во доцниот среден век кога настанала трансформација на активната во пасивна порота<sup>21</sup>. Тоа се случило некаде во XV век<sup>22</sup>, односно во XVI век поротата станала она што е денес, пасивен посматрач што нема претходни сознанија за делото и дава свој суд за вината врз основа на она што го слушнала во судот<sup>23</sup>. Според мислењето на Лангбејн, не може точно да се открие причината за оваа промена, но смета дека средновековниот систем на активни пороти не можел да преживее во модерни времиња. Тој подразбирал статична популација и форма на општествена социјална организација што веќе била во распаѓање<sup>24</sup>, каква што, ќе признаеме, не постои по пропаста на феудализмот.

Сè било поразлично од она што го гледаме денес во медиумски покриените судења. Англискиот судија до XVIII век можел да го употреби своето право и да нареди ново судење како коректив за пресудата на поротата за која тој сметал дека не е во согласност со доказите<sup>25</sup>. Во XVII и во раниот XVIII век, слично како во континенталниот систем, судијата бил тој што ги испитувал сведоците и обвинетиот за да стане судот пасивен

---

<sup>19</sup> Frederick Pollock & F. W. Maitland, *The History of English Law*, v. 2, pp. 624-25 (2d ed., 1898) цитирано кај Langbein, Public Prosecution, 1973, op. cit., p. 314 и кај Langbein, John H, Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources, Columbia Law Review, Vol. 96, No. 5, 1996, p. 1170 (натаму Langbein, Ryder Sources, 1996); Дамашка пишува – судењата не вклучувале изнесување докази пред носителите на одлуката: поротниците едноставно би дошле на суд за да ја објават својата одлука, а патувачкиот кралски судија само би ја потврдил и би ја изрекол казната – Damaška, Potraga, 2013, op. cit., str. 184.

<sup>20</sup> Langbein, John H, The Criminal Trial before the Lawyers, The University of Chicago Law Review, Vol. 45, No. 2, 1978, pp. 288, 298 and 299 (натаму Langbein, Lawyers, 1978).

<sup>21</sup> Langbein, Public Prosecution, 1973, op. cit., p. 314 и Langbein, Ryder Sources, 1996, op. cit., pp. 1170-1171.

<sup>22</sup> Damaška, Potraga, 2013, op. cit., p. 185.

<sup>23</sup> Langbein, Public Prosecution, 1973, op. cit., p. 315 и Langbein, Lawyers, 1978, op. cit., p. 299.

<sup>24</sup> Langbein, Public Prosecution, 1973, op. cit., p. 315.

<sup>25</sup> Langbein, Ryder Sources, 1996, op. cit., p. 1193; Судот во прво време можел да им наложи повторно да расправаат ако не се согласувал со нивната одлука, да им наложи како да одлучат, па дури и да ги казни – Langbein, Lawyers, 1978, op. cit., pp. 285, 295 and 298; Лангбејн посочува случај од 1678 г., во кој судот во два наврати не се согласил со одлуката на поротата да ослободи обвинет зашто тоа, според него, не било во согласност со доказите и успеал во третиот обид да обезбеди осудителна пресуда од нив – Langbein, Ryder Sources, 1996, op. cit., p. 1190; Пишува и за друг случај од 1718 г. за бигамија, во кој судот увидувајќи дека предложените докази не се доволни за осуда, го прекинал судењето, ги советуваат оштетените сопруги да обезбедат подобри, а за тоа време го задржал обвинетиот затворен – Langbein, Lawyers, 1978, op. cit., p. 287.



посматрач во XIX век, а адвокатите на обвинението и одбраната да ги испитуваат сведоците директно и вкрстено<sup>26</sup>.

Доказното право било примитивно и во XVIII век, правото на бранител за сите кривични дела не било признаено до XIX век, а жалбената постапка била рестриктивна дури и на почетокот на XX век<sup>27</sup>.

Присуството на адвокати во кривичните предмети почнало да се јавува по 1730 г., иако било сосема рутинска работа во граѓанските предмети<sup>28</sup>. Дотогаш обвинетиот можел да се брани исклучиво сам во постапката, а судот бил тој што вообичаено ги испитувал сведоците<sup>29</sup>. Како само очекувале да се брани кога немал бранител, ни копија од обвинението?!<sup>30</sup> Кога го имал, бранителот во редовните кривични предмети немал право да дава завршен збор пред поротата во кој би ги сумирал фактите сè до 1836 г.<sup>31</sup>

Дури и во XIX век доминантно било приватното обвинување<sup>32</sup>, а она што ние го знаеме како професионална полиција и јавен обвинител се појавиле дури во XIX век<sup>33</sup>. Постапката се водела по барање на оштетениот<sup>34</sup>, кој бил должен сам да собира докази за

---

<sup>26</sup> M. Cottu, *On the Administration of Criminal Justice in England* 88 (London 1822 transl.) цитирано кај Langbein, *Ryder Sources*, 1996, op. cit., pp. 1198-1199.

<sup>27</sup> Langbein, *Controlling Prosecutorial*, 1974, op. cit., p. 445; Langbein, *Ryder Sources*, 1996, op. cit., p. 1197; Langbein, John H. *The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law*, *Michigan Law Review*, Vol. 92, Iss. 5, 1994, pp. 1047-1048 (натаму Langbein, *Privilege*, 1994).

<sup>28</sup> Langbein, *Ryder Sources*, 1996, op. cit., p. 1201; Langbein, *Lawyers*, 1978, op. cit., pp. 272, 307, 311 and 312 и кај Langbein, *Privilege*, 1994, op. cit., p. 1068; за разлика од т.н. обичен криминал, кај политичките судења, како на пример, за предавство, круната била застапувана од државен обвинител, а обвинетите имале право на стручна одбрана преку адвокат од 1696 г. – Langbein, *Lawyers*, 1978, op. cit., pp. 266, 267, 309 and 310.

<sup>29</sup> Langbein, *Lawyers*, 1978, op. cit., pp. 282, 283, 285 and 315.

<sup>30</sup> Адвокатите на оштетениот и обвинетиот не биле вообичаена појава до втората половина XVIII век – Langbein, *Lawyers*, 1978, op. cit., pp. 263 and 282; Фактички, во XIX век во кривичните случаи станало правило учеството на адвокати на страната на обвинението и одбраната, но обвинетиот сè уште не добивал ни копија од обвинението – Langbein, *Public Prosecution*, 1973, op. cit., pp. 316-318 и Langbein, *Privilege*, 1994, op. cit., p. 1058.

<sup>31</sup> Langbein, *Lawyers*, 1978, op. cit., p. 313; Langbein, *Privilege*, 1994, op. cit., p. 1054; иако во политичките судења, кои биле ретки, тоа право го имал од 1696 г. – Langbein, *Privilege*, 1994, op. cit., pp. 1067-1068.

<sup>32</sup> Langbein, *Public Prosecution*, 1973, op. cit., p. 317.

<sup>33</sup> Langbein, *Controlling Prosecutorial*, 1974, op. cit., p. 444.

<sup>34</sup> Немало секогаш преживевани за да тужат, некогаш оштетените одбивале тоа да го направат, а други пати биле некадарни. Бидејќи јавниот интерес во спроведување на правото не можел да си дозволи такви празнини под власта на Кралицата Мери, во 1554-1555 г. биле донесени два закони со кои во Обединетото Кралство биле воведени мировни судии како еден вид јавни обвинители. Кога за сериозни кривични дела немало приватни тужители или нивните докази биле недоволни, мировниот судија бил тој што истражувал и ги задолжувал сведоците да се појават во суд. Неговата функција била истражна во корист на оштетените. Тој главно бил пасивен пред поротниот суд, но во некои предмети го застапувал обвинението, ги испитувал сведоците и обвинетиот, а можел да даде и исказ за сето она што го открил во истрагата. Неговото сведочење обично имало голем ефект врз поротниците. Признанијата што тој рутински ги обезбедувал биле основ за одлука во голем дел неоспорени случаи. Овој судија постоел сè до периодот кога биле формирани

да го докаже случајот, а интересно е што денес општопознатиот стандард за осуда „надвор од разумно сомневање“ и привилегијата против себеобвинување не биле јасно формулирани сè до крајот на XVIII век<sup>35</sup>.

Значи, до појавата на адвокатите, оштетениот сам го изнесувал предметот, а обвинетиот се бранел сам, колку што знаел, сам ги испрашувал сведоците, односно го правел она што денес е работа на бранителот. Последица на сето ова било непостоењето на општопознатото право на молчење. Во периодот помеѓу 1670-1730 г., Лангбејн не забележал ниту еден единствен случај во кој обвинетиот одбил да зборува или во кој се повикал на нешто што алудира на денес познатата привилегија против себеобвинување<sup>36</sup>. Затоа, овој период го нарекува „обвинетиот зборува“<sup>37</sup>.

Во ситуација кога обвинетиот немал свој адвокат што би зборувал во негово име, кој би приговарал, би ги распрашувал сведоците и би го сумирал доказниот материјал, погубно за него било да молчи и ништо да не зборува. Кога другата страна што обвинува напаѓа, единствен начин за одбрана е да зборува и тој. Во многу случаи тоа било разликата помеѓу живот и смрт<sup>38</sup>. Што значи дека во овој период ситуацијата со обвинетиот во англиската постапка не била толку добра колку што се мисли. Општата неправичност што ја красела англиската постапка за редовните кривични дела придонела судовите да почнат да прифаќаат адвокати застапници, без да постои писмен закон што би ги обврзувал, како што бил случајот со политичките дела. Погоре видовме дека од XIX век, адвокатите (обвинители и бранители) станале редовна појава во кривичната постапка.

Пледирајќи и борејќи се за правата на обвинетите, бранителите почнале со текот на времето да обезбедуваат сè повеќе процесни права за нив. Едни од нив се и правото на молчење и привилегијата против себеобвинување, кои, според мислењето на Лангбејн, се производ на акузаторната постапка од XVIII век. Станувајќи стручна постапката, како

---

полициските служби што ги презеле истражните надлежности – Langbein, Public Prosecution, 1973, op. cit., pp. 318 and 323; Langbein, Privilege, 1994, op. cit., pp. 1059-1061; Langbein, Controlling Prosecutorial, 1974, op. cit., p. 444; Langbein, Lawyers, 1978, op. cit., pp. 281-282, види и кај Damaška, Potraga, 2013, op. cit., pp. 185-186.

<sup>35</sup> Langbein, Lawyers, 1978, op. cit., pp. 266 and 284; Langbein, Privilege, 1994, op. cit., p. 1070.

<sup>36</sup> Langbein, Lawyers, 1978, op. cit., p. 283.

<sup>37</sup> Langbein, Privilege, 1994, op. cit., pp. 1049 and 1055.

<sup>38</sup> Поротата, во тоа време, преку супсумирање на делото имала влијание и врз казната, на пр. ако некого осудела за полесна кражба, судот не можел да определи смртна, туку парична казна, а ако го осудела за потешко дело, казната однапред била позната. Тој ако не зборувал, практично се откажувал од својата одбрана. Правото да молчи буквално значело право да изврши самоубиство – Langbein, Privilege, 1994, op. cit., pp. 1063-1064 and 1084, слично Langbein, Imprisonment, 1976, op. cit., p. 54.

резултат на активното учество на адвокатите и опасноста од тоа сега веќе пасивната порота да потпадне под влијание на сугестивни, предубедувачки докази, веројатно логичен бил предусловот за појава на специјални доказни правила, а со нив и на посебни доказни забрани. Со учеството на адвокатите, постапката постапно се менувала, се развиле сложени доказни правила, а со нив се менувал и карактерот на поротата.

Поротата во американскиот систем ја пренеле англиските колонисти<sup>39</sup>. По осамостојувањето била вградена во Уставот на САД. Членот III Оддел 2 од Уставот инсистира: „Судењето за сите кривични дела, освен во случаите на отповикување, се врши со учество на порота...“<sup>40</sup>. VI амандман на Уставот на САД е дециден: „Во сите кривични гонења, обвинетиот ќе ужива право на брзо и јавно судење од страна на непристрасна порота на државата и округот во кој е извршено кривичното дело...“<sup>41</sup>.

Уште од нејзината појава, поротата е замислена како безбедносен механизам, гаранција за осомничениот од омниприсутната и семоќна држава. Според мислењето на Токвил: „Во кривичните работи, каде општеството се бори против еден човек, поротата е склона кон тоа во судијата да гледа пасивно оружје на општествената власт и е сомничава кон неговото мислење“<sup>42</sup>. Главна кочница на судската и државната моќ е поротата.

За разлика од поротата, спогодувањето не постои како институт во Уставот на САД. Или, поинаку кажано, судењето пред порота е гарантирано со Уставот, додека, пак, спогодувањето не. За тоа каков е резултатот сега, убаво срочил Лангбејн:

„...Практиките што толку го одолжуваат современото судење, како што се посебните рочишта, правилата за исклучување на доказите и другите доказни ограничувања, барањата што мора навремено да се истакнат како услов за да може тоа прашање да се изнесе во жалбена постапка, разните маневри и говори на бранителите – сите тие се доцни производи на долгата историја на кривичната постапка. Меѓутоа, тие го направиле судењето како редовна процедура неизводливо и неспроведливо за толку нараснатиот криминал и довеле до тоа во над 90 проценти од случаите предметот да се заврши на друг начин. Системот сега практично зависи од овластувањето на јавниот обвинител да даде некакви концесии во замена за откажување од правото на поротно судење ... Во нашиот век, трансформација на поротното судење во САД доведе до значајни

---

<sup>39</sup> Лажетик-Бужаровска и др., Компаративно, 2011, *op. cit.*, стр. 35.

<sup>40</sup> Бринкли, Ален, Историја на САД: недовршена нација, Штрк, Скопје, 1999, стр. 785.

<sup>41</sup> *Ibid*, стр. 789.

<sup>42</sup> А. Tokvil, О демократији у Americi, S. Karlovci/Titograd, 1990, 234 цитат кај Калајџиев, Гордан, Правична постапка, Докторска дисертација, Правен факултет „Јустинијан Први – Скопје“, 2004, стр. 286.

промени во процесното право и појава на спогодувањето за вина како резултат на правото на јавниот обвинител да не обвинува<sup>43</sup>.

Погоре видовме дека до XVI век поротата била самоинформирачка, а пред XVIII немало адвокати за оштетените или обвинетите. Сето тоа влијаело постапката да биде брза, што од своја страна овозможувало секој обвинет да може да добие судење пред нему еднаквите.

Обвинетиот не бил под притисок да се откаже од правото на судење и да признае вина, практично, секој предмет за кривично дело одел на судење<sup>44</sup>. Спогодувањето за вина се развило во САД дури во XX век<sup>45</sup>. Принципот бил следен: обвинителот се откажувал од дел од обвиненијата или прифаќал помала казна за обвинетиот за сметка на тоа што овој се откажал од правото на поротно судење. Обвинителот не би морал во суд да го докажува делото, ни тој ни судот не би трошеле време и ресурси, а сепак издејствувал осуда за стореното дело, само што таа наместо по правична постапка, ќе се заснова врз признанието на обвинетиот (*Confessio est regina probationum*).

Своевиден парадокс е тоа што појавата на поротата, каква што ја знаеме денес, а која го штити обвинетиот од професионалните судии, како продолжена рака на државата и појавата на адвокатите како гаранти на правата во постапката, довеле до тоа најголем дел од обвинетите да немаат во практиката „*due process*“ или правично судење, туку да бидат осудувани како на производна лента со помош на институтот спогодување за вина и казна.

Поротниот систем, ако се има предвид бројот на обвинетите што реално го ползуваат, повеќе е декор на хартија отколку вистинска практика<sup>46</sup>. Анализите покажуваат дека повеќе од 90 % од кривичните случаи во САД завршуваат со спогодба, наместо со судење пред порота<sup>47</sup>. Што значи дека она што било замислено да го штити обвинетиот од

---

<sup>43</sup> Langbein, *Controlling Prosecutorial*, 1974, op. cit., pp. 445-446.

<sup>44</sup> Langbein, *Lawyers*, 1978, op. cit., p. 315.

<sup>45</sup> Langbein, John H, *Torture and Plea Bargaining*, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 46, Iss. 1, 1978, p. 8 (на таму Langbein, *Torture*, 1978).

<sup>46</sup> За споредба, поротното судење во граѓанските постапки целосно е напуштено во Англија, а суштински намалено во САД – Langbein, *Ryder Sources*, 1996, op. cit., p. 1168.

<sup>47</sup> Лажетик-Бужаровска и др., *Компаративно*, 2011, op. cit., стр. 53; Kirkpatrick, Laird C., *Evidence Law in the Next Millenium*, *Hastings Law Journal*, Vol. 49, Iss. 2, 1998, p. 365; слично и кај Langbein, John H, *On the Myth of Written Constitutions: the Dissapearance of Criminal Jury Trial*, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 15, 1992, p. 121 (на таму Langbein, *Myth*, 1992), види и Damaška, *Barriers*, 1973, op. cit., p. 552; И во Обединетото Кралство правото на обвинетиот да биде суден од нему еднаквите, во денешни услови има повеќе традиционално и историско значење ... како да го губи своето примарно место во англиската кривична постапка – Лажетик-Бужаровска и др., *Компаративно*, 2011, op. cit., стр. 75.

семоќната власт, а тоа се граѓаните поротници, во стварноста е фикција за над 90 % обвинети.

Погоре видовме дека првично поротниците сами истражувале, учествувале во повеќе судења што истовремено се завршувале за еден или два дена. И сите осомничени биле судени од порота. Ако сега поголем број обвинети одат на судење, поротниот систем во САД ќе се парализира<sup>48</sup>. Ако колабира правниот систем, ако тој не е во состојба да ги гони сторителите на кривични дела, општеството ќе западне во анархија.

Слична ситуација имаме со легалната теорија и со тортурата, па и тука слично како и таму, практиката нашла начин како да ги заобиколи силните но нереални гаранции. Наместо уставно гарантираното право на судење пред порота, повеќе од 90 % обвинети добиваат пресуда без никакво судење. Лангбеј ќе напише:

„Спогодбата за вина е несудска постапка за обвинување и осудување лица обвинети за сериозен криминал. Ако во американскиот Устав барате овластување за спогодување за вина, нема да најдете. Наместо тоа, во Повелбата за правата спротивна гаранција ќе најдете гаранција на судење. Шестиот амандман предвидува: 'Во сите кривични гонења, обвинетиот ќе ужива право на ... судење ... од непристрасна порота ...' Во наше време, судењето пред порота продолжува да го зазема централното место во формалното право ... Уставот не се променил, судовите се преправаат дека ги спроведуваат правата на обвинетите на поротно судење ... За волја на вистината, поротното судење во голема мера исчезна во Америка. Системот на кривичната правда сега ги разрешува практично сите случаи на сериозен криминал преку спогодување за вина. Во зависност од надлежноста, дури 99 % од сите пресуди за кривични дела се според спогодба. Оваа несудска постапка стана редовна постапка во американското право<sup>49</sup>.

Навикнати сме да гледаме на Повелбата на правата како на успешна приказна. Со неа, американските уставотворци отворија нова епоха во вековната борба за поставување ефективни ограничувања на злоупотребата на државната власт. Сепак, не е сè успешна приказна од Повелбата на правата. Додека ја славиме неа, добро би било да го земеме предвид поглавјето од Повелбата на правата што е спектакуларен неуспех: напорите на уставотворците да вградат поротно судење како ексклузивен модел на постапување во предметите на тежок криминал ... Иако текстовите налагаат поротно судење за 'сите' кривични случаи, реалноста е далеку поинаква. Наместо 'сите', попрецизен термин за да се опише користењето на поротното судење во разрешувањето на нашите кривични случаи ќе биде 'практично никој'. Како и тие величествени гаранции за човекови права што ги красат божемските уставни на тоталитарните држави, нашата гаранција за рутинско поротно судење е измама<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Слично Damaška, Barriers, 1973, op. cit., p. 551.

<sup>49</sup> Langbein, Torture, 1978, op. cit., p. 9.

<sup>50</sup> Langbein, Myth, 1992, op. cit., pp. 119-120.

Лангбејн укажува на тоа дека во 1730-тите години поротните судови разрешувале помеѓу 12 и 20 кривични предмети дневно. Постапката била сумарна, брза и ефикасна и во 1790-тите години, кога Американците ја конституционализирале англиската кривична постапка<sup>51</sup>. Тоа, според неговото мислење, е причина зошто тогаш секој можел да добие судење пред порота.

Немало спогодување за вина во кривичните случаи во XVIII век<sup>52</sup>. Сега, на хартија, Уставот на сите им гарантира поротно судење и правичен процес (due process), а го добиваат помалку од 10 %. Уставот на секого му гарантира правична и адверсијарна постапка, која Херберт Пакер ја нарекува модел „Due process“, а практиката за повеќето создала административна линија за брза осуда или модел „Crime control“, кој Пакер го споредува со подвижна, производна лента<sup>53</sup>. Тој вели:

„Она што го имаме денес е ситуација во која кривичниот процес, како што, всушност, функционира во поголемиот дел од случаите, веројатно приближно е диктиран од моделот 'Crime control'. Кривичниот процес во реалниот свет има тенденција да биде далеку повеќе административен и менаџерски отколку адверсијарен и судски“<sup>54</sup>.

Заклучокот се наметнува сам – изнасилени гаранции што правото само ги пропишува, а не може да ги оствари во практиката не се никакви гаранции. И наместо да се стават во некаква реална рамка за да се применат во повеќето, ако не и во сите случаи, тие остануваат да стојат неизменети и осамени како светилник од едно друго време, а практиката продолжува успешно да ги заобиколува.

## 5. Незаконити докази

Претходните делови покажуваат што се случува кога правото нормира процесни механизми што реално тешко може да се ефектуираат во практиката. Едноставно, практиката наоѓа начин да ги бајпасира. Затоа, да видиме дали истото тоа се случи и кај нас со силните процесни гаранции за судење само врз база на законити докази.

Прашањето за незаконитите докази на компаративен план е решено различно, но може да заклучиме дека во нив влегуваат најмногу три групи докази, и тоа: (1) докази што

---

<sup>51</sup> Langbein, Torture, 1978, op. cit., p. 10.

<sup>52</sup> John M. Beattie, Crime and the courts in England: 1660-1800, at 336-37 (1986); see id. at 446-47 цитирано кај Langbein, Myth, 1992, op. cit., p. 120.

<sup>53</sup> За овие два модела види повеќе кај Packer, Herbert L., Two models of the criminal process, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 113, No. 1, 1964, pp. 1-68 и Packer, Herbert L., Courts, the Police, and the Rest of Us, Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 57, Iss. 3, 1967, pp. 238-243 (натаму Packer, Courts, 1967).

<sup>54</sup> Packer, Courts, 1967, op. cit., p. 239.

се прибавени со повреда на правилата на процесното право, (2) докази што се прибавени со кршење на правата утврдени со Устав, закон и меѓународни договори и (3) докази што произлегуваат од незаконитите докази (плодови на отровно дрво).

Кај првите, процесните закони дефинираат во кој случај повредата на процесното правило резултира со незаконитост на доказот. Во сите случаи, законодавецот е тој што ги дефинирал незаконитоста и санкцијата за неа. Тука судот нема овластување сам да утврдува дали повредата е од таков карактер што бара или не бара исклучување на доказот. Тој е овластен само да испита дали повредата на која укажал законодавецот е сторена или не е сторена, па ако случајно е сторена, да го издвои доказот како незаконит. Овие се *ex lege* незаконити докази што задолжително се издвојуваат. Може да се каже дека постои блискост на институтот *ex lege* незаконити докази со легалната теорија за доказите.

Кај другата група, незаконитоста е во тоа што органот што го прибавил доказот, тоа го сторил со повреда на правата што Уставот, законите или меѓународните договори им ги признаваат на физичките и на правните лица. Мора да има некаква повреда на процесното, а најчесто на материјалното право, зашто ако нема повреда, нема да има проблем со прифатливоста на прибавениот доказ. Компаративно гледано, кај овој вид повреди, законот вообичаено остава на дискреција на судот, имено, судот да испита какво право е повредено, тежината на повредата, релевантноста на прибавениот доказ, кривичното дело што се истражува и сл. Откако сето тоа ќе го утврди судот, балансирајќи ги јавниот и приватниот интерес, оценува дали спорниот начин на прибавување на доказот него го прави незаконит или не. Ова главно<sup>55</sup> се *ex judicio* незаконити докази што факултативно се издвојуваат.

Последната група се докази што сами за себе се законити докази. Но, поради претходна повреда на органот сторена во обезбедувањето на доказот, која е во каузална врска со нив, добиваат третман на незаконити докази<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Пишувам главно од две причини. Првата е зашто веќе прифатен стандард е ексклузија на доказите прибавени со повреда на забраната за мачење. Значи и тука има повреда на право гарантирано со Устав, закон и меѓународни договори, само што карактерот на повредата е таков што не остава простор за слободна оценка на судот дали да го исклучи или не доказот од постапката. Практично, барањето да се издвои доказот прибавен со повредата на забраната за мачење веќе станало *jus cogens* правило. Втората е бидејќи има држави во кои и вака прибавените докази *ex lege* се издвојуваат (а не *ex judicio*).

<sup>56</sup> На пр. за ова би биле доказите што се најдени во нечиј дом во кој е извршен незаконит претрес. Основната повреда е незаконското влегување во туѓиот дом и противзаконското вршење претрес. Предметите што така се најдени се плод на незаконскиот претрес. Отровното дрво овде е незаконскиот претрес, а најдените предмети се плод од тоа отровно дрво. Оние држави што го санкционираат овој трет вид незаконити докази, ги исклучуваат нив. Тие што не го познаваат, ги прифаќаат како законити доказите добиени при незаконскиот

На компаративен план, постои разлика во однос на третманот на вербалните и материјалните незаконити докази, тоа прашање е интересно за разгледување, но бидејќи ја надминува темата на овој труд, нема да го коментирам овде.

Во Македонија, правото да не се биде суден со незаконити докази за првпат е востановено со чл. 83 од ЗКП/77<sup>57</sup>, кој ги третира само вербалните докази. Наредните закони, и тоа ЗКП/97<sup>58</sup> во чл. 15 и ЗКП/10<sup>59</sup> во чл. 12, вовеле многу посилни одредби што забранува пресудата да се заснова врз незаконитите докази и нивните плодови (се однесуваат на вербалните и на материјалните докази). Но, бидејќи идејата на овој труд не е да прави историска анализа на процесните закони што се применувале во Македонија, предвид ќе го земе само чл. 12<sup>60</sup> од ЗКП/10. Самиот наслов на одредбата „Законитост на доказите“ покажува дека основната намера на законодавецот е обвинетиот да биде суден во правична постапка, исклучиво врз база на законски обезбедени докази.

Оваа одредба главно ги регулира втората и третата група незаконити докази, зашто за првата во ЗКП/10 постојат повеќе одредби што забрануваат во постапката да се употреби доказ што бил обезбеден со повреда на процесните правила.

Со читањето на одредбата, може да заклучиме дека нашето право ја има прифатено американската верзија дури и во поширок обем отколку што практиката ја применува таму<sup>61</sup>. Ова значи дека нашиот законодавец вовел повисок степен на заштита од оној прифатен во многу држави<sup>62</sup>, со што барем нормативно повеќе ги заштитил граѓаните од

---

претрес. Исто е и со незаконското испитување обвинет или сведок. Ако не се прифаќа оваа теорија, тогаш само записникот од таквото испитување се издвојува како незаконски, но онаму каде што се прифаќа, и другите докази за кои се дознало од незаконското испитување добиваат третман на незаконити и биваат издвоени од судскиот предмет.

<sup>57</sup> Закон за кривичната постапка („Сл. лист ФНРЈ“ 4/77, 14/85, 74/87, 57/89 и 3/90).

<sup>58</sup> Закон за кривичната постапка, („Сл. весник на РМ“ бр.15/97, 44/02, 74/04, 83/08, 67/09 и 51/11).

<sup>59</sup> Закон за кривичната постапка, („Сл. весник на РМ“ бр.150/10, 100/12, 142/16 и 198/18).

<sup>60</sup> (1) Забрането е да се изнудува од обвинетиот или од друго лице што учествува во постапката признание или некаква друга изјава. (2) Доказите прибавени на незаконит начин или со кршење на слободите и правата утврдени со Уставот на Република Македонија, законот и меѓународните договори, како и доказите произлезени од нив, не можат да се користат и врз нив не може да се заснова судската одлука.

<sup>61</sup> За ова види повеќе кај Трпеноски, Леонид, Дали специјалното обвинителство може да ја добие битката против судската одлука за издвојување на доказите како незаконски прибавени, МРКПК год. 23, бр. 2, (2016), Скопје, стр. 7-14 (натаму Трпеноски, Издвојување, 2016).

<sup>62</sup> Ќе ги земам за пример: а) Обединетото Кралство, каде што судот може да одбие да прифати докази предложени од обвинителството доколку смета, земајќи ги предвид сите околности, вклучително и околностите под кои доказите биле прибавени, дека приемот на доказите би имал толку негативен (лош, неповолен) ефект врз правичноста на постапката, поради што судот не треба да ги допушти – Police and Criminal Evidence Act, 1984, Section 78 (1); б) Канада, во која доказите добиени на начин што ги повредува или ги негира некои од правата или слободите загарантирани со повелбата ќе бидат исклучени доколку се утврди



незаконитите дејствија на органите на прогонот. Па, за разлика од посочените решенија, според кои и да постои повреда на некое уставно или меѓународно признато право, судот е тој што одлучува дали има потреба од издвојување на доказот (ex iudicio), нашиот закон бара категорично, безусловно издвојување на незаконитите докази по принципот има незаконитост, нема доказ (ex lege). Номотехнички, тоа го направил толку ригидно што оставил простор да избегнат одговорност сомнителни на серија тешки кривични дела. Па, прашањето е дали и овде се повторило во практиката истото како со легалната доказна теорија и поротниот систем.

За да провериме, ќе анализираме неколку одлуки на Апелациониот суд Скопје донесени по жалби на СЈО<sup>63</sup> против решенија на Основниот суд Скопје I Скопје со кои биле издвоени докази.

Апелационен суд Скопје	Основен суд Скопје I Скопје
- со Решение КЖ бр. 729/17 го укинал првостепеното решение. - се повикал на своја одлука КОКЖ-35/15.	Со решение К. бр. 1904/16 го прифатил предлогот на одбрана и издвоил доказ: принт-скринови со ЦД.
- со Решение КСЖ бр. 465/17 го преиначил првостепеното решение. - се повикал на своја одлука КОКЖ-35/15.	Советот за оцена на обвинителниот акт (ОА) со решение КОК-ООА бр. 26/17 го прифатил предлогот на одбрана и издвоил доказ: компакт диск CD-R со аудиоснимки од телефонски разговор.
- со Решение КСЖ бр. 534/17 го преиначил првостепеното решение. - се повикал на свои одлуки КОКЖ-35/15, КЖ-729/17 и КСЖ-465/17.	Советот за оцена на ОА со решение КОК-ООА бр. 23/17 го прифатил предлогот на одбрана и издвоил доказ: компакт диск CD-R во кој биле содржани 5 аудиоснимки од телефонски разговори.
- со Решение КСЖ бр. 544/17 го преиначил првостепеното решение. - се повикал на свои одлуки КОКЖ-35/15, КЖ-729/17, КСЖ-465/17 и КСЖ-534/17.	Советот за оцена на ОА со решение КОК-ООА бр. 24/17 го прифатил предлогот на одбрана и ги издвоил доказите: 26 аудиоснимки, извештај од анализа на бази со СМС-пораки и прилози со текстуални пораки.
- со Решение КСЖ бр. 540/17 го преиначил првостепеното решение.	Советот за оцена на ОА со решение КОК-ООА бр. 22/17 го прифатил предлогот на одбрана и издвоил

дека, имајќи ги предвид сите околности, нивното прифаќање во постапката ќе ја доведе администрацијата на правдата на лош глас – The Canadian Charter of Rights and Freedoms, art. 24 (2) или в) Меѓународниот кривичен суд, како и Трибуналите за поранешна Југославија и Руанда, каде што не се прифатливи доказите прибавени со повреда на одредбите на Статутот или меѓународно признатите човекови права, доколку повредата фрла суштинска двојба во поглед на веродостојноста на доказот или доколку прифаќањето на доказот би било неетичко или би предизвикало сериозна штета врз интегритетот на постапката – Rome Statute of the International Criminal Court, adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, 1998, art. 67; Rules of Procedure and Evidence, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991, as applicable (as adopted 11.02.1994 and last amended 08.07.2015), art. 95; Rules of Procedure and Evidence, International Criminal Tribunal for Rwanda, as applicable (as adopted 29.06.1995 and last amended 13.05.2015), art. 95.

<sup>63</sup> Јавно обвинителство за гонење на кривични дела поврзани и кои произлегуваат од содржината на неовластеното следење на комуникациите.

- се повикал на свои одлуки КОКЖ-35/15, КЖ-729/17, КСЖ-465/17, КСЖ-534/17 и КСЖ-544/17.	доказ: компакт диск CD-R во кој биле содржани 11 аудиоснимки од тел. разговори.
- со Решение КСЖ бр. 548/17 го преиначил првостепеното решение. - се повикал на свои одлуки КОКЖ-35/15, КЖ-729/17, КСЖ-465/17, КСЖ-534/17, КСЖ-544/17 и КСЖ-540/17.	Советот за оцена на обвинителниот акт со решение КОК-ООА бр. 20/17 го прифатил предлогот на одбрана и ги издвоил доказите: компакт диск CD-R во кој биле содржани 8 аудиоснимки од телефонски разговори.
- со Решение КСЖ бр. 590/17 го преиначил првостепеното решение. - се повикал на свои одлуки КОКЖ-35/15, КЖ-729/17, КСЖ-465/17, КСЖ-534/17, КСЖ-544/17, КСЖ-540/17, КСЖ-548/17 и КСЖ-573/17.	Судијата за оцена на обвинителниот акт со решение КООА бр. 53/17 го прифатил предлогот на одбрана и ги издвоил доказите: едно ЦД со 13 и друго ЦД со 35 аудиоснимки.

Од сите решенија на Апелациониот суд може да се заклучи дека судот, независно од составот на советите, прифатил еден унисон заеднички став. Според него:

- чл. 12 ст. 2 од ЗКП го регулира начинот на прибавување на доказите, а не начинот на нивното создавање или на нивната содржина;

- без оглед како е создаден доказот, ако тој е прибавен на законит начин, во конкретните случаи предаден на обвинителството на начин предвиден во ЗКП со чл. 287, во постапка на прибирање докази не е доказ прибавен на незаконит начин или со кршење на човековите права и слободи и може да се користи како доказ со репродуцирање на рочиште за главната расправа и доказ врз кој може да се заснова судска пресуда во корелација со останатите докази;

- судот во сите решенија се повикува на сопствен став претходно изнесен во пресудата КОКЖ бр. 35/15 од 26.09.2016 г. за случајот познат како „Шпион“, кој гласи: „Законитоста во поглед на начинот на кој обвинетиот ги создал доказите со неовластено снимање на разговорите со неговите соговорници воопшто не ја доведува во прашање законитоста на истите, бидејќи тие се прибавени на законит начин согласно одредбите од Законот за кривичната постапка за прибавување на докази“;

- за разлика од првите две решенија КЖ бр. 729/17 и КСЖ бр. 465/17 во кои ништо за ова не пишува, во сите други судот посочува дека кога се штити јавниот интерес, не може да има предност пред тој интерес одредено право на поединецот. Јавниот интерес за утврдување на вистината и утврдување на вината за вака сторено сериозно кривично дело, за кое во конкретниот случај се обвинети обвинетите, дозволува да се користи предметниот доказ во заведената кривична постапка, поради што не може да се прифати тврдењето на одбраната дека на таков начин се повредуваат слободите и правата на граѓаните утврдени во Уставот на Република Македонија, како и чл. 8 од наведената Конвенција, туку напротив, со афирмирањето на јавниот интерес се зајакнува демократскиот дух на државата, како гарант на функционирање на владеење на правото, принцип што претставува темелна вредност на уставниот поредок на Република Македонија;

- со донесувањето на споменатиот Закон за СЈО за овој суд, аудиозаписите од телефонските разговори се внесени во правниот поредок на РМ и врз нивна основа СЈО истражува кривични дела и гони сторители и тие стануваат како дел од доказниот материјал.

Видно од одлуките, Апелациониот суд го прифатил правниот став изнесен во пресудата од предметот познат како „Шпион“, па како по примерот во прецедентното право, ја цитира во втората, тие две во третата одлука итн. Веднаш би истакнал дека нема ништо негативно кога судот се повикува на претходно изнесени ставови. Впрочем, на тој начин судската практика би била предвидлива, тоа би било во насока на јакнење на правната сигурност, која е еден од трите елементи на правдата. Неслучајно Законот за судовите<sup>64</sup> во чл. 3, како една од целите и функциите на судската власт го предвидува обезбедувањето правна сигурност врз основа на владеење на правото. Крајно, прецедентите на мала врата се веќе внесени во нашиот правен поредок со чл. 18 ст. 5 и 6<sup>65</sup> од Законот за судовите.

Меѓутоа, основно при повикувањето на прецедентите е одлуката на која се повикуваме да се однесува на иста или слична правна ситуација како новиот случај. Во конкретниот случај, правната ситуација во предметот „Шпион“ не е ни иста ни слична со правната ситуација настаната како резултат на прислушуваниите разговори. Имено, во „Шпион“, еден од обвинетите ги снимал разговорите што ги водел со други лица. Нивните разговори не биле пресретнати и снимени од страна на органите на прогонот, туку тоа го правел самиот учесник. Судот ги прифатил таквите снимки како докази, а својата одлука ја оправдал правејќи разлика помеѓу создавањето на доказот и неговото прибавување.

Ако се следи споредбената практика во овој дел, одлуката да се прифатат снимките како доказ била правилна, но не од причините што ги навел судот. На располагање имал многу поприватливо, поедноставно и поелегантно решение. Американската практика познава случаи во кои едниот соговорник го снимал другиот, а снимката потоа била употребена како доказ во судска постапка, само што таму тоа се објаснува преку принципот на „изиграна доверба“. Суштината е во тоа што разговорот помеѓу соговорниците се водел на доброволна база и самите биле свесни дека другиот може да ја изигра довербата и да го пренесе кажаното на трето лице или на полицијата. Самиот факт што едниот од нив се инкриминирал не е пречка другиот да сведочи за разговорот, а како што не е пречка да сведочи, според истата правна логика не е пречка под претпоставка да го снимил разговорот

---

<sup>64</sup> „Сл. весник на РМ“ бр. 58/06, 62/06, 35/08, 150/10, 83/18 и 198/18 и „Сл. весник на РСМ“ бр. 96/19.

<sup>65</sup> (1) Судот во конкретните случаи непосредно ги применува конечните и извршни одлуки на Европскиот суд за човекови права, на Меѓународниот казнен суд или на друг суд, чијашто надлежност ја признава Република Македонија. (2) Судот при одлучувањето е должен да ги применува ставовите изразени во конечни пресуди на Европскиот суд за човекови права.

за да ја предаде снимката на органите на прогонот. Разговорот се водел на доброволна основа, имено, немало принуда, закана и сл., а најбитно, полицијата не била вмешана, не го поттикнала снимањето или водењето на разговорот, така што нема замка, нема повреда на „Миранда“ правата, а ни на привилегијата на себеобвинување.

За разлика од САД, во Германија практиката е поинаква. Таму не е дозволено учесникот во разговорот тајно да го снима соговорникот, така што снимката вообичаено не е прифатлив доказ во кривичната постапка<sup>66</sup>.

Но, во другите предмети, ситуацијата не е таква како кај „Шпион“, едниот од соговорниците да го снимил меѓусебниот разговор. Овде полицијата, користејќи апарати за прислушување, пресретнувала туѓи телефонски разговори што не ѝ биле наменети и правела снимки од нив. Првиот е случај на инцидентно снимање сторено од физичко лице, а другите на масовно прислушување и енормно кршење на човековите слободи и права од страна на полицијата.

Учеството на полицијата ја прави небитна разликата помеѓу создавање и прибавување доказ, а која очигледно е многу значајна од образложението на одлуките. Па така, правната логика на судот од „Шпион“ употребена во суштински различни ситуации доведува до апсурдни решенија каде што судот не само што не ги штити човековите слободи и права, туку стимулира идни незаконски дејствија на органите на прогонот, како што се прислушување или претрес без судска наредба.

Зошто сметам вака? Полицијата и обвинителството се органи на прогонот. Полицијата открива кривични дела, обвинителството ги гони. Полицијата е оперативен, а обвинителството аналитички орган што ги восприема оперативните податоци, ги средува, ги сублимира и ги процесира понатаму во вид на обвинение. Исто како елементите на часовникот, полицијата и обвинителството работат синхронизирано, во иста насока за иста цел. Значи и двата се дел од еден ист механизам, на спротивната страна е обвинетиот, додека, пак, судот е неутрален трет што треба да одлучи во спорната ситуација.

Една од задачите на полицијата е спречување вршење кривични дела и прекршоци, откривање и фаќање на нивните сторители и преземање други со закон определени мерки за гонење на сторителите на тие дела (членови 5, 11, 14, 28, 36, 42, 51-а, 57, 60, 60-а, 61, 63-

---

<sup>66</sup> Thaman, Stephen C., Fruits of the Poisonous Tree in Comparative Law, Southwestern Journal of International Law, Vol. 16, 2010, p. 371 (натаму Thaman, Fruits, 2010).

а, 65, 66, 68 од Законот за полиција<sup>67</sup>). Видно од предочените одредби, полицијата може да презема дејствија *ex lege* без да чека наредба од обвинителството.

Ако се примени правната логика на судот, нема пречка полицијата секогаш да го виктимизира и да го прислушува без судски налог. Може да претресува без налог, да повикува, да испитува и да бара писмени изјави од осомничени без да ги запознава со нивните права. Битно е обвинителството да не е вмешано во таа работа, иако и двата се на иста страна и се дел од ист систем.

Доволно ќе биде ова на редовна база врз основа на чл. 287 од ЗКП да бара податоци и информации од полицијата, таа да му ги предава на легален начин, па ќе нема никаква правна пречка да се користат во судски постапки, ако е значајно само тоа како ги прибавило обвинителството, а не од кого и како тој дошол до нив. Правната сигурност ќе стане мисловна именка.

Судот го знае правото, па прашањето е зошто тогаш на ваков начин, спротивно на категоричната норма од чл. 12 ст. 2 од ЗКП/10, дозволил употреба на прислушувани материјали. Одговорот е ист како и кај другите два институти што ги анализираме погоре и сега може да одговориме на прашањето од насловот<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> „Сл. весник на РМ“ бр. 114/06, 6/09, 145/12, 41/14, 33/15, 31/16, 106/16, 120/16, 21/18 и 64/18.

<sup>68</sup> А) Пред да одам на резимето, сосема кратко мора да го посочам мојот став во однос на прислушуваниите разговори, зашто некој може погрешно да помисли дека тој е снимките од прислушуваниите разговори да не смеело да се користат во ни една постапка. За тоа веќе пишував кога првпат во 2015 г. беше донесена одлука за издвојување на материјалите од незаконското прислушување каде што се спротивставив на тогашниот судски резон. Тогаш посочив дека дел од прислушуваниите материјали има законски начин како да се употребат за истражни и доказни цели. Но, никогаш не сум сметал дека е можна употреба на сите прислушувани разговори, под претпоставка сите тие да бидат релевантни од кривичноправен аспект – види Трпеноски, Издвојување, 2016, *op. cit.*, стр. 14-24. А, образложението на Апелациониот суд во анализираните одлуки остава простор да се помисли дека неговиот став е дека е можно тоа. Зашто секогаш јавниот интерес за откривање на вистината и казнување на виновниците ќе предначи пред приватниот интерес за заштита на приватноста. Б) Да не забораваме дека „најрепресивните режими во човечката историја поддржувале професионални судии од кариера без учество на лаици и инквизиторен систем во кој идеологијата на ’истражување на вистината’ имала предност пред грижата за човековите права“ – Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Vol. I, 374 (1981) цитат кај Thaman, Stephen C., *Suđenja pred novom ruskom kaznenom porotom i nulifikacija kaznenog zakona u njezinu pravorijeku: pouke za porotom inspiriranu reformu u Euroaziji i šire*, HLJKPP broj 1/2008, Zagreb, str. 362. В) Предмет на овој труд не е научна оценка на посочените судски одлуки, бидејќи во таков случај ќе треба да видиме дали само тие два интереси што ги спомнал судот се вклучени или требало да бидат и некои други. Зашто јавниот интерес за законитост (на доказите), јавниот интерес за владеење на правото (почитување на правото и од полицијата, а не само од граѓаните), јавниот интерес за зачувување на интегритетот на судот можеби на вагата треба да се најдат на иста страна како и приватниот интерес за заштита на приватноста и јавниот интерес за почитување на човековите слободи и права, а спротивно на тој за откривање на вистината и казнување на виновниците. Г) Овде нема простор, инаку во една таква анализа како вреден за разгледување, а спротивен на оној од Апелациониот суд треба да го земеме ставот на шпанскиот уставен суд, кој бара издвојување на директните и деривативните докази добиени со повреда на уставно загарантирано право. Забраната за ваквите докази ја заснова врз ставот дека употребата

## 6. Резиме

Навидум ништо не ги поврзува. Оддалечени се и во време и во суштина.

Но сепак, има нешто што ги зближува овие три институти. Тоа, пред сè, е неспремноста на општеството да остави на слобода обвинети поради почитување строги формални правила што во прв ред се осмислени да го заштитат обвинетиот. Легалната доказна теорија требало да го заштити од субјективноста на судот, поротата да овозможи да го судат еднакви на него, односно да оневозможи тоа да го прават професионални судии како продолжена рака на државата. Ексклузијата на незаконитите докази требало да спречи докази прибавени на незаконит начин и со повреда на правата да бидат основ за судска одлука.

Но, што се случило. Општествата ги заобиколиле пресилните гаранции што ги нуделе легалната доказна теорија, поротата и ексклузијата на незаконитите докази со тортурата, спогодувањето и прифатливоста на веродостојните докази, независно од модусот како биле прибавени.

Едноставно, формата се повлекла пред суштината.

Ова е лекција за сите нас, дека е мала користа ако законски пропишеме нешто што никој нема да го применува, туку само она што реално може да ги обезбеди законитоста и правичноста на постапката. Можеби била природна реакцијата на Апелациониот суд, кој со начинот на толкување ја ограничи во практиката пресилната законска норма за ексклузија на доказите. Илјадници извикуваа „нема правда, нема мир“, општеството беше на работ на судир и не можеше да поднесе на слобода да останат виновници за сериозни кривични дела, за чија незаконитост сите слушнаа преку медиумите. Но, има разлика помеѓу општествено оправдана и уставно/законски заснована одлука. Оправданоста на судските одлуки од првата причина е очигледна, а за втората сметам дека не е доволно нивното образложение. Укажав на еден апсурд, а добро е што и времето е наш сојузник. Повеќето предмети не се завршени во сите судски инстанци, а борбата веројатно ќе се пренесе и пред Европскиот

---

би довела до (1) повреда на правото на правична постапка, (2) негација на еднаквоста на оружјето, во смисла дека одбраната не може да го прекрши законот за да обезбеди докази и (3) до повреда на пресумпцијата на невиност што шпанското право ја гледа како право да не се биде сметан за виновен и обврска да се докаже вината со доволен квантум законски прибавени докази – Thaman, Stephen C., Fruits, 2010, op. cit, p. 373. Но, тоа би излегло надвор од темата на овој труд, чија основна идеја беше да провери дали има нешто што ги поврзува тортурата, спогодувањето и прифатливоста на незаконитите докази.

суд за човекови права, така што ќе имаме можност во иднина да провериме дали овој суд се согласува со ставот на нашите судови.

Перспективата е најбитна, но не смеете заборавиме дека кривичното право и кривичната постапка се огледало на состојбите во едно општество. Социјалната средина во која најголем акцент се става на човекот како личност, индивидуата со своите права и потреби, природно ќе се стреми кон постапка што ќе ја штити единката од сеприсутната моќ на државата, па дури и ако тоа значи понекој виновен да остане на слобода. И обратно, онаму каде што тежиштето е на државата, на заштитата на јавната безбедност, јавните добра и интереси, ќе се преферира постапка што ќе ги штити тие државни интереси и во остварувањето на таквата цел оправдано ќе биде понекој невин да заврши во затвор, ако тоа е цената да бидат казнети сите виновници. Кој пат ќе го избереме зависи од нас самите, каква цена ќе платиме зависи од патот што сме го избрале.

Leonid Trpenoski, MSc<sup>69</sup>

## WHAT THE TORTURE, THE PLEA BARGAINING AND THE ADMISSIBILITY OF ILLEGAL EVIDENCE HAVE IN COMMON

### Summary

*The Author in this article writes about torture which in the Middle Ages was a method of obtaining confession as key evidence for securing conviction in criminal proceedings, about plea bargaining as a way to obtain quick conviction and about the admissibility of illegal evidence as a key element in the chain for providing evidence for conviction. At first glance, three things that have nothing in common except conviction. The aim is to find a common thread for all of them from which an unusual conclusion will be reached regarding the procedural position and rights of the defendant.*

**Key words:** torture, plea bargaining, illegal evidence, jury, defendant.

---

<sup>69</sup> Attorney at law in Law firm TRPENOSKI Skopje.