

Милана М. Писарић, асистент  
Универзитет у Новом Саду  
Правни факултет у Новом Саду  
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

## НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ У СУДСКОЈ ПРАКСИ

**Сажетак:** У кривичном процесу се поједини докази у одређеним случајевима не могу користити за утврђивање чињеница у смислу да суд заснива пресуду на њима, јер су такви докази сами по себи или према начину прибављања у супротности са одређеним правилима. Будући да је Законик о кривичном процесу у погледу незаконитих доказа осијао донекле недоречен, а да је употреба таквих доказа одређена као релативно бијна повреда одредаба кривичног процеса, суд има одлучујућу улогу у погледу прихваћивости доказног материјала, и стога је, ипак, вредно истражити анализи судске праксе по овом питању.

**Кључне речи:** кривични процес, доказ, незаконити доказ, судска пракса.

Поједини докази, иако се начелно могу користити за утврђивање чињеница у кривичном поступку, у одређеним случајевима могу се искључити од употребе, у смислу да се не вреднују и да се на њима не може заснивати пресуда, уколико су посредно или непосредно, сами по себи или према начину прибављања у супротности са одређеним правилима. Такви докази називају се недозвољени, правно неваљани, односно незаконити докази.

### 1. ЗАКОНСКЕ ОДРЕДБЕ О НЕЗАКОНИТИМ ДОКАЗИМА

Суд у кривичном поступку може заснивати пресуду само на законитим доказима, односно доказима који су прикупљени и изведени у складу са законом (члан 15. став 1 ЗКП<sup>1</sup>). Осим што предвиђа правила о прикупљању и извођењу појединих доказа, Законик садржи и одредбе о незаконитим доказима.

---

<sup>1</sup> „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

Најпре је, у одредби која *начелно* уређује оцену доказа и утврђивање чињеница (члан 16. став 1) прописано да се *судске одлуке не могу заснивати на доказима* који су, непосредно или посредно, *сами њо себи* или *према начину њиховог прибављања* у супротности са Уставом, овим закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа. Члан 84. став 1. предвиђа да се докази који су прибављени противно члану 16. став 1. Законика (незаконити докази) не могу бити коришћени у кривичном поступку. *Ratio legis* оваквог законског решења налази се у потреби да се суд спречи да користи доказна средства која се противе основама друштвено-политичког уређења земље и уставном положају грађана, ирационална доказна средства или доказна средства која по свом садржају не могу представљати доказ<sup>2</sup>.

Осим тога, Законик у одредбама којима се регулише *њихово прибављање и извођење њихових доказа санкционише одређене њихове њихове форми њиховог прибављања*, таксативно прописујући на којим доказима се не може заснивати пресуда. Законик је круг изричито одређених недозвољених доказних средстава на којима се не може заснивати судска одлука предвидео следећим одредбама: чланом 85. став 5. (у вези са исказом окривљеног<sup>3</sup>), чланом 95. став 4. (у вези са исказом сведока<sup>4</sup>), чланом 116. став 1. (у вези са налазом и мишљењем вештака<sup>5</sup>), те чланом 163. став 3. (у вези са посебним доказним радњама<sup>6</sup>). Из овога произилази да законодавац у погледу осталих доказа остао, на први поглед, недоречен, те, примера ради, није предвидео изричитим одредбама у којим случајевима претресање стана и лица, те привремено одузимање

<sup>2</sup> Т. Васиљевић, М. Грубач, *Коментар Законика о кривичном њиховом прибављању*, осмо измењено и допуњено издање, Београд 2003, 51.

<sup>3</sup> На исказу окривљеног не може се заснивати судска одлука уколико 1) окривљени није поучен или му није омогућено да користи права која му по закону припадају (члан 68. став 1.) или 2) изјава окривљеног о присуству браниоца није унета у записник, или 3) ако је поступљено противно одредби која уређује саслушање окривљеног без присуства браниоца, или 4) ако је исказ окривљеног добијен применом мучења, нечовечног и понижавајућег поступања и принуде.

<sup>4</sup> На исказу сведока не може се заснивати судска одлука у следећим случајевима: 1) ако је као сведок испитано лице које је искључено од дужности сведочења (противно члану 93. став 1), или 2) ако лице које је ослобођено од дужности сведочења (члан 94.) није на то упозорено или се није изричито одрекло тог права или ако упозорење и одрицање није убедежено у записник, или 3) ако је исказ сведока добијен применом мучења, нечовечног и понижавајућег поступања и принуде.

<sup>5</sup> На налазу и мишљењу вештака не може се заснивати судска одлука уколико је за вештака одређено лице које је искључено (члан 93.) или ослобођено (члан 94.) од дужности сведочења.

<sup>6</sup> На подацима прикупљеним посебним доказним радњама не може се заснивати судска одлука, уколико је приликом предузимања посебних доказних радњи поступљено супротно одредбама Законика или наредби органа поступка.

предмета представља незаконит доказ, па се може закључити да је интенција била да се остали случајеви могу одређивати применом начелне одредбе из члана 16.ЗКП.

Предвиђена је као својеврсна превентивна мера дужност суда да по уочавању незаконитог доказа, донесе решење којим се налаже издвајање доказа из списка (а по чијој правноснажности се записници о извођењу доказа и физички издвајају, стављају у посебан омот, запечате се и чувају на посебном месту, након чега се не могу разгледати нити користити у даљем току поступка), што има за циљ да се онемогући да се судећи суд упозна са садржином незаконитог доказа. Поред тога што прописује забрану одређених начина прибављања и извођења доказа и предвиђа дужност издвајања незаконитих доказа, уколико до примене те превентивне мере не дође, па се деси да је незаконит доказ суд употребио на тај начин што је пресуду засновао на њему, законодавац ово предвиђа као основ за улагање два правна лека. Тако међу основама за изјављивање жалбе на пресуду, Законик у члану који таксативно набраја битне повреде одредаба кривичног поступка предвиђа случај у ком се пресуда заснива на доказу на коме се по одредбама Законика не може заснивати, осим ако је, с обзиром на друге доказе, очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда (члан 438. став 2. тачка 1). Осим тога, у члану 485. који утврђује разлоге за подношење захтева за заштиту законитости, у ставу 4. међу повредама Законика наведена је и повреда из члана 438. став 2. тачка 1. Окривљени може поднети захтев уколико је ова повреда учињена у првостепеном и поступку пред апелационим судом, под условом да је против те одлуке користио редовни правни лек.

Важно је напоменути да одредба из члана 16. ЗКП не представља само опште правило конкретизовано у законским одредбама које изричито прописују на којим доказима се не може заснивати судска одлука, односно нема само начелни и декларативни карактер, него, пак, омогућава ширење круга незаконитих доказа. На овај начин прихваћена је теорија „плодова отровног дрвета“ што „(…)поново отвара стару дилему о томе да ли било која супротност неког доказа са одредбама ЗКП-а чини тај доказ незаконитим и доводи до процесне санкције – немогућности заснивања судске одлуке на њима.“<sup>7</sup> Ипак, није недозвољен сваки доказ који је у супротности са било којом одредбом Законика, јер би се чинило „бесмисленим да се свако, па и најмање огрешење о неку одредбу ЗКП приликом прибављања доказа санкционише као апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка“<sup>8</sup>. Стога је решење Законика по ком је примена незаконитог доказа увршћена међу рела-

<sup>7</sup> С. Бркић, „Употреба незаконитих доказа у кривичном поступку“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду број 1/2011, 187.

<sup>8</sup> Бркић, *op.cit.*, 188.

тивно битне повреде, за које не постоји претпоставка да су утицале на законитост и правилност одлуке, већ је потребно да се у сваком конкретном случају када се утврди да постоји та повреда, докаже и узрочно-последична веза са последицом коју је повреда произвела<sup>9</sup>.

Имајући у виду да се проблематика незаконитих доказа не може са потпуном прецизношћу дефинисати у закону, наш законодавац је, дакле, поред изричитих одредаба које се односе на незаконите облике појединих доказа предвидео и начелну одредбу којом је оцена о дозвољености употребе доказа препуштена суду. Услед такве намерне недоречености закона, суд има одлучујућу улогу у погледу прихватљивости доказног материјала. Судови јесу и биће у позицији да заузимају ставове о дозвољености, односно недозвољености доказа, стога је, итетако, вредно пажњу посветити анализи судске праксе по овом питању.

## 2. СУДСКА ПРАКСА О ОПШТИМА ПИТАЊИМА У ВЕЗИ СА НЕЗАКОНИТИМ ДОКАЗИМА

Као спорно у вези са временским важењем прописа поставило се питање према ком процесном закону се цени законитост прибављеног доказа. Став судске праксе по наведеном питању је да се та процена врши према пропису који је био на снази у времену предузимања процесне радње, па се „првостепена пресуда заснива на доказима који су прибављени на начин који је у складу са одредбама ЗКП-а,... имајући у виду да су мере у конкретном предмету, у време када су предузете, биле потпуно законите“<sup>10</sup>.

Докази који нису прибављени у складу са законом не могу бити коришћени у кривичном поступку, међутим, иако се ради о доказу који је у формално-правном смислу прибављен на незаконит начин, вештачење материјала сумњивог на опојну дрогу без наредбе суда није незаконит доказ, јер се ради о поступању полиције са циљем обезбеђења доказа, које не представља злоупотребу датих овлашћења према одредбама ЗКП која би била на штету окривљеног или кривичноправних начела (па ни начелне одредбе о недозвољеним доказима). Ова радња је преузета ради ефикасног и благовременог прикупљања доказа у кривичном поступку, што несумњиво представља прикупљање доказа који не трпе одлагања. Стога по оцини Врховног суда поступак овлашћених службених лица није супротан ни једној начелној одредби Законика о кривичном поступку, и може представљати само рела-

---

<sup>9</sup> М. Шкулић, Т. Бугарски, *Кривично процесно право*, Нови Сад 2015, 499.

<sup>10</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду Кж.И По1 бр. 21/10 од 18.11.2011. и пресуда Окружног суда у Београду – Посебно одељење К.По1 бр. 66/10 – К.П.6р. 14/06 од 11.11.2009. године.

тивно битну повреду одредаба кривичног поступка из члана 368. став 2. ЗКП, која не доводи безусловно до укидања првостепене пресуде, већ се у сваком појединачном случају испитује да ли је таква повреда била од утицаја на законитост и правилност првостепене пресуде<sup>11</sup>.

Незаконите доказе на којима се по одредбама Законика о кривичном поступку пресуда не може заснивати, судска пракса разликује од доказа који нису незаконито прибављени, али се из њих не могу на правно ваљан начин утврдити битне чињенице. Тако је Врховни касациони суд у конкретном случају утврдио да наведени записници о лому робе нису незаконити докази на којима се по одредбама ЗКП пресуда не може заснивати. Наиме, ради се о документацију предузећа која се према нормативним актима и сачињава приликом лома примљене робе и правдања исте, чију валидност одбрана оспорава. Првостепени суд је на главном претресу извршио увид у копије ових записника и на основу графоскопско-графолошко вештачења и економско-финансијско вештачења оригиналних записника утврдио чињенично стање, што значи да ови докази нису, како одбрана тврди, прибављени противно члану 16. став 1. ЗКП, те могу бити коришћени у кривичном поступку<sup>12</sup>.

Став судске праксе о посредно (изведеним) незаконитим доказима је јасан, па су *незаконити и докази који су посредно засновани на доказима прибављеним на незаконит начин*. У конкретном предмету првостепени суд није узео у обзир записник о претресању просторија окривљеног и потврду о привремено одузетим предметима, јер су били издвојени из списка предмета као докази на којима се пресуда не може заснивати, али је њихову садржину утврдио на посредан начин, односно преко исказа полицијских службеника који су испитани на околности где је претрес извршен, ко је присуствовао претресању, које ствари су пронађене, њихов опис и локацију где су се налазиле. Другим речима првостепени суд је предузимањем радње испитивањем полицијских службеника као сведока, што је извршено у складу са Закоником о кривичном поступку, утврдио чињенице које се тичу садржине незаконитих доказа (записника о претресу стана и других просторија и потврде о привремено одузетим предметима) који су из списка предмета издвојени као недозвољени докази. Међутим, другостепени суд је поводом жалбе браниоца заузео став да су искази полицијских службеника, такође, незаконити докази, с обзиром на то да појам незаконитог доказа обухвата не само доказе који су прибављени противно закону, већ и законите доказе до којих се дошло посредно, преко другог незаконитог доказа. Иако

<sup>11</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1601/05 од 31. 10.2005. и пресуда Окружног суда у Београду К. 227/05 од 30.03.2005. године.

<sup>12</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 324/2014 од 15.4.2014. године.

је суд слободан у оцени доказа, „...не може се користити сваки извор њиховог прибављања, јер је битан начин на који се долази до истинитог утврђивања чињенице, а у конкретном случају искази полицијских службеника се заснивају на незаконитом претресу стана и других просторија, па су и сами незаконити“<sup>13</sup>.

У судској пракси заузет је став и о питању издвајања незаконитих доказа, тако да су првостепеним решењем издвојени из списка предмета поједини делови транскрипта прислушкиваног разговора настали незаконитом применом посебне доказне радње, али је пропустио да одлучи о захтеву у погледу транскрипта телефонских разговора који нису незаконито прибављени. Стога је другостепени суд правилно закључио да уколико се само делимично уважи предлог браниоца да се издвоје одређени докази, решење мора да садржи о одлуку о преосталом делу захтева за издвајање уз списка, јер се о том захтеву мора одлучити у целини<sup>14</sup>.

### 3. СУДСКА ПРАКСА О ПОЈЕДИНИМ НЕЗАКОНИТИМ ДОКАЗИМА

1. У погледу законитости исказа окривљеног, другостепени суд је ставио на да првостепена пресуда не садржи битну повреду одредаба кривичног поступка, у ситуацији да се окривљени током прва 92 дана притвора налазио у посебној просторији ОУП-а, а не у Окружном затвору или пак у некој другој затворској установи. У жалбама окривљених и њихових бранилаца се неосновано на коју се указује да исказ окривљеног дат у претходном поступку представља доказ на коме се пресуда према одредбама Законика о кривичном поступку не би могла заснивати, јер суд сматра да наведене чињенице немају утицаја на валидност одбране окривљеног, имајући у виду да је и приликом више саслушања пред истражним судијом, а и касније на главном претресу дао своју одбрану у складу са одредбама ЗКП. Такође, није учињена битна повреда одредаба кривичног поступка, када окривљени приликом саслушања од стране истражног судије није истакао да је његов исказ дат у претходном поступку изнуђен од стране овлашћених службених лица радника ОУП-а употребом силе, нити је пак против радника СУП-а поднео било какву кривичну пријаву због употребе недозвољених средстава према њему, а све у циљу изнуђивања признања предметног кривичног дела, па се исказ окривљеног може користити као доказ у кривичном поступку<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Пресуда Апелационог суда у Нишу Кж бр. 557/14 од 05.02.2015. године.

<sup>14</sup> Решење Вишег суда у Београду К 185/10 од 21.02.2013. године и решење Апелационог суда у Београду Кж 1417/13 од 04.04.2013. године.

<sup>15</sup> Пресуда Окружног суда у Краљеву К. бр. 44/05 од 16.11.2006. године и Пресуда Врховног суда Србије у Београду Кж.И431/07 од 11.4.2007. године.

У вези са повредом права на одбрану, правилно је поступио судија за претходни поступак када је, након што је утврдио да се у спису предмета налази записник о саслушању осумњиченог сачињен пред Вишим јавним тужиоцем коме није присуствовао ни изабрани бранилац осумњиченог ни његов бранилац по службеној дужности због штрајка адвоката, записник издвојио из списка. Како је у конкретном случају одбрана била обавезна, исказ осумњиченог, без обзира на то што је записник сачињен на изричит захтев осумњиченог, представља доказ који не може бити коришћен у кривичном поступку, нити се на њему може засновати судска одлука. Ово из разлога што штрајк адвоката не може представљати изузетак од правила да окривљени у случају обавезне одбране не може бити саслушан у одсуству браниоца, због чега записник о саслушању окривљеног сачињен у одсуству браниоца представља незаконит доказ, будући да се у случају обавезне одбране окривљени, чак и уколико се изричито одрекне права да саслушању присуствује бранилац, не може саслушати без његовог присуства<sup>16</sup>.

Интересантан је предмет у ком је поводом захтева за заштиту законитости бранилац тврдио да се првостепена и другостепена пресуда заснивају на доказима на којима се пресуда не може заснивати, из разлога што је првостепени суд у доказном поступку извео као доказ потврду о привремено одузетим предметима од окривљених које су окривљени потписали без присуства браниоца. Врховни касациони суд је нашао да су изнети наводи у захтеву за заштиту законитости неосновани. Наиме, прописано је да ће се пре претресања лице, на које се односи наредба о претресању, поучити да има право да узме адвоката, односно браниоца који може присуствовати претресу, а о сваком претресању стана или лица саставља се записник, који потписује лице код кога се или на коме се спроводи претресање и лице чије је присуство обавезно, као и да ће се приликом претресања одузети привремено само они предмети и исправе које су у вези са сврхом претресања, а да ће се у записник унети и тачно назначити предмети и исправе који се одузимају што ће се унети и у потврду која ће се одмах издати лицу коме су предмети, односно исправе одузете. Међутим, у конкретном случају након поуке о овом праву, лице се изјаснило да неће ангажовати браниоца, па самим тим присуство браниоца није било неопходно ни приликом потписивања потврде о привремено одузетим предметима који су при том претресању пронађени и одузети, па се та потврда може користити као законит доказ у кривичном поступку<sup>17</sup>. Осим тога, недостатак потписа осумњиченог на свакој страници записника о његовом саслушању не представља такав недостатак у састављању записника који нужно води ка његовом обавезном издвајању из списка

<sup>16</sup> Решење Вишег суда у Нишу Кв. 571/14 од 14.10.2014. године.

<sup>17</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 302/2014 од 29.4.2014. године

предмета. Наиме, у образложењу побијаног решења првостепени суд закључује да записник о саслушању осумњичене садржи њен потпис само на првој страни где се евидентирају присутни, али не и на свакој страни записника, из чега произлази да осумњичена својим потписом није потврдила аутентичност и тачност записника, што га чини незаконитим доказом. Другостепени суд, пак, сматра да није свака неправилност у састављању записника довољна да би издвајање тих записника било обавезно у смислу ЗКП, већ је неопходно размотрити да ли се у сваком конкретном случају ради о суштинској неправилности која доводи до тога да одређени доказ не може бити коришћен у кривичном поступку или да се на њему не може заснивати судска одлука<sup>18</sup>.

Суд је у образложењу првостепене пресуде којом је окривљеног коме се судило у одсуству огласио кривим навео да је извршио увид у службени белешку МУП-а у којој је садржана изјава окривљеног. Погрешно је суд ту изјаву ценио као одбрану окривљеног, иако није била изнета у претходном поступку, као ни на главном претресу, а свакако није дата пред органом унутрашњих послова у својству осумњиченог, него у својству грађанина. Како изјава коју је окривљени дао у својству грађанина овлашћеним службеним лицима органа унутрашњих послова не може бити цењена као одбрана окривљеног, апелациони суд је закључио да је оваквим поступање основни суд засновао пресуду на недозвољеном доказу<sup>19</sup>.

У првостепеном поступку који се водио против два окривљена суд је лице саслушао на једном главном претресу у својству окривљеног, а на следећем рочишту испитао као сведока, иако окривљени не може бити сведок у поступку у коме се јавља као окривљен нити на сопствено тражење нити на иницијативу тужилаштва или суда, ни под заклетвом нити без заклетве. Другостепени суд је стога заузео став да окривљени не може бити испитан као сведок у кривичној ствари других саокривљених који су оптужени као саизвршиоци или саучесници у истом делу, него се у том случају саоптужени саслушавају као окривљени и њихова одбрана се цени ка исказ окривљеног, док се исказ дат у својству сведока не може користити, сходно чему се записник о саслушању сведока, који је у истој ствари саокривљени, издваја из списка. Како се побијана првостепена пресуда заснива на одбрани лица саслушаног у својству окривљеног, тако и на његовом исказу добијеном испитивањем у својству сведока, другостепени суд је, налазећи да се пресуда заснива на доказу на ком се према одредбама кривичног поступка не може заснивати, укинуо пресуду основног суда. Као сведок не може бити саслушан ни саоп-

---

<sup>18</sup> Решење Апелационог суда у Београду Кж2 654/14 од 14. 05.2014. године.

<sup>19</sup> Пресуда Основног суда у Чачку К 3017/10 од 04.02.2010. године и решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж 1-3858/10 од 22.07.2010. године.



тужени у јединственом поступку о кривичном делу које није заједничко, него се исказ једног саокривљеног користи као доказ у односу на другог саокривљеног у истом поступку<sup>20</sup>. Исто тако, уколико је поступак против једног окривљеног раздвојен, његов исказ као окривљеног у том поступку, не може бити прочитан на главном претресу против другог окривљеног, без обзира што се ради о истом догађају<sup>21</sup>. Међутим, одлука суда се може заснивати на исказу саизвршиоца испитаног у својству сведока у случају да је према њему поступак правноснажно окончан у одвојеном кривичном поступку. Наиме, другостепени суд је заузео став да тиме што је првостепени суд засновао осуђујућу пресуду на исказу малолетног саизвршиоца, према коме је поступак вођен и правноснажно окончан према одредбама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника<sup>22</sup>, није учињена битна повреда одредаба кривичног поступка, јер саизвршилац према коме је поступак раздвојен не спада у круг лица која се не могу испитати као сведок, те исказ таквог лица није доказ на ком се пресуда не може заснивати<sup>23</sup>. Други апелациони суд поступајући по сличном питању, пак, констатује да је тачно да се исказ осумњиченог који се појављује као сведок у кривичном поступку против другог лица у вези са истим догађајем не може користити као доказ, јер би то било у супротности са одредбама кривичног поступка, али наглашава да суд може, тек након што испита неко лице у својству сведока, донети одлуку о томе да ли ће одлучити о издвајању његовог исказа датог у својству осумњиченог, што је могуће по завршеном доказном поступку. Наиме, према одредби члана 337. став 3. ЗКП решење о издвајању записника се доноси по завршеном доказном поступку, уколико та одлука није донета у неком ранијем процесном моменту (при одлучивању у смислу члана 273. став 4. и у смислу члана 283. став 3. ЗКП), јер би се тек тада то лице појавило у двострукој улози. То значи да суд прво испитује окривљеног као сведока, па тек када изведе све остале доказе, одлучује о издвајању записника о испитивању из списка<sup>24</sup>.

Ипак, када је оптужени у једном предмету дао исказ према одредбама закона валидан доказ, тиме што се поступак након укидања дела пресуде понавља и што се он испитује у својству сведока, не доводи се у питање валидност његових раније датих исказа у својству окривљеног. Наиме, про-

<sup>20</sup> Пресуда Основног суда у Крагујевцу 4К 132/10 од 28.01.2011. године и решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж 1-3547/11 од 20.09.2011. године.

<sup>21</sup> Пресуда Вишег суда у Крагујевцу К 43/11 од 21.09.2011. године и решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж 4597/11 од 17.11.2011. године.

<sup>22</sup> „Сл. гласник РС“, бр. 85/20015.

<sup>23</sup> Пресуда Основног суда у Врању К 614/10 од 21.02.2012. године и пресуда Апелационог суда у Нишу Кж 1-2206/12 од 16.05.2013. године.

<sup>24</sup> Решење Основног суда у Новом Саду К 258/12 од 25.02.2013. године и решење Апелационог суда у Новом Саду Кж 2-802/13 од 11.04.2013. године.

писано је да судеће веће по окончаном доказном поступку издвоји издвоји из списка записнике и обавештења, односно оне исказе окривљеног за које је изричито одређено да се на њима не може заснивати судска одлука. Како су искази окривљеног у конкретном случају валидни доказ, чињеница да је он у поновљеном поступку у односу на саопштеног испитан као сведок не доводи у питање валидност ранијих исказа у својству окривљеног у поступку који је у односу на њега правноснажно окончан, односно не ради се о доказу на ком се пресуда не може заснивати, па сходно томе нема места примени правила о издвајању списка<sup>25</sup>.

2. У погледу способности лица да буде сведок у кривичном поступку, уколико се појави сумња да малолетно лице које треба испитати као сведока, а које с обзиром на узраст и душевну развијености, није способно да схвати значај права да не мора да сведочи, став је да суд дужан да ту чињеницу утврди на адекватан начин, односно путем вештачења од стране педагога и/или психолога<sup>26</sup>. Побијајући првостепену пресуду, бранилац оптуженог истиче да се пресуда заснива на доказима на којима се по одредбама Закона о кривичном поступку не може заснивати, јер је чињенично стање првостепени суд утврдио на основу исказа малолетног оштећеног који је ментално недовољно развијен и смањеног степена развијености, а мишљење о томе да ли је то лице способно да схвати значај сведочења дато од стране некомпетентне комисије вештака састављене само од психолога и педагога. По оцени Врховног суда, исказ малолетног оштећеног може представљати доказ у поступку, јер првостепени суд на основу стручног и аргументованог налаза и мишљења вештака и то психолога и педагога, правилно утврдио да је малолетни оштећени способан да сведочи у судском поступку, и који је на главном претресу саслушан у својству сведока у присуству психолога и законског заступника<sup>27</sup>. Осим тога, судска одлука не може се заснивати на исказу малолетног лица оштећеног кривичним делом уколико је оно испитано без присуства пуномоћника (што произлази из члана 154. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела) који мора бити из реда адвоката који је стекао посебна знања из области права детета и кривичноправне заштите малолетника<sup>28</sup>.

Што се тиче законске могућности *ослобођења од дужности сведочења* одређеног круга лица, који сами одлучују да ли ће у кривичном поступку

---

<sup>25</sup> Решење Вишег суда у Новом Саду К 125/11 од 29.08.2011. године и решење Апелационог суда у Нишу Кж 2-2161/11 од 09.09.2011. године.

<sup>26</sup> Решење Вишег суда у Београду К 1283/10 од 09.09.2011. године и Решење Апелационог суда у Београду Кж 4020/11 од 08.12.2011. године.

<sup>27</sup> Пресуда Врховног суда Србије у Београду Кж И 285/06 од 27.2.2006. године.

<sup>28</sup> Решење Вишег суда у Неготину Км 28/11 од 29.12.2011. године и Решење Апелационог суда у Београду Кжм 8/12 од 29.02.2012. године.

дати исказ, с обзиром на степен односа сродства у ком су са окривљеним, имајући у виду да су у конкретном предмету сведоци у тазбинском сродству са оштећеним, а не са окривљеним, ова лица нису ослобођена дужности сведочења, па неосновано бранилац окривљеног означава исказе наведених сведока као незаконите доказе, с обзиром на то да наведена лица не спадају у круг привилегованих сведока<sup>29</sup>. Врховни касациони суд је оценио као неосноване наводе из захтева за заштиту законитости којима се указује да је правоснажна пресуда заснована на доказу на ком се не може заснивати, из разлога што бивша супруга и њен брат од тетке не спадају у круг лица која су на основу закона ослобођена од сведочења<sup>30</sup>. Одговорајући на питање да ли су родитељи ванбрачних партнера лица која могу бити ослобођена од дужности сведочења, односно да ли се заснивањем ванбрачне заједнице заснива тазбинско сродство, апелациони суд је заузео став да родитељи ванбрачних партнера не могу бити привилеговани сведоци, јер основ за ослобађање од дужности сведочења може бити брачно и ванбрачно сродство, али не и ванбрачно сродство по тазбини<sup>31</sup>.

Уколико лице које је ослобођено од дужности сведочења сведочи, такав исказ сам по себи не представља незаконит доказ, већ се исказ таквог сведока сматра незаконитим доказом само у случају да лице није упозорена да не мора сведочити или да се није изричито одрекао тог права или ако упозорење није убележено у записнику. Стога исказ лица које је по закону ослобођено дужности сведочења, а које се, након што је упозорено на своје право да не сведочи, одрекло тог права, али то није убележено у записник, представља законит доказ на коме се може заснивати судска одлука. У конкретном случају суд је на основу исказа сведока, који је из наведеног разлога незаконит доказ, утврдио „начин повређивања оштећеног”. Ипак, поступајући по захтеву за заштиту законитости, суд је утврдио да првостепени суд, што потврђује и другостепени, не прихвата исказ сведока у погледу начина повређивања оштећеног, налазећи да иста није могла видети начин повређивања оштећеног, већ је механизам повређивања оштећеног утврђен другим доказима, а из доказа на коме се судске одлуке не могу заснивати. Прописано је да битна повреда одредаба кривичног поступка постоји ако се пресуда заснива на доказу на коме се по одредбама Законика не може заснивати, осим ако је, с обзиром на друге доказе, очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда. У конкретном случају овим незаконитим доказом утврђене су чињенице које су у свему сагласне са другим доказима, из чега произлази

<sup>29</sup> Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 1142/2014 од 3.12.2014. године.

<sup>30</sup> Пресуда Врховног касационог суда, Кз 1088/2014 од 13.11.2014. године.

<sup>31</sup> Одговор Кривичног одељења Апелационог суда у Крагујевцу на спорно правно питање Кривичног одељења Основног суда у Јагодини, усвојен на седници од 16.12.2015. године.

да би и без исказа овог сведока, који представља незаконит доказ, с обзиром на друге доказе, очигледно била донета иста пресуда, због чега је Врховни касациони суд наводе захтева за заштиту законитости оценио неоснованим<sup>32</sup>.

Пресуда се заснива на доказу на коме се по одредбама Законика не може заснивати из разлога што је на главном претресу у току доказног поступка извршено упознавање са садржином исказа оштећеног читањем записника. Наиме, првостепени суд је утврдио да је оштећени умро, а као отац окривљеног ослобођен је дужности сведочења. Наиме, на главном претресу се могу читати записници о испитивању сведока ослобођених дужности сведочења само ако су уредно позвани на главни претрес, а позиву се нису одазвали и нису раније изјавили да неће да сведоче, док се записници о ранијем испитивању лица која су ослобођена дужности сведочења не смеју извести на овај начин ако та лица нису уопште позвана на главни претрес или су на главном претресу изјавила да неће да сведоче. То значи да ако привилегован сведок, након што је сведочио у кривичном поступку, умре, записник о његовом ранијем испитивању не може се прочитати, већ га треба издвојити из списка у смислу одредбе члана 407. став 1. тачка 1. ЗКП<sup>33</sup>. Следстваено томе, читање записника који садржи исказ привилегованог сведока који није уредно позван на главни претрес није дозвољено и представља дока на ком се пресуда не сме заснивати, без обзира на то што је то учињено на сагласан предлог странака у поступку<sup>34</sup>. Тако је, одлучујући о жалбеном наводу да је пресуда заснована на доказу на ком се не може засниват, другостепени суд заузео став да се сказ ванбрачне супруге окривљеног, као привилегованог сведока, не може прочитати ни уз сагласност странака на главном претресу који је услед промене председника већа почео изнова, уколико то лице није ни позвано на рочиште, него је записник који садржи тај исказ морао бити у складу са чланом 178. ЗКП издвојен из списка<sup>35</sup>.

Постоји битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 368. став 10. ЗКП уколико је сведок – овлашћено службено лице органа унутрашњих полиције испитан о садржају обавештења које је добио од грађана<sup>36</sup>. С тим у вези, пресудом основног суда окривљени је оглашен кривим при чему је као доказ у кривичном поступку коришћен исказ полицијског службеника испитаног као сведока, а у коме се изјаснио на околности шта су му, као

---

<sup>32</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 405/2014 од 7.5.2014. године.

<sup>33</sup> Решење Вишег суда у Београду Кж1 588/2014 од 11.9.2014. године.

<sup>34</sup> Пресуда Вишег суда у Крагујевцу К 293/10 од 26.01.2011. године и Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж 1-1268/11 од 15.06.2011. године.

<sup>35</sup> Пресуда Вишег суда у Новом Саду К 2152/10 од 09.09.2011. године и решење Апелационог суда у Новом Саду Кж 2-802/13 од 11.04.2013. године

<sup>36</sup> Пресуда Основног суда у Новом Саду К 528/10 од 30.06.2010. године и решење Апелационог суда у Новом Саду Кж 1-5026/10 од 30.11.2010. године

овлашћеном службеном лицу осумњичени изјавили у вези радњама које су му оптужним актом стављене на терет. Апелациони суд је нашао да је првостепени суд испитивањем овлашћеног службеног лица о садржини обавештења које је добило од грађан битну повреду одредаба кривичног поступка, јер се део исказа који се односи на садржину обавештења не може користити као доказ у кривичном поступку<sup>37</sup>. Исто тако, другостепени суд је нашао да је основано побијана пресуда у поступку у ком је првостепени суд испитао полисијског службеника у својству сведока на околности сачињавања службене белешке у фази прикупљања обавештења. Наиме, сведок је испитан на околности разговора са грађанином, а не о ономе што је лично запазио, о чему је сачинио службену белешку која је решењем првостепеног суда била издвојена из списка. Прихватајући и оцењујући тај део исказа сведока, суд је учинио битну повреду одредаба кривичног поступка<sup>38</sup>. Међутим, у кривичном поступку због кривичног дела ометање овлашћеног службеног лица у обављању послова безбедности или одржавања јавног реда и мира одбрана је у жалби навела да првостепени суд није могао саслушати сведока, јер је недозвољено да полицијски службеник сведочи о ономе што је сазнао приликом вршења службене радње, с обзиром да је овај оштећени обављао радњу саслушања и испитивања окривљеног у својству осумњиченог. Међутим, другостепени суд је оценио наведене жалбене наводе као неосноване, нашавши да је полицијски службеник испитан у својству сведока, при чему се изјашњавао не као службено лице, већ као лице оштећено кривичним делом, па његов исказ не представља недозвољен доказ<sup>39</sup>.

3. Одговарајући на питање да ли налаз и мишљење судског вештака, који је решењем министра правде разрешен дужности судског вештака, може да се користи као доказ, ако су налаз и мишљење дати пре разрешења, на седници Кривичног одељења Врховног касационог суда заузет је став да се такав налаз и мишљење може се у поступку користити као доказ, имајући у виду и одредбу члана 114. став 3. ЗКП. Такође, овај вештак се у кривичном поступку може након доношења правноснажног решења о разрешењу испитати о налазу на главном претресу, али само уколико разрешење вештака од дужности судског вештака није из разлога у вези са конкретним предметом<sup>40</sup>. У вези са немогућношћу да одређено лице буде вештак у кривичном поступку, у жалби на пресуду првостепеног суда којом је окривљени оглашен кривим због кривичног дела лака телесна повреда бранилац окривљеног је

<sup>37</sup> Пресуда Основног суда у Параћину 2К 425/10 од 22.06.2010. године и решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж 1-5212/10 од 26.11.2010. године.

<sup>38</sup> Пресуда Вишег суда у Прокупљу К 33/11 од 15.09.2011. године и решење Апелационог суда у Нишу Кж 1-3329/10 од 26.09.2012. године.

<sup>39</sup> Пресуда Вишег суда у Чачку, Кж 42/2015(1) од 28.4.2015. године.

<sup>40</sup> Са седнице Кривичног одељења Врховног касационог суда одржане 31.3.2014. године.

истакао да у конкретном предмету лекар који је прегледао оштећеног у Ургентној служби није могао бити вештак. Међутим, другостепени суд је оценио те наводе као неосноване јер сходно чл. 116 ЗКП нема препрека да који је прегледао оштећеног непосредно након нашошења лаких телесних повреда буде вештак медицинске струке у конкретном предмету<sup>41</sup>.

Осим тога, Врховни касациони суд је заузео јасан став да јавни тужилац не може да између два главна претреса изда наредбу за вештачење, користећи се правима из претходног поступка, јер је у овој процесној ситуацији тужилац странка у поступку, и једино може да упути предлог за одређивање вештачења суду, који, као орган поступка, одређује вештачење у смислу одредбе члана 117. ЗКП<sup>42</sup>.

4. У жалби на првостепену пресуду којом је оптужени оглашен кривим бранилац је указао да се иста заснива на доказу на ком се не може заснивати јер је суд користио записник о *реконструкцији* који је сачињен супротно законском правилу. Наиме, приликом предузимања радње реконструкције сачињаване су белешке од стране криминалистичког техничара и вештака, а из записника произлази да је сачињен од стране председника већа без присуства записничара. Међутим, другостепени суд је нашао да то што је записник сачинио председник већа без присуства записничара а у присуству стручног лица и вештака који су на лицу места сачињавали белешке у циљу обављања предметне радње не значи да је записник доказ који је настао супротно одредбама ЗКП, те се првостепено пресуда неосновано побија због битне повреде одредаба кривичног поступка<sup>43</sup>.

У конкретном случају Врховни касациони суд је ценио наводе браниоца из захтева за заштиту законитости да се првостепена пресуда заснива на доказу који је изведен на главном претресу и то читањем СМС порука о комуникацији оптужених што је учињено без наредбе суда, а што је спорно, имајући у виду да се увид у садржину комуникације може одредити само наредбом суда. Супротно изнетим наводима, Врховни касациони суд је утврдио да није учињена повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1. ЗКП, јер се ради о прегледу садржаја мобилних телефона – увиду и читању СМС порука међусобно упућених између окривљених, а не о доказу који је прибављен тајним надзором комуникације – другим речима ради о увиђају на покретној ствари, при чему није потребна наредба суда за одузимање мобилног телефона (предмета чија садржина представља доказ), већ мора постојати одлука суда да се изврши увид у садржај телефона а што

---

<sup>41</sup> Са седнице Кривичног одељења Врховног касационог суда одржане 31.3.2014. године.

<sup>42</sup> Са седнице Кривичног одељења Врховног касационог суда одржане 2.12. и 4.12.2013. године.

<sup>43</sup> Пресуда Вишег суда у Нишу 2К 465/10 од 26.12.2011. године и решење Апелационог суда у Нишу Кж 1-4505/11 од 12.01.2012. године.

у конкретном случају и постоји, јер је суд на главном претресу одлучио да се тај увид изврши у СМС поруке мобилног телефона<sup>44</sup>.

У примени чланова 152. и 155. у вези са чланом 147. ЗКП, а у погледу издавања наредбе за претрес уређаја за аутоматску обраду података, спорно је било да ли мобилни телефони спадају у уређаје за аутоматску обраду података, као и да ли судија за претходни поступак треба да изда наредбу за претрес или тужилаштво треба да изда наредбу за вештачење, у случају када је истрага отворена наредбом тужилаштва. Кривично одељења Врховног касационог суда је о томе заузело став да се мобилни телефони могу сматрати уређајима за аутоматску обраду података, у смислу члана 152. став 3. ЗКП, имајући у виду опремљеност мобилних телефона, могућност приступа интернету и размене мејлова и других електронских података а при чему се електронски записи могу чувати у различитим фајловима у самом телефону. То значи да њихово претресање може наредити само суд, а по предлогу јавног тужиоца у смислу одредбе члана 155. ЗКП. Ипак, погрешно закључује да уколико се спроводи истрага, уместо тога може се наредбом јавног тужиоца одредити вештачење мобилног телефона и његовог садржаја<sup>45</sup>. У вези са претресањем уређаја за аутоматску обраду података и опреме према члану 152. став 3. ЗКП, спорно је било и питање рачунања рока од осам дана од дана издавања наредбе у смислу члана 155. став 3. Кривично одељење Врховног касационог суда је, полазећи од тога да је одредба члана 155. ЗКП па и става 3. одредба општег карактера, рок за извршавање наредбе односи и на претресање уређаја за аутоматску обраду података и опреме, што значи и да уколико претресање не отпочне у року од осам дана, мора се прибавити нова наредба<sup>46</sup>.

Уколико је на записнику о претресању стана констатовано само присуство браниоца и окривљеног, али није констатовано да претресању присуствују два пунолетна грађанина као сведоци, ради се о доказу на ком се пресуда не може заснивати. Наиме, имајући у виду да Законик о кривичном поступку, као формални услов за законитост ове доказне радње прописује присуство два пунолетна грађанина као сведока, овакав записник о претресању стана и других просторија цени се као незаконит доказ по начину прибављања и у том смислу другостепени суд правилно налази да овакав доказ представља „затровано дрво“. С тим у вези, „плодови затрованог дрвета” тј. све оне исправе и докази који су настали на тако незаконито прибављеном доказу не могу имати закониту примену у кривичном поступку, па је било је потребно да се издвоје не само тај записник, него и потврда о привремено

<sup>44</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 938/2014 од 15.10.2014. године.

<sup>45</sup> Са седнице Кривичног одељења Врховног касационог суда одржане 4.4.2014. године.

<sup>46</sup> Са седнице Кривичног одељења Врховног касационог суда одржане 27.10.2014. године.

одузетим предметима од окривљеног, део криминалистичко-техничке документације, налаз и мишљење вештака балистичара, те записник о физичко-хемијском вештачењу супстанце сумњиве на опојну дрогу<sup>47</sup>.

6. У вези са рачунарским претраживањем података, у пракси се као спорно појавило питање у погледу примене одредбе члана 178. и члана 179. ЗКП. Наиме, постојала је дилема ко издаје наредбу када јавни тужилац преко ове посебне доказне радње тражи да се прибаве подаци о телефонским комуникацијама, те да се користе базне станица и врши њихово аутоматско употређење са неким бројем телефона. Кривично одељења Врховног касационог суда заузеле су став да се кроз ову доказну радњу не могу тражити телефонске комуникације и базне станице, односно да тужилац не може сам да прибавља податке у вези евиденције телефонске комуникације и коришћења базних станица ни рачунарско претраживање, већ само да образложено предложи суду издавање наредбе у смислу одредбе члана 178. и 179. ЗКП<sup>48</sup>.

Бранилац окривљеног је у захтеву за заштиту законитости навео да се побијане пресуде заснивају на неовереним фотокопијама извештаја лекара специјалисте, који представљају доказ на коме се по одредбама Законика о кривичном поступку пресуде не могу заснивати. Но, Врховни касациони суд је оценио да се не ради о недозвољеним доказима, јер члан 139. став 1. ЗКП чијом одредбом је прописано да се исправа прибавља, по правилу, у оригиналу, изричито не обавезује суд да као доказ користи искључиво оригиналне исправе. Осим тога, у у конкретном предмету, пресуде се не заснивају искључиво на неовереној фотокопији извештаја лекара специјалисте, а с обзиром на друге изведене доказе, очигледно је да би и без тог доказа била донета иста пресуда<sup>49</sup>. Слично овом, оцењујући наводе у жалби браниоца да се првостепена пресуда заснива на недозвољеним доказима јер је суд као доказ извео читање копија признаница које се налазе у списима, другостепени суд је заузео став да се на неовереним фотокопијама признаница може засновати судска одлука, тако да оне не представљају незаконит доказ. Ово из разлога што признанице нису као доказ оспорене током поступка оспорене, нити је међу странкама то било спорно, тако да није било ни предмет доказивања на главном претресу, а ове признанице су у свему сагласне како са одбранама окривљених, тако и са осталим изведеним доказима<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Решење Вишег суда у Новом Саду КВ 1192/14 од 06.02.2015. године и Решење Апелационог суда у Новом Саду КЖ. 2 306/15 од 24.02.2015. године.

<sup>48</sup> Са седнице Кривичног одељења Врховног касационог суда одржане 4.4.2014. године.

<sup>49</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 673/2014 од 10.7.2014. године.

<sup>50</sup> Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 506/2014(2) од 24.4.2014. године.



Milana M. Pisarić, Assistant  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

### **Illegal Evidence in Case Law**

**Abstract:** *Certain evidence in certain cases can not be used to establish the facts in criminal proceedings, in the sense that the court judgment is based upon them, because such evidence are by the nature or the way of acquiring them contrary to certain rules. Since the Criminal Procedure Code regarding the illegal evidence remained somewhat vague, and that the use of such evidence is determined as a relatively essential violation of the criminal procedure, the court has a crucial role to play with regard to the admissibility of evidence, and therefore, analyzing the case law on this issue is worth of attention.*

**Key words:** *criminal proceedings, evidence, illegal evidence, case law.*

Датум пријема рада: 28.04.2016.