



**УНИВЕРЗИТЕТ „СВ. КИРИЛ И МЕТОДИЈ“
СКОПЈЕ**



**ПРАВЕН ФАКУЛТЕТ „ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“
СКОПЈЕ**

м-р Леонид Петар Трпеноски

НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ ВО КРИВИЧНАТА ПОСТАПКА

Докторски труд

Скопје, 2024

Докторанд:

м-р Леонид Петар Трпеноски

Докторски труд со наслов:

Незаконити докази во кривичната постапка

Ментор:

проф. д-р Гордан Калаџиџев, Правен факултет „Јустинијан Први“ - Скопје

Комисија:

проф. д-р Гордана Лажетик (претседател), Правен факултет „Јустинијан Први“ - Скопје

проф. д-р Александра Деаноска Трендафилова, Правен факултет „Јустинијан Први“ - Скопје

проф. д-р Бобан Мисоски, Правен факултет „Јустинијан Први“ - Скопје

проф. д-р Дивна Илиќ Димоски, Правен факултет „Јустинијан Први“ - Скопје

Научна област:

Правни науки, Казнено право

Датум на одбрана:

Март 2024 г.

НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ ВО КРИВИЧНАТА ПОСТАПКА

-Апстракт-

Во докторскиот труд е обработена темата на незаконитите докази во кривичната постапка. Структуриран е во неколку целини. Опфаќа вовед и четири дела поделени во единаесет глави. Воведниот и првиот дел се најопшти. Во воведот е даден приказ на предметот и структурата на докторскиот труд. Првиот дел се состои од две глави. Првата содржи опис на поимот на казнената постапка, на докажувањето и на системот на докази за на крај да заврши со историски преглед на различните видови кривични постапки и приказ на прифатливоста на доказите во нив. Замислата на овој почетен дел е да го открие временскиот момент кога се појавил институтот незаконити докази и условите што биле потребни за тоа. Секоја наредна глава поспецифично навлегува во предметот на трудот. Втората има за цел да објасни дали основните правно-филозофски учења го перципираат предметниот проблем, имено на каква подлога стојат прифатливоста од една страна и издвојувањето на доказите од друга страна во *stare control* државата и онаа на *due process*, во позитивистичката спроти природно-правната традиција и во утилитаристичкиот споредено со либералниот поглед на свет.

Со оглед на централното место кое човековите слободи и права го заземаат во втората половина на XX век, трудот во вториот дел во третата и четвртата глава прикажува како во најзначајните меѓународни документи за човекови права и во доказните правила на меѓународните судови е пријдено кон прашањето за незаконитите докази.

Потоа следува срцевината на трудот, односно трите емпириски дела во кои се анализирани над 600 одлуки на Врховниот суд на САД, Европскиот суд за човекови права и судовите во Македонија. Во овој трет дел што ги опфаќа петтата, шестата, седмата и осмата глава даден е споредбен преглед на прашањето на доказните забрани, незаконитите докази и нивното издвојување во САД, ЕСЧП, други триесетина држави во светот, како и на македонско тло од 1948 г. досега. За разлика од САД, ЕСЧП или Македонија во кои тежиштето е ставено на емпириско проучување на прашањето за незаконитите докази со изворна анализа на судски одлуки, кај останатите држави тоа е сторено повеќе преку анализа на научни и стручни трудови и збирки на судски одлуки. Споредбениот приказ на странското право и пракса се битни зашто од нив се гледа каква тенденција имаат промените на постапката во истражуваниот дел, може да се предвиди како ќе се развива таа во иднина, кое нешто овозможува да се извлечат заклучоци за тоа какви процесни искуства може да прифати нашето казнено процесно право. Тука најопширно е анализирана американската теорија за ексклузија на доказите прибавени на незаконит начин од нејзините почетоци на преминот помеѓу XIX и XX век досега. Без исклучок праксата која ја развил Врховниот суд на САД по ова прашање е најразвиена, па трудот ја испита хипотезата дека САД развиле систем кој во најголема мера ги исклучува незаконитите докази од постапката. За таа цел утврдено е кога почнало тоа, кога бил зенитот и како е сега. Разгледано е правилото за ексклузија на доказите, многуте исклучоци од него, утврдени се причините што го оправдуваат и критиките за него. Во глава шест е исцртан ставот на Европскиот суд за човекови права во поглед на ексклузијата на доказите преку направеното истражување на одлуките кои анализираат повреди на забраната за мачење, на правото на приватност и на правото на правична постапка. За овие две глави се анализирани 449 одлуки, сè со цел до најситни детали да се разбере *ratio-to* кое стои зад нив.

Основната цел на докторската дисертација е потребата од преиспитување на начинот како е решено прашањето за издвојување на доказите во македонската постапка. Тоа посебно е значајно откако ни се случи масовното прислушување, енормното кршење на човековите слободи и права и разликите во мислењата на научната и стручната јавност по прашањето за прифатливоста на незаконитите прислушувани разговори како докази во судските постапки. Во овој контекст општествената оправданост за темата на овој труд никогаш не била поголема.

Трудот преку анализа на легислативата и домашната судска пракса дава одговор на прашањето дали македонското решение е на иста линија со начинот како ваквата материја е решена во правните системи на другите држави, во јудикатурата на ЕСЧП, кај меѓународните кривични судови и во меѓународните инструменти за човековите слободи и права. Испитана е појдовната хипотеза дека кај нас легислативно премногу ригидно е решено прашањето за прифатливост на доказите прибавени со повреда на туѓо право и дека многу малку е оставено на судската дискреција, имено судот да може да проценува дали ексклузијата е соодветен лек за повредата во конкретниот случај. Фактот што постојното прецизно законско решение е неизменето повеќе од 20 години, не спречи да се јави толкава разлика кај научната и стручната јавност по прашањето за прифатливост на незаконски прислушваните разговори. Споредбениот дел кој се однесува на другите земји и анализата на одлуките на македонските судови беа од значајна помош за преиспитување на критериумите и начинот како ова прашање е поставено кај нас, во смисла дали е подобро да се има пофлексибилна норма за ексклузија на доказите која судиите би ја применувале во зависност од сопствената проценка или безусловна која на прв поглед гарантира поголема заштита.

Даден е историски осврт на состојбата со овој институт за периодот во кој Македонија беше дел од југословенската федерација и сега. Прикажано е како се развивала оваа материја на легислативен план и во јудикатурата со посебен увид во причините поради кои доказите биле или не биле издвојувани во судските постапки. Во смисла, дали тоа било резултат на чисто граматичко толкување на законите или можеби судовите со тек на време обликувале некаква идеја за целта на правилото која ги насочувала при носењето на одлуките. Конкретно испитана е хипотезата дека е мал процентот на барања за исклучување на доказите, дека многу помал е тој на уважени такви барања, дека судовите изнаоѓаат начин како да ја заобиколат навидум силната норма која дава безусловна заштита, дека се задоволуваат со чисто граматичко толкување, без да се изгради став во судската пракса кај нас за причините зошто всушност се исклучуваат доказите (дисциплинирање на полицијата, заштита на судскиот интегритет, заштита на човековите слободи и права и сл.).

Сознанијата од компаративниот дел на трудот за природата на доказните забрани, за примената на ексклузиското правило и неговите исклучоци, за причините за и против правилото, се искористени во обликувањето конкретни предлози и препораки за подобрување на македонското законско решение. Токму последниот четврт дел во главите девет, десет и единаесет ги синтетизира оправдувањата и критиките на ексклузиското правило, дава заклучни согледувања во кои се сумирани заклучоците кои природно се надоврзуваат на сè претходно наведено во трудот и на крај дава предлози за промена и унапредување на постојната состојба, со кои *de lege ferenda* ќе се коригираат и подобрат законските решенија кои ја уредуваат оваа материја кај нас.

Клучни зборови: вербални докази, материјални докази, незаконити докази, издвојување, Врховен суд на САД, Европски суд за човекови права, Европска конвенција за заштита на основните права и човековите слободи, Закон за кривичната постапка, кривично дело.

ILLEGAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE

-Summary-

The doctoral thesis deals with the topic of illegal evidence in criminal procedure. It is structured in several parts. It includes an introduction and four parts divided into eleven chapters. The introductory and the first part are the most general. The introduction presents the subject and structure of the doctoral thesis. The first part consists of two chapters. The first one contains a description of the concept of the criminal procedure, the proof and the system of evidence to finally end with a historical overview of the different types of criminal procedures and a presentation of the admissibility of the evidence in them. The idea of this initial part is to reveal the moment in time when the institute of illegal evidence appeared and the conditions that were necessary for it. Each subsequent chapter goes more specifically into the subject of the paper. The second part aims to explain whether the basic legal-philosophical doctrines perceive the problem in question, namely on what basis stand the admissibility on the one hand and the exclusion of the evidence on the other hand in the crime control state and that of due process, in the positivist versus natural-law tradition and in the utilitarian compared to the liberal view of the world.

Given the central place that human freedoms and rights have had since the second half of the 20th century, the paper in the second part, comprising the third and the fourth chapter shows how the most important international human rights documents and the evidentiary rules of international criminal courts have approached the issue of illegal evidence.

Then follows the heart of the thesis, that is, the three empirical researches in which over 600 decisions of the Supreme Court of the USA, the European Court of Human Rights and the courts in Macedonia are analyzed. In this third part, which includes the fifth, sixth, seventh and eighth chapter, is given a comparative overview of the issue of evidentiary prohibitions, illegal evidence and their exclusion in the United States, ECtHR, other thirty countries in the world, as well as on Macedonian soil since 1948 until now. Unlike the USA, ECtHR or Macedonia, in which the emphasis is placed on empirical study of the issue of illegal evidence with original analysis of court rulings, in the rest of the countries it is done more through the analysis of scientific and professional papers and collections of court decisions. The comparative view of foreign law and practice is important because they show the tendency of changes in the procedure in the researched part, it is possible to predict how it will develop in the future, which makes it possible to draw conclusions about what process experiences can accept our criminal procedural law. The American theory of the exclusion of illegally obtained evidence from its beginnings at the turn between the XIX and XX centuries until now has been analyzed most extensively here. Without exception, the practice developed by the Supreme Court of the United States on this issue is the most developed, so the paper examined the hypothesis that the United States has developed a system that largely excludes illegal evidence from the procedure. For this purpose, it has been determined when it started, when it was at its zenith and how it is now. There are determined the rule of exclusion of evidence, the many exceptions, the reasons that justify it and the criticisms. Chapter six outlines the position of the European Court of Human Rights regarding the exclusion of evidence through the research of decisions that analyze violations of the prohibition of torture, the right to privacy and the right to a fair trial. For these two heads, 449 decisions have been analyzed, all in order to understand the ratio behind them in the smallest detail.

The main goal of the doctoral dissertation is the need to reexamine the way in which the issue of exclusion of evidence in the Macedonian procedure was resolved. It is especially significant after the massive wiretapping, the enormous violation of human freedoms and rights, and the differences in the opinions of the scientific and professional public on the issue of the admissibility of illegally intercepted conversations as evidence in court proceedings. In this context, the social justification for the subject of this paper has never been greater. Through the analysis of the legislation and domestic jurisprudence, the paper provides an answer to the question of whether the Macedonian solution is on the same line as how this matter is solved in the legal systems of other countries, in the jurisprudence of the ECtHR, in

the international criminal courts, and in the international instruments for human rights and freedoms. The initial hypothesis has been examined that the issue of admissibility of evidence obtained by violating someone else's right is too rigidly resolved in our legislation and that very little is left to the discretion of the courts, namely that the court can assess whether the exclusion is a suitable remedy for the violation in the specific case. The fact that the existing precise legal solution has been unchanged for more than 20 years, did not prevent such a difference to appear among the scientific and professional public on the issue of admissibility of illegally intercepted conversations. The comparative part that refers to other countries and the analysis of the decisions of the Macedonian courts were of significant help for re-examining the criteria and the way this issue is postured in our country, in the sense of whether it is better to have a more flexible norm for the exclusion of evidence which will be applied by the judges depending on their own assessment or unconditional norm which at first sight guarantees greater protection.

A historical overview of the situation with this institute is given for the period in which Macedonia was part of the Yugoslav federation and now. It is shown how this matter developed on a legislative level and in the jurisprudence with a special insight into the reasons why the evidence was or was not excluded in court proceedings. In terms of whether it was the result of a purely grammatical interpretation of the laws or perhaps the courts over time formed some idea about the purpose of the rule that guided them in making decisions. Specifically, the hypothesis was examined, that the percentage of requests to exclude evidence is small, that the number of such granted requests is much lower, that the courts find a way to bypass the seemingly strong norm that provides unconditional protection, that they are satisfied with purely grammatical interpretation, without constructing an approach in our judicial practice about the reasons why evidence is actually excluded (discipline of the police, protection of judicial integrity, protection of human rights and freedoms, etc.).

The knowledge from the comparative part of the paper about the nature of evidentiary prohibitions, about the application of the exclusionary rule and its exceptions, about the reasons for and against the rule, has been used in shaping specific proposals and recommendations for improving the Macedonian legal solution. It is the last, fourth part in chapters nine, ten and eleven, that synthesizes the justifications and criticisms of the exclusionary rule, provides concluding observations that summarize the conclusions that naturally follow on from everything previously stated in the paper, and finally provides proposals for changing and improving the existing situation, with which *de lege ferenda* will correct and improve the legal solutions governing this matter in our country.

Key words: verbal evidence, material evidence, illegal evidence, exclusion, US Supreme Court, European Court of Human Rights, European Convention for the Protection of Fundamental Rights and Human Freedoms, Criminal Procedure Law, crime.

Изјавувам дека докторскиот труд го изработев самостојно, дека уредно ги цитирам сите користени извори и литература и дека трудот не е користен во рамките на други универзитетски студии или за стекнување на друго звање.

м-р Леонид Трпеноски, с.р.

Изјавувам дека електронската верзија на докторскиот труд е идентична со отпечатениот докторски труд.

м-р Леонид Трпеноски, с.р.

СОДРЖИНА

КОРИСТЕНИ КРАТЕНКИ.....	13
ВОВЕД	14
ПРВ ДЕЛ.....	21
ОПШТ ДЕЛ НА ТЕМАТА	21
ГЛАВА I.....	21
ДОКАЖУВАЊЕ.....	21
1. Општо	21
2. Легална фаза - инквизиторна постапка	23
3. Сентиментална фаза - мешовита и акузаторна постапка.....	27
3.1. Мешовита постапка	28
3.2. Англиска постапка од XIII до XIX век.....	29
4. Поим и видови докази	38
5. Општо за незаконитите докази	39
5.1. Поим на незаконити докази	39
5.1.1. Докази прибавени со повреда на процесните норми	40
5.1.2. Докази прибавени со кршење на правата утврдени со Устав, закон и меѓународни договори .	40
5.1.3. Докази кои произлегуваат од незаконити докази.....	41
5.2. Вербален или материјален незаконит доказ	41
5.3. Кој е должен да ги обезбеди доказите.....	42
5.4. Кој решава дали доказот е незаконит	43
5.5. Санкција за незаконитоста	43
ГЛАВА II	45
СУДИР НА СПРОТИВСТАВЕНИ КОНЦЕПЦИИ	45
1. Авторитативен модел v. либерален модел на постапка.....	45
2. Позитивно v. природно право, владеење на право v. правна држава	55
3. Утилитаризам v. либерализам.....	66
4. Резиме	71
ВТОР ДЕЛ	78
МЕЃУНАРОДНА ПРАВНА РАМКА И МЕЃУНАРОДНИ КРИВИЧНИ СУДОВИ	78
ГЛАВА III	78
МЕЃУНАРОДНА ПРАВНА РАМКА ЗА ДОКАЗИТЕ	78
1. Доказите низ правата гарантирани со меѓународните акти	78
2. Право на правично судење и каталог на минимални права	79
3. Апсолутни или релативни права.....	84
ГЛАВА IV	87
ДОКАЗНИ ЗАБРАНИ И НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ КАЈ МЕЃУНАРОДНИТЕ КРИВИЧНИ СУДОВИ ...	87
1. Општо	87
2. Првите меѓународни казнени процеси.....	87
3. Минимални права пред меѓународните кривични судови	90
4. Резиме на глави III и IV	93
ТРЕТ ДЕЛ.....	96
КОМПАРАТИВНИ ПРЕГЛЕДИ	96
ГЛАВА V	96
ДОКАЗНИ ЗАБРАНИ И НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ ВО СОЕДИНЕТИТЕ АМЕРИКАНСКИ ДРЖАВИ... 96	96
1. Општо	96
2. Организација на судството.....	97
3. Амандман IV и дозволено постапување на службените лица.....	98
3.1. Амандманот IV и модерната технологија	104
3.1.1. Разумни очекувања за приватност и користење на прислушни уреди	105
3.1.2. Доктрина на трето лице	106
3.1.3. Нова технологија која не е достапна за сите.....	108
3.1.4. Употреба на локатори и радиопредаватели	109
3.1.5. Систем за глобално позиционирање (ГПС)	111
3.1.6. Геолокација од мобилен телефон	112
4. Ексклузија на материјалните докази	118
4.1. Доктрина плодови од отровно дрво.....	121
4.2. Забрана за сослушување на полициските службеници.....	122
4.3. Забрана при вкрстено испрашување.....	123

4.4. Проширување на ексклузиското правило спрема државите	123
5. Оправдувања и критики за издвојувањето на материјалните докази	125
5.1. Зачувување на судскиот интегритет	125
5.2. Дисциплински принцип	126
5.3. Критики на ексклузиското правило	127
6. Ограничувања на ексклузиското правило кај материјалните докази	129
6.1. Вертикално, не и хоризонтално дејство	130
6.2. Исклучок заради дискредитација (impeachment exception)	131
6.3. Исклучок сребрен послужавник (silver platter doctrine)	133
6.4. Исклучок во постапките пред Големата порота	134
6.5. Активна легитимација (standing requirement)	136
6.6. Исклучок во некривични постапки	141
6.7. Исклучоци кај деривативните докази	142
6.7.1. Исклучок исчистена флека (purged taint doctrine)	143
6.7.2. Исклучок во добра верба (good faith exception)	144
6.7.3. Исклучок независен извор (independent source doctrine)	146
6.7.4. Исклучок неизбежно откритие (inevitable discovery doctrine)	147
6.8. Претреси без налог и веројатна причина	149
6.9. Исклучок за автомобили (automobile exception)	152
6.10. Запирања и прегледи (stops and frisks)	154
6.11. Специјално тренирани кучиња	158
6.12. Резиме	160
7. Ексклузија на вербалните докази	163
7.1. Изјава дадена под принуда	165
7.2. Информација за правата на осомниченото лице (Миранда права)	169
7.2.1. Право на молчење	173
7.2.2. Повреда на правото на бранител	176
7.3. Забрана за коментирање на молчењето	177
7.4. Изјава дадена со повреда на habeas corpus правата	178
7.5. Изјава од незаконски уапсено лице	179
7.6. Признание дадено на таен агент или информатор	180
8. Ограничувања на ексклузиското правило кај вербалните докази	182
8.1. Законски дозволена принуда	182
8.1.1. Привилегијата и принудна продукција на материјални докази	184
8.2. Исклучок при вкрстено испрашување (impeachment exception)	191
8.3. Исклучоци кај деривативните докази	192
8.3.1. Сведоци откриени преку изјава од непоучен осомничен	192
8.3.2. Материјални докази откриени преку изјава од непоучен осомничен	193
8.3.3. Техника на двостепено испитување	193
8.3.4. Исклучок од Миранда правата поради јавна безбедност	194
8.4. Резиме	195
9. Амандманот VI и ексклузија на доказите	195
9.1. Изјави на обвинет добиени со повреда на правото на бранител	196
9.2. Препознавања и идентификации	201
9.3. Конфронтатиска клаузула	207
9.4. Резиме	210
ГЛАВА VI	212
ДОКАЗНИ ЗАБРАНИ И НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ КАЈ ЕВРОПСКИОТ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА	212
1. Општо	212
2. Правичноста како отворен, неограничен концепт	214
3. ЕСЧП и прашањето за незаконитите докази	219
4. Ексклузија на материјалните докази	223
4.1. Приватни снимки, повреда на приватноста од приватни лица	224
4.2. Тајно следење, набљудување, снимање, пресретнување комуникации, повреда на приватноста од државни органи	227
4.3. Претреси	231
5. Ексклузија на вербалните докази	237
5.1. Тортура, нехуман или понижувачки третман	237
5.1.1. Што е тортура, нечовечко или понижувачко постапување	239

5.1.2. Третман на доказите обезбедени со повреда на чл. 3 од ЕКЧП.....	241
5.2. Привилегијата против самоинкриминација и ексклузијата	247
5.2.1. Законска принуда за давање информации	251
5.2.2. Неповолни заклучоци од молкот на обвинетиот	257
5.2.3. Принципот на самоинкриминација и принудна екстракција на докази	258
5.2.4. Деривативни докази откриени со повреда на привилегијата	261
5.3. Тајни агенти.....	263
5.3.1. Тајните агенти и поуките за правата	264
5.3.2. Тајните агенти како сведоци	266
5.3.3. Полициско поттикнување.....	266
5.3.4. Писмени извештаи како замена за усно сведочење	267
5.3.5. Правен лек за полициското поттикнување	268
5.4. Сведоци	272
5.4.1. Неприсуство на сведок	277
5.4.1.1. Смртта како причина за отсуство	278
5.4.1.2. Привилегијата за несведочење како причина за отсуство	279
5.4.1.3. Стравот како причина за отсуство.....	285
5.4.1.4. Жртви на дела против половата слобода и морал	287
5.4.2. Правило за единствен и одлучувачки доказ	291
5.4.3. Правен лек при повреда на конфронтационата клаузула.....	297
5.5. Препознавања и идентификации	298
6. Правото на бранител и ексклузијата на доказите.....	299
7. Информација за правата	309
8. Резиме	311
ГЛАВА VII.....	315
ДОКАЗНИ ЗАБРАНИ И НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ ВО ДРУГИТЕ ДРЖАВИ	315
1. Англија.....	316
1.1. Ексклузија на материјалните докази	318
1.2. Ексклузија на вербалните докази.....	320
1.3. Негативни заклучоци од молчењето	325
2. Шкотска	326
3. Ирска	327
4. Австралија	328
5. Канада	329
6. Нов Зеланд.....	332
7. Германија.....	333
8. Грција	338
9. Италија.....	339
10. Франција	341
11. Шпанија	342
12. Хрватска.....	342
13. Србија.....	346
14. Кина.....	350
15. Австрија	352
16. Швајцарија.....	352
17. Белгија.....	353
18. Данска	354
19. Јужна Африка	354
20. Тајван	355
21. Јужна Кореја.....	356
22. Сингапур.....	356
23. Хонг Конг	357
24. Малезија.....	357
25. Индија	358
26. Други држави.....	358
27. Резиме	360
ГЛАВА VIII.....	362
ДОКАЗНИ ЗАБРАНИ И НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ ВО МАКЕДОНИЈА.....	362
1. Општи напомени	362

2. Вистина или правичност	366
3. Ексклузија на материјалните докази - генерални констатации	367
3.1. Низ призма на ЗКП/48	367
3.2. Низ призма на ЗКП/53	368
3.3. Низ призма на ЗКП/77	368
3.4. Низ призма на ЗКП/97	371
3.5. Низ призма на ЗКП/10	372
4. Ексклузијата според видовите материјални докази	374
4.1. Истражни дејствија	375
4.1.1. Претреси.....	376
4.1.1.1. Овластување за претрес	377
4.1.1.2. Правила за вршење претрес	379
4.1.2. Заплени, одземања на предмети.....	382
4.1.3. Извиди (прегледи, земање отпечатоци и сл.).....	384
4.1.4. Посебни истражни мерки	386
4.1.4.1. Масовното прислушување и употребата на неговите резултати	389
4.1.5. Електронски докази	401
4.2. Нужно потребна форма или неодмерен формализам	403
5. Ексклузија според видовите вербални докази	404
5.1. Обвинет	405
5.1.1. Поуки за правата	408
5.2. Сведоци	410
5.2.1. Лица кои не може да бидат сведоци	410
5.2.2. Лица кои се ослободени од должноста за сведочење	414
5.2.3. Лична привилегија на сведокот да одбие одговор на одделно прашање	421
5.3. Промена на процесните улоги од обвинет во сведок и обратно	422
5.4. Вешти лица	426
6. Ексклузија на вербалните докази - генерални констатации	430
6.1. Кога законски е воведена ексклузијата на вербалните докази.....	430
6.2. Кој е надлежен да ги издвои незаконитите докази	433
6.3. Полициски службени белешки како докази	434
6.4. Конфронтациона клаузула.....	439
7. Правото на бранител и ексклузијата	442
8. Идентификации	445
9. Резиме	448
ЧЕТВРТ ДЕЛ.....	452
ОПРАВДУВАЊА, КРИТИКИ, ЗАКЛУЧОЦИ И ПРЕДЛОЗИ	452
ГЛАВА IX.....	452
ОПРАВДУВАЊА И КРИТИКИ НА ЕКСКЛУЗИЈАТА	452
1. Дали ексклузијата е единствен лек за повредите	452
2. Принципи со кои се оправдува ексклузијата	455
2.1. Принципот на веродостојност, сигурност на доказите	456
2.2. Заштитен принцип	459
2.3. Дисциплински принцип.....	462
2.4. Заштита на судскиот интегритет	466
2.5. Заштита на принципот на поделба на власта.....	469
2.6. Принципот на правична постапка	471
3. Критики на ексклузиското правило.....	475
3.1. Правилото има голем социјален трошок.....	475
3.2. Правилото не ја враќа состојбата status quo ante	476
3.3. Правилото не ги штити невините	477
3.4. Правилото не го штити судскиот интегритет	478
3.5. Други критики	479
4. Апсолутно или факултативно правило	481
4.1. Правото што е повредено (од полицијата).....	482
4.2. Тежина на к.д. (кое го сторил осомничениот)	483
4.3. Влијание на повредата врз кредибилноста на доказот	485
4.4. Карактерот на повредата	485
4.5. Дали доказот би бил обезбеден ако била запазена процедурата	486

4.6. Мотивот (кај полицијата)	486
4.7. Леснотијата со која законот можел да биде испочитуван	487
4.8. Дали повреденото правило било одраз на намерата на законодавецот тесно да ја ограничи полицијата во практикување на својата власт	487
4.9. Важноста на доказот	487
4.10. Дали постоела состојба на итност, нужност	487
5. Резиме	488
ГЛАВА X	490
ЗАКЛУЧНИ СОГЛЕДУВАЊА	490
ГЛАВА XI	496
МОЖНОСТ ЗА РЕФОРМИ И ПРЕДЛОЗИ ЗА ВО ИДНИНА	496
1. Предлог за промена на општата одредба за ексклузија	500
2. Предлози за промена на специјалните одредби за ексклузија	502
2.1. Поуки	502
2.2. Полиграф и наркоанализа	503
2.3. Сведоци - процесни привилегии	505
2.4. Сведоци - лица кои не може да бидат сведоци	508
2.5. Сведоци - конфронтациона клаузула	508
2.6. Вешти лица	509
2.7. Забрана полицијата да испитува лица во својство на осомничени, сведоци и вештаци	510
2.8. Претреси - устен налог за претрес	511
2.9. Претреси - на дом без судска наредба	511
2.10. Претреси - на адвокатска канцеларија	512
2.11. Претреси - компјутери	512
2.12. Материјални докази во оригинална форма или заверена копија	512
2.13. Материјални докази - предмети кои не смеат да се одземат	513
3. Епилог	513
БИБЛИОГРАФИЈА	517
Книги и статии	517
Збирки на трудови	532
Меѓународни правни акти и документи	535
Збирки на судски одлуки	537
Домашни правни прописи	538
Одлуки на Европскиот суд за човекови права	539
Одлуки на Врховниот суд на САД	543
Одлуки на македонски судови	546
Одлуки на други судови	549
БИОГРАФИЈА	550

КОРИСТЕНИ КРАТЕНКИ

РМ	Република Македонија
РСМ	Република Северна Македонија
УДЧП/Декларацијата	Универзална декларација за човековите права
МПГПП/Пактот	Меѓународен пакт за граѓански и политички права
ЕКЧП/Конвенцијата	Конвенција за заштита на човековите права и основните слободи
АКЧП	Американска конвенција за човекови права
АПЧП	Африканска повелба за човекови права и права на народите
АДЧП	Азиска декларација за човекови права
КПТ	Конвенција против тортура и друго сурово, нечовечко и понижувачко постапување или казнување
СЕ	Совет на Европа
ЕСЧП	Европски суд за човекови права
САД	Соединети Американски Држави или Соединети Држави
ВСС	Врховен суд на САД
ВСЈ	Врховен суд на Југославија
ВСМ	Врховен суд на Македонија
ВСРМ	Врховен суд на Република Македонија
ВСРСМ	Врховен суд на Република Северна Македонија
ВСХ	Врховен суд на Хрватска
ВСРХ	Врховен суд на Република Хрватска
ОС	Основен суд
ОКС	Основен кривичен суд
АС	Апелационен суд
ВС	Врховен суд
УС	Уставен суд
БиХ	Босна и Херцеговина
Англија	Англија, Велс и Северна Ирска
ЈО	Јавно обвинителство или јавен обвинител
МВР	Министерство за внатрешни работи или овластен орган за внатрешни работи
к.д.	кривично дело, кривичното дело
п.и.м.	посебни истражни мерки
ЗКП/10	Закон за кривичната постапка (СВ на РМ бр.150/10, 100/12, 142/16 и 198/18)
ЗКП/48	Закон о кривичном поступку, (СЛ на ФНРЈ бр.97/48)
ЗКП/53	Законик за кривичната постапка, (СЛ на ФНРЈ бр.40/53, 52/59, 30/62, 12/65, 23/67 и 54/70)
ЗКП/77	Закон за кривичната постапка (СЛ на СФРЈ бр.4/77, 14/85, 74/87, 57/89 и 3/90)
ЗКП/97	Закон за кривичната постапка (СВ на РМ бр.15/97, 44/02, 74/04, 83/08, 67/09 и 51/11).
КЗ	Кривичен законик (СВ на РМ бр.37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 41/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15, 97/17 и 248/18 и СВ на РСМ бр.36/23 и 188/23)
ЗИД	Закон за изменување и дополнување (на материјален или процесен закон)
ЗПКД	Закон за полиција и кривични докази од 1984 г. (Англија)
МКТЈ	Меѓународен трибунал за гонење лица одговорни за сериозни прекршувања на меѓународното хуманитарно право сторени на територијата на поранешна Југославија после 1991 (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)
МКТР	Меѓународен кривичен трибунал за Руанда (International Criminal Tribunal for Rwanda)
МКС	Меѓународен кривичен суд (International Criminal Court)

ВОБЕД

Човекот е социјално битие кое живее во заедница со други луѓе, а заедничкиот живот нужно, бара почитување одредени правила на добро владеење. Најбазичното однесување го дефинираат нормите на казненото право, чии диспозиции главно во негативна смисла наложуваат што не смее да се прави. Тоа се оние правила чие непочитување може да ги доведат во прашање опстанокот на самото општество, личната сигурност на луѓето, нивното здравје, живот и тело, безбедноста на нивниот имот, на јавните добра, јавната сигурност итн. Со самото тоа што стигматизира одредени поведенија како однесувања кои заслужуваат прекор и санкција, ги определува границите на дозволеното, непрекорливото.

Со определувањето што е, а што не е дозволено ни оддалеку не е завршена работата. Сме дефинираме како треба да се однесуваме, но ништо не сме направиле ако не разјасниме со какви методи ќе утврдиме кој е тој којшто ги прекршил правилата и што со него. Дали прекршувачот може и треба да биде санкциониран од кого било и како било или само од суд во законита и правична постапка со почитување на правилата на кривичното процесно право.

Не е спорно во кривично-правната доктрина и пракса дека модерната кривична постапка треба да претставува телеолошки заокружен систем на правила со основна цел никој невин да не биде осуден, а на виновникот да му се изрече соодветната кривична санкција. Ова впрочем е основниот принцип на секоја постапка – невиниот да се ослободи, а виновниот да се осуди. Само што „отсекогаш било многу полесно да се откријат и да се обелоденат општите принципи, отколку тие да се применат“.¹

Уште веднаш се насира првиот конфликт, судирот помеѓу човековите права и општествените интереси. На една страна е јавниот интерес за борба со криминалот, односно колективната цел да се создаде општество без криминал, а на другата страна, за време на кривичниот процес кој е олицетворение на таа борба, правото секој да се третира како невин и со него правично да се постапува.

Компаративниот дел, барем во однос на незаконитите докази ќе покаже колкава разлика има меѓу државите кои, секоја за себе, смета дека правично ги гони обвинетите. Помеѓу некои како да постои океан што ги двои и ги разделува на различни брега со спротивставени гледишта во однос на (не)прифатливоста на незаконитите докази. Кај тие пак кои стојат на иста страна како да постојат толку многу нијанси што не тера да се запрашаме дали правичната постапка е реалност или маглив концепт, фикција за нешто недостижно.

Целта на кривичната постапка, ако го парафразирам Бојлке е реализација на легитимното право на државата да гони и казнува за секој кривично-правен настан, но само ако до тоа се дојде преку правилна и праведна одлука во материјално-правна смисла по пат на функционална кривична правда.²

Правилна и праведна одлука во материјално-правна смисла значи пресуда за еден настан донесена врз основа на точно утврдена фактичка состојба (*ventilatio veritatis*), на која правилно е применето материјалното право. Или поинаку кажано правдата ќе биде остварена секогаш кога судот ќе го осуди вистинскиот виновник со казна соодветна на стореното (*actus reus*) и на неговата кривична одговорност (*mens rea*).

¹ Черчил, 2009, стр. 95.

² Бојлке, 2009, стр. 4.

Но, дали ќе е правда ако виновникот се казни по секоја цена, пр. ако во недостиг на други докази негово признание се добие со тортура. Во правото нема место за примена на максимата „целта ги оправдува средствата“.³ Од една страна општеството не може да се откаже од борбата со криминалот како најголемо и најопасно човечко зло, а од друга страна мора да го заштити сторителот од злоупотреба на државната моќ и овластувањата.⁴ Зашто „она што им го правиме на прекршителите на кривичните закони е огледало на нашата култура и цивилизација“.⁵

Функционална кривична правда значи правично спроведена постапка од страна на надлежен суд со почитување на слободите и правата на осомниченото лице. Што значи не е битно само да се осуди виновникот, туку и начинот како тоа ќе се направи. Постапката се уредува со закон, што ќе рече законски е уреден начинот како треба да постапуваат судот и органите на гонење по сторено к.д.

Така, одредбите на материјалното право одредуваат што е тоа што ќе се докажува, односно кои факти се битни за да постои предметното к.д. Одредбите на процесното право одредуваат како ќе се докажува или начинот на кој правото дозволува да се собираат, предлагаат и оценуваат доказите.

Модерната кривична постапка треба да обезбеди правична правда. Праведна одлука од гледна точка на крајниот исход каде невиниот ќе биде ослободен, а на виновниот ќе му се изрече санкција соодветна на заслуженото. Но, не во каква било постапка, туку во правична во која ќе се почитуваат процесните правила, слободите и правата на осомниченото лице.

„Вистината и правичноста се нешто повеќе од само начела на постапката – тие претставуваат основни вредности и цели на кои е заснована и дизајнирана постапката“.⁶

На една страна е точноста на одлуката, а на друга коректноста на постапката.

„Процесното право има за цел да помогне во остварувањето на материјалното право, но тоа важи безусловно, значи и кога не му служи на остварувањето на целта на правото, туку можеби се јавува дури и како пречка во тоа“.⁷

Лесно би било ако во ова технолошки напредно време постоеше техничко средство кое при некаква состојба на незаконитост ќе можеше точно, правилно да ја исцрта фактичката состојба и она што навистина се случило, за судот потоа без многу тешкотии да го примени материјалното право и да ја разреши конфликтната ситуација. Но, такво нема.

Основниот интерес на секој кривичен процес е осознавање на вистината за точно да се примени правото.⁸ Докажувањето (*actus probandi*) во судските постапки

³ Оваа девиза на Езуитите му се припишува на Макијавели иако тој нема употребено ваква формулација. Но, смислата е таа, зашто според него не оценуваме какви се употребените средства сами по себе, туку според целта заради која биле применети. Зависно од целта едно исто средство може да биде добро или лошо, правилно или неправилно, праведно или неправедно; види Макијавели, 2014, стр. 86 - ако целта на владетелот е да победува и да ја сочува државата, тогаш сите негови средства ќе бидат оценети како чесни и ќе бидат фалени. Толпата може да се придобие како преку изгледот така и преку успешно завршениот потфат.

⁴ Арнаудовски, 2017, стр. 373.

⁵ Марјановиќ, 1998, стр. 11, 263.

⁶ Матовски/ Лажетик-Бужаровска/ Калајциев, 2009, стр. 51; „Понекогаш се вели дека системот со граѓанско право е насочен кон востановувањето ‘објективна вистина’ како неопходен предуслов за праведна одлука, додека системот со обичајно право попрво бара ‘процедурална вистина’, со акцент над праведното разрешување на спорот - Salvatore Zappalà, Human Rights in International Criminal Proceedings (Oxford, 2003), 16 кај Крајер/ Фриман/ Робинсон/ Вилмсхерст, 2010, стр. 373.

⁷ Радбрух, 2008, стр. 206.

⁸ „...логично е утврдувањето на вистината да биде есенцијална цел на секоја кривична постапка што треба да служи на целите на материјалното казнено право“ - Калајциев/ Лажетик/ Неделкова/ Денковска/ Тромбева/ Витларов/ Јанкуловска/ Кадиев, 2018, стр. 35.

претставува несомнено најсложена и најкомплексна процесна активност,⁹ а доказите се централен проблем во кривичната постапка, зашто нема попресудно прашање од тоа дали некој факт е докажан или не.¹⁰ Судиската функција би била едноставна кога би се состоела само во примена на правото на утврдена фактичка состојба, но обврската за утврдување на фактите ја прави најтешка и најодговорна.¹¹

Впрочем најмногу време, труд и енергија одзема токму откривањето што се случило во минатото. Само мал увид во историјата на кривичната постапка ќе ни открие дека смислата на постапката отсекогаш била пронаоѓање на вистината. Таа е нем сведок на желбата и обидите на правниците да дојдат до постапка која ќе биде подобна да дојде до вистината. Се разбира идејата на овој труд, дури и во историскиот дел не е да даде некаков општ историски опис, туку постапката да ја согледа низ призма на прифатливоста на доказите и евентуалните доказни забрани порано и сега. Од временска дистанца малку работи во старите процеси изгледаат праведно и затоа барем сумарно мора да се анализира историјата на постапката и да се објасни какви биле тие обиди, начини, видови докази со кои правниците се стремеле да дојдат до вистината, од што ќе се види дека многу од нив иако за свое време биле сметани за најдобри методи, денес би биле осудени како варварски, незаконити, спротивни на универзалните гаранции за човековите права и со тоа недозволен за употреба.

Ајде од почеток. Сторено е некакво дело. Во повеќето случаи уште веднаш може јасно да се разграничи дали тоа е само неморален, неетички, општествено неприфатлив чин на кој може, но не мора да се надоврзе некоја општествена мерка без спроведување посебна постапка или к.д. за кое е предвидена санкција која може да ја изрече само суд во строго определена постапка. Тука ќе посочам, пристапот на овој труд не е феноменолошки, зашто не се занимава со деликвенцијата и другите појавни форми на негативно однесување, ниту етиолошки бидејќи не ги испитува причините за таквото однесување. Тоа е предмет на други области на правото, а не на кривичното процесно право во чиј специфичен предмет на интерес е предметот на докторската дисертација. Овој труд прифаќа дека постои норматива која дефинира што е к.д., дека постоеле и постојат лица кои од најразлични причини ги кршат тие норми и се ограничува само на еден сегмент – со какви докази државата може и треба да докаже дека некој сторил к.д. Впрочем од правилното, законското обезбедување на доказите и успешното докажување на настанот најмногу зависи остварувањето на основниот принцип кој бара да се открие и осуди исклучиво виновникот.

Како што покажува насловот на трудот негов основен предмет на интерес ќе бидат доказите, но, не кои било, туку само незаконитите докази. Најопшто кажано тоа се докази прибавени со повреда на правилата на материјалното или процесното право, како и докази кои законот изречно ги забранува како средство за докажување одредени факти. И на прв поглед работа изгледа едноставна, но во стварност не е така, бидејќи во суштина ова е едно од најкомплексните прашања на доказното право за кои нема согласност ни кај научната ни кај стручната јавност, ни во меѓународните судови и институции, а ни помеѓу државите. И кога сите претходни би нашле заеднички јазик за многу процесно-правни институти, прашањето за незаконитите докази веројатно би го оставиле како последно, за крај. Дури постојат нијанси и за навидум неспорни работи. Ќе видиме, во

⁹ Камиловска-Зороска, 2007, стр. 396.

¹⁰ Alsberg Nuse, Der Beweisantrag im Strafprozess, Köln 1956, VII. кај Водинелиќ, 1985, стр. 1061-1062.

¹¹ Vasiljević, 1971, стр. 291; Слично и Аќимовиќ, 1971, стр. 233-234 - тежината и сложеноста на оваа задача се гледа по тоа што долго време, посебно во примитивното судство, се сметало дека човекот сам не ни може да дојде до вистината. Човекот верувал дека го знае правото, но за утврдувањето на фактите немал самоверба, па барал Бог да каже што е вистина.

некои правни системи одредени законски прибавени докази може, а во некои не смее да се употребат при донесување на пресудата. Значи ништо не е едноставно!

Зошто пак тогаш трудот се зафаќа со така мачна задача, да ги анализира доказните забрани за кои уште долго време научната јавност нема да си подаде рака. Најопшто гледано, зашто доказното право е срцето на казнената постапка и сè се врти околу него. Сигурно поради фактот што владеењето на правото и човековите слободи и права се носечките столбови на модерната држава, па треба да се провери дали за државата важат истите правила како и за сите останати. А, посебно зашто современ тренд е замена на судската истрага со обвинителска. Судот е органот преку кој се остварува правдата, кој по дефиниција е неутрален и за кого освен вистината и правдата како заеднички интереси за сите, нема други кои би не загрижувале (како пр. желбата да се победи како во странечки структурираната постапка). Порано, барем во теорија, кога судот истражувал еден кривичен настан строго се водел по правните принципи и начела. Иако начелно немало причина да стрепиме од судската истрага, тоа не е така во ситуациите кога самите странки ги обезбедуваат и предлагаат доказите. Впрочем, да не е вака, немало ни да бараат сите постоечки закони за кривична постапка, судот *ex ante* да го одобрува секое истражно дејствие кое значи посериозно навлегување во слободите и правата на другите.

Карактеристика кај државите кои ја замениле судската истрага со обвинителска е активизмот на полицијата и пасивноста на обвинителството, како на пр. во Германија каде полицијата завршува 80% од предметите поради што често за јавниот обвинител во истрагата се зборува како за „глава и тело без раце“,¹² „авторитет кој регистрира“,¹³ за полицијата како за „вистински администратор на истрагата“,¹⁴ „господарка на истражната постапка“,¹⁵ поради што од некои таа состојба сликовито е опишана како „анексија на кривичната постапката од полицијата“.¹⁶

Имено, независно од тоа што е предвидено во законите, често во пракса се случува полицијата да го сработи предметот, а потоа обвинителството како некаков парасудски орган да одлучи дали ќе поднесе обвинение или ќе ја отфрли пријавата, без самото да преземе истражни дејствија. Тоа некогаш се прави со премолчена согласност на самото обвинителство кое така не троши ни време ни средства, па нема зошто да негодува ако прв пат дознава за еден кривичен случај дури тогаш кога полицијата ќе му достави сработен предмет. А, некогаш преку изречно барање полицијата да врши извиди, да повикува на информативни разговори и сл., кога истите работи може да ги преземе самиот обвинител.

Несудската истрага повеќе од кога и да било бара постоење судски механизам преку кој ќе се провери начинот на прибавување на доказите и правна реакција ако биле прекршени правните норми кои определуваат што смее, а што не смее да се прави. Тој механизам е оценка на законитоста во прибирањето на доказите и нивно издвојување ако биле прекршени нормите кои ги пропишуваат начините за нивно обезбедување. Како што жалбениот суд е органот кој проценува дали основниот суд правилно ја спровел постапката, ги извел доказите и го применил правото, така основниот суд првенствено ја има кај себе одговорноста да утврди дали полициските и обвинителските органи, а секако и одбраната, законито постапиле кога ги обезбедиле доказите за еден настан.

¹² Škulić, 2013, стр. 191.

¹³ E. Blankenburg, 'Die Staatsanwaltschaft im System der Strafverfolgung' [1978] ZRP 263 kaj Mathias, 2005, стр. 471.

¹⁴ H. Jung, 'Vers un nouveau modèle du procès pénal? Réflexions sur les rapports "La mise en état des affaires pénales"' [1991] RSC 526 kaj Mathias, 2005, стр. 471.

¹⁵ Резнер, 2012, стр. 6.

¹⁶ Наслов на зборникот трудови кој го дале здружението на бранители и германската адвокатска комора по повод измените на ЗКП од 1989 г. - види кај Novosel/ Pajčić, 2009, стр. 435.

Нема поизмачувачки и попрогонувачки проблем од прашањето за допуштеноста на незаконски прибавените докази.¹⁷ Поимот за незаконитите докази е еден од средишните поими на современото доказно право, а проблематиката на доказните забрани спаѓа во особено тешките,¹⁸ најтешките и најсложените прашања на казненото процесно право,¹⁹ кое се третира различно во разни правни системи,²⁰ бидејќи во неговото решавање се прекршуваат различните вредности, кои треба да се доведат во рамнотежа согласно начелото на правична постапка.²¹

Ако фактите и нивното утврдување се јадрото на казнената постапка, тогаш доказните забрани се неговата срцевина. Овој труд ќе биде структуриран во неколку целини. Во воведниот и првиот дел кои се најопшти, накратко ќе бидат опишани поимот на казнената постапка, докажувањето, системот на докази, различните видови докази, за да заврши со историски преглед на различните видови кривични постапки и приказ на прифатливоста на доказите во нив, сè со една цел да се открие временскиот момент кога се појавил институтот незаконити докази и условите кои биле потребни за тоа.

Секоја наредна глава поспецифично ќе навлегува во предметот на овој труд. Така следната ќе има за цел да претстави дали основните правно-филозофски учења го перципираат предметниот проблем, имено на каква подлога стојат прифатливоста од една страна и издвојувањето на веродостојните докази од друга страна во 1) crime control државата и онаа на due process, 2) во позитивистичката спроти природно-правната традиција и во 3) утилитаристичкиот споредено со либералниот поглед на свет.

Со оглед на централното место кое го имаат човековите слободи и права во сите позначајни меѓународни акти за човекови права трудот природно ќе прикаже како во нив е пријдено кон прашањето за незаконитите докази. Неодминливо ќе се осврне на доказните правила на меѓународните кривични судови почнувајќи од првите формирани по Втората светска војна кои се никулците во меѓународната борба со сторителите на најтешките форми на повреди на човекови права и завршувајќи со последните Трибунали за поранешна Југославија и Руанда и Меѓународниот кривичен суд.

Потоа ќе дојдеме до срцевина на трудот или неговите главни делови. Трудот ќе има три емпириски дела во кои ќе бидат анализирани повеќе одлуки на ВСС, ЕСЧП и македонските судови. Ќе се даде обемен компаративен преглед на прашањето за незаконитите докази и нивната ексклузија не само во САД, ЕСЧП и Македонија, туку и во Англија, Канада, Австралија, Кина, Германија, Хрватска и др. држави, но во овие вторите повеќе преку анализа на научни и стручни трудови и на збирки со судски одлуки, отколку по емпириски пат со изворна анализа на судски пресуди. Споредбениот приказ на странското право и пракса се битни зашто од нив ќе се види каква тенденција имаат промените на постапката во овој дел, па ќе може да се предвиди како ќе се развива таа

¹⁷ Траупог, 1962, стр. 319 - од сите двострани проблеми во правото, нема поизмачувачки од допуштеноста на незаконски прибавените докази. Кое било лице да свртиме кон сидот, прашањето за допуштеноста останува прогонувачко прашање. Доказите можеби сè од најголема важност. Меѓутоа, ако нивното прифаќање служи за одобрување на незаконското спроведување на законот, тоа го отвора патот за упад на владата во приватноста на луѓето кои ги почитуваат законите. Дилемата долго ги вознемирува адвокатите, иако иронично е оддалечена од оние кои се игнорантни во однос на долгиот дострел на официјалната моќ и оттука најранливи на неа. Нивната преокупација е со непосредната закана од приватното беззаконие, особено во нашево време кога тоа расте со брзина. Разбирливо нестрпливите почитувачи на законот, кои одобруваат официјална одмазда без воздржување против престапниците, не се визуелизираат себеси како објекти на угнетувачка владина акција во блиска иднина. За нив не се предупредувањата на историјата.

¹⁸ Spencer, 2005c, стр. 603.

¹⁹ Крапас, 1990, стр. 52; Carić, 2006, стр. 993; Nakić/ Rogić, 2016, стр. 533; Mešanović, 2018, стр. 60; Slivar, 2020, стр. 518.

²⁰ Trechsel, 2005, стр. 88.

²¹ Крапас, 2012a, стр. 442.

во иднина, а секако ќе ни овозможи да извлечеме заклучок какви процесни искуства би можело да прифати нашето казнено процесно право.

Во овој споредбен дел најопширно ќе биде анализирана американската теорија за ексклузија на доказите прибавени на незаконит начин од нејзините почетоци на преминот помеѓу XIX и XX век досега. Без исклучок праксата која ја развил ВСС по ова прашање е најразвиена, па трудот ќе провери дали е точна хипотезата дека САД развиле систем кој во најголема мера ги исклучува незаконитите докази од постапката. Ќе видиме кога почнало тоа, кога бил зенитот и како е сега. Ќе разгледаме што значи правилото за ексклузија на доказите, кој има право да постави барање заедно со многуте исклучоци од правилото. Ќе ги утврдиме причините што го оправдуваат ексклузиското правило и критиките за него, а секако ќе дадеме свои видувања и нови гледишта. Низ пишаните страници на трудот ќе посведочиме на повеќегодишната битка каде на една страна се пропонентите на правилото за ексклузија на незаконитите докази, а на друга страна критичарите и секако ВСС кој со своите одлуки дефинитивно зазел страна. Ќе се провери дали едноставно кажано исклучоците го проголтале правилото и самите станале ново правило во САД.

Во голема мера ќе биде анализирана англиската теорија и пракса и разликите помеѓу неа и онаа во САД. Главната е што Англија за разлика од САД ја препознава потребата за исклучување на признанијата и вербалните изјави добиени под притисок, но не и на материјалните докази обезбедени благодарение на таквите изјави или со други незаконити дејствија на органите на прогонот.

Ќе биде испртан ставот на ЕСЧП во поглед на ексклузијата на доказите преку направеното истражување на одлуките кои анализираат повреди на забраната за мачење (чл. 3 од ЕКЧП), на правото на приватност (чл. 8) и правото на правична постапка (чл. 6). Првично ставот на ЕСЧП кој се назира од неговите одлуки е дека прашањето за прифатливост на доказите и евентуалното издвојување на незаконитите е работа на домашното право. Но, прашањето не е толку едноставно, па ќе видиме дали оваа работна хипотеза ќе го издржи тестот или на крај ќе дојдеме до поинаков заклучок.

Затоа ќе бидат анализирани над 400 одлуки на ВСС и ЕСЧП, сè со цел до најситни детали да го разбереме ratio-то кое стои позади нив. Основната цел на оваа дисертација е потребата од преиспитување на начинот како е решено прашањето за издвојување на доказите во македонската постапка. Тоа е посебно значајно откако ни се случи масовното прислушување, енормното кршење на човековите слободи и права и разликите во мислењата на научната и стручна јавност по прашањето за прифатливоста на незаконитото прислушуванието разговори како докази во судските постапки. Во овој контекст општествената оправданост за темата на овој труд никогаш не била поголема.

Преку анализа на легислативата и домашната судска пракса ќе се даде одговор на прашањето дали македонското решение е на иста линија со начинот како ваквата материја е решена во правните системи на другите држави, во јудикатурата на ЕСЧП и во меѓународните инструменти за човековите слободи и права. Појдовна хипотеза е дека кај нас легислативно премногу ригидно е решено прашањето за прифатливост на доказите прибавени со повреда на туѓо право и дека многу малку е оставено на судската дискреција, имено судот да може да проценува дали ексклузијата е соодветен лек за повредата во конкретниот случај. Секако тоа е направено со најдобри намери за да се заштитат граѓаните од преагилните истражители кои борбата со криминалот ја ставаат над сè, па немаат против во име на безбедноста на општеството и неговото ослободување од криминалците да згазат и врз некое човеково право. Но, дали тоа треба да се стори со решение кое *ex lege* претпочита отфрлање на доказите ако судот утврди повреда на нечие право, нешто налик на средновековната законска теорија за оцена на доказите или треба

верба во судот дека тој применувајќи го принципот на слободна оцена на доказите ќе умее да препознае кои манири на органите на прогонот се неприфатливи за една правична постапка, за така прибавените докази да ги отстрани од предметот.

Можеби е добро такво решение, зашто вербата во судот кај нас со текот на годините се намалува наместо да јакне. Од друга страна ни постојното прецизно законско решение кое е исто повеќе од 20 години, не спречи да се јави толкава разлика кај научната и стручната јавност по прашањето за прифатливост на незаконски прислушуваниите разговори. Со ова не заземам страна, само во име на научната вистина покажувам спремност да ги разгледам сите позиции кога станува збор за предметната проблематика.

Во практиката често се потенцира негативниот ефект од ексклузиското правило, имено дека тоа овозможува сторители на к.д. да останат на слобода без да одговараат за стореното. Затоа се бара повредата на нивните права да се решава преку други средства, како на пр. постапка за надомест на штета која би се водела против државата или институцијата во која работи одговорното лице. Споредбениот дел кој се однесува на другите земји и анализата на одлуките на нашите судови ќе бидат од помош кога ќе треба да ги преиспитаеме критериумите и начинот како ова прашање е решено кај нас, во смисла дали е подобро да се има пофлексибилна норма за ексклузија на доказите која судиите би ја применувале во зависност од сопствената проценка или безусловна која на прв поглед гарантира поголема заштита. Идејата од компаративниот дел на трудот е да се добијат конкретни знаења за природата на доказните забрани, за примената на ексклузиското правило и неговите исклучоци, за да може да се дадат одредени предлози и препораки за подобрување на македонското законско решение. Во тој контекст ќе се даде и еден историски осврт на состојбата кај нас по ова прашање, поконкретно за периодот кога Македонија беше дел од југословенската федерација, како и сега. Ќе се види како на законодавен план се развивала оваа материја, но и во праксата на судовите. Ќе се увиди од кои причини во предметите доказите биле или не биле издвојувани, дали тоа било резултат на чисто граматичко толкување на законите или можеби судовите со тек на време обликувале некаква идеја за целта на правилото која ги насочувала при носењето на одлуките.

Очекувам да се потврди хипотезата дека е мал процентот на барања за исклучување на доказите, дека многу помал е тој на уважени такви барања, дека судовите изнаоѓаат начин како да ја заобиколат навидум силната норма која дава безусловна заштита, дека се задоволуваат со чисто граматичко толкување, без да се изгради став во судската пракса кај нас за причините зошто всушност се исклучуваат доказите (дисциплинирање на полицијата, заштита на судскиот интегритет, заштита на човековите слободи и права и сл.).

Заклучоците ќе бидат од значење во процесот на дефинирање на предлозите за промена и унапредување на постојната состојба. На крај трудот ќе ги сумира заклучоците кои природно ќе се надврзат на сè претходно наведено во него, а ќе даде и предлози *de lege ferenda* со кои ќе може да се коригираат и подобрат законските решенија кои ја уредуваат оваа материја кај нас.

ПРВ ДЕЛ ОПШТ ДЕЛ НА ТЕМАТА

ГЛАВА I ДОКАЖУВАЊЕ

1. Општо

Кривичната постапка во основа е реактивна постапка. Нејзината цел не е да дејствува превентивно и да го штити општеството од тоа да не дојде до некакво к.д., туку стапува на сцената кога некој ќе се обиде или ќе го изврши забрането дело. Тогаш органите на прогонот треба да откријат што се случило, да обезбедат докази со кои случајот успешно ќе го презентираат на суд, како услов одговорниот сторител да одговара за направеното. Зашто не ќе е од некакво значење ако дознаат какво дело е сторено, кој е сторителот, што направил, кому му нанел повреда или штета, каква корист е остварена, кои објекти на заштита и дејствие се повредени, ако сето тоа не успеат да го докажат на суд.

Докажувањето значи судско утврдување на вистината за одреден настан преку извори или средства кои ги содржат точните информации за анализираната појава. Од ова јасно се воочува пристапот кој би го имале органите на прогонот по прашањето кои докази би ги употребиле за докажување на еден настан. Несомнено тоа би биле сите докази кои уверливо и веродостојно би помогнале да се утврди вистината.

Токму тука стапува на сцена прашањето за незаконитите докази. Ако целта на постапката е да се утврди што точно се случило во минатото, тогаш не е битно кој и како дошол до доказите, туку каква доказна јачина имаат тие. Така и било во поголемиот дел од историјата, прифатливи биле безмалку сите докази, при што не се водело сметка за начинот како биле прибавувани. Влијанието на методите за прибавување на доказите врз постапката е современ изум, главно на XX век.

Системот на доказите историски гледано се менувал како што се менувале општествените услови. Според Енрико Фери неговиот историски развој поминал низ четири фази: примитивна, религиозна, легална и сентиментална.²²

Главно, 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 во најмала рака првите две фази изгледаат неразумно, меѓутоа тоа е проблемот со *post festum* анализите. Ние од оваа временска дистанца со наши очи судиме за методите што ги применувале претходниците во истражувањето и гонењето на к.д. А, тие немале технички средства и научни познавања како сега ние, впрочем и сегашната пракса и начини на докажување веројатно ќе изгледаат примитивни после еден милениум.

Истражувале со она што им било при рака, а во примитивната фаза малку што им било од корист. Немало обвинителства, полиција или судови во модерна смисла на зборот, прво родот, а потоа семејството на оштетениот имале право да го гонат

²² Во примитивната фаза доказите биле препуштени на грубиот емпиризам и на личните впечатоци, во религиозната на ордалии (божји суд, судски двобој и сл.) и каде утврдувањето на вината било препуштено на божеството, во легалната фаза доказната вредност на сите докази била однапред точно одредена во законот и во сентименталната судиите слободно ги оценувале сите докази според своето внатрешно уверение. Како петта Фери ја предвидува научната фаза која е заснована врз експертиза, а релевантни факти ќе се утврдуваат врз основа на научни методи - Матовски, 2003, стр. 258 и Матовски/ Лажетик-Бужаровска/ Калајчиев, 2009, стр. 189.

сторителот на неправото. Тоа се случувало внатре во рамките на општествената единица, каде самиот род или племе според обичајните правила ја определувал казната за неделото. Тоа е фаза во која илузорно би било да зборуваме за незаконити докази, зашто за тоа прво треба да се има изграден доказен систем и правила какви што тогаш немало.

Сега знаеме дека вербата во светото денес не може да ни помогне за со помош на ордалии (божји судови)²³ 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 покаже виновниот, нему да му помогне бог.

Ако знаеме дека најстариот правен систем воопшто е египетскиот кој почнал да се развива некаде околу 4000 г. пр. н. е., веднаш по него месопотамскиот кој својот полн израз го добил околу 2100 г. пр. н. е. со Хамурабиевиот законик по што следат другите може да заклучиме дека во најголем временски период докажувањето било со ирационални средства за кои не може да се каже дека се дел од разумен доказен систем.²⁴

Таму немало место за институт како незаконитите докази, зашто начинот на докажување повеќе бил резултат на немоќ и неверување во човечките можности, на стереотипи и предрасуди какви што биле произволните забрани жени, слуги, робови итн. да сведочат, отколку на рационални доказни правила.

Ирационалниот начин на откривање на вистината официјално бил забранет во 1215 г. на Четвртиот латерански собор,²⁵ кога црквата исфрлајќи ги божјите судови како празноверие и воведувајќи рационални доказни средства спровела реформа на начините на докажување.²⁶ Меѓутоа, ако појавата на првиот рационален доказен систем ја поврземе со фактот што црковната инквизициска постапка, световната инквизиторна постапка и англиската средновековна постапка ја познавале тортурата, може да констатираме дека од појавата на првите правни системи од 4000 г. пр. н. е. најмалку до XVIII век немало плодна почва во која би можело да изрти семето на доказните правила и забрани кои се предмет на овој труд.

Паралелно со останатите две фази (легална и сентиментална) сумарно ќе дадам историски осврт на постапките во минатото од едноставна причина што се испреплетени

²³ Во суштината на ова доказно средство е претпоставката дека вишата сила (бог) влијае на процесот на изнаоѓањето на правдата, односно секогаш ја гарантира победата на правдата над неправдата. Таквата претпостапка произлегува од верувањето дека бог ќе интервенира при испитувањето на вината на оптужениот и нема да дозволи праведното (невино) лице да страда - Сулејманов, 2013, стр. 254; Колку помалку човекот знаел за светот и за себе како дел од него, толку помалку имал верба во себе, а повеќе во други повисоки сили. Така настанал и божјиот суд - Karanović, 1974, стр. 267.

²⁴ Чокревски/ Китаноски, 2007, стр. 196-197; Примената на ирационалните доказни средства била карактеристична за Хамурабиевиот законик (заклетвата, ако се заколне во Бог се смета дека она што го кажува е вистина – чл. 103 и 131, божјиот суд, пр. на богот на реката при што ако обвинетиот скокнел во реката и испливал се сметал за невин – чл. 2 од Хамурабиевиот законик), а ирационални белези имала доказната постапка и во старото египетско фараонско право, каде сепак признанието на обвинетиот сврзано со тортура било најсилно доказно средство. Во градот држава Атина се применувала заклетвата, но не и божјиот суд, додека во македонската античка држава главно доказно средство било признанието кое можело да се добие со тортура - Поповска, 2005, стр. 43, 45, 51, 54, 64, 95, 101, 105, 114; Во Франкската држава (VI-VIII век) се применувале заклетвата, судскиот двобој и разни форми на Божји суд, пр. вадење на усвитено железно од оган, ставање рака во врела вода, потопување на осомничеинот во студена вода. Во Византија се применувало мачење, писмените изјави на сведоците не се земале предвид, а како сведоци не можеле да се јават жените, малолетните лица, наемните работници, слабоумните, слугите, ортаците за ортаците, синовите за татковците и обратно, глупите, немите, еретиците и евреите против христијаните. Во Арабиската држава како доказ се применувала заклетвата, а робовите не можеле да бидат сведоци - Поповска, 2007, стр. 43, 47, 79, 89, 105.

²⁵ Bayer, 1969, стр. 70-71; Spencer, 2005a, стр. 7.

²⁶ Vasiljević, 1971, стр. 19.

едни со други. Историскиот развој го следат четири видови кривични постапки, акузаторна, инквизициска, инквизиторна и мешовита од кои секоја за себе имала различен однос кон странките и доказите. Сите се развиле и постоеле во посебни општествени услови и уредувања во кои односот на државата кон граѓаните и криминалот бил различен. Историскиот осврт е значаен зашто ќе ни помогне да согледаме во каков тип на постапка немало елементарни услови да никне институтот незаконити докази со ексклузијата како негов правен лек, а ќе ни наведе кога и каде се родил, како и општествените околности кои го овозможиле тоа.²⁷

2. Легална фаза - инквизиторна постапка

Основна карактеристика на постарите општества била материјалната неразвиеност и зависност од духовите, тотемите или божествата. Без оглед што таквата зависност била имагинарна, директно влијаела тежиштето да се става на духовните, а не на световните к.д., зашто главната опасност за опстанокот на луѓето не доаѓала од другите луѓе, туку од незадоволството на надземните сили. А, таквите дела објективно гледано не се докажуваат со рационални методи и докази.

Недостатоците од минатото се обиделе да ги поправат во легалната фаза, повторно со она што им било достапно. Оваа фаза веднаш асоцира на инквизиторната постапка карактеристична за Средниот век,²⁸ односно на нешто негативно, иако вовела и позитивни промени (исфрлањето на божјите судови и воведувањето рационални доказни средства).

Прифатена била легалната теорија на докажување за да се избегнат секакви субјективности. Било замислено дека така ќе се избегнат судските заблуди и грешки од кои никој не е имун, за да одговара само оној за кого постојат сигурни или како што ги нарекувале, полни докази за вина. Но, добрите намери не раѓаат секогаш добри дела.

Не постоеле современите истражни методи, криминалистичката тактика, методика и техника, што значи инквизиторите освен сведоците, признанието и материјалните предмети кај обичниот криминал (разбојништва, кражби) немале како да го истражат к.д. Двајца беспрекорни очевидци според тогашната легална теорија биле доволни онаму каде ги имало, а тоа било ретко, поради што останувало признанието како најчест начин на докажување.²⁹

Ако немало двајца сведоци очевидци тогаш само доброволното признание на обвинетиот можело да доведе до осуда.³⁰ Впрочем осомничениот бил основно средство за утврдување на вистината. Тој законски бил обврзан на прашањата кои му биле

²⁷ Во следниот дел ќе се задржам на спецификите кај различните постапки само толку колку што е нужно за предметот на трудот. Општо за споменатите типови постапки види повеќе кај Bayer, 1988, стр. 13-23; Бејатовиќ, 2010, стр. 72-78; Vasiljević, 1971, стр. 17-23; Dimitrijević, 1981, стр. 61-65; Крпач, 2012а, стр. 15-23; Манев, 2005, стр. 35-39, 362-367, 530; Марина, 1979, стр. 41-46; Матовски/ Лажетик-Бужаровска/ Калајчиев, 2009, стр. 20-29; Матовски, 2003, стр. 47-60; Сулејманов, 2002, стр. 35-43.

²⁸ Нејзиното име потекнува од латинскиот збор *inquisitio* или истрага, од едноставна причина што нејзин централен стадиум била истрагата. Во неа немало странки, туку државен орган со повеќе функции или дејности. Таму немало обвинител или бранител какви што во денешна форма ги познаваме, туку истражител кој ги обединувал функциите на гонење и одбрана и кој по добивање на сознанија дека е сторено к.д. спроведувал дејствија на истрага. По завршување на истрагата списокот го доставувал до тричлениот судски совет кој врз основа на списите и легалната доказна теорија, без да го види обвинетиот или сведоците носел одлука. Постапката била тајна, неконтрадикторна, посредна, писмена, без учество на порота или можност на обвинетиот да се брани од обвиненијата против него.

²⁹ Еден сведок, како ниеден (*Testis unus, testis nullus*) - Sen., Contr. 3, 16 кај Vilhar, 1991, стр. 287; Види и Трпеноски, 2021, стр. 2-6.

³⁰ Langbein, 1978b, стр. 4; Слично и Damaška, 1973, стр. 515; Bayer, 1986, стр. 22-23, 128-129.

поставувани да одговара вистинито и јасно, а повредата на ваквата обврска била една од индициите за аплицирање тортура.³¹

Оттука спротивно на постојниот правен поредок било да се тврди дека имал некакво право да молчи или да не се инкриминира себеси. Всушност, било обратно.

Иако тортурата не била замислена како основен метод на докажување, таа станала често користена алатка, а признанието кралица на доказите (*regina probationum*). Постоела на европско тло во периодот од XIII до почетокот на XIX век односно за цело времетраење на легалната фаза.³²

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

Казните во целиот среден век најчесто биле смртна и телесни или со други зборови влогот бил сè или ништо. Дури кон средината на XVIII век смртната казната престанала да биде ексклузивна санкција за сериозните к.д.³³ Немало средина како сега, некој да биде санкциониран на затворска казна, по чие издржување да може да му се врати на својот живот. Тогаш живот по казната немало и за да се избегне опасноста невини луѓе да одговараат, легалната теорија точно кажувала како и со кои докази можело да се докаже некое дело, кога можел да се стави некој на тортура и сл.

Тортурата не била нешто недозволено, ниту претставувала облик на злоупотреба на истражните овластувања, туку правен институт регулиран со закон.³⁴ На тортура се изложувал оној за кој постоеле доволно индиции дека го сторил делото, но не и полни докази кои според законската теорија биле потребни за да го осудат.³⁵ Пр. кога имало еден сведок очевидец а не два, кога осомничениот 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 кој бил доволен за да се стави на тортура. Вака гледано тој веројатно бил сторителот, индициите сега 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 што силните процесни форми кои требало да спречат погрешна осуда, наместо да го заштитат осомничениот го направиле многу поранлив. Дамашка вели:

³¹ Damaška, 1978, стр. 875

³² Во црковните постапки била воведена со була на папата Инокентије IV во 1252 г. - Damaška, 2013, стр. 172 и Bayer, 1969, стр. 73, 106-107; Тортурата постапно е укинувана прво за обичните к.д., потоа за најтешките. Белјански ги дава годините кога е укината во различни европски држави, од каде може да заклучиме дека трендот се јавил во 30-те години на XVIII век, а последните држави се откажале од неа во 30-те години на XIX век - Beljanski, 2001, стр. 81-82; Damaška, 1978, стр. 876-877, 883 - во Австро-Унгарија 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. Сепак погрешно би било да се тврди дека без легалната теорија на докажување тортурата не би се појавила, зашто пр. за таков систем е Кина; Види и Damaška, 1973, стр. 527 и Radić/ Vukušić, 2011, стр. 255-256, 259.

³³ Langbein, 1976, стр. 37-38, 52-53 - била заменета со служење на галии и работа во затворски установи, односно целта не била хуманизација на казната туку експлоатација на работната сила на затворениците. Инаку, затворите во средниот век биле наменети за да го задржат обвинетиот заради судење, а не за да го казнат, а првиот кривичен закон кој комплетно ја укинал смртната казна бил донесен во 1786 г. за подрачјето на Тоскана; Фуко, 2004, стр. 18, 77 - крајот на XVII век се забележува значајно намалување на крвните злосторства, во XVIII век под влијание на големите реформатори (Бекарија и др.) кои го наметнале ставот за поблаги казни, казнувањата се позачестени но губат во интензитет, а во XIX век се брише големата јавна претстава на физичко казнување, односно се избегнува јавното мачење на телото.

³⁴ Vasiljević, 1971, стр. 21; Бејатовић, 2010, стр. 76; Камбовски, 1998, стр. 278.

³⁵ Damaška, 2001, стр. 22; Damaška, 2013, стр. 178-179.

„...терминот ‘правична тортура’ за нас денес е оксиморон. Доцносредновековните, дури и раните модерни континентални правници, меѓутоа не мислеле така. Јазот меѓу нас и нив зјапа под нозете. Вистина 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 кои најмногу се заканувале на воспоставениот општествен поредок. Сnižувањето на доказните бариери како алтернатива за нив не доаѓала предвид, бидејќи тие бариери биле наметнати од високо почитувани авторитети. Она што се чинело вредно за труд било регулирање на употребата на тортурата на начин кој најмалку би го навредувал тогаш преовладувачкото сфаќање на правичноста...“.³⁶

Процесното право во теорија обмислено како некаков бедем кој требало да ги штити невините од жестокоста на материјалното казнено право, според суровоста во пракса со ништо не заостанувало зад него. Одговорот на прашањето зошто дошло до тоа може да се најде во тезата дека ниедно организирано општеството не може да опстане ако не ги гони сторителите на к.д., зашто ќе се претвори во анархија. Легалната доказната теорија во средновековното право е пример од подалечната историја што се случило кога општествата со добри намери сакајќи да ги заштитат обвинетите од судски грешки премногу ги засилиле процесните механизми кои требало да исклучат и најдалечна можност за такво нешто.

Тие механизми биле толку недостижни, што станале пречка сами за себе, а нереалните и невозможните барања на легалната теорија биле премостени со тортурата.³⁷ Барањето за двајца очевидци било тешко да се исполни, а не можело да се заобиколи, па така нашле начин да го прилагодат правилото за признание.³⁸ Дури и сведоците можеле да бидат ставени на поблаги степени тортура.³⁹ Што би се рекло, повеќе терор и нечовечност имало во спроведувањето на правото отколку при извршувањето на к.д. од обичните криминалци.⁴⁰

Немам намера да го бранам ни овој период, поентата е дека во постапките на тоа ниво на развиеност се користеле сите достапни средства и методи за докажување на к.д. Бидејќи овие биле скромни за откривање на вистината, не можеле да се откажат од таквите методи независно колку нечовечки изгледале, кога во секој случај не биле полоши од казната или анархијата што би завладеала ако не ги казнувале сторителите.

Колапсот на претераната правна заштита е очигледен, праксата 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 кои биле живи спалувани за фантастичните дела како што биле вештерството, волшебништво, ерес, општење со

³⁶ Damaška, 2013, стр. 179-180; Пример за таква бариера кај Маркоски, 2017, стр. 108 - „Според зборовите на двајца или тројца сведоци осудениот треба да умре: не смее да се погубува само на еден сведок“ (Петта Книга Мојсеева 17:6).

³⁷ Слично и Damaška, 2013, стр. 187; Bayer, 1969, стр. 108-109; Jackson/ Summers, 2012, стр. 60-61; Langbein, 1978b, стр. 4-5.

³⁸ Langbein, 1978b, стр. 4-5, 7 - инквизиторите го третираше признание извлечено под тортура како недоброволно, па оттука и неважечко, освен ако обвинетиот не го повтори без тортура на сослушување следниот ден. Честопати обвинетиот кој призна под тортура не сакал доброволно да го потврди своето признание. Потоа тортурата се повторувала и обвинетиот кој прво призна 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; Види и Bayer, 1969, стр. 110 - признание дадено под тортура се сметало дека не вреди, па, затоа по протек од 24 часа обвинетиот бил прашуван дали останува на него. Потврдниот одговор се третираше како доброволно признание, а негативниот основ за примена на нова тортура.

³⁹ Radić/ Vukušić, 2011, стр. 261, 269 - колеблив, затечен во лага или ако неповикан од судот сам се понудил да сведочи.

⁴⁰ Thaman, 2011, стр. 692.

демони и сл., зашто нема дилеми дека сите вакви имагинарни дела биле докажувани исклучиво преку тортура.⁴¹ Овде се гледа потфрлањето на процесното право, кое не може да попречи законодавецот да нормира вакви дела, но мора да биде во состојба да се избори што помалку невини да одговараат.

Многу неправда е сторена во името на Бог, доброто и правото, од оние кои замислувале дека се на страната на правдата.⁴² Значи желбата никој невин да не биде осуден ставила преголем товар врз грбот на инквизиторите кои морале да најдат полни докази за да може да осудат некого. Но, такви најчесто немало, а индициите за разлика од сега тогаш не биле доволни за осуда. Општеството не можело да си дозволи криминалците да останат неказнети, па затоа дефицитот на полни докази праксата го заменила со легална тортура која била законскиот пат за изрекување секаква осуда. Едноставно таква била законски пропишаната „правична“ постапка од тој период.

Така доаѓаме до заклучокот дека пресилно поставените гаранции довеле и дозволиле тортурата да пустоши цели 6 века на европско тло. 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,⁴³ што 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.

Црквата во тој период имала посебна кривична постапка за откривање и казнување на кривоклетство, ерес, волшебништво, апостазија, шизма која била различна од државната. Но, ни постапката на инквизицијата не гарантирала никакви процесни права за обвинетиот, со оглед дека тој не бил сметан за процесен субјект, туку само за објект на постапката. Оттука, илузорно е воопшто да се мисли дека во вакви постапки обвинетиот можел да бара некои докази да бидат издвоени поради начинот на кој биле прибавени. Тој бил објект на постапката и практично немал права во неа. А, да се бара

⁴¹ Болката и невините луѓе ги тера на лага (*Etiam innocentes cogit mentiri dolor*) - Publ. Syr. 146 кај Vilhar, 1991, стр.90.

⁴² Дури и средини со полиберални процесни правила, не биле имуни од осуди за фантастични дела, само што таму до смртната казна се доаѓало преку акузаторна постапка во која обвинетиот безмалку бил рамноправен со оној што го обвинувал. Пр. за тоа е осудата на Сократ во 399 г. пр. н. е. за „трите злосторства: не го признавал богот кој бил обожуван во Атина, промовирал ново божество и ги корумпирал младите“ - Касезе, 2009, стр. 353-354.

⁴³ Ова е легална (законска, позитивна) причина за исчезнување на тортурата. За идеолошки поглед, односно на социолошката причина која по сè изгледа била поводот зошто токму тогаш законодавствата решиле да ја забранат тортурата види Damaška, 1978, стр. 881 - како што одминуваше времето, процесот на скратување на феудалните привилегии од страна на апсолутистичката држава продолжија. Со понатамошното намалување на социјалните разлики во XVIII век, елитата се повеќе доаѓаше во контакт со инструментите дизајнирани за пониските класи. Шансите дека благородник може да биде фатен од инквизиторската машина веќе не беа занемарливи. Бидејќи тортурата требаше да стане процесно средство за сите, нејзината човечката цена драстично се зголеми. И горните слоеви можеа да се замислат како измачувани обвинети; Damaška, 2013, стр. 199-200 - 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. Не е оттаму 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 аларм на Француската револуција; Bayet, 1969, стр. 177, 184 - дури 99% од жртвите на прогоните биле најсиромашните, подјармени класи, а најмногу жените (бедни селанки, слугинки и претставничките на градската сиромаштија; Vasiljević, 1971, стр. 21 - променетите општествени и културни прилики, рационалната филозофија во Франција, ставањето на дневен ред прашањето за личните и политичките права на граѓаните, слободата на личноста и нејзините односи со државата битно придонеле во втората половина на XVIII век за да се смени јавното мислење во однос на инквизиторната постапка.

некои докази да бидат издвоени поради карактерот како биле прибавени првенствено е право кое бара почит и достоинствен однос кон човекот, верба и сфаќање за неговите права што тој ги има како личност (а не само за неговите обврски кон Бога и државата), нешто кое под влијание на либералните тенденции почнало да фаќа зародиш многу подоцна, кога оваа постапка била на смртна постела.

Примерот со легалната доказна теорија⁴⁴ и тортурата во инквизиторната постапка ни покажува дека патот до пеколот е поплочен со добри намери. Ќе видиме, слично потфрлување има и со поротниот систем во модерната англо-американска акузаторна постапка.

За волја на вистината и во овој период имало заложби од некои правници, како правното мислење на Фариначи од XVI век, за забрана на незаконито прибавените докази, пр. на признанието добиено со тортура за чија употреба не биле исполнети строгите законски услови, како и доказот произлезен од него (признанието на другиот осомничен за чија примена, индиција било незаконското признание од првиот).⁴⁵ Веројатно нивниот број приватно бил и поголем, зашто во тоа време сигурно не било едноставно да се оди спроти главните правни текови. Одбраната на имагинарните дела често можела да се смета како афирмација и да доведе до иста таква постапка и против оној што го бранел еретикот, шизматикот, слугата на Гаволот итн. Меѓутоа и да прифатиме дека биле побројни, тоа не значи дека во пракса како институција била прифатена ексклузијата на незаконито прибавените докази. Исто како што постоењето противници и на смртната казна не ни дава право да заклучиме дека таква казна не се применувала во средниот век. Напротив, и тоа како се применувала.

3. Сентиментална фаза - мешовита и акузаторна постапка

За разлика од легалната фаза каде вредноста на сите докази била однапред точно одредена во законот, во сентименталната судиите слободно ги оценувале сите докази според своето внатрешно уверување. Во Англија може да се каже дека никогаш немало инквизиторна постапка и легална фаза на вреднување на доказите. На Европскиот континент пак, оваа фаза станала реалност по Француската буржоаска револуција, прво во поротните судови воведени во Франција, а потоа во мешовитата постапка осмислена со Наполеоновиот процесен законик.

Во овој труд не ја третирам акузаторната постапка на првите робовладетелски општества Грција и Рим која се применувала и во раниот феудализам.⁴⁶ Неа несомнено ја дефинирале, дури и низ денешна призма, повеќе модерни начела, како почитувањето на човековите права до степен во кој биле познати во тоа време, распитувањето на обвинетиот било непознато (кое претрпело измени во подоцнежниот развој), гаранцијата на рамноправноста помеѓу странките, неутралност и пасивност на судот, постоење на лаички елементи (порота), строго почитување на јавноста, усноста, непосредноста, контрадикторноста и концентрираноста во постапувањето. Нема да биде

⁴⁴ Во Македонија се применувала сè до 1929 г. - Марина, 1979, стр. 215.

⁴⁵ Damaška, 1997, стр. 13-14; Слично и Damaška, 2013, стр. 182, 189-194.

⁴⁶ Нејзиното име потекнува од латинскиот збор *accusator* што во превод значи тужител, бидејќи во суштина поведувањето и водењето на постапката зависело од тужителот. Во неа имало две рамноправни странки (тужителот и обвинетиот), додека судот бил пасивен во текот на постапувањето, што е нејзината главна одлика. Одлуката кои факти ќе се изнесат и кои докази ќе се предложат била оставена на странките, обвинетиот имал право на молчење, додека судот во улога на пасивен посматрач имал функција да обезбеди постапката правилно да се спроведе. Таа имала карактер на спор, не се водела претходна постапка, на јавна расправа во која докажувањето целосно зависело од странките, судот немал право да предлага докази, ниту да ги испитува сведоците, туку по завршување на доказната постапка и завршните зборови ја носел одлуката во врска со предметното обвинение.

грешка ако се каже дека било прифатено многу од она што е потребно за во денешно време една постапка да биде правична. Меѓутоа недостатокот од аспект на нашата тема е што се применувала на ограничен број луѓе,⁴⁷ во императорскиот период тортурата била дозволена и спрема слободните граѓани⁴⁸ и не постоел институтот незаконитост на доказите.⁴⁹ Крајно кога зборуваме за модерната акузаторна постапка, најчесто не мислиме на постапката применувана во стара Грција или Рим, туку на онаа во Англија во поново време, зашто англиската била урнекот кој го раширил акузаторниот модел во common law државите, односно на база на кој континентална постапка од инквизиторна се трансформирала во мешовита.

3.1. Мешовита постапка

Оваа постапка се јавила по француската буржоаска револуција како обид да ги спои позитивните елементи на акузаторната и инквизиторната постапка „синтеза на две антитези“. ⁵⁰ Така од инквизиторната ја зела истрагата со посредноста, тајноста, неконтрадикторноста и брзината, а од акузаторната главниот претрес и многу негови елементи како што се непосредноста, контрадикторноста, јавноста, учеството на лаици.⁵¹ Во мешовитата, за разлика од инквизиторната постапка, целосно била прифатена идејата дека спрема обвинетиот не смее да се применува присила или закана како би се дошло до негов исказ.⁵²

Оваа постапка, до скоро време, актуелна во повеќето европски држави не ги негира човековите права, напротив многу од нив ги почитува.

Меѓутоа прв впечаток е дека ни во неа не би се појавил институтот незаконити докази, зашто прибавувањето на доказите е инквизиторниот дел од комбинацијата. Имено, истражувањето го врши судот кој по дефиниција е праведен орган и сосема непријатна изгледа помислата да се воведат можност со која странките ќе бараат издвојување на незаконито прибавени докази во ситуација кога прибавувањето било задача на судот.

„Понекогаш се вели дека правилата за исклучување во унитарните системи немаат смисла затоа што судиите мора да ги погледнат доказите за да утврдат дали не треба да ги видаат“.⁵³

Ако биле воведени тоа мора да било *ex lege* врз база на стриктна повреда на некоја одредба на процесен закон само заради заштита на законитоста на процесот, а не *ex iudicio* заради повреда на уставно гарантирано право на обвинетиот. Но, оваа хипотеза ќе ја провериме во компаративниот дел на трудот.

⁴⁷ Акузаторната постапка во робовладелскиот период се применувала само кон мажите кои имале граѓански статус, а робовите, жените и странците биле казнувани без судење - Матовски/ Лажетик-Бужаровска/ Калајчиев, 2009, стр. 23, Матовски, 2003, стр. 52 и Бејатовиќ, 2010, стр. 74; Впрочем во римската држава единствени лица со свои права биле *pater familias*, главите на семејството кои имале потполна, целосна и доживотна власт врз сопствената жена, деца, внуци, жените на своите деца, робовите, недвижниот и подвижен имот - Апасиев, 2014, стр. 16.

⁴⁸ Beljanski, 2001, стр. 80; Ѓуркова, 2010, стр. 62, 65, 69, 96, 102-103, 113.

⁴⁹ Освен ако не ги сметаме категориите лица кои немале право да се јават како сведоци во суд, како на пр. проститутките во Рим - Апасиев, 2014, стр. 284-285; Кај Ѓуркова, 2010 стр. 94-95, 102 - оваа листа е подолга. Имено сведоци не можеле да бидат обвинети или осудени за к.д., лица под 20 г. возраст, жени, магистратите, роднините на обвинетиот, деца против родителите и обратно, робовите против своите господари, адвокатот против својот клиент, а Јустинијан ќе ги прошири лицата кои не можат да сведочат по религиозна основа (Евреи, еретици и пагани).

⁵⁰ Манев, 2005, стр. 27.

⁵¹ Но, тоа не значи дека бил идентичен како во чистиот акузаторен модел, затоа што и овде има инквизиторни елементи каква што била активната улога на судот што во комбинација со судската истрага е посебен проблем од аспект на рамноправноста на странките во постапката.

⁵² Bayer, 1986, стр. 132.

⁵³ Mirjan R. Damaska, Evidence Law Adrift 47 (1997) кај Risinger, 2010, стр. 1350.

3.2. Англиска постапка од XIII до XIX век

Англиската постапка во средниот век била многу поразлична од таа што ја знаеме сега. Ако тортурата ставила печат врз инквизиторната постапка, тогаш главно обележје на акузаторната отсекогаш била поротата.⁵⁴

Модерниот поротен систем води потекло од англосаксонското право, но неговите зачетоци биле многу поразлични од тоа каков е неговиот лик сега. Со него се гарантира правото да се биде суден само од еднаквите на себеси, а прв пат порота среќаваме во чл. 39 од Големата повелба на слободата.⁵⁵

Постојат гледишта дека големата повелба не била документ на народната слобода, туку на феудалната реакција, донесена под притисок на благородништвото. Со неа тоа се изборило за правото да не му биде судено од кралските судии кое не биле рамни, еднакви на грофовите и бароните. Нејзината оригинална смисла најмалку била да гарантира нешто на сите Англичани, односно повелбата немала за цел да гарантира поротно судење на сите,⁵⁶ туку само „за слободните луѓе (односно за членови на аристократијата и средната класа и само за нив, спротивно од монасите и членовите на пониските класи)“.⁵⁷

Други ја споменуваат Големата повелба како документ „со кој е воведено начелото на владеење на правото кое подразбирало и барање за процесна еднаквост помеѓу поединците и државната власт“,⁵⁸ а „во суштина, таа процесна еднаквост значела еднаквост на оружјата помеѓу странките во постапката“.⁵⁹

Сметам дека ова е погрешно гледиште. Се настојува да се прикаже дека одредено право има историска позадина како начин да се објасни неговата важност, иако не е така. Тогаш обвинетиот немал право на бранител, право да ги испитува сведоците, право да даде завршен збор, па нејасно е како во такви услови може да има еднаквост на оружјата. Впрочем и тортурата имала историско „педигре“ или поточно кажано многувековна примена, но сите ќе се согласиме дека е омразена институција.

⁵⁴ Не дека во тогашна Англија немало тортура. Имало, последниот познат случај е од 1772 г., само што целта била поинаква. Ако во инквизиторната постапка тортурата имала цел обвинетиот да го признае делото, овдека се применувала немилосрдна тортура кон обвинетиот кој не сакал да се впушти во спор, имено да се изјасни виновен или невин. Многу обвинети по прво умираше под тортура, отколку да се впуштат во кривичната постапка во која можел да им биде конфискуван целиот имот на штета на нивното семејство - Вауер, 1988, стр.14; Слично Кгарас, 1995, стр.100 кој споменува дека по укинувањето во прво време до 1827 г. молчењето се сметало за признавање на вина и доведувало до осуда, а по овој датум за негирање после кое следело поротно судење; Слично Дамашка, 2013, стр. 186-187 - кој посочува дека тортурата се применувала во XVI и XVII век за откривање на соизвршителите на политичките и к.д. против државата. Додава, кога англиските судии би биле врзани со континенталниот докажен стандард (два беспрекорни сведоци и признание) веројатно тортурата ќе се применувала во останатите постапки, посебно што Англија не заостанувала по суровост во извршување на смртната казна.

⁵⁵ 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 тоа да го сторат, освен врз основа на законита пресуда, од нему еднаквите или од законот на земјата - Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 22-23; Кгарас, 1995, стр. 30 - посочува дека поротата во Англија настанала во XIII век; Поинаку Spenser, 2005б, стр. 146 - кој посочува дека тоа не била интенцијата на чл. 39 бидејќи кога била напишана големата повелба во 1215 г. сè уште немало порота во кривичните судења; Бејатовиќ, 2010, стр. 139 - пак посочува дека поротното судење во Англија било воведено во почетокот на VIII век.

⁵⁶ McIlwain, 1914, стр. 27-29, 42-44, 46, 51.

⁵⁷ Касезе, 2009, стр. 357.

⁵⁸ Zupančič, B. M., Kazneni postupak i njegove funkcije u državi izvornog liberalizma, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 2/1995, стр. 272 кај Bubalović, 2012, стр. 217.

⁵⁹ Trechsel, S., Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford University Press, 2006, стр. 82 кај Bubalović, 2012, стр. 217.

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, пр. во еден ден биле изнесувани неколку случаи, поротата ги слушала сите, на крај се повлекувала и носела одлуки за сите нив. Еднаш собрана кривичната порота можела да слушне докази за 6 или 7 неповрзани случаи пред да се повлече за да ги донесе одлуките во сите нив.⁶⁰

За поротници биле бирани луѓе кои биле информирани за настанот, а правилото да се бираат луѓе од соседството во кое било извршено делото подразбирало дека тие можеле да бидат и биле сведоци и поротници.⁶¹ Поротници се избирале неколку дена пред судењето, а тоа што биле лица од локалното население практично значело дека вообичаено тоа биле луѓе кои го познавале обвинетиот, неговото семејство и пријатели. Имено во феудализмот немало многу движење од едно место на друго, сторителот бил од локалната средина, а ретко странец.

Поротниците тогаш, за разлика од сега, не биле пасивни. Можеле да го истражуваат делото, да земаат изјави, да ги распрашуваат сведоците, да бараат да се повикаат сведоци и на крај да гласаат врз основа на личното истражување, а не само на база на она што го чуле во постапката пред судот.⁶²

Средновековната порота доаѓала на суд повеќе за да зборува отколку да слуша. Ваквиот систем на самоинформирани поротници почнал да исчезнува крајот на XV или почетокот на XVI век кога настанала трансформација на активната во пасивна порота, од група соседи и сведоци во група незаинтересирани лица кои немаат претходни сознанија за делото и даваат свој суд за вината врз основа на она што го слушнале во судот.⁶³ Според 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 која веќе била во распаѓање,⁶⁴ каква што ќе признаеме не постои по пропаста на феудализмот. И не само поротата, туку 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.⁶⁵ Дури и етиката на правната професија била поприлично

⁶⁰ Langbein, 1973, стр. 316; Langbein, 1974, стр. 445.

⁶¹ James B. Thayer, A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law, p. 90 and 91 (1898) kaj Langbein, 1973, стр. 314; Слично и Spencer, 2005a, стр. 8.

⁶² Frederick Pollock & F. W. Maitland, The History of English Law, v. 2, pp. 624-25 (2d ed., 1898) kaj Langbein, 1973, стр. 314 и Langbein, 1996, стр. 1170; Langbein, 1978a, стр. 288, 298-299; Damaška, 2013, стр. 184 - судењата не вклучувале изнесување докази пред носителите на одлуката: поротниците едноставно би дошле на суд да ја објават својата одлука, а патувачкиот кралски судија само би ја потврдил и би изрекол казна; Денес тоа би било забрането, види на пр. Kristiansen v. Norway, A. no 1176/10, 17.12.2015 во Билтен на ЕСЧП, Макавеј, 2016б, стр. 21-22 - присуство во поротата на поротник кој ја познавал жртвата и коментирал за нејзиниот карактер.

⁶³ Langbein, 1973, стр. 314-315, 317; Langbein, 1978a, стр. 299; Langbein, 1996, стр. 1170-1171; Damaška, 2013, стр. 185; Damaška, 2008a, стр. 31-32, 42 - во црквените судови уште во XII век биле раздвоени должностите за сведочење и пресудување.

⁶⁴ Langbein, 1973, стр. 315.

⁶⁵ Langbein, 1978a, стр. 285, 287, 295, 298 - 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. Пишува за

неразвиена. Имено, според праксата од XVII век секој судија примал подароци од обете странки, а почитта спрема нив ја покажувал така што не дозволувал тие да влијаат на неговата одлука.⁶⁶

Иако било сосема рутинска работа во граѓанските, присуството на адвокати во кривичните предмети почнало да се јавува по 1730 г. Забраната обвинетиот за к.д. да биде застапуван од адвокат прво еродирала во пракса, без квантитативен ефект до 1780 г., за конечно да биде укината од парламентот во 1836 г.⁶⁷

Доказното право сè уште било примитивно, не постоеле правила за докажување, обвинетиот дотогаш можел да се брани исклучиво сам во постапката, а судот кој единствено бил со правничко образование од сите вклучени во процесот имал доминантна улога и вообичаено ги испитувал сведоците, за во XIX век и тој да стане пасивен посматрач.⁶⁸ Како само очекувале да се брани кога освен што немал бранител, до XIX век немал ни копија од обвинението?! Жалбената постапка пак била рестриктивна дури и во почетокот на XX век.⁶⁹ А, кога го имал, бранителот сè до 1836 г. во редовните кривични предмети можел само да ги испитува сведоците, но не и да ги коментира доказите и дава завршен збор во кој би ги сумирал фактите.⁷⁰

Она што ние го знаеме како професионална полиција и јавен обвинител се појавиле дури во XIX век,⁷¹ до кога преодоминантно било приватното обвинување, имено постапката се водела по барање на оштетениот, кој бил должен сам да собира докази за да го докаже случајот.⁷²

случај од 1718 г. за бигамија во кој судот увидувајќи дека предложените докази не се доволни за осуда, го прекинал судењето, ги советува оштетените сопруги да обезбедат подобри, а за тоа време го задржал обвинетиот затворен; Langbein, 1996, стр. 1190, 1193 - посочува случај од 1678 г. во кој судот во два наврати не се сложил со одлуката на поротата да ослободи обвинет зашто тоа според него не било во согласност со доказите и успеал во третиот обид да обезбеди од нив осудителна пресуда.

⁶⁶ Расел, 1998, стр. 491-492.

⁶⁷ Langbein, 1978a, стр. 263, 272, 282, 307, 311-312; Langbein, 1996, стр. 1197, 1201; Langbein, 1994, стр. 1048, 1068; Spencer, 2005a, стр. 16, 18-19; За континентална Европа види кај Beljanski, 2001, стр. 91 - ни таму ситуацијата не била ништо подобра. Познатите оратори од античко и римско доба кои ги бранеле обвинетите пред форумот станале минато во периодот на царството. Во инквизиторната постапка немало делба на функциите, па со тоа ни бранител. Законот за кривична правда на Баварија од 1751 г. не дозволувал одбрана, а Законот за кривична правда на Марија Терезија од 1768 г. ја дозволувал само по исклучок. Она што во САД во 1791 г. го признал VI амандман, го овозможил францускиот устав од 1793 г. давајќи им право на обвинетите да имаат избрани или по службена должност именувани бранители.

⁶⁸ Langbein, 1978a, стр. 282-283, 285, 315; M. Cottu, On the Administration of Criminal Justice in England 88 (London 1822 transl.) кај Langbein, 1996, стр. 1198-1199; S.Landsman, The Rise of Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England, 75 Cornell Law Review, 1990, стр. 497 кај Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 23.

⁶⁹ Langbein, 1973, стр. 316-318; Langbein, 1974, стр. 445; Langbein, 1994, стр. 1047-1048, 1058; Langbein, 1996, стр. 1197; Damaška, 2013, стр. 186.

⁷⁰ Š. Kurtović, Opća povijest prava i države, II. knjiga: Novi vijek, 3. izd., Zagreb, 1994, стр. 70 во Krapac, 1995, стр. 53; Damaška, 2013, стр. 186; Langbein, 1978a, стр. 266-267, 309-313 и Langbein, 1994, стр. 1054, 1067-1068 (иако во политичките судења кои биле ретки тоа право го имал од 1696 г. и таму за разлика од т.н. обичен криминал, круната била застапувана од државен обвинител, а обвинетите имале право на стручна одбрана преку адвокат).

⁷¹ Langbein, 1974, стр. 444; Krapac, 1995, стр. 107-108; Spencer, 2005a, стр. 13-14; Perrodet, 2005b, стр. 415, 417; Исто и во САД каде сосема логично полициски служби прво почнале да се формираат во големите градови - Rosenthal, 2013, стр. 531-533.

⁷² Langbein, 1974, стр. 444; Langbein, 1978a, стр. 281-282; Langbein, 1994, стр. 1059-1061; Damaška, 2013, стр. 185-186; Alshuler, 1995, стр. 2654-2655; Langbein, 1973, стр. 317-318, 323 - не секогаш имало преживеани за да тужат, некогаш оштетените одбивале тоа да го направат, а други 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 истражни органи. Кога за сериозни к.д. немало приватни тужители или

Значи до појавата на адвокатите оштетените 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 општо познатото право на молчење.

Во периодот помеѓу 1670-1730 г. Лангбејн не забележал ниту еден единствен случај во кој обвинетиот одбил да зборува во судот или во кој се повикал на денес познатата привилегија против себеобвинување, па затоа овој период го нарекува „обвинетиот зборува“.⁷³

Во ситуација кога обвинетиот немал свој адвокат кој би зборувал во негово име, кој би приговарал, би ги распрашувал сведоците и би го сумирал доказниот материјал, за него погубно било да молчи и ништо да не каже. Кога другата страна обвинува и напаѓа, единствен начин за одбрана е и тој да зборува.

Затоа „фундаментална гаранција за обвинетиот во common law кривичната процедура не било правото да молчи, туку можноста да зборува“⁷⁴ и во многу случаи тоа било разликата помеѓу живот и смрт.⁷⁵ Меѓутоа колку и да сакал да се брани обвинетиот редовно држен во истражен затвор пред судењето, поради тоа често со влошено здравје, тешко се снаоѓал во јавната расправа која барала луцидност, интелигенција и висок степен на вербализација.⁷⁶

Што значи во овој период ситуацијата со обвинетиот во англиската постапка не била толку поволна како што би претпоставиле. Тој бил затворен до одлуката на поротата, не можел да подготвува своја одбрана, до денот на судењето не знаел зошто бил обвинет, немал бранител, ни право да молчи.

Префинетите правни идеи, каква што е исклучувањето на незаконитите докази, биле или непознати во англиската постапка за време на ancien régime или одбивани од common law судовите.⁷⁷

Општата неправичност која ја красела англиската постапка придонела судовите, без да постои писмен закон кој би ги обврзувал како што бил случајот со политичките дела и во редовните постапки да почнат да прифаќаат адвокати застапници. Погоре видовме, тие од XIX век станале редовна појава во кривичната постапка.

Бранителите пледирајќи и борејќи сè за обвинетите, почнале со тек на време да обезбедуваат сè повеќе процесни права за нив. Едни од нив се правото на молчење и

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 (не неутрален истражувач како истражниот судија во континенталните системи). Тој главно бил пасивен пред поротниот суд, но, во некои предмети го застапувал обвинението, ги испитувал сведоците и обвинетиот, а можел да даде исказ за сето она што го открил во истрагата. Неговото сведочење обично имало голем ефект врз поротниците. Признанијата кои тој рутински ги обезбедувал биле основ за одлука во голем дел неоспорени случаи. Овој судија постоел сè до периодот кога биле формирани полициските служби кои ги презеле истражните надлежности.

⁷³ Langbein, 1978a, стр. 283; Langbein, 1994, стр. 1049, 1055.

⁷⁴ Langbein, 1994, стр. 1047.

⁷⁵ Поротата во тоа време преку супсумирање на делото имала влијание и врз казната, пр. ако некогосудела за полесна кражба судот не можел да определи смртна туку парична казна. Тој ако не зборувал практично се откажувал од својата одбрана. Правото да молчи буквално значело право да изврши самоубиство - Langbein, 1994, стр. 1063-1064, 1084; Слично Langbein, 1976, стр. 54.

⁷⁶ Кгарас, 1995, стр. 101 додава, иако товарот на докажување бил на страната на тој што обвинува, во пракса ако неговите докази создале минимум веродостојност во очите на судот, товарот преминувал на обвинетиот од кого судот очекувал да ја докаже невиноста.

⁷⁷ Damaška, 2013, стр. 201.

привилегијата против себеобвинување кои според Лангбејн се производ на акузаторната постапка од крајот на XVIII, а поверојатно од почетокот на XIX век.⁷⁸

Со учество на адвокатите постапката постапно се менувала. Веројатно логичен предуслов за појава на специјални, сложени доказни правила, а со нив и на посебни доказни забрани било станувањето на постапката стручна како резултат на активното учество на адвокатите и опасноста сега веќе пасивната порота да потпадне под влијание на сугестивни, предубедувачки докази.

Оттаму, првите доказни забрани биле во функција на материјалната правда и обезбедување на исправноста на одлуката, ефектуирани преку гаранција на правото на молчење и привилегијата против самоинкриминација и со ограничување на прејудицирачките докази како што биле сведоците по слушање (доказ по слушање е секоја изјава за фактите освен онаа која сведокот, по сопствено знаење, ја дава во текот на усното сведочење).

Според Крапац темелите на привилегијата биле поставени во праксата на судовите во втората половина на XVIII век кои во прво време давале негативни коментари пред поротата во однос на претсудските признанија за кои сметале дека се добиени со лажни ветувања, закани и сила, за потоа да почнат да ги издвојуваат признанијата добиени од обвинет под заклетва (како присилни) или ако обвинителот дошол до нив на етички сомнителен начин.⁷⁹

Зошто дури во XVIII век? Поротните судови не ја образлагаат својата одлука поради што не може да знае точната причината за неа, па според Лангбејн причината за појавата на првите ексклузивски правила е да се филтрираат информациите кои ќе стигнат до поротата, односно да спречат несигурни и прејудицирачки информации (информации за поранешни осуди и докази по слушање) да ја заведат поротата во погрешен правец. Пред тоа на судијата му стоеле на располагање поефикасни, побрзи и посигурни механизми преку кои можел да се справи со непослушната порота. Опции за контрола на поротата биле праксата заедно со неа да го разгледува случајот, до 1670 г. можел парично да ја казни поротата која истрајувала на одлуката да го ослободи обвинетиот спротивно на гледиштето на судијата, односно можел од истата причина да ја распушти и да нареди ново судење пред друга порота.⁸⁰

Можеме да заклучиме дека процесната правда сфатена во денешна смисла на зборот, во common law системите од тоа време, сè уште не била ни во зародиш.

Процесните правила, заедно со поротата англиските колонисти ги пренеле во американскиот систем.⁸¹ Таа уште од самата појава била замислена како безбедносен механизам, гаранција за обвинетиот од сеприсутната и сеокна држава, главна кочница на државната и судската моќ.⁸² Државата преку конгресот ги носи законите, а преку

⁷⁸ Langbein, 1978a, стр. 266, 284; Alschuler, 1995, стр. 2655-2656, 2660, 2667; Langbein, 1994, стр. 1047-1048, 1054-1055, 1061, 1065-1066, 1069-1071, 1083-1085 - крајот на XVIII век се појавил и стандардот надвор од разумно сомневање заедно со обврската тој што обвинува да го докаже делото. Ова природно довело до праксата бранителите да ги „замолчуваат“ обвинетите и да бараат тужителот да понуди други докази со кои ќе го докаже делото.

⁷⁹ Кгарас, 1995, стр. 104.

⁸⁰ Langbein, 1978a, стр. 273, 289, 301-303, 306; Langbein, 1981, стр. 218; Langbein, 1996, стр. 1172, 1187, 1189-1190, 1195; Така било тогаш, а сега во Англија со Законот за граѓански докази од 1995 г. целосно е укината забраната за докази по слушање во граѓанските постапки, додека Законот за кривична правда од 2003 г. ја ограничил и за кривичните судења - Allen, 2011, стр. 63 или Spencer, 2005c, стр. 617-618 – кој посочува автори што нашле 14, односно 40 исклучоци од правилото.

⁸¹ Лажетик-Бужаровска/ Калајциев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 35.

⁸² „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“ - Tokvil, O demokraciji u Americi, S.Karlovcic/ Titograd, 1990, 234 кај Калајциев, 2004, стр. 286.

Владата ги спроведува. Судството треба да ги штити човековите слободи и права, но историјата ни покажала дека не било секогаш така. Судската власт пречесто застанувала на иста страна и се ставала во функција на државната власт. Тоа е сомничавоста за која пишува Токвил, тоа е тој безбедносен механизам кој треба да спречи против граѓаните да се применат штетни закони донесени во нивно име.

Затоа, по изборената независност поротата била вградена во Уставот на САД⁸³ или како што пишува Амар била замислена во срцето на Повелбата за правата.⁸⁴ За разлика од неа, спогодувањето не постои во Уставот, ниту се применувало по правилата на common law. Поротата има историска вредност и значење, а спогодувањето не, а за тоа каков е сега резултатот сега, убаво сročил Лангбејн:

„...Практиките што толку го одолговлекуваат 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 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 промени во процесното право и појава на спогодувањето за вина како резултат на правото на јавниот обвинител да не обвинува“.⁸⁵

Поротниот систем, ако се има во вид бројот на обвинетите кои реално го ползуваат повеќе е декор на хартија, отколку вистинска пракса.

Анализите покажуваат дека повеќе од 90% од кривичните случаи во САД завршуваат со спогодба, наместо со судење пред порота,⁸⁶ а состојбата не е поразлична ни во Англија.⁸⁷ Што значи она што било замислено да го штити обвинетиот од семејната власт, а тоа се граѓаните поротници, во стварност е фикција за над 90% обвинети.

⁸³ Член III Оддел 2: „Судењето за сите к.д., освен во случаите на отповикување се врши со учество на порота...“; VI амандман: „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 к.д....“.

⁸⁴ Amar, 1991, стр. 1183.

⁸⁵ Langbein, 1974, стр. 445-446.

⁸⁶ Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 53, 275; Alschuler, 1995, стр. 2637; Kirkpatrick, 1998, стр. 365; Tulkens, 2005, стр. 662; Langbein 1992, стр. 121; Damaška, 1973, стр. 552; Škulić, 2012, стр. 29, 42, 89; Мисоски/ Илиќ Димоски, Новите европски тенденции за признанието, стр. 11; Cicchini, 2010, стр. 471 (цитира извор според кој 95% од федералните обвиненија завршуваат со спогодби за вина); Strauss, 2007, стр. 1033 (исто над 95%); Бужаровска/ Карнавац/ Ре, 2010, стр. 36, 55 (посочуваат 90-95%); Kamisar, 2012, стр. 1036 - се повикува на Missouri v. Frye, 566 U.S. 134 (2012) во кој судот потсети дека американскиот систем во најголем дел почива на признанија, а не на судења, зашто 97% од федералните осуди и 94% од државните осуди се резултат на спогодби и признанија на вина; Thaman, 2011, стр. 697 – не повеќе од 5 % од оние што се всушност осудени имаат судење што резултира со утврдување на вистината врз основа на целосна палета на due process права; LaFave/ Israel, 1992, стр. 26 - од случаите што дошле до суд 5-15% стигаат до судење (другите завршуваат со спогодба), а 5% од нив завршуваат со откажување на обвинителството најчесто поради усвоено барање за издвојување клучен доказ.

⁸⁷ Spencer, 2005a, стр. 18-19 - судењата пред порота се статистички исклучок (само 1 до 2% од сите случаи), додека останатите завршуваат со спогодби за вина или ги судат магистрати; Salas, 2005, стр. 501 пишува за 1 до 2 %; Виџак, 1995, стр. 39-42 - околу 90% од предметите во магистратските судови, а 60% во крнските судови завршуваат со признание на вина, што е основ за ублажување на санкцијата. Според некои анализи еден ден судење со порота чини околу 7500 фунти, што е главна причина за да се стимулира признанието на вина или судењето без порота; Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 75 - 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; Langbein, 1996, стр. 1168 - поротното судење во граѓанските постапки целосно е напуштено во Англија.

Ризикот од брзите постапки во кои до осуда се доаѓа без примена на процедуралните гаранции е неминовен.⁸⁸

Повторно *confessio est regina probationum*, само што ја нема тортурата на ancien régime. Своевиден парадокс е тоа што појавата на поротата каква што ја знаеме денес, а која требало да 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 правично судење во пракса, туку да бидат осудувани како на производна лента со помош на институтот спогодување.

Ако сега поголем број обвинети одат на судење поротниот систем во САД ќе се парализира.⁸⁹ Ако колабира правниот систем, ако тој не е во состојба да ги гони сторителите на к.д. општеството ќе западне во анархија.

Имаме слична ситуација како со легалната теорија и тортурата, па и тука слично како и таму, праксата нашла начин како да ги заобиколи силните, а можеби нереални гаранции. Наместо уставно гарантираното право на судење пред порота, повеќе од 90% обвинети добиваат пресуда без никакво судење.⁹⁰ Немало спогодување за вина во кривичните случаи во XVIII век.⁹¹ Во првите декади на XVIII век поротните судови разрешувале помеѓу 12 и 20 кривични предмети дневно. Постапката била сумарна, брза и ефикасна и во 1790-тите кога Американците ја конституционализирале англиската кривична постапка.⁹² Во времето на основачите немало полиција во денешна смисла на зборот. Доказите пред суд генерално биле вербални, а ако некогаш се вршеле претреси, тие не биле со цел обезбедување докази, туку заради враќање на украдена стока.⁹³ Тоа било главната причина зошто тогаш секој можел да добие судење пред порота.

Сега на хартија Уставот им гарантира на сите поротно судење и правичен процес (*due process*), а го добиваат малку. Секому му се гарантира правична, судска и адверсијарна постапка која Херберт Пакер ја нарекува *due process* модел, а праксата за

⁸⁸ Пример во Швајцарија каде над 90 % (според некои поконзервативни истражувања над 76%) од случаите завршуваат со казни наложени, при што е утврдено дека 67% од утврдените потфрлања на правдата помеѓу 1995-2004 г. се токму од вакви постапки - Macula, 2019, стр. 23.

⁸⁹ Слично Damaška, 1973, стр. 551.

⁹⁰ Langbein, 1978b, стр. 9 - спогодбата за вина е несудска постапка за обвинување и осудување на лица обвинети за сериозен криминал. Ако барате во американскиот Устав овластување за спогодување за вина, нема да најдете. Наместо тоа, ќе најдете во Повелбата за правата спротивна гаранција, гаранција на судење. VI 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 к.д. се по спогодба. Оваа несудска постапка стана редовна постапка во американското право; Langbein, 1992, стр. 119-120 - 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 од Повелбата на правата успешна приказна. 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.

⁹¹ John M. Beattie, *Crime and the courts in England: 1660-1800*, at 336-37 (1986); *see id.* at 446-47 kaj Langbein, 1992, стр. 120.

⁹² Langbein, 1978b, стр. 10; Langbein, 1981, стр. 216-217.

⁹³ Srinivas, 2012, стр. 26-27.

повеќето создала административна линија за брза осуда или crime control административен, управен модел кој може да се спореди со подвижна производна лента.⁹⁴ Тој вели:

„Она денес што го имаме е ситуација во која кривичниот процес како што всушност функционира во поголемиот дел од случаите веројатно приближно е диктиран од Crime control моделот. Кривичниот процес во реалниот свет има тенденција да биде далеку повеќе административен и менаџерски отколку адверсијарен и судски“.⁹⁵

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

Познавајќи го ваквото искуство со пресилните заштитни процесни механизми, како што се барањето полн доказ (probatio plena) во инквизиторната или поротата во акузаторната постапка, треба да се погрижиме да не ги направиме истите грешки со ексклузијата на доказите. Зашто ништо не би направиле ако законски пропишеме нешто кое никој нема да сака да го примени, туку треба она што реално може да ги обезбеди законитоста и правичноста на постапката. Вака гледано, можеби е природна реакцијата на македонските судови кои со начинот на толкување по 2017 г. ја ограничија во пракса пресилната законска норма за ексклузија на доказите. Но, за тоа натаму во трудот.

Засега доволно е ова што го видовме понапред, дека до XVI 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 к.д. одел на судење.⁹⁶ Спогодувањето за вина се развило во САД дури во XX век.⁹⁷

Но, станувајќи стручна постапката како резултат на активното учество на адвокатите од една и опасноста поротата да потпадне под влијание на сугестивни докази од друга страна, било логичен предуслов за појава на специјални доказни правила, а со нив и на посебни доказни забрани.

Значи првата причина за појава на доказните забрани е заштита на точноста во постапката, вистинитоста во утврдувањето на фактичката состојба, поради опасноста поротата да потпадне под влијание на докази кај кои доказната вредност е помала од нивниот штетен ефект.

Како кратко резиме од овој дел, може да заклучиме дека периодите на примитивна, религиозна или легална фаза, можеби интересни за проучување од правен, социолошки и историски аспект не се значајни за нашиот труд. Имено тогаш не можело да стане збор за издвојување на докази кои биле прибавени на незаконит начин. Од денешна гледна точка најголем дел од таквите начини на докажување би биле оценети како варварски, примитивни, незаконити, но како што кажав друго е гледиштето сега, а друго било тогаш. Оттука овие три фази не биле плодна почва за појава на институтот незаконити докази, исто како што добро тло не била ни инквизиторната постапка.

Сентименталната фаза и акузаторната постапка сами по себе очигледно немале доволно сила да го создадат овој институт. Имено зародиш на овие две појави имало во демократските грчки полиси и во стариот Рим во републиканската фаза, а постоеле во

⁹⁴ Packer, 1964, стр. 11; Packer, 1967, стр. 239.

⁹⁵ Packer, 1967, стр. 239.

⁹⁶ Langbein, 1978a, стр. 315.

⁹⁷ Langbein, 1978b, стр. 8.

Англија во XVIII век и мал период во Франција во тоа време, но ни тогаш, ни тогаш не постоел институт незаконити докази, туку напротив дури и тортурата била прифатена (иако за волја на вистината во помала мера отколку во инквизиторната постапка).

Значи сентименталната фаза и акузаторната постапка биле битни нишки во развојот на овој институт, но сè уште нешто недостигало. Што било тоа?

Акузаторната постапка денес е карактеристична за Англија, САД и земјите под нивно влијание како Канада, Австралија, потоа Италија и др. Но, да не заборавиме дека не била отсекогаш таква, бидејќи видовме дека и таму некои од денес вообичаените права, како обвинетиот да презентира докази, да биде застапуван од бранител биле воведени по средината на XVIII век, но и тогаш бранителот немал право да присуствува на судењата за тешките к.д., обвинетиот немал копија од обвинението, бранителот немал право да ги коментира доказите или да расправа за предметот, туку само да ги сослушува сведоците.⁹⁸

Ако бранителот немал право да ги коментира доказите или немал право ни да присуствува на судењата за тешките к.д. тогаш кој би можел да приговара за начинот како некои докази се прибавени. Обвинетиот во минатото често бил неук, а уште почесто нестручен во правните работи, па не е веројатна идејата дека сам, во отсуство на адвокат како негов правен советник би бил во состојба да приговара на незаконитост на доказите.

Дури и во тие предмети во кои имал адвокат, фактот што овој не можел да ги коментира доказите природно не носи кон заклучокот дека во XVIII век не постоел институт незаконити докази. „Англија ја презела водечката улога во развојот на процесните механизми кои се грижат за интересите на обвинетиот дури во либералната клима на XIX век“.⁹⁹

Откако бранителот се изборил за правото да ги коментира доказите, во прво време во однос на нивната релевантност и веродостојност, веројатно почнал да се раѓа нуклеусот на овој институт.

Од историските записи не сме прочитале дека се случила некаква револуција во правата на обвинетиот и одбраната, за да претпоставиме дека во ист момент и одеднаш одбраната стекнала многу права кои ги немала порано. Сигурно добивањето на нови права одело постапно, по еволутивен пат. Односно кога одбраната макотрпно ќе се изборела за едно право и откога тоа ќе се востановело во редовната пракса пред судот, реално е да претпоставиме дека започнувала борбата за ново.

Логички можеме да заклучиме дека институтот незаконити докази се јавил во сентименталната фаза на докажување, во акузаторната постапка, најрано во XIX век кога се етаблирало правото на бранител за секој обвинет. Не веднаш, туку тогаш кога адвокатите бранители кои бездруго се клучен услов за законита и правична постапка, се избориле за такво нешто. Подоцна овој институт се појавил и во мешовитата постапка.

Дали се јавил баш во XIX или можеби во XX век ќе утврдиме натаму во овој труд кога ќе ја анализираме странската судска пракса за незаконитите докази. Но, причините сметам дека се тие. Ако се појавил дури во XX век тоа би значело дека освен овие три нешта, 1) одлучување по сопствено убедување, 2) адверсијарен карактер на постапката и 3) адвокат како бранител, нужен бил уште некој четврт елемент кој дефинитивно помогнал во востанувањето на овој институт. Ако пак се појавил во XIX век, тогаш ова се трите столба кои го крепат институтот незаконити докази.

Секако интересен е првичниот заклучок до кој дојде трудот досега и кој ќе мора дополнително да се провери, дека појавата на доказните забрани во акузаторната постапка и во континенталната мешовита постапка биле резултат на потполно различни

⁹⁸ Калајдиев, 2004, стр. 100; Дамашка, 2013, стр. 185-186.

⁹⁹ Дамашка, 2013, стр. 201.

причини, кај првата за да се осигури точноста во утврдување на фактичката состојба од страна на поротата, а кај втората заради повреда на посебна процесна норма која исклучувањето го предвидува како своја санкција.

Правилата за допуштеност на доказите карактеристични за англо-американската постапка скоро да биле непознати во казненото процесно право на континенталните земји во периодот до втората половина на XX век.¹⁰⁰ Појавата на ексклузивните правила во континенталните системи била мотивирана од грижата потрагата по вистината да се води на општествено прифатлив начин.¹⁰¹

4. Поим и видови докази

Цел на докажувањето е утврдување на сите релевантни факти за кривично-правниот настан. Па, ако доаѓањето до вистината е саканата дестинација, тогаш доказите се патот кој води кон неа. Тие се елементите на мозаикот со чие правилно распоредување се открива целосната и правилна слика од која судот стекнува убедување за вистинитоста на некој факт.

Доказите се „кривично-правно релевантни информации содржани во луѓето и предметите, кои се добиени на процесно пропишан начин и со употреба на процесно предвидени средства“.¹⁰² Вистината пак е складност на исказот за нештото со објективната стварност за нештото, к.д. е извршено онака како што е, знаеме ние за тоа или не, имаме ли ние правилна, адекватна слика, погрешна или никаква. Погрешното или вистинитото не лежат во самите ствари,¹⁰³ туку погрешен или точен може да биде само нашиот суд за стварите.

Доказите се извори на сознание за фактите што се утврдуваат во кривичната постапка.¹⁰⁴ Содржат два елемента 1) доказна основа (probatio, argumentum) кој е претходно утврден факт врз чија основа се заклучува за вистинитоста на друг факт што е предмет на докажувањето и 2) доказни средства (media probandi, instrumentum) - извори од кои се добиваат податоци и се дознаваат факти кои прераснуваат во доказна основа за други важни факти.¹⁰⁵

Доказни средства се сведоците, вештаците, материјалните докази (исправи, документи, предмети, електронски докази и сл.), обвинетиот и увидот,¹⁰⁶ а доказна основа е сè она што како информација го добиваме од нив. Така ако сведокот е изворот, она што тој го зборува при процесот на сведочење, т.е. содржината на исказот е доказната основа или доказната информација, ако документот е изворот, тоа што е напишано е некаков факт или информација од која носиме заклучоци за нови факти. Кај вештачењето објектите на вештачење се носителите, изворите на информации, а наодот и мислењето доказната основа, информацијата која се користи во постапката.

Постојат повеќе поделби на доказите какви што се 1) директни и индиректни (индиции) во зависност од тоа дали од нив се утврдуваат правно-релевантни или споредни факти, 2) оригинерни и изведени гледано според изворот од кој се добива

¹⁰⁰ Крапас, 2012b, стр. 20.

¹⁰¹ Damaška, 1995, стр. 348.

¹⁰² Водинелиќ, 1985, стр. 1111.

¹⁰³ Водинелиќ, 1985, стр. 1143.

¹⁰⁴ Bayer, 1986, стр. 15.

¹⁰⁵ Матовски, 2003, стр. 259-260; Матовски/ Лажетиќ-Бужаровска/ Калајџиев, 2009, стр. 190; Слично Vasiljević, 1971, стр. 292.

¹⁰⁶ Bayer, 1986, стр. 15-16 не смета дека увидот е посебен вид доказ, бидејќи според него доказите се дефинираат како извори од кои некој стекнува уверување дали постои или не некаков факт кој тој самиот не може да го утврди со сопствените сетила.

доказот, како пр. сведок очевиден и сведок по слушање, 3) обвинителни и оправдувачки во смисла дали го потврдуваат обвинението или тезите на одбраната.¹⁰⁷

Горниве поделби кои ги застапува теоријата не се значајни за нашиот труд.¹⁰⁸ За нас битна е поделбата на доказите на вербални и материјални, од едноставна и практична причина што доказното право прави разлика во третманот и прифатливоста на овие докази гледано од аспект на начинот на нивното прибавување. Оваа поделба ги дели доказите во зависност од тоа кој е носителот на информациите, човекот или некој предмет. Така на една страна се вербалните докази (сведоци, вештаци, сообвинети и обвинет) од кои судот добива сознанија по устен пат, а на друга сите останати предмети (исправи, документи, материјални и биолошки траги, технички снимки, електронски докази и сл.) од кои информациите се добиваат по писмен пат, со преглед, претрес, увид, вештачење, читање и сл. Не треба да прави забуна тоа што и луѓето често се предмет на преглед, увид или претрес, зашто тогаш отсуствува вербалниот елемент.¹⁰⁹

Кога се во прашање доказите само накратко ќе споменам уште два битни елементи, без непотребно да го обременувам текстот на овој труд, бидејќи станува збор за работи кои секој правник ги знае. Еден од нив е предметот на докажување (*thema probandi*), а тоа се сите правно релевантни факти од материјален и процесен аспект кои судот треба да ги утврди за да може да донесе правилна одлука и кои главно зависат од предметното к.д. Вториот е товарот на докажување (*onus probandi*) или прашањето кој треба да ги предложи доказите за утврдување на правно-релевантните факти. Тука треба да направиме разлика помеѓу товарот во предлагање на доказите со кои се докажува постоењето на предметното к.д. и неговиот сторител, од товарот кога се оспорува законитоста во начинот и методите на прибавување на доказите. Ако кај првото обврската е на страната на оној што тужи, во второто товарот вообичаено се дели помеѓу двете страни.

5. Општо за незаконитите докази

За незаконитите докази битни се пет групи прашања и тоа: 1) што се влегува во овој поим, 2) дали има разлика кога доказот е вербален или материјален, 3) кој е должен да ги обезбеди доказите, 4) кој решава дали доказот е незаконит и 5) санкцијата за незаконитоста. Овде ќе ги изложам сумарно, бидејќи исцрпно ќе бидат анализирани натаму во трудот.

5.1. Поим на незаконити докази

Основното кое мора уште на почетокот да го предочи овој труд е што се спаѓа во синтагмата незаконити докази, зашто од тоа зависи неговиот опфат. Ова прашање на компаративен план е решено различно, но можеме да заклучиме дека во неа влегуваат најмногу три групи докази и тоа: 1) докази прибавени со повреда на правилата на

¹⁰⁷ Марина, 1979, стр. 220-224; Матовски, 2003, стр. 272-275; Матовски/ Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев, 2009, стр. 193-194; Сламков, 2009, стр. 60-61.

¹⁰⁸ Бејатовиќ, 2010, стр. 291-292 освен претходните споменува и 1) потполни или непотполни во зависност од тоа дали доказот целосно ја потврдува вистинитоста на спорниот факт, 2) лични и материјални (стварни) докази во зависност од тоа дали извор на сознание е човекот како свесно битие или исправите, предметите и стварите и 3) дозволени и недозволени докази заради начинот на прибавување; Вербалните докази уште се именуваат како субјективни, а материјалните како објективни докази - Delibašić/ Mikić/ Marinkov/ Orović, 2019, стр. 52.

¹⁰⁹ Пр. дактилоскопијата е преглед на врвовите на прстите. Ако треба да се утврди дали во косата, ушната шуплина, устата, анусот, половите органи се наоѓаат туѓи предмети тој преглед на човечкото тело треба да се смета за претрес. Ако треба да се утврдат својствата и изгледот на одредени делови од телото, тој преглед претставува увид - Водинелиќ, 1985, стр. 877.

процесното право заради што процесните норми како последица *expressis verbis* забрануваат нивна употреба во постапката за докажување на одреден факт, 2) докази прибавени со кршење на правата утврдени со Устав, закон и меѓународни договори и 3) докази кои произлегуваат од незаконитите докази (плодови на отровно дрво).

Третманот кој порано го имала кај нас првата наспроти другите две групи докази, можеме да го споредиме со поделбата помеѓу правилата и начелата.

Правилата мора строго да се почитуваат, а начелата треба да се имаат предвид при постапувањето и одлучувањето, но нивното непочитување не води кон ништовност на преземеното дејствие, прибавениот доказ или донесената одлука.¹¹⁰

Но, од последната декада на XX век па наваму, повредата на некои човекови права попримила безусловен карактер и се смета кршење на *jus cogens* нормите на меѓународното право.

5.1.1. Докази прибавени со повреда на процесните норми

Во компаративниот дел на трудот ќе видиме дека процесните закони дефинираат во кои случаи повредата на процесното правило резултира со незаконитост на доказот и нужно бара негово издвојување.

Нашиот ЗКП, на пр. познава 16 вакви случаи (*infra* глава VIII.9).

Во овие случаи законодавецот е тој кој ја дефинира незаконитоста и санкцијата за неа. Судот нема овластување сам да утврдува дали повредата е од таков карактер што бара исклучување на доказот. Тој само треба да испита дали повредата на која укажал законодавецот е сторена или не е, за во случај да е да го издвои доказот како незаконит. Овие се *ex lege* незаконити докази.

Во нив влегуваат докази кои се незаконити поради карактерот на доказното средство и кои никогаш не би биле законити (испитување со употреба на сила, наркоанализа, хипноза). Тука спаѓаат и доказите кои ако се почитувале правилата на процесното право ќе можеле да се употребат во постапката (испитување без дадени поуки). Што значи испитувањето на обвинетиот, сведоците или вештите лица не се *per se* незаконити процесни дејствија, напротив тие се главните докази што се употребуваат во судските постапки. Меѓутоа ако странките при прибавувањето или судот при изведувањето сторат пропуст тогаш она што можело законски да се употреби како доказ добива третман на незаконит кој мора да се отстрани.

Освен претходните, според процесните правила во одредени случаи може да се издвојат докази кои законито биле прибавени, пр. изјава на привилегиран сведок, кој отпосле се повикал на привилегијата да не сведочи.

5.1.2. Докази прибавени со кршење на правата утврдени со Устав, закон и меѓународни договори

Ова е втората група незаконити докази. Тука незаконитоста не е во карактерот на доказот, ниту во повреда на некое процесно правило.

Овде незаконитоста е во тоа што органот кој го прибавил доказот тоа го сторил со повреда на правата кои Уставот, законите или меѓународните договори им ги признаваат на правните и физичките лица. Кај овој вид повреди законот најчесто остава на дискреција на судот, откако ќе испита какво право е повредено, тежината на повредата, релевантноста на прибавениот доказ, к.д. што се истражува и сл., балансирајќи спротивставени интереси да оцени дали спорниот начин на прибавување на доказот него го прави незаконит или не. Ова главно се *ex iudicio* незаконити докази.

¹¹⁰ Бужаровска-Лажетик, Новата улога на судот, стр. 8.

Пишувам главно зашто веќе прифатен стандард е ексклузија на доказите прибавени со повреда на забраната за мачење. Значи и тука има повреда на гарантирано право, само што карактерот на повредата е таков што не се дава простор за слободна оценка на судот, туку изјавата прибавена со повредата на забраната за мачење претставува *ex lege* незаконит доказ.

5.1.3. Докази кои произлегуваат од незаконити докази

Овие докази сами по себе се законити докази. Но, поради претходна повреда сторена во обезбедувањето на доказот која е во директна каузална врска со чинот на прибавувањето добиваат третман на незаконити. Пр. за ова би биле доказите најдени во нечиј дом во кој бил извршен незаконит претрес. Основната повреда е незаконското влегување во туѓиот дом и противзаконското вршење претрес. Правото кое се повредува е правото на неповредливост на домот како сегмент од правото на приватност. Предметите кои така се најдени се плод на незаконскиот претрес, односно на повредата на правото. Отровното дрво е незаконскиот претрес, а најдените предмети плодот од тоа отровно дрво. Оние држави кои го санкционираат овој трет вид незаконити докази нив ги исклучуваат. Тие кои не го познаваат ги прифаќаат како законити. Исто е и со незаконско испитување на некое лице. Ако не се прифаќа оваа теорија тогаш само записникот од таквото испитување се издвојува како незаконски, но онаму каде се прифаќа доказите за кои се дознало од незаконското испитување добиваат третман на незаконити и се издвојуваат од судските списи.

5.2. Вербален или материјален незаконит доказ

Од компаративната анализа која трудот ја прави во глави IV, V, VI, VII и VIII може да се заклучи дека повреда на законот при прибавување на вербалните различно се третира од повредата сторена во обезбедување на материјалните докази. Бидејќи понатаму ќе биде апсолвирано ова прашање, овде не би се задржал премногу, само би укажал дека основната причина за таквиот однос е различното влијание кое го има повредата кај овие два типа докази. Се смета дека кај вербалните за разлика од материјалните докази, повредата на правилата за прибавување може да влијае врз веродостојноста или точноста на прибавените информации. Така на пр. употребената сила при испитување може да доведе до неточно признание, но при претрес (кршење врати, мебел и сл.) не ќе направи разлика по однос на одземениот предмет (пр. наркотично средство, огнено или ладно оружје, пари и сл.) чија супстанца останува иста. Со оглед да нивните својства не зависат од начинот како претресот е извршен, повредата на правилата за претрес не влијае врз квалитетот на материјалните докази и информациите што би се добиле од нив.

Оттука издвојувањето на материјалните докази ретко кога се врши поради проблем со веродостојноста на доказот, туку во оние држави кои го практикуваат тоа се прави заради отстранување на индиректните последици од незаконитоста (дисциплинирање на органите на прогонот, зачувување на интегритетот на судството и сл.). Проблемот е повреденото материјално или процесно право, но причината за издвојување не е материјалната правда, туку процесната или функционалната кривична правда и фактот што пропустот ги доведува под знак прашање законитоста и правичноста на постапката.

За разлика од нив, повредата ги прави вербалните докази проблематични од епистемолошка гледна точка (исказ од лице добиен со принуда, измама, во заблуда, со ветување погодности и сл.). Секако тука постои и незаконитост зашто органот за прогон не ги почитувал правилата за законито прибавување на исказот, но поголем е дефектот

што не може да бидеме сигурни во веродостојноста, искреноста на дадениот исказ. Што значи, кај вербалните проблемот со доказот е по два основи, но примарен е тоа што не може да биде сигурен основ за правилна одлука во материјално правна смисла, односно проблемот повеќе се перципира преку материјалната кривична правда.

5.3. Кој е должен да ги обезбеди доказите

Во светот постојат две начела од кои зависи кој треба да ги обезбеди доказите за утврдување на фактичката состојба. Тое се акузаторното и истражното начело и во суштина од нив зависи кој ја има реалната контрола врз текот на постапката. Судот секогаш е тој кој на крај одлучува, но одлуките се носат на база на докази и не е исто дали странките се тие кои ќе го снабдат со докази или тој може самиот да ги обезбеди.

Според акузаторното начело прибавувањето, предлагањето и изведувањето на доказите е обврска на странките во постапката.¹¹¹ Тие се докази на обвинението или одбраната кои со нив слободно располагаат, во смисла може да ги дадат во судот, односно да ги повлечат од предметот.¹¹² Ако обвинителството успее надвор од разумно сомневање да го докаже случајот ќе победи во спорот со одбраната, но ако не успее судот мора да донесе ослободителна пресуда бидејќи тој сам не смее да ја доистражи работата и да испита дали има уште некој доказ со кој подобро би се расветлил спорниот настан.¹¹³

Според истражното начело обврска на судот е да дојде до целосната вистина за настанот. Обвинителството има обврска само да го започне случајот, во смисла да поднесе барање за истрага и обвинение. Но, откако ќе го донесе случајот пред суд, судот е тој на кого паѓа товарот целосно и правилно да ја утврди фактичката состојба. Странките имаат право да предлагаат докази, но штом ги предложиле тие стануваат докази на судот. Ова значи дека не можат да ги повлечат или со други зборови дури и да сакаат да се откажат од некој докажен предлог, судот може *sua sponte* да одлучи да го изведе доказот кој странката по прво би го занемарила. Тој *proprío muti* може да изведе и доказ кој ниту една од странките не го предложила, пр. ако некој сведок спомене друго лице кое може да даде битни информации за предметот што се расправа пред судот, овој има право самоиницијативно да го повика и тоа лице. Во државите во кои постапката е уредена согласно истражното начело вообичаено има едно вештачење, вештите лица се стручни помошници на судот, а не на странките како што е тоа во првите држави каде вештаците се ангажирани од странките и се стручни лица кои помагаат на теоријата на случајот на онаа која нив ги ангажирала.

Во првите повисокиот суд не може да ја укине пресудата кога фактичката состојба не е целосно утврдена, зашто целосното утврдување на состојбата не била обврска на судот. Тој имал обврска само од предложените и изведени докази неа правилно да ја утврди. Ако така утврдената состојба не го поткрепува обвинението надвор од разумно сомневање судот е должен да донесе ослободителна пресуда. За разлика од нив, во

¹¹¹ Доказите со кои државата ќе го докажува случајот на суд ги прибираат полициските служби или обвинителството. Притоа независно кој ги собира, должност е со сите нив да се запознае и одбраната, зашто во спротивно ќе се направи груба повреда на правилата на постапката. Ова значи дека ако полицијата или обвинителството дознаат за некој доказ што може да ѝ користи на одбраната должни се да ѝ го откријат без оглед дали ќе го користат во постапката или не. Од друга страна и одбраната има право, не и обврска, да води своја истрага во рамките на која ќе прибира докази со кои ќе ја изложи својата теорија на случај. Доказите кои ќе ги открие во некои држави мора, а во некои не мора да ги открие на обвинителството.

¹¹² И за повлекувањето има разлики од држава во држава, но тоа не е предмет на трудот.

¹¹³ *Da mihi factum dabo tibi jus* (дај ми факт, ќе ти речам што е право) е римски правен афоризам кој го изразува правилото дека само странките располагаат со фактите, а судот е овластен за нив да даде правна квалификација - Манев, 2005, стр. 153.

вторите жалбениот суд може да ја укине пресудата и поради нецелосно утврдена фактичка состојба, зашто обврска на судот била неа целосно да ја истражи.

Природно е да се очекува дека ексклузијата на доказите поголема примена ќе најде во државите во кои е прифатен акузаторниот принцип отколку во другите. Тоа го прави уште позначајно нејзиното проучување, бидејќи во последно време тенденција е напуштање на кривичната постапка заснована на истражното начело, за сметка на таа базирана на акузаторниот принцип.

5.4. Кој решава дали доказот е незаконит

Во минатото постоеле два главни системи гледано од аспект на тоа од каде судот ги црпи овластувањата да создава право во секој кривичен предмет. Тоа биле системот на обичајното право (common law) и континенталниот систем (roman continental law). Според првиот судот е тој кој го создава правото преку судски прецеденти, во смисла правното становиште на судот изнесено во поранешен случај и основните принципи со кои бил решен некој проблем се применуваат на сите идни слични случаи (без оглед дали појдовната точка на судот при решавање на предметот бил законот, обичајот или судската пракса).¹¹⁴ Во вториот систем легислативата ги носи законите, таа го создава правото, а судот е тој кој треба да го применува така како што е дадено. Вообичаено како држави на common law традицијата се сметале Англија, САД, Канада, Австралија и сл., додека припадници на континенталната школа се генерално сите други држави во Европа, Јужна Америка, Кина, Јапонија и сл.

Но, факт е дека во денешно време нема чисти правни системи. Па, така може да се каже дека за нашиот предмет на интерес, многу битни процесни одредби веќе законски се регулирани и во Англија која била извозник на common law традицијата, додека од друга страна влијанието на меѓународните судови како што е ЕСЧП ги вовело прецедентите и во државите како Германија и Франција кои своевремено беа местата од каде сите останати црпеле идеи за изградба на своите континентални законски проекти.

Судот е тој што секогаш со своја одлука го издвојува доказот. Но, не секојпат е оној кој вистински одлучува. Законодавецот во многу ситуации го задржал правото за себе да каже кој доказ е незаконит. Таму судот треба само да провери дали незаконитоста што ја потенцирал законот постои во дадениот случај или не. Ако постои мора да го издвои доказот, што значи нема слобода во одлучувањето, зашто каква треба да биде одлуката определил законодавецот. Затоа може да констатираме постои блискост на институтот *ex lege* незаконити докази со легалната теорија за доказите. Во сите други случаи во кои судот сам е овластен да реши дали конкретната повреда е таква што бара ексклузија на доказот станува збор за *ex iudicio* незаконити докази. Кај овие некаква повреда на процесното, а најчесто на материјалното право мора да има. Но, дали таа е од таков карактер и размер што изискува издвојување цени судот, а не законодавецот.

5.5. Санкција за незаконитоста

Ќе видиме подолу во трудот, споредбеното право познава неколку санкции за незаконитостите сторени при прибавувањето на доказите.

Најтешката е нивното издвојување, анулирање, како тие да не постојат. Спорниот доказ не може да се користи како информациска база за донесување на пресудата.

¹¹⁴ Прецедентите се делат на авторитативни (меродавни) кои се обврзувачки и мора да се следат и убедувачки кои не мора да се следат. Притоа обврзувачки е само делот од одлуката што го одразува правното мислење (*ratio decidendi*) и тоа ако е донесена од највисокиот суд или барем од истиот суд во претходен случај - University of Oxford, A Dictionary of Law Fifth Edition, Oxford University Press, 2001, стр. 374 кај Караманди, 2013, стр. 48.

Состојбата дополнително ја усложнува доктрината ‘плодови од отровно дрво’ која ги прави ништовни не само изворните незаконити докази, туку и законитите кои се добиени врз база на првите.

Во државите различно е решено ова прашање. Има такви кои го прифатиле само институтот незаконити докази и други кои покрај него ја познаваат и теоријата плодови од отровно дрво. Има држави кај кои како санкција за незаконитоста е предвидено исклучувањето на доказите. Има такви кои не ги издвојуваат доказите, но бараат во посебна постапка (кривична, прекршочна, дисциплинска или граѓанска) да одговара лицето кое ја направило таквата незаконитост. Некаде наместо него, а некаде покрај него одговорен за надоместување на штета сторена со повреда на нечие лично или материјално право е и органот во кој работи тоа лице.

Може да се каже дека кога станува збор за незаконитите докази нема едно, туку многу различни можности и решенија.

ГЛАВА II СУДИР НА СПРОТИВСТАВЕНИ КОНЦЕПЦИИ

Уште во воведот посочив кој е основниот принцип на кривичната постапка, па оттука најдобра ќе биде онаа што ќе овозможи сите виновни сторители да бидат казнети, а невините ослободени. Или ниеден виновен да не остане неказнет, но и ниеден невин да не биде осуден.

Такво нешто досега немало, секогаш ќе има по некој виновен што нема да оди во затвор и некој невин што ќе влезе таму. Така доаѓаме до проблемот како да ја одбереме најдобрата постапка и што треба таа да содржи во себе? Притоа не смееме заборавиме дека кривичното право и кривичната постапка се огледало на состојбите во едно општество.

„Законот е сведок... на нашиот морален живот. Неговата историја е историја на моралниот развој на човештвото“,¹¹⁵ а „уредувањето на кривичната постапка на една држава во одредена историска епоха е условено од ставот на државата кон личните права на нејзините граѓани“.¹¹⁶

Социјална средина во која најголем акцент се става на човекот како личност, индивидуата со своите права и потреби, природно ќе тежнее кон постапка која ќе ја штити единката од сеприсутната државна моќ, па дури и ако тоа значи по некој виновен да остане на слобода. И обратно онаму каде што тежиштето е на државата, заштитата на јавната безбедност, јавните добра и интереси, ќе се преферира постапка која ќе ги штити тие државни интереси и во остварување на таквата цел оправдано ќе биде некој невин да заврши во затвор, ако тоа е цената да бидат казнети сите виновници. За овие две крајности пишува Херберт Пакер,¹¹⁷ а на просторот на поранешна Југославија Владимир Баер.¹¹⁸

Но, за што всушност тука се работи?

1. Авторитативен модел v. либерален модел на постапка

Казненото право и кривичната постапка се сферата каде најмногу доаѓа до израз судирот помеѓу двете тенденции во правото, едната за ефикасно откривање и гонење на криминалот и другата која бара заштита на човековите права.¹¹⁹

Несомнено таква тензија постоела отсекогаш, но прашањето е како се разрешувала. Криминалот отсекогаш постоел и веројатно ќе постои додека постои слободниот човек, човекот кој има слобода на избор.

Но, што ако и државата е слободна во изборот помеѓу горните две крајности. Таа мора да направи сè што е во нејзина моќ да го сузбие криминалот. Во crime control моделот ефикасноста е пред сè.¹²⁰

¹¹⁵ Holmes, 1897, стр. 2.

¹¹⁶ Bayer, Vladimir, 1997: Kazneno procesno pravo - odabrana poglavja, knjiga I, Uvod u teoriju kaznenog procesnog prava, priredio Prof. D-r Davor Krapac, II neizmijenjeno izdanje, MUP Republike Hrvatske, Zagreb кај Матовски, 2003, стр.49; Матовски/ Лажетиќ-Бужаровска/ Калаџиќев, 2009, стр. 20.

¹¹⁷ Ако се анализираат трудовите на Пакер за судирот помеѓу omnipresence држава во која сè е ставено на страната на борбата со криминалот (crime control) и либералната каде главниот интерес е да се заштити индивидуата преку механизми со кои се гарантираат нејзините права наспроти огромната државна моќ (due process), може да се каже дека застанал на страната на вторава.

¹¹⁸ Bayer, 1967, стр. 365-366; Bayer, 1988, стр. 12-13, 15, 18-19.

¹¹⁹ Матовски, 2003, стр. 48; Крајер/ Фриман/ Робинсон/ Вилмсхерст, 2010, стр. 77.

¹²⁰ За овој модел повеќе види кај Packer, 1964, стр. 9-13, 31-32. Битна е ефикасноста и успешноста. Овој модел мора да обезбеди висок степен на апсења и осуди. За таа цел постапката треба да е брза (неформална и униформна), конечна, бирократска и рутинска, без судски церемонии и можности за приговори, фактите да се утврдуваат низ полициско испитување веднаш по апсењето (без да се информира семејството или

Ако преферира по секоја цена да го казни сторителот нормално дека ќе ја засили моќта на органите кои се должни да ги откријат и гонат сторителите. Освен што ќе ги имаат сите потребни средства и ресурси за да ја реализираат таквата цел (финансиски, технички и човечки), ќе имаат поголема слобода во избор на методите кои ќе ги употребуваат во откривањето на криминалниот акт, доволно време и можности да го „скршат“ криминалецот кому би му биле ограничени можностите да ја оспорува или попречува со некакви свои права таквата легитимна државна цел. Сепак треба да се заштити општеството и останатите од неподобните.

Ваквата држава ќе може да ги користи сите докази до кои дошла истражувајќи го к.д. Битно ќе е тие да бидат релевантни, со нив да може да се утврди вистината. Нема да е важно како се прибавени, може да се добиени со кражба, измама, недозволен претрес или прислушување, зашто сè додека помагаат точно да се утврди фактичката состојба, дозволено ќе биде да се употребат. Начинот како е прибавен доказот не влијае врз неговата доказна сила. Ако објективно го претставува настанот треба да се користи во постапката, ако не е битен треба да се отфрли. Подобро е да се користи и незаконит доказ, отколку виновникот да избегне одговорност. Во ваков тип на држава незаконит може да биде само епистемолошки проблематичен доказ. Ако целта на постапката е да се утврди вистината, тогаш фер би била таа постапка која ќе води до вистината. Ако е праведно виновниот да биде осуден, а невиниот ослободен, методот на прибавување на доказот ќе е небитен сè додека тој од спознајна гледна точка е значаен.

Споредбениот дел подолу во овој труд ќе покаже дека ваква (crime control) држава која ги прифаќа практично сите видови незаконити докази нема, иако верно е да признаеме дека постојат модерни постапки што имаат нејзини значителни белези.

Практично, парадоксот на модерните постапки е што обвинетиот може да се откаже од вистината, може да се откаже и од правичната постапка, но не и од сумарна постапка која мора да ја има дури и во crime control државите.¹²¹

бранител кој би го советувал да молчи), а спрема секој осомничен чија вина не е исклучена при првото испитување да постои пресумпција на вина (во смисла на очекуван исход).

¹²¹ Начелото на материјална вистина како да го загубило место на тронот и е заменето со тоа за правична постапка. Имено, судот во многуте правни системи повеќе нема обврска сам да трага по вистината, туку одлучува во границите на она што му е сервирано од странките. Порано ни признанието само по себе не било доволно за осуда, туку се проверувало во последователна доказна постапка. Сега од многумина се потенцира дека е битно постапката на која се надоврзува одлуката да биде правична и во неа да се почитуваат минималните гаранции што една ваква постапка треба да ги има. Но, тоа не е крајот. Како што ни вистината не е обврска по која судот сега мора да трага, така ни овие т.н. минимални гаранции не се минимумот кој мора да се почитува. Ако ги видиме кои се ќе заклучиме дека повеќето се права на обвинетиот, а не некоја должност која секогаш мора да се исполни. Дури и правичната постапка се гледа како на право од кое обвинетиот може да се откаже. Значи може да се откаже од вистината, може да се отстапи од правичната постапка, иако не може да оди дотаму и да се откаже од самата постапка. Брзите постапки какви што се пресудите на база на спогодби или казнените налози се токму таков тип постапки кај кои изостануваат некои од минималните гаранции на правичната постапка, а отсутствува и целосното утврдување на фактичката состојба. Пр., обвинетиот може да склучи валидна спогодба и да добие осуда дури и ако не бил навремено и детално информиран за делата за кои се товари и за доказите против него, ако немал доволно време и можности за подготвување на својата одбрана, ако не добил увид во списите, ако не бил запознаен со доказите против него и во негова корист, без да ја изнесе својата одбрана, без да добие можност да се изјасни за фактите и доказите што го товарат и да ги изнесе сите факти и докази што му одат во прилог, без да ги испита сведоците против него или да му се обезбеди присуство и испитување на сведоците во негова корист под исти услови. Кај казниот налог прв писмен документ што го добива е пресудата со која е осуден, а со спогодбата за вина сам се откажува од сите овие гаранции, кои ако се гледаат како минимум кој постапката треба да го има, подразбира дека се откажува токму од она што се смета за правична постапка.

Иако исправноста на одлуката во материјална смисла е битна, таа е само една состојка на праведноста, која би била прескапо платена ако за неа ги жртвуваме правичноста на постапката, слободите и правата кои преку пресудата во крајна линија сакаме и да ги заштитиме.

Ако на една страна е моделот кој судирот помеѓу двете тенденции го решава во полза на кривичниот прогон, целосно спротивен би бил оној модел кој приоритет им дава на човековите слободи и права над јавниот интерес за гонење.¹²² Што ќе рече, на другата страна би била државата која многу држи до правата на луѓето. Луѓето имаат секакви права, граѓански, политички, економски, социјални итн. Правата се свети нешта и не може органите на прогонот туку така да ги ограничуваат. Луѓето имаат слобода на мисла и јавно изразување на мислата, што значи само од нив ќе зависи дали сакаат или не да зборуваат пред органите на прогонот, тие имаат право на приватност и од нив би зависело дали органите ќе може да ја нарушат таа приватност или не, тие имаат право на неповредливост на домот, сопственоста е света и исклучиво од нив ќе зависи дали некој ќе може таквото право да им го наруши и да влезе во нивниот дом за да проверува, претресува и сл. Овдека државата не би имала право да ги користи доказите кои ги добила со кршење на некое од тие гарантирани права. Тие може да бидат релевантни, да може со нив точно да се открие што се случило во минатото, но начинот како било дојдено до нив ќе претставува непремостлива пречка. Можеби без нив виновникот никогаш не ќе биде осуден, но државата мора да се санкционира за начинот како дошла до конкретниот доказ.

Споредбениот дел подолу во овој труд ќе покаже дека ваква (due process) држава која ги одбива практично сите незаконити докази исто така нема, но постојат постапки што имаат нејзини значителни белези.

Овие крајно антагонизирани модели прв во своите дела ги разви Херберт Пакер со идеја да ги отслика двата спротивставени вредносни системи, односно двата екстреми на казнена постапка.¹²³ Бидејќи ниту се идеални ниту одговараат на реалноста биле предмет на остра критика, но како практични во предвидувањето на трендовите на движење на постапките се користат од многумина.¹²⁴

И навистина се работи за две крајности, зашто ако едната подразбира државата да може да прави што сака, другата оди до крајност таа тешко да може да го докаже кривичниот настан. Првата крајност подразбира опресивна власт, а втората анархично општество без никаква власт која не може да ги натера сторителите да одговараат за своите недела.¹²⁵

¹²² За due process моделот повеќе види кај Packer, 1964, стр. 13-18, 21-22, 34. Го гледа како патека со пречки. Неговата конечна цел не е спротивна со таа на crime control моделот, зашто и за него социјално пожелно е да се сузбие криминалот. Меѓутоа патот по кој треба да се направи тоа има многу препреки, бидејќи негов стремеж е превенција и елиминација на можните грешки. Осомничениот промптно мора да биде изведен пред суд кој ќе ја испита законитоста на апсењето, да биде поучен за своите права на молчење и стручна правна помош.

¹²³ Packer, 1964, стр. 5. Треба да бидеме фер и да укажеме дека тој ги користи овие два модела за поедноставено да ги исцрта противречностите кои се јавуваат во примената на кривичното право. Тој не ги гледа овие модели како добар и лош, или како она што е, споредено со тоа што треба да биде, туку „претставуваат обид за апстрахирање два одделни вредносни системи кои се натпреваруваат за внимание при функционирањето на кривичниот процес“.

¹²⁴ Калајциев, 2004, стр. 143. За нив и за критиките кон нив види на стр. 143-151.

¹²⁵ Првиот модел тежиштето го става на полициската постапка со широки овластувања на полицијата во откривањето на сторителите, занемарување на човековите слободи и права и сумарна, поедноставена судска постапка. Кај вториот ситуацијата е обратна. Па, не случајно првиот е брз, случаите би се завршувале како на лента, но со поголема можност за погрешни осуди за разлика од вториот кој заради опструкциите би бил поспор, но и би обезбедувал многу процесни права и би гарантирал посигурни

За првиот модел би било прифатливо издвојување на докази како изнудено признание зашто тоа уште повеќе ќе ја унапреди веродостојноста на постапката, но не и кога тоа се прави само заради повреди на процедурите и заштита на интегритетот на казненото правосудство. И обратно вториот модел принципиелно инсистира на почитување на процедурите на коишто им дава предност дури и во однос на веродостојноста во оценувањето на фактите и се залага за издвојување секогаш кога доказите се прибавени со повреда на правните прописи.¹²⁶

Затоа мојот став е дека треба да ги отфрлиме двете крајности и да избереме модел кој би можел да го реши судирот без некакво апстрактно фаворизирање, но со уважување на темелните вредности на кои почива нашиот уставен поредок.¹²⁷

Historia est mater studiorum. На првата крајност историјата многупати веќе била сведок, а дали човештвото научило нешто од тоа е сосема друга работа. Инквизиторската постапка во која човекот немал никаква заштита, полициските држави како Советскиот Сојуз за време на Сталин, Германија на Хитлер, Италија со Мусолини на власт, Шпанија на Франко, Португалија на Салазар, Грција за време на воената хунта, Јужна Африка со апартхејдот и сите јужноамерикански диктатури во втората половина на XX век се повеќе од доволни да заклучиме дека сеприсутна и семокна држава на *crime control* е лош избор.¹²⁸ За ваков модел добро е што имаме вистински, реални примери кои ни доловуваат што се случувало кога државата ја имала сета моќ во свои раце, а граѓанинот ништо. Тука не зависиме од процени, претпоставки, субјективни гледања, за некој да

одлуки. Недостатокот на првиот е што понекој невин ќе биде осуден, на вториот што понекој виновен ќе биде ослободен, и во двата во поголема мера отколку што е тоа во една урамнотежена постапка.

¹²⁶ Калајџиев, 2004, стр. 145-146; Слично и Packer, 1964, стр. 18, 25, 28 - по кој за *crime control* моделот соодветна санкција за полицискиот службеник кој ја сторил повредата е дисциплинска од наредените, откаж, надомест на штета, но никога отфрлање на обвинението или издвојување на доказите, зашто последниве му носат корист на криминалецот без да влијаат на однесувањето на полицаецот кој погрешил. И обратно, *due process* моделот ја гледа ексклузијата како соодветна санкција која ќе ја намали зачестеноста на незаконските практики и ќе спречи нивна судска легализација.

¹²⁷ Слично и во *Nardone et al. v. United States*, 308 U.S. 340 (1939) - секое барање за издвојување на докази логично релевантни во кривичното гонење е тешко хендикепирано. Тоа мора да биде оправдано со надмоќна јавна политика изразена во Уставот или законот на земјата. Во проблем каков што е сега пред нас, мора да се усогласат два спротивставени интереси: од една страна, строгото спроведување на кривичниот закон; од друга, заштита на тоа царство на приватност оставено слободно со Уставот и законите, но способно да се повреди или преку ревност или преку дизајн. Во согласност со двете овие грижи, мора да се даде значење на она што Конгресот го напишал, дури и ако не на експлицитен јазик, за да се ефектуира политиката што Конгресот ја формулирал.

¹²⁸ Колку бил несигурен животот во вакви држави покажува фактот што „за време на Сталиновата власт, од 8 министри за внатрешни работи, 6 биле стрелани“ - Zekavica, 2006, стр. 822; Ваквите држави се пример дека иако мачењето било отстрането од кривичните постапки до почетокот на XIX век, тоа не паднало во заборава. Напротив во XX век се обновило со повторна употреба на суровите телесни форми за изнуда на признанија, но и се ревитализирало преку посуптилни методи со злоупотреба на достигнувањата на биологијата, хемијата, фармакологијата, медицината, психологијата, психијатријата и сл. да овозможи кон што подлабока пенетрација во психата на жртвата, но со потешко воочливи и докажливи последици. И како тоа да не е само по себе фрапантно, шокантно делува информацијата на Амнести Интернешнл и Асошиетед Прес, дека во текот на 1999 г. биле регистрирани случаи на мачење, нечовечко и понижувачко однесување во 132 држави, што би делувало неверојатно ако, како што пишува Вековиќ, најразвиените држави индустриски произведуваат и извезуваат средства за мачење, а владата на САД во 1995 г. одобрила извоз на стеги за кршење прсти, окови, лудачки кошули и други справи специјално дизајнирани за мачење - Veković, 2005, стр. 979-980; Ахуја и Тут посочуваат извештај за техниките на испрашување на ЦИА применувани поединечно или во комбинација барем во 2004 г. кои вклучуваат присилна гологија, лишување од сон, манипулација со исхраната, шамарање, превиткување, стегане, засидување (стојење пред лажен сид и удирање), полевање со вода, стрес позиции, стојење на прсти пред сид и затворање во тесно - Background Paper on CIA's Combined Use of Interrogation Techniques, Cent. Intelligence Agency (Dec. 30, 2004), кај Ahuja/ Tutt, 2012, стр. 223.

тврди дека не може да постојат дистопии како „1984“ на Орвел или „Ние“ на Замјатин. Да, такви имало, тие се случиле во толкав број што нерационално би било да не помислиме дека и во иднина не може да се повтори истото ако државата ја има сета моќ, независно што можеби таа би ѝ била дадена за добри цели како што се заштитата на јавната безбедност, мирот итн.

„Дај му на човек власт па ќе видиш каков е“ и „власта расипува, апсолутната власт расипува апсолутно“, не се само литерарен израз. Очигледно неконтролираната моќ создава полициски диктатури, за што доволен доказ е честата злоупотреба на кривичното право во историјата за неправни цели. Така доаѓаме до заклучокот дека мора да има вистинска, а не само формална контрола на државниот прогон. Ако во средниот век тортурата била главен метод на докажување криминал, во полициските држави такви средства станале незаконските претреси, апсења и држења *incommunicado*, мачењето и изнудата на искази, додека сега тоа се п.и.м.

Подолу од компаративниот дел ќе видиме дека безмалку во сите цивилизирани западни демократии до 70-те години на XX век полицијата практично несанкционирано употребувала архаични и модерни методи на тортура, нечовечко и нехумано однесување заради обезбедување признание.

„Популизмот, полицијата и обвинителствата ги подложуваат судовите ширум светот на притисок да ги занемарат фундаменталните заштитни мерки на кривичната постапка. Понекогаш барањата се легитимно засновани на практични тешкотии, но ова не е доволно добра причина да се занемари заштитата на правата на обвинетиот, кои се одлучувачки за едно праведно судење и праведно правосудство“.¹²⁹

Секое време има свои методи за борба со криминалот и секое време смета дека неговите се најдобри, иако историјата многупати нè подучила на нешто друго. Од сето претходно напишано заклучокот сам се наметнува. Исклучување незаконити докази *per se* (поради самите себе и она што се) или исклучување докази поради методот како се добиени (а кои инаку би биле дозволени) мора да има. Оттука вистинското прашање не е дали треба да постои институтот незаконити докази, туку каде, за што и во колкава мера треба да се применува.

Битна е мерата, зашто ако секоја грешка во прибавувањето, колку и да е мала таа, може да го направи доказот неупотреблив ќе не воведе во другата крајност, во анархија и сеопшто непочитување на правилата и прописите што исто може да го доведе во ризик човековиот живот, приватност, здравје и имот.

Гледаме што се случува во држави како Авганистан, Либија, Сирија, Ирак каде што владее општ хаос после граѓанските војни или воените судири. А, не треба ни да ги занемариме примерите од нашето соседство,¹³⁰ од демократските и либерални држави,¹³¹ или неколкумесечните насилни протести во Франција во 2023 г.

¹²⁹ Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, (Joint partly dissenting and partly concurring opinion of Judges Sajó and Karakaş).

¹³⁰ Naxhia v. Albania, A. no. 29861/03, 8.10.2013, § 7 - кога во 1997 г. Албанија претрпе целосен распад на институционалните структури, како резултат на колапсот на голем број 'пирамидални шеми', па беа ограбени складиштата со оружје, се урна јавниот ред, а земјата неколку месеци беше потопена во анархија и хаос.

¹³¹ „Како млад тинејџер во гордо мирољубивата Канада во текот на романтичните 1960-ти години навистина верував во анархизмот на Бакуњин. Со смеа го отфрлав тврдењето на моите родители дека кога владата би си го положила оружјето, би настанал сеопшт хаос. Нашите меѓусебно спротивставени тврдења беа ставени на проверка на 17.10.1969 г. во 8 часот кога полицијата во Монреал стапи во штрајк. До 11 часот и 30 минути веќе беше ограбена првата банка. До пладнето беа затворени повеќето продавници во центарот поради масовното пљачкосување. Неколку часа подоцна, таксистите ја запалија гаражата на една служба за изнајмување лимузини што им беше конкурент за патниците до аеродромот и назад, еден снајперист од врвот на една зграда застрелал окружен полициски службеник, учесниците во јавните нереди упаднаа во неколку хотели и ресторани, а еден лекар закла провалник што се обидуваше да влезе во неговата кука во предградието. До крајот на тој ден беа ограбени шест банки, беа пљачкосани и

Ако државата не е способна да ги казнува криминалците или ако не може кога би вовеле огради за сè и сешто, таа не би можела ни да ја исполни целта на своето постоење, безбеден живот на сопствените граѓани.¹³²

Според теориите на општествениот договор луѓето ја создале државата за да ја зачуваат мирната природна состојба (Лок) или да се спасат од воинствената природна состојба (Хобс).¹³³ Како и да е, ѝ пренеле одредени овластувања и моќ, само со една единствена цел - да ги штити нивните животи, сопственост, слободи и права од сите оние кои се спремни да посегнат по нив. Ако државата не е способна да го заштити јавниот поредок ќе експлодира во анархија и незаконитост, па никој нема да биде сигурен за себе, својот живот, здравје, имот.¹³⁴

Значи не може да има ни неограничено исклучување на докази. Не смее поради тривијални причини да се одбива употреба на релевантни докази. Зашто колку и да е минималистички настроена државата, да не сака да се меша во човековите односи, таа сепак мора да го штити општествениот поредок и да воспостави легислативна и институционална рамка во која би се одвивале тие односи. Оттука анархијата не е решение.

Социјално непожелно е да се осудуваат невини. Општествено штетно е и да се ослободуваат виновни. Но, тоа е цената што луѓето како социјални суштества ја плаќаат за да живеат во заедница со другите. Ако нештото не може да се спречи, а реално нема правен систем во кој невини не одат во затвор или виновни не се на слобода, тогаш што е најдобро. Секако дека најдобар ќе е оној закон, онаа постапка и она општество кое ќе ги сведе на минимум овие непосакувани можности. Но, дали тие две имаат иста тежина на вагата, зашто на крајот на краиштата мора да се определиме што е побитно, да има по некој виновен повеќе на слобода за да се заштитат невините од погрешни осуди, или да има по некој невин во затвор за да нема виновни на слобода.

Ова е првенствено прашање на принцип и ако треба да се приклонам кон некое гледиште го прифаќам следново како основна водилка што треба да се има пред себе при размислувањето за карактерот на кривичната постапка и проблемот со незаконски прибавените докази.

„Ако виновникот се извлече, законот едноставно не успеал; а осудата на еден невин човек го создава злото што требаше да се елиминира и ја уништува сигурноста што требаше да се зачува“.¹³⁵

вандализирани стотина продавници, беа подметнати 12 пожари, од стаклото на искршените излози можеа да се наполнат 40 камиони, а беше направена материјална имотна штета во вредност од 3 милиони долари, по што градските власти мораа да ја повикаат војската и, се разбира, полициската коњица за да воспостават ред. Оваа непобитна емпириска проверка ја здружи на парчиња мојата политика“ - Pinker, S. (2002). *The Blank State: The Modern Denial of Human Nature*. London: Allen Lane кај Докинс, 2015, стр. 260-261.

¹³² Велат дека ни е потребна религија, а всушност се мисли дека ни е потребна полиција - Докинс, 2015, стр. 261.

¹³³ И според Кант природната состојба е состојба на насилство, самоволие и бесправност - Сулејманов, 2013, стр. 483; Гроциевата дефиниција за државата се темели врз договорот на луѓето да ја напуштат природната состојба и да живеат во мир и безбедност - Шкарик/ Силјановска-Давкова, 2009, стр. 127.

¹³⁴ Поимот јавен поредок опфаќа „вредности како што се: сигурност на луѓето и имотот, состојба на ред и мир, исклучување на употреба на сила (освен од за тоа овластени надлежни органи), несметано уживање на човековите слободи и права, одредени економски, морални, естетски и слични вредности кои ги заштитува глобалното друштво, како и осигурување на почитувањето на установите на конкретниот правен поредок и несметано функционирање на политичките институции на општеството“ - Milosavljević, B. *Nauka o policiji, Policijska akademija*, Beograd, 1997, str.141 кај Zekavica, 2006, стр. 820.

¹³⁵ Sir Samuel Romilly, *Observations on the Criminal Law as It Relates to Capital Punishments, and on the Mode in Which It Is Administered*, in 1 *The Speeches of Sir Samuel Romilly in the House of Commons* 166 (1820) кај Risinger, 2007, стр. 764; Види и Ashworth, 2002, стр. 15 - иако системот на кривична правда треба да се стреми да ги елиминира двете крајности, невин да биде осуден а виновен ослободен, поголема неправда е погрешно да осудиме невино лице.

„Мораме да избереме, и од моја гледна точка мислам дека е помало зло некои од криминалците да избегаат од тоа Владата да има нечесна улога. За тие што се согласуваат со мене, не може да се прави разлика меѓу државата како обвинител и државата како судија. Ако постојниот кодекс не дозволува окружните обвинители да земат улога во таква валкана работа, не му дозволува на судијата да дозволи таквите беззаконија да успеат“.¹³⁶

Фактички „антагонизмот изразен од една страна во тежнењето да се делува ефикасно во борбата против криминалитетот, и од друга страна, во настојувањето кривичноправната репресија да не ги зафати и невините“¹³⁷ се огледа во процесните решенија содржани во националните закони за кривична постапка. Кривичните закони се слика и прилика на состојбите во општеството, тие се теренот на кој се судираат овие две спротивности. Лицето пред да биде осомничено за некое дело ги имало истите граѓански права и обврски како и сите други во државата. Меѓународните конвенции, Уставите и законите дозволуваат ограничување на некои од нив само во најнужна мера, не произволно по дискреција на извршната власт и не на сите права, пр. тортурата никаде не е дозволена.

Меѓународните инструменти за човековите права по природа се поблиски до due process моделот.¹³⁸ По правило ограничувањето на граѓанското право на лицето кое е осомничено за некое дело, но сè уште се смета за невино е во надлежност на судската власт. Исто по правило судот треба ex ante да даде дозвола за ограничување нечие право на слобода (да се приведе, притвори), на неповредливост на домот (да се претресе), на владение врз стварите (да се одземе некој предмет), на приватност (прислушување на комуникациите, следење, снимање) итн. Главните принципи (на законитост, правичност, сигурност и сл.) ги поставуваат Уставот и законот, а судот е тој кој казуистички од предмет во предмет ги применува и со сопственото толкување ги моделира.

Тогаш како да го одбереме најдоброто решение? Перспективата е најбитна. Ако гледаме од позиција на орган на прогон нема сомнеж дека crime control е подобар избор, но ако тоа го правиме низ визир на осомничен due process ќе е попосакувана варијанта.

Сега се наметнува прашањето кој би можел најдобро да каже што е правично во ваква двојбена ситуација. Кој е тој кој би бил во најдобра позиција да замисли идеална постапка која ќе обезбедува правичност, рамноправност, еднаквост и издвојување на оние докази кои навистина не треба да се користат. Кој е тој кој би ги дал и причините зошто релевантните докази треба да се издвојуваат?

Веројатно тоа треба да биде неутрален, објективен, незаинтересиран посматрач и за одговор на претходната дилема може да ги искористиме превезот на незнаење и замислената првобитна состојба на Роулс кој бара непристрасната процедура да се постави така што секој принцип за кој постои согласност да биде праведен. А, за тоа мора да ги поништиме ефектите на специфичните случајности, страните да не знаат како различните алтернативи ќе дејствуваат во нивниот конкретен случај, никој не го знае своето место во општеството, својата позиција во класата или општествениот статус, па затоа се обврзани принципите да ги разгледуваат исклучиво врз основа на општи согледувања.¹³⁹ Роулс замислува група рационални и етички зрели личности кои го избираат принципот на праведност за свој највисок идеал и регулатив, при што иако праведноста може да биде разбрана на различни начини, тие ја третираат на најдоброт за нив начин како примарно фер однос.¹⁴⁰

¹³⁶ Olmstead et al. v. United States, 277 U.S. 438 (1928) (Holmes J., dissenting).

¹³⁷ Rakočević, 2006, стр. 1119.

¹³⁸ Trechsel, 2005, стр. 84.

¹³⁹ Роулс, 2002, стр. 155-157.

¹⁴⁰ Мухиќ, 2001, стр. 219.

Ако го прифатиме така замислениот модел со право можеме да претпоставиме дека идеална постапка може да осмислат непристрасни лица, односно оние кои во една замислена хипотетичка ситуација не го знаат своето место во општеството, својата позиција, општествен статус, професија, иднина, судбина и други конкретни факти, па „секој се предава целосно, условите се еднакви за сите; а штом условите се еднакви за сите, никому не му е во интерес да им ги отежне на другите“.¹⁴¹ Затоа тука е битна замислената првобитна состојба и превезот на незнаење, за да обезбеди морално исправна постапка за сите ситуации, независно од состојбите кои утре би се јавиле во општеството.¹⁴²

И за вакви лица неоптоварени со иднината (зашто не се во состојба да ја знаат својата идна положба во општеството, дали некогаш ќе се дел од една кривична постапка и ако се, на која страна ќе се најдат), ќе е битно како би била уредена постапката, според мене праведно, затоа што и како граѓани кои можеби никогаш нема да земат активно учество во таква постапка може да извлечат полза само ако таа биде праведна.¹⁴³ Имено, праведна постапка бара независен суд и непристрасен судија, стручен обвинител и бранител, рамноправност во правата на процесните странки, почитување на законите од сите, бидејќи само на тој начин ќе може да се оствари основниот принцип, кој нема причина зошто да не е прифатлив и за луѓето од првобитната позиција. И тие луѓе сакаат да живеат во општество без криминал, со сознание дека некој будно ги чува и ги гони сторителите на к.д. Во таа насока не им се туѓи ниту значајните овластувања на тужителот како орган со кои се обезбедува ефективно гонење на сторителите, како п.и.м., мерките за обезбедување на присуството и сл., затоа што сакаат да се фати сторителот и да ја добие заслужената казна, поради тоа што ја нарушил позицијата на договорената општествена рамнотежа. Но, зборот заслужена е посебно битен, што значи се согласуваат и со такви мерки со кои се ограничуваат слободите и правата само ако тоа се прави во строго нужни случаи, во исклучиво потребна мера и ограничено на дела чија тежина може да ги оправда тие ограничувања. А, за да се обезбеди дека тоа навистина ќе биде само во такви случаи, потребен е навистина објективен суд достоин на задачата која општеството му ја дава и секако еднакви процесни странки кои во рамноправна борба на мислења ќе помогнат во остварување на основниот принцип на постапката. Ако тасот натежне на едната страна тогаш автоматски се губат можностите за фер борба, поради предноста што ѝ се дава на таа страна.

Тужителот на една страна и одбраната (обвинет и бранител) на друга страна имаат по две функции во постапката. Во првата каде тужителот е орган на прогонот, тој има драстична предност во однос на обвинетиот којшто е објект кон кој е насочен таквиот прогон. Тој може да бара притвор, претреси, прислушувања, лишувања од слобода, одземање на предмети итн.

¹⁴¹ Русо, 2013, стр. 18; Радбрух, 2008, стр. 25 - така, се чини, разумно и, главно прифатливо, дека никој не треба да има некаква предност, или да биде хендикепиран заради природната среќа или општествените околности при изборот на принципите.

¹⁴² Зашто ако некој е оптоварен од сознанието дека во иднина ќе биде обвинет нормално е да ги фаворизира оние процедури кои би му оделе во прилог кога ќе се бори против таквото обвинение. Па, така би внел полиберални правила склони кон издвојување на доказите, дури и за ситници. Од друга страна ако некој знае дека по професија ќе биде полициски службеник или обвинител ќе сака при изработката на одредбите за постапката да вметне правила кои ќе ја олеснат неговата работа, а отежнат онаа на одбраната. Тој за да успее да ги гони сите сторители на к.д. и да обезбеди нивна осуда нема да стрепи пред помислата некој незаконит, но значаен доказ да стане дел од судското досие за предметот.

¹⁴³ Вака може да се објасни она што Роулс го вели: дека не треба да биде можно принципите да се кројат според околностите на сопствениот случај - Роулс, 2002, стр. 25.

Во втората во која и тужителот и обвинетиот се странки, обвинетиот е тој кој што заедно со бранителот треба да има предност неопходна за да се анулира подобрата стартна позиција на тужителот. Тој мора да има право да се брани од зафатите врз неговата приватност, слобода, безбедност кои ако не се оправдани, ако не се пропорционални, едноставно кажано нема да се праведни.

Ако некој праша зошто е ова битно, правниот одговор би бил за да се оствари основното правило, а социолошко-психолошкиот дека луѓето го почитуваат правото, соработуваат со властите, дури и ги прифаќаат одлуките што немаат поволен исход за нив ако се резултат на фер постапки.¹⁴⁴ Второво Калајчиев го нарекува субјективна процедурална правда, наспроти објективната,¹⁴⁵ а го споменува и Дворкин за кого апсолутната точност е идеална, но недостижна, цел на казнената постапка, па правилата на фер-плејот што ги обврзуваат властите се само еден од прифатливите излези од ваквата несовршеност на процедурите.¹⁴⁶

Вистинското прашање е дали е фер за граѓаните да важат правила кои државните службеници може да ги газат кога сакаат, дали владеењето на правото создава обврски само за граѓаните или во суштина штитот на правото треба токму нив да ги заштити од моќта на државната власт. Ако е така еднаквоста не значи исти правила за сите, туку такви кои се своевиден пандан на позитивната дискриминација, кои ја повластуваат послабата страна ограничувајќи ја еднаквоста во потесна смисла, но со тоа реално доведуваат до создавање на еднаква позиција на странките во кривичната постапка (еднаквост во поширока смисла). Сосема јасно е дека овој вид на нееднаквост е прифатлив и сосема одговара на барањето на Роулс „сите нееднаквости да бидат оправдани од оние кои се во најлоша позиција“.¹⁴⁷ Значи дури и да има таква таа да не биде на штета на оној кој е во најлоша позиција во постапката, т.е. обвинетиот, што впрочем како генерален став се потврдува преку општоприфатениот принцип за одлучување на начин поволен за обвинетиот (*in dubio pro reo*).¹⁴⁸

Од аспект на незаконитите докази, тоа може да значи забрана за нивна употреба ако се на штета на обвинетиот и спротивно можност да се искористат кога се во негова полза. Некој ќе рече не е логично да ги почитуваме правата на оној кој не ги почитувал туѓите кога го сторил делото. Освен што може да се повикаме на пресумпцијата на невиност и фактот што ние сè уште не знаеме дали тој е сторителот на делото, може да укажеме дека овде противречноста е само привидна.¹⁴⁹

„Праведните треба да се раководени од принципите на праведност, а не од фактот дека неправедните не можат да се жалат“.¹⁵⁰ „Етиката и моралот на злосторничкиот свет, сè, впрочем, негација

¹⁴⁴ Калајчиев, 2004, стр. 2; Taslitz, 2013, стр. 469-470; Sevier, 2018, стр. 1160-1161, 1173-1174, 1194, 1202, 1207 - исходот секако е битен, меѓутоа ефектот на правичноста врз легитимитетот на постапката е посилен. Учесниците во истражувањето во помал степен му давале легитимитет на судењето кога судот прифаќал спорни докази на обвинителството во споредба со обратна ситуација со спорни докази на одбраната, а повеќе го легитимирале судењето кога судот ги исклучувал таквите докази на обвинителството во споредба со ситуација кога ги исклучувал доказите на одбраната.

¹⁴⁵ Калајчиев, 2004, стр. 17 и 18.

¹⁴⁶ R. Dworkin, *Principle, Policy, Procedure*, vo: *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1986, 72 кај Калајчиев, 2004, стр. 43.

¹⁴⁷ Роулс, 2002, стр. 285.

¹⁴⁸ Атена иако е божица на војната секогаш се залага за закон и поредок по мирен пат, а нејзиното милосрдие е толку големо што кога се гласа на Ареопаг и гласовите на судиите се изедначени, таа секогаш го дава пресудниот глас обвинетиот да биде ослободен - Грејвс, 2002, стр. 91.

¹⁴⁹ За Пакер пресумпцијата на невиност е насока за службените лица како да продолжат, а не предвидување на исходот - Packer, 1964, стр. 12.

¹⁵⁰ Роулс, 2002, стр.250.

на етиката и моралот – а етиката и моралот - на општеството како делови на општествената свест сè нешто сосема друго и тие нужно мора да го пратат општеството во барањето на вистината“.¹⁵¹

Неспорен факт е дека статусниот дуализам на тужителот (орган и странка) му дава предност при поставување и докажување на својата верзија на настанот. Веќе прифативме дека тој како орган оправдано ги има можностите кои му ги даваат законите и дека тоа е нешто на кое би се сложиле и објективните непристрасни набљудувачи. На обвинетиот му се признава еднаквост на оружјето како можност под еднакви услови да го претстави својот случај.¹⁵² Но, условите кои претходат на тоа, условите кои се битни за градење на случајот не се еднакви. Формалното поимање на еднаквоста оди по императивот еднакво постапување, губејќи притоа од вид дека неговото апсолутно остварување, во стварно нееднакви услови, води кон стварна нееднаквост.¹⁵³

Токму затоа за обвинетиот да има еднакви шанси да го претстави својот случај треба таа стартна нееднаквост некако да се надмине преку стандардите на правичната постапка, кои поради тоа и не би требало да бидат подложни на ограничување. Прифаќањето незаконити докази всушност подразбира дополнително ограничување на човековите права надвор од уставните и законските рамки. Тие еднаш оправдано се ограничени поради статусниот дуализам на тужителот кому како на орган на државната власт му се дадени големи права при откривање на случајот и обезбедување на доказите. Тој може да апси, да прислушува, да претресува, да одзема предмети, да ограничува слободи и права. Сега ако покрај сите овие права што ги има, дозволиме тоа да го прави и на незаконит начин, што би значело самоволно да зема, да зграпчува и други права кои законот не му ги дал, ние согласувајќи се со тоа наместо да ја јакнеме правичноста на постапката дополнително би ја слабееле. Така доаѓаме до заклучокот дека за луѓето од првобитната состојба битен принцип би бил законитоста во постапувањето и почитувањето на процесните механизми за заштита.

Тие би се сложиле со издвојување на доказите добиени со повреда, но не кога таа е тривијална. Повредата треба да биде битна. А, што би ја направило битна? Пример, правото кое е повредено да е битно, методот на прибавување да е незаконски, неправилен или шокантен, потоа постапката на органот да не може да се оправда и сл.

Само така ќе се глорифицира владеењето на правото кое бара законот да важи еднакво за сите. Ако граѓанинот е обврзан да ги почитува законите, истото треба да важи и за полицијата. Ако човекот мора да се однесува во склад со правните прописи, така треба да се однесуваат и државните службеници. Ако човекот потешко бива казнуван за повреда на побитно правило, а само условно санкциониран или опоменат за повреда на техничко или понезначајно правило, така треба да биде и со државата и нејзините органи. Само вака би било правично и во склад со гледиштето дека „навистина постои некое општо поимање на праведното и неправедното во согласност со природата, што го познаваат сите народи, иако меѓу нив не постои никаков допир, ниту пак некаква спогодба во поглед на тоа“.¹⁵⁴

¹⁵¹ Kobe, 1974, стр. 654.

¹⁵² Brandstetter v. Austria, A. nos. 11170/84, 12876/87, 13468/87, 28.8.1991, § 66-67; Bulut v. Austria, A. no. 17358/90, 22.2.1996, § 47; Jasper v. the United Kingdom, A. no. 27052/95, 16.2.2000 § 51; Öcalan v. Turkey, A. no. 46221/99, 12.5.2005, § 140; Stoimenov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 17995/02, 5.4.2007, § 41.

¹⁵³ Brkić, 2005, стр. 842; Радбрух, 2008, стр. 83 - само формалноправната еднаквост значи замаглување и продлабочување на реалната општествена нееднаквост.

¹⁵⁴ Аристотел, 2010, стр. 70.

2. Позитивно v. природно право, владеење на право v. правна држава

Владеењето на правото и правната држава како концепти се изродиле од иста идеја, идејата за ограничување на државната власт со правото и во исто родно место, граѓанско-либералната традиција на западните општества,¹⁵⁵ па се нарекуваат „јуристички форми на либералните држави“.¹⁵⁶ Но, произлезени од исто извориште и со иста цел, спречување арбитарна и дискрециска власт, гаранција на еднаквоста на сите пред законите и обезбедување правна сигурност како материјална супстанца на овие два поими, тие со тек на време се разишле поради формализацијата на поимот правна држава. Наместо суштината за неа побитна станала формата, наместо праведноста и легитимитетот на законите, во преден план се јавиле легалитетот при нивното донесување и формалното барање за нивно почитување без оглед на тоа какви се. Правниот позитивизам произлегува од ваквиот концепт на правната држава и негира постоење на природно право или метаправни принципи кои би важеле секогаш, секаде, за сите.¹⁵⁷ Владеењето на правото потесно корелира со либералната демократија, квалитетот на законите и човековите слободи и права, а помалку со функциите на државната власт и формалната законитост, додека кај правната држава тоа е обратно.¹⁵⁸

Позитивизмот бара да го оставиме на страна личното чувство за правда и правичност пред авторитативните правни правила. Бара дури и кога сметаме дека некој закон не е праведен, да го применуваме само зашто е закон донесен од овластен орган во прописна процедура. За позитивистите не е значаен материјалниот елемент, супстратот на правото или што содржи правото во себе. Правото според нив е збир на пишани правни норми донесени од овластен орган во законски пропишана постапка. Нивен почеток е првата норма и во пирамидата на правни прописи тоа е Уставот кој хиерархиски е највисокиот правен акт на една држава. Секоја следна норма на скалилото треба да биде во склад со претходната, во смисла законите да не противречат на уставот, подзаконските акти на законите, интерните прописи на подзаконските акти итн., а државата да го сообрази однесувањето со пишаните норми. Позитивистите не кажуваат од каде потекнува или што треба да содржи таа основна, пранорма, кога велат дека секоја норма има свој извор, кој мора да е во самите нив, а не надвор од нив.

За нив единствено право е позитивното право, егзистенцијата и содржината на човековите права произлегува од законите на државата, тие не произлегуваат од некое повисоко природно право,¹⁵⁹ „исправното право треба да се бара во светот на нормите, а не во некое преднормативно, метајуридичко подрачје на природното право!“¹⁶⁰ За позитивистите не е битно какво е правото, туку што е тоа што е право, и затоа има теоретичари кои тврдат дека „формализмот и општоста на начелата на правната држава го претвораат правото во празна лушпа која може да се исполни со која било содржина“.¹⁶¹ И владеењето на правото трпи приговори за субјективизам, релативизам,

¹⁵⁵ Zekavica, 2006, стр. 815.

¹⁵⁶ Neumann, F. Demokratska i autoritarna država, Naprijed, Zagreb, 1974, стр.25 кај Zekavica, 2006, стр. 815.

¹⁵⁷ Zekavica, 2006, стр. 815-816.

¹⁵⁸ Шкарик, 2015, стр. 406.

¹⁵⁹ Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 73; Шкарик/ Силјановска-Давкова, 2009, стр. 351 - „слободите и правата се креација на државната власт која може секогаш да ги укине или ограничи, ако тоа го бара државната причина (raison d'état)... Врвна вредност на позитивното право е правниот ред и ефикасноста на државниот поредок, а не правдата“.

¹⁶⁰ Камбовски, 2010, стр. 132.

¹⁶¹ Čavoški, K. Pravo kao umeće slobode-ogled o vladavini prava, Izdavačka kuća Draganić, Beograd, 1994, стр. 115 кај Zekavica, 2006, стр. 816.

волунтаризам,¹⁶² меѓутоа целта на овој труд не е да ги помирува или подробно да ги анализира владеењето на правото со правната држава од една страна и природно-правната теоријата со таа на позитивизмот.

Треба да ги видиме разликите помеѓу нив и како тие се одразуваат врз предметот на трудот. Една разлика е кои права треба да се штитат и кој одлучува за тоа. Кај владеењето на правото постојат мета, натправни принципи кои треба да бидат откриени и природни права што не зависат од државите, додека кај правната држава и позитивното право постојат човечки слободи и права создадени од и признати со државното право.

Немам намера да изнесувам критики или да го бранам позитивизмот како правец, само сакам да укажам дека тој е неутрален спрема институтот незаконити докази. Во таа насока тој е и поедноставен за објаснување. Од позитивистичка гледна точка ако уставот забранил судовите во постапките да се служат со незаконити докази (или обратно), тогаш нема потреба од никаква дополнителна причина или оправдување зошто треба да е така. Едноставно уставотворецот така пропишал во уставот или законодавецот во законот и не е битно од кои мотиви така решил. Битно е само да имал надлежност така да одлучи, во смисла да носи устав или закон и нив да ги донел во пропишаната процедура.

Ова учење не е во состојба ниту да ја афирмира употребата на незаконитите докази, ниту да ја критикува. Едноставно во некои држави тие би биле дозволени, во други недозволени и се зависи од тоа како решил органот кој ги донел прописите во државата, зашто „правните норми можат да имаат каква било содржина“.¹⁶³

Дури и тортурата во средниот век била минуциозно законски пропишана. Биле нормирани направите за мачење, условите за нејзина примена, прашањата кои треба да се постават, а судскиот записник имал строго дефинирана форма.¹⁶⁴ Позитивизмот не познава стандарди на правична постапка. Доволно е таа да е пропишана од надлежен законодавен орган во соодветна постапка. Оттука позитивизмот не ни е од помош во објаснување на причините pro et contra институтот кој ние го испитуваме. Ако законот познава таков институт тој ќе се применува, ако не познава нема да биде практикуван.

Природното право е опозит на претходното, правата на луѓето произлегуваат од човековата природа, не од државата,¹⁶⁵ а идејата за природното право владее во филозофската мисла од времето на стоицизмот до денес.¹⁶⁶

¹⁶² Неговиот метаправен карактер најмногу дошол до израз кај Фридрих Хајек кој смета дека владеењето на правото не е владеење на одреден закон, туку правило чиј интерес е каков треба да биде законот, односно метаправно учење или политички идеал - Хајек, F. Poredak slobode, Global Book, Novi Sad, 1998, стр. 181 кај Zekavica, 2006, стр. 816.

¹⁶³ Kelsen, "General Theory of Law and State", стр. 111 цитирано во H.L.A. Hart, "The Concept of Law", Oxford: Clarendon Press, 1998, стр. 207 кај Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 74.

¹⁶⁴ Морал да ги содржи прашањата на судијата, одговорите на обвинетиот, врескањата, офкањата, должината и времето на мачењето, квалитетот и степенот на мачење, причините за неговата примена, како и состојбата во која се наоѓал обвинетиот пред и по мачењето... Покрај ова, секогаш имало и лекар кој ја проверувал состојбата на обвинетиот и му пружал медицинска помош според потребите - Димитриевски/ Драгичевиќ-Дичиќ/ Гало/ Карнаvas/ Николоvsка/ Калајџиев/ Пајиќ, 2017, стр. 26-27; Фотографии од направите за мачење кои биле составен дел на Законот за казнена судска постапка на Марија Терезија од 1768 г., опис на начините на мачење, вклучително и преводи од инквизиторски списи со целосен текст од записниците за испитување под тортура и последователните на кои осомничената давала „доброволно“ признание кое ако не било целосно (читај такво какво што сметал инквирентот дека треба да биде), било дополнувано еднаш, два, три или повеќе пати во следните испитувачки сесии види кај Bayer, 1969, стр. 256-257, 263-264, 272-273, 463-478.

¹⁶⁵ Целокупното право Кант го дели на природно право и позитивно право. Природното право се заснова врз морални принципи и затоа тоа е внатрешно право. Спротивно од тоа, позитивното право произлегува од волјата на законодавецот и затоа е надворешно право - Шкарик/ Силјановска-Давкова, 2009, стр. 131.

¹⁶⁶ Сулејманов, 2013, стр. 329.

Сепак, иако во античко време постоеле концепти за природното право, идејата за човековите права не потекнува од тогаш, во античкиот период нема траги од нив како права на човекот наспроти државата.¹⁶⁷ Дури, забележува Расел, некои од најголемите тогашни мислителци дозволувале унапредување и деградација на граѓаните, односно неправедно постоење на нееднаквост кога се во прашање власта и привилегиите. За Платон не е спорно ако чуварите како најмудри ја имаат целата власт во државата, туку до неправда може да дојде само ако во другите класи постоеле луѓе помудри од чуварите.¹⁶⁸ Оттаму, „доктрината за природните права не само што не е дедукција од доктрината за природното право, туку постои и дисконтинуитет меѓу природното право и природните права“.¹⁶⁹

Така според Аристотел државата која е нужна појава бидејќи човекот по природата на нештата е државотворно битие, е позначајна од семејството и од единката зашто целостта е нужно позначајна од деловите.¹⁷⁰ За „епикурејците, државата и правото, а оттаму и правдата, не се резултат на некаква идеја која е над луѓето, туку претставуваат оружје на луѓето создадено преку договор заради заштита на нивните интереси“.¹⁷¹ За големата повелба на правата од 1215 г. пишав претходно, а дури ни повелбата за правата од 1689 г. не може да се смета за декларација на човековите права, туку уставен документ кој штити одредена повластена група (пр. не ги штити жените, ни сиромашните) и е една етапа во долгата битка до општи, еднакви човекови права за сите, односно од периодот на ропство кога некои луѓе немале никакви права, преку периодот на привилегии во кој постоеле општествени сталежи со нееднакви права и само некои слоеви луѓе имале некакви привилегии до периодот на човекови права за сите.¹⁷²

Реалноста била таква што во добар дел од човечката историја повеќето од луѓето или не биле субјекти на права (жени или сиромашни) или уште полошо биле сметани за орудија што зборуваат потчинети на нечија приватна власт (робови).

Така на пр. атинската демократија не ги опфаќала жените и робовите,¹⁷³ во САД правата на американските Индијанци практично биле еднакви на нула, робовите немале уставни права, а дури ни жените сè до 1975 г. не биле меѓу рамноправните зашто немале право да бидат членови на поротата.¹⁷⁴

Потеклото на теоријата за природните права може да се бара во средниот век, а посебно во делата на Хуго Гроциус кој смета дека државата е врзана со природното право кое е диктат на разумот и е непроменливо,¹⁷⁵ односно Хобс кој ги дефинира правата како атрибути на индивидуите. Во срцето на природните атрибути е желбата за лична сигурност и заштита на животот кои се основен мотив за општествениот договор и формирање на граѓанското општество.¹⁷⁶

¹⁶⁷ Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 64, 66-67, 69 - античкото природно право ги сфаќа правата и правото како релации на еднаквоста со природното политичко општество или како легализиран израз на најправедна дистрибуција според редот на работите.

¹⁶⁸ Расел, 1998, стр. 124.

¹⁶⁹ K. R. Minogue, "Natural Right, Ideology and the Game of Life" во Eugene Kamenka and Alice Erh-Soon Tay (eds.), "Human Rights", London: Edward Arnold, 1978, стр. 34 кај Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 67.

¹⁷⁰ Шкарик, 2015, стр. 153.

¹⁷¹ Сулејманов, 2013, стр. 385.

¹⁷² Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 98-99.

¹⁷³ Расел, 1998, стр. 89.

¹⁷⁴ Чомски, 2019, стр. 99-100.

¹⁷⁵ Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 29.

¹⁷⁶ Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 67-69; Поповска, 2005, стр. 4 - оваа школа доминирала во XVII и XVIII век во времето на распаѓањето на феудализмот и со своите прогресивни сфаќања го отворила патот на буржоаските револуции (француска и американска).

Според Хобс човекот по природа не е општествено суштество, туку егоист кој сака да надвлее врз другите. Во таквата природна состојба во која секој може да прави што сака, нема поредок, праведност, мир и безбедност. Човекот се плаши од другите, сака мирен и безбеден живот, па разумот му го дава излезот. Тоа е државата, односно укинување на природната состојба во која човек на човека му е волк.¹⁷⁷ Ако кај Хобс луѓето се поврзуваат заради остварување на правото на самоодбрана, според Лок тие се здружуваат во заедница за да го обезбедат уживањето на природните права, власта е обврзана да го почитува договорот за нејзино востановување, односите помеѓу граѓаните и државата се воспоставени со законите, а кршењето на правата и губењето на довербата кај народот е покана за побуна против власта.¹⁷⁸ И според Спиноза чија политичка теорија потекнува од Хобс, секој го прави она што произлегува од неговата природа, секој суди што е добро а што зло, се грижи за својата корист, се стреми да го сочува она што го сака, а да се одмазди и да го уништи тоа што го мрази,¹⁷⁹ во природната состојба не постои ни право ни криво, бидејќи кривото се состои од непочитување на законот,¹⁸⁰ а правдата и неправдата може да се разрешат само во организирана држава.¹⁸¹

Може да се каже дека прва вистинска повелба за правата во модерна смисла на зборот со гаранции на одредени индивидуални права била донесена во Вирџинија во 1776 г.¹⁸² Томас Џеферсон, авторот на Декларацијата за независност од 1776 г. кој ја адаптирал филозофијата на Џон Лок за природните права и нив ги направил секуларни, рационални, универзални, индивидуалистички, демократски и радикални¹⁸³ посочил:

„Ние сметаме дека се овие вистини евидентни сами по себе, дека сите луѓе се создадени еднакви, дека тие се обдарени од нивниот Творец со одредени неотуѓиви права, меѓу кои се правото на живот, слобода и барање среќа. За обезбедување на овие права е создадена власта, која ги влече своите овластувања од согласноста на управуваниите. Луѓето имаат право да ја заменат и отфрлат, секоја власт која е деструктивна во однос на оваа цел, и да создадат нова влада, која ќе биде заснована на овие принципи и која ќе ги организира своите овластувања во оној облик, кој им изгледа најпогоден за ефектуирање на нивната сигурност и среќа.“¹⁸⁴

Да, вака напишал во време кога во САД сè уште постоело ропството.

И доктрината кај нас е сложна дека слободите и правата не се уставна креација, туку природни права,¹⁸⁵ дека не се основни права затоа што се во уставот, туку се уставно

¹⁷⁷ Hobz, Tomas, Levijatan, Beograd, 1961 кај Чокревски/ Китаноски, 2007, стр. 88.

¹⁷⁸ Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 29-30, 70; Расел, 1998, стр. 499-500 - и според Хобс луѓето по природа се еднакви. Во природната состојба во која не постои државно уредување секој човек сака да ја зачува својата слобода, но и да стекне власт врз другите. Овие две желби ги диктира нагонот за самоодржување, а од нивната борба настанува борба на секој против секого. Во таквата природна состојба нема правда ни неправда, само војна во која основни доблести се силата и измамата. За да ја надминат таквата состојба луѓето се здружуваат во заедница. Таа слога е вештачка, создадена со договор, а не природна како кај пчелите и мравите кои природно работат во заеднички интерес. Кај последниве нема желба за привилегии, ниту критика врз власта.

¹⁷⁹ Сулејманов, 2013, стр. 444-445.

¹⁸⁰ Расел, 1998, стр. 517.

¹⁸¹ Spinoza, Baruh, De, Teološko-politički traktat, Beograd, 1957 кај Чокревски/ Китаноски, 2007, стр. 89.

¹⁸² Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 100-101 - сите луѓе по природа се еднакво слободни и независни и имаат одредени инхерентни права, се гарантираше право против високи кауции и казни и сурово и невообичаено казнување, право на брзо судење од страна на порота, право да не биде лишен од слобода освен врз основа на законот на земјата и пресуда на нејзините перови, право да се биде информиран за причините и природата на оптужбата, право на соочување со тужителот и сведоците и да не биде принуден да дава докази против себе и сл.

¹⁸³ Louis Henkin, "The Age of Rights", New York: Columbia University Press, 1990, стр. 85 кај Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 102

¹⁸⁴ Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 102.

¹⁸⁵ Камбовски, 2002, стр.343.

загарантирани права затоа што се основни,¹⁸⁶ дека се утврдени како прва темелна вредност на уставниот поредок на РМ, што значи се примарна вредност и како такви имаат поголемо значење од државната власт,¹⁸⁷ дека примарното значење значи дека се предегзистентни во однос на државната власт и неприкосновени како вредности,¹⁸⁸ односно личните слободи и права како прва генерација на човековите права настануваат под дејство на теоријата на природното право и првите пишани устави во Северна Америка и Европа.¹⁸⁹

На ниво на политичка теорија може да се каже дека една од целите на државата е заштита на човековите основни права и така гледано тие не се сфаќаат само како ограничување на државната власт, туку како *ratio* за нејзиното постоење.¹⁹⁰ Поаѓајќи од природниот карактер на човековите слободи и права, позитивното право е должно нив да ги инкорпорира во пишаното право и да ги смета за граница на политичката власт.¹⁹¹

Со други зборови државата е должна да ги почитува и да не се меша во овие основни човекови права. Правдата и правото се неразделно поврзани, постапката во која се практикува право не може да се нарекува право без правда или правичност како што бараат меѓународните документи за правата на човекот. И тоа не е никаква новост. Со оглед да предмет на тезата се незаконитите докази како сегмент на правичната постапка соодносот помеѓу позитивниот и природно-правниот модел треба да биде претставен преку нив. За позитивистот видовме, битно е дали органот кој го донел општиот акт имал право да го донесе и дали го донел во соодветна постапка. Институтот незаконити докази може да биде, а може и да не биде изведен од процедурите на државата. Значи државата е таа која него може денес да го создаде, а утре да го избрише. За јуснатуралистот пак ситуацијата е подруга, зашто тој е човек роден со неотуѓиви права, достоинство и еднаков со другите, по раѓање му припаѓа правото правично да се однесуваат кон него, да се почитуваат неговите лични права (приватност, слобода, безбедност, имот и сл.), а државата е таа што треба да ги заштити преку процедурите. Таа не му ги дала правата, тој ги има, а таа е создадена нив да ги заштити од секој кој ќе посака да ги повреди, вклучително и од самата себе. Дури се тврди дека

„Личните права и правата на одбраната се дел од целината темелни човекови права, т.е. такви кои тој не треба посебно да ги стекне бидејќи ги има со самото постоење, од раѓање, независно од државјанството или живеалиштето и други правни критериуми на внатрешното и меѓународното право.“¹⁹²

Не е спорно дека од гледна точка на идеите за природното право, штом тоа е совршено, идеално, треба да е пример за позитивното право, па ова ќе биде поквалитетно, подобро, поправедно онолку колку што повеќе има елементи на природното право.¹⁹³ Но, имам две размисли.

¹⁸⁶ Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 133.

¹⁸⁷ Шкариќ/ Силјановска-Давкова, 2009, стр. 171; Шкариќ, 2015, стр. 223.

¹⁸⁸ Шкариќ, 2015, стр. 407.

¹⁸⁹ Шкариќ/ Силјановска-Давкова, 2009, стр. 346.

¹⁹⁰ Ashworth, 2002, стр. 73.

¹⁹¹ Шкариќ/ Силјановска-Давкова, 2009, стр. 57. На страна 351 посочуваат „Според теоријата за природното право, правата на човекот и граѓанинот произлегуваат од природата на човекот, како слободно и рамноправно суштество. Човечкото суштество поседува одредени права со самиот факт што е човек. Оттука, слободите и правата извираат од самата природа на човекот, а не од волјата на државната власт. Затоа, слободите и правата се неотуѓиви и неприкосновени права, кои државната власт може само да ги штити, но не и да ги ограничува или да ги укинува по сопствена волја. Теоријата за природното право ги поврзува човековите слободи и права со правдата како вредност без која не може да се живее. Без правдата животот нема вредност... Правдата е основна суштина на природното право и клучна претпоставка за стабилноста на позитивното право“; Исто и Шкариќ, 2015, стр. 447-448.

¹⁹² Ibler, V, Rječnik međunarodnog javnog prava, Informator, Zagreb, 1972, стр.221 кај Крпач, 2012b, стр.24.

¹⁹³ Perović, 2005, стр. XVII, XVIII i XIX.

Првата, дека природното право не е процесно право. Тоа не содржи експлицитни одредби за прибавување и прифатливост на доказите. Дури и Аристотел, Платон итн. кога зборуваат за правда мислат на правдата сфатена во нејзиното материјално значење (секому да му се даде според заслугите, секој да го работи она за што е создаден). Но, кај незаконитите докази ваквата материјална правда нема толкаво значење, какво што има процедуралната (процесната) правда. Така смета и Ешворт според кој правото да се биде суден со докази кои не се прибавени со повреда на фундаменталните права не е природно право кое произлегува од човековата природа.¹⁹⁴ Значи ова е секундарно право кое е во функција на заштита на фундаменталните права.

Втората, природното право признава човекови права со кои државата не смее произволно да се однесува. Сепак, ако правата се природни и неотуѓиви како може да има нивна дерогација дури и во оправдани случаи (пр. чл. 15 од ЕКЧП) и како може дерогацијата да зависи од државата, а не од граѓаните. Не го делаам ставот за природниот карактер на правата кои денес станаа „еден вид ‘световна’ религија“,¹⁹⁵ туку сметам дека тие се општествена конструкција.¹⁹⁶ Едноставно, „политичките права се творби на историјата и моралот: што поединецот е овластен да има, во граѓанското општество зависи и од практиката и од праведноста на политичките институции“.¹⁹⁷

Едноставноста и искреноста плени кога се кажува дека „Сите човечки суштества се раѓаат слободни и еднакви во достоинство и права. Разликите во поглед на раса, боја, пол... се составен дел на позитивното право“.¹⁹⁸

Ако е така би било природно некои права да не варираат во времето и просторот, но не е така. Слободен, достоинствен живот, човек сигурен од тортура, нехуман и понижувачки третман сега можеби се парадигма вткаена во повеќето општества, иако не во сите, но не и во минатото. Историјата е нем учител дека правата постепено се стекнувале, односно ништо не било така дадено. Поправилен е стариот латински цитат „Пепелта (смртта) изедначува сè; се раѓаме нееднакви, умираме еднакви“.¹⁹⁹ Тоа не значи дека се согласувам со нивна повреда или дерогација. Напротив ако конвенциски, уставно или законски се гарантирани потребно е да се почитуваат од сите, најмногу од државата, нејзините служби и агенти, зашто владеењето на правото тоа го бара, а не некаква метафизичка претходна состојба. Само не би се ставил на иста страна со сите други кои со полна уста зборови укажуваат на императивниот и природен карактер на правата, кој неприродно и по потреба дозволуваат да се поткопа.²⁰⁰ Се вели

¹⁹⁴ Ashworth, 2002, стр. 51.

¹⁹⁵ Касезе, 2009, стр. 325.

¹⁹⁶ За Јеринг сите правила, поставки и правни установи без исклучок за своето потекло треба да му се заблагодарат на практичните мотиви, дека се само резултати на историското искуство, и дека ниту едно единствено меѓу нив на човекот не му го пропишало неговото вродено и правно чувство, дури ни наједноставните правни вистини кои привидно се разбираат меѓу себе. Дека не смее да се убива, да се врши грабеж, да се краде, тоа човекот морал да го научи само преку искуството, само тоа искуство морало да го поучи дека при заедничкиот живот не може да опстане: во правото како и во сè друго човештвото мораше да се опамети дури откако ги изгорело прстите – Јеринг, Ф. Р. Циљ у праву, ЦИД Подгорица, 1998, стр. 307 кај Сулејманов, 2013, стр. 642; Марксизмот решително го отфрла природното право тврдејќи дека не може да постои право создадено од природата и од разумот на човекот, туку само право создадено од државата - Slobodan Milacic, L'État postcommuniste entre l'histoire, le droit et le marché (in: Le réinvention de l'État), Bruylant, Bruxelles, 2003, p.9 - кај Шкарик/ Силјановска-Давкова, 2009, стр. 7.

¹⁹⁷ Dworkin, 1975, стр. 1063.

¹⁹⁸ Perović, 2005, стр. XXIII.

¹⁹⁹ Aequat omnia cinis; impares nascimur, pares morimur - Sen., Epist. 91, 17 кај Vilhar, 1991, стр. 21.

²⁰⁰ Во овој контекст сосема прифатлив ми е ставот дека животот е природно добро, природна категорија, а правото на живот социјално условена позитивноправна категорија. Правото на живот е повеќе од добро, тоа секогаш содржи однос спрема другите луѓе. Коларик афирмативно цитира автор во правец дека е и природноправна категорија, но не го делаам таквиот став поради првиот дел од сложената кованица

„... бидејќи ниту едно суштество во ‘природната состојба’, односно надвор од општествените и политичките институции кои ја означуваат ‘цивилизацијата’, не располага со посилно право на опстанок од другите, тогаш секој има еднакво ‘природно право на опстанок’, односно ‘право на живот’...“²⁰¹

Меѓутоа правото е општествена институција, производ кој не постоел во природната состојба. Во природата нема права, туку доминација и борба за преживување, за опстанок во која победува посилниот. Оттука не може да се објасни создавањето на општеството со нешто кое самото општество го има создадено. Општеството е продукт на долг процес на еволуција и одвојување на човекот од неговата биолошка средина. Прво постоел човек, потоа општество и на крај право. Оттаму не може преку правото да се објасни постоењето на општеството или уште поназад на човекот. Правото не постои пред човекот.

Природна особина на човекот е разумот, но тој како што сметал Аристотел е празен, во него нема вродени идеи. Во свеста не постои ништо што претходно не било искусено од сетилата. Разумот има вродена моќ да ги организира добиените сетилни податоци во категории и класи.²⁰² Човекот учи од сопствените грешки, тој е способен да ги искуси нештата и да се образува, но не е роден образован. Тој може да се избори за своите права и тоа за нас го сториле претходните генерации со крв, пот и мака. Ништо што не е биолошко, не било така дадено, вродено. Вродена е способноста да се разликува што е правилно а што погрешно. Ќе можеме да разликуваме, да споредуваме различни перцепции онака како што ги збогатуваме нашите човечки искуства, но не ни е всаден од раѓање морален код по кој уште од мали ќе знаеме што е, а што не е во ред.

Државата е историска творба. Како што истакнуваат теориите на општествениот договор, таа не постоела од секогаш, туку била создадена во одреден момент заради исполнување одредена цел. Тие цели не биле исти секогаш, како што во различни временски периоди ни државите не заштитувале идентични вредности.

Денес државите со оглед на нивниот општествено-културен, правен, економски, религиозен, технолошки и др. развиток (социополитички контекст), имаат различни видови на кривична постапка во кои се вградени посебните вредности во државата, карактерот на општеството и на луѓето кои живеат во неа. Значи различни држави имаат помалку или повеќе различно позитивно право.

Според либералното сфаќање државата е создадена во служба на поединецот, а човековите права се наменети да му овозможат да живее во општество и заедница со другите луѓе. За Лок природната состојба која му претходи на граѓанското општество не е воена состојба. Во неа владее целосна слобода и совршена еднаквост, владее природниот закон кој сите како рамноправни се спремни да го слушаат. Но, и за него правдата не е вродена, таа општо е одобрена бидејќи е полезна.²⁰³

Ако природната состојба е таква каква што ја сфаќа, тогаш нема причина зошто правдата не би била вродена, туку полезна. Напротив правдата не може да биде вродена во Хобсовата состојба на војна на секој против секого. Таму секој може да го прави она што го може и го сака, а не го прави тоа што не го може. Дури и неправдата спрема другиот кога му носи корист на првиот е нешто што е добро, полезно и посакувано за него. Веројатно кога секој би имал сила да се наметне врз другите би го правел истото, неправдата би ја сметал за корисна. Оние пак што не би можеле да надвлдаат, на трпењето неправда би гледале како на нешто најлошо. Затоа првото правило на правдата да не го правиш она што не сакаш другите да ти го прават, е правило настанато од

(природно пред правна). Види Stojanović, Z. (1997) *Pravo na život kao prirodno pravo čoveka*. *Pravni život*, 9/97, стр. 4 кај Kolarić, 2018, стр. 15.

²⁰¹ Грир, 2009, стр.2-3.

²⁰² Гордер, 2011, стр. 102; Vilhar, 1991, стр. 180.

²⁰³ Сулејманов, 2013, стр. 433, 441.

нужност и потреба, а не од природа. Само тогаш на правдата може да се гледа како на творба која е полезна, а не природен производ на свеста.²⁰⁴

Основната критика на теориите за природни права е што различни мислители посочуваат различни права како природни и неотуѓиви. Најзначаен критичар е Бентам кој природните права ги отфрла како обична глупост, реторичка бесмислица провокација или нешто имагинарно, Келзен зборува за нив како за корисна лага, Хјум ги смета за нереален метафизички феномен. Оваа теорија се критикува со образложение дека правата не се апстрактни, туку општествено и историски детерминирани.²⁰⁵

Впрочем и Хегел бил на став дека не постојат вечни вистини и безвременски разум. Основата на човековото спознание се менува од една генерација во друга, една мисла може да биде правилна во едно, а еретичка во друго време (пр. ставот во однос на ропството, нееднаквоста на жените), зашто врз идеите влијаат ставовите и материјалните услови во времето во кое биле создадени.²⁰⁶ Маркс отишол понатаму, материјалните промени се тие кои создаваат духовни предуслови, материјалните, економските услови се базата од која зависи начинот на размислување, политичките институции, законите итн. како надградба на општеството, а нивното взаемно дејство ја движи историјата напред.²⁰⁷

Борбата против криминалот отсекогаш била, е и ќе биде главно прашање во секое општество. Луѓето сакаат сигурен и безбеден живот во општество без криминал. Меѓутоа по која цена. Дали таа цена треба да биде откажување од нивните права. Дали предавањето одредена моќ на државата со општествените договори значи предавање на сета моќ, или само толку колку што е потребно државата да ги штити нивните слободи и права. Ако вака ги погледнеме нештата, нивните слободи и права ќе имаат примат пред потребата да се обезбеди општество без криминал. Односно борбата против криминалот мора да се води исклучиво со законски средства, почитување на човечките слободи, права и достоинство.

Правата ги сфаќам како примарни и основни вредности кога ги споредуваме со државната власт не зашто се предегзистентни, природни и што уште не, туку поради фактот што бидејќи се содржани во највисоките акти и се гарантирани со уставите и меѓународните конвенции не зависат од промена на партиите на власт. Во демократските општества партиите се борат да дојдат на власт по пат на избори, свесни дека слободите и правата се веќе признати со тие акти и тие во однос на нив нема што повеќе да бараат. Инаку на оној кој живее во недемократска држава (пр. Северна Кореја, Иран, Русија итн.) не ќе му е утеха сознанието за некаква природно-правна теорија според која тој само зашто се родил како човек поседува неприкосновени и примарни права кои имаат поголемо значење од државната власт која со нив е ограничена.

Меѓународните документи за човековите слободи и права, деловите од државните уставы кои се однесуваат на правата во основа се антивладини документи, кои

²⁰⁴ Види и Ниче, 2010, стр. 47 - луѓето бараат слобода додека уште немаат моќ. Кога ќе стекнат моќ, тогаш се стремат кон надмоќност; ако не дојдат до неа (ако сè уште преслаби за неа), тогаш бараат „правда“, односно еднаквост во моќта.

²⁰⁵ Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 71-72, 76; Расел, 1998, стр. 698 пишува за Бентам: „Правата на човекот, рекол, се обична бесмислица; неповредливите човекови права се бомбастична бесмислица“; Грир, 2009, стр. 5 „...и Цереми Бентам излезе со саркастична критика, тврдејќи дека не постои такво нешто како природни права и дека промовирањето на најголемата среќа за најголем број лица (принцип на утилитаризам) е единствениот разумен и универзален морален принцип...“; Сулејманов, 2013, стр. 514 – според Бентам „не може да се зборува за природните права, зашто правата се деца на законот. Природното право е бесмисла...“.

²⁰⁶ Гордер, 2011, стр. 333.

²⁰⁷ Гордер, 2011, стр. 361-363 - и тој не верувал во природно право кое важи за сите времиња.

поставуваат максимум рестрикции на моќта на организираното општество, нужни за да може да се одржи истото тоа организирано општество.²⁰⁸ Повеќе би биле премногу, помалку би биле премалку.

Индивидуализмот е дистинктивна карактеристика на Западот и модерните цивилизации. Меѓутоа вредностите што се сметаат важни на Западот се помалку значајни во другите делови на светот, односно ако на Западот доминира индивидуализмот, на други места преовладува колективизмот и културниот релативизам во поглед на човековите права.²⁰⁹ Така на пример, ќе видиме во табела 2 (infra глава III.2), АДЧП и АПЧП не гарантираат право на приватност, како што тоа го прави ЕКЧП.

Зошто е тоа така ако правата се природни и безусловни. И зошто толку време требало да се воведат во практиките на државите (не и во сите) и да се вкоренат во свеста на луѓето (не и кај сите).

Зошто, нивното прифаќање, како што го опишува Басиуни,²¹⁰ повеќе личи на трнлив пат или одење по жар.

Тоа е така зашто метафизичко право не постои. Природно право не постои и тоа најдобро го знаат оние што живеат обесправени во тоталитарни општества. Тие може да се некаква идеја за право, налик на Платоновите идеи, но не и право. Идејата за храна не е храна, од неа не може да згасне гладот. Храна е она што пред себе го имаш или реално може да го имаш.

Правото не е „дедукција од етичките принципи или признати аксиоми... туку прогноза... за тоа што всушност ќе направат судовите“.²¹¹ Правото е она на што можеш да се надеваш во конкретна ситуација. Ако не можеш да се надеваш, објективно немаш право. Несомнено

„Човековите права настануваат како нормативен одговор на искуствата со насилство, прогон и малтретирање. Тие не се само за луѓето, туку луѓето и ги создале, т.е. тие се историски производ и треба да се сметаат принципиелно подложни кон ревизија... Нив треба да ги запоставиме само ако дојдат во судир со други права кои, по објективна процена ќе се оценат како позначајни. Сето од своја страна јасно зборува дека нема природни права, а оттаму ни природна правда“.²¹²

Затоа покоректно е гледиштето според кое „Праведноста не е природен закон, туку принцип кој го воведоа луѓето... Праведноста е задача, а не нешто дадено“.²¹³ Исправна е позицијата на софистите дека етичките принципи се релативни, немаат апсолутна важност, дека „човекот е мера на сите нешта“ како што пишал Протагора во V век пр. н. е.,²¹⁴ односно сè зависи од времето, местото, општеството, навиките. Разликувањето меѓу праведното и неправедното не се заснова врз природата, туку

²⁰⁸ Amsterdam, 1974, стр. 353.

²⁰⁹ Хантингтон, 2010, стр. 102-103, 297-304; Слично и Gless/ Richter, 2019, стр. 4 - базирани, меѓу другите нешта, на конфучијанските традиции на размислување, акцентот во азиските држави е ставен на колективното (семејството и државата) наместо на автономијата и правата на индивидуата.

²¹⁰ Bassiouni, 1993, стр. 237-238 - повеќето човекови права одат на сличен пат до меѓународно признавање. На почетокот правата се наведени во необврзувачки меѓународни инструменти. Следно, правата се поконкретно дефинирани во меѓународните инструменти кои имаат одредено правно обврзувачко дејство. Овие права потоа се вклучени во специјализиран меѓународен инструмент, и на крај тие се предмет на обврзувачки меѓународен инструмент кој ги криминализира повредите на тоа право и предвидува одредено спроведување на тоа право. Во моментот, некои гаранции за поединецот во рамките на кривичниот процес се искачија на ниво на „општи принципи“ на меѓународното право, додека други гаранции се инкорпорирани во меѓународните инструменти кои ги криминализираат повредите на заштитеното право.

²¹¹ Holmes, 1897, стр. 4.

²¹² Svensen, Fr. H, Laš. Filozofija zla, Geopoetika, Beograd, 2006, стр.203-204 кај Сулејманов, 2013, стр.227.

²¹³ Svensen, Fr. H, Laš. Filozofija zla, Geopoetika, Beograd, 2006, стр. 73 кај Сулејманов, 2013, стр. 246.

²¹⁴ Со тоа сакал да рече дека правилното или погрешното, доброто или лошото, секогаш мора да се вреднуваат според човековите потреби - Гордер, 2011, стр. 61-62.

потекнува од конвенции (Хипија),²¹⁵ а така смета и Дејвид Хјум (XVIII век) за кој „чувството на правда и неправда не потекнува од природата, туку настанува вештачки, иако нужно, од воспитувањето и човековите конвенции“.²¹⁶

„Правото... не е апстрактен концепт. Тоа е жив инструмент за заштита на нашите вредности за регулирање на цивилизираното општество“,²¹⁷ „Во социолошкиот концепт за правото на повеќе места е нагласена длабоката поврзаност на појавата на правото со општествените услови, односи, потреби итн., односно секогаш е нагласена тезата дека правото извира од егзистенцијалните потреби на општествениот живот“.²¹⁸

Па, како што во минатото се менувале вредностите, така се менувало и правото. Ништо не е вечно и непроменливо, сè тече, сè се менува, „мерилата на правдата еволуираат со општествениот прогрес“.²¹⁹

Сега сме на највисоко ниво на материјален и технички развој од кога и да било. Тоа овозможува идеолошката надградба исто така да биде на повисоко ниво од кога и да било порано, па да добијат заштита вредности, слободи и права кои порано или не постоеле, или биле наменети за мал круг на луѓе.

До средината на XX век не било така, но сега, границата на слободите и правата на едно лице се слободите и правата на друго лице, а не слободата на однесување на државата.²²⁰ Лицето има право да се користи со своите слободи и права, да ги употребува, но не и да ги злоупотребува. Државата во постапките не смее да ги ограничува правата во поголема мера од она што со меѓународното и домашното право ѝ е дозволено. Спротивното ќе значи директна негација на постулатите на владеењето на правото, зашто „народот може да биде моќен таму каде владее законите“.²²¹ Ако државните структури по свое наоѓање од ситуација во ситуација ги менуваат правните правила и принципи, ако се однесуваат така како што наоѓаат дека е соодветно во даден момент, тогаш нема да постои правна сигурност или гаранција за човековите слободи и права. Едноставно нема да може да се каже дека во таква средина владее правото.

Дури и да има природни права, такви не се доказните правила. Ако нешто е природно човечки тогаш тоа треба да е исто во секоја држава, во секое време, во секаков облик на уредување. Но, не е така со доказните правила. Да ги земеме на пр. привилегиите за несведочење кои се либерални конструкции. Нив ги немало во средниот век, а не постоеле во некои држави ни во XX век.²²²

Човековото достоинство и еднаквоста на сите пред законот како јадро на правдата, слободите и правата на секоја човечка единка мора дословно да се почитуваат, а за тоа нешто мора да се почитуваат процедурите осмислени за нивна заштита.

Граѓанските декларации за човековите слободи и права се манифестација на некои од основните идеи на познатите филозофи, претставуваат вредност без која не може да се замисли цивилизираната држава, се општоприфатен идеал и содржински минимум кој мора да го исполни секој правен поредок кој почива на принципите на владеењето на правото.²²³

За тоа е битна еднаквоста, зашто налага идентичен третман на сите. Во основа бара тоа што е забрането за граѓанинот да биде забрането и за државата. Ако граѓанинот

²¹⁵ Сулејманов, 2013, стр. 330, 333-334.

²¹⁶ Сулејманов, 2013, стр. 498.

²¹⁷ Дел Понте, 2008, стр. 175.

²¹⁸ Чокревски/ Китаноски, 2007, стр. 165.

²¹⁹ Kambovski, 2005, стр. 701; Камбовски, 2010, стр. 192.

²²⁰ Види чл. 29 и 30 од УДЧП, чл. 5 од МПГПП, чл. 17 од ЕКЧП.

²²¹ Ibi potest valere rópulus, ubi leges valent - Publ. Syr. 289 kaj Vilhar, 1991, стр.121.

²²² Во СССР членовите на семејството, лекарите, свештениците не само што немале привилегија да одбијат да сведочат против обвинетиот, туку одбивањето се сметало и за к.д. - Damaška, 2008a, стр. 204.

²²³ Zekavica, 2006, стр. 816-817.

се казнува поради кршење на кривичните норми, ако нему присилно му се одзема користа остварена од к.д., тогаш и државата треба да се казни кога органите на прогонот ги повредуваат процесните и материјалните норми, вклучително и да ѝ се оневозможи да се ползува со користа од таквите повреди. Не може за туѓиот криминал државата да гони перење пари, а од сопствениот да пере раце.

Идејата за метаправни принципи претпоставува постоење одредени вредности кои секој пишан закон мора да ги уважува, зашто во спротивно би бил неправеден. Мислителите и филозофи кои ги раздвојуваат илјадници години се сложни за тоа дека правото треба да се почитува,²²⁴ а за да биде добро треба да биде раководено од идејата за правдата и природното право.²²⁵ Без владеење на правото нема функционална држава, ниту почит за човековите слободи и права. Без него наместо еднакви правила за сите ќе има нееднаквост и нерамноправност.

Перовиќ ќе каже дека филозофијата на природното право ги надживеала сите векови за денес како рационална концепција да ни се претставува со името човекови права или права на човекот.²²⁶ Според Шкариќ штом предметот на уставното право се конципира од гледиште на природното право негово средиште претставуваат човековите слободи и права, а државната власт зазема споредно или изведено место. Таа не постои

²²⁴ Архонтот Солон (VI век пр. н. е.) прв ја востановил еднаквоста на граѓаните пред законот од чие време потекнува идејата за владеење на правото, додека Перикле се залагал за владеење на законите, односно за ограничување на власта на луѓето со помош на законите. За Платон нужно е луѓето да имаат закони и да живеат според закони, или воопшто нема да се разликуваат од најсвирепите свероци. За Аристотел (IV век пр. н. е.) добро уредување треба да се смета она во кое луѓето ги почитуваат постојните закони и во кое законите што луѓето ги почитуваат се добри. Тит Ливиј е познат по максимата владеењето на законите е помоќно од владеењето на луѓето, или законите пред сè, додека Цицерон по дефиницијата за државата како заедница која е во согласност со правото – за претходните види кај Шкариќ, 2015, стр. 153, 401-402 и кај Платон, Закони, стр. 364.

²²⁵ За Хиџија (V век пр. н. е.) природното право е постојано и неменливо, ги опфаќа сите напишани закони кои еднакво се почитуваат, за разлика од полисниот закон кој често се менува. Софистот Горгиа (V-IV век пр. н. е.) е приврзаник на пишаните закони кои се искусствен човекот производ и се разликуваат од напишаната справедливост која треба да биде нивна суштина. Правдата како вредност е повисока од нив, поважен е духот отколку словото на законот, а бара покрај законот секогаш да се уважува правичноста како негов коректив. Сенека (I век) пишува за природно, универзално право и универзален закон на кого „му припишува *божествена природа*“, односно „природно право е она кое природата, а не државата го обезбедува за сите луѓе“. Улпијан (II-III век) појаснува „Правото (*ius*) се изведува од правдата (*iustitia*); *правото е вештина на доброто и праведното*“. Според Августин (IV-V) без правдата државата станува разбојничка држава. За Тома Аквински (XIII) ако човечките закони не се во согласност со природното право, тоа не е право туку расипаност (корупција) на правото. Паскал (XVII) ќе рече „*тоа што треба*, се разликува од *тоа што е*: силата ја попречува правдата! Резултатот е историски парадоксален: не можејќи она што е праведно да се направи силно, направено е она што е силно да биде праведно. Бидејќи правдата не може да се осили, се оправдала силата...“. Френсис Бекон (XVI-XVII) разликува справедлив закон заснован врз правдата и правната еднаквост и формален закон, кој е таков само по облик, а не и по суштина, при што според него секој закон не е право, туку право е само справедливиот закон. Џон Лок (XVII) за основа на своето учење го зема природното право кое на луѓето им ги гарантира правото на слобода, еднаквост и сопственост, а неговиот конституционализам се заснова на концептот на ограничување и поделба на власта. Тој врши влијание и врз Монтеѕкје (XVIII) кој заклучува „правото е раководено од идејата за правда, која е вечна и не зависи од човековите конвенции... при што секогаш е подобар оној кој ја остварува својата цел со што помалку принуда и строги казни“. За Радбрух (XIX-XX) „Правото е стварност чијашто смисла е да и служи на правната вредност, на идејата за правото... Идејата за правото пак не може да биде ништо друго освен правда“ – за претходните види кај Камбовски, 2010, стр. 44-45, 48, 60, 70, 72-73, 76, 83, 96-97, 107, 109, 111, 113, 115, 118, 214, кај Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 29-30, 66 и кај Шкариќ, 2015, стр. 158.

²²⁶ Perović, 2006, стр. CXXXVIII.

сама за себе туку како фактор за заштита на човековите слободи и права и достоинството на човекот.²²⁷

Заедничка за сите нив е идејата за некакви природни, натправни принципи кои секаде и секогаш мора да важат. Разликата кај нив не е во тоа дали постои или не постои природно право, зашто за ова нешто нема несогласување, туку во начинот на објаснување и кои се тие вредности што ја прават суштината на правдата. Вообичаено пишуваат за две до три, при што најголем дел од нив ја признаваат еднаквоста како градивен елемент на правдата.

Без оглед што не сум приврзаник на теориите за природните права, се согласувам дека извршиле влијание на меѓународните документи за човекови права, дека тие документи, а не нешто друго, поставија дихотомија помеѓу индивидуата и државата, односно поставија бариера околу индивидуата преку која државата не смее да помине.²²⁸

Вака сфатени, инструментите за човекови права имплицитно бараат бришење на последиците од повредата на правата. Природното право повеќе се гледа како сојузник отколку противник на ексклузијата на доказите. Само треба да се најде мерата, правилниот сооднос, за издвојувањето да не ги поткопа принципите на кои се заснова, ако пр. се користи неодмерено во ситуации каде повредата на човековото право е толку тривијална што не може да ја оправда ексклузијата како вид на санкција.

Мора да прифатиме дека некојпат има голема разлика помеѓу една и друга повреда. Тие да се третираат идентично би било исто така неправедно. Неправедно е исти ситуации да се третираат различно, но и различни ситуации да се третираат исто.

Уште во претсократовскиот период во VI век пр. н. е. со појавата на Солон, Фалес, Хилон и др. односно семејството мудреци се јавува филозофско-правно учење чија основна идеја „е барањето мера во сите постапки и дела, како синоним за правдата, човековата природа и основите на законодавството“.²²⁹ За Аристотел праведното секогаш се наоѓа во некоја пропорција, а пропорцијата значи еднаквост во односите.²³⁰

Барањето мера значи да се има рамнотежа во постапувањето, однапред да не се зазема страна. Да се внимава на соодносот значи да се внимава на пропорционалноста, а да се прави баланс значи да се уважат и урамнотежат различните спротивставени вредности. Евалуацискиот процес не смее да биде произволен. И кај вагањето треба да постојат некакви правила, да се почитуваат одредени вредности за целиот процес да биде правичен. Треба да се стават на вага различните нешта, да се утврдат пропорциите, да се види балансот. Зашто правдата бара правично постапување со сите, но таа бара и казнување на сторителите на к.д. Ова претпоставува релативно, никако апсолутно ексклузивско правило.

3. Утилитаризам v. либерализам

Може да се каже дека утилитаризмот го претставува општиот интерес на мнозинството или јавниот интерес на општеството, додека либерализмот поединечниот интерес согледан низ призма на индивидуалните човекови слободи и права.

Во различните етички учења правилноста или погрешноста на едно дело се бара или во природата на самото дело (убиството и кражбата во принцип се погрешни независно од последиците) или во резултатот што произлегува од самото дело (убиството и кражбата се погрешни поради лошите последици што можат да ги предизвикаат). Утилитаризмот е теорија ориентирана кон последиците и според неа од делата што ни се

²²⁷ Шкарик, 2015, стр. 21.

²²⁸ Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 72-73.

²²⁹ Камбовски, 2010, стр. 56.

²³⁰ Petrović, 2005, стр. LXXX.

достапни, треба да го направиме тоа што ќе донесе најмногу среќа или најмалку несреќа.²³¹

Утилитаризмот е учење според кое исправно е она дејствие што доведува до унапредување на среќата. Ако има две можности треба да се избере таа што ја зголемува среќата на поголем број луѓе.²³² Применето на нашиот предмет, ако едната можност е да се издвојат доказите по цена да се ослободи и по некој виновен, а другата никогаш да нема издвојување на релевантни но неправично прибрани докази, на прв поглед изгледа сосема јасно која опција ќе победи. Ослободувањето на виновниците секогаш предизвикува незадоволство кај неутралното мнозинство, посебно ако до тоа се дојде како резултат на намерно апстрахирање битен доказ. Од друга страна казнувањето на виновникот, па било до тоа да дошло со доказ кој е прибран на незаконит начин ако од друга страна е точен и веродостоен, не создава толкав душевен немир, зошто на крајот на краиштата навистина човекот си бил виновен за она за што бил осуден. Не случајно Бентам, најголемиот поборник на утилитаризмот е строго против издвојувањето на доказите, освен кога е доведена во прашање нивната веродостојност.²³³ Негова идеја водилка е дека целта на кривичната постапка е да се дојде до правилен (точен) исход,²³⁴ а судијата не смее да биде ни пријател ни непријател на обвинетиот, туку само пријател на вистината и законот.²³⁵

„Сè може да се даде како доказ; најдобро ќе биде задоволен интересот на правдата ако не се постават ограничувања за тоа кои докази може да се поднесат во суд. Секое отстапување од овој идеал мора посебно да се оправда“,²³⁶ „доказите се основа на правдата: да се исклучат доказите, значи да се исклучи правдата“.²³⁷

Оттука не случајно и за пресумпцијата на невиност смета дека е како создадена да ги штити криминалците, а не обичните луѓе, а за правото на молчење вели

„Ако сите криминалци од секаков вид се собираат, и формулираат систем според нивните желби, не е ли ова правило првото кое тие ќе го воведат за сопствена заштита? Невиниот никогаш нема да извлече полза од него. Невиниот бара право да зборува, а виновникот се повикува на привилегијата да молчи“.²³⁸

²³¹ Мил, 2014, Вовед на уредникот, стр. IX; Докинс, 2015, стр. 265-266 - филозофите на моралот... самите си се класифицираат на повеќе начини, но во современата терминологија, главната поделба е меѓу 'деонтолозите' (каков што е Кант) и 'консеквенцијалистите' (вклучувајќи ги тука и 'утилитаристите'...). Деонтологијата е елегантен назив за убедувањето според кое чувството за морал се состои од почитување правила. Овде буквално станува збор за наука за должноста, од грчкиот израз за 'нешто кое е обврзувачко'... Апсолутистите веруваат дека постојат апсолути за правилното и за погрешното, императиви чија ригорозност воопшто не ги споменува нивните последици. Консеквенцијалистите прагматички сметаат дека моралноста на дадена постапка треба да се оценува според нејзините последици, односно консеквенции. Верзија на консеквенцијализмот е утилитаризмот.

²³² Сулејманов, 2013, стр. 529; Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 76, 79 - доколку правата се користат заради зголемување на задоволството и минимизирање на болката, тие треба да бидат задржани; во спротивно, треба да бидат заменети... можеме да заклучиме дека најслабата точка на утилитаристичката теорија е дека човековите права можат да бидат жртвувани за она што се тврди дека е агрегатен интерес.

²³³ Mirfield, 1997, стр. 9.

²³⁴ Калајџијев, 2004, стр. 25.

²³⁵ Moračić, 1971, стр. 454.

²³⁶ Bentham, 1827, Rationale of Evidence, vol V, p. 1 кај Биџак, 1995, стр. 2

²³⁷ J. Bentham, A Rationale of Judicial Evidence, bk. 9, ch. 3, at 490 (1827) кај Илиќ Димоски, 2014, стр. 316 и кај Jackson/ Summers, 2012, стр. 33, 327.

²³⁸ J. Bentham, A Treatise on Judicial Evidence, ed. E. Dumont (London: Baldwin, Craddock and Joy, 1825), 241 - кај Mirfield, 1997, стр. 242 и кај Jackson/ Summers, 2012, стр. 242.

Таков противник е и Бекарија кој смета дека тие што молчат треба посторо да се казнат и така да се оневозможат да ја избегнуваат граѓанската должност, за разлика од Хобс кој смета дека никој не може да се принуди да се обвини себеси.²³⁹

Но, дали може само вака едноставно да се постават работите. Привлечно, па и заведувачки изгледа сфаќањето дека загубата на еден лесно може да биде надвлалеана од користа на многуте. Но, ако тој еден е невин, тогаш и многумината може да се најдат во иста таква ситуација кога нивната загуба нема ништо да вреди за другите. Проблемот е што на почетокот не знаеме дали тој еден е виновен или не е. Кога би знаеле не би спореле со утилитаристичкиот принцип, зашто тогаш практично и да нема штета за него од употреба на незаконитите докази. Едноставно со нив се остварува правдата, а без нив може да дојде дури и до неправда. Работата е што дури на крај се утврдува она што не го знаеме. Затоа секое ограничување на туѓите слободи и права на почетокот треба да се избегне или ако е неопходно да биде минимално. Горното утилитаристичко гледиште подразбира полиција која никогаш не греша, нешто што знаеме дека не постои во пракса. Незаконит доказ укажува дека постои реч се проблем со доказот или незаконитост во неговото прибавување. Што е со сите ситуации кога незаконит претрес е направен врз некој кај кого не ќе биде најден доказ за к.д. и е невин. Дали неутралните би прифатиле можност и тие да се најдат во ваква ситуација, полицијата сомничејќи ги (по грешка мислејќи дека се виновни за нешто) спротивно на закон да им ограничи некакво право. Дали тоа ќе ја зголеми нивната среќа, односно вкупната среќа на целото општество. Зависи од тоа колку греша полицијата. Една работа е ослободувањето на виновниците со која никој не е среќен и задоволен. Но, друга работа е можноста да се негираат правата и на невините сè со цел да се осигуриме дека сите виновни ќе одат во затвор. Овде имаме судир на две цели, па прашањето е која е повеќе подобна да ја зголеми среќата или да ја намали несреќата на општеството. Првата, сите виновни да одат во затвор по цена и на невините да им се ограничат слободите и правата или втората, понекој виновен да остане на слобода ако тоа е лекот невините да не трпат од преагилното работење на полицијата.

Некој ќе рече дека не ги знаеме сите променливи за да дадеме сопствен суд по прашањето со што би било среќно мнозинството. Но и на таквите приговори утилитаризмот одговорил дека минатото искуство е многу сигурен водич во новите ситуации, а од тоа искуство зависат сета мудрост и моралност на животот.²⁴⁰

Ако е така, луѓето со тек на време сфатиле дека неправото малку веројатно доведува до општа среќа, а е погодно да ја зголеми несреќата. Не случајно сите тие мислителите и филозофи пишуваат колку е важно владеењето на правото, што дури и државите го поставиле како врвен принцип на модерните демократии. Тогаш постапувањето во спротивност со правото при обезбедувањето на доказите несомнено

²³⁹ С. Beccaria, *On Crimes and Punishments and Other Writings*, ed. R. Bellamy, trans. R. Davies (Cambridge University Press, 1995) ch. 38, 98 и Т. Hobbes, *Leviathan* (Harmondsworth: Penguin, 1651, 1968) ch. XXI, 269 кај Jackson/ Summers, 2012, стр. 19.

²⁴⁰ Мил, 2014, Вовед на уредникот, стр. XI и XII - „дека луѓето често немаат време да ги дознаат информациите потребни за утилитаристичката пресметка, Мил одговара дека не постои разлог да се претпостави дека собирањето информации мора да почнува од почеток за секоја посебна одлука. Штом ќе процените дека минатото искуство е многу сигурен водич во новите ситуации, сфаќаме дека имало доволно време [за собирање информации], имено, во текот на целото минато постоење на човечкиот род“; Мил, 2014, стр. 24 - „Во текот на целиот тој период, преку искуството, човештвото ги учело тенденциите на дејствата; а од тоа искуство зависат сета мудрост и моралност на животот. Луѓето зборуваат како почетокот на ваквиот тек на искуството да бил досега одложуван и како во моментот кога човекот ќе биде во искушение да посегне по имотот или по животот на некој друг, да треба прв пат да почне да размислува дали убиството и кражбата се штетни за човековата среќа.

би дошло во судир со утилитаристичкиот принцип, што ќе рече и утилитаризмот не прифаќа кршење на човековите слободи и права по секоја цена.²⁴¹

Слободно можеме да кажеме, штом законите се носат од името на сите, општ општествен интерес е тие да се почитуваат. Ако утилитаристички мотив е да се почитуваат, тогаш законите треба да се почитуваат од сите, од граѓаните и од државата.

Очигледно институтот незаконити докази нема да е во конфликт со утилитаризмот само при сторени масовни повреди на човековите слободи и права како по примерите на полициските држави или кај нас со неколкугодишното незаконско прислушување на огромен број луѓе. За останатите ситуации утилитаристот би бил резервиран. Институтот незаконити докази ја намалува доказната фонтана од која судот црпи докази со кои ја објаснува фактичката состојба, на која ги надоврзува правилната примена на материјалното право и заслужената санкција. Од аспект на материјалната правда дури може да се гледа како на непотребен формализам ослободување виновно лице бидејќи клучниот доказ против него бил издвоен заради некаква процесна повреда. Одлуката нема да биде правилна, во општеството ќе шета лице кое попрво треба да биде затворено.

Формата соодветствува со потребата за сигурност, придржувањето на формата исклучува арбитражност и самоволие на државните органи и е една од најсилните гаранции за заштита на правата на граѓаните и интересите на општествената заедница. Од друга страна таа не смее да се претвори во своја спротивност и да му овозможи на обвинетиот да ја избегне одговорноста или да ја одолговлекува постапката.²⁴²

„Отстапувањето од процесната форма е дозволено кога во околностите од одреден предмет важноста од добивање исправна мериторна одлука ги натфрла неповолните последици од отстапување од некое правило... Фактот што начинот на кој е изнудено признанието претставува повреда на постапка и потпаѓа под дефиницијата на злочин не значи нужно дека отстапувањето и од процесните и од материјално правните норми не е оправдано во конкретна ситуација. Можеби државниот интерес за правилно решавање конкретен предмет треба да се рангира така високо да потребата од информации претставува прифатливо утилитаристичко оправдување за кршење на обете норми“.²⁴³

Ако институтот незаконити докази по правило не може да биде дете на утилитаризмот, да видиме дали тој е дел на либералната природно-научна правна мисла. Дали последната алка во низата која недостасуваше или финалниот дел на мозаикот е токму либерализмот, без кој не ќе можел да се роди институтот што е предмет на наш интерес.

Либерализмот поаѓа и завршува со правата на човекот. Поединецот е пред државата. За него се битни две нишки.

²⁴¹ Мил, 2014, Вовед на уредникот, стр. XIV - „За едно дело да биде неправедно, тврди Мил, не само што тоа мора да биде погрешно туку, исто така, мора да ги прекршува правата на една личност, со други зборови, мора да го попречи нејзиното ‘валидно барање [што го има личноста] општеството да ја заштити при поседувањето [на нешто] или со силата на законот или со силата на образованието и на јавното мислење“; Мил, 2014, стр. 56-57 - „Кога нешто ќе наречеме право на некоја личност, тоа значи дека личноста има валидно барање општеството да ја заштити во уживањето на тоа право со примена на закон или преку силата на образованието и на јавното мислење. Ако личноста, според нас, има соодветно барање, според која било основа, општеството нешто да ѝ гарантира, велиме дека таа има право на тоа. Ако посакуваме да докажеме дека нешто не ѝ припаѓа според некое право, тоа се потврдува штом се признае дека општеството не треба да преземе мерки за да ѝ го обезбеди тоа, туку треба да го препушти на случајноста или на нејзините напори“.

²⁴² Матовски, 2003, стр. 15-16.

²⁴³ Damaška, 2008a, стр. 158, 188 - ова не е личен став на Дамашка, само го користи при објаснување на постапката на активистичката држава. Во неа процесната повреда е битна, исто и проблемот со незаконити докази само тогаш кога фрлаат сомнеж во исправноста на одлуката.

Првата, дека луѓето се раѓаат слободни и еднакви во достоинство и права, со сите права и слободи кои им припаѓаат на сите луѓе,²⁴⁴ државната волја не е извор на човековите права, таа не може на поединецот да му ги одземе зашто не му ги ни подарила, ниту тој може да се откаже од нив,²⁴⁵ а нивната подоцнежна нееднаквост е производ на околностите.²⁴⁶

Втората, човековите слободи и права се едни од столбовите на уставниот поредок на демократските држави во кои се воспоставува систем на државна власт токму во функција на нивна заштита,²⁴⁷ државите ги озакопуваат, спроведуваат и штитат човековите слободи и права,²⁴⁸ а нивното запишување во уставите и законите нема конститутивен туку декларативен карактер, бидејќи со тоа само се потврдува она што и без формалното признание постои.²⁴⁹ Ако држава не успева во тоа, се губи смислата на нејзиното постоење. Ако таа не е во состојба да го почитува општествениот договор, тогаш не треба ни да постои, зашто таа не постои заради самата себе, туку за да ги штити човековите слободи и права. Примарната цел на правото е остварување и заштита на човековите слободи и права, а штом е така сите други правни цели се подредени на таа основна, примарна цел.²⁵⁰

Оттука, нема спор дека главен мецена и заштитник на човековите слободи и права е либерализмот. „Слободите и правата доаѓаат до целосен израз во либерално-демократската концепција за државата“,²⁵¹ а човековото достоинство има примарна улога во модерните либерални демократии, дотаму што се гледа како некаков метапринцип, не само основно човеково право, туку темел за сите основни права.²⁵²

Иако е така сега, не било порано. Не можеме да зборуваме за дигнитет на човекот во периоди кога цели групи не поседувале никакви права (робовите од античко време до укинувањето на ропството во XIX век), кога луѓето биле ставани на тортура (од XII до XIX век), кога не биле еднакви едни со други во правата (до втората половина на XX век, пр. сиромашните со богатите, жените немале право да се образуваат, немале избирачко право и сл.) итн.

Калб посочува труд во кој биле анализирани 900 пресуди на ВСС донесени во XVIII, XIX и XX век во кои бил содржан зборот „достоинство“. Во текот на XVIII и XIX овој збор се споменувал само во контекст на државата или судовите. Дури во 40-тите години на XX век, деценијата на Втората светска војна и на УДЧП зборот „достоинство“ се поврзува со личностите, како нешто што го поседуваат поединци.²⁵³

„Добрите закони се создаваат од лошите обичаи“.²⁵⁴ Изгледа во право е Ниче, кога пишува „Копнежот го зголемува тоа што се посакува; тој нараснува од неговото неисполнување – најголемите идеи се оние кои ги создал најжестокиот и најдолг копнеж.

²⁴⁴ Hrženjak, J. (1999) *Kratki osvrt na razvoj ljudskih prava, Vodič kroz ljudska prava*, Centar za direktnu zaštitu ljudskih prava, Zagreb, стр. 7 кај Kiurski/ Antonijević, 2014, стр. 43.

²⁴⁵ Gajin, S. (2011) *Ljudska prava, Pravno-sistemska okvir*, „Dosije studio“, Beograd, стр.15-16 кај Kiurski/ Antonijević, 2014, стр. 43.

²⁴⁶ Расел, 1998, стр. 540.

²⁴⁷ Шкариќ/ Силјановска-Давкова, 2009, стр. 6, 19.

²⁴⁸ Hrženjak, J. (1999) *Kratki osvrt na razvoj ljudskih prava, Vodič kroz ljudska prava*, Centar za direktnu zaštitu ljudskih prava, Zagreb, стр. 7 кај Kiurski/ Antonijević, 2014, стр. 43.

²⁴⁹ Gajin, S. (2011) *Ljudska prava, Pravno-sistemska okvir*, „Dosije studio“, Beograd, стр.15-16 кај Kiurski/ Antonijević, 2014, стр. 43.

²⁵⁰ Види и Радбрух, 2008, стр. 82 и Камбовски, 2010, стр. 258.

²⁵¹ Шкариќ, 2015, стр. 453-454; Шкариќ/ Силјановска-Давкова, 2009, стр. 354.

²⁵² Маричиќ/ Стојковски/ Близнаковска/ Конески/ Сигнес де Меса, 2014, стр. 40.

²⁵³ Judith Resnik & Julie Chi-hye Suk, *Adding Insult to Injury: Questioning the Role of Dignity in Conceptions of Sovereignty*, 55 *Stan. L. Rev.* 1921, 1934 (2003) кај Kalb, 2011, стр. 1726.

²⁵⁴ *Leges bonae malis ex moribus procreantur* - Vilhar, 1991, стр. 145

Колку повеќе расте нашето копнеење за нештата, толку поголема вредност им придаваме на тие нешта: доколку „моралните вредности“ станале највисоки вредности, тогаш тоа значи дека моралниот идеал бил најмалку остварен“.²⁵⁵

Природното право во својата вековна еволуција имало два вида на постоење. Првиот се огледува во филозофскиот опус со сиот свој спектар на различни мислења и концепции, а вториот во современите меѓународни конвенции и декларации, чија пак теориска основа претставува неговата рационална концепција.²⁵⁶ Корпусот на човекови права се заснова на природно-правната доктрина,²⁵⁷ а изразот правично судење (fair trial) „се пробива во поново време и во суштина се поклопува со концептите за природната правда и правичната постапка“.²⁵⁸

Несомнено тоа е така, ако се прочитаат преамбулите на основните меѓународни акти за човекови права. Кај сите нив појдовна била идејата за природно-правниот карактер на човековите права, неутуѓивоста, вроденото достоинство и еднаквоста помеѓу луѓето.²⁵⁹ Како декларативни норми тие се еден вид политички манифест зашто упатуваат на корените од минатото, ги исцртуваат патеките на сегашноста и ги претставуваат стремежите за иднината на човештвото.

Видовме дека либерализмот гледа на човековите права како елемент на природната преддржавна состојба, како причина за постоење на државата зашто нејзина исклучива задача е да обезбеди нивно безусловно почитување, како примарна цел на правото на која треба да бидат подредени сите негови други цели.

Ако е така секако незаконито зафаќање на човековите слободи и права треба да се забрани и санкционира, односно безусловно да се спречи, а со тоа и да се оневозможи користење на плодовите добиени со нивна повреда.

Оттука можеби последната непозната алка во низата „сентиментална фаза -> акузаторна постапка -> бранител -> -?-“ која недостасуваше за да се комплетира мозаикот е токму либерализмот, без кој не ќе можел да заживее и да се развие институтот што е предмет на наш интерес.

4. Резиме

Зошто спротивставени концепции? Сметам дека основниот пристап кон прашањето за незаконитите докази, во прв план треба да биде дедуктивен и аналитички, од општо кон посебно. Индуктивниот и синтетичкиот пристап треба да биде помошен кој преку практиката од посебните случаи ќе може да ги исцрта предностите и недостатоците кај претходно воспоставената рамка за незаконитите докази, имено како таа да се менува и подобрува.

Законодавецот е тој кој треба да ги даде контурите, рамките во кои судиите ќе се движат. Ако нема граници ќе постојат различни решенија, разни оградувања против ексклузијата или оправдувања на издвојувањата во судските одлуки. За вакво битно прашање треба став кој нема да „се однесува на нешто поединечно, туку на нешто идно и општо“, донесен „по долго размислување“, на кој не влијаат „пријателската наклонетост или омразата... сопствената заинтересираност“.²⁶⁰ Овие особини ги красат законите.

²⁵⁵ Ниче, 2008, стр. 40.

²⁵⁶ Perović, 2006, стр. XXXII-XXXIII.

²⁵⁷ Beljanski, 2001, стр. 21.

²⁵⁸ Калајчиев, 2004, стр. 22.

²⁵⁹ Види преамбули на УДЧП, МПГПП, ЕКЧП, АКЧП, АПЧП, АДЧП и Повелба за основни права на ЕУ.

²⁶⁰ Аристотел, 2010, стр. 10.

Прашањето за недозволените докази не е само процесно прашање кое може да се остави на судовите. Во ова ново време на конституционализација на кривичната постапка, токму по ова прашање јасно се исцртува судирот на меѓународните и уставните норми кои ги гарантираат човековите слободи и права на една страна, со процесното право што треба да обезбеди оживотворување на нормите на материјалното казнено право кои исто така меѓу другото служат за заштита на истите тие човекови слободи и права.

„Кривичниот процес беше и веројатно ќе продолжи да биде важен форум во борбата за граѓанските права“,²⁶¹ а „...ниту една нација не би можела да се соочи или, пак, да ги дефинира своите избори без морален компас, кој ќе го определува курсот низ двосмисленостите на реалноста...“.²⁶² Затоа може да се прифати како точно тврдењето дека „одлуката да се поддржи одреден пристап во однос на ексклузивното правило... делумно е политички избор“.²⁶³ Тоа очигледно не е само легислативна техника, туку и прашање од начелна природа.

Претходно во оваа глава видовме, од позитивистичка гледна точка исклучувањето на незаконитите докази може да се брани ако така предвидува законот. За позитивизмот битно е прописот да е општ, да важи подеднакво за сите и да е донесен од надлежен орган. Позитивизмот не ја оценува моралната основа на законската одредба. За разлика од него природно-правната теорија бара прописот да не ѝ противречи на идејата на правдата. Но, овде проблем е да се изгради став како да постапуваме со незаконитите докази врз база на оваа теорија. Исклучиво процедуралното гледиште (теоријата за процедурална правда на Роулс) бара да не постапуваме со осомничените неправедно затоа што тие сториле неправда. Оваа би ги исклучила незаконитите докази. Правдата базирана на материјалниот принцип (виновниот сторител навистина да одговара), би прифатила употреба на вакви докази, ако спротивното би оставило простор обвинителството да не може да го докаже случајот и виновниот да остане на слобода. За утилитаризмот битна е целта која се имала во вид при донесување на соодветното правило (што се сакало да се постигне). Ако целта е дисциплинирање на органите на прогонот тогаш доказите до кои тие дошле со кршење на процедурите би биле неприфатливи. Значи нема едно решение, еден излез од овој магичен круг.

Бездруго мора да имаме мапа за нашиот пат. Не може само да претставуваме како е во една држава, па во друга, туку од старт треба да претставиме теорија или модел кои ќе ни бидат водич преку кој ќе ги објаснуваме нашите тези и заклучоци. Овде ќе го претставам мојот водич.

Ако целта на секоја постапка е правилна примена на казненото право, а за такво нешто потребно е да се знаат сите факти, тогаш природно постапката треба така да се конструира за да ги привлече кон себе сите релевантни и веродостојни докази, а да ги одбие оние кои ја оптоваруваат со небитни и погрешни информации. Во тој контекст прифатливоста на доказите треба да биде правило, а издвојувањето аномалија. Не треба да има ништо спорно во постоење ексклузивно правило кое *ex lege* ќе забрани нерелевантни и неверодостојни докази. Едно такво правило ќе не приближи до материјалната вистина.

Каква цена сме спремни да платиме за да дојдеме до вистината? Не секаква. Ако одговорот со кој повеќето би се согласиле е како овој, тогаш покрај првото, ќе ни треба второ, можеби и трето корективно правило. Тие ќе треба да спречат во постапката да

²⁶¹ Packer, 1964, стр. 65.

²⁶² Кисинџер, 2016, стр. 103.

²⁶³ A. Ashworth and M. Redmayne, *The Criminal Process*, 3rd ed. (Oxford University Press: Oxford, 2005) at. 328 кај Giannouloupoulos, 2007, стр. 212.

навлезат докази кои успеале да ја поминат првата гранична линија зашто биле релевантни и веродостојни, а сепак се непожелни.

Не се пожелни зашто не сме спремни да ја платиме цената за нив. Кои се тие докази? Тука се сите оние докази кои во различните правни системи се издвојуваат заради незаконитости и повреди сторени при нивното обезбедување, па може да направат поголема штета врз правосудниот систем и перцепцијата на граѓаните за тоа како се спроведува правдата.

Судовите треба да инспирираат доверба во јавноста и затоа правдата не треба само да се спроведува, туку и да се види како се спроведува.²⁶⁴ Појавноста има неизмерно значење за довербата која судовите ја влеваат во јавноста. Оттаму, правилото треба да биде такво што ќе обезбеди да се издвојат само доказите чие прифаќање би направило поголема штета, отколку обратно. Прашање е дали такво нешто може да се обезбеди само со *ex lege* правило. Сметам дека не може и затоа условите за примена на второто или третото правило треба да бидат делум оставени и на судовите, секако со однапред зададени законски критериуми.

Тоа е така зашто принципите треба да ги постави законодавството во една држава, а не судовите. Поедноставно ќе е законодавецот да претстави општи ексклузивски принципи кои ќе важат за секакви случаи, отколку судот, кому ќе му биде неизмерно потешко да креира такви (колку и да изгледаат оправдани во вакуум), штом ќе се соочи со фактот дека во конкретниот случај што го разгледува, ќе доведат до ослободување на виновен сторител. Хипотетичната одлука која ќе ја донесе законодавецот, несомнено е полесна бидејќи не го доведува во состојба на сериозна nelaгодност внатрешното чувство за правда како сознанието на оној што ја донел судската пресуда дека токму таа овозможила сторител на тешко к.д. да ја избегне правдата, односно дека нема да има правда ни за жртвата ни спрема сторителот.

Впрочем слично се уредуваат глобалните односи меѓу државите. Постојат геостратешки и геополитички прашања и интереси, пр. проширувањето на НАТО на исток, промовирањето на либералната демократија во Африка и Азија, нешто што е различно од секојдневните економски односи помеѓу државите. Не ги оправдувам или критикувам горните стратешки цели, дадени се како пример, само посочувам дека државата може или да ги прифати или да не ги прифати и потоа водејќи се од прифатените од неа глобални цели, да ги презема дејствијата на дневна основа. Притоа ќе има периоди кога поради таквите цели ќе треба да поднесува жртви, но ќе има и периоди кога ќе стекнува придобивки.

Прашањето за незаконитите докази е еден вид стратешко прашање во доказното право. Кривичната постапка најпрво треба да реши, дали ќе ги почитува човековите слободи и права рамноправно спрема сите и нив ќе им даде предност или ќе го штити јавниот поредок па тој ќе има предимство. Ако се реши за еден балансиран пристап, повторно треба да одлучи до каде може да одат отстапките. Дали ќе има човеково право кое не ќе смее да се компромитира за ништо или сè ќе е предмет на вагање. Ако има такво право кое ќе биде тоа.

Значи, првата одлука мора да биде општа, донесена апстрактно без да се навлегува во сентиментите од поединечниот случај. Тој товар треба да го понесе парламентот во процесот на осмислување и донесување на законот.

²⁶⁴ Delcourt v. Belgium, A. no. 2689/65, 17.1.1970 § 31; De Cubber v. Belgium, A. no.9186/80, 26.10.1984, § 26; Panovits v. Cyprus, A. no. 4268/04, 11.12.2008, § 94; Micallef v. Malta, A. no. 17056/06, 15.10.2009, § 98; Lisica v. Croatia, A. no. 20100/06, 25.2.2010, § 56; D.J. v. Croatia, A. no. 42418/10, 24.7.2012, § 101; Trechsel, 2005, стр. 63, 120; Schabas, 2015, стр. 294, 296.

Не може да оставиме сè на судска проценка во даден, поединечен случај. Така, нема да постои правна сигурност, зашто она што ќе биде неправично и недозволено во еден суд, може да биде правично во друг суд. Во такви услови не ќе може да се каже дека владее правото. Затоа, правичноста мора да биде коректив на општата норма, а не целосно да ја замени.²⁶⁵

Постојат спротивставени тенденции.

а) материјална вистина	б) процедурална правичност
в) јавен интерес	г) човекови права

Табела 1

На јавниот интерес се гледа како на легитимен ограничувач на индивидуалните слободи и права на човекот во едно општество, но истовремено се прифаќа и дека тој не е секогаш на страната на државата во конфликтот со правата.²⁶⁶ И нашиот Уставен суд смета дека јавен интерес претставува заштитата на основните слободи и права на човекот и граѓанинот признати со меѓународното право и утврдени со Уставот, како и владеењето на правото,²⁶⁷ така што може да се каже дека во овој дел работите се измешани.²⁶⁸ Дополнителен проблем кај балансирањето е што

„Јавниот интерес може да се сфати како интереси кои ги поврзуваат луѓето што живеат заедно, независно од нивните индивидуални или групни интереси, со тоа што правата претставуваат ‘заштитени’, но не и привилегирани, општествени интереси. Бидејќи и правата и општествените добра се само различни видови на *prima facie*, подеднакво важни општествени интереси, за ниту едно од нив не се смета дека има првенство над другото и секое треба да биде балансирано во специфичниот контекст од кој настанал конфликтот... централниот проблем со ‘моделот на баланс’ е тоа што тој предлага одмерување на правата и општествените добра со што не само што правата се деградираат и се сведуваат на обични интереси, туку и бара од судиите, кои не се соодветно оспособени да одлучуваат што е јавен интерес, постојано да се повлекуваат пред несудските определби за тоа како треба да се утврди балансот меѓу нив. Крајниот

²⁶⁵ Правичноста... важна за примена на правото... не претставува создавање норми, туку правилна примена на дискреционата власт на судијата и правилна примена на интерпретативните и корективни овластувања кои му се дадени на судијата (Vasiljević, 1971, стр. 28). Ако нормата не води кон праведни консеквенци треба да се приспособи преку вредносно толкување и критериумот на правичноста, засновани врз гледиштето дека законот се раководел од идејата за правда и дека правичното решение не е во колизија со таквата идеја (Камбовски, 2010, стр. 246). Аристотел го издвојува поимот на правичноста како коректив на апстрактните норми на позитивното право. Законите имаат недостатоци, а поради својата општост може да доведат до неправда во конкретен случај. Тие не може сè да регулираат, па затоа е нужна правичноста како дополна на законот (Чокревски/ Китаноски, 2007, стр. 75, Камбовски, 2010, стр. 66, Благојевић, 2005, стр. 248) или како што бара Дворкин повикување на правните принципи при отсуство на правни правила или нивна несовершенство (Благојевић, 2005, стр. 30).

²⁶⁶ Казненото право, иако од една страна традиционално го штити јавниот интерес за безбедност, јавен ред и мир, а кривичната постапка е практично инструмент за обезбедување на овие интереси, од друга страна пак, самиот јавен интерес исто толку го препознаваме и во идејата за заштитата на индивидуалните права, а особено ако се има во вид можноста од грешки и злоупотреби во текот на кривичната постапка, што нужно бара да се акцентира правото на поединецот на правична постапка, заштита на приватноста, заштитата од тортура, кои иако некогаш се препознавале како поединечен интерес, денес во модерното сфаќање за владеењето на правото се издигаат на ниво на заеднички интерес кој дури можеби и има предност пред општиот интерес за безбедност - Илиќ Димоски/ Хаџи-Зафиров, 2015, стр. 9.

²⁶⁷ УСРСМ У.бр.247/20 од 25.5.2021 г., § 5.

²⁶⁸ Слично и законодавецот според кој: Под поимот јавен интерес... се подразбира заштита на основните слободи и права на човекот и граѓанинот признати со меѓународното право и утврдени со Уставот на РМ, спречување на ризиците за здравјето, одбраната и безбедноста, заштита на животната средина и на природата, заштита на сопственоста и на слободата на пазарот и претприемништвото, владеење на правото и спречување на криминалот и корупцијата - чл. 2 ст. 6 од Законот за заштита на укажувачи.

резултат е поткопување на обидот да се втемелат правата, што е фундаментална цел на документите за човековите права, каква што е и Конвенцијата“.²⁶⁹

Лесно е кога доказот *per se* или по начинот на прибавување се коси со сè. Пр. со тортура се добива исказ за кој постои веројатност дека не е точен (а), општеството нема никаков интерес од погрешни осуди (в), таа толку шокира, згрозува, обесправува што нема потреба од други објаснувања (б и г). Овде спротивностите се привлекуваат и го анулираат доказот, зашто одлуката добиена со тортура покрај што е добиена во неправична постапка е неправедна.

Но, во други ситуации решението не е толку едноставно. Ние мора да решиме во каква држава сакаме да живееме. Да позајиме мисла од физиката „Еден закон не е закон ако се применува само понекогаш“.²⁷⁰ Правото ќе важи за сите подеднакво или нема да може да се нарече право.

Одговорот на сите овие тези, природно ќе се наметне во финалните заклучоци на овој труд. Сега за сега е доволно да потсетиме дека модерната научна мисла на проблемот со незаконитите докази гледа како на еден вид конституционализација на казненото право или навлегување на уставното право во сферата на казненото право. Фронтот во судирот на уставното со казненото право се токму доказите добиени со повреда на правата на граѓаните.²⁷¹ Не е тајна дека многу често потребата да се осуди сторителот (*crime control*) доведувало до тоа да се прегази идеалот на правична постапка (*due process*). Дали мора да е така, дали вреди да се дојде до праведна одлука во материјална смисла преку незаконити докази. Дали неправична постапка може да генерира праведна одлука, или не ќе може исто како што загаден извор не може да даде чиста вода.

Либерализмот е нишката која ја баравме. Тој со воведување цела редица човекови слободи и права, со сите свои гаранции за нив, нужно бара исклучување на ефектите од кршењето на тие слободи и права. Сè друго би било лицемерие, зашто да се даде некакво право, но не и правен лек или заштита кога некој ќе го повреди е исто како воопшто да не е дадено. Дури и полошо, зашто почесно ќе било во прв ред да не се дадело такво право.²⁷²

Сумарно по овој прв теоретски дел на трудот би завршил со тоа дека институтот незаконити докази подобро може да се развива во *due process* отколку во *crime control* држава, во држава во која правото влече корени од природното право и во држава со изразена либерална наспроти утилитаристичка идеологија. По се изгледа се појавил 1) во либералните држави, 2) кога инквизиторната постапка и легалната теорија на доказите

²⁶⁹ A. McHarg, 'Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights', *Modern Law Review* 62 (1999), 671-696 кај Грир, 2009, стр. 206-207.

²⁷⁰ Хокинг, 2019, стр. 62.

²⁷¹ Кривичните постапки денес се гледаат како форум за остварување на режимот на човековите права, дизајнирани да ги ограничат државните овластувања пошироко. На листата гаранции за фер судење се додаваат и правата што го штитат телесниот и моралниот интегритет и особено арбитражното зафаќање во слободата и приватноста на поединецот. Државните овластувања за примена на сила, апсење, претреси и надзор денес се на листата на фундаменталните човекови права заштитени со уставите и меѓународните инструменти за човековите права. Повредата на кое било од овие права може да претставува причина за исклучување на противправно прибавените докази од кривичните судења и покрај тоа што тие самите по себе може да бидат веродостојни - Матовски/ Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев, 2009, стр. 59-60.

²⁷² Имено, ако јас имам право кое државата може без последици да ми го ограничи, тогаш тоа е исто како да немам такво право. Доколку од една страна се тврди дека мојот дом е неповредлив, а од друга страна им се дозволи на претставниците на државата самоволно без судски налог да влезат во него, па уште и да ги употребат доказите до кои дошле на таков начин и во постапка која државата ја води против мене, тогаш тоа е исто како јас да немам право на неповредливост на мојот дом. Инаку во што би била смислата на таквото право. Би ја немало, правото би било бесмислено, а неговото пропишување хипокризија.

веќе биле напуштени, 3) кога сентименталната фаза на пресудување го зазела своето место, 4) во акузаторната постапка, од каде делумно бил пренесен и во мешовитата, 5) дури откако бранителот се здобил со право да го брани обвинетиот во судската постапка после што се изборил за востановување и на овој институт.

Дамашка опишувајќи го историскиот развој на кривичното правосудство во common law и континенталните држави, посебно причините за негативниот став на континенталните држави спрема консензуалната правда (спогодбите) како еден од факторите за проширување на правата на одбраната, вклучително и ексклузија на незаконитите докази ја посочува грижата за зачувување на човековите права.²⁷³

Основна идеја на либерализмот е заштита на поединецот од државата, од државната моќ, арбитражност и самоволие. Утилитаризмот неизбежно води до подреденост на човекот на општеството, а водечка идеја на позитивизмот е државата пред сè.²⁷⁴

Но, освен либералистичките тенденции, несомнено улога морало да има јакнењето на економската моќ на населението и развојот на средната градска класа, без кои либералната филозофија ќе останела само теоретско размислување на филозофите. Илузорно би било да се мисли дека робовите од стариот век, бедните кметови од средниот век, работниците кои во првите индустриски општества извршувале ропска работа од утро до ноќ или неписмените селани кои ја сочинувале главнината од населението до средината на XX век, би имале средства и знаење да ангажираат бранител кој би можел да се грижи за нивните права, дури и ако формално имале право на тоа. Фрапантни се фактите за светот до првата половина од XX век.²⁷⁵ За какви права би

²⁷³ Damaška, 2014, стр. 8; Се согласувам со него и ќе се обидам поинаку да објаснам. Материјалното е база на општествената надградба. Дефинитивно ова марксово становиште повторно станува привлечно. Економската основа во XX век зависеше од тоа кој ја имаше сопственоста врз средствата на производство. Во капиталистичките земји капиталот беше титулар на приватната сопственост, додека во социјалистичките земји работничката класа управуваше со општествената, а државата со државната сопственост. Штом материјалното е база на сета општествена надградба, ваквата јасна диференцијација би не навела да претпоставиме дека во капиталистичките држави имало еден вид кривична постапка со својствени за неа начела, правни институти и нормираност, додека во социјалистичките друга. Но, тоа не беше така, зашто границите на континенталниот и адверсијарниот тип на постапка не беа раздвоени со границите на различните типови држави. Германија, Франција, Шпанија, Италија и сите други капиталистички држави на континентот имаа континентален тип на кривична постапка чија основа беше наполеоновиот кодекс. Исто беше и со земјите во Јужна Америка кои како колонии на Шпанија и Португалија се развиваа под нивно директно влијание. Континентален тип на постапка имаа и сите социјалистички земји. Англија, САД, Канада, Австралија и др. кои исто како и споменатите се капиталистички земји имаа сосема поинаков вид на кривична постапка, многу поразличен од оној во првите. Значи материјалната база не била таа која ја дефинирала кривичната постапка во државите. Тогаш што било тоа? Мојот став е општествениот, државниот однос кон човековите права. Не дека во Германија и сл. не се почитувале човековите права, туку таму владеела идеологијата на позитивизмот, државата е прва и таа ги дава правата на луѓето, за разлика од земјите со „common law“ традиција каде владеела либерална концепција и теоријата за природните права според која човекот се раѓа со неотуѓиви права, а државата постои за да ги обезбедува. Под влијание на концепцијата на природните права и меѓународното право за човековите права во државите со континентален тип на мешовита постапка кон крајот на XX и почетокот на XXI век нашироко почнаа да навлегуваат институтите на „common law“ правото. Не била материјалната база, туку ставот кон човековите права бил и сè уште е главниот двигател на развојот на кривичната постапка. Ако е ова вака, треба сите институти да почнеме да ги гледаме, воочуваме, обликуваме, толкуваме од поинаква гледна точка, низ призма на човековите слободи и права. А, во таа насока и доказните ограничувања и забрани и незаконитите докази.

²⁷⁴ Ваџиќ, 1970, стр. 456, 460.

²⁷⁵ Рослинг Х./ Рослинг У./ Рослинг А., 2020, стр. 71-74 - даваат изненадувачки податоци дека а) во 1800 г. во 193 од 194 земји во светот принудната работа (легалното ропство) била легална и законска, а овој број не се преполовил ни до 1950 г., б) во 1950 г. процентот на деца помеѓу 5 и 14 г. кои работеле полно работно време во лоши услови бил 28%, в) во 1 од 194 земји во 1893 г. жените и мажите имале еднакво право на

имало смисла да се зборува во такви услови, а уште повеќе за ексклузија на докази прибавени на незаконит начин, кога практично условите за живот биле „незаконити“. Хуманоста не била доблест во минатото, така што не чуди фактот што ексклузијата се појавила во ова модерно време во кое освен за експедитивноста на кривичниот прогон, се води сметка за човековите слободи и права за која цел, реално гледано се трошат многу средства, време и енергија. За разлика од сега, во минатото судот не ги апстрахирал доказите поради противправноста на методот преку кој се дошло до нив. Се барало одлуката да биде точна, а за тоа битно било дали тие биле 1) релевантни или не, 2) веродостојни или не, 3) доказната вредност да биде поголема од штетата што би се направила со нивната употреба.

глас, а до 1945 г. тој број бил околу 1/3, г) во 1800 г. само 10% од возрасното население имале достигнато основно ниво на читање и пишување, а во 1900 г. тој број бил околу 20%, д) во 1816 г. само 1% од човештвото живеел во демократија, а до 1950 г. тој број бил околу 20%, ё) во 1970 г. 35% од девојчината не се запишувале во основно училиште, е) во 1980 г. само 22% од сите едногодишни деца имале примено најмалку една вакцина.

ВТОР ДЕЛ

МЕЃУНАРОДНА ПРАВНА РАМКА И МЕЃУНАРОДНИ КРИВИЧНИ СУДОВИ

ГЛАВА III

МЕЃУНАРОДНА ПРАВНА РАМКА ЗА ДОКАЗИТЕ

1. Доказите низ правата гарантирани со меѓународните акти

Ужасите на Втората светска војна ги обединија народите во желбата за изградба на свет во кој нема да се повторат стравотите на двете големи војни и во кој ќе се почитуваат основните човекови слободи и права. Затоа и неслучаен бил ентузијазмот и учеството на безмалку сите држави во подготвувањето на УДЧП донесена во 1948 г. Замислена повеќе како програма за развој на правата наместо ригидна и дефинитивна кодификација²⁷⁶ таа е прв инструмент за човекови права од меѓународен карактер. Без оглед на фактот што не содржела правен механизам преку кој присилно можела да се спроведе, со тек на време поради нејзиното огромно значење добила третман на императивен пропис, на кој неретко се повикуваат и меѓународните судови. Таа несомнено извршила клучно влијание бидејќи повеќето од подоцна донесените меѓународни и регионални инструменти за човекови права во своите уводни одредби се повикуваат токму на неа како парадигма што ја следат.

Две години по неа на регионално ниво СЕ ја донел ЕКЧП која е задолжителна за сите членки на советот и во себе содржи присилни механизми за нејзина примена, во 1966 г. бил донесен МПГПП, во 1969 г. АКЧП, во 1981 г. АПЧП и во 2012 г. АДЧП.

„Овие акти и конвенции за слободите и правата на човекот имаат карактер на императивни меѓународни норми (*jus cogens*). Тие имаат дејство на устав во материјална смисла и никогаш не застаруваат“.²⁷⁷ „Тие права се остваруваат >>спрема<< или >>против<< државата, во границите на дозволената индивидуална автономија“.²⁷⁸

Сепак ова не се документи кои се замислени да креираат некаква интернационална кривичната постапка, уште помалку да го унифицираат докажувањето и доказното право. Замислата на нивните создавачи била да претстават општа листа на човекови слободи и права кои секој секаде треба да ги ужива. И покрај тоа тие неспорно содржат гаранции значајни за кривичната постапка, зашто на секој човек му признаваат сет на права кои никоја кривичната постапка не смее да ги доведе под знак прашање.

„Од особено значење е самиот факт што фундаменталните принципи на процедуралната правичност се изразени во една меѓународна конвенција, што за државите е задолжителна. Земјите-членки може да ги надградуваат овие базични барања и принципи, но не може да паднат под нив“.²⁷⁹ „Важно е дека денес имаат приоритет процесните гаранции за правичноста на постапката во меѓународното и во уставното право, со што во извесна смисла веќе е направен избор“.²⁸⁰

²⁷⁶ Schabas, 2015, стр. 47-48.

²⁷⁷ Шкарик/ Силјановска-Давкова, 2009, стр. 353; Шкарик, 2015, стр. 65-66, 452.

²⁷⁸ Rogović, 2006, стр. CXVII-CXVIII.

²⁷⁹ Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр.27; Калајџиев, Меѓународните стандарди, стр. 13.

²⁸⁰ Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 20; Види и Камбовски, 2002, стр. 219 - „Во оваа насока двата основни фактори кои го придвижуваат процесот на универзализација на казнено-правните решенија и на прифаќање на нужноста од постоење на супранационални, когентни норми и стандарди се криминалот и кревањето на меѓународно рамниште на универзално признатите, природни и неповредливи човекови слободи и права“; Како и кај Крапац/ Камбовски/ Калајџиев/ Бужаровска, 2007, стр. 56 и кај Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 15, 21 - „Главни насоки и

За нас со оглед на важењето што го има *ratione loci*, *ratione personae* и *ratione materiae* од особено значење е ЕКЧП. За неа, иако не е совршена зашто „го претставува минимумот на стандарди на човекови права на кои можеле да се сложат европските држави пред повеќе од 50 години“²⁸¹ сосема на место е гледиштето како на „водич за развојот на европското казнено процесно право“.²⁸²

2. Право на правично судење и каталог на минимални права

Сите поважни меѓународни документи гарантираат еднакво право на праведно (правично) судење,²⁸³ а придонес за остварување правично кривично правосудство треба да дадат сите учесници во постапката.²⁸⁴

Тоа се нарекува стожерно,²⁸⁵ врховно²⁸⁶ начело на казнената постапка, „кое има клучна важност“²⁸⁷ и кое го симна од тронот претходно неприкосновеното начело на материјална вистина. Модерната казнена постапка не е како порано само механизам за примена на материјалното право, туку и механизам за заштита на основните слободи и права.²⁸⁸ Вистината повеќе не е цел сама за себе, зашто истрагата што точно се случило се ограничува со различни права и интереси, како пр. заштитата на човековото достоинство (забрането е утврдување факти со помош на тортура, нехуман и нечовечки третман), тестовите на пропорционалност (п.и.м. се прифатливи за некои дела, но не за други) и сл.

Правото на правично судење освен што е важно само по себе, е битно за одбрана на другите основни права, а владеењето на правото (наведено во преамбулата на ЕКЧП и централно за нејзината визија) не може да постои без правично судење,²⁸⁹ односно правото на правично судење се наоѓа во центарот помеѓу правата на одбраната и гаранцијата за владеење на правото.²⁹⁰

Несомнено е битно. Но, фактот што е битно не треба да е пречка да се каже дека добива размери на еден вид фетиш, дека се преминува од една во друга крајност, како претходно со начелото на материјална вистина. Имено, постарите процесуалисти во преден план го ставаа начелото за откривање на материјална вистина,²⁹¹ а правичноста на постапката дури и да не се ни спомнуваше во нивните трудови.

двигатели на реформите се меѓународните стандарди за човековите права и конституционализмот, од една страна, и порастот на криминалитетот и корупцијата, од друга“.

²⁸¹ Лич, 2010, стр. 6.

²⁸² D, Gomien, *The Future of Fair Trial in Europe: The Contribution of International Human Rights Legal and Political Instruments*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol.9, 1991, стр. 263; S. Trechsel, *Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention im Strafrecht*, *ZStW* 101, Heft 4, 1989, стр. 819 кај Лажетик-Бужаровска/ Калаџијев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 26.

²⁸³ Види чл. 10 од УДЧП, чл. 14 од МПГПП, чл. 6 од ЕКЧП, чл. 8 од АКЧП, чл. 7 од АПЧП, чл. 20 од АДЧП, чл. 47 од Повелбата за основните права на ЕУ.

²⁸⁴ *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, 1985, § 6; *Guidelines on the Role of Prosecutor*, 1990, § 12, *Basic Principles on the Role of Lawyers*, 1990, § 12-16; *Međunarodna konvencija o zaštiti prava odbrane*, 1987.

²⁸⁵ Крапас, 2012b, стр. 26, 138, 145; Матовски, 2003, стр. 98; Ivičević Karas, 2015, стр. 100; Claus Roxin, Bernd Schunemann, *Strafverfahrensrecht*, Verlag C. H. Beck Munchen, 2012, стр. 68 и Bernard Bouloc, *Procedure penale*, Dalloz, Paris 2012, стр. 104 кај Ivičević Karas, 2015, стр. 99.

²⁸⁶ Damaška, 2001, стр. 2.

²⁸⁷ Berislav Pavišić i suradnici, *Kazneno postupovno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2010, стр. 62 кај Ivičević Karas, 2015, стр. 99.

²⁸⁸ Pavišić, 2008, стр. 493.

²⁸⁹ Schabas, 2015, стр. 265.

²⁹⁰ Trechsel, 2005, стр. 84.

²⁹¹ Види Марина, 1978, стр. 14; Dimitrijević, 1981, стр.43-44; Bayer, 1988, стр. 167-170; Благојевић, 2005, стр. 31-32, 66-67 - се работи за основно начело во чија функција се сите останати; Petrić, 1974, стр. 613-615

Материјалната вистина несомнено е битна,²⁹² зашто утврдувањето нечија вина и аналогно со тоа побивањето на пресумпцијата на невиност зависи најпрво од целосно и правилно утврдената фактичка состојба. Затоа законите за кривична постапка во прв ред ја овластуваат државата да презема разни истражни дејствија со кои се ограничуваат човековите слободи и права (претреси, одземања, прислушувања, испитувања и сл.) токму заради прибирање што повеќе докази и информации за конкретното к.д. Но, иако битна, таа е една од повеќето вредности на постапката.

Не е некаква 'света крава' за да се тежнее кон неа по секоја цена,²⁹³ така што дури и начелото на материјална вистина е „строго ограничено со законските прописи, а особено со правилата за изведување на доказите и доказните забрани, како и другите прописи наменети за заштита на темелните права на граѓаните и процесните права на одбраната“.²⁹⁴ Таман не мисли дека утврдувањето на вистината во кривичната постапка треба да се смета повисока цел од почитувањето на меѓународните и уставните гаранции на човековото достоинство, на правото на молчење или на приватноста.²⁹⁵

Дури може да се каже дека сега на материјалната вистина се гледа како на нешто застарено, надминато, до мера што се избегнува нејзиното споменување, а најнова мода е да се идеализира новото начело. Во минатото „постапката била слуга на материјалното право“;²⁹⁶ а сега удобно заседнала на тронот. Модерен кривично-процесен тренд е замена на мешовитата со странечка постапка, а „есенцијална идеја на адверсијалниот модел и воопшто модерниот концепт на фер судење е во тоа судот да биде гарант на законитоста на постапката и процесните права на осомничениот на начин што ќе обезбеди еднаквост на оружјето и правично судење“.²⁹⁷

Дамашка критички го споменува Луман, за кого цел на постапката е донесување прифатлива одлука, за тоа е битно придржување до одредени правила, за на таков начин да се добие процесна легитимација на одлуката.²⁹⁸ Процесната легитимација значи дека одлуката е во ред ако се почитувале процесните правила при нејзиното донесување, а точноста има колатерален карактер. Добро е одлуката да е вистинита, но тоа не е нужно за нејзиниот легитимитет. Постапката се гледа како цел сама за себе, а се занемарува основното правило кое впрочем посочува каква треба да биде прифатливата постапка. Таква што ќе спречи осуда на невиниот и ослободување на виновниот. Притоа се заборава дека правичноста е коректив на законот во конкретна постапка,²⁹⁹ мост кој ги

- вистината мора да биде основен принцип на кривичната постапка, кому сите останати принципи му се подредени и кои треба да бидат така ускладени и насочени кон утврдување на вистина.

²⁹² Види и LaFave/ Israel, 1992, стр. 33 - откривањето на вистината е суштинска задача на секоја кривична судска постапка чија цел е остварување на материјалното кривично право; Amar/ Lettow, 1995, стр. 922 - вистината е првата, надмоќна вредност на кривичната постапка во Повелбата на правата: повеќето постапки беа дизајнирани да ги заштитат невините обвинети од погрешни осуди; Pradel, Jean (2006.), *Procédure pénale*, Paris: Éditions Cujas, 326-328 кај Đurđević, 2013b, стр. 338 – таа е примарно процесно начело кое не припаѓа на начелата што служат за заштита на поединецот, туку чија темелна идеја е заштита на општеството и кое на државните органи им задава задача за утврдување на вината или невиноста на обвинетиот.

²⁹³ Škulić, 2012, стр. 31-32.

²⁹⁴ Pradel, Jean (2006.), *Procédure pénale*, Paris: Éditions Cujas, 329 кај Đurđević, 2013b, стр. 340.

²⁹⁵ Thaman, 2011, стр. 697.

²⁹⁶ Damaška, 2008a, стр. 155.

²⁹⁷ Курмехај/ Калајџиев, 2014, стр. 308.

²⁹⁸ Damaška, 2001, стр. 3-4. За Никлас Луман види повеќе кај Калајџиев, 2004, стр. 32-42, кој исто така критички го перцепира.

²⁹⁹ Аристотел, 2010, стр. 73 - за правичното се смета дека е еднакво со праведното, но правично е она што во поглед на праведното го надминува пишаниот закон; Радбрух, 2008, стр. 48 - правдата и правичноста не се различни вредности, туку различни патишта за да се втаса до единствената правна вредност... Правичноста е правда на одделниот случај.

премостува оние ситуации во кои придржувањето до строгите норми доведува до неправични резултати, а не финална дестинација.

Што ќе рече, фер постапувањето е битно нешто, но нема ништо правично ако осудиме невин и притоа го утешиме укажувајќи му дека барем постапката со која сме го осудиле била правична. Не може да има легитимитет постапка која не се стреми кон вистината. Крајно не гледам причина зошто треба да одбереме само едно врховно начело, зошто мора да избереме помеѓу точноста на одлуката и правичноста на процедурата кога може да се стремиме и кон двете. Најмногу постапки се подобни да ги исполнат овие две цели, освен во некои екстремни случаи кога ќе мора да го избереме едното или другото.

За Камбовски принципот на правичност е темелен принцип на казненото право воопшто, а правото на правично и непристрасно судење „се појавува како сублимат на процесните гаранции за основните човекови права и подразбира постапување од страна на судот со целосно респектирање на правата на обвинетиот“.³⁰⁰

„Тоа денес неподделено се смета за општо начело на меѓународното право, а некои го сместуваат во категоријата општи правила на обичајното меѓународно право, со што би станало *ius cogens*, применливо пред секој меѓународен казнен суд независно од тоа дали го споменуваат неговите статутарни прописи или не“.³⁰¹

Всушност правото на правична постапка е општ поим кој не може прецизно да се дефинира. Полесно е да се претстави преку неговата негација, да се каже што недостасува во некоја неправично спроведена конкретна постапка, отколку точно да се определат елементите на овој поим. Во врска со кривичната постапка целта на меѓународните извори е да осигурат фонд на минимални права без кои постапката не би можела да се нарекува правична.³⁰²

Тоа е минимален стандард кој во секоја постапка мора да се почитува,³⁰³ долен праг за заштита на обвинетиот во спорот со обвинителот кој не смее да се снижи, а притоа битно да не се наруши рамнотежата помеѓу странките и правната сигурност.³⁰⁴ Тоа се јасно оцртани, конкретни гаранции во рамки на аморфната одредба кои ако не се почитувани го прават судењето неправично, а секоја натамошна дискусија излишна.³⁰⁵

Во тој контекст Тречсел ја критикува како незадоволителна праксата на ЕСЧП во одредени предмети каде наоѓа дека постапката во целина била правична, иако некои од минималните гаранции не биле исполнети. Поради неволноста јасно да ги примени гаранциите од ставот 3, пишува Судот го остава членот 6 во облаци на нејасност,³⁰⁶ што според некои коментатори со кои се согласува не само што е спротивно на зборото, туку и на духот на оваа одредба.³⁰⁷

Ова се минималните, а не оптималните права кои треба да ги има секој обвинет за да може објективно да ја подготви својата одбрана и да се брани од обвинението што му се става на товар. Правичноста и таксативно наброените права се во однос од општо кон посебно, што не мора да значи дека кога сите поединечни права се обезбедени како

³⁰⁰ Камбовски, 1998, стр. 48 и 328.

³⁰¹ Кгарас, 2012b, стр. 26-27.

³⁰² Кгарас, 2012a, стр. 10, 147 - ќе наведе „Поимот право на „правична постапка“ има висок степен на апстракција и сам за себе е проследен само со морални санкции. Затоа, ако сакаме да го претвориме во правно начело (да го „позитивираме“), мораме да го специфицираме и конкретизираме како и другите правни поими во некој правен систем... не е сосема јасно во овој случај што значи придавката „правично“. Поимот „правичност“ инаку спаѓа меѓу најспорните поими на правната филозофија и правната теорија“.

³⁰³ Kalajdziev, 2005, стр. 834; Škulić, 2006, стр. 741.

³⁰⁴ Кгарас, 2012a, стр. 170-171; Слично и Матовски, 2003, стр. 137.

³⁰⁵ Trechsel, 2005, стр. 86.

³⁰⁶ Trechsel, 2005, стр. 87 (ги споменува *Asch v. Austria* и *Doorson v. Netherlands*).

³⁰⁷ Rzepka, D., *Zur Fairness im deutschen Strafverfahren* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2000, стр. 104 кај Trechsel, 2005, стр. 88.

краен резултат секогаш се добива правична постапка, затоа што тоа е минимумот кој нема секогаш да е доволен. Ако минимумот не е исполнет нема правична постапка, но неговото исполнување не ја прави истата по автоматизам таква,³⁰⁸ „бидејќи може да има други аспекти кои ќе водат до поинаков резултат“.³⁰⁹

Заради прегледност табеларно ќе претставам во кои одредби од меѓународните инструменти кои минимални права експлицитно се дадени.³¹⁰ Овие права ќе ги проширам и со правото на ефективен правен лек, забраната за тортура, нехумано и нечовечко однесување и правото на приватност кои се од особено значење за предметот на трудот, дури и поголемо од некои од фондот на минимални гаранции. Ваква слична табела потоа ќе употребам при споредбената анализа, за да проверам колку од нив им се гарантираат на обвинетите во меѓународните судови.

вид на признато право	УДЧП	МПГПП	ЕКЧП	АКЧП	АПЧП	АДЧП
правично судење	10	14	6	8	7	20
јавно судење	10	14	6	8	/	20
судење во разумен рок	/	14	6	8	7	/
судење пред независен и непристрасен суд	10	14	6	8	7, 26	20
пресумпција на невиност ³¹¹	11	14	6	8	/	20
да биде детално известен за природата и причините на обвинението	/	14	6	8	/	/
неопходно време и услови за подготвување на одбраната	/	14	6	8	/	/
да се брани самиот или со помош на бранител по свој избор	/	14	6	8	7	20
на службен бранител	/	14	6	8	/	/
слободно, во приватност да општи со својот бранител	/	/	/	8	/	/
да ги сослуша или да бара сослушување на сведоците на обвинението	/	14	6	8	/	/
да му се обезбеди повикување и сослушување на сведоците на одбраната под исти услови како тие на обвинението	/	14	6	8	/	/
на заштита од себеоптужување	/	14	/	8	/	/
на ефективен правен лек	8	14	13	8	7	/
забрана за тортура, суров, нехуман или понижувачки третман	5	7	3	5	5	14
право на приватност	12	17	8	11	/	/

Табела 2

Од табеларниот приказ може да заклучиме дека експлицитно се дава гаранција на калеидоскоп од права, што би значело за да се обезбеди правичноста на судењето обвинетиот треба да е во можност да ги ползува овие гаранции неопходни за неговата

³⁰⁸ Трпеноски, 2014, стр. 40.

³⁰⁹ Trechsel, 2005, стр. 86; Слично и Lawyers, 2000, стр. 12.

³¹⁰ Овде не ја опфаќам повелбата за основните права на ЕУ, бидејќи значењето и досегот на казнено-процесните права од чл. 47, 48, 50 и 52 е ист како и во ЕКЧП, па се очекува Европскиот суд на правдата да ги применува во пракса исто како и ЕСЧП, односно да се повикува на неговата јуриспруденција.

³¹¹ Постои разлика помеѓу државите во однос на моментот кога се смета дека пресумпцијата е побиена. Кај државите на обичајното право тоа е првостепената осуда, додека кај оние кои припаѓаат на системот на континенталното право правосилната осуда - Schomburg, 2010, стр. 917.

одбрана, зашто „во спротивно, не би постоела ниту приближна рамнотежа помеѓу обвинетиот и државниот репресивен апарат во кривичната постапка“.³¹²

Ваквиот приказ барем кога станува збор за европско тло изгледа убаво. Друга работа е пак, дали и прашањето за незаконитите докази во нив е вградено. На прв поглед ниту еден од овие инструменти отворено не гарантира право обвинетиот да биде суден исклучиво на база на законити докази. Дури ако се толкуваат граматички може да се претпостави дека ситуацијата е токму спротивна, ниту еден не дава такво право.

Впрочем ни ЕСЧП не признава „право на судење врз основа на законски докази или право на судење на основа на докази кои не се прибавени со кршење на темелните човечки права како посебно конвенциско право“,³¹³ но „како што не содржи изречно право на судење на основа на законски докази, Конвенцијата не гарантира изречно ни право на сигурни докази, а уште помалку, како што наведува Тречсел, на исправна одлука“.³¹⁴ Член 6 обезбедува само процедурална, а не и суштинска гаранција во смисла да гарантира дека исходот од постапката е правичен.³¹⁵ ЕСЧП за разлика од германскиот уставен суд, не го вградува ни начелото на материјална вистина како дел на правичната постапка.³¹⁶

Затоа граматичкото толкување не ни е од голема корист, бидејќи фактот што го нема експлицитно, не значи дека имплицитно прашањето за незаконитите докази не смее или не може да се согледа преку стандардот на правичната постапка. Впрочем и посебните минимални права не се споменати во УДЧП, АПЧП или АДЧП, како во трите други инструменти, но тоа не е пречка да претпоставиме дека се инхерентен елемент на правото на фер судење. По истата правна логика ЕСЧП досега издвоил три нови елементи на правичната постапка кои не се именувано наведени во чл. 6 од ЕКЧП.

Одредбите на ЕКЧП по својата општост наликуваат на уставни норми, па за правичноста како општо начело може да се прифати истото што важи за нив дека „уставноправните норми можеби честопати се релативно неопределени и допуштаат извесна слобода на толкување“.³¹⁷

Кај судското толкување треба претпазливост.³¹⁸ Преширокото толкување може да доведе до критицизам дека судот излегува надвор од своите уставни надлежности и создава ново право. Но, тоа важи и за претесното толкување на нормите, зашто во таков случај критиката ќе е што тој не ги исполнува своите обврски и крати од правата

³¹² Матовски, 2003, стр. 137; Матовски/ Лажетик-Бужаровска/ Калајчиев, 2009, стр. 67; Pavlović, 2009, стр. 562.

³¹³ Ashworth, Andrew (2002) *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure*, London: Sweet & Maxwell, 35 кај Војаниќ/ Ѓурђевиќ, 2008, стр. 976; Исто и Крпач, 2010, стр. 1207-1208.

³¹⁴ Рајчиќ/ Валковиќ, 2012, стр. 766-767; Според Тречсел правото на исправна одлука не може да се смета за човеково право - Trechsel, 2005, стр. 106.

³¹⁵ Харис/ О'Бол/ Варбрик, 2009, стр. 14, 202; Vitkauskas/ Dikov, 2012, стр. 8, 45.

³¹⁶ Ѓурђевиќ, 2013b, стр. 340.

³¹⁷ Избрани одлуки на Сојузниот уставен суд на СР Германија, 2009, стр. 24; Види и Gorzelik and Others v. Poland, A. no. 44158/98, 17.2.2004, § 64-65 и Scoppola v. Italy, A. no. 10249/03, 17.9.2009, § 100-101.

³¹⁸ Schabas, 2015, стр. 338-339 - поедноставено, секое ново толкување на постојното право од страна на судовите има потенцијал да го прекрши правилото против ретроактивна примена. Ваквиот ригиден пристап би им ускратил на судовите каков било придонес во прогресивниот развој на правото. Во секој случај, без оглед на тоа колку јасен правниот текст може да изгледа, секогаш постои елемент на правно толкување вклучен во разбирањето на опсегот на законот. Покрај тоа, како што Судот често забележуваше, „формулирањето на законите не е секогаш прецизно“. Законодавците често го регулираат однесувањето со општи категоризации, а не преку исцрпна кодификација, со последица дека „многу закони неизбежно се формулирани со термини поради кои, во поголема или помала мера, нивното толкување и примена зависат од практиката“. Ова го прави судското толкување незаменлив дел од процесот на правење на правото предвидливо и достапно.

спротивно од ставот на законодавецот. Ако и едното и другото носат критика, тогаш како да се протолкува општата норма.

Во изборот мора да се појде од преамбулата³¹⁹ и темелните вредности како еден вид патоказ. Ако природното право, владеењето на правото и заштитата на човековите слободи и права се поставени како примарни цели на правото и државата, тогаш одговорот е јасен, толкувањето не треба да биде рестриктивно во поглед на правата.³²⁰ Ако така се постават нештата, бездруго ќе прифатиме дека конвенцијата не дозволува ограничување на тоа начело - право, бидејќи „основните права во својата суштина, вистина, се одбранбени права против мешања на државата“,³²¹ па ако толкуваме, тоа секогаш треба да биде екстензивно како во поглед на проширување на опфатот на минималните права, така и во доделувањето други кон концептот на водење фер постапка „што според судската практика на Сојузниот уставен суд спаѓа во најзначајните карактеристики на принципот на правната држава“.³²²

Гледано на овој начин можеби правото на правична постапка ќе биде моќно во некоја следна фаза да го инкорпорира внатре во себе и правото на судење на база на законити докази.

3. Апсолутни или релативни права

Кога пишуваме за правата гарантирани со меѓународните инструменти треба да видиме дали се дерогабилни или не, а ако се подложни на ограничување тогаш кои од нив и под кои услови.

ЕКЧП содржи апсолутни и квалификувани права. Апсолутни се оние кои според чл. 15 не можат да бидат дерогирани (чл. 2, 3, 4 и 7), а квалификуваните се оние чие ограничување е предмет на помалку строги услови (чл. 8, 9, 10 и 11) или на построги услови (чл. 5 и 6), но секогаш тоа мора да биде законито, пропорционално и нужно во едно демократско општество.³²³

Клучните гаранции кои го сочинуваат правото на правична судска постапка не може да се ограничат, освен во услови на војна или друга исклучителна општа опасност која го загрозува животот на нацијата. Забраната за тортура ниту тогаш не смее да се доведе во прашање.³²⁴ Ако правото на слобода и безбедност, на почитување на приватниот и семејниот живот, на слободата на мислење, совест и вера, на слободата на изразување, на слободата на собирање и здружување, на слободата на движење познаваат одредени исклучоци и редица ограничувања, такво нешто кај стожерното право нема, освен можноста за ограничување на јавноста во определени таксативно наброени случаи.³²⁵ Другите сегменти на правичното судење според текстот на овие акти не се подложни на ограничување. Според Крапац ова право спаѓа во релативно заштитените дерогабилни права.³²⁶ Чл. 18 од ЕКЧП е јасен кога потенцира дека дозволените

³¹⁹ Преамбулата на некој договор е интегрален дел од контекстот. Тој е од голема корист за определување на ‘предметот’ и ‘целта’ на инструментот што треба да се интерпретира - Сидр/ Маргено/ Адрианцимбазовина/ Гутноар/ Левине, 2013, стр. 275.

³²⁰ Лич, 2010, стр. 171 - доменот на суштествените права според Конвенцијата не би требало да се толкува рестриктивно.

³²¹ Избрани одлуки на Сојузниот уставен суд на СР Германија, 2009, стр. 24.

³²² Избрани одлуки на Сојузниот уставен суд на СР Германија, 2009, стр. 476.

³²³ Маричиќ/ Стојковски/ Близнаковска/ Конески/ Сигнес де Меса, 2014, стр. 16-17.

³²⁴ Види чл. 29 и 30 од УДЧП; чл. 4, 5 и 7 од МПГПП; чл. 15 и 17 од ЕКЧП; чл. 27 од АКЧП.

³²⁵ Види чл. 5, 8, 9, 10, 11 од ЕКЧП; чл. 9, 12, 18, 19, 21, 22 од МПГПП; чл. 7, 12, 13, 15, 16, 22 од АКЧП; чл. 6, 11, 12 од АПЧП.

³²⁶ Крапас, 2010, стр. 1215 - оние кои смеат да бидат дерогирани во вонредна состојба, под претпоставките од чл. 15 ст. 1 од Конвенцијата, но можат да се ограничат со различен степен во склад со рестриктивните клаузули кои Конвенцијата ги врзува со поедино такво право.

ограничувања за слободите и правата од Конвенцијата може да се применуваат за оние цели за кои се предвидени, па штом е така тогаш правото на правична постапка не познава никакво друго ограничување, освен неговиот сегмент јавноста на судењето.

Впрочем и ЕСЧП укажал дека правото на правична постапка од чл. 6 ст.1 од ЕКЧП е безусловно право, кое не трпи отстапки.³²⁷ Државата нема право да презема мерки и активности со кои се уриваат гаранциите од ова право, ниту можност да воведува поголеми ограничувања од оние предвидени со меѓународните акти, а такви со нив освен на правото на јавно судење под одредени услови и на бесплатен службен бранител не се предвидени. Корф заема идентичен став во врска со чл. 9 и 14 од МПГПП,³²⁸ а Комитетот за човекови права на ОН (слично и Интер-американскиот суд) заклучил дека државите не може да се повикаат на чл. 4 од МПГПП како оправдување да отстапат од фундаменталните принципи на правичната постапка, односно дека правото на правична постапка не може да се суспендира во услови на нужда.³²⁹

Ќе се согласиме дека општа опасност во време на мир практично и да не постои, па државата има реално мал простор за некои свои повисоки цели, да ги ограничи овие права кои според текстот на меѓународните инструменти, не се од неа доделени, туку вродени и секој човек ги стекнал со самото раѓање. Како што видовме претходно токму ваквиот јадрен концепт на најбитните меѓународно правни документи се заснова на постулатите на либерализмот и филозофијата на природното право, што значи во начело државата не смее да ја доведе во прашање правичноста на постапката, дури ни заради поефикасно спроведување на криминалната политика.

Правата не се врежани на камен и на сите ни е јасно дека во пракса постојат најразлични случаи, па и такви во кои ќе има потреба од ограничување на некои од правата на обвинетиот. Во таков случај се гледа да има баланс помеѓу правото на обвинетиот кое се ограничува и доброто што на таков начин се штити. Впрочем и ЕСЧП го вага ограничувањето на правото на обвинетиот за правично судење со интересите на правдата, потребата на општеството да го гони криминалот и барањата за заштитата на животот и сигурноста на другите. Кога се гледа изолирано само текстот на чл. 6 тоа не е во ред, но таквото читање би не повело во сосема погрешен правец. Конвенцијата треба да се гледа како целина, нејзините одредби не може да се читаат во вакуум, односно само оној член кој можеби одговара во дадената ситуација. Нејзините одредбите се една хармонична целина, толкувањето не смее да ги доведе во позиција да колидираат едни со други дотаму што државите да не се во состојба да ги осигураат слободите и правата од материјалните одредби на кое нешто се обврзани со чл. 1.

Затоа во основа таквото гледиште на Судот е во ред. Притоа треба да се има граница до која може да се прават концесии на сметка на правата на обвинетиот, зашто легитимни цели, како оправдани околности за ограничување на правото на правична постапка во Конвенцијата се наведени исклучиво по однос на правото на јавност, а не и нејзините други сегменти. За ваквите отстапки Калајџиев убаво забележал.³³⁰

³²⁷ O'Halloran and Francis v. the United Kingdom, A. nos. 15809/02 and 25624/02, 29.6.2007, § 53.

³²⁸ Korff, 2003, стр. 9 - одредбите ги одразуваат минималните стандарди што треба да се почитуваат во сите околности, во сите земји, без разлика на нивниот систем.

³²⁹ Jackson/ Summers, 2012, стр. 381.

³³⁰ Калајџиев, 2004, стр. 391-392 - при балансирање на правата на обвинетиот наспроти интересите на државата, редовно погрешно се претпоставува дека државата е таа што секогаш ги претставува интересите на општествената заедница. Иако државата тоа неспорно го прави за низа одредени интереси, други од нив, подобро ги претставува обвинетиот. Во казнената постапка државата не секогаш е единствениот субјект што го претставува интересот на граѓаните. Така, иако јавноста е заинтересирана за општество во кое ќе се почитува јавниот поредок, заштитено со примена на правото, може да се тврди дека таа јавност има дури поголем интерес за општество во кое ќе се почитуваат човековите права и слободи. Овој интерес

Дамашка исто така укажува на негативноста од свесната непримена на некои принципи пред меѓународните кривични трибунали како *in dubio pro reo*, па тврди дека меѓународното казнено правосудство со тоа се „приближува до авторитетите на инквизиторна постапка кои, заради страв злочините да не останат неказнети (*ne criminal remaneant impunita*), ја застапувале тезата дека во поглед на најтешките к.д. смеат да се занемаруваат инаку важни правни принципи“.³³¹

Затоа, следно ќе видиме како прашањето за незаконитите докази било решено од страна на меѓународните кривични судови токму во постапките поведени против осомничените сторители на најтешките к.д. против човештвото.

што се јавува како непосредно ограничување на оној претходниот, најдобро е претставен од обвинетиот, поради што треба да биде одмерен во негова корист при балансирањето на неговите права наспроти интересот на државата за примена на правото. Дотолку повеќе што со обезбедувањето правично судење се штити и интересот на општеството, судот не смее да се задоволи само со идентификување на државниот интерес, без да ја испита неговата важност и важноста на правото на обвинетиот што е во конфликт со него, како и тоа дали овој интерес може да се заштити на начин што помалку ќе зафаќа во правата и слободите на обвинетиот.

³³¹ Damaška, 2008b, стр. 28.

ГЛАВА IV

ДОКАЗНИ ЗАБРАНИ И НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ КАЈ МЕЃУНАРОДНИТЕ КРИВИЧНИ СУДОВИ

1. Општо

Меѓународните кривични судови се интернационални судски органи формирани од меѓународната заедница за гонење на сторителите на најтешките к.д. против човечноста и меѓународното право. Некои велат дека „создавањето на трибуналите беше повеќе утеха за совеста на оние кои не успеале да ги спречат или прекратат злосторствата кои сега се казнуваат“.³³² Оттука добро ќе биде да се провери дали и на сторителите на такви недела им се гарантирале основните права, правична постапка и судење на база на законити докази.

2. Првите меѓународни казнени процеси

Првите меѓународни казнени процеси се Нирнбершките и Токиските процеси,³³³ кои иако доста критикувани, се сметаат за камен темелник на меѓународната кривична постапка.³³⁴

Во суштина статутите и правилата за процедура на двата трибунали се идентични. Со нивна споредба може да скицираме какви права имале обвинетите тоа време, а посебно дали им биле гарантирани минималните кои подоцна најзначајните меѓународни документи ги пропишале како *conditio sine qua non* за правична судска постапка. Притоа доволно е некое право да било опфатено во Статутот или во Правилата за процедура, односно барем во еден од документите за да прифатиме дека било признато во трибуналот за кого тие се однесуваат.

вид на признато право	трибунал во Нирнберг		трибунал во Токио	
	Статут	Правила за процедура	Статут	Правила за процедура
правично судење	1, 16	/	1, 9	/
јавно судење	/	/	/	/
судење во разумен рок	1, 18, 19	/	1, 12	/
судење пред независен и непристрасен суд	/	/	/	/
пресумпција на невиност	24	/	15	15
да биде детално известен за природата и причините на обвинението	16, 24	3, 5	9, 15	1, 2
неопходно време и услови за подготвување на одбраната	16	4, 16	/	1, 6
да се брани самиот или со помош на бранител по свој избор	16, 23	7, 16	9	1, 5, 6, 15
на службен бранител	16	7	9	15

³³² Гери Џон Бас, Останок на сенката на одмаздата: Политиката на трибуналите кои се занимаваат со воените злосторства, Принстон, 2000, кај Крајер/ Фриман/ Робинсон/ Вилмсхерст, 2010, стр. 29.

³³³ За Нирнбершките процеси најзначајни документи се Договорот бр.251 за основање на Меѓународниот воен трибунал кој стапил на сила на 8.8.1945 г., Статутот на трибуналот и Правилата за процедура. Во согласност со чл. 5 од договорот кон него на 29.9.1945 г. се приклучила и Југославија. За Токиските процеси тоа се Специјалната прокламација на Врховниот командант на сојузничките сили за основање на трибуналот, Статутот и Правилата за процедура.

³³⁴ Stanley, 2016, стр. 822; Биле надлежни за злосторства кај кои последиците не можело географски да се ограничат, додека оние сторени против одредени народи требало да бидат предадени на нивните национални судови - Vasiljević, 1965, стр. 47.

слободно, во приватност да општи со својот бранител	/	/	/	/
да ги сослуша или да бара сослушување на сведоците на обвинението	16, 24	19	9, 15	15
да дава објаснувања за обвинувањата против него, да презентира докази во своја одбрана и да побара трибуналот да ги обезбеди сведоците и доказите за неговата одбрана	16, 24	12, 16, 23	9, 15	15
на заштита од себеоптужување	/	/	/	/
ефективен правен лек	нема - 26	/	нема - 17	/

Табела 3

Од табелата може да заклучиме дека од општо прифатените минимални права во овие процеси не биле пропишани привилегијата против самообвинување и правото на молчење (кои несомнено се поврзани со институтот незаконити докази), правото на јавно судење³³⁵ пред независен и непристрасен суд³³⁶ и двостепеноста на постапката.

Едно од седумте начела на меѓународното право признати со Статутот на Нирнбершкиот суд и нирнбершките пресуди, а потврдени од Генералното собрание на ОН во 1946 г. е принципот - право на правично судење,³³⁷ секако според стандардите на тоа време. „Кога беа проценувани според тогашните стандарди, кривичните процедури во суштина беа праведни“³³⁸ бидејќи во нив биле вклучени правото на обвинетиот на детален обвинителен акт, изведување сопствена одбрана или добивање помош од правен советник, можност за презентирање докази и вкрстено испрашување на сведоци.³³⁹ Сепак, правичното судење од тоа време не познавало право на молчење, право на жалба, одбраната немала право да ги бара од обвинителството екскулпирачките докази за кои ова знаело, пред расправата немала право на увид во исправите кои тужителот ги користел во вкрстеното испрашување на обвинетите, со други зборови тужителот уживал голема предност на судењето.³⁴⁰

Во однос на она што нам ни е од посебен интерес може да извлечеме неколку битни заклучоци во поглед на различните доказни средства:

³³⁵ Иако тоа не било егзактно предвидено во Статутот или правилата, јавноста во пракса била присутна на судењата. Новинари од целиот свет ги следеле судењата, а биле обезбедувани дневни транскрипти на англиски и германски јазик за секој кој сакал да прочита. За ова и општо начинот како биле подготвувани и спроведувани судењата види кај Ференц кој бил главен обвинител во предметот против 22 припадници на СС единиците - Ferencz, 1948, стр. 145-149.

³³⁶ По ова прашање имало доста примедби. Авторите на лондонската спогодба не ги уважиле залагањата на некои угледни професори меѓу кои и Ханс Келзен, дека трибуналот треба да биде составен од судии од неутралните држави. Во Европа биле судени генерално Германците, пр. за окупацијата на Полска, а истовремено била превидена советската окупација на источниот дел на земјата, сојузничките сили не одговарале на барањата за екстрадиција и на обвинетите Италијанци за воени злодела, било прифатено барањето на СССР од надлежноста на трибуналот да бидат исклучени воените злодела сторени од Црвената армија во поделбата на Полска или во војната против Финска, судот според меѓународното право требало да суди применувајќи го внатрешното германско право, а наместо тоа го применувал правото на победничките земји и сл. - Кгарас, 2012b, стр. 6.

³³⁷ Кгарас, 2012b, стр. 7.

³³⁸ Крајер/ Фриман/ Робинсон/ Вилмсхерст, 2010, стр. 375.

³³⁹ Крајер/ Фриман/ Робинсон/ Вилмсхерст, 2010, стр. 375; Крапац пак смета дека стадиумот на судењето сумарно им гарантирал на обвинетите начело на правична постапка, иако не може да се заклучи дека постапката на обвинетите им осигурувала урамнотежена процесна положба со таа на обвинителот, вклучително и тоа што иако имал одредени процесни права на судењето тие не биле такви за да се каже дека бил процесен субјект во вистинска смисла на зборот - Кгарас, 2012b, стр. 141-142.

³⁴⁰ Кгарас, 2012b, стр. 20, 102, 116, 117.

а) обвинет - пресумпцијата на невиност била призната во овие два трибунали, а товарот на докажување бил на страната на обвинителот. Но, обвинетиот немал привилегија против самоинкриминација, немал право да молчи,³⁴¹ судот можел во секое време да му поставува прашања, па и да влече негативни заклучоци од одбивањето да одговори на некое прашање.

б) сведоци - немало привилегирани сведоци, судот можел да ги повика сите лица за кои сметал дека било потребно да сведочат, да побара од нив да положат заклетва, а тие немале право да одбијат одговор на некое прашање дури ни ако со него можеле да се доведат себеси или блиско лице на кривична одговорност. Во постапката можеле да се употребуваат и писмени изјави на сведоци кои ниту обвинетиот ниту бранителот немале можност претходно да ги испитаат.

в) писмени докази - била дозволена употреба на приватен дневник, писмо или други изјави дадени без или под заклетва. Можело да се употребуваат секундарни докази, што значи отсуството на оригиналната форма на доказот не била пречка за негово изведување. Судот можел да нареди продукција на сите неопходни писмени докази, независно од тоа дали биле заштитени со степен на тајност или не.

г) прифатливост на докази - судот не бил врзан со никакви технички правила за доказите. Можел да ги прифати сите релевантни докази независно од начинот како биле прибавени, односно не постоеле правила за исклучување на доказите.

Ако се потсетиме на историскиот дел понапред и споредиме, може да заклучиме дека обвинетиот во овие трибунали ги знаел обвиненијата, имал време да се подготви за одбрана, имал свој бранител, можел да ги испитува сведоците на обвинението, имал увид во доказниот материјал, можел сам да предлага писмени и усни докази, па не бил во толку лоша положба како неговите претходници од инквизиторната и средновековната англиска постапка. Сличноста помеѓу тројцата е таа што и овде казнувањето на виновниците било во прв план, па како што доликува на *crime control* постапка немал никакво право да ги оспорува релевантните докази поради начинот како тие биле прибавени. Немал право на молчење, судот можел да носи заклучоци од одбивањето да одговори на некое прашање, не постоеле привилегирани сведоци, ниту заштита на приватните мисли запишани во дневниците.

Несомнено начелото на правична постапка од формален аспект било признато во сите меѓународни судови. Досега веќе стана очигледно, правичноста е флуиден стандард што се менува со текот на времето, во зависност од третманот кој го имаат човековите слободи и права. Така, ќе видиме дека најмалку права гарантирала правичната постапка во текот на Нирнбершките и Токиските процеси, а и тие биле поврзани со стадиумот на судењето,³⁴² постапките пред МКТЈ и МКТР обезбедувале права и пред судењето, а на

³⁴¹ Исто и Jackson/ Summers, 2012, стр. 118.

³⁴² Зошто само со овој стадиум може да заклучиме од објаснување на Крапац. Тој вели ова основно право или стожерно начело произлегло од странечки структурираната судска постапка на англо-американската правна традиција, се појавило во меѓународните извори за човековите права и слободи по Втората светска војна од кои потоа се проширило во праксата на многу земји. Но, сè до 60-те години на XX век во САД се применувало само на расправата пред судот, а не и на полициските извиди кои му претходеа на судењето и кои имале нагласен инквизиторен карактер, односно претставувале тајна полициска истрага со широки дискрециски овластувања. Тоа инквизиторно (полициско) постапување добило цврсти правни граници со одлуките на ВСС од 60-те години на XX век со кои судот ги применил уставните гаранции за неповредливост на домот и правата на одбраната во постапувањето на полицијата со уапсените осомничени - Кгарас, 2012b, стр. 26; Имено ако во САД ваквите гаранции почнале да се применуваат на постапката пред судењето дури од 60-те години на XX век, не може да се очекува трибуналите кои биле засновани првенствено на таа традиција да ги опфатат 15 години порано.

него сите опишани во чл. 14 од МПГПП и чл. 6 од ЕКЧП, за во Статутот на МКС да се гарантираат и други во постапувањето пред судењето.³⁴³

Од текстот на трудот понатаму ќе може да заклучиме дека постои одредена закономерност, а таа е дека правата на одбраната со текот на времето се зголемувале, не обратно, но и дека правичната постапка како флуиден стандард сега вклучува повеќе права споредено со порано.

3. Минимални права пред меѓународните кривични судови

За сликвито да се покаже, а воедно и да може да се направи споредба со правата признати во најзначајните меѓународни акти елаборирани во глава III и овде како база се користи слична табела.

вид на признато право	МКС		МКТЈ		МКТР	
	Статут	Правила за процедура и докази	Статут	Правила за процедура	Статут	Правила за процедура
правично судење	64, 67	132, 132 ^{bis}	20, 21	65 ^{ter}	19, 20	/
јавно судење	64, 67	/	20, 21	52, 78	19, 20	52, 78
судење во разумен рок	64, 67	101, 132, 132 ^{bis}	20, 21	65 ^{ter} , 73 ^{bis}	19, 20	73 ^{bis} , 73 ^{ter}
судење пред независен и непристрасен суд	40, 67	5, 23, 24, 34, 35	11, 12, 13	15	11, 12	15
пресумпција на невиност	66	/	21	62	20	62
да биде детално известен за природата и причините на обвинението	58, 60, 61, 64, 67	121	21	47, 50, 53 ^{bis} , 62	19, 20	47, 50, 53 ^{bis} , 62
неопходно време и услови за подготвување на одбраната	67	76, 77, 121	21	50, 53 ^{bis} , 62, 65 ^{bis} , 65 ^{ter} , 66, 68, 73 ^{ter}	20	66, 67, 68, 69, 94 ^{bis}
да се брани самиот или со помош на бранител по свој избор	55, 63, 67	20, 21, 22, 121	18, 21	3, 42, 44, 62, 63	17, 20	42, 44, 62, 63
на службен бранител	55, 67	20, 21	18, 21	42, 45, 45 ^{ter} , 62	17, 20	42, 44 ^{bis} , 45, 45 ^{quater}
слободно, во приватност да општи со својот бранител	67	73	/	97		97
да ги сослуша или да бара сослушување на сведоците на обвинението	56, 67	140	21	85	20	85
да му се обезбеди повикување и сослушување на сведоците на одбраната под исти услови како тие на обвинението	67	140	21	85	20	85
на заштита од себепотужување	55, 67	/	21	42	20	42
на жалба	81, 82	150	25	108, 111	24	108, 111

Табела 4

Од табелата се заклучува дека МКТЈ, МКТР и МКС целосно ги признаваат сите анализирани права. Во поглед на доказните ограничувања може да извлечеме неколку битни заклучоци:

³⁴³ Кгарас, 2012b, стр. 137-138.

а) обвинет - пресумпцијата на невиност била призната во овие три суда, а товарот на докажување бил на страната на обвинителот. Обвинетиот уживал привилегија против самообвинување, односно имал право на молчење, а судот не можел од тоа да носи негативни заклучоци. Обвинителот пред испитувањето имал обврска да го информира осомничениот за неговите права (на бранител, молчење), но правилата не предвидуваат санкција во случај на неисполнување на ваквата обврска.³⁴⁴ Крапац смета дека во таков случај постои можност судот да го издвои исказот врз база на своето дискреционо овластување.³⁴⁵

б) сведоци - според правилата на МКС (чл. 73 и 74) постојат привилегирани сведоци со право да одбијат да сведочат. Комуникацијата помеѓу обвинетиот и бранителот е привилегирана. Таа не може да се открие, освен ако самиот обвинет тоа не го побара или ако самиот доброволно не ја открие на трето лице кое за неа може да сведочи. Привилегирано е и кажаното на доктор, психијатар, психолог, верски советник. Брачниот другар, дете или родител на обвинетиот имаат привилегија да не сведочат во постапката. Сведокот може да одбие да посведочи за прашање со кое би се довел себеси на кривична одговорност. Во таков случај судот не може да го ослободи од сведочењето, туку ќе му даде гаранции и ќе му укаже дека неговата изјава нема да се користи директно или индиректно против него и ќе побара да одговори на прашањата. Воедно во случаи кои вклучуваат сексуално насилство неприфатливи се сите докази кои покажуваат поранешно или сегашно сексуално однесување на жртвите или сведоците.

МКТЈ и МКТР (чл. 77 од нивните Правила), за разлика од МКС, можеле да казнат лице за попречување на правдата ако без оправдана причина не сакало да предаде писмени докази во судот или ако како сведок одбивал да одговори на некое прашање.³⁴⁶ Можеле да прифатат исказ на сведок даден и во писмена форма (чл. 89). Привилегирана била само комуникацијата помеѓу обвинет и бранител. Кај МКТЈ ако сведокот одбиел да даде одговор за прашање со кое би се довел себеси на кривична одговорност, судот можел да му даде гаранции на сведокот дека неговата изјава нема да се користи директно (не и индиректно) во последователно обвинение против него (освен за лажно сведочење) и да побара да одговори на прашањата (чл. 90). Доказните правила не вклучувале одредби за анонимни сведоци.³⁴⁷

в) писмени докази - немало ограничувања по прашањето за употреба на секундарни докази, што значи отсуството на оригиналната форма на доказот не била пречка за негово изведување. Меѓутоа државата можела да одбие продукција на докази поврзани со нејзината национална безбедност. Во таков случај судот заради заштита на државните безбедносни интереси можел да одлучи судењето да биде *in camera*, да дозволи документите да бидат предадени во редактирана форма, да нареди да не се составува транскрипт од расправата, а документите веднаш по неа да се вратат на

³⁴⁴ Види чл. 42 и 63 од Правилата на МКТЈ и МКТР и чл. 55 и 67 од Римскиот статут.

³⁴⁵ Кгарас, 2012b, стр. 150. Неговиот став го заснова на чл. 89 (Д) од Правилата на МКТЈ и МКТР кој гласи: Советот може да ги исклучи доказите доколку нивната доказна вредност е суштински натежната од потребата да се обезбеди правично судење и чл. 95 од Правилата според кој: Ниту еден доказ нема да биде прифатлив ако е прибавен со методи што фрлаат суштински сомнеж за неговата веродостојност или ако неговото прифаќање е спротивно на, и сериозно би го нарушило интегритетот на постапката.

³⁴⁶ Според Касезе ова не се однесува на персоналот на Меѓународниот црвен крст. Тие не можат да сведочат без да ја прекршат нивната должност за доверливост, па може да одбијат да сведочат, а судот не смее да ги присили да дадат доказ - Касезе, 2009, стр. 417.

³⁴⁷ Особено контроверзна мерка е употребата на анонимни сведоци, односно сведоци чиј идентитет не им е познат и на двете страни. Остро беше критикувана една рана одлука за овозможување на оваа практика во МКТЈ, особено од застапниците на антагонистичките процедури, а потоа повеќе не беше повторена - Крајер/ Фриман/ Робинсон/ Вилмсхерст, 2010, стр. 387.

државата од која потекнуваат без да се заведат во Регистарот (значи се преземале мерки кои овозможувале да се заштити државниот интерес и истовремено да се утврди вистината во постапката).

г) прифатливост на докази - судовите одлуката за релевантност и прифатливост на доказите ја носеле земајќи ги предвид доказната вредност на доказот и штетата која таквиот доказ можел да ја предизвика врз правичноста на постапката или врз правичната оценка на исказот на сведокот. МКТЈ во начело можел да го прифати секој доказ со доказна вредност, при што имал овластување да исклучи таков кај кој потребата да се обезбеди фер судење суштински натежнува над неговата доказна вредност (чл. 89).

Во сите три суда (МКТЈ, МКТР и МКС) судот има

1) дискреционо право да одлучи за релевантноста или прифатливоста на кој било доказ, притоа земајќи ја предвид, меѓу другото, нивната доказна вредност и секој штетен ефект што тие докази може да го предизвикаат во однос на правичното судење или на правичната евалуација на исказот на сведокот.

2) но, доказите прибавени со повреда на одредбите на Статутот или на меѓународно признатите човекови права не се прифатливи, а) доколку повредата фрла суштинска двојба во поглед на веродостојноста на доказот или б) доколку прифаќањето на доказот би било спротивно на и сериозно би го нарушило интегритетот на постапката.³⁴⁸

Што значи ова?

Во суштина некаква повреда на меѓународно признатите човекови права или на статутарните одредби мора да има. Разликата е во последиците кои таа ги предизвикува. Кај првата причина услов е повредата да ја доведе под знак прашање веродостојноста на доказот.³⁴⁹ Неприфатливо е одлуката да се базира на докази кои не се веродостојни, зашто тогаш изгледите да е погрешна се големи. Овде преку издвојувањето во крајна линија се штити точноста на одлуката или материјалната правда. Се смета дека помала штета ќе се направи ако таквиот доказ се издвои и не биде дел од доказниот мозаик, отколку ако се искористи при донесување на одлуката. Значи судот треба да процени дали повредата на доказното правило ја доведува под знак прашање веродостојноста на доказот и ако е така да го издвои.

Кај втората причина не е проблем веродостојноста на доказот. Тој ако не е веродостоен се исклучува според првиот основ. Овде доказот е веродостоен, но се исклучува за да се заштити правичноста на постапката како процесно-правно начело од оние докази чие прифаќање би било неетичко или би направило сериозна штета врз интегритетот на постапката.³⁵⁰ Судот тука треба да процени од каков карактер е повредата, за ако таа има толкаво негативно влијание врз чистотата на постапката да го издвои доказот.

Таман во горните правила гледа „слабо ексклузивско правило“,³⁵¹ што се поклопува со забележувањето на Крапац дека повредите треба да доведат до облигаторно исклучување на одредени докази, но советите на меѓународните трибунали го сведуваат во факултативно правило за дискрециско издвојување бидејќи во своите одлуки

³⁴⁸ Види чл. 89 (Д) и чл. 95 од Правилата за докази на МКТЈ и МКТР и чл. 69 ст. 4 и 7 од Статутот на МКС.

³⁴⁹ По овој основ дури и Нирберншкиот воен трибунал од доказниот материјал исклучил еден исказ на обвинетиот Саукел добиен со исцрпувачко испитување, а обвинителот повлекол една Герингова изјава за која одбраната тврдела дека била добиена со измама - May, R./Wierda, M., International Criminal Evidence, Transnationals Publishers, Ardsley, N.Y., 2002, p. 296 - кај Крапац, 2012b, стр. 207.

³⁵⁰ Како >>интегритет на постапката<< во праксата на МКТЈ се сфаќа складност (согласност) на процесните дејствија со меѓународните стандарди за човекови права и правата на одбраната - Крапац, 2012b, стр. 207.

³⁵¹ Thaman, 2010, стр. 343.

покажуваат висок степен на вагање при оцената од каков обем треба да биде повредата на човековите права за таа да може да доведе до ексклузија на доказите. Притоа посочува пракса во која некаде навистина без вагање автоматски биле исклучени доказите добиени со повреда на некое човеково право,³⁵² но укажува и на таква која балансира и дискрециски одбива да ги издвои на таков начин применувајќи го факултативното правило за издвојување.³⁵³

Слично и МКС употребувајќи го своето дискреционо право одбива да ги издвои веродостојните материјални докази добиени со повреда на правото на приватност, притоа повикувајќи се и на праксата на ЕСЧП.³⁵⁴

Крапац споменува уште едно правило што во пракса ретко се употребува, а го познаваат МКТЈ и МКТР (чл. 89 Д од Правилата) и МКС (чл. 69 ст.4 од Статутот) кое „овозможува факултативно исклучување на доказите спрема дискрециска оценка на судот на база на заклучок дека во конкретниот случај некоја процесна повреда го оневозможила или видно го ограничила правото на странката за преземање некое дејствие во поглед на докажувањето така што спознајниот резултат на така дефектното докажување за судот би бил далеку помалку важен од штетата која со него странката би ја претрпела“.³⁵⁵

4. Резиме на глави III и IV

Во табелите заедно со бројот на членот во кој се предвидени, се прикажани само правата кои експлицитно се признати во меѓународните акти, статутите и правилата, а не и оние кои од правото на правична постапка (fair trial) ги изведуваат судовите, Комисијата за човекови права на ОН или ЕСЧП. Дури и така гледано од овој приказ може да се заклучи дека најзначајните права на обвинетиот и одбраната добиле гаранција како во меѓународните акти, така и во статутите и правилата на сите разгледувани меѓународни кривични трибунали.

³⁵² Така биле исклучени без какво и да било вагање, изјавите на осомничениот прибавени со повреда на правото на бранител (во одлуката од 2.12.2007 г. на расправниот совет во предметот Карамера и др.) или изјавите на осомничениот добиени на база на незаконит притисок за давање исказ (жалбениот совет со одлуката од 18.8.2005 г. ја преиначил одлуката на расправниот совет и ги издвоил изјавите на осомничениот Халиловиќ дадени по добиено ветување од обвинителството дека кооперативноста ќе ги зголеми шансите за негово привремено ослободување од притвор) - Кгарас, 2012b, стр. 207.

³⁵³ Процесните повреди сторени при претрес на дом на соосомничен не налагаат примена на санкцијата издвојување на доказите прибавени при претресот (одлука од 9.2.1998 г. на расправниот совет во предметот Делалиќ), исклучувањето е облигаторно само кај тешките повреди на човековите права, а не и при незаконито прислушување на телефонските разговори на спротивната страна во оружена борба (одлука од 3.10.2003 г. на расправниот совет во предметот Брџанин) - Кгарас, 2012b, стр. 207.

³⁵⁴ Одлука од 29.6.2009 г. во предметот Томас Лубанга Дилоа (Thomas Lubanga Dyiloa) со која било одбиено барањето за издвојување на доказите обезбедени со неуставен претрес, односно одлука од 16.12.2011 г. во предметот за Каликсте Мбарушумана (Callixte Mbarushimana) за докази обезбедени со незаконски претрес и тајно снимени разговори – и двете споменати кај Karas/ Štrk, 2013, стр. 189-190. Како што пишуваат Карас и Штрк на стр. 190, МКС фактички го прифатил гледиштето на МКТЈ дека би се нарушил интегритетот и би претставувала голема пречка во спроведување на правосудството ако заради процедурални повреди бидат издвоени веродостојни докази. МКТЈ одбил барања за ексклузија на незаконски обезбедени тајни снимки со одлуките од 19.1.1998 г. кај Делалич и др. (Delalić et al.), од 3.10.2003 г. кај Брџанин (Brđanin), од 16.12.2003 г. кај Милошевиќ (Milošević), од 29.1.2004 г. кај Краишник (Krajišnik) и од 30.9.2010 г. кај Караџиќ (Karadžić).

³⁵⁵ Кгарас, 2012b, стр. 206. Овде ја споменува и одлуката од 1.12.2000 г. на расправниот совет во предметот Кордиќ кој оценил дека изнесувањето на некои докази на обвинението, кои се состоеле во писмени извештаи чии составувачи одбраната немала прилика да ги подвргне на испитување, противречело на Правилото 89Д, посебно затоа што некои од извештаите биле анонимни – цитирана од Jones, J. R. W. D./ Powles, S. International Criminal Practice, 3rd Edition, Transnational Publishers/ Oxford University Press, 2003, p. 733.

Од сите права само правичното судење без исклучок било признато во сите нив, иако се работи за декларации, конвенции, статuti и правила за процедура кои ги дели временска дистанца од 70-тина години.³⁵⁶

Што значи дефинитивно ова право е темел на кривичната постапка или со други зборови, неправична кривична постапка никогаш не била опција. Но, правичноста е толку флуиден стандард што од сегашна гледна точка, она што во минатото се сметало за правично, денес ни оддалеку не е такво. Теоријата и праксата се тие кои треба непрестајно да го обликуваат таквиот растеглив стандард на ист начин како што своевремено бранителите со своите борбени залагања се избориле за пресумпцијата на невиност, правото на молчење на обвинетиот кои сега сите ние ги земаме здраво за готово, како отсекогаш да постоеле во кривичното правосудство.

Можеме да заклучиме дека генерално пред меѓународните судови се гарантирале посочените минимални права и секаде постоело правото на правична постапка. Во однос на прифатливоста на доказите имаме одредено поместување. Така:

а) во Нирнберг и Токио прифатливи биле сите докази,

б) во МКТЈ и МКТР прифатливи биле сите докази освен во одредени случаи каде судот морал (*ex lege*) да го издвои доказот или каде што имал овластување (*ex iudicio*) сам да одлучи по тоа прашање. Па, така предмет на ексклузија биле:

б.1) оние кај кои доказната вредност била суштински надмината од потребата да се обезбеди фер судење (*ex iudicio*),

б.2) 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 (*ex iudicio*),

б.3) исказот на обвинетиот даден под принуда, закана, сила (*ex lege*),

б.4) комуникацијата помеѓу обвинетиот и неговиот бранител (*ex lege*) и

б.5) кај случаите со сексуални напади недозволени биле доказите со кои би се утврдувало претходното сексуално однесување на жртвата (*ex lege*).

в) во МКС предмет на ексклузија биле сите како кај МКТЈ и МКТР дополнително и исказите на привилегираните сведоци - доктор, психијатар, психолог, верски советник, брачен другар, дете или родител на обвинетиот (*ex lege*).

Во основа, кај меѓународните судови со кои заседаваат професионални судии генерално постои пресумпција во полза на прифаќање на доказите. Тие попрво треба да бидат проценети за време на судењето отколку однапред да бидат елиминирани.³⁵⁷

Забележливо е дека ниеден меѓународен суд не ја прифатил теоријата плодови на отровно дрво, односно предмет на исклучување не се доказите до кои било дојдено врз база на незаконитите докази. Има мал исклучок кај МКС, и тоа не во полза на обвинет туку на сведок, според кој исклучени се доказите до кои било дојдено на база на законит доказ. Така овој суд, на сведок кој одбил да одговори на прашање со кое би се довел себеси на кривична одговорност може да му даде гаранции дека неговата изјава нема да се користи директно или индиректно против него. Забраната за директна употреба значи неможност за користење на изјавата како доказ на обвинителството во некоја идна/паралелна постапка против сведокот. Спротивното би претставувало повреда на привилегијата против самообвинување и на правото на молчење.

³⁵⁶ Нирнберг и Токио 1946 г., УДЧП 1948 г., ЕКЧП 1950 г., МПГПП 1966 г., АКЧП 1969 г., АПЧП 1981 г., МКТЈ 1993 г., МКТР 1994 г., Повелба за правата на ЕУ 2000 г., МКС 2002 г. и АДЧП 2012 г.

³⁵⁷ Крајер/ Фриман/ Робинсон/ Вилмсхерст, 2010, стр. 408.

Од друга страна забраната за индиректна употреба подразбира дека ниту информациите до кои било дојдено преку одговорите на овој сведок да не може да се користат во идна/паралелна постапка против него, пр. ако обвинителот дознал за некој сведок за кој не знаел претходно, за местото каде има траги од к.д. (леш или закопани предмети и сл.), ништо од тоа не ќе може да се употреби во консекутивна постапка против сведокот кому му бил даден имунитет при сведочењето. Секако дека тоа не е апсолутен материјален имунитет, зашто нема пречка да биде гонет врз база на други докази, кои не се плод на дадената изјава.

На крај уште треба да се каже дека одлуките за издвојување на доказите се одлуки на судот со кои тој ја насочува, управува со постапката, а не мериторни со кои го решава спорот односно главното прашање за (не)виност. Тие може да бидат процесни кога судот ги објавува на самата расправа или формални кога ги носи со посебно решение надвор од неа. Во првиот случај како и сите за процесни одлуки, не важи правилото *res iudicata* или *ne bis in idem*, па судот може во одредени случаи и од оправдани причини да ги измени. Во вториот случај ако странката не го искористи правото на жалба или таа биде одбиена тие стануваат правосилни, а еднаш донесената одлука ќе важи до крајот на постапката (*rebus sic stantibus*).

Прописите на меѓународните судови не го регулираат прашањето за измена на претходно донесена процесна одлука, па жалбените совети на МКТЈ и МКТР зазеле став дека повторното разгледување на донесените одлуки за управување на постапката се инхерентно овластување на судот, за разлика од МКС во кој судиите не сметале така.³⁵⁸

³⁵⁸ Кгарас, 2012b, стр. 249. Како пример за успешен ремонстративен лек се наведува одлуката на судечкиот совет на МКТЈ од 17.5.2005 г. во предметот Милошевиќ со која бил усвоен предлогот на тужителот повторно да се разгледа одлуката за издвојување на исказите на неколку сведоци од доказниот материјал и да се дозволи повторно внесување на некои од нив; Слично и во Србија претседателот на советот за време на подготовките на главната расправа може со решение да го издвои доказот кој смета дека е незаконит, но советот може на самата расправа да ја измени таквата одлука - Ђорђевић, 2013, стр. 303-304; Во САД по правило одлуката донесена на *voir dire* е право во конкретниот случај бидејќи во спротивно обвинителството ќе треба два пати да ја докажува законитоста во прибавувањето на доказите. По исклучок ако се појават нови докази кои без вина не биле првично предложени, а се подобни да ја доведат во прашање исправноста на одлуката со која било одбиено барањето за издвојување, обвинетиот има право да го повтори барањето на главното судење - LaFave/ Israel, 1992, стр. 515-516.

ТРЕТ ДЕЛ КОМПАРАТИВНИ ПРЕГЛЕДИ

Споредбениот дел ќе го започнам со САД од едноставна причина што се смета дека таму бил изворот, односно е моторот на ексклузиското правило. Се претпоставува дека овдека правилото исклучува повеќе докази споредено со остатокот од светот, па од анализата на нивните одлуки ќе можеме да изведеме заклучок дали навистина е така, дали се толкави разликите помеѓу нив и другите држави и дали сè уште САД го имаат главниот збор за ова прашање.

ГЛАВА V ДОКАЗНИ ЗАБРАНИ И НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ ВО СОЕДИНЕНИТЕ АМЕРИКАНСКИ ДРЖАВИ

1. Општо

Ексклузијата на доказите во САД главно се перципира како судски востановено правило, а не нешто кое уставотворецот го нормирал. Од научната и стручна литература, како и тамошната судска пракса јасно произлегува дека ВСС е факторот кој ги создава и менува трендовите во материјата која ја проучувам.

Пред да ги разгледам неговите одлуки ќе посочам кои одредби од Уставот на САД се релевантни за предметот на трудот и ќе дадам краток осврт на внатрешната поделба на судска власт.

Според праксата на ВСС, за ексклузијата на доказите битни се амандманите IV, V, VI и XIV на Уставот на САД. Амандманот IV го гарантира правото на неповредливост на личноста, домот, имотот и преписката. Во основа тој е релевантен за материјалните докази, зашто се однесува на претресите, запирањата, прегледите и заплени како методи за прибирање докази. Амандманот V го признава правото на молчење и привилегијата против себеобвинување и се однесува на вербалните докази. Според него никој не смее да се натера на какво и да било кривично судење да сведочи против самиот себеси. Секој исказ треба да биде доброволен, а не даден под присила, со закана, ветување награда и полза или друго дејствие кое може да влијае врз вистинитоста на дадениот исказ. Амандманот VI го гарантира правото на бранител и стручна правна помош во судските постапки, а амандманот XIV го гарантира правото на правичен судски процес.

Во текстот на овие амандмани никаде не е прецизирано што во случај на нивна повреда, имено какви лекови им стојат на располагање на граѓаните тогаш кога ќе биде повредено она што со нив е гарантирано. Нив ги дефинирал ВСС со своите одлуки, односно Конгресот како законодавно тело. Од текстот кој следи ќе видиме, ексклузиското правило се надоврзува на повреди сторени при претреси и заплени (амандман IV), при земање изјави од осомничени, обвинети и сведоци (V и VI амандман), при претсудски и судски препознавања (V и VI амандман), на правото на бранител (V и VI амандман), на конфронтационата клаузула (VI амандман) и со методи толку шокантни што се спротивни на правото на фер процес (XIV амандман).

Бидејќи секое од нив се води од различни премиси, може да се каже дека постојат неколку ексклузиски правила, а не едно. Така на пр. принципите кои стојат позади

ексклузивното правило врзано за IV амандман се различни од оние кои го оправдуваат исклучувањето на доказите согласно V.

2. Организација на судството

Според член III од Уставот од 1787 г.³⁵⁹ судската власт е доверена на еден Врховен суд и пониски судови кои само Конгресот може да ги установува.

По ратификација на Уставот и конституирање на Конгресот, прва задача била воспоставување на судската организација, што било сторено со Актот за судството (The Judiciary Act) од 1789 г. кој вовел два системи на организација на судството – федерално и државно.³⁶⁰ САД се поделени на 94 федерални области, а федералното судство за казнената материја го сочинуваат 1) Врховниот суд на САД (United States Supreme Court), 2) тринаесет апелациони судови од кои 1 за федералната област и 12 регионални (US Courts of Appeals) и 3) федерални обласни судови кои се 94 на број (US District courts).³⁶¹ САД е федерација составена од 50 држави кои имаат свои обласни и апелациони судови на чело со државни врховни судови. Државните судови се надлежни за судење на сите к.д. освен федералните, практично во нив се суди сиот редовен криминал, убиства, кражби, силувања, насилства и сл.

Зошто е битно да се знае поделбата? Според амандманот XIV на Уставот усвоен во 1868 г. ниедна држава не смее со свој устав или закон да ги ускрати правата кои државјаните на САД ги уживаат со федералниот устав. Прецедентите на ВСС се задолжителни за сите државни судови. Овие не смее да ги ограничат или намалат правата и привилегиите на граѓаните под минимумот што им е даден со толкувањата на уставот од ВСС (слично како по примерот на ЕКЧП и ЕСЧП).

Но, затоа граѓаните во посебните држави може да уживаат повеќе права според државните уставы и закони споредено со оние што им ги нуди Уставот на САД, кое нешто јасно произлегува од амандманот X на сила од 1791 г. Конгресот или државните законодавци може да го прошират ексклузивното правило надвор од рамките поставени од ВСС.³⁶²

Во суштина Владата ја има само онаа власт што ѝ е изречно доделена, а граѓаните ги уживаат сите слободи и права освен она што им е изречно забрането.

Пред да навлеземе подлабоко во суштината, уште да кажеме дека сè додека пониските судови се едногласни во решавањето на некое правно прашање, ВСС стои на страна. Пример, за прашањата од IV амандман државните и федералните судови се тие кои го обзnanуваат правото, а полицијата го спроведува. Меѓутоа кога ќе се јави разногласие, во смисла едни судови ценат дека некоја полициска практика е во ред, други

³⁵⁹ Уставот на САД се смета за храбар експеримент во политичката наука. Во тоа време во Англија судството не било познато како посебна власт, туку во теорија и пракса се сметало како дел од кралската извршна власт. Независтоста на судството е типична американска иновација - Lynch, 2000, стр. 716-717.

³⁶⁰ Understanding the Federal Courts, Office of Judges Programs, Washington, D.C., 2003. Creating the Federal Judicial System, 3rd Edition, Federal Judicial System, 2005 кај Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 33.

³⁶¹ The Federal Court System in the United States, An Introduction for Judges and Judicial Administration in Other Countries, Washington, D.C. 20544, 2nd Edition, 2001; M. Lippman, Criminal Procedure, SAGE Publication, 2010, стр. 8 кај Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 34.

³⁶² Alderman v. United States, 394 U.S. 175 (1969); Слично и McGlynn, 2017, стр. 409 која се повикала на Cooper v. California, 386 U.S. 58 (1967), а посочила и студија од 1996 г. што покажала дека речиси половина држави воспоставиле права за претреси и заплени пошироки од предвидените со Федералниот устав; Види и Juliver, 1998, стр. 744 кој како судија на Врховниот суд на Њу Јорк навел дека одлуките на федералните судови кои се засноваат на IV амандман се безмалку ирелевантни за нив како државни судии бидејќи државниот врховен суд на база на државниот устав развил подруги правила од федералните кои воведуваат поголеми ограничувања за полицијата и даваат поголеми права на осомничените.

дека не е законска, трети дека во некои ситуации е, а во други не е, тогаш ВСС прифаќа да го разгледа прашањето со цел да го реши спорот.³⁶³ Носејќи прецеденти што ќе важат во целата држава тој промовира униформност и воспоставува јасни правила кои во иднина мора да ги следат приватните лица и државните органи.³⁶⁴

Меѓутоа животот не се одвива во стаклено своно. Општествените услови се менуваат и во одредена фаза реалните социјални односи вршат притисок барајќи промена на веќе етаблираната правна пракса.

Сето тоа влијае на начинот како пониските судови ги читаат, толкуваат и применуваат преседаните. Првиот начин е кога дословно го следат преседанот, односно го интерпретираат онака како што го замислил ВСС. Вториот начин е кога го прошируваат. Техниката се менува, ситуациите во кои се применува правото се менуваат и преку проширувањето пониските судови го применуваат прецедентот и на ситуации за кои тој не се однесувал, ниту со буквално читање тој би можел да се примени, сметајќи дека новиот екстензивен начин на интерпретација ВСС во иднина ќе го одобри. Третиот начин подразбира стеснување, односно одбивање да се примени преседанот во сите оние споредливи ситуации во кои правилното читање налага негова примена. Пониските судови ја забележуваат промената во ставовите на некои од врховните судии кои тоа го изразуваат во посебните мислења, го сфаќаат како сигнал од ВСС и ја стеснуваат примената на прецедентот. Односно одбираат да не го применат во одредени ситуации, повикувајќи се на оправдани околности кои се дистинктивни за новиот случај, сметајќи дека врховните судии го промениле гледиштето за некое прашање и подоцна ќе се согласат со нив.³⁶⁵

Така впрочем се развива и менува судската пракса. Се поништуваат некои стари прецеденти и се заменуваат со нови за суштински исти правни ситуации,³⁶⁶ односно се менуваат само некои делови од нив.³⁶⁷

Уште на почетокот во глава I пишав дека за ексклузијата на доказите битно е дали станува збор за вербален или материјален доказ. Затоа кога ќе го објаснувам издвојувањето не само во САД, туку секаде, ќе правам разлика помеѓу едниот и другиот вид докази.

3. Амандман IV и дозволено постапување на службените лица

За материјалните докази битни се амандманите IV³⁶⁸ и XIV³⁶⁹ на Уставот на САД и интерпретациите што ВСС ги дава во своите одлуки со кои практично го обликува доказното право во однос на претресите, прегледите, запирањата и одземањата на предметите.

³⁶³ Kerr, 2011a, стр. 1087, 1091; Kerr, 2007, стр. 538-539, 546-548.

³⁶⁴ Re, 2016, стр. 945-947.

³⁶⁵ Re, 2016, стр. 928, 935-936.

³⁶⁶ За ова еклатантен пример се Олмстед (Olmstead et al. v. United States, 277 U.S. 438 (1928)) и Кац (Katz v. United States, 389 U.S. 351 (1967)). Она што го дозволил преседанот од 1928 г., прислушување без судски налог, изречно го забранил тој од 1967 г. - *infra* глава V 3.1. и 3.1.1.

³⁶⁷ За ова пример се Миранда (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)) и Харис (Harris v. New York, 401 U.S. 222 (1971)). Првиот забранил секаква употреба во суд на изјава од осомничен кој од полицијата не добил поуки за своите права, а вториот ја стеснил примената на првиот и дозволил употреба на таква изјава за цели на дискредитација - *infra* глава V 7.2. и 8.2.

³⁶⁸ Правото на граѓаните на безбедност на личноста, становите, хартиите од вредност и имотот, од неразумни претреси и заплени, нема да биде повредено, и нема да се издаваат налози, освен во случај на веројатна причина, поткрепена со заклетва или свечена изјава, при точен опис на местото што треба да се претресе и лицата или работите што треба да се одземат.

³⁶⁹ ...ниту која било држава ќе лиши било кое лице од живот, слобода или имот, без правична судска постапка; ниту да му ја ускрати на кое било лице во нејзина јурисдикција еднаквата заштита на законите...

Шабас го нарекува IV амандман предок на правото на приватен и семеен живот од чл. 8 од ЕКЧП.³⁷⁰ Овој амандман опишува кои права на граѓаните се заштитени. Во суштина никој не смее арбитрарно да биде уапсен или задржан. Владините агенти не смеат да вршат неразумни претреси или да одземат туѓи предмети ако претходно не обезбедат налог. За да обезбедат налог треба да имаат оправдана причина за претрес и да се заколнат дека ја зборуваат вистината во поглед на причините врз кои го базираат барањето. Налогот не смее да биде општ или нејасен, во него прецизно треба да бидат опишани предметите или луѓето што треба да се претресат и што е целта на претресот, зашто забрането е да се пречекорат условите од налогот. Амандманот XIV гарантира правична судска постапка.

Во ситуациите во кои властите постапуваат на дозволен начин и во склад со предвиденото во Уставот и законите нив не ќе може ништо да им се приговори и доказите прибавени на законски начин секогаш ќе бидат дозволени пред суд.

Ексклузија може да има само кај недозволеното постапување. Пишувам „може“ зашто не мора по секоја цена да се издвои ни ваков доказ. Впрочем компаративниот дел на трудот ќе ни покаже дека има држави кои прифаќаат пред судовите докази што се незаконски прибавени, сè додека тие се релевантни и веродостојни.

Затоа кога зборуваме за ексклузиското правило битно е да се разграничи што е, а што не е дозволено. Оттука пред да почнам со првата одлука која го трасирала патот за ексклузијата на доказите во САД, добро е да дадам кратка анализа на историјатот поврзан со амандманот IV на Уставот.

Овој амандман го штити правото на приватност на граѓаните, правото да се биде безбеден во својот дом или имот, односно правото „да се биде оставен на мира“.³⁷¹ Неговата основната цел „е да се заштити приватноста и безбедноста на поединците од произволни упади од владини службеници“,³⁷² но „не содржи никаква одредба што изречно ја исклучува употребата на доказите добиени со прекршување на неговите наредби“.³⁷³

За да се сфати смислата на овој амандман потребно е да се познава историјата на САД и проблемите кои ги имале граѓаните со англиските власти со неодредените налози за претрес во кои името на лицето што требало да биде уапсено или чиј дом требало да биде претресен биле оставени празни.³⁷⁴ Тие им давале неограничена моќ на најситните службеници по сопствено наоѓање да влегуваат и произволно да претресуваат приватни домови без постоење веројатна причина³⁷⁵ или разумност, кои на крај довеле до борбата за независност и конечно до донесувањето на новиот Устав.

Овој амандман фактички бил одговор на основачите на „навредливите општи судски налози од колонијалната ера, што им овозможувале на британските офицери да претураат низ домовите во неограничена потрага по докази за криминални активности. Спротивставувањето на таквите претреси била всушност една од движечките сили зад самата Револуција“.³⁷⁶

³⁷⁰ Schabas, 2015, стр. 358.

³⁷¹ Warren/ Brandeis, 1890, стр. 193, 195; Olmstead et al. v. United States, 277 U.S. 478 (1928) (Brandeis J., dissenting) - најсеопфатното од правата и правото што најмногу го ценат цивилизираните луѓе.

³⁷² Carpenter v. United States, 585 U.S. ____ (2018), p. 4 (Opinion of the Court).

³⁷³ Herring v. United States, 555 U.S. 139 (2009).

³⁷⁴ Овие налози ги издавал суверенот на англиското царство, важеле додека бил жив и 6 месеци по неговата смрт - Лажетик-Бужаровска/ Калајциев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 37.

³⁷⁵ Овој термин може да се разбере како разумно верување дека претресот врз недвижноста или лицето поверојатно ќе доведе до откривање на недозволен предмет, отколку обратно.

³⁷⁶ Riley v. California, 573 U. S. 403 (2014); Boyd v. United States, 116 U.S. 625 (1886) - се појави практика во колониите на издавање писмени налози кои на даночните службеници им даваа овластување, по

Немањето налог не претставувало проблем бидејќи такви имало. Проблемот бил во самите нив зашто биле неодредени.

Налозите биле издавани за да ги заштитат од тужби и отштетни барања тие кои претресувале, а не претресуваните.³⁷⁷ Затоа окосницата на IV амандман е разумноста, а не судскиот налог за претрес. Амар дури ќе пише:

„Разумноста - не налогот - е врвно мерило за сите претреси и заплени... Треба да ги прочитаме зборовите на амандманот и да ги сфатиме сериозно: тие не бараат налог, веројатна причина или исклучување докази, но бараат сите претреси и заплени да бидат разумни... Зборовите од IV амандман навистина го значат она што го велат. Тие не бараат налози, како претпоставка, за претреси и заплени. Тие не бараат веројатна причина за сите претреси и заплени без налог. Тие не бараат - или дури и повикуваат - исклучување на докази, недозволен или украдени стоки“.³⁷⁸

„Бидејќи на поротите можеше многу повеќе отколку на судиите да им се верува за заштита од владиното пречекорување на овластувањата, Налозите генерално беа во немилост. Судиите и Налозите беа товарот, а не хероите на нашата приказна“.³⁷⁹

Сето ова несомнено е точно, но амандманот треба да се согледува во историски и општествен контекст. Имено, тогаш кога бил донесен немало полиција во денешна смисла на зборот, така што сега судскиот налог е правило, зашто судот како неутрален арбитер, а не полицијата треба да процени дали има веројатна причина за претрес, точно да опише што ќе се претресе, што ќе се бара и одземе.³⁸⁰

Кога се гледа сегашната пракса на Судот од историска перспектива, испаѓа како амандманот да стои на глава наместо на нозе. Амстердам цитира постар автор кој го тврди тоа, се согласува со тој дел од неговото гледиште, но не и со оценката дека ВСС погрешил со еволутивното толкување и начин на примена на амандманот.³⁸¹ Во тој контекст разумно е гледиштето на Розентал дека историската практика не може да ја реши дебатата околу ексклузивното правило. Тоа не значи дека мора да се прифати правилото, туку оценката како треба да се спроведе IV амандман мора да се направи на база на условите што преовладуваат денес, а не тогаш кога амандманот бил донесен.³⁸²

Потребата од судски налог навистина *in abstracto* делува смирувачки. Но, и во САД судиите исклучително ретко ги одбиваат барањата за налог поднесени од полицијата,³⁸³ слично како и кај нас, што реално ја доведува под знак прашање заштитата

нивна дискреција, да пребаруваат сомнителни места за шверцувана стока, која Џејмс Отис ја прогласи за „најлошиот инструмент за произволна моќ, најуништувачки за англиската слобода, и основните принципи на правото, кои некогаш биле пронајдени во англиските правни книги; бидејќи тие ја ставија „слободата на секој човек во рацете на секој ситен офицер“. Ова беше во февруари, 1761 г., во Бостон, а познатата дебата која се случи беше можеби најистакнатиот настан што го инаугурираше отпорот на колониите кон угнетувањата на матичната земја. „Тогаш и таму“, рече Џон Адамс, „тогаш и таму беше првата сцена на првиот чин на спротивставување на произволните барања на Велика Британија. Тогаш и таму детето Независност беше родено; Слично и *Henry v. United States*, 361 U.S. 100-102 (1959); Повеќе види кај Lynch, 2000, стр. 721-722 и Stuntz, 1995, стр. 406.

³⁷⁷ Stuntz, 1995, стр. 409-410.

³⁷⁸ Amar, 1994, стр. 759, 761, 768; Слично Amar, 1998, стр. 1109-1110 - отворените налози, а не пребарувањето без налог, е *ipso facto* неразумно; Односно Amar, 2001, стр. 606-607 - го критикува ВСС како често зема широко прифатлив уставен текст и го претвора во нејасна доктрина (Уставот не содржи ништо што поддржува издвојување релевантни докази, Уставот не бара налози за сите претреси и заплени, во основачката ера судските налози дури беа сметани за опасни средства).

³⁷⁹ Amar, 1991, стр. 1178-1179.

³⁸⁰ Види и *Katz v. United States*, 389 U.S. 357 (1967), односно *Carpenter v. United States*, 585 U.S. ____ (2018), p. 18 (Opinion of the Court).

³⁸¹ Amsterdam, 1974, стр. 410-411.

³⁸² Rosenthal, 2013, стр. 535.

³⁸³ Saltzburg, Stephen A./Capra, Daniel J., *American Criminal Procedure: Cases and Commentary* 10th ed., May 2014 at 108 кај Iontcheva Turner, 2019, стр. 97.

која ја уживаат граѓаните, односно вербата дека судот е тој кој навистина анализирајќи ја потребата од издавање налог ги штити од неразумни претреси и заплени.

Кога полицијата нема веројатна причина за претрес треба да стои на страна, не смее да ги претресува луѓето и местата. Кога има веројатна причина, IV амандман по правило бара да добие налог, да го најави своето присуство, да употреби разумна сила и да заплени само предмети наведени во налогот,³⁸⁴ зашто забранети се неразумни претреси и заплени дури и кога се извршени со судски налог.³⁸⁵

Секое лице ужива во приватноста на својот дом. Тоа е негово скришно катче, надвор од очите на другите, кога може да биде сам со себе, со своето семејство непопречуван од никого. Влегувањето во туѓ дом несомнено подразбира нарушување на приватноста.

Да се влезе во нечиј дом може со согласност на држателот или без неа. Влегувањето без согласност значи и нарушување на неповредливоста на домот, кое полицијата не смее да го стори без судски налог, освен во исклучителни ситуации како кога некој бара помош или треба да направи увид по извршено к.д.³⁸⁶ Што значи претреси без судски налог се оправдани само кога се разумно потребни, нужни и во исклучителни околности.³⁸⁷ Впрочем неразумно би било да се бара налог кај флагрантните дела, оние што се во тек и при обид да се уапси лице што нив ги сторило.

Значи влегувањата во туѓ дом, претресите и запленивањата без налог за претрес се претпоставено неразумни,³⁸⁸ освен во неколку ограничени (тесни) исклучоци од ова општо правило, како со согласност на држателот на домот,³⁸⁹ со согласност на совладетелот³⁹⁰ и во итни случаи како што се потребата да се гони осомничениот во

³⁸⁴ Alschuler, 2007, стр. 1756; Alschuler, 2008, стр. 1370.

³⁸⁵ Види на следна страна *Chimel v. California*, 395 U.S. 752 (1969) или види *Lynch*, 2000, стр. 739-740 каде е опишан случај во кој полицијата имала налог за претрес за одредени предмети (4 оружја и марихуана), а одзела сè што нашла во домот што можеби било украдено (накит, музички систем, видео опрема, лак и стрели, телевизори, камери, ножеби, чанти итн.), па судот на барање на одбраната ги издвоил доказите.

³⁸⁶ ВСС ги оценил неуставни законите кои овластуваат инспекција на приватни станови од инспектори за јавно здравје без налог и кои го санкционираат како к.д. одбивањето станарот да дозволи таква - *Samara v. Municipal Court*, 387 U.S. 523 (1967); Меѓутоа шупите, амбарите не уживаат заштита со IV амандман, па нарушеното владение во содејство со визуелно забележување што има во нив не е незаконска активност во смисла на овој амандман и не ужива заштита од ексклузивното правило - *United States v. Dunn*, 480 U.S. 294 (1987); Слично и кај нас законот не содржи одредби за претрес на објекти кои не се ни стан ни простории, кои не претставуваат никаков градежен поим, како што би бил дворот, стогови сено на ливада, сложено дрво во шума, ѓубриште на нива, итн., па изгледа тие претреси... ги изедначува со вршење увид и ги подвргнува под режимот за увидот. Владетелот или сопственикот е должен да дозволи пристап на надлежните органи заради вршење увид - *Vasiljević/ Grubač*, 1987, стр. 368, 416.

³⁸⁷ *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 20 (1968) - неисполнувањето на барањето за налог може да биде оправдано само поради исклучителни околности; *Riley v. California*, 573 U. S. 382 (2014) - во отсуство на налог, претресот е разумен само ако спаѓа во специфичниот исклучок од барањето за налог; *Scalia*, 1989, стр. 1181 - претресот на дом е секогаш неразумен, во отсуство на неодојни околности, доколку не е прибавен налог, и дека секогаш е неразумен (освен кај административните претреси) кога не постои веројатна причина да се верува дека се случило к.д.

³⁸⁸ *United States v. Karo*, 468 U.S. 714-715, 717 (1984); *Agnello v. United States*, 269 U.S. 32, 33 (1925).

³⁸⁹ *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990) - овде полицијата разумно верувала дека лицето што ја дало согласноста имало владение врз недвижноста и постапувала во добра верба, бидејќи тоа имало клуч од недвижноста и чувало свои ствари во неа; Но, согласноста не треба да се смета за валидна ако е добиена со измама, пр. ако службените лица погрешно го наведат сопственикот да верува дека дошле да истражат сомненија за протекување на гас. Исто така согласноста за претрес на наркотици, не смее да се злоупотреби и полицијата да отвора и да чита инкриминирачки документи. Но, ако бара предмети за кои добила согласност за претрес на место на кое навистина може да се најдат и пронајде друга недозволена стока тогаш доказите може законито да се употребат во суд - *LaFave/ Israel*, 1992, стр. 238-239, 244.

³⁹⁰ *LaFave/ Israel*, 1992, стр. 239-242.

бегство, да се заштитат поединци на кои им се заканува непосредна штета или да се спречи неизбежното уништување на доказите.³⁹¹

Во секој друга ситуација треба налог. Така, не е дозволено без налог да се влезе во нечиј дом за да се уапси некој,³⁹² а не е дозволено да се претресува ни само со судски налог за апсење ако се нема налог за претрес или согласност од држателот на домот, па евентуално пронајдените докази ќе бидат неупотребливи пред суд.³⁹³ Правната логика на судот е дека станува збор за два вида различни налози. Кај едниот проверува дали постои веројатна причина дека некое лице извршило к.д. и со тоа дали полицијата има оправданост да го приведе, а кај другиот дали полицијата има веројатна причина за пребарување на одредена локација за конкретен предмет, оправдувајќи го нарушувањето на приватноста со влегување во просториите. Дозволата на полицијата да влезе на кое било место каде што таа се сомнева дека е лицето за кое има налог за апсење би отворило пат за злоупотреби бидејќи тогаш ќе може да претресува дом на секој познат член на семејството и познаник на субјектот.³⁹⁴

Ако пак полицијата има судски налог да уапси некое лице и согласност од држателот на домот да влезе за да го стори тоа, не добива по автоматизам и право да направи целосен претрес на домот.³⁹⁵ Таа може заради сопствена сигурност да ја пребара само областа што е во непосредна контрола на осомничениот, а не и целиот дом. Фактички тоа е логиката кај безбедносните пребарувања. Кога службеникот апси некого разумно е да има право да го пребара него лично, делот од домот или возилото што се во непосреден дофат на рацете за да се обезбеди, зашто во спротивно осомничениот може да посегне по оружје и да го повреди него или некое друго лице. Сè што ќе биде најдено при вакво пребарување, а е незаконито, може да биде искористено во судска постапка.³⁹⁶ Но, толкав е дозволеният обем на безбедносното пребарување и ништо повеќе. Полицијата не може врз основа на судски налог за апсење, а при немање налог за претрес или согласност да врши целосно претресување на возило, дом, подрачје. Така судот во Чимел заклучил дека секое друго пребарување на околината бара налог за претрес. Претресувањето на целиот дом врз основа на налог за апсење не е разумно и со тоа не е во склад со IV Амандман, па ја укинал пресудата во која биле употребени доказите најдени при недозволеният претрес и го вратил предметот на повторно судење.

Она што почнало како разумно постапување мора такво да остане до крај. Со други зборови иако можеби првично однесувањето на полицијата било разумно, подоцна може да стане неразумно што ќе влијае врз прифатливоста на доказите.³⁹⁷ Така на пр. полицијата не може телефон одземен при апсење да го пребарува без посебен налог за претрес. Самото поседување телефон ниту е опасно по живот за полицијата, ниту е

³⁹¹ *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294 (1967); *Carpenter v. United States*, 585 U.S. ____ (2018), pp. 21-22 (Opinion of the Court).

³⁹² *Payton v. New York*, 445 U.S. 573 (1980) - овде полицијата погрешно мислела дека осомничениот кого го сомничела за убиство е во својот дом, влегла без налог да го уапси, но кога не го нашла извршила претрес и нашла доказ кој го вмешувал во убиството; *Welsh v. Wisconsin*, 466 U.S. 740 (1984) – дозволено е да се влезе во туѓ дом во случај на итни околности, но таква околност не е апсење за сообраќаен прекршок кој не се казнува затворски; *Kirk v. Louisiana*, 536 U.S. 635 (2002).

³⁹³ Слично и Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 41.

³⁹⁴ *Steagald v. United States*, 451 U.S. 204 (1981).

³⁹⁵ *Chimel v. California*, 395 U.S. 752 (1969).

³⁹⁶ *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973); Види и Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 41-42; Исто и во Канада - *Bradley*, 1993 - стр. 197.

³⁹⁷ *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 17-19 (1968).

незаконито. За да се оправда нарушувањето на приватноста на граѓанинот во поглед на содржината на телефонот потребен е судски налог за претрес.³⁹⁸

При законско апсење на возач или патник во автомобил полицијата може без налог да го претресе лицето,³⁹⁹ а возилото само во делот кој е во дофат на рацете на уапсениот, каде тој можел да скрие оружје или докази.⁴⁰⁰ Но, не би било дозволено полицијата да го пребарува возилото без налог после некое време од законското апсење, зошто тогаш безбедносната проверка ќе нема никаква логика, а уште повеќе ако видот на прекршокот не оправдува пребарување на возилото (со претресот не можело да се обезбедат докази за сторениот сообраќаен прекршок).⁴⁰¹ Гант иако не го укинал, практички го ограничил Белтон, бидејќи стандардната полициска процедура бара веднаш да се обезбедат уапсените, така што можноста за автоматско претресување на возилото само затоа што во него се возел некој што неодамна бил уапсен отпаѓа, па во иднина полицијата ќе може да претресе возило само ако има причина да верува дека таму има докази за к.д. за кое било апсењето.⁴⁰²

Конечно, неразумниот претрес не може да се оправда со она што преку него е пронајдено.⁴⁰³

Бредли смета дека една од маните на американскиот систем е таа што судот на парцијална база од случај во случај ги поставува правилата, наместо како во другите држави парламентот однапред со закон да ги утврди правилата за истрага, претрес и сл. кои полицијата мора да ги знае и почитува.⁴⁰⁴ Иако има и такви кои не се согласуваат со

³⁹⁸ Види *Riley v. California*, 573 U.S. 373 (2014) - во овој случај предмет на оценка на ВСС биле две различни неповрзани постапки кои имале една заедничка нишка, пребарување без судски налог на содржина на мобилни телефони одземени по законско апсење. За нас битен е случајот на Рајли. Таму полицијата застанала возило поради истечени регистарски таблички, по што утврдила дека возачот управувал со невалидна возачка дозвола. Полицијата го запленила возилото за да спречи Рајли да го повтори прекршокот. Во депото за чување возила направила инвентарен претрес (целта на овој претрес е попишување на содржината на возилото не заради доказни цели, туку да се спречи идна постапка против полицијата за кражба, губење некаков предмет). Биле пронајдени 2 пиштоли употребени при нечие убиство за кое Рајли бил осомничен. Бидејќи нашле пиштоли извршиле претрес и на телефонот во кој биле откриени фотографии, видеа, текстуални пораки, контакти кои го поврзувале Рајли со локална банда. Бил обвинет и осуден во последователна постапка. Рајли побарал издвојување на доказите добиени од телефонот, но бил одбиен од државните судови. ВСС едногласно одлучил дека за претрес на телефонот бил потребен судски налог; Овој прецедент бил донесен по неколкугодишно разногласие на пониските федерални и државни судови. Некои сметале дека сè што е најдено при претресот може да се истражи и употреби како доказ. Во овој контекст оправдувале пребарување на содржина на мобилен телефон најден при претресот, без судски налог. Други судови сметале дека за такво нешто е потребен налог - *Re*, 2016, стр. 954-955.

³⁹⁹ *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218-219 (1973).

⁴⁰⁰ *New York v. Belton*, 453 U.S. 454 (1981). Белтон фактички го проширил Чимел на возила и дозволил пребарување на целиот патнички простор во кој седело уапсеното лице (не и багажникот). Малата големина на просторот во внатрешноста на возилото е секогаш под непосредна контрола на патниците кои може лесно да посегнат по оружје или да уништат докази.

⁴⁰¹ *Arizona v. Gant*, 556 U.S. 332 (2009); Добар опис како се развива праксата во САД, како самите Врховни судии навестуваат дека во иднина би биле спремни одново да разгледаат, изменат или барем да го стеснат влијанието на некој прецедент има кај Керг, 2011а, стр. 1091-1092.

⁴⁰² *Moran*, 2011, стр. 368; Претходно бил дозволен претрес на возило и ако осомничениот бил уапсен надвор од него, но скоро пред тоа бил во него - *Thornton v. United States*, 541 U.S. 615 (2004) кај *Alschuler*, 2009, стр. 491.

⁴⁰³ *Byars v. United States*, 273 U.S. 29 (1927) - претресот спроведен со повреда на Уставот не станува законски со она што тој го изнесува на виделина; Исто и *Rosenthal*, 2013, стр. 526 кој се повикува и на *Smith v. Ohio*, 494 U.S. 541, 543 (1990) (*per curiam*) и *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40, 62-63 (1968).

⁴⁰⁴ *Bradley*, 1993, стр. 219, 221.

него,⁴⁰⁵ сметам дека Бредли е во право, кое нешто ќе се види во делот во којшто ќе ги обработам ограничувањата на ексклузивното правило.

3.1. Амандманот IV и модерната технологија

Според постарата пракса на ВСС повредата на правото била неразделно поврзана со неовластеното навлегување во или употреба на туѓ имот и стекнување сознание за одредени работи кои полицијата не би можела да ги научи освен на таков начин (узурпација на туѓ имот + стекнување информации = повреда на IV амандман).

Без узурпација не можело да има повреда на правото на приватност.⁴⁰⁶ Имено, „Визуелниот надзор беше несомнено легален бидејќи“⁴⁰⁷ „окото според законите на Англија не може да биде виновно за неовластено влегување без дозвола“.⁴⁰⁸

Од друга страна самото смеќавање не секогаш значело дека повреда мора да има, зашто битно е преку неа органот да стекне информации на кои немал право.⁴⁰⁹ Ова е така зашто посебната заштита што ја дава IV амандман не се однесува на отворените површини достапни за сечие око или како што навел судот „не се проширува на отворените полиња“,⁴¹⁰ не забранува набљудување на чадот што излегува од оцаците на фабриката,⁴¹¹ а не е забрането ни пребарување и одземање без налог на сметот оставен за собирање надвор од границите на домот.⁴¹²

Горните становишта не може да се оспорат од логична гледна точка, зашто како полицијата би нарушила нечија приватност сознавајќи работи што се на очиглед на сите.⁴¹³ Ако таа стои надвор од заштитеното приватно подрачје и од таму забележува работи кои секој друг би ги забележал, тогаш не може да има ништо незаконито во нејзиното однесување.⁴¹⁴

⁴⁰⁵ Kerr, 2004, стр. 860 - смета дека јуриспруденцијата на судот која ги конституционализира кривичните истраги дава разумни и јасни насоки за органите за спроведување на законот, ја ограничува владината моќ и со тоа ја штити приватноста и ѝ дава на полицијата доволно овластувања за да ја заштити јавната безбедност.

⁴⁰⁶ *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505 (1961) - овдека агентите со дозвола на сопственик на објект се сместиле во него и го набљудувале соседниот објект. Во објектот во кој биле поставиле електронски уред за слушање кој се состоел од микрофон, засилувач, напојување и слушалки, а на него имало прикачено посебен шилец. Го вменале шилецот во празнина од ѕидот додека не удрил во нешто цврсто. Со него допреле до системот за греење на објектот кој го посматрале, така што целиот систем за греење го претвориле во проводник на звук. Три дена слушале што се зборува во соседната куќа и потоа сведочеле на суд. За узурпацијата на грејниот систем на соседната куќа немале обезбедено судски налог.

⁴⁰⁷ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 31-32 (2001).

⁴⁰⁸ *Boyd v. United States*, 116 U. S. 628 (1886); *Entick v. Carrington* 19 How. St. Tr. 1029 (1765), 95 Eng. Rep. 807 (K.B. 1765) kaj *Ohm*, 2012, стр. 1353.

⁴⁰⁹ *United States v. Karo*, 468 U.S. 712-713 (1984).

⁴¹⁰ *Hester v. United States*, 265 U.S. 57 (1924); Слично и *Oliver v. United States*, 466 U.S. 170 (1984) или *United States v. Jones*, 565 U.S. 420-421 (2012) (Alito, J., concurring in judgment).

⁴¹¹ *Air Pollution Variance Bd. of Colo. v. Western Alfalfa Corp.*, 416 U. S. 861 (1974) - овдека државниот здравствен инспектор влегол во отворениот двор од фабриката за да утврди дали чадот што излегува од оцаците бил просирен или непросирен, по што била поведена постапка против фабриката бидејќи емисиите го прекршиле државниот закон на Колорадо. Окружниот и Апелациониот суд сметале дека немал право на тоа, но ВСС проценил поинаку.

⁴¹² *California v. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988).

⁴¹³ *Katz v. United States*, 389 U.S. 351 (1967) - она што едно лице свесно го изложува на јавноста, дури и во неговиот дом или канцеларија, не е предмет на заштита од IV амандман.

⁴¹⁴ *California v. Ciraolo*, 476 U.S. 213 (1986) - заштитата на домот со IV амандман никогаш не била проширена за да бара од службениците за спроведување на законот да ги покријат очите кога по улица минуваат покрај дом. Ниту, самиот факт дека поединецот презел мерки за ограничување нечији погледи кон неговите активности не ги спречува разгледувањата на службеникот од јавна гледна точка каде што тој има право да биде и што ги прави активностите јасно видливи.

Така, визуелното надгледување на дворно место или на отворените области на индустриски комплекси (кои се поспоредливи со отворено поле во кое поединецот не може легитимно да бара приватност),⁴¹⁵ па и од хеликоптер или авион,⁴¹⁶ не е претрес во смисла на IV амандман и за тоа не треба судски налог. Ниту, заплена на доказите што биле достапни за сечиј поглед не е спротивна на гаранциите на IV амандман,⁴¹⁷ во ситуација кога службеникот има уставна основа по IV амандман да влезе во објектот и да ги земе, а тоа би било врз основа на налог за претрес, при апсење, потера по осомничен или други итни околности. Но, ако службеник стоејќи на јавно место забележи недозволен предмет преку прозорецот од домот, нему ќе му треба налог за претрес за да влезе во домот и законито да ги заплени предметите.⁴¹⁸

Битно е службеникот кога се поставил или дошол на местото од кое можел да ги забележи недозволените предмети да не го повредил IV амандман. Ако пак иницијалниот влез или апсењето се спорни од гледна точка на овој амандман, тогаш спорно ќе биде и одземањето на видените предмети.⁴¹⁹

Тесното гледиште по кое нема повреда без нарушено владение, било причина судот во Олмстед да не ја перципира како спротивна на IV амандман употребата во судска постапка на прислушувани телефонски разговори обезбедени без судски налог.⁴²⁰ Бидејќи прислушните уреди биле ставени на телефонските жици надвор од домот судот сметал дека нема нарушување на правото на приватност. Промената на овој став ќе дојде во 1967 г. и ќе отвори нови дотогаш неоткриени патишта на примена на IV амандман.

3.1.1. Разумни очекувања за приватност и користење на прислушни уреди

До 1967 г. практично доктрината за IV амандман била тесно поврзана со владетелските права и фокусирана главно на проверка дали агентите прибавиле информации со недозволен упад во или со нарушување на приватно заштитено подрачје. Во Кац судот признал дека сопственичките права не се единствено мерило за повредите на IV амандман, односно дека амандманот ги штити луѓето, а не местата.⁴²¹ Па она што луѓето сакаат да го зачуваат во приватност дури и во област достапна за јавноста може да биде уставно заштитено место,⁴²² чиј упад може да претставува претрес или пребарување кои се забранети без судски налог.⁴²³

Со Кац еволуирала заштитата што ја нуди IV амандман, зашто на поранешното гледиште врзано за сопственоста и владението додал ново, според кое може да дојде до

⁴¹⁵ Dow Chemical Co. v. United States, 476 U.S. 227 (1986).

⁴¹⁶ California v. Ciraolo, 476 U.S. 213 (1986); Florida v. Riley, 488 U.S. 445 (1989).

⁴¹⁷ Horton v. California, 496 U.S. 128 (1990).

⁴¹⁸ LaFave/ Israel, 1992, стр. 127-128 (цитураат повеќе одлуки).

⁴¹⁹ Davis/ Gladden, 2014, стр. 76

⁴²⁰ Olmstead et al. v. United States, 277 U.S. 438, 457, 465 (1928) - поврзаните жици не се дел од неговата куќа или канцеларија, како што не се ни автопатиштата по кои тие се протегаат.

⁴²¹ Katz v. United States, 389 U.S. 351, 353 (1967) - владата на судењето како докази вовела прислушувани телефонски разговори кои обвинетиот ги водел од јавна говорница, а биле обезбедени на начин што агенти на ФБИ без судски налог прикачиле електронски уред за слушање и снимање на надворешната страна на јавната телефонска говорница од која Кац ги остварувал своите повици. Пониските судови го одбиле барањето за издвојување на доказите, но ВСС ја поништил осудата.

⁴²² Katz v. United States, 389 U.S. 351 (1967); Афирмативно во Carpenter v. United States, 585 U.S. ____ (2018), p. 12 (Opinion of the Court).

⁴²³ Carpenter v. United States, 585 U.S. ____ (2018), p. 5 (Opinion of the Court); Поинаку Лажетик-Бужаровска/ Калајчиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 39 - ако, пак прислушните уреди се постават во кабина на јавна говорница, очекувањата за приватност не може да постојат и прислушуваниот не може да бара заштита според IV амандман.

повреда на приватноста и без нарушување на неповредливоста на просторот.⁴²⁴ Или како што навел судот во една поскорешна одлука „тестот на Кац за разумните очекувања ‘е додаден на, не е замена за’ традиционалното разбирање на IV амандман базирано на сопственоста“.⁴²⁵

Судот во Кац заклучил дека било повредено разумното очекување за приватност на барателот независно што немало узурпација на приватен имот, а постапувањето на агентите ќе било законито ако претходно обезбеделе судски налог.⁴²⁶ Тој додаден тест фактички е антивирусниот програм кој ја штити приватноста во ерата на „вирусот“ наречен модерна технологија. Двојниот тест од Кац кој после оваа одлука редовно ќе го применуваат сите судови во САД фактички не бил дел од главното образложение на одлуката, туку го изнел врховниот судија Харлан во своето посебно согласувачко мислење.⁴²⁷

3.1.2. Доктрина на трето лице

Инсталирањето и користењето посебни уреди што бележат кои броеви биле бирани при појдовни повици или од кои било бирано кај дојдовни повици, но не и содржината на разговорите не претставуваат претрес во смисла на IV амандман, и оттука за нивна употреба не е потребен судски налог.⁴²⁸ Логиката на судот била дека секој кој

⁴²⁴ Katz v. United States, 389 U.S. 350-353 (1967) - IV амандман ги штити луѓето, а не местата. Она што едно лице свесно го изложува на јавноста, дури и во својот дом или канцеларија, не е предмет на заштита од IV амандман... Но, она што тој сака да го зачува како приватно, дури и во област достапна за јавноста, може да биде уставно заштитено... Владата го нагласува фактот дека телефонската говорница од која се јавувал барателот била делумно изработена од стакло, така што откако ќе влезел бил видлив исто како што би бил ако останел надвор. Но, она што тој сакал да го исклучи кога влегол во кабината не било наметливото око - тоа било непоканеното уво. Тој не го изгуби своето право само затоа што ги упатувал своите повици од место каде што можел да се види. Не помалку од поединец во деловна канцеларија, во стан на пријател или во такси, лице во телефонска говорница може да се потпре на заштитата од IV амандман. Оној што ја зафатил, ја затвора вратата зад себе и ја плаќа давачката што му дозволува да се јави, сигурно има право да претпостави дека зборовите што ги изговара нема да се емитуваат во светот... Потесно да се чита Уставот значи да се игнорира виталната улога што ја игра јавниот телефон во приватната комуникација... ние изречно сметавме дека IV амандман регулира не само одземање на материјални предмети, туку се протега и на снимањето на усните изјави, слушнати без никаков „технички прекршок според... локалниот закон за сопственост... Штом ова беше признато, и штом ќе се признае дека IV амандман ги штити луѓето - а не само „просторот“ - од неразумни претреси и заплени, станува јасно дека досегот на тој амандман не може да се претвори во присуство или отсуство на физички упад од некој даден ограден простор.

⁴²⁵ Florida v. Jardines, 569 U.S. 11 (2013).

⁴²⁶ Katz v. United States, 389 U.S. 353-358 (1967).

⁴²⁷ Katz v. United States, 389 U.S. 361 (1967) (Harlan, J., concurring) - Како што се наведува во мислењето на Судот, ‘IV амандман ги штити луѓето, а не местата’. Меѓутоа, прашањето е каква заштита им дава на тие луѓе. Генерално, како и овде, одговорот на тоа прашање бара повикување на ‘место’. Моето разбирање за правилото кое произлезе од претходните одлуки е дека постои двојно барање, прво, лицето да покажало вистинско (субјективно) очекување за приватност и, второ, очекувањето да биде такво што општеството е подготвено да го препознае како ‘разумно’. Така, човечкиот дом е, предодреден како, место каде што тој очекува приватност, но предметите, активностите или изјавите што ги изложува на ‘отворен поглед’ на туѓинци не се ‘заштитени’ затоа што изложени нема намера да ги задржи за себе. Од друга страна, разговорите на отворено нема да бидат заштитени од слушање, бидејќи очекувањето на приватност под овие околности би било неразумно... оној кој ја зазема телефонската говорница ја затвора вратата зад него и ја плаќа таксата што му дозволува да се јави, сигурно има право да претпостави дека неговиот разговор не ќе е пресретнат. Поентата не е дека кабината е пристапна за јавноста во други времиња, туку дека тоа е привремено приватно место чии моментални очекувања на корисниците за слобода од смеќавање се препознаваат како разумни.

⁴²⁸ Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979); Заклучокот на судот дека IV амандман не дава заштита во однос на повиканите броеви го навеле Конгресот со закон да ги заштити тие податоци во 1986 г. - Kerr, 2004, стр.

користи телефон доброволно ги пренесува нумеричките информации на телефонската компанија, корисниците се свесни за тоа и не може разумно да очекуваат приватност, во смисла никој друг освен нив да не знае од кој број биле повикани или кој број повикале. Компанијата мора да ги знае броевите на појдовните и дојдовните повици за да ја овозможи услугата на меѓусебен разговор и ризикот е на корисниците дека таа по барање на полицијата може да ги соопшти.⁴²⁹

Оваа т.н. доктрина на трето лице судот ја применил и врз документите доброволно предадени од клиентот на банката кога заклучил дека тој нема разумно очекување за приватност врз таквиот вид податоци или со други зборови банкарските документи не се предмет на заштита на IV амандман.⁴³⁰

Пониските судови неа ја применуваат и во однос на податоците предадени на Вестерн унион или на интернет провајдерите,⁴³¹ но не е неограничена, односно не може да се примени на сите информации предадени на трето лице, како на пр. писмата предадени на поштата или содржината на електронската пошта пренесена на давателот на интернет услуги.⁴³²

Оваа доктрина критикувана од коментаторите како погрешна⁴³³ која мора да се напушти,⁴³⁴ одбиваат да ја прифатат 11 држави кои даваат поголема заштита на своите граѓани.⁴³⁵ Можеби и со право, зашто во ова модерно и технолошки развиено доба споделените податоци за некривични цели целосно ја соголуваат нашата приватност. Кога плаќаме со картичка банките добиваат информација каде и кога пазаруваме, трговците кај кои имаме картички за попуст знаат кога и што пазаруваме (овошје, месо, алкохол, цигари итн.), нашите здравствени податоци веќе се дел од електронскиот здравствен систем, камерите на улица може да не следат кога се движиме, телекомуникациските оператори во секое време знаат каде сме, каде се движиме, каков тип телевизиски програми дома следиме, историјата на нашите интернет пребарувања итн.⁴³⁶ Можноста која ја има државата само со едноставно барање да добие за нас секакви податоци без судски налог кој би проценил дали тоа е разумно во дадениот случај

855; За споредба за вакви податоци судски налог е потребен во Австрија, Италија, Унгарија, Словенија, Англија, но не во Хрватска, Босна и Херцеговина и Србија - Kralj, 2009, стр. 170-171.

⁴²⁹ Поинаку ЕСЧП, види *Malone v. The United Kingdom*, A. no. 8691/79, 2.8.1984, § 56, 84 - тоа е процес што бил обмислен од страна на Поштенската служба за нејзини сопствени цели, како корпорација одговорна за обезбедување телефонски услуги. Тие цели вклучуваат проверка дека од претплатникот се наплаќа точно, испитување поплаки во врска со слабиот квалитет на услугите и проверка на евентуална злоупотреба на телефонските услуги... Сепак, Судот не прифаќа дека користењето податоци... не може да доведе до прашања во врска со чл. 8. Записите од следењето содржат информации, особено повиканите броеви, кои што се составен елемент на комуникациите што се одвиваат по телефон. Следствено, упатувањето на таквите информации до полицијата без согласност на претплатникот исто така се претвора, според мислењето на Судот, во реметење на правото загарантирано со чл. 8.

⁴³⁰ *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976).

⁴³¹ Kerr, 2004, стр. 830.

⁴³² *Carpenter v. United States*, 585 U.S. ____ (2018), p. 13 (Kennedy, J., dissenting) - така Судот во една постара одлука едногласно заклучил дека писмата или затворените пакети испратени преку пошта може да се пребараат само врз основа на судски налог - *Ex parte Jackson*, 96 U.S. 727 (1878). Сосема е јасно дека ова подразбира дека тие целосно се заштитени од испитување и проверка, освен во однос на нивната надворешна форма и тежина, зашто последниве сосема разбирливо се нешта кои може и се воочуваат во рамките на редовната поштенска активност.

⁴³³ Henderson, 2006, стр. 373-374.

⁴³⁴ Ohm, 2012, стр. 1331-1332.

⁴³⁵ Henderson, 2006, стр. 395; McGlynn, 2017, стр. 418.

⁴³⁶ Слично и Henderson, 2006, стр. 390; Ohm, 2012, стр. 1314-1315 - ги споменува и компаниите кои нудат услуга на складирање податоци на далечински сервери познати како облаци (cloud) во кои многу од нас доброволно чуваме разни фотографии, видеа, документи.

практично е неограничена. Вистинското прашањето при постоење ваква доктрина е дали ние имаме приватност?

3.1.3. Нова технологија која не е достапна за сите

Понапред видовме, окото не може да биде виновно за узурпација, сè додека полицијата стои на јавно место достапно за сите.

ВСС го применил двојниот тест на Кац кога одлучувал за случај во кој биле прибавени докази врз база на термално снимање на дом од јавно место, технологија која е нова и не е достапна за секого.⁴³⁷ Овде суштински биле три работи 1) дали Владата користи уред кој вообичаено не е во јавна употреба, 2) дали уредот ѝ овозможува да открие детали од приватен дом што инаку би ѝ биле непознати и 3) дали надзорот со таков уред е претрес во смисла на IV амандман и е претпоставено неразумен без судски налог.

Амстердам уште во 1974 г. како да предвидел ваков развој на судската пракса.⁴³⁸ За судот сите детали во домот се интимни детали, бидејќи целата област е заштитена од љубопитните владини очи.⁴³⁹ Со однос 5:4 одлучил дека термалното снимање на дом претставува претрес во смисла на IV амандман и законски може да се спроведе само врз база на судски налог. Го вратил предметот за понискиот суд да утврди дали врз база на другите информации (не и оние добиени од термографот) налогот за претрес бил поткрепен со веројатна причина или можеби постои друга основа за прифаќање на доказите.⁴⁴⁰ Ако не, тогаш сите докази кои биле прибавени при претресот извршен со судски налог би биле незаконити согласно правилото плодови на отровно дрво.

За разлика од ова, користење предмети во општа употреба како батериска ламба со која полициски службеник стоејќи законито на јавно место осветлил внатрешност на возило, брод, барака и забележал недозволен предмети не е претрес. Тие би биле видливи дење, односно според логиката на Кац свесно изложени на јавноста.⁴⁴¹

⁴³⁷ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27-30 (2001) - Агентите сомневајќи се дека Кајло во својот дом одгледува марихуана, употребиле термограф со кој го скенирале домот за да утврдат дали количината на топлина што излегува од него одговара со таа од светилките со висок интензитет што вообичаено се користат за раст на марихуана во затворени простории... Термичките снимки детектираат инфрацрвено зрачење, кое практично сите објекти го емитуваат, но е невидливо за голо око. Сликирањето го конвертира зрачењето во слики засновани на релативна топлина - црното е ладно, белото е топло, нијансите на сиво ги означуваат релативните разлики; во тој поглед, работи како видео камера што прикажува топлински слики. Скенирањето на домот на Кајло траел само неколку минути и било извршено од совозачко седиште на возило спроти улицата од предниот дел на куќата, а исто така и од улицата во задниот дел од куќата... Скенирањето покажало дека покривот на гаражата и страничниот ѕид биле релативно жешки во споредба со остатокот од неговиот дом и значително потопли од соседните единици. Врз основа на информации од информатори, сметки за комунални услуги и термичката слика федерален судија издал налог за претрес на домот на обвинетиот, каде што агентите пронашле 100 растенија марихуана. Откако бил обвинет, неуспешно побарал издвојување на доказите одземени од домот, по што признал вина.

⁴³⁸ Amsterdam, 1974, стр. 404 - ако службеникот набљудува од гледна точка достапна за пошироката јавност и не користи вештачки помагала тој не е во досег на амандманот, во спротивно е.

⁴³⁹ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 28, 34-37 (2001) - а за пребарување на внатрешноста на домот постои подготвен критериум, со корени длабоко во обичајното право, за минималните очекувања за приватност што постои и што се признава дека е разумно. Да се повлече заштитата од ова минимално очекување би значело да се дозволи полициската технологија да ја наруши приватноста загарантирана со IV амандман и би го оставило сопственикот на домот на милост и немилост на напредната технологија која ги подобрува сетилата и преку која се доаѓа до информации во врска со внатрешноста на домот што инаку не би можеле да се добијат без физички упад во уставно заштитено подрачје.

⁴⁴⁰ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 40 (2001).

⁴⁴¹ *United States v. Lee*, 274 U.S. 559, 47 S.Ct. 746, 71 L.Ed. 1202 (1927) и *United States v. Dunn*, 480 U.S. 294, 107 S.Ct. 1134, 94 L.Ed.2d 326 (1987) кај *LaFave/ Israel*, 1992, стр. 128-129, а првиот случај и *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730, 739-40 (1983) кај *Kerr*, 2011b, стр. 486.

Кер споменува 4 модели на одлучување поврзани со IV амандман преку кои ВСС се стреми да го одржи постоечкото ниво на полициска моќ, односно да ја зачува рамнотежата после некаков напредок на техниката кој балансот би го свртел на едната страна (можноста полицијата полесно да ја наруши приватноста) или на другата страна (можноста сторителот полесно да го стори делото).⁴⁴²

„Прилагодувањето на рамнотежата е судски одговор на промената на технологијата и социјалната практика. Кога новите алатки и нови практики се закануваат да ја прошират или стеснат полициската моќ на значителен начин, судовите го прилагодуваат нивото на заштита од IV амандман за да се обидат да ја вратат претходната рамнотежа. Резултатот е механизам за корекција. Кога промената на технологијата или социјалната практика ги прави доказите значително потешки за владата да ги добие, ВСС генерално усвојува помала заштита од IV амандман за овие нови околности за да помогне во обновувањето на status quo ante нивото на владината моќ. Од друга страна, кога промената на технологијата или општествената практика ѝ прави на владата значително полесно да ги добие доказите, ВСС често прифаќа повисока заштита за да помогне во враќањето на претходното ниво.“⁴⁴³

3.1.4. Употреба на локатори и радиопредаватели

Видовме основно правило е дека поединецот нема разумни очекувања за приватност за тоа што го прави во јавност, а ни општеството не е подготвено да му признае такви, освен она што луѓето сакаат да го зачуваат приватно дури и на јавно место, а општеството е подготвено да го признае како разумно. Токму затоа е значајна следната група предмети бидејќи опфаќаат активности на јавно место во кои судот оценувал дали е разумно тие да се заштитат со велот на приватноста. Во два агентите следеле движење на подвижен предмет со помош на локатор (Нотс и Каро), во третиот следеле возило преку системот за глобално позиционирање (Џонс) и во последниот употребиле геолокација добиена од мобилен телефон (Карпентер).

Според ВСС следење на возило на јавен пат со или без електронски уред не се смета за претрес за кој инаку треба судски налог,⁴⁴⁴ односно не го прекршува IV амандман кога со него не се откриваат други информации освен оние што можеле да се добијат преку визуелен надзор.⁴⁴⁵

Нотс бил сопственик на кабината во која била лабораторијата за производство на дрога и како таков имал традиционално очекување на приватност што се однесува до кабината. Но, таквото очекување за приватност не се проширува и на визуелното набљудување на автомобил кој пристигнува на негов имот, зашто лицето кое патува со автомобил движејќи се од едно до друго место нема разумни очекувања за приватност.

⁴⁴² Kerr, 2011b, стр. 487-488, 501.

⁴⁴³ Kerr, 2011b, стр. 480 - ова го појаснува на стр. 479-480. За претрес на дом на полицијата ѝ треба налог (Welsh v. Wisconsin, 466 U.S. 740, 748 (1984)), додека ако претресе автомобил за истите докази, не е потребен (Wyoming v. Houghton, 526 U.S. 295, 300, 307 (1999)). За да ја дознае содржината на телефонскиот повик и треба налог (Katz v. United States, 389 U.S. 347, 353 (1967)), но за евиденција на броевите што се бирале од телефонот не (Smith v. Maryland, 442 U.S. 735, 742 (1979)). На полицијата ѝ треба налог да насочи уред за термичка слика во домот за да дознае дали ѕидовите се жешки (Kyllo v. United States, 533 U.S. 27, 34-35 (2001)), но IV амандман ѝ дозволува да лета со авион над домот и да го фотографира без ограничувања (California v. Ciraolo, 476 U.S. 207, 215 (1986)). За инсталирање уред за следење на локацијата на автомобилот на осомничениот IV амандман не се применува освен ако уредот за следење влезе во дом, од кој момент е потребен налог (United States v. Karo, 468 U.S. 705, 714 (1984)). На полицијата ѝ треба налог за поставување микрофон на јавна телефонска говорница (Katz v. United States, 389 U.S. 347, 353 (1967)), но IV амандман не се применува ако таен агент кој носи микрофон со себе влезе со согласност на домаќинот во неговиот дом (United States v. White, 401 U.S. 745, 753 (1971)).

⁴⁴⁴ United States v. Knotts, 460 U.S. 277-280, 284-285 (1983) - полицијата со согласност на продавачот поставила уред во садот со хлороформ и го следела движењето на уредот до финалната дестинација. Агентите обезбедиле судски налог за претрес за местото каде последен пат бил примен сигнал од предавателот и нашле целосно оперативна, тајна лабораторија за дрога.

⁴⁴⁵ United States v. Karo, 468 U.S. 705 (1984).

Секој може да види каде патува, во која насока, каде застанува, но и крајната дестинација тогаш кога излегува од јавен пат и влегува во приватен имот.⁴⁴⁶

Самата инсталацијата на радиопредавател со согласност на оригиналниот сопственик не претставува претрес или заплена во смисла на IV амандман кога предметот се доставува до купувач кој нема знаење за присуството на биперот, но ќе потпадне под опфатот на амандманот ако открие информации што не можеле да се добијат со визуелен надзор. Апелациониот суд кога ја потврдил одлуката за издвојување зазел став дека луѓето имаат легитимно очекување за приватност дека предметите кои доаѓаат во нивна законска сопственост немаат прикачени електронски уреди кои ќе им дадат можност на органите на прогонот да ја следат локацијата на предметите во секое време и на секое место каде што се преземаат. Но, ВСС сметал дека не треба судски налог за инсталирање електронски уред со согласност на сопственикот бидејќи предавањето сад што содржи ненадгледуван предавател не прекршува никаков интерес за приватност, ниту пренесува информации што некој сакал да ги задржи во тајност, бидејќи воопшто не пренесува информации, туку само создал потенцијал за нарушување на приватноста, кој потенцијал, наспроти реалните, нарушувања на приватноста не претставува пребарување во смисла на IV амандман.⁴⁴⁷

Впрочем сите ние сега имаме паметни уреди кои може да се следат преку ГПС системот.⁴⁴⁸ Самото поседување таков уред, самата можност да се следи мобилниот телефон не значи повреда на приватноста, туку реалното прибирање податоци за кое несомнено треба судска дозвола.

Што значи, легитимните интереси за приватност не ги нарушува самата технологија или нејзиниот потенцијал, туку нејзината употреба. Во Каро интересите за приватност не ги нарушил предавателот или фактот што открил каде пристигнал предметот, туку долготрајниот мониторинг кој открил информации што не можеле да се добијат со визуелен надзор (дека останал таму подолго време), па потребен услов да бидат прифатливи доказите откриени со подолготрајно следење на предавател што се наоѓа во дом или друга приватна област, бил судски налог.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ United States v. Knotts, 460 U.S. 281-282 (1983).

⁴⁴⁷ United States v. Karo, 468 U.S. 712-713 (1984) - таквото размислување би значело дека полицаецот што оди по улицата носејќи параболичен микрофон способен да ги собира разговорите од блиските домови, ќе подразбира пребарување дури и ако микрофонот не е вклучен. Искористувањето на технолошкиот напредок е она што го имплицира IV амандман, а не неговото едноставно постоење.

⁴⁴⁸ ГПС или глобалниот позиционирачки систем е систем од 27 сателити (од кои 24 активни и 3 алтернативни) и соодветни копнени станици кои овозможуваат точно одредување на локацијата на приемникот кој е видлив за 3 сателити - Henderson, 2006, стр. 382; ГПС е радио систем за навигација, кој функционира со помош на сателити. Тој дава постојани информации за местоположбата, без никакво временско задоцнување, на подвижни предмети, кои поседуваат ГПС приемник, на било кое место на земјата, со максимална можна грешка од околу 50 метри. Системот не содржи било какви уреди за визуелно или звучно следење и снимање. За разлика од предавателите, за неговата употреба не е потребно да се знае приближната локацијата на лицето, кое е предмет на следење или набљудување - Uzun v. Germany, A. no. 35623/05, 2.9.2010, § 13.

⁴⁴⁹ United States v. Karo, 468 U.S. 715 (1984) - доколку агентот на ДЕА сметал дека е корисно да влезе во резиденцијата за да потврди дека етерот всушност бил во куќата и ако го сторил тоа прикриено и без налог, нема сомнеж дека би се вклучил во неразумен претрес во смисла на IV амандман. За целите на Амандманот, резултатот е ист кога, без налог, Владата прикриено користи електронски уред за да добие информации што не можела да ги добие со набљудување однадвор од границите на куќата. Предавателот му кажува на агентот дека одреден предмет всушност се наоѓа во одредено време во приватната резиденција и е во посед на лицето или лицата чие живеалиште се набљудува. Дури и ако визуелниот надзор открил дека предметот на кој е прикачен предавателот влегол во куќата, подоцнежниот мониторинг не само што ги потврдува набљудувањата на полицајците туку и потврдува дека предметот останал во

3.1.5. Систем за глобално позиционирање (ГПС)

Во следниот значаен предмет кој ја засега модерната технологија ВСС „направил гигантски чекор во модерното доба“⁴⁵⁰ кога одлучувал по прашањето дали прикачувањето уред за следење на возило на поединец преку системот за глобално позиционирање и последователната употреба на тој уред за следење на движењето на возилото на јавните улици, претставува претрес или заплена во смисла на IV амандман.⁴⁵¹ Ако се имаат во вид Нотс и Каро, првичен впечаток е дека судот би одговорил негативно на прашањата, бидејќи уредот не би ѝ обезбедил на Владата плус информации од оние кои таа би можела да ги дознае со визуелно набљудување на движењето на возилото по јавните сообраќајници. Меѓутоа, ВСС заклучил дека поставувањето уред за следење на возилото преку ГПС и користењето на уредот за следење на движењето на возилото претставува пребарување во смисла на IV амандман за кое нешто е потребен судски налог, зашто секогаш кога Владата добива информации на база на влез на нејзини агенти во приватно заштитено подрачје постои претрес. За судот немало да има проблем доколку агентите постапеле по налогот и го поставеле трагачот во дадениот рок и во дадените граници. Но, не направиле така.⁴⁵²

Фактички расудувањето во овој случај приличи на тоа од неговите рани одлуки како што се Олмстед (*supra* V 3.1.) или Голдман⁴⁵³ кои биле донесени според формулата „повреда на сопственоста + собирање информации = претрес“. Во нив немало узурпација на туѓ имот, па немало ни повреда на IV амандман, додека овде во Џонс бидејќи до информациите агентите дошле како последица на неа има таква повреда.

Оваа одлука покажува дека почнале да се јавуваат пукнатини во востановената пракса за IV амандман, и дека вкоренетите ставови од минатото, може да се најдат под удар на времето што го носи модерната технологија.⁴⁵⁴ Ако тие се променат од корен ќе се измени јуриспруденцијата за IV амандман под влијание на модерното време.

просториите. Овде, на пример, предавателот бил следен значителен период по пристигнувањето... и пред барањето на налогот за претрес.

⁴⁵⁰ Slobogin, 2012, стр. 1.

⁴⁵¹ *United States v. Jones*, 565 U.S. 400, 402-404 (2012) - владата поднела барање судот да издаде налог со кој се овластува користење електронски уред за следење на ципот регистриран на сопругата на Џонс... Налогот одобрувал инсталација во рок од 10 дена во округот Колумбија, но агентите го инсталирале уредот 11-тиот ден во Мериленд и потоа 28 дена го следеле движењето на возилото... Окружниот суд ги издвоил податоците добиени додека возилото било паркирано во гаражата на резиденцијата на Џонс, а останатите ги сметал за прифатливи... Поротата го огласила за виновен, Окружниот суд го осудил Џонс на доживотен затвор, а Апелациониот суд ја преиначил пресудата бидејќи уредот бил инсталиран по периодот дозволен со налогот.

⁴⁵² *United States v. Jones*, 565 U.S. 404, 406-407, 411 (2012) - фактички го отфрлил ставот на Владата која се повикувала на двојниот тест од Кац и тврдела дека не може да се има разумно очекување за приватност во ситуации кога возилото се движи по јавните патишта и е видно за сите. Судот останал на истиот став како и во Кајло дека правата од IV амандман не се раѓаат и гаснат со Кац, Кац не го намалил досегот на IV амандман, туку секогаш мора да се обезбеди барем ниво на заштита на приватноста како што било замислено кога бил донесен амандманот; За споредба во Германија полицијата за 1 месец го пречекорила налогот за надзор над телекомуникациите, меѓутоа судот имајќи ги во вид последиците од истражуваните две к.д. тешки крајби дозволил да се употребат незаконски снимените докази - Karas/ Jukić, 2009, стр. 616 (BGHSt 44, 243; BGH 3 StR 181/98 od 11.11.1998).

⁴⁵³ *Goldman v. United States*, 316 U.S. 129 (1942) - агентите ги слушале разговорите во канцеларијата на обвинетиот, така што прилепиле апарат на сидот на соседната просторија која не била негова.

⁴⁵⁴ Иако одлуката била едногласна се јавила подвоеност во однос на причините за неа, 5 судии ја подржале поради фактот што не било постапено по налогот и биле нарушени владетелските права, а 4 сметале дека има повреда на Кац тестот. Токму ставот на четворицата е битен за модерните технологии. Еден од петмината пак ја изразил сопствената дилема дека посуштински, можеби е неопходно да се преиспита премисата дека поединецот нема разумни очекувања за приватност во информациите доброволно откриени на трети лица.

Имено, независно што станува збор за јавни информации и секој може да види возило кога се движи по пат, не е исто единечно забележување со следење на рутината на движење на возилото или целокупноста на неговото движење подолго време. Да, јавна информација е еднаш, два пати, еден или друг ден да се види истото возило, но сосема друго е да се следи за да се открие динамиката на односите, редовноста на движење, дестинацијата, самата рутина на возачот. Тие информации можеби делумно јавни, склопени заедно не се истите тие јавни информации. Целината не е исто што и составните делови. Долгорочниот надзор открива многу повеќе од расцепкани информации доброволно споделени во јавност.

Оттука би било природно да заклучиме дека развитокот и унапредувањето на модерната технологија се подобни да ги моделираат општествените очекувања за приватноста, но и приватните гледишта во смисла што е, а што не е разумно барање за приватност. Или како што посочиле двајца Врховни судии

„Прашањето претставено во овој случај би го анализираше со прашањето дали разумните очекувања за приватност на обвинетиот биле повредени со долгорочното следење на движењата на возилото што го возел“.⁴⁵⁵

„Обелоденети во [GPS] податоци... ќе бидат патувања чија неспорно приватна природа не бара имагинација за да бидат сфатени: патувања кај психијатар, на пластичен хирург, клиника за абортус, центар за третман на СИДА, стриптиз-клуб, кривичен адвокат, мотелот за кратки средби, состанок во синдикат, камија, синагога или црква, геј бар итн.“). Владата може да ги чува таквите записи и ефикасно да ги ископува за информации години во иднината“.⁴⁵⁶

Кер со право смета дека одлуката во Џонс може да се оправда и преку мозаик теоријата, иако за волја на вистината ВСС не се повикал на неа.⁴⁵⁷ Кај оваа теорија дејствијата на владата не се гледаат посебно, одвоени едни од други, во каков случај ако секое засебно дејствие не е претрес тогаш ни вкупноста не може да биде (пр. нечие набљудување на јавно место не може да биде карактеризирано како претрес без оглед колку трае, бидејќи никој не може да има разумно очекување неговата маршрута да остане приватна движејќи се по јавни површини). Меѓутоа, според мозаик теоријата анализата на нечие однесување не се гледа расцепкано, неповрзано, туку збирно, во целина. Така, наместо да се испитува дали секое поединечно дејствие е претрес, оваа теорија прашува дали серијата на акти кои сами за себе не се тоа, стануваат претрес гледани во група, како една целина (пр. нечие перманентно набљудување повеќе денови кога се движи на јавен простор претставува претрес, иако набљудувањето засебно ден по ден не е тоа. Не е вообичаено јавноста некого така да го следи, претставниците на јавноста би забележале поединечни сегменти од движењето, но невозможно е во однос на целокупното движење во траење од скоро 1 месец).

После Џонс, судот според истата логика ја донел и одлуката во Грејди според која задолжителното носење електронска алка за следење (GPS monitoring bracelet) претставува претрес во смисла на IV амандман.⁴⁵⁸

3.1.6. Геолокација од мобилен телефон

Последниот случај кој ќе биде анализиран овдека, така да се каже, крена голем прав во ВСС. Тоа не го покажува само соодносот 5 : 4, зашто од поделен состав на судот биле донесени и други познати одлуки како што е Миранда. „Но униформноста на наметките не ги крие големите разлики меѓу судиите и неуниформноста на начините на

⁴⁵⁵ United States v. Jones, 565 U.S. 419 (2012) (Alito, J., concurring in judgment).

⁴⁵⁶ United States v. Jones, 565 U.S. 415 (2012) (Sotomayor, J., concurring).

⁴⁵⁷ Kerr, 2012, стр. 320-326.

⁴⁵⁸ Grady v. North Carolina - 575 U.S. 306 (2015).

кои неколку судии би одлучиле по истиот случај“.⁴⁵⁹ Повеќе сам за себе зборува фактот што во пресудата која има повеќе од 110 страни, одлуката на мнозинството зафаќа 20-тина, додека остатокот се несогласувачките мислења на секој од четирите судии кои останале во малцинство.⁴⁶⁰

Во овој случај главното прашање на кое судот требало да одговори било дали Владата спроведува претрес (врши пребарување) според IV амандман кога пристапува до историските записи од мобилните телефони кои обезбедуваат сеопфатна хроника на минатите движења на корисникот.⁴⁶¹ Во еден свој труд од 2012 г. Кер како да го предвиди овој случај. Познавајќи ја доктрината на ВСС која не го применува ексклузивното правило на информации собрани од приватни лица (*United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984)), запрашал што ако приватниците и Владата ги поделат задачите. Приватните компании да соберат колекција од мозаик податоци без учество на Владата, а Владата со судски налог или со согласност на собирачот да ги добие таквите податоци и потоа да ги искористи за нечиј кривичен прогон.⁴⁶²

Секој телефон за да оствари контакт било тоа да е разговор, СМС или ММС порака, размена на податоци и сл., се поврзува со телекомуникациска антена. Разбирливо, употребата е поголема во градските средини отколку во руралните и помалку населените подрачја. Затоа во градовите се поставени повеќе базни станици кои заеднички покриваат исти делови од просторот. Колку повеќе покриваат една локација, толку поточно ќе може да се одреди местоположбата на телефонот што се поврзува со нив (ако едно место се покрива од една тогаш корисникот се наоѓа во кругот, но ако истото место се покрива со две, три, четири телекомуникациски антени, ќе може да се

⁴⁵⁹ Дершовиц, 2010. стр. 63.

⁴⁶⁰ *Carpenter v. United States*, 585 U.S. ____ (2018), pp. 2, 3, 4 (Opinion of the Court) - во 2011 г. полицијата уапсила 4 мажи осомничени за грабеж на продавници за електронска опрема. Еден од нив призна дека во текот на претходните 4 месеци, групата (заедно со различни возачи и стражари) ограбила 9 продавници, идентификувал 15 соучесници и им ги дал на агентите нивните мобилни броеви. Врз основа на тие сознанија сојузни судии издале 2 наредби и од мобилните оператори на Карпентер побарале информации за локацијата на неговиот телефон за време на дојдовните и појдовните повици за период од 4 месеци. Владата добила 12.898 локациски точки каталогизирајќи ги движењата на Карпентер, по што бил обвинет за грабеж и носење огнено оружје. Пред судењето се обидел да ги издвои доказите обезбедени од операторите тврдејќи дека заплената на податоците го прекршила IV амандман бидејќи биле добиени без налог поддржан од веројатна причина. Окружниот суд го одбил предлогот. На судењето 7 соосомничени го посочиле Карпентер како водач на операцијата. Со помош на податоците Владата направила мапа на движењето на Карпентер што го поставила на местата на кои биле извршени 4 од грабежите. Тој бил осуден повеќе од 100 години затвор, а Апелациониот суд ја потврдил одлуката. Пониските судови оцениле дека немал разумно очекување за приватност во информациите за локацијата бидејќи тој ги споделил тие информации со мобилните оператори. Со оглед на тоа дека корисниците доброволно ги пренесуваат податоците од мобилната локација до нивните оператори, апелациониот суд заклучил дека таквите деловни податоци не уживаат заштита од IV амандман.

⁴⁶¹ *Carpenter v. United States*, 585 U.S. ____ (2018), pp. 1-2 (Opinion of the Court) - мобилните телефони ја извршуваат својата широка и растечка разновидност на функции со поврзување со збир на радио антени наречени „базни станици“... Базните станици обично имаат неколку насочени антени кои ја делат покриената област на сектори. Мобилните телефони постојано ја скенираат нивната околина барајќи го најдобриот сигнал, кој генерално доаѓа од најблиската базна станица. Повеќето современи уреди, како што се паметните телефони, допираат во безжичната мрежа неколку пати во минута секогаш кога им е вклучен сигналот, дури и ако сопственикот не користи една од функциите на телефонот. Секојпат кога телефонот ќе се поврзе со базна станица, тој генерира временски запис познат како географската локација на опремата на корисникот (*cell-site location information*). Прецизноста на оваа информација зависи од големината на географската област покриена со базните антени. Колку е поголема концентрацијата на базните станици, толку е помала површината на покриеност. Како што се зголеми употребата на податоци од мобилните телефони, безжичните оператори инсталираа повеќе базни антени за да се справат со сообраќајот. Тоа доведе до сè покомпактни области на покриеност, особено во урбаните области.

⁴⁶² Kerr, 2012, стр. 332-333.

открие со поголема точност локацијата на телефонот во пресекот на круговите). Колку повеќе базни станици толку поточно ќе се определи локацијата на мобилниот телефон кој со нив комуницира. При секоја размена на податоци телекомуникациската компанија складира податоци за појдовниот и дојдовниот број, времето на повикот (ден, час, минута, секунда), времетраењето на повикот и локацијата на базната станица која го овозможила тој повик.⁴⁶³ Слично е и кај СМС и ММС пораките, преносот на интернет податоци, само што таму нема времетраење на повик.

Таквите податоци телекомуникациските компании не ги собираат за криминално-истражувачки цели, туку за свои деловни потреби (тарифирање, густина на корисници заради овозможување подобар квалитет на услуга и сл.). И корисниците кои ги користат мобилните апарати се свесни дека компаниите за свои потреби прибираат нивни лични податоци, како што се името, презимето, адресата на живеење за потребите на фактурирање и сл.

Еден од тие податоци е геолокацијата,⁴⁶⁴ кој се обезбедува и превентивно за заштита на животите на луѓето.⁴⁶⁵ Прашањето е дали граѓаните уживаат право на приватност врз овој вид податоци? Имено, тие движејќи се на јавни површини свесно ја откриваат сопствената местоположба на други лица, овие може да посведочат што виделе, кого, каде, кога, со кого го виделе, па на прв поглед изгледа дискутабилно некој кој се наоѓа на отворен простор што е во општа употреба да има разумно очекување на приватност, а уште повеќе дека и општеството е подготвено неа да ја признае (двете барања од Кац).

Во овој случај агентите прибавиле податоци за геолокацијата на мобилниот телефон на Карпентер при секој негов појдовен и дојдовен повик, кои податоци телекомуникациските компании законито ги чувале во рамките на и за потребите на нивното деловно работење. Судот заклучил дека предметот пред него не потпаѓа под дотогаш донесените судски преседани, туку е на раскрсницата помеѓу две линии на преседани.⁴⁶⁶

Првиот сет од случаи ги опфаќа Нотс и Џонс во кои биле адресирани очекувањата за приватност за време на движење и од кои може да се извлече генерален заклучок дека не постои разумно очекување за приватност при движење на јавни површини.⁴⁶⁷

⁴⁶³ Слично и Henderson, 2006, стр. 380-381.

⁴⁶⁴ Carpenter v. United States, 585 U.S. ____ (2018), p. 2 (Opinion of the Court) - безжичните оператори собираат и складираат податоци за географската локација на опремата на корисникот за свои деловни цели, вклучително наоѓање слаби точки во нивната мрежа и пресметување на трошоците кога друг оператор ги насочува податоците низ нивните мобилни локации (roaming)... Додека операторите долго време ги прибираа локациските податоци при почетокот и крајот на дојдовните повици, во последните години... собираат информации за локацијата од преносот на текстуални пораки и преносот на податоци. Соодветно на тоа, современите мобилни телефони генерираат сè поголеми количини на сè попрецизни податоци за географската локација на мобилниот телефон.

⁴⁶⁵ Henderson, 2006, стр. 381 – пишува за случај во 2001 г. кога итната служба не можела да ја лоцира местоположбата на повикот за помош, иако жртвата неколку минути разговарала со нив од мобилен телефон. По овој настан во кој не успеале да го лоцираат и спасат возачот кој со своето возило паднал во канал, компаниите биле задолжени да може да ја одредат положбата во радиус од 50 м.

⁴⁶⁶ Carpenter v. United States, 585 U.S. ____ (2018), pp. 7-10 (Opinion of the Court).

⁴⁶⁷ Во Нотс судот утврдил дека нема претрес бидејќи при движење со автомобил на јавни патишта не постои разумно очекување за приватност, но го задржал правото да процени дали за разлика од лимитираните можности на биперот, поинаков уставен принцип ќе важи ако државата има можност да надгледува некој граѓанин 24 часа. Судот одлуката во Џонс ја донел врз база на повредата на владението, но согласувачките мислења го бранеле резонот дека бидејќи ГПС мониторирањето го следи секое движење на возилото, долгото ГПС мониторирање влијае врз очекувањата за приватност дури и кога движењето се одвива во јавност.

Вториот сет на случаи ги опфаќа Милер и Смит и доктрината за трето лице според која има разликата помеѓу она што човекот го задржува за себе од она што го споделува со други, па не може да има очекување за приватност во информацијата која доброволно ја предава на трето лице, дури и кога претпоставува дека таа ќе се користи за ограничени цели.⁴⁶⁸

Пред да продолжам, неопходна е мала дигресија, за да предочам какви судски наредби постојат и што е разликата помеѓу судски налог за претрес и судски наредба за доставување податоци. Во правото познати се два вида наредби, *subpoena ad testificandum* која датира од доцниот XIV век и *subpoena duses tecum* од XVII век. Цел на двете наредби била да обврзе одредено лице да дојде пред судот на одреден датум со тоа што кај првата за да даде свој исказ како сведок за некоја работа, а кај втората за да донесе одредени предмети или документи со себе. Последнава наредба можела да се издаде спрема странките во спорот и кон трети лица. Наредбата за доставување податоци се разликува од налогот за претрес по помалата сила и интрузивност. Налогот ѝ дозволува на државата да влезе, сама да го изврши пребарувањето и да заплени, а со наредбата едноставно се бара лицето на кое му е упатена само да ги открие бараните предмети или документи.⁴⁶⁹

Ако лицето има слобода да не соработува со полицијата, тоа мора да ги почитува наредбите на големата порота, па доколку не постапи по наредбата да достави документи или да сведочи може да биде санкционирано за непочитување на судот со цивилна или кривична санкција кои се движат во временска рамка од неколку месеци до неколку години.⁴⁷⁰

Да, продолжам, на прв поглед двата сета случаи повеќе му штетеле на барателот одошто му биле од полза. Но, судот одбил да ги прошири принципите од Милер и Смит на феноменот на новите технологии со кои би можело државата без поголем напор да обезбеди детален историски запис на минатите движења на една личност преку регистарот од сигналите на неговиот мобилен телефон. Судот сметал дека поединецот има легитимно очекување за приватност кога станува збор за комплетно, сеопфатно документирање на неговите движења, па затоа сметал дека геолокацијата добиена од безжичните оператори била производ на пребарување (претрес) во смисла на IV

⁴⁶⁸ Во таков случај државата може да ја прибави информацијата без активирање на обврските од IV амандман, што значи без судски налог за кого е потребна веројатна причина, туку само со наредба за доставување податоци. Така било направено во Милер каде државата ги прибавила банкарските документи, откажани чекови, уплатници и месечни изводи врз база на наредба за обезбедување податоци издадена спрема банката (*subpoena duses tecum*), а не со судски налог за претрес за кој е неопходна веројатна причина. Правната логика била дека тоа се деловни документи на банката, а не доверлива комуникација. Смит се однесува на броевите на појдовните повици кои телекомуникацискиот оператор мора да ги знае за да го овозможи повикот. Ни едното ни другото не било претрес кој нужно би ги активирал гаранциите од IV амандман.

⁴⁶⁹ *Carpenter v. United States*, 585 U.S. ____ (2018), p. 10 (Kennedy, J., dissenting) - наредбата се разликува од налогот по својата сила и интрузивна јачина. Додека налогот ѝ дозволува на Владата да влезе и да заплени и сама да го изврши истражувањето, со наредбата едноставно се бара лицето на кое му е упатена само да открие. Наредбата, покрај тоа, му дава на примачот „можност да поднесе приговори“ пред да се покори, што дополнително ја ублажува интрузијата (наметнувањето)... Од тие причини, овој Суд одлучи дека наредбата за документи, иако е „конструктивно“ пребарување кое подлежи на ограничувања од IV амандман, не мора да биде во согласност со процедурите што се применуваат на налозите - дури и кога е оспорено од лицето на кое му припаѓаат записите... Наместо тоа, судскиот повик е во согласност со барањето за разумност на IV амандман сè додека е „доволно ограничен по обем, релевантен по цел и специфичен во упатството, така што исполнувањето нема да биде неразумно оптоварување“.

⁴⁷⁰ *LaFave/ Israel*, 1992, стр. 382-384 - лицето ги има кај себе клучевите од затворот и штом постапи ќе биде ослободено. Наредбите се попрактични бидејќи не треба веројатно сомнение за нивно издавање, а посебно во ситуации кога треба да се бараат документи од повеќе субјекти и локации.

амандман.⁴⁷¹ Заслужува буквално да се цитира делот од одлуката на судот која ве остава во шок и состојба на зачуденост, која како да пишува за некаква фикција, пр. за „големиот брат“ од монументалното дело на Орвел 1984, а не за дистопија што во реално време ни се случува.⁴⁷²

⁴⁷¹ Carpenter v. United States, 585 U.S. ____ (2018), pp. 10-11 (Opinion of the Court).

⁴⁷² Carpenter v. United States, 585 U.S. ____ (2018), pp. 12-17 (Opinion of the Court) - едно лице не се откажува целосно од заштитата на IV амандман со навлегување во јавната сфера. Напротив, „она што [некој] сака да го зачува како приватно, дури и во област достапна за јавноста, може да биде уставно заштитено“. Кац, 389 САД, на 351–352. Мнозинството од овој суд веќе призна дека поединците имаат разумно очекување за приватност во целокупното нивно физичко движење. Џонс, 565 САД, на 430 (судија Алито, согласен во пресудата); исто, на 415 (судија Сотомажор, согласна). Пред дигиталната ера, органите на прогонот можеа кратко да го гонат осомничениот, но тоа „за кој било подолг временски период беше тешко и скапо и затоа ретко се преземаше“. исто, на 429 (мислење на судија Алито). Од таа причина, „очекувањата на општеството беа дека агентите за спроведување на законот и другите нема - и навистина, главно, едноставно не можат - тајно да го следат и каталогизираат секое движење на автомобилот на поединецот за многу долг период“. исто, на 430. Дозволувањето пристап на владата до записите на мобилната локација е спротивно на тоа очекување. Иако таквите записи се генерирани за комерцијални цели, таа разлика не го негира очекувањето на Карпентер за приватност на неговата физичка локација. Мапирањето на локацијата на мобилниот телефон во текот на 127 дена обезбедува сеопфатна евиденција за тоа каде се наоѓа сопственикот. Како и со ГПС информациите, податоците со временски печат даваат интимен прозорец во животот на една личност, откривајќи ги не само неговите посебни движења, туку преку нив неговите „семејни, политички, професионални, религиозни и сексуални асоцијации“. исто, на 415 (мислење на судија Сотомажор). Овие записи за локација „многу Американци ги сметаат за „приватност на животот“. Рајли, 573 САД на --- (извадок на 28) (цитат од Бојд 116 САД, на 630)... Всушност, историските мобилни записи претставуваат уште поголема загриженост за приватноста од ГПС-мониторингот на возило што го разгледувавме во Џонс. За разлика од озвучениот контејнер во Нотс или автомобилот во Џонс, мобилниот телефон - „карактеристика на човечката анатомија“, Рајли, 573 САД, на ___ (извадок, на 9) - речиси точно ги следи движењата на неговиот сопственик. Додека поединците редовно ги напуштаат своите возила, тие компулсивно носат мобилни телефони со себе цело време. Мобилниот телефон верно го следи својот сопственик надвор од јавните сообраќајници и во приватни резиденции, лекарски ординации, политички штабови и други потенцијално откриени места... (напоменувајќи дека „речиси 3/4 од корисниците на паметни телефони велат дека се на растојание од 5 метри од нивните телефони поголемиот дел од времето, а 12% признаваат дека дури ги користат нивните телефони под туш“); спротивно Кардвел против Луис, 417 САД 583, 590 (1974) (мислење на мнозинството) („Автомобилот има мал капацитет да избега од јавен надзор“). Според тоа, кога Владата ја следи локацијата на мобилниот телефон, таа постигнува речиси совршен надзор, како да прикачила монитор за глуждот на корисникот на телефонот. Покрај тоа, ретроспективниот квалитет на податоците овде ѝ дава на полицијата пристап до категорија на информации што инаку не се познати. Во минатото, обидите за реконструкција на движењата на една личност беа ограничени поради недостаток на записи и слабости на сеќавањето. Со пристап до геолокацијата, Владата сега може да патува назад во времето за да го реконструира местото каде било лицето, подложно само на политиките на безжичните оператори за чување, кои моментално складираат евиденција до 5 г. Критично, бидејќи информациите за локацијата постојано се евидентираат за сите 400 милиони уреди во САД - не само за оние кои припаѓаат на лица што би можеле да бидат предмет на истрага - овој нов откриен капацитет за следење е против секого. За разлика од ГПС-уредот во Џонс, полицијата не треба ни однапред да знае дали сака да следи одредено лице или кога. Кој и да се покаже дека е осомничениот, тој всушност бил следен во секој момент од секој ден веќе 5 години, а полицијата - според мислењето на Владата - може да се повика на резултатите од тој надзор без да ги земе предвид ограничувањата на IV амандман. Само неколкуте без мобилни телефони можат да го избегнат овој неуморен и апсолутен надзор... со новата технологија за мерење на времето и аголот на сигналите кои поаѓаат во нивните кули, безжичните оператори веќе имаат способност да ја одредат локацијата на телефонот на 50 метри... Според тоа, кога Владата пристапи до податоците за геолокација од безжичните апарати, таа упадна (посегна, го наруши) Карпентеровото разумно очекување на приватност за целината на неговите физички движења. Владата тврди спротивно дека доктрината на трета страна управува со овој случај. Според неа, записите за мобилната локација се фер игра бидејќи тие се „деловни записи“ создадени и одржувани од безжичните оператори... Позицијата на Владата не се спротивставува на тврдењата за сеизмичките промени во дигиталната технологија што овозможува следење не само на локацијата на Карпентер, туку и на сите други, не за краток период, туку со години и години. Спринт корпорацијата и нејзините конкуренти не се

Бидејќи судот заклучил дека добивањето на податоците за Карпентер било претрес во смисла на IV амандман кое било сторено без да се обезбеди судски налог ја укинал одлуката на Апелациониот суд. Сметал дека овој тип на податоци не може да се обезбеди врз бара на наредба за доставување податоци (*subpoena duces tecum*) како што направила Владата. Според законот по кој се водела, таква наредба може да издаде суд по нејзино барање ако таа покаже дека податоците се потребни за тековна истрага, кое нешто е многу помалку од барањето на веројатна причина за претрес, имено да се докаже одреден квантум на сомнеж спрема некого како услов судот да издаде налог за претрес во однос на него.⁴⁷³

Секако дека налогот е битен во оние ситуации кога нема итни околности и случаи на нужда за какви би било неразумно да се бара судски налог пред да се дејствува, односно кога судовите *post festum* одобруваат претреси без налог поврзани со закани со бомби, активни пукања и киднапирање деца. Во такви околности оваа одлука не попречува пристап до геолокациски податоци без налог. Напротив иако полицијата мора да добие налог кога собира геоподатоци како помош за кривичната истрага, оваа одлука не ја ограничува нејзината способност да реагира на тековни итни случаи.⁴⁷⁴

ваши типични сведоци. За разлика од љубопитниот сосед кој внимава на доаѓањето и заминувањето, тие се секогаш будни, а нивната меморија е речиси непогрешлива. Постои огромна разлика помеѓу ограничените типови на лични информации адресирани во Смит и Милер и исцрпната хроника на информации за локација случајно собрани од безжичните оператори денес. Според тоа, Владата не бара директна примена на доктрината на трета страна, туку, наместо тоа, значително нејзино проширување на посебна категорија на информации. Доктрината на трета страна делумно произлегува од идејата дека поединецот има намалени очекувања за приватност во информациите што свесно ги споделува со друг. Но, фактот на „намалените интереси за приватност не значи дека IV амандман целосно отпаѓа од сликата“. Рајли, 573 U. S., во ___ (извадок, на 16). Смит и Милер, на крајот на краиштата, не се потпираа само на чинот на споделување. Наместо тоа, тие ја разгледаа „природата на конкретните документи кои се бараат“ за да се утврди дали „постои легитимно „очекување за приватност“ во врска со нивната содржина“... Ниту второто образложение што лежи во основата на доктрината на трета страна - доброволно откривање - не држи кога станува збор за геолокациските податоци. Информациите за локацијата на мобилниот телефон не се „споделуваат“ вистински како што вообичаено се разбира поимот. На прво место, мобилните телефони и услугите што ги обезбедуваат се „толку сеприсутен и постојан дел од секојдневниот живот“ што носењето е неопходно за учество во современото општество. Рајли, 573 САД, на ___ (извадок, на 9). Второ, мобилниот телефон евидентира запис од мобилната локација според неговата работа, без никаков афирмативен чин од страна на корисникот надвор од напојувањето. Практично секоја активност на телефонот генерира податоци за геолокација, вклучувајќи дојдовни повици, текстуални пораки или е-пошта и безброј други податочни конекции што телефонот автоматски ги прави кога проверува вести, временски услови или ажурирања на социјалните мрежи. Освен исклучувањето на телефонот од мрежата, нема начин да избегнете да оставите зад себе трага од податоци за локацијата. Како резултат на тоа, во никаква разбирлива смисла корисникот доброволно не „го презема ризикот“ да предаде сеопфатно досие за неговите физички движења. Смит, 442 САД, на 745. Затоа, одбиваме да ги прошириме Смит и Милер на колекцијата на податоци за геолокација. Со оглед на уникатната природа на информациите за локацијата на мобилните телефони, фактот што Владата ги добила информациите од трето лице не го надминува барањето на Карпентер за заштита од IV амандман. Стекнувањето на геолокациските записи од страна на Владата беше пребарување во смисла на IV амандман.

⁴⁷³ *Carpenter v. United States*, 585 U.S. ___ (2018), p. 19, 20, 21 (Opinion of the Court).

⁴⁷⁴ *Carpenter v. United States*, 585 U.S. ___ (2018), pp. 17-18 (Opinion of the Court). Видно од стр.22 оваа пресуда не ги укинала Смит и Милер кои и понатаму останале валидни преседани. Била ограничена на предметот кој се разгледувал, што ќе рече од неа не треба да се сфати дека судот на ист начин би одлучил во поглед на информациите од базните станици за тоа кои се уреди се поврзале на одредена локација во одредено време, за утврдувањето геолокација во реално време или за другите комерцијални записи кои случајно може да дадат податоци за локацијата или пак во однос на конвенционални техники и алатки за надзор, како што се безбедносните камери.

Богатството на американската јуриспруденција е што ни дава приказ на поединечните гледишта на судиите, а не само на ставот на мнозинството. За разлика од таму кај нас гласањето на судиите од секогаш било тајно. Американците ја перципираат јавноста како гаранција за судската независност воопшто и на судската непристрасност во секој поединечен случај, зашто научната, стручната и општата јавност може да се запознаат со гласот кој го дал секој од судиите и причината за таквиот глас. Таму трудови и трудови се пишуваат после секоја битна одлука во која се анализираат, цитираат, прифаќаат и критикуваат ставовите на судиите. Судиите доста пати за оправдување или засилување на своите гледишта се повикуваат на таквите трудови и практични истражувања. Често пати она што некогаш било несогласувачко мислење на судија кој останал во малцинство, во некое идно време станало темел над кој мнозинството ќе изгради нов преседан.

За разлика од таму кај нас тајноста при гласањето се смета за клучен фактор кој обезбедува судиите да бидат независни и непристрасни. Можеби е време да размислиме дали е така, посебно кога и во ЕСЧП малцинството јавно има право да обзнани каков глас дало, вклучително и причините за таквиот глас.

Кац, Кајло и Карпентер фактички се уважување на апелот на судијата Брандеис од неговото познато несогласувачко мислење од 1928 г. во случајот Олмстед, дека судот е должен како што „посуптилните и подалекусежни средства за нарушување на приватноста стануваат достапни за Владата“ - да се погрижи „напредокот на науката“ да не ги еродира гаранциите од IV амандман⁴⁷⁵.

Претходно видовме кое однесување е дозволено и во кои ситуации агентите нема потреба да обезбедат судски налог за претрес. Во такви случаи нема место за примена на ексклузивното правило, зашто ако некој постапил онака како што требало кога обезбедил докази против трето лице нема основ да се бара тие докази да бидат издвоени. Анализирал и некои битни одлуки како Кац, Кајло, Џонс, Карпентер во кои судот отстапил од својата претходна пракса или зазел поинакво гледиште од пониските судови, а се битни зашто тангираат проблеми на модерната технологија и нејзиниот однос кон IV амандман.

Што кога агентите ќе ги пречекорат своите овластувања? Дали има разлика ако повредата е битна или тривијална, ако тоа што го направиле го сториле свесно, но со добри намери или погрешиле ненамерно, ако се повеле по валиден судски преседан или по закон што дозволувал однесување како нивното. Дали во сите такви случаи во САД ќе важи ексклузивното правило? Дали ќе важи само за непосредните докази прибавени со повреда на IV амандман или и за деривативните, оние за кои се дознало од првите, ќе видиме понатаму во трудот.

4. Ексклузија на материјалните докази

Судовите во САД долго време го применувале старото обичајно правило според кое начинот на обезбедување на доказите не влијае врз нивната прифатливост на суд,⁴⁷⁶ поаѓајќи од точната премиса дека „доказите обезбедени со незаконит претрес се исто толку веродостојни како оние обезбедени на законит начин“.⁴⁷⁷

Во текот на поголемиот дел од првиот век по усвојувањето на амандманот, аргументот дека тој приморува издвојување се сметал за толку апсурден што малкумина

⁴⁷⁵ *Carpenter v. United States*, 585 U.S. ____ (2018), p. 22 (Opinion of the Court).

⁴⁷⁶ *Harvard Law Review*, 2013, стр. 774.

⁴⁷⁷ *Oaks*, 1970, стр. 666.

обвинети за криминал дури се мачеле да го покренат - и кога навистина го правеле, не успеваа.⁴⁷⁸

Таа практика според Ре треба да се сфати во историски и правен контекст, зашто во XVIII век немало професионална полиција, а владините службеници ретко спроведуваа истраги пред кривично гонење.⁴⁷⁹ Бенер, Бирд и Смит исто предочуваат дека американските судови до почетокот на XX век не ги исклучувале доказите прибавени со незаконски претрес. Но, тие како причина го посочуваат ставот на ВСС изразен уште во 1833 г. дека кривичните случаи генерално се прашање на државното право, повелбата за правата е неприменлива за државите, така што федералните судови немале што посебно да кажат за претресите и заплениите, па и ВСС во целиот XIX век имал само неколку случаи поврзани со IV амандман.⁴⁸⁰

Правилото за издвојување на материјалните докази во САД практично датира од 1914 г. кога ВСС ја испитал законитоста на одлуките на пониските судови да прифатат во судска постапка докази кои службените лица ги одзеле при претрес за кој не бил побаран ниту издаден судски налог.⁴⁸¹

Се смета дека со оваа одлука првпат целосно е прогласено, востановено, формулирано, изразено ексклузивното правило во САД.⁴⁸²

Дотогаш „тежината на повеќе авторитети како и разумот“ го подржувале старото обичајно правило дека судовите нема да го испитуваат начинот на кој доказите, инаку прифатливи, биле прибавени.⁴⁸³ Ова подразбира дека common law правилото не се

⁴⁷⁸ Akhil Reed Amar, Fourth Amendment First Principles, 107 Harv. L. Rev. 757, 786–87 (1994) кај Harvard Law Review, 2013, стр. 744; Ниту еден од основачите никогаш не го поврзал IV амандман со ексклузија, во првиот век по независноста, ниту еден федерален суд никогаш не прифатил исклучување, нема државен суд кој издвоил доказ во првиот век иако практично уставот на секоја држава има пандан на IV амандман - Amar, 1997, стр.459-460; Прашањето за ексклузија речиси никогаш не се појавило пред крајот на XIX век, освен во два, и очигледно само два, пријавени случаи пред Граѓанската војна, во кои судовите изјавиле дека нема да направат пауза за да ги разгледаат методите со кои доказите биле прибавени - Alschuler, 2014, стр. 307.

⁴⁷⁹ Re, 2014, стр. 1919.

⁴⁸⁰ Benner/ Bird/ Smythe, 2012, стр. 110.

⁴⁸¹ Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914) - се работи за 2 претреси кои не биле овластени со судски налог, прв само од претставници на државната полиција и втор со присуство и на сојузен маршал.

⁴⁸² Traynor, 1962, стр. 319, 339; Editors, Law Review, The Impeachment Exception, 1967, стр. 939; Posner, 1982, стр. 635; Kamisar, 1983, стр. 591; Alschuler, 2007, стр. 1778; Lammon, 2007, стр. 1112; Bloom/ Fentin, 2010, стр. 50; Thaman, 2011, стр. 694-695; Jones, 2012, стр. 283; Benner/ Bird/ Smythe, 2012, стр. 105, 113; McAloon, 2012, стр. 1264; Clancy, 2012, стр. 357, 389; Belanger, 2016, стр. 82; Canon, 1974, стр. 681; Kamisar, 1978, стр. 74; Olmstead et al. v. United States, 277 U.S. 467 (1928) - случајот Викс, постави исклучок од правилото на обичајното право со издвојување на сите докази во чие прибавување учествувале владини функционери со методи забранети со IV и V амандман; Wolf v. Colorado, 338 U.S. 28 (1949) - правилото за прв пат беше применето во 1914 г.; Elkins v. United States, 364 U.S. 208-209 (1960) – од историска перспектива соодветна почетна точка е Викс одлучен во 1914 г.; Но, види и Jackson, 1996, стр. 1202-1203 кој смета дека ексклузивното правило прв пат било најавено во Бојд во 1886 г., а прв пат применето во федерален кривичен предмет во Викс во 1914 г.; Slobogin, 1999, стр.425 - смета дека секоја дискусија за ексклузивното правило во американското уставно право мора да почне со Бојд; Oaks, 1970, стр. 667-668 – Бојд кој по прв пат сугерира дека доказ прибавен со повреда на IV амандман треба да е неприфатлив пред суд, бил игнориран 30 г. сè до Викс кога таа сугестија станала право пред федералните судови; Srinivas, 2012, стр. 4 - повеќето го следат потеклото на ексклузивното правило до одлуката на Врховниот суд од 1886 г. во предметот Бојд против САД; McGlynn, 2017, стр. 410 - иако развојот на ексклузивното правило може да се следи барем до средината на 1880-тите, повеќето коментатори се согласуваат дека генезата на модерното правило е одлуката на ВСС од 1914 г.; Gautam, 2017, стр. 160, 177, 180 - смета дека Бојд е прв значаен случај на ВСС во однос на IV амандман, а не Викс; Sundby, 2013, стр. 395 - ексклузивното правило прв пат се појавило во Бојд; Lewis, 2011, стр. 639-640 - ги споменува Бојд и Викс.

⁴⁸³ Adams v. New York 192 U.S. 585, 24 S.Ct. 372, 48 L.Ed. 575 (1904) кај LaFave/ Israel, 1992, стр. 105; Види и Olmstead et al. v. United States, 277 U.S. 439, 462-463, 467 (1928).

однесувало на *per se* забранетите докази, туку само на оние кои правото ги прифаќало како доказни средства. Така било и во Викс. Судијата кога го одбил барањето на одбраната се водел од обичајното право според кое штом доказите биле предложени како докази и веќе се нашле во посед на судот тој не треба да го испитува начинот како биле прибавени, туку ако се релевантни ќе ги задржи и ќе дозволи да бидат употребени како докази. ВСС посочил:

„Ефектот на IV амандман е на судовите на Соединетите држави и федералните службеници, при извршувањето на нивните надлежности и овластувања, да им стави огради и ограничувања во остварувањето на таквата моќ и овластувања и засекогаш да ги обезбеди луѓето, нивната личност, домови, писма и лични предмети од секакви неразумни претреси и заплени направени под маската на законот. Оваа заштита досега до сите подеднакво, без разлика дали се обвинети за криминал или не, и должноста да ѝ се даде сила и ефект е задолжителна за сите на кои во нашиот Федерален систем им е доверено спроведувањето на законите.

Тенденцијата на оние кои ги спроведуваат кривичните закони во државата да добијат осуда со помош на незаконски заплени и присилни признанија, овие последните често добиени по подложување на осомничениот на неоправдани практики со кои се повредуваат правата заштитени со Федералниот Устав, не смеат да најдат одобрение во пресудите на судовите кои се задолжени во секое време да го поддржуваат Уставот и кај кои сите луѓе имаат право да се обратат заради зачувување на овие основни права...

Случајот од гледиштето од кое го разгледуваме вклучува право на судот во кривично судење да задржи како доказ писма и кореспонденција на обвинетиот заплени од неговиот дом во негово отсуство и без негово овластување, од страна на маршал на Соединетите држави кој немал налог за негово апсење ниту за претрес на неговите простории... Ако на тој начин може да се одземаат писма и приватни документи и да се употребуваат како докази против лицето обвинето за престап, заштитата од IV Амандман кој го гарантира неговото право да биде заштитен од такви претреси и заплени ќе нема никаква вредност, и... може да биде отстранета од Уставот.

Напорите на судовите и нивните службеници да ги доведат виновниците до казна, колку и да се за пофалба, не треба да бидат потпомогнати со жртвување на тие големи принципи воспоставени по долгогодишни напори и страдања што резултираа со нивно отелотворување во основниот закон на земјата. Маршалот на Соединетите држави можеше да упадне во куќата на обвинетиот само наоружан со налог издаден согласно Уставот... Наместо тоа, тој постапи без дозвола од законот, без сомнение поттикнат од желбата да обезбеди дополнителен доказ во корист на Владата, и... заплени приватни документи со директна повреда на уставната забрана за такво дејствување...

Да се одобрат таквите постапки би значело да се афирмира со судска одлука очигледно занемарување, ако не и отворено пркосење на забраните на Уставот, наменети за заштита на луѓето од такви недозволени дејствија“.⁴⁸⁴

Ако се имаат предвид потцртаните делови на одлуката првичната интенција на судот кога го вовел ексклузивското правило не била одвраќање на органите на прогонот од постапки што се во спротивност на Уставот, туку заштита на правата на граѓаните и афирмирање на начелото на уставност и законитост преку почитување на присилните одредби првенствено од оние кои се нивни адресати.

Џексон слично, смета дека приватниот интерес, ограничувањето на државната власт и судскиот интегритет биле примарни цели на правилото кога прв пат било воведено, а не одвраќањето,⁴⁸⁵ или кога би ги употребиле зборовите на Чомски кој пишува за друга проблематика да нема противречност „на ’она за што се залагаме’ и ’она што го правиме’“.⁴⁸⁶

Треба уште да се напоми тоа дека со одлуката било наредено издвојување само на доказите заплени од сојузниот маршал, а не и на оние од државната полицијата при првиот претрес. Според судот полицијата на почетокот работела на своја рака, а не по инструкции на федералниот службеник, а само во таков случај IV амандман би бил применлив и на нејзините постапки. Судот не испитувал какви правни лекови му стојат на располагање на обвинетиот против постапувањето на полицијата, бидејќи

⁴⁸⁴ Weeks v. United States, 232 U.S. 392-394 (1914) - забелешка, деловите се потцртани од мене.

⁴⁸⁵ Jackson, 1996, стр. 1203.

⁴⁸⁶ Чомски, 2019, стр. 38.

според тогашното негово сфаќање IV амандман не бил насочен кон злоупотреба на должноста од државните службеници, туку се однесувал само на федералната влада и нејзините органи.⁴⁸⁷ Некои погрешно сметаат дека ВСС не го адресирал прашањето дали IV амандман и ексклузивното правило се применуваат против државните функционери.⁴⁸⁸ Напротив судот изречно посочил дека е лимитиран на Федералната влада и нејзините агенции,⁴⁸⁹ кое нешто ќе го променат прецедентите Волф од 1948 г. и Мап од 1961 г.

4.1. Доктрина плодови од отровно дрво

Доктрината „плодови од отровно дрво“ била воведена во 1920 г. во случај во кој централни биле две прашања, прво, дали деривативните докази произлезени од незаконитите докази се дозволени или не на суд и второ, дали информациите добиени од незаконитите докази можело да бидат искористени во последователна постапка од органите на прогонот.⁴⁹⁰

Според ВСС владата нема право да го користи знаењето добиено на незаконски начин, зашто спротивното сфаќање би го свело IV амандман на форма на зборови, без никаква суштина, а би ја охрабрило и во иднина да ги заобиколува гаранциите од него. Затоа копираните документи биле оценети како извалкани, загадени, оцрнети и со тоа недозволени. Уставот не ѝ овозможува да се здобие ниту со предности и погодности од забранетиот чин, туку суштината на одредбата е дека не само доказите што незаконито се стекнале нема да се користат пред судот, туку дека нема да се користат воопшто.⁴⁹¹

Последното подразбира дека ни информациите добиени од владината сопствена грешка не смее да се употребат, освен ако знаењето за нив не се стекне од независен извор. Што значи, сознанијата сами по себе не се свети и достапни за никако и никогаш да не може да се користат, туку би можело само ако до нив се дојде од независен извор. Па, ако органите на прогонот дојдат до истите информации по дозволен пат и на законит начин тие би можеле нив да ги употребат во консекутивна постапка против осомничениот, пр. ако до истите документи дојдат врз основа на судски налог за претрес нив ќе може да ги употребат. Круцијалното е налогот да не биде издаден врз основа на изјава (affidavit) која ги содржи незаконски стекнатите информации, туку веројатната причина дека во објектот или кај лицето ќе се најдат предмети кои докажуваат одредено к.д. да биде базирана на информација која потекнува од друг, независен извор.

Оваа одлука освен што го вовела издвојувањето на деривативните докази, може да се каже го навестила исклучокот независен извор кој ќе се појави 20 г. подоцна. Судот доктрината „плод од отровно дрво“ ја признал не само во случаите на доказ прибавен со повреда на IV амандман, туку и тогаш кога тој бил обезбеден со кршење на некоја

⁴⁸⁷ Weeks v. United States, 232 U.S. 398 (1914).

⁴⁸⁸ Benner/ Bird/ Smythe, 2012, стр. 114.

⁴⁸⁹ Weeks v. United States, 232 U.S. 398 (1914).

⁴⁹⁰ Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920) - ова било случај на даночно затајување во кој федералните агенти незаконски заплениле даночни книги на правното лице и направиле фотографии и копии од истите. Обласниот суд за кого не било спорно дека претресот бил незаконит ги вратил оригиналните документи на обвинетите, но ги задржал фотографиите и копиите. Обвинителите користејќи ги сознанијата од копиите, побарале судот да издаде наредба под закана од казна (subpoena duces tecum) спрема еден од обвинетите за тој да ги достави оригиналните документи до големата порота. Обвинетиот не постапил по неа, па бил казнет парично и со казна затвор за непочитување на судот.

⁴⁹¹ Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 391-392 (1920); Според Damaška, 1973, стр.524 само на овој начин ексклузивното правило може да ја одигра целта на одвраќање од незаконски практики.

одредба од закон која строго дефинира како може да се прибави доказот. Видовме претходно во Олмстед (1928 г.) дека употребата на прислушувани телефонски разговори обезбедени без судски налог не значела повреда на правата на обвинетиот од IV амандман. Имено во тој период гледиштето било такво што за да има повреда на IV амандман услов било да постои неовластено влегување во туѓ имот (trespass), кој став судот ќе го промени во 1967 г. до кога ваквите слични повреди биле надвор од досегот на IV амандман и неговото ексклузиско правило.

Практично на покана на Судот,⁴⁹² Конгресот во 1934 г. го донел Законот за комуникации кој го забранил неовластеното пресретнување на комуникациите. Судот онака како што го толкувал сметал дека законот покрај другите имал и доказна функција, па ценел дека доказите прибавени со повреда на овој закон биле неприфатливи од федералните судови во постапките по федералните обвиненија.⁴⁹³ Произлегува дека Конгресот законски вовел ексклузиско правило за директните докази обезбедени со повреда на одредбите на овој закон. ВСС во тој период сè уште опстојувал на сопствениот став дека во вакви случаи нема повреда на IV амандман, туку само на законската забрана од 1934 г. Но, тоа било сосема доволно за издвојување на деривативните докази, односно покрај пресретнатите комуникации и на доказите обезбедени со користење на знаењето добиено од таквите комуникации.⁴⁹⁴

Овие последните ќе можело да се користат ако владата можела да докаже дека до нив дошла преку независен извор, а не на база на незаконски прислушувани информации.⁴⁹⁵ Токму во Нрдоне на стр. 341 прв пат е употребена фразата „плодови од отровно дрво (fruit of the poisonous tree)“ која е општо позната ширум научните и стручни кругови во светот кога се зборува за издвојување на деривативните докази. Според американските коментатори тоа било првата пресуда во која некогаш била употребена оваа фраза.⁴⁹⁶

Доктрината „плодови од отровно дрво“ во федералните судови важела за сите деривативни докази, како за тие за кои се дознало со повреда на IV амандман, така и за оние добиени со повреда на некаква изречна законска забрана. И покрај исклучоците кои го намалуваат нејзиниот ефект, останала важечка во САД до денес.⁴⁹⁷

4.2. Забрана за сослушување на полициските службеници

Ексклузиското правило покрај што забранува употреба на материјални докази најдени при незаконит претрес или прислушување, забранува да се сослушаат и

⁴⁹² *Olmstead et al. v. United States*, 277 U.S. 465-466 (1928).

⁴⁹³ *Nardone et al. v. United States*, 302 U.S. 379, 383-384 (1937); Kerr, 2004, стр. 845-846.

⁴⁹⁴ *Nardone et al. v. United States*, 308 U.S. 338 (1939) – не е дозволено федералниот агент да сведочи во суд за содржината на пресретнатите разговори, а недоzволиви се и доказите кои агентите ги нашле како резултат на сознанијата добиени од пресретнатите разговори; Сепак постоеле две ограничувања, прво, активна легитимација да побара издвојување имале само лицата кои учествувале во разговорот и второ, правилото не важело ако соговорникот дал согласност полицијата да го сними разговорот - *LaFave/ Israel*, 1992, стр. 246-247.

⁴⁹⁵ *Nardone et al. v. United States*, 308 U.S. 341 (1939).

⁴⁹⁶ *Kamisar*, 1983, стр. 602; *LaFave/ Israel*, 1992, стр. 471; *Alschuler*, 2007, стр. 1795.

⁴⁹⁷ *United States v. Calandra*, 414 U.S. 354 (1974) - во вообичаениот контекст на кривичното судење, обвинетиот има право на побивање, не само на доказите добиени со незаконски претрес и заплена, туку и на било каква деривативна употреба на тие докази. Забраната од ексклузиското правило мора да досегне до таквата изведена употреба ако сака да ја исполни својата функција за одвраќање на полициските злоупотреби.

полициските службеници како сведоци за она што го откриле во таквиот претрес⁴⁹⁸ или прислушување.⁴⁹⁹

Во спротивно ексклузиското правило не би имало смисла зашто на посреден начин би се анулирало неговото дејство.

4.3. Забрана при вкрстено испрашување

Првичен став на ВСС бил дека обвинетиот кој во својот директен исказ не сведочел за незаконски одземените предмети, не може вкрстено да биде испитуван за нив.⁵⁰⁰ Во оваа одлука судот ги поврзал гаранциите од IV и V амандман и не дозволил Владата да извлече полза од своето незаконско дело.

Логиката е едноставна. За очекување е дека самиот обвинет во директното испитување нема да спомене дека владини агенти при претрес извршен над него или врз негов имот одзеле предмети кои се незаконски или потекнуваат од сторено к.д. Па, кога би можел јавниот обвинител во вкрстеното испитување да прашува за нив, Владата на посреден начин би ја информирала поротата за доказите кои согласно ексклузиското правилото не смеело да бидат употребени во кривичната постапка.

Промената на ваквиот став се случила во 1954 г., а причините за тоа се објаснети во потточка 6.2.

4.4. Проширување на ексклузиското правило спрема државите

Според преседанот од 1914 г. адресат на IV амандман биле само федералните власти, а не и државите. Таквото гледиште ВСС го застапувал сè до 1949 г. кога констатирал дека овој амандман во содејство со XIV е применлив за државите и државните органи. Но, со одлуката одбил да го воведат и ексклузиското правило со образложение дека такво нешто не произлегува од експлицитните барања на XIV амандман.⁵⁰¹ Судот на ваков начин оставил државите слободно на свој начин да ги уредат правните лекови при повреда на гаранциите од IV амандман, пр. некои од нив може да го прифатат федералното ексклузиско правило (во ист, поголем или помал обем), други да овозможат по пат на тужба во граѓанска парница лицето чие право било повредено да бара надомест на штета од службеникот што ја сторил повредата и/или органот во кој тој работи, трети самите полициски служби да воведат дисциплински мерки и постапки во кои би ги санкционирале службениците и сл.

Впрочем судот како можни лекови за повреда на правата од IV амандман ги споменал граѓанската тужба и интерните дисциплински мерки на полицијата, под будното око на јавноста.⁵⁰² И што се случило?

Во основа ништо добро, државните полициски служби продолжиле несанкционирани да ги повредуваат правата на граѓаните гарантирани со IV амандман.

Се покажало точно тврдењето на малцинството, дека постои само една алтернатива на правилото за издвојување, а тоа е да нема воопшто санкција за повредите.⁵⁰³

⁴⁹⁸ Wong Sun et al. v. United States, 371 U.S. 485 (1963).

⁴⁹⁹ Nardone et al. v. United States, 308 U.S. 338 (1939).

⁵⁰⁰ Agnello v. United States, 269 U.S. 20, 35 (1925).

⁵⁰¹ Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25, 33 (1949) - XIV Амандман на Федералниот устав не забранува прифаќање релевантни докази прибавени со неразумен претрес и заплена.

⁵⁰² Wolf v. Colorado, 338 U.S. 31 (1949).

⁵⁰³ Wolf v. Colorado, 338 U.S. 41 (1949) (Murphy, J., dissenting with whom Rutledge, J. joins, dissenting) - ако сакаме да ја спроведеме клаузулата за претрес и заплена во обичните случаи денес, ние сме ограничени на три средства: судска ексклузија на незаконски прибавените докази; криминално гонење на прекршителите; и граѓанска постапка против прекршителите во случај на неовластено влегување во туѓ имот.

Во 1960 г. сè уште половината од државите се воделе од старото обичајно правило според кое доказите се прифатливи независно од начинот како биле прибавени.⁵⁰⁴ Во Елкинс судот направил анализа на состојбата со прифатливоста на незаконитите докази во државните судови пред прецедентот Викс, пред и по Волф, во која државите се наведени со име, а овдека поради економичност само ќе ги предочам збирно резултатите.

незаконити докази	пред Викс - 1914 г.	пред Волф - 1948 г.	по Волф 1948 г. до 1960 г.
се прифаќаат	во 27 држави	во 29 држави	во 24 држави
се издвојуваат	во 1 држава	во 18 држави	во 26 држави
неодлучни	20 држави	1 држава	2 држави

Табела 5⁵⁰⁵

Затоа ВСС реагирал со нов прецедент во 1961 г. со кој практично им го наметнал ексклузивното правило и на државите. Од тогаш тоа ќе важи за државните исто како и за федералните власти, а кое нешто според судот го овозможува взаемното, заедничкото дејство на амандманите IV и XIV на Уставот.⁵⁰⁶ Интересен е начинот како дошло до оваа одлука, за кое нешто пишува Камисар, зашто вонредниот лек се базирал, а осудата се разгледувала низ призма на I, а не на IV амандман.⁵⁰⁷

За да сфатиме колкаво е значењето на јуриспруденцијата од 60-те години на минатиот век и проширувањето на ексклузивното правило спрема државите, треба да го знаеме фактот дека дури 99% од сите кривични обвиненија во САД се решаваат пред државните, а не пред федералните судови. Логиката во времето на усвојување на Повелбата на правата како дел на Уставот на САД била дека нејзината цел е да ја ограничи новоформираната федерална влада. Уставот на САД воспоставен од народот на САД се однесува на федералната влада, а не на владите на посебните држави кои и самите имале свои уставни.⁵⁰⁸

Со оваа одлука, ВСС од една страна признал дека другите средства се целосно безвредни, залудни и потфрлаат во обидот да обезбедат сообразност со уставните одредби, а од друга, дека сè повеќе држави се наклонети кон ексклузивното правило.⁵⁰⁹ Укажал дека сите докази добиени од претреси и заплени со повреда на Уставот сè, врз основа на неговиот авторитет, недозволиви во државниот суд. Затоа решил да ја затвори единствената дотогаш отворена врата на судницата за докази обезбедени преку беззаконие на службените лица и со флагрантна злоупотреба на основното право резервирано за сите лица.⁵¹⁰ Едноставно, државата исто како и човекот „треба да оди

Алтернативите се заведувачки. Самото нивно постоење оддава впечаток дека едната можност е ефективна како и следната. Во овој случај нивното изнесување е заслепувачко. Зашто, постои само една алтернатива на правилото за издвојување. Тоа е да нема санкција воопшто.

⁵⁰⁴ *Elkins v. United States*, 364 U.S. 219 (1960).

⁵⁰⁵ Изработена според анализата во *Elkins v. United States*, 364 U.S. 224-225 (1960).

⁵⁰⁶ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643-646 (1961) - во овој случај обвинетата била осудена за свесно поседување развратни и блудни книги, слики и фотографии што било забрането со државниот закон на Охајо. Врховниот суд во Охајо утврдил дека нејзината осуда била валидна иако базирана на материјални докази кои биле незаконски заплени за време на незаконски претрес во нејзиниот дом.

⁵⁰⁷ *Kamisar*, 2005, стр. 17 вели дека на расправата по предметот судијата Даглас кој имал несогласувачко мислење во Волф предложил да ја укинат таа одлука. Веднаш му се придружиле судиите Ворен и Бренан, но бидејќи немале мнозинство за идејата осудата на г-ѓа Мап требало да се поништи врз основа на I амандман (слобода на мислата и јавното изразување). По расправата четврт судија го променил ставот, а потоа убедиле и петти со што започнала револуцијата во американската кривична постапка.

⁵⁰⁸ *LaFave/ Israel*, 1992, стр. 46-47.

⁵⁰⁹ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 651-653 (1961).

⁵¹⁰ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 655-656 (1961) - прифаќањето на новото уставно право од Волф не може постојано да толерира негирање на неговата најважна уставна привилегија, имено, исклучување на

дотоау до каде што му дозволуваат границите на законот“,⁵¹¹ зашто „праведноста [правичност] е доблест врз основа на која секој го има она што му припаѓа и како што налага законот...“.⁵¹²

Заклучокот од Мап силно одекнува. Ефектот на ексклузиското правило е *status quo ante*, или да му даде

„...на поединецот не повеќе од она што Уставот му го гарантира, на полицаецот не помалку од она на што има право чесното спроведување на законот, а на судовите тој судски интегритет толку неопходен во вистинското спроведување на правдата“.⁵¹³

Ова е една од последните одлуки во кои јасно во ставот на мнозинството, како една од целите на правилото се исцртува заштитата на судскиот интегритет.

5. Оправдувања и критики за издвојувањето на материјалните докази

Од анализираните одлуки се гледа дека правниот основ на кој ВСС го засновал ексклузиското начело во однос на федералните органи е амандманот IV, а го проширил спрема државите со посредство на амандманот XIV од Уставот. Тие граматички гледано, никаде не пропишуваат таква санкција за незаконито прибавените докази.

Логиката на судот е дека правата кои ги дава Уставот би биле само гола декларација доколку не постои ексклузиското правило како правен лек во случај на нивна повреда. Затоа во САД на правилото се гледа како на судски креирано правило, дизајнирано да ги штити правата од IV амандман преку неговиот одвраќачки ефект.⁵¹⁴

Анализата на судските одлуки кои датираат до 70-те години на XX век јасно исцртува две причини за ексклузиското правило: 1) зачувување на судскиот интегритет и 2) одвраќање на органите на прогонот од користење незаконити методи во прибирање на доказите.

ЛаФав пишува и за уверувањето на сите потенцијални жртви на незаконското однесување на владата, дека тој што го направил нема да профитира од неговото незаконско однесување,⁵¹⁵ а Шрок и Велч за персонално право на ексклузија.⁵¹⁶

5.1. Зачувување на судскиот интегритет

Првата цел на правилото, зачувувањето на судскиот интегритет подразбира неповрзување на судот и невмешување на судската постапка со недозволени активности. Судот ќе пише ништо не може да ја уништи владата побрзо од нејзиниот неуспех да ги почитува сопствените закони, или уште полошо, игнорирањето на повелбата за сопственото постоење. Таа го учи целиот народ со својот пример, ако владата стане прекршител на законот, таа негува презир кон законот, го повикува секој човек да стане закон за себе, повикува на анархија.⁵¹⁷ Притоа се повикува на познатото несогласувачко мислење на судијата Брандеис од Олмстед според кој

доказите што обвинетиот бил принуден да ги даде поради незаконско запленување. Да се мисли поинаку значи да се даде право, но во реалноста да се ускрати неговата повластица и уживање.

⁵¹¹ Мор, 2013, стр. 80.

⁵¹² Аристотел, 2010, стр. 47.

⁵¹³ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 660 (1961).

⁵¹⁴ *Herring v. United States*, 555 U.S. 139-140 (2009); *United States v. Calandra*, 414 U.S. 348 (1974).

⁵¹⁵ *LaFave*, 2009, стр. 759-760.

⁵¹⁶ *Schrock/ Welsh*, 1974, стр. 272, 281-282, 288, 308-309, 366.

⁵¹⁷ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 659 (1961) - има такви што велат, како и Врховниот судија (тогаш судија) Кардозо, дека според нашата уставна ексклузиска доктрина ‘криминалецот треба да се ослободи зашто полицаецот згрешил’. Во некои случаи, ова несомнено ќе биде резултатот. Но, како што беше кажано во Елкинс, ‘има уште едно размислување - императивот за судскиот интегритет’... Криминалецот си оди слободен, ако мора, но законот е тој што го ослободува; Познатото несогласувачко мислење на судијата Брандеис од Олмстед во ист контекст се цитира и во *Elkins v. United States*, 364 U.S. 222-223 (1960).

„...кога биле извршени овие незаконски дејствија, тоа биле злосторства само на службениците поединечно. Владата беше невина, во правна смисла; бидејќи ниту еден федерален функционер не е овластен да изврши к.д. во негово име. Кога Владата, имајќи целосно знаење, побарала, преку Министерството за правда, да ги искористи плодовите на овие дела за да ги постигне своите цели, презеде морална одговорност за злосторствата на службениците... И ако овој суд ѝ дозволи на Владата, злосторствата на нејзините службеници, да послужат за казнување на обвинетите, се чини дека се присутни сите елементи на озаконување (потврда, прифаќање)“.⁵¹⁸

Затоа доказот се

„одбива со цел да се одржи почитувањето на законот; со цел да се промовира доверба во спроведувањето на правдата; со цел да се зачува судскиот процес од контаминација... Пристојноста, безбедноста и слободата бараат владините функционери да бидат подложени на истите правила на однесување што се заповеди за граѓанинот. Во влада на закони, постоењето на владата ќе биде загрошено ако не го почитува законот скрупулозно. Нашата влада е моќниот, сеприсутен учител. За добро или за лошо, со својот пример го учи целиот народ. Криминалот е заразен. Ако Владата стане прекршител на законот, тоа раѓа презир кон законот; го повикува секој човек да стане закон за себе; тоа предизвикува анархија. Да се тврди дека во администрацијата на кривичното право целта ги оправдува средствата - да се тврди дека Владата може да изврши злосторства за да обезбеди осуда на лице криминалец - ќе резултира со ужасна одмазда. Наспроти таа погубна доктрина, овој суд треба решително да се постави“.⁵¹⁹

Во една од последните одлуки кои се повикуваат на оваа цел ВСС заклучува

„Правилото служи и за друга витална функција 'императивот на судскиот интегритет'... Судовите кои заседаваат во согласност со нашиот Устав не можат и нема да бидат инволвирани во незаконски упади на уставните права на граѓаните со дозволување на владина непречена употреба на плодовите од таквите инвазии“.⁵²⁰

Ова правило е воведено за да се заштити моралната чистота на постапката и пресудата бидејќи „пресудата за к.д. не смее самата да се темели на резултати од к.д.“,⁵²¹ односно „колку е повеќе целта извишена, толку повеќе средствата мораат да бидат извишени! Нечесните средства ја уништуваат самата цел“.⁵²²

Меѓутоа, како што се зголемувал отпорот на дел од врховните судии спрема ексклузивското правило, така одржувањето на интегритетот на судството како негова цел почнал да губи од значење. Се наведувал евентуално во фуснотите од одлуките, за потоа ни таму, додека главниот ratio за издвојувањето станало одвраќањето, иако одвраќањето на полициските злоупотреби не било едно од изворните оправдувања или придобивки на правилото претставени во Вискс.⁵²³

„Накратко, подемот и падот на судскиот интегритет како главно оправдување за употреба на правилото за издвојување го отсликуваше подемот и падот на интересот на Судот да го примени правилото како правен лек за повредите на IV амандман“.⁵²⁴

5.2. Дисциплински принцип

Втората цел е дисциплинска, демотивирачка, одвраќачка. Таа го одзема поттикот на телата на прогонот за кршење на уставните забрани, ги дисциплинира за тие да ги почитуваат пропишаните стандарди и правила за прибавување на доказите, односно да не се служат со недостојни и нечесни средства.

⁵¹⁸ Olmstead et al. v. United States, 277 U.S. 483 (1928) (Brandeis J., dissenting).

⁵¹⁹ Olmstead et al. v. United States, 277 U.S. 484-485 (1928) (Brandeis J., dissenting).

⁵²⁰ Terry v. Ohio, 392 U.S. 12, 13 (1968).

⁵²¹ Кгарас, 2012а, стр. 443.

⁵²² Солжењин, 2010, стр. 190.

⁵²³ Bloom/ Fentin, 2010, стр. 53 - посочуваат дека прва одлука во која била спомената дисциплинската цел била Волф против Колорадо.

⁵²⁴ Bloom/ Fentin, 2010, стр. 58. На стр. 78-79 посочуваат државни судови кои се повикуваат на судскиот интегритет како мотив за примена на правилото (моја забелешка - впрочем државите не треба да паднат под федералниот минимум, а сè што е над имаат право да им го овозможат на сопствените граѓани).

Правилото не е предвидено да поправи, туку да спречи, да одврати со отстранување на поттикот за непочитување на уставната гаранција.⁵²⁵ Главниот бодож на ексклузивското правило станал одвркањето, зашто ако органите на прогонот не може да ги употребат во судска постапка доказите што ги прибале на недозволен начин, тие би изгубиле интерес така да ги обезбедуваат, па сопствените задачи ќе ги извршуваат попрофесионално и законито.⁵²⁶

Според Камисар кој е еден од најголемите поборници, токму ова било основната причина за проширување на правилото во 1961 г. и во однос на државите, бидејќи сите останати правни лекови, како тужбите за надомест на штета, интерните механизми за контрола и дисциплина во рамките на полицијата потфрлиле и го оставиле правото на приватност без средства за заштита.⁵²⁷

5.3. Критики на ексклузивското правило

Критиките на правилото се движат во обратна насока.

Првата е дека ги врзува рацете на полицијата, иако тој аргумент паднал во вода во истиот момент кога бил усвоен IV амандман. Не е правилото тоа кое ги ограничува властите, туку уставниот амандман.⁵²⁸

Втората е дека приоѓа на помош само на виновните. Kontra аргументот е, ако целта на правилото е да превенира, не да поправи, тогаш тоа преку демотивирачката функција има за цел да влијае врз полициското однесување во иднина, па невините и општеството се главните кои имаат корист од него.⁵²⁹

Трети сметаат дека треба да постои исклучок од ексклузивското правило за најсериозните дела,⁵³⁰ на кое како одговор може да се каже дека ако се лимитира правилото во ситуациите во кои е најнефективно, веројатно ќе доведе до перцепција кај полицијата дека IV амандман може да се игнорира во случаи за тешки к.д.⁵³¹ Дополнително, на оние кои тврдат дека најголема корист од ексклузивското правило ќе имаат убијците и силувачите, како одговор може да им се посочат истражувањата кои покажале дека најмногу издвојувања има во предметите со наркотици, потоа кај поседувањето оружје и многу ретко во другите области.⁵³²

⁵²⁵ *Elkins v. United States*, 364 U.S. 217 (1960).

⁵²⁶ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 656 (1961); *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 12, 13, 15 (1968); Крпач, 2012а, стр.443 - со ставањето во изглед неможност да се користи некој незаконски прибавен доказ телата на кривичната постапка 'се дисциплинираат', т.е. губат интерес за непрописно постапување, без оглед дали се уверени дека со употребата на таквиот доказ би дошло до осуда на виновниот обвинет.

⁵²⁷ Kamisar, 2003, стр. 123-125 - според него доказ за тоа претставуваат реакциите во однос на Мап од полициските сили во некои држави, од кои произлегува дека пред оваа одлука никој не ги сфаќал сериозно правилата за претреси и заплени, дека одлуката подигнала огромни бранови и предизвикала земјотреси кои наложиле повторна изградба на институциите од самите темели и повторна обука на полициските сили од горе кон долу кои морале да го учат правото за претреси. Мап предизвикала револуција во многу држави, одново морала да се преработува судската пракса која прифаќала докази без оглед на начинот како биле прибавени; Слично и во Австралија во која според Бредли иако постоеле детални прописи за претресите полицијата не ги сфаќала сериозно, вршела нелегални, дури и брутални претреси бидејќи судовите не ги издвојувале така прибавените докази. Ова се променило со одлуките на Високиот суд, едната од 1978 г. која означува раскин со старото обичајно правило за прифатливост на нелегално прибавените материјални докази и другата од 1990 г. со која конечно биле издвоени доказите прибавени со нелегален претрес - Bradley, 1993, стр. 192-193.

⁵²⁸ Alschuler, 2007, стр. 1756-1757; Bloom/ Fentin, 2010, стр. 73; Rosenthal, 2013, стр. 551-552.

⁵²⁹ LaFave/ Israel, 1992, стр. 107-108; Rosenthal, 2013, стр. 552-553, 561.

⁵³⁰ Alschuler, 2007, стр. 1802, а се повикува и на John Kaplan, *The Limits of the Exclusionary Rule*, 26 *Stan. L. Rev.* 1027, 1048 (1974).

⁵³¹ LaFave/ Israel, 1992, стр. 111.

⁵³² Kamisar, 2003, стр. 131.

Критичарите предлагаат други правни лекови да го заменат ексклузивното правило. Дел од нив се со идеја жртвата да може пред специјален суд да бара штета од државата, трети да се покренат дисциплински постапки против одговорните за нелегалните претреси и сл.

На тие што посочуваат дека правилото го зголемува бројот на лажни полициски сведочења на судските сослушувања за издвојување на доказите, како контра одговор може да се каже дека нема докази дека полицискиот службеник ќе биде помалку мотивиран да лаже во дисциплинските постапки (како замена за ексклузивното правило) во кои на ризик ќе бидат ставени неговата репутација и работен однос.⁵³³

Амар смета дека воопшто не треба да има ексклузија поврзана со IV амандман, бидејќи не е историски оправдана, се коси со правилното читање на Уставот и неговото гледиште за принципите кои ја оправдуваат ексклузијата (веродостојност и вистинските привилегии за приватноста,⁵³⁴ влегува во конфликт со здравиот разум и фактот што за разлика од V, VI и VIII амандман кои се применуваат исклучиво во кривичен контекст, IV важи подеднакво за граѓанското и кривичното право.⁵³⁵ Смета, единствен лек против неразумните претреси и заплени треба да е граѓанската постапка за штета, како што отсекогаш било, помеѓу лицето чие право било повредено и оние кои го повредиле во која постапка поротата ќе одлучи дали зафаќањето било разумно, за ако не било да досуди казнена и/или обична штета.⁵³⁶

Слично и Слобогин смета дека правилото не само што е лош избор за обесхрабрување на повредите на IV амандман, туку може на индиректен начин да ги поттикне, па се залага за негова замена со систем на штети.⁵³⁷

Без оглед на сè, одвраќањето е единствен принцип на кој се заснова модерното федерално ексклузивно правило во САД.⁵³⁸ Мек Алун критички ќе пише

„На самиот почеток, правилото за исклучување почиваше на принципиелната идеја дека владата не треба да има корист од кршењето на сопствениот закон. Конкретно, Судот беше заинтересиран за идејата за судски интегритет и замислата дека судовите не треба да одобруваат претходни уставни прекршувања со тоа што ќе дозволат плодовите од тие повреди да се користат на судење. Оваа тема одекнуваше низ децениската јуриспруденција на ВСС, кулминирајќи со инкорпорирањето на правилото за издвојување против државите. Судот забележа дека издвојувањето е имплицитно во Уставот и неопходно за да се обезбедат гаранциите од IV амандман. Кога одвраќањето првпат се појави како причина за ексклузија, тоа беше дополнителен бодж за да се оправда правилото за издвојување како средство кое дава гаранција дека службениците и агенциите се покоруваат на IV амандман... Покрај игнорирањето на претходните преседани, образложението само преку одвраќање е внатрешно дефектно. Според неговото актуелно ratio, Судот го третира издвојувањето на доказите како казна за полициско недолично однесување, а не како гаранција за уставните права... сега ratio-то за одвраќање од меч кој го оправдува

⁵³³ Kamisar, 2003, стр. 130.

⁵³⁴ Amar, 1997, стр. 459-460.

⁵³⁵ Amar, 1994, стр. 757-758, 783-785, 791-796 - впрочем кај претресите поврзани со примена на цивилните прописи пр. инспекциските за заштита од загадување, на бизнисите и сл. или со метал детектори заради безбедноста на аеродромите, судовите, јавните институции, на возилата и луѓето на граничните премини разумноста е единствено оправдување, а не судскиот налог или постоењето веројатен сомнеж дека лицето сторило некое дело како услов за оправдување на претресот; Во континенталните системи ова се законски дозволени прегледи со прописите на управното право, како на пр. царински преглед на лица и возила, сигурносни прегледи при влез на аеродром или некоја институција (судови, обвинителства, министерства и сл.), прегледи од сообраќајната полиција (проверка на зимска опрема). Целта не е откривање и прибавување докази за к.д., но ако такви се најдат, она што почнало како преглед според управните прописи, се трансформира во основ за сомневање за сторено дело на кое може да се надврзат извиди или истражни дејствија на кои ќе треба да се применат прописите на кривичната постапка - Peana/ Josipović, 2000, стр. 42.

⁵³⁶ Amar, 1994, стр. 774, 786, 812-816.

⁵³⁷ Slobogin, 1999, стр. 390-392, 442.

⁵³⁸ Durling, 2019, стр. 246.

ексклузивското правило се претвори во штит кој ги брани неговите исклучоци и конечно, голем боздоган кој ќе ги уништи сите други доктрини на својот пат. Тоа беше следниот логичен чекор во она што беше ирационална судска пракса која признава право без правен лек“.⁵³⁹

Со ова јасно е отсликана тенденцијата на федерално ниво, иако државите самостојно според своите уставни може да гарантираат исти или поголеми права на обвинетите, отколку што овие имаат по федералниот устав.⁵⁴⁰

Истражувањата пак покажуваат дека заштитата на судскиот интегритет како мотив за издвојување на доказите добил повеќе поддршка од сега единствената основа за издвојување, најмногу поради желбата на испитаниците да избегнат контакт со ‘валканите’ докази.⁵⁴¹

6. Ограничувања на ексклузивското правило кај материјалните докази

Го опишав дозволеното полициско постапување (точка 3), ги видовме контурите на ексклузивското правило (точка 4) и ги откривме столбовите на кои тоа се држи (точка 5). Но, ако не ги предочиме ограничувања кои со текот на годините ги има поставено ВСС би биле во заблуда во поглед на обемот, опфатот и опсегот на истото, претпоставувајќи дека во САД практично автоматски се издвојуваат материјалните докази запленети при незаконски претрес. Ако горните одлуки (точка 4) се споредат со брза река која пред себе во неврат ги носи незаконски прибавените докази, тогаш одлуките што следат се вештачките брани доволно моќни да ја сопрат надојдената вода.

Пред да ги разгледаме различните видови ограничувања кои оневозможуваат одредено лице да се повика на ексклузивското правило, верно е да кажам дека и судот бил потполно свесен дека правилото има свои лимити и е немоќно да ги спречи упадите на уставно загарантираните права онаму каде полицијата нема интерес за кривично гонење или е подготвена да се откаже од успешно гонење во интерес на исполнување некоја друга цел.⁵⁴²

Во ситуација кога полицијата нема да најде недозволен предмет при претресот и не ќе дојде до судење, лицето кое претрпело повреда на правото од IV амандман ќе нема никаква корист од ексклузивското правило. Тоа е една од причините на која се повикуваат противниците на ова правило кога се залагаат за други лекови што ќе санираат повреда на уставно загарантираното право на приватност. Такви ситуации се кога, на пр. полицијата не ни сака некого да гони, туку да ги исчисти улиците од наркотици, оружје и сл. Неуставните претреси се средството со кое ќе се исполни ваквата зададена цел, а фактот што лицето кај кое биле најдени нема да одговара не ќе е од влијание за полициското одлучување, бидејќи тоа уште на почеток не било во нејзин план.

Ова се така да се каже општите ограничувања на ексклузивското правило. Сега следат посебните, кои настанале директно како резултат на толкувањата на ВСС.

⁵³⁹ McAloon, 2012, стр. 1280-1284.

⁵⁴⁰ Така според врховниот суд на Хаваји ексклузивското правило во оваа држава покрај за да одврати е дизајнирано и за да го зачува интегритетот на судството и да ја заштити приватноста на индивидуите. Според Врховниот суд на Вермонт тоа треба да ја промовира довербата на јавноста во судскиот систем, бидејќи прифаќањето на незаконитите докази ќе има трагичен ефект врз почитта кон судството. Според Врховниот суд на Пенсилванија правилото служи за да одврати, но и за да ги заштити индивидуалните права, па од таа причина во оваа држава воопшто не се применува исклучокот во добра верба, исто како и во Њу Јорк кој не го признава овој исклучок - McGlynn, 2017, стр. 417-418, 420, 446, 450, 459-460.

⁵⁴¹ Bilz, 2011, стр. 4, 23-24, 29.

⁵⁴² Terry v. Ohio, 392 U.S. 13, 14 (1968).

6.1. Вертикално, не и хоризонтално дејство

Првата одлука која имплицитно значи ограничување, била донесена само 7 г. од устоличувањето на ексклузиското правило. Според судот одредбата од IV амандман која забранува неразумни претреси и заплени се однесува на федералните органи. Тие се адресат на оваа одредба, а не граѓаните или со други зборови таа има вертикално, а не хоризонтално дејство.⁵⁴³ Ваквата одлука не е нималку чудна ако се знае дека до 1961 г. ни државните органи не потпаѓале под остраницата на правилото.

Вообичаено кај соодносот вертикално-хоризонтално дејство битно е кому е адресирано правилото, односно кој е обврзан да го почитува и следствено на тоа кој го повредил, дали тоа била државата преку државниот службеник кој делувал во нејзино име или граѓанинот. Па, така во оние држави кои препознаваат ваква разлика без оглед што можеби станува збор за исто по квалитет и квантитет нарушено право, ефектот би бил различен во зависност од тоа кој ја сторил повредата. Ако ја сторил државен службеник доказите кои ги прибавил не ќе може да се користат во идна судска постапка, за разлика од ситуација кога таквите докази ги обезбедил граѓанинот без вмешаност на државата. Тие во вториов случај ако тој ги достави до полицијата би можеле да се употребат пред суд.

Едноставно „на државата не ѝ се приговара за однесувањето на трето лице, туку за она на нејзините органи“.⁵⁴⁴

IV амандман не гарантира заштита од дејствијата преземени од приватните лица следствено на што и ексклузиското правило не ќе може да се примени за доказите обезбедени со акти на овие лица. Како резултат на ова становиште што ВСС го зазел во горната одлука нема причина зошто државата да не може да ги употреби доказите во поткрепа на обвинението, ако од една страна се со инкриминирачка природа и ако од друга страна повредата не е направена од неа. Доказите прибавени од приватни лица се прифатливи, дури и кога според начинот на кој биле добиени, би биле неприфатливи ако биле обезбедени од државните власти.

Судот расправал за овој исклучок и во понови случаи,⁵⁴⁵ а фактот што во Јакобсен⁵⁴⁶ дозволил нешто повеќе од претходно покажува дека немал замерки за првичната одлука која дозволувала помалку. Тука укажал на две клучни прашања, 1) штом е нарушено првичното очекување за приватноста, IV амандман не забранува владина употреба на веќе неприватните информации, а однесувањето на приватно лице

⁵⁴³ *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465 (1921).

⁵⁴⁴ Сидр/ Маргено/ Адрианцимбазовина/ Гутноар/ Левине, 2013, стр. 31; Со ваквиот исклучок согласен е и Камбовски, 2017, стр. 5; Слично и во Германија - *Jackson/ Summers*, 2012, стр. 172; Има и поинакви гледишта. Јео пример смета дека можеби е попотребно да се исклучат доказите незаконски или неправилно набавени од приватни истражни агенти и други лица кои не се полициски службеници. Имено, полицијата и другите јавни службеници се предмет на различни форми на контрола од страна на нивните претпоставени, дисциплински одбори, јавно мислење и нивни сопствени кодекси и традиции додека приватните истражувачи генерално не се - *Yeo*, 1981, стр. 49; Во Јужна Африка, не е битно дали приватно или службено лице ја сторило повредата на уставното право која надоврзува ексклузија - *Schwikkard*, 2012, стр. 49; Слично и во Грција не е битно дали повредата ја сторило приватно или службено лице - *Giannouloupolos*, 2007, стр. 196-197, 207 и *EU Network, Opinion on the status of illegally obtained evidence*, 2003, стр. 16-18.

⁵⁴⁵ *United States v. Calandra*, 414 U.S. 356 (1974).

⁵⁴⁶ *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984) - ова било случај кој настанал како резултат на фактот што на аеродром случајно од виљушкар била оштетена една картонска кутија. Вработените ја доотвориле за да ја испитаат нејзината содржина согласно политиката на компанијата во врска со барањата за надомест на штета. Забележале цевка обвиткана со весници, во неа 6 пластични кеси и бел прашок во кесите. Повикале агенти на ДЕА, а додека тие да дојдат ја затвориле кутијата.

не може разумното однесување на агентот да го направи неразумно⁵⁴⁷ и 2) ако имало дополнителни нарушувања на приватноста од страна на агентот тие мора да се испитаат според мерата во која го надминале опсегот на приватното пребарување.⁵⁴⁸

Логиката на овој исклучок е дека повредата на IV амандман што ја прави приватното лице најчесто е мотивирана од причини независни од желбата да се обезбедат докази за кривична осуда. Оттука ако приватното лице дејствува по налог на службено лице или заедно со него, тогаш исклучокот нема да важи.⁵⁴⁹

Очигледно гледиштето на судот останало непроменето и подоцна, иако не се само владите тие кои го подриваат правото на приватност. Денес многу приватни компании собираат, а понекогаш продаваат огромни количини лични податоци што може да се (зло)употребат за најразлични цели. Своевремено некои од најголемите опасности по индивидуалната приватност дојдоа од приватни компании кои според економското и маркетиншко влијание имаат поголема моќ врз луѓето од самите влади. Таков е примерот на Фејсбук со англиската Аналитика и влијанието кое предадените податоци го направија на референдумот во Обединетото Кралство за напуштање на ЕУ. Замислете компанија од ваков калибар, која собира и средува најразлични информации за луѓето, да почне непречено да овозможува тие да се користат во судски постапки. Или Гугл да почне да споделува локација и време од движењето на луѓето со своите мобилни телефони, односно мапа од возењето на возилата. Големиот брат опишан во 1984 или најново во Карпентер ќе стане параноично секојдневие во животот на луѓето. Можеби е време да се размисли дали одлуките од пред еден век се анахрони и треба да претрпат промени.

Во интерес на вистината да предочам, и врховните судии Алито и Горсуч се свесни дека некои од најголемите закани по индивидуалната приватност може да дојдат од приватни компании, но не алудираат на промена на јуриспруденцијата за IV амандман за оваа одредба да почне да се применува и на приватните лица, туку посочуваат дека законодавецот, а не судот е правото место кое треба да одговори на рапидниот развој на технологијата.⁵⁵⁰

6.2. Исклучок заради дискредитација (impeachment exception)

Погоре видовме (supra V 4.3.), ако обвинетиот во своето директно испитување не сведочел за незаконски одземениот предмет тој не може вкрстено да биде сослушан за тоа. Ова секако не е без ограничувања, зашто своевиден опозит е одлуката од 1954 г.⁵⁵¹

⁵⁴⁷ Без разлика дали дејствувањето на тие вработени врз пакетот било случајно или намерно, разумно или неразумно, тие, поради нивниот приватен карактер, не го прекршиле IV амандман.

⁵⁴⁸ Судот сметал дека не требало налог за испитување на содржината на пакетот бидејќи тестот не загрозувал никаков легитимен интерес за приватност. Или тестот би бил позитивен во каков случај обвинетиот немал право да ја поседува супстанцијата или би бил негативен, што значи Владата не би знаела ништо повеќе за прашокот отколку што дознала при визуелниот преглед.

⁵⁴⁹ LaFave/ Israel, 1992, стр. 117-118.

⁵⁵⁰ *Carpenter v. United States*, 585 U.S. ____ (2018), p. 27 (Alito, J., dissenting) - законодавецот подобро би се изборил со сложеноста на темата, потребата брзо со законски измени да се одговори на промените во технологијата, наспроти судот поради ограничениот опсег на IV амандман од една страна и од друга страна немањето соодветна стручна подготовка кај судот да се бори со новите технологии; *Carpenter v. United States*, 585 U.S. ____ (2018), p. 7 (Gorsuch, J., dissenting) - законодавците имаат институционални ресурси дизајнирани да им помогнат да ги препознаат и да ги озаколат мнозинските преференции. Политички изолираните судии доаѓаат вооружени само со документи од адвокатите, неколку правни службеници и со свои искуства. Тие едвај се репрезентативната група од која би очекувале (или сакале) да донесуваат емпириски судови за стотици милиони луѓе... не е изненадувачки што судските пресуди честопати не ги одразуваат јавните ставови.

⁵⁵¹ *Walder v. United States*, 347 U.S. 62 (1954) - претходното обвинение против Волдер за поседување наркотици било отфрлено откако бил издвоен хероинот запленил при незаконит претрес. На ново судење

Овој исклучок дозволува докази кои биле издвоени од предметот на обвинителството да бидат употребени за оспорување на кредибилитетот на обвинетиот.⁵⁵²

Ваквиот став судот го надградил со оценка дека незаконски прибавените докази може да бидат употребени за да се оспори кој било аспект од сведочењето на обвинетиот,⁵⁵³ но, тоа се однесува само на исказ на обвинет, а не и на исказ на сведок на одбраната.⁵⁵⁴ Со последнава одлука не дозволил екстензивно толкување на исклучокот и таа според Дрипс е единствената во која судот при процесот на балансирање се наклонил во полза на обвинетиот, ценејќи дека проширувањето на исклучокот ќе ги подрие, наместо да ги унапреди целите на правилото за издвојување.⁵⁵⁵

Од 1954 г. наваму исклучокот заради дискредитација е проширен на начин што 1) доказите може да бидат директно поврзани со делото за кое се суди (а не како во Волдер за претходно дело) и 2) доказот може да биде изјава добиена од обвинетиот со прекршување на Миранда правата од V и правото на бранител од VI амандман, покрај материјален предмет добиен со повреда на IV амандман.⁵⁵⁶

Ре, иако го смета идеалистичко гледиштето на судот според кое доказите се користат за дискредитација а не како доказ за вина, зашто сепак и тие може да ја наведат поротата да осуди, смета дека исклучокот е оправдан бидејќи спречува обвинетиот да лаже во суд штом знае дека ќе биде дискредитиран, па така исклучокот функционира како правило против лажно сведочење кое не е елемент на фер процесот на кој обвинетиот има уставно право.⁵⁵⁷

Од други се критикува исклучокот зашто може да наштети на случајот на одбраната, да ја подрие политиката на одвраќање и има тенденција да ги обесхрабри обвинетите да сведочат.⁵⁵⁸

Првата забелешка (за штета на случајот на одбраната), може да се гледа и од друг агол. Волдер се однесуваше на докази од старо дело кои може да влијаат врз кредибилитетот на обвинетиот во постапката по новото дело. Подоцна исклучокот е проширен и на докази кои се однесуваат на конкретното дело што се суди. Практично со ова проширување исклучокот како да го преклопил правилото за ексклузија, бидејќи тешко дека би можела поротата незаконитите докази издвоени од случајот на обвинителството а се однесуваат на конкретниот предмет, подоцна воведени заради оспорување на кредибилитетот на обвинетиот, да ги апстрахира од предметот на

после 2 г. за друго поседување, тој доброволно решил да даде исказ при што негирал дека некогаш имал наркотици во посед. На обвинителството му било дозволено да ја запознае поротата со доказите од првото судење исклучиво заради оценка на кредибилитетот на обвинетиот. Впрочем на поротата ѝ биле дадени инструкции дека тие докази не биле претставени за да покажат дека обвинетиот го сторил делото што било предмет на тековното обвинение, туку за да го оспорат неговиот кредибилитет, имено да покажат дека лажел на клупата за сведоци кога кажал дека никогаш не дошол во посед на наркотици.

⁵⁵² ЛаФав и Израел посочуваат случај според кој недозволените докази легално може да се употребат во постапка за лажно сведочење. Имено, дрогата најдена во домот на обвинетиот била издвоена како доказ во постапката против него за недозволено поседување. По неколку месеци во истрага чиј предмет на интерес била трговијата со дрога бил повикан од Големата порота која му доделила имунитет за сведочење. Тој негирал дека кај него била пронајдена дрога, после што бил суден за лажно сведочење - *United States v. Raftery* 435 F.2d 854 (9th Cir.1976) kaj *LaFave/ Israel*, 1992, стр. 498.

⁵⁵³ *United States v. Havens*, 446 U.S. 620 (1980).

⁵⁵⁴ *James v. Illinois*, 493 U.S. 307 (1990).

⁵⁵⁵ Dripps, 2010, стр. 749-750 - инаку мислењата на Судот во различните одлуки кои ги посочува Дрипс, не даваат критериуми за одредување кога се очекува одвраќањето да биде соодветно и кога не, туку повеќе се шпекулативни.

⁵⁵⁶ Editors, *Law Review*, *The Impeachment Exception*, 1967, стр. 940.

⁵⁵⁷ Re, 2014, стр. 1938.

⁵⁵⁸ Editors, *Law Review*, *The Impeachment Exception*, 1967, стр. 941-945, 950.

обвинителството и да им даде вредност само за цели на дискредитација. Тоа е невозможно за професионален судија, а не пак за поротници кои се лаици.

Со право се става и втората забелешка (да ја подрие политиката на одвркање) за што има доволен број примери. Меѓутоа не се согласувам со последната (да ги обесхрабри обвинетите да сведочат), зашто овој исклучок ги демотивира обвинетите да лажат, не и да зборуваат пред суд.

6.3. Исклучок сребрен послужавник (silver platter doctrine)

Ексклузиското правило на начинот како што било замислено во 1914 г. првично се однесувало само на федералните власти. Ваквото ограничување сосема природно довело до појава на доктрината наречена „сребрен послужавник“. Според неа федерален обвинител пред федерален суд можел да употреби докази кои државните власти ги прибавиле со повреда на IV амандман. Имено, ако државната полиција при незаконит претрес наишла на докази што асоцираат на сторено федерално к.д. таа можела да ги предаде на федералните власти за овие да го гонат лицето пред федерален суд. На овој начин сосема разбирливо бил зголемен поттикот на државните власти за непочитување на гаранциите од IV амандман. Тие во оние држави во кои немало државно ексклузиско правило, а кои до 1961 г. биле скоро половината не само што можеле да ги користат доказите како поткрепа на државните обвиненија пред државните судови, туку можеле да им ги предадат и на федералните власти за и овие да ги употребат во федералните случаи.⁵⁵⁹

Битно било само федералните власти да не биле никако вклучени или вмешани во незаконитиот претрес и заплена направени од државната полиција,⁵⁶⁰ односно државната полиција да не постапувала исклучиво во интерес на федералните власти.⁵⁶¹

Оваа практика која дозволувала федералните органи да ги користат во консекутивна постапка доказите прибавени од државните органи со повреда на амандманот IV конечно била забранета со прецедентот од 1960 г.⁵⁶² кој не само што ја укина доктрината „сребрен послужавник“ туку го поплочи патот за целосно воведување на ексклузиското правило и во однос на државите со Мап во 1961 г.

Со една реченица суштината на Елкинс е дека доказите прибавени од државните или локалните власти со повреда на IV амандман се недозволиви во федералните судови. Следната година таквите докази ќе станат неприфатливи и во државните судови. Врз основа на Елкинс и Мап повеќе нема да може докази прибавени со повреда на IV амандман при државни претреси да се користат пред федерални или државни судови од други држави, ниту докази добиени од федерални претреси да се употребуваат пред државни судови.

Но, ако полициските органи во странска држава спроведувајќи го домашното право направат претрес кој не ги задоволува барањата на IV амандман и потоа доказите ги понудат на американските власти, таквите докази не може да бидат предмет на ексклузија, бидејќи амандманот не е насочен кон странските полициски сили и никаква

⁵⁵⁹ *Byars v. United States*, 273 U.S. 28, 33 (1927) - ние не го доведуваме во прашање правото на федералната влада да користи докази неправилно заплени од државни службеници кои работат целосно на своја рака. Но, правилото е поинаку кога самата федерална влада, преку своите агенти кои дејствуваат како такви, учествува во незаконското пребарување и заплена.

⁵⁶⁰ *Lustig v. United States*, 338 U.S. 74 (1949) - суштината на таа доктрина е дека претресот е претрес од страна на федерален службеник доколку тој зел учество во него; не е претрес од страна на федерален службеник ако доказите обезбедени од државните власти се предадени на федералните власти на сребрен послужавник.

⁵⁶¹ *Gambino v. United States*, 275 U. S. 310 (1927); *Elkins v. United States*, 364 U.S. 211-213 (1960).

⁵⁶² *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, 208, 223 (1960).

цел нема да се постигне со ексклузијата бидејќи таа нема да ги смени полициските практики во странските држави при претрес и заплена.⁵⁶³

6.4. Исклучок во постапките пред Големата порота

Големата порота во САД се состои од 23 члена и дава согласност предметот да оди на поротно судење кога ќе оцени дека обвинителот има *prima facie* случај против обвинетиот.⁵⁶⁴ Кога би направиле споредба со нашата постапка би кажале дека оваа фаза соодветствува со моментот кога кај нас советот или судијата вршат оценка на обвинителниот акт. Суштината на оваа меѓуфаза не е да го реши предметот, туку да спречи обвинение кое не е поткрепено со докази да ја премине влезната врата на судот. Така и судот се ослободува од слабо истражени и доказно непоткрепени обвиненија, тој не мора да троши време или средства да пресудува таков предмет, а обвинетиот се спасува од товарот (психички, физички, финансиски) да мора да присуствува и да се брани на судењата. Фактички оцената на обвинението од Големата порота во *common law* системите или приговорот против обвинението во континенталните системи се замислени како еден вид заштита на обвинетиот од произволни или арбитрарни обвиненија, но и брана на судот зашто така се уважува неговото време и се штитат парите на даночните обврзници.

Но, големата порота извршува уште една, така да се каже истражна функција, зашто може да повикува и да сослушува сведоци, да истражува одредени незаконски активности, да бара писмени докази.⁵⁶⁵ Таа од една страна е замислена како тело кое ќе ги открива и изведе пред суд лицата осомничени за к.д. (бара докази, сослушува сведоци), а од друга страна како заштитник на граѓаните од самоволни и опресивни владини дејствија (судија не претседава со неа, одлучува во тајност и може сама да го одреди текот на истрагата). Затоа ова тело мора да има поголема слобода во одлучувањето, непопречена од техничките правила за изведување докази кои ја красат адверсијарната постапка.⁵⁶⁶

Погоре видовме дека во САД правилото за исклучување на материјалните докази првично го налагале две цели, 1) зачувување на судскиот интегритет и 2) одвраќање на органите на прогонот од користење незаконити методи во прибирање на доказите. Од случајот Каландра, па натаму првата цел повеќе не се споменува во одлуките на ВСС

⁵⁶³ LaFave/ Israel, 1992, стр. 119.

⁵⁶⁴ Потекнува од Англија од XII век каде била целосно укината во 1948 г. - Кгарас, 1995, стр. 30-32.

⁵⁶⁵ Според ЛаФав и Израел некои држави користат голема порота која брои 12 членови. Независно од бројот, карактеристично е што постапката пред големата порота е едностранина, работи на затворена седница, ги разгледува доказите на обвинителството, обвинетиот нема право да понуди свои докази ниту да присуствува на седницата. Во пракса големата порота отфрла 3-8% од случаите поднесени до неа - LaFave/ Israel, 1992, стр. 25.

⁵⁶⁶ *United States v. Calandra*, 414 U.S. 342-345 (1974) - длабоко вкоренета во Англо-Американската историја... како тело кое ќе ги открива и изведе пред суд лицата осомничени за к.д., но и како заштитник на граѓаните од самоволни и угнетувачки владини дејствија. Ниеден судија не претседава со неа за како би ја мониторира нејзината работа, одлучува во тајност и може сама да го одреди текот на истрагата. Големата порота може да принуди продукција на докази или сведочење на сведоци како што смета дека е соодветно, а нејзиното работење генерално не е ограничено со техничките процедурални и доказни правила кои ги регулираат кривичните судења... Постапката пред неа не е адверсијарна расправа во која се пресудува вината или невиноста на обвинетиот. Наместо тоа, истрагата е *ex parte* за да се утврди дали е сторено к.д. и дали треба да се поведе кривична постапка против некое лице. Оттука истражната моќ на големата порота мора да биде широка за таа да одговори на задачите што ѝ се дадени... Нејзината улога не ќе биде целосно спроведена сè додека не се испита секоја достапна трага и не се испитаат целосно сите сведоци за да се открие дали е сторено к.д.

коешто сосема природно ќе има рефлексива врз натамошниот опстанок на ексклузивното правило.

Ако причина за ексклузивноста повеќе не е зачувување на интегритетот на судската постапка, туку само заплашувачкиот ефект на правилото, тогаш не ќе има потреба во иднина да се издвојуваат докази од постапките во кои тоа не би можело да го даде нужниот демотивиращи ефект, односно да превенира следно кршење на правата на граѓаните од страна на полициските служби. Фактички оваа одлука го постели тепихот на исклучоците во добра верба (*good faith exception*) и ја отвори вратата за следниот вид во серијата ограничувања на ексклузивното правило.

Во Каландра од судот било побарано да одговори на прашањето дали сведокот кој е повикан да се појави и да даде исказ пред големата порота може да одбие да одговори на прашања со образложение дека тие се засноваат на докази добиени од незаконски претрес и одземање. Имено, била свикана специјална голема порота која го повикала Каландра за да му постави прашања во врска со доказите заплени при претресот во неговите канцеларии, тој се појавил, но одбил да сведочи, повикувајќи се на привилегијата против себеобвинување од V амандман. Владата предложила судот да му додели трансакциски имунитет,⁵⁶⁷ а Каландра побарал издвојување и враќање на одземените докази.⁵⁶⁸

Зборувајќи за смислата на ексклузивното правило ВСС навел дека целта на правилото не е да ја исправи повредата. Фактички и никогаш во САД на правилото не се гледало како, во некои други држави, на лично право на оштетениот. Од оваа одлука неговата единствена цел останала одвраќачката. И не само тоа судот во правилото гледал само како на судски создаден правен лек дизајниран да ги заштити правата од IV амандман.⁵⁶⁹

Ефектот на одвраќање останал единствениот мотор кој продолжил да го придвижува правилото за исклучување на незаконитите докази, а судскиот интегритет

⁵⁶⁷ Овој имунитет го штити сведокот од гонење за делата за кои е битен неговиот исказ и заради кои му се дава. Го штити не само од употреба на неговото сведочење од страна на државата во идна постапка против него, туку против него не може воопшто да биде поднесено кривично обвинение за делото за кое сведочи, освен секако за лажно сведочење; *LaFave/ Israel*, 1992, стр. 422-423, 426 - лице кое добило имунитет мора да одговори или да се соочи со казна за непочитување на судот, освен ако може законски по друг основ да одбие да одговори на некои прашања, пр. кај привилегија адвокат-клиент. Меѓутоа во случај да не може да биде гонето лицето (протекло рокот за гонење, добило помилување) тогаш не е потребен никаков имунитет и лицето е должно да сведочи.

⁵⁶⁸ *United States v. Calandra*, 414 U.S. 339, 341-342 (1974) - Окружниот суд донел одлука со која наредил да се издвојат доказите и да се вратат на Каландра и дополнително наредил дека тој не мора да одговори на ниту едно од прашањата на големата порота базирани на издвоените докази. Оценил дека правото на правична постапка му дозволува на сведокот да покрене спор за прашањето дали доказите што ја сочинуваат основата за прашањата поставени нему пред големата порота се прибавени на начин што ја нарушува уставната заштита од незаконски претрес и заплена. Утврдил дека налогот за претрес бил издаден без веројатна причина и дека претресот го надминал опсегот на налогот. Апелациониот суд потврдил.

⁵⁶⁹ *United States v. Calandra*, 414 U.S. 347-348 (1974) - целта на правилото за исклучување не е да ја исправи повредата врз приватноста на жртвата на претрес. Нарушената приватност на домот и имотот на жртвите не може да се обнови... Наместо тоа, главната цел на правилото е да го спречи идното незаконско полициско однесување и со тоа да ја спроведе гаранцијата од IV амандман против неразумни претреси и заплени... правилото е судски создаден правен лек дизајниран да ги заштити правата од IV амандман генерално преку неговото застрашувачко дејство, наместо лично уставно право на оштетената страна. И покрај неговата широка одвраќачка намена, правилото за исклучување никогаш не било интерпретирано да забрани употреба на незаконски одземен докази во сите постапки или против сите лица. Како и со кој било лек, примената на правилото е ограничена на оние области каде што се смета дека неговите цели би биле најефективно остварени.

само остаток од некое минато време, збор во несогласувачки мислења кој очигледно немал реална сила нешто да промени.⁵⁷⁰

Сето тоа секако ќе влијае врз обемот и опсегот кој ќе го има ексклузивното правило во иднина.

Судот при одлучувањето ги премерил на една страна потенцијалниот хендикеп врз функциите на големата порота наспроти потенцијалните придобивки ако го прошири правилото за исклучување на постапките пред неа. Оценил дека сериозно би се попречила или забавила нејзината работа, дека тоа може да биде фатално за спроведувањето на законите, ќе го фрустрира јавниот интерес за правична и брза администрација на кривичните закони без некои посебни придобивки или можеби шпекулативен и минимален напредок во спречувањето на полициското недолично однесување, па одбил да ја прошири примената на правилото за исклучување врз институцијата голема порота.⁵⁷¹

За споредба и кај нас за истражни цели може да се користат документи (пр. полициски службени белешки) кои не се прифатливи како докази во суд.

6.5. Активна легитимација (standing requirement)

За ова прашање битно е кој е носителот на правото, зашто само тој може да се жали за повредата сторена врз него.

Правата од IV амандман се персонални права,⁵⁷² се поаѓа од претпоставката дека тие се материјални, а не процедурални права.⁵⁷³ Активно легитимирано лице е она кое има право да поднесе барање за ексклузија на доказите. Ова само подразбира дека странката има право да поднесе барање, но не и дека барањето ќе биде усвоено, зашто за да биде усвоено треба да биде основано. Разликата е во тоа што ако барање поднесе некој што нема право тоа ќе биде отфрлено и судот нема да се впушти во разгледување на основаноста, а ако го поднесе тој што има право, тогаш судот ќе процени имајќи ги во вид сите околности дали барањето за издвојување на доказите 1) е основано во каков случај ќе ги издвои доказите од судскиот предмет и тие нема да бидат основ за идната одлука или 2) нема основ па ќе го одбие, а со доказите ќе се запознае поротата на судењето.

Според праксата на судот, во САД барање за побивање на доказите прибавени со повреда на IV амандман може да постави само лице чии права биле повредени со претресот, а не и оние кои едноставно би претрпеле штета со воведување штетни докази за нив во судската постапка, зашто никакви права на жртвата на незаконитиот претрес не се доведени во прашање со воведување докази спрема трети лица.⁵⁷⁴

⁵⁷⁰ *United States v. Calandra*, 414 U.S. 357, 360 (1974) (Brennan J., with whom Douglas J. and Marshall J. join, dissenting).

⁵⁷¹ *United States v. Calandra*, 414 U.S. 349-352 (1974) - бидејќи големата порота не ја пресудува конечно вината или невиноста, традиционално ѝ е дозволено да ги извршува своите истражни и акузаторни функции непречени од доказните и процедуралните ограничувања што се применуваат на кривичното судење... Поттикот за непочитување на барањето од IV амандман само за да се добие обвинение од големата порота е суштински негиран со неприфатливоста на незаконски одземените докази во последователно кривично судење на жртвата на претресот. Во најголем дел, обвинителот веројатно нема да побара обвинение кога не може да се добие осуда; Според *Re*, 2014, стр. 1936-1937 овој исклучок е оправдан и од принципот на правична постапка преку кој тој го објаснува ексклузивното правило, бидејќи Големата порота всушност не осудува, а дали постапката ќе е или нема да биде правична зависи од изведените докази на судењето - *Re*, 2014, стр. 1936-1937.

⁵⁷² *Alderman v. United States*, 394 U.S. 174 (1969).

⁵⁷³ *Loewy*, 1989, стр. 909.

⁵⁷⁴ *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165, 171-172, 174, 176 (1969); Исто и во Канада - *Skinnyder*, 2005, стр. 10, 22-23.

На овој начин судот не дозволил екстензивно толкување на ексклузивното правило, па така, може да се случи за еден обвинет доказите да бидат издвоени, додека сообвинетите да не можат да спречат штетните информации да се користат против нив на судењето (пр. кај незаконски прислушуваниите разговори активна легитимација ќе има она лице чии разговори биле прислушувани, односно кај амбиенталното снимање само она лице во чии простории се воделе разговорите независно дали било присутно и учествувало во нив).⁵⁷⁵

Ограничувањето на правилото за исклучување само на ситуации кога државата настојува да користи спорни докази за да ја инкриминира жртвата на незаконскиот претрес е засновано на сфаќањето дека потребата за одвраќање, а со тоа и ratio-то за издвојување на доказите се најсилни таму каде што незаконското однесување на владата би резултирало со наметнување на кривична санкција за жртвата на претресот.⁵⁷⁶ Дополнително издвојувањето на веродостојни и релевантни, но загадени докази од судењето против трето лице непотребно ќе го казни општеството бидејќи ќе ја ограничи способноста на судот да ја утврди вистината во кривичниот предмет, во ситуација кога интересот за дисциплинирање не оправдува такво нешто.⁵⁷⁷

Оттука не може да тврди дека е жртва на повреда на личните права од IV амандман некој кој можеби ќе претрпи штета преку воведување штетни докази обезбедени со претрес не на негов имот, туку на простории на трето лице,⁵⁷⁸ зашто никакви права на жртвата на незаконскиот претрес не се доведени во прашање со воведување докази спрема трети лица.⁵⁷⁹

Прашањето за активната легитимација претставува своевидно ограничување на ексклузивното правило. При оценката кој може, а кој не може да поднесе предлог за побивање на доказите судот се води од премисата кој има разумно очекување за приватност во конкретниот случај. Па, така во своите одлуки дефинирал различни групи луѓе, кои може да се сметаат како жртви на уставната повреда, а не само оштетени со употребата на неповолни докази против нив, и аналогно на тоа кои може да поднесат вакво барање, како на пример:

а) закупецот на соба или стан сосема разумно може да смета на приватност, другите да не го попречуваат во употребата на закупениот простор. Така, полицијата не може да добие согласност од закуподавецот за да направи претрес врз закупениот имот, или ако е дадена таа е невалидна од гледиштето на IV амандман.⁵⁸⁰ Единствено валиден би бил претресот со согласност на закупецот или врз основа на судски налог.

б) претресот на хотелската соба со согласност на хотелскиот персонал, дури и ако тоа е менаџментот на хотелот, но не и од лицето што ја изнајмиле е неуставен, бидејќи

⁵⁷⁵ Alderman v. United States, 394 U.S. 165-166, 171-172, 176 (1969).

⁵⁷⁶ Alderman v. United States, 394 U.S. 174-176 (1969) - демотивирачките вредности со попречување на обвинението на оние чии права полицијата ги прекршила се сметаа за доволни за да се оправда издвојувањето на веродостојните докази иако случајот против обвинетиот е ослабен или уништен... Но, не сме убедени дека дополнителните придобивки од проширувањето на правилото за исклучување на другите обвинети би оправдале натамошно посетање по јавниот интерес за гонење на обвинетите за к.д.... сега не сме склонили да го прошириме постојното правило дека незаконското прислушување или снимање, без разлика дали е намерно или небрежно, може да произведе нешто употребливо против лицето оштетено од упадот; Слично и United States v. Calandra, 414 U.S. 348, 350-351 (1974).

⁵⁷⁷ United States v. Payner, 447 U.S. 734-736 (1980).

⁵⁷⁸ Слично и Carpenter v. United States, 585 U.S. ____ (2018), p. 20 (Alito, J., dissenting).

⁵⁷⁹ Alderman v. United States, 394 U.S. 174 (1969).

⁵⁸⁰ Chapman v. United States, 365 U.S. 610 (1961).

тоа ја ужива заштитата на IV амандман во закупениот простор сè додека ги почитува обврските од договорот за закуп.⁵⁸¹

в) лице кое со дозвола на домаќините преноќува во нивната куќа има разумно очекување дека ќе се почитува неговата приватност, па полицијата во отсуство на итни и неодојливи околности не смее без налог да влезе во туѓ дом и покрај тоа што во него не се домаќините.⁵⁸² Но, такво право нема гостинот кој дошол во краткотрајна посета, така што тој не ќе може да го оспори претресот на домот и да бара издвојување на пронајдените докази.⁵⁸³ Очигледно улога игра карактерот на престојот и долготрајноста на посетата.

г) возачот на изнајмено возило ужива право на приватност, дури и ако возилото го изнајмила друга личност (пр. негова девојка) која му го дала да го управува. Полицијата нема право да изврши претрес само поради фактот што тој не го склучил договорот со рентакар компанијата.⁵⁸⁴ Но, затоа патникот во туѓо возило нема право да ја оспори легалноста на претресот врз возилото.⁵⁸⁵

Не е спорно, како и кај нас, дека полицијата може да влезе во туѓ дом без налог, но со согласност на владетелот на домот. „Впрочем тоа е во согласност со старата максима на праведноста - *volenti non fit injuria* – не е неправедно она што е направено со согласност на личноста што би требало да биде повредена со тоа дејство“.⁵⁸⁶

Согласноста е валидна дури и ако лицето кое ја дало не било претходно информирано или не знаело дека слободно може да одбие да даде согласност за претрес.⁵⁸⁷ Ова е така бидејќи полицијата нема обврска да го поучи дека тој може да одбие да даде согласност. Но, ако ја дало откако полицијата изјавила дека има налог, се смета дека таквата согласност е дадена во заблуда, не била слободно и доброволно дадена, па не е валидна.⁵⁸⁸

Интересна е праксата на судот за ситуации кога повеќе лица имаат совладение, а согласност дало едно од нив. Ова се различни ситуации од оние со закуп на хотелска соба или стан. Таму закуподавецот договорно го пренесува владението на друг па повеќе од јасно е дека, закупецот сè додека ги почитува правилата на добро владеење и договорните одредби има разумно очекување на приватност во закупениот простор дури и спрема оној што му го дал под закуп.

При совладение дозвола за претрес може да даде не само обвинетиот, туку и другото лице кое со него поседува заедничка власт или има доволна поврзаност со недвижноста или предметите кои треба да се проверат. Таквата согласност е валидна и спрема отсутното лице, што значи претресот ќе биде законски, а запленетите предмети ќе може да се користат во консекутивна постапка против обвинетиот.⁵⁸⁹ Како логички заклучок од оваа одлука може да се дојде до тоа дека сопственикот на домот нема право да даде согласност за пребарување на чантата или патната торба на лицето што му дошло

⁵⁸¹ *Stoner v. California*, 376 U.S. 483 (1964); Спореди со *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990) (*supra* V.3.); Слично и во Канада каде наместо да обезбеди судски налог, полицијата со согласност на хотелот поставила камера во соба во која постоело сомнеж дека гостинот организира комар - *Lai*, 2007, стр. 67 (се повикува на *R v. Wong* (1990) 3S.C.R.36).

⁵⁸² *Minnesota v. Olson*, 495 U.S. 91, 98-99 (1990).

⁵⁸³ *Minnesota v. Carter*, 525 U.S. 83 (1998).

⁵⁸⁴ *Byrd v. United States*, 584 U.S. ___ (2018).

⁵⁸⁵ *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978).

⁵⁸⁶ Мил, 2014, стр. 59.

⁵⁸⁷ *Schneekloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973).

⁵⁸⁸ *Bumper v. North Carolina*, 391 U.S. 543, 548-550 (1968).

⁵⁸⁹ *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974) - согласност за претрес дадена од брачниот другар.

на гости, зашто тој нема доволна врска, поврзаност со предметот чие пребарување се бара.

Ако биле присутни двајцата совладетели, од кои едниот дал согласност, а другиот не, не е разумно ниту дозволено доказите да бидат употребени против оној што одбил да даде дозвола за претрес.⁵⁹⁰ Но, ако совладетелот што не се согласил на претрес од оправдани причини бил отстранет од домот (пр. законски уапсен за претходно пријавено дело и одведен во полициска станица), тогаш согласноста која ја дал другиот совладетел го прави претресот валиден.⁵⁹¹

Слична е праксата и во однос на компјутерите. Едниот од партнерите има право да даде согласност за пребарување на компјутерот кој заеднички го користат со другиот, но не и за датотеките заштитени со посебна лозинка во кои ни самиот немал увид или право на пристап.⁵⁹²

За судот валиден е и претресот спроведен без налог, а врз основа на согласност од лице кое нема заедничка власт врз недвижноста со обвинетиот, ако полицијата во моментот на претресот разумно верувала дека третото лице поседува совладение или заедничко овластување.⁵⁹³

Во право се авторите кога пишуваат дека постои сериозна неконзистентност во примената на правилото за исклучување на доказите бидејќи легалноста на доказот не се оценува по службена должност, туку по барање на лице кое има основа тоа да го бара или т.н. статус за исклучување на доказите, па исти докази може да се користат спрема едно, но не и во однос на друго лице.⁵⁹⁴ Освен тоа, не може, а да не се забележи дека праксата на судот во поглед на активната легитимација е премногу формалистичка. Така на пр. партнерот нема активна легитимација да се спротивстави на изведување на доказите (скриена дрога) кои биле пронајдени при незаконско пребарување на рачната чанта на неговата партнерка.⁵⁹⁵ Таа би имала право и во нејзиниот предмет би биле издвоени, но во неговиот не.

Овој исклучок не само што води кон решенија кои не се целосно во духот на одвраќањето како цел на ексклузивното правило, туку практично овозможува и покрај што одвраќањето е главна филозофија во САД, несанкционирано да поминат флагрантни повреди на IV амандман.⁵⁹⁶ Во овој случај агентите познавајќи ја, ја злоупотребиле

⁵⁹⁰ *Georgia v. Randolph*, 547 U.S. 103 (2006).

⁵⁹¹ *Fernandez v. California*, 571 U.S. 292 (2014); Како што пишав во повеќе наврати досега државите може да дадат повеќе права, па така во Оклахома сопругата не може да даде согласност за претрес на домот заради пребарување на стварите на брачниот другар, за разлика од Тексас кој се води по федералното право - *McGlynn*, 2017, стр. 429-430.

⁵⁹² Kerr, 2004, стр.880 - кој во овој контекст се повикува на *Trulock v. Freeh*, 275 F.3d 391 (4th Cir. 2001).

⁵⁹³ *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990) - овде судот заклучил дека главниот критериум во IV амандман е разумноста, бидејќи Уставот забранува неразумни претреси и заплени. Па, така уставната валидност на полициското однесување и самиот претрес се оценуваат според тоа дали врз основа на достапните факти во моментот, било разумно полицијата да заклучи дека страната што се согласила имала власт врз недвижноста.

⁵⁹⁴ Лажетик-Бужаровска/ Калајциев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 43-44.

⁵⁹⁵ *Rawlings v. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980).

⁵⁹⁶ *United States v. Payner*, 447 U.S. 727, 730, 731 (1980) - обвинетиот немал активна легитимација, а би ја имал само ако негово право било повредено, односно ако тој имал разумно очекување на приватност. Но, според судот негово право од IV амандман не може да биде повредено со незаконит претрес и одземање документи од трето лице, независно што интенцијата на целата операција од даночните инспектори била да обезбедат документи токму за сметките на обвинетиот во странска банка. Имено, вториот човек на банката бил намамен на ручек од информант, за кое време агентите без налог ја зеле актовката од неговата хотелска соба, направиле копија на сите документи во неа, по што незабележливо ја вратиле назад; Поинаку во Калифорнија каде според гледиштето на државниот врховен суд доволно било обвинетиот да докаже дека претресот бил неразумен, а доказите прибавени со повреда на нечие право (не мора да е

праксата на судот за активната легитимација знаејќи дека обвинетиот ќе нема право да бара судско издвојување на незаконски обезбедените докази. Непродуктивно и погрешно е да не се санкционира такво постапување кога на одвраќањето се гледа како на некаков водич за ексклузијата. Штом е така неопходно е правилото да се перципира и примени низ перспектива на полицијата за на таков начин да може таа да се демотивира од очигледно недозволени постапки. Ако главниот критериум во IV амандман е разумноста и уставната валидност на полициското однесување и самиот претрес се оценуваат од гледна точка или позиција на полицијата,⁵⁹⁷ тогаш неприфатливо е да не се санкционира намерно и флагрантно пркосење на уставните забрани како во овој предмет.

Впрочем така се охрабрува однесување какво што всушност се сака да се спречи со ексклузиското правило.⁵⁹⁸

Затоа не случајно се критикува од научната јавност⁵⁹⁹ и се смета како еден од исклучоците што

„дозволуваат стратешки прекршувања на IV амандман и така сериозно го поткопуваат одвраќањето... обезбедува огромен поттик за неуставност, вклучително и во случаите што самиот Суд ги има сослушано. Сепак, Судот го остава на сила барањето за активна легитимација, очигледно затоа што верува дека ексклузискиот лек е поврзан со личните права од IV амандман. Ова апсолутно ограничување е бесмислено од гледна точка на одвраќањето“.⁶⁰⁰

Затоа Ре смета дека 1) правило за издвојување не постигнува оптимално одвраќање, бидејќи актуелната доктрина ги отфрла очигледните начини за тоа и 2) одвраќањето, наводно првиот принцип не може да ја објасни современата јуриспруденција со ексклузиски правила.⁶⁰¹

Нелогичноста на овој исклучок, од аспект на дисциплинскиот принцип прифатен во САД се гледа од следново. Вообичаено прашањето кој има право да бара ексклузија, дали само лицето чие право е повредено (лице чие возило нелегално е претресено) или

негово). Овој суд 25 г. порано практично предвидел ситуации како во Пајнер, кога укажал дека поинакво гледиште би го поништило одвраќачкиот ефект на правилото зашто би било покана агентите со повреда на правата на едно лице да обезбедат докази за осуда на друго лице - *Traunor*, 1962, стр. 335-336 се повикал на *People v. Martin*, 45 Cal. 2d 755, 760, 290 P.2d 85s, 857 (1955).

⁵⁹⁷ *Supra* note 594 - *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990).

⁵⁹⁸ Спореди *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009) *infra* точка 6.12. со *United States v. Payner*, 447 U.S. 742, 743, 746, 748 (1980) (Justice Marshall, dissenting) - Окружниот суд утврди дека САД, преку своите агенти... и други, свесно и намерно учествувале во незаконското одземање на... актовката, и го охрабриле својот доушник... да организира кражба на организатор од канцелариите на... банката... Окружниот суд заклучи дека САД биле активен учесник во несомнено криминалното однесување... Највознемирувачкиот наод на Окружниот суд, сепак, се однесува на намерното манипулирање со барањата за активна легитимација... од страна на агенти на САД, кои, се разбира, треба да го поддржуваат и спроведуваат Уставот и законите на оваа земја... Окружниот суд утврди очигледно е дека Владата и нејзините агенти... знаат добро дека според постојаните барања за активна легитимација... доказите добиени од странка врз основа на неуставен претрес се прифатливи против трети лица чии очекувањата за приватност не се предмет на претрес, иако причината за неуставниот претрес бил да се добијат докази кои ги инкриминираат тие трети лица... Владата афирмативно ги советува своите агенти дека лимитите што ги поставува барањето за активна легитимација од IV амандман им дозволува намерно да вршат неуставен претрес и одземање од едно лице со цел да добијат докази против трети лица, кои се вистинска цел на владиниот упад, и дека агентите на даночната служба во овој случај дејствувале, и ќе постапуваат во иднина, според тој совет... Ова не било случај дека „[криминалецот треба да се ослободи затоа што полицаецот згрешил“ [*People v. Defore*, 242 N. Y. 13, 21, 150 N. E. 585, 587 (1926)]. Овдека воопшто немало „гаф“ од владиниот агент; наместо тоа, агентот намерно го прекршил законот со експлицитна цел да ги добие доказите... Каква и да е улогата на барањата за активна легитимација јасно е дека тие никогаш не биле наменети да бидат меч што ќе го користи Владата во нејзиниот намерен избор да ги жртвува уставните права на едно лице со цел да гони друго.

⁵⁹⁹ *Colb*, 2007, стр. 1696, 1702-1703.

⁶⁰⁰ *Re*, 2014, стр. 1896, 1930; *Vidi* и *Amsterdam*, 1974, стр. 433 и *Oaks*, 1970, стр. 734.

⁶⁰¹ *Re*, 2014, стр. 1896 - поради ова се обидел да најде друго оправдување на ексклузиското правило.

кое и да било друго лице (патник чија торба била во возилото и во која била пронајдена дрогата) е карактеристично за друг принцип со којшто може да се оправда правилото, а кој не е прифатен во САД. Принципот за заштита на човековите права не би му дал право на патникот да бара ексклузија бидејќи возилото не е негово, а сопственикот може и да нема интерес (ако не е обвинет). Но, инструменталните теории како што е таа за одвраќање и нему му дава право да бара ексклузија на доказот, под претпоставка дејствието на полицијата да е незаконито и со тоа прекорливо. Не е битно чие е правото, туку дали полицијата постапила *malā* или *bona fide*. ВСС од една страна ја прифаќа теоријата на одвраќање како единствено оправдување за ексклузијата, а од друга во процесот на оценка внесува елементи и од теоријата за правата со кои го попречува издвојувањето.

6.6. Исклучок во некривични постапки

ВСС вовел исклучок на правилото и за некривичните постапки. Оценил дека во граѓанските предмети може да се употребуваат докази од кривична истрага прибавени со повреда на IV амандман. Негова проценка била дека трошокот за општеството од издвојувањето ја надминува користа којашто би се добила со одвраќањето, а и не би било фер доказите да не може да ги користи друга институција (во случајов даночната служба) кога тоа не било во зоната на примарен интерес на оној што ја сторил повредата. Имено доказите не биле прибавувани за даночни цели, туку за обезбедување кривично обвинение, па судот смета дека исклучувањето би било неправедно од гледна точка на правдата. Воедно должност на судовите е да го спроведуваат законот, а не да создаваат бариери за негово спроведување.⁶⁰²

Сè уште важечкиот исклучок за граѓанските постапи има сличност со укинатиот „сребрен послужавник“ кој важел се до 1960 г. и Елкинс одлуката. Може да се направи паралела зашто докази прибавени од еден орган со повреда на правата од IV амандман судот дозволува да ги користи друг кој немал ништо со повредата. Забрането е ако доказите се прибирале со интенција да послужат за кривична постапка да ги користи дури и орган на прогон кој немал ништо со незаконитоста, но не е забрането ако ги употреби даночен или друг орган што нема за цел пред себе кривично гонење. Ова ја прави неконзистентна праксата на ВСС, зашто забранува меѓусебно предавање спорни докази од државни на федерални органи и обратно кога тоа е за кривични цели, но не ако е за други цели. Мора да се признае дека е нетипично за општество во кое демотивацијата е водечка идеја на ексклузиското правило. Правилото што има за цел да ги одврати органите од незаконско однесување најдобро би ја исполнило својата суштина со автоматско исклучување секогаш кога кај нив има вина или голема небрежност и обратно ексклузијата би била непотребна во ситуациите во кои тие постапувале чесно, совесно и со добра волја. Во спротивно, тешко дека оправдувањето на незаконити дејствија некого ќе го демотивира во иднина да не ги повтори.

Ексклузиското правило не се применува во постапките за депортација,⁶⁰³ како ни во разни административни и дисциплински постапки (пр. суспендирање или бркање студенти), во постапки пред одборите за условен отпуст, во преоценка на осудите во *habeas corpus* постапките, при изрекување на кривичната санкција и сл.⁶⁰⁴

Ре смета дека IV амандман не е лимитиран само на кривични случаи, туку може да се користи и во граѓански, а во таа насока посочува понови случаи во кои судовите

⁶⁰² United States v. Janis, 428 U.S. 433 (1976).

⁶⁰³ INS v. Lopez-Mendoza, 468 U.S. 1032 (1984) - kaj Alschuler, 2007, стр. 1756, Kerr, 2011a, стр. 1102, Re, 2014, стр. 1938-1939 и Rosenthal, 2013, стр. 543.

⁶⁰⁴ Kerr, 2011a, стр. 1102-1103; Harvard Law Review, 2013, стр. 790; Colb, 2007, стр. 1701-1702.

издвоиле докази во цивилни предмети за депортација со нечујни повреди (исклучок од исклучокот) и затоа цени дека не е оправдан од аспект на принципот кој тој го промовира.⁶⁰⁵

6.7. Исклучоци кај деривативните докази

Овие докази се дериват на претходна повреда. Ако неа ја немало, органите на прогонот немало ни да дојдат до нив, што значи ги прибавиле само благодарение на повредата. Инаку тие сами по себе не се незаконити, зашто тогаш не би биле деривативни, туку изворни незаконити докази.

Плодовите од отровно дрво се оригинален производ на американската јуриспруденција. Видовме, тие се рожба на XX век, односно продукт на прецедентите Силверторн (1920) и Нардоне (1939), кога како цели на ексклузивното правило ВСС ги поставил зачувувањето на судскиот интегритет и специјалната превенција.

Од почетокот на XX век кога било воведено, постепено како што се менувал составот на ВСС се менувала и перцепцијата за правилото. Врвот го доживеало во шеесеттите години на XX век кога судот бил под водство на тогашниот врховен судија Ерл Ворен и имал мнозински либерален состав по што почнала да бледнее неговата јачина.⁶⁰⁶ Ерл Ворен претходно 22 години бил јавен обвинител⁶⁰⁷ и на прв поглед изгледа зачудувачки што во неговото време одбраната стекнала најмногу права, обвинетите се здобиле со голем број гаранции како резултат на тогашните толкувања на судот кои делумно со тек на време постепено еродирале.

Но, во суштина нема ништо спорно ексклузивното правило кое претставува „институционален одговор на тврдењата дека полициските службеници рутински ги кршат правата на осомничените заради прибавување докази, а особено за да се изнуди признание“,⁶⁰⁸ да доживее успех токму за време на либералната реформска струја чиј претставник бил некој кој од внатре знаел како функционира прогонот.

По неговиот мандат, а до денес ВСС генерално има конзервативно мнозинство кое малку по малку ја одзема силата на ова правило, така што може да се каже дека сега повеќе наликува на скелет без месо. Стајкер убаво забележала, ВСС за време на претседателите Бургер и Ренквист не ги променил радикално, дури и ги зајакнал некои од ставовите кои Вореновиот суд ги имал за полициските практики. Тоа

„што го револуционизирале се последиците спрема однесувањето кое се чини неуставно“.⁶⁰⁹

„По Мап, Судот постепено го напушта судскиот интегритет како оправдување за правилото за исклучување и наместо тоа се фокусира на одвраќањето како единствено оправдување за исклучување на доказите“.⁶¹⁰

Првата цел на правилото, зачувување на судскиот интегритет исчезнала околу 70-те години на XX век. Од тогаш неа ќе ја најдеме само во несогласувачките мислења на либералните судии, но не и во образложенијата на одлуките за кои гласало мнозинството.

⁶⁰⁵ Re, 2014, стр. 1938-1939.

⁶⁰⁶ Fox/ Stein, 2014, стр. 473 - Вореновиот суд ги разви уставните права на обвинетите до степен што не е виден пред или оттогаш; Marcus/ Markman, 1988, стр. 15 - конкретно за Миранда веруваат дека е особена (уникатна) одлука со пет спрема четири гласови, која не можела да се повтори пред или по 1966 г.

⁶⁰⁷ 5 г. заменик окружен, 13 г. окружен и 4 г. државен обвинител на Калифорнија, односно имал поголемо искуство во спроведувањето на законот од кој било, кој некогаш седел во ВСС. За разлика од неговите колеги од ВСС, Ворен всушност испрашувал осомничени за убиство. Тој од прва рака знаел како полицијата добива признанија - Kamisar, 2005, стр. 11-12.

⁶⁰⁸ Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 24.

⁶⁰⁹ Steiker, 1996, стр. 2469-2470, 2504.

⁶¹⁰ McAloon, 2012, стр. 1266.

Дури и за време на Вореновиот суд, може да се забележи како дисциплинската функција на правилото станува главен мотор на ексклузијата, додека зачувувањето на судскиот интегритет само попатно се споменува во мислењето на судот.⁶¹¹

А, од прецедентот Каландра дисциплинирањето на органите на прогонот или специјалната превенција станала единствена цел на ексклузиското правило. Тоа природно ја променило физиономијата на правилото и било „виновник“ за повеќето исклучоци на доктрината плодови од отровно дрво. Имено, овие докази веќе не се издвојуваат секогаш кога има повреда на IV амандман, туку само тогаш кога ќе треба да им се одржи лекција на виновните владини агенти и ќе треба превоспитно да се делува на нив. Постојат 4 исклучоци на доктрината плодови од отровно дрво: исчистена флека, независен извор, неизбежно откритие и добра верба.

6.7.1. Исклучок исчистена флека (purged taint doctrine)

Овој исклучок бил воведен во 1963 г. и се состои во следново. Ако помеѓу спорното дејствие и доказот стојат помалку или повеќе околности подобни да ја ослабат врската така што веќе не може да се каже дека има директен каузалитет помеѓу незаконитоста и доказот, тогаш издвојувањето на доказот не би било прифатливо. Оттука за негова примена битно е незаконитото дејствие да не го продуцирало непосредно доказот, а доказот да не бил негова непосредна последица.

Иако одлуката која го вовела датира од 1963 г., може да се каже дека уште во 1939 г. Нардоне го навестил неговото појавување. Имено таму е посочено дека доказот ќе може да се употреби ако врската помеѓу него и првичното незаконито дејство е толку ослабена⁶¹² што може да се каже дека примарната незаконитост не била директен причинител за пронаоѓање на секундарниот доказ.

Конкретно одлуката на ВСС со која бил воведен ваквиот исклучок може да се подели во два дела. Во едниот ја следи претходно воспоставената пракса за плодовите од отровно дрво во кој судот спротивно на пониските судови оценил дека требало да бидат издвоени доказите што биле директен плод на незаконит претрес.⁶¹³

Исклучокот на ексклузиското правило за кој овде пишуваме фактички е воспоставен со делот од одлуката кој се однесувал на изјава дадена од еден од обвинетите не дента кога бил уапсен, туку кога по неколку дена сам доброволно се вратил во станицата за да даде изјава.⁶¹⁴

⁶¹¹ Види пр. *Elkins v. United States*, 364 U.S. 217-218, 222-223 (1960).

⁶¹² *Nardone et al. v. United States*, 308 U.S. 341 (1939) - станала толку ослабена што исчезнала дамката.

⁶¹³ *Wong Sun et al. v. United States*, 371 U.S. 473-477, 487-491 (1963) - федерални агенти од ДЕА 6 недели следеле едно лице и кога конечно го уапсиле кај него нашле хероин. Не бил нивен информатор, но при апсењето кажал дека дрогата ја купил од пералница за облекувања. Агентите отишле во пералницата на обвинетиот А во која на горниот спрат спиеле неговата жена и дете, влегле во неа без налог, извршиле незаконски претрес при што ништо не нашле. Запрашан А кажал дека не продава дрога, но знае кој и го посочил Б. Кај Б бил извршен претрес без налог и била најдена дрога, по што овој како негов добавувач го кажал В. Во станот на В бил извршен претрес повторно без налог, но не била пронајдена дрога. Освен она што го кажал А во неговиот дом дал изјава и во полиција. Сите биле изведени пред суд и пуштени да се бранат од слобода. В неколку дена подоцна доброволно се вратил во полициската станица за да даде изјава во која го признал делото. Обвинетите не дале искази за време на судењето, а Владата делото го докажувала со 4 вида докази за кои навремено бил даден приговор дека се недоволени како плодови на незаконски апсења и придружни претреси: 1) изјава усно дадена од А во неговата спална соба во моментот на неговото апсење; 2) хероинот што Б им го предал на агентите; 3) непотпишана изјава на А во станица и 4) слична изјава на В. Судечкиот суд ги прифатил доказите, а Апелациониот суд ги одбил жалбите. ВСС сметал дека доказите под 1, 2 и 3 требало да бидат издвоени.

⁶¹⁴ *Wong Sun et al. v. United States*, 371 U.S. 487-491 (1963) - немаме повод да не се согласиме со наодот на Апелациониот суд дека неговото апсење, исто така, било без веројатна причина или разумна основа. Во секој случај, од тоа прашање не произлегуваат никакви доказни последици. Зашто, непотпишаното

За судот било битно тоа што од незаконитото дејствие (претресот) не произлегле доказни последици. Така ќе било ако изјавата ја дал дента кога бил уапсен, впрочем по таа логика судот ги издвоил двете изјави на првиот обвинет. Но, третообвинетиот инкриминирачката изјава ја дал денови подоцна кога веќе бил пуштен на слобода со кауција и кога сам своеволно без да биде повикан од агентите решил да се врати за да зборува. Оттаму, издвојувањето на неговата изјава не би имало смисла ни заради заштита на интегритетот на судството, ни преку втората цел да се сузбие поривот на агентите за повреда на уставните права на граѓаните.

Би заклучил дека е недозволиво користењето на вербални и материјални докази што се плод на нелегален влез и претрес, освен кога има прекин во каузалната врска, прекин во синцирот кој ги поврзува незаконитоста и доказот што ја прави врската помеѓу нив толку ослабена и далечна поради што повеќе не може да се каже дека првичната незаконитост била таа што го создала доказот.⁶¹⁵

Своевидно дополнување на овој исклучок е одлуката која судот ја донел во 1978 г. во која оценил дека сведок откриен како резултат на незаконски претрес не е плод на таков претрес ако постојат други фактори што ја ублажуваат дамката на незаконитоста, како што се доброволноста на сведокот да соработува, времето поминато од повредата до сведочењето и преголемата цена која ќе треба да се плати со трајно оневозможување на сведокот да сведочи за релевантни факти како санкција за незаконски претрес со цел да се обезбеди шпекулативен и многу веројатно занемарлив ефект на одвраќање.⁶¹⁶

Имено, сведочењето може да не е поврзано со целта на незаконскиот претрес, претресот како таков не открива што знае сведокот или за што може да сведочи, а за него органите можеле да дознаат независно од претресот, што се заедно ја дава високата цена што општеството ќе треба да ја плати од замолчување на ваков сведок.

Ако имало некакви дилеми, судот конечно ги разрешил во 1990 г. кога кажал дека изјава на обвинет не е недозволена само поради фактот што е резултат на влез на полиција без налог или согласност во дом на обвинет спротивно на амандманот IV. Имено, ексклузивното правило е дизајнирано да ја заштити физичката светост на домот, а не да им даде заштита на осомничените од изјави дадени надвор од домот, во ситуации кога полицијата има веројатна причина за апсење и ја почитува Миранда процедурата.⁶¹⁷

6.7.2. Исклучок во добра верба (good faith exception)

Овој исклучок бил воведен во 1984 г.⁶¹⁸ кога 1) единствен принцип што ја оправдувал ексклузијата останал само дисциплинскиот, а таа 2) не била сметана ни како лично уставно право, 3) ни како правен лек дизајниран да ја поправи повредата предизвикана со неуставниот претрес. Со таква перцепција издвојувањето на доказите

признание на В не беше плод на тоа апсење и затоа беше соодветно прифатено на судењето. Врз основа на доказите дека В бил ослободен со кауција по законско обвинение и дека доброволно се вратил неколку дена подоцна за да ја даде изјавата, сметаме дека врската помеѓу апсењето и изјавата станала толку ослабена што исчезнала дамката... Фактот дека изјавата е непотпишана, независно какво влијание тоа може да има во однос на нејзината тежина и кредибилитет, не ја прави недопустлива.

⁶¹⁵ Види и LaFave/ Israel, 1992, стр. 472 - кои сметаат дека слабеењето на врската повеќе треба да се гледа низ видокругот на дисциплинската функција на правилото, отколку само како прашање на постоење каузалитет. Имено, ако врската помеѓу доказот и повредата е така далечна и истенчена што издвојувањето не би имало демотивирачки ефект тогаш не треба да има ни ексклузија.

⁶¹⁶ United States v. Ceccolini, 435 U.S. 268 (1978).

⁶¹⁷ New York v. Harris, 495 U.S. 14 (1990).

⁶¹⁸ McAloon, 2012, стр. 1268; И во Канада полициските повреди сторени во добра волја не повлекуваат издвојување на доказите - Bradley, 2001, стр. 383.

би било лишено од секаква смисла во оние ситуации кога полицијата не дејствува несовесно. Ако кај неа нема вина, тогаш од што би се одвратила.

Овој исклучок судот го признал во ситуации во кои полицијата:

а) извршила претрес врз основа на судски налог кој подоцна бил поништен⁶¹⁹ или воопшто не постоел во моментот на претресот, зашто по грешка судскиот службеник не го избришал од системот,⁶²⁰ односно полициските служби не ја ажурирале податочната база дека налогот е отповикан,⁶²¹

б) извршила претрес врз основа на судски налог кој бил технички дефектен,⁶²²

в) постапила согласно важечки судски прецедент кој подоцна бил поништен,⁶²³

г) постапила врз основа на пропис кој подоцна бил поништен.⁶²⁴

Во сите овие ситуации полицијата постапувала совесно и разумно, кај неа немало пропуст кој требал да се превенира, одврати за во иднина.

Овој исклучок нема да може да се примени, односно полицијата не ќе може да се повика на добра верба во ситуации во кои таа самата дала лажни податоци кон барањето налог или кога ни таа самата не изнела веројатни причини за претрес поради што потпирањето врз налогот не било ниту со добра волја ниту објективно разумно.⁶²⁵

⁶¹⁹ *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984) - ставот на судот бил дека ексклузивното правило било дизајнирано да ги спречи полициските злоупотреби, а не да ги казни судиите за нивните грешки. Немало докази дека судиите се склони да го игнорираат IV амандман или дека нивните постапки би барале издвојување како крајна санкција... Тие не се помошници на органите за гонење, како такви се неутрални и немаат удел во исходот на кривичното гонење. Само кога налогот е заснован на барање кое е свесно или непромислено лажно, судот ќе ги поништи доказите добиени со него; Види и *McGlynn*, 2017, стр. 410 која посочува дека во 2007 г. 14 државни Врховни судови одбиваат да го применат овој исклучок, на таков начин обезбедувајќи повеќе права за обвинетите во нивните државни судови, а слично и *Clancy*, 2012, стр. 386-388; Од анализата која ја дава за хрватското право може да се каже дека Крапац го оправдува овој исклучок - *Krapac*, 2012a, стр. 321.

⁶²⁰ *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1 (1995); *Jackson*, 1996, стр. 1219, 1221-1222 - му посветила посебен труд на овој случај во кој предпочила дека исклучокот ќе има далекусежни последици и ќе овозможи прифаќање докази обезбедени како резултат на грешка на судска и полициска администрација, пр. внесени неточни податоци во системот, запишана или проверена погрешна табличка на компјутер, погрешно уапсено и претресено лице заради згрешен идентитет итн. Смета дека по овој случај само полицискиот офицер кој го апси лицето ќе има поттик да биде внимателен. Го критикува прецедентот повикувајќи се на принципите за заштита на судскиот интегритет, за заштита на приватноста и за ограничување на државната власт кои смета дека остануваат витални и релевантни начела што го поддржуваат правилото; *LaFave*, 1996, стр. 2582-2583 - критички го анализира *Еванс* и го предвиди следниот прецедент *Херинг*.

⁶²¹ *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009).

⁶²² *Massachusetts v. Sheppard*, 468 U.S. 981 (1984) - полицијата погрешно верувала дека прибавила исправен налог кога извршила претрес на осомничен за убиство со умисла. Судечкиот судија ги прифатил доказите според исклучокот добра верба, но Врховниот суд на Масачусетс ја преиначил неговата одлука. ВСС сметал дека нема пречка да се користат доказите заплени со таков налог ако службениците имале објективно разумен основ да веруваат дека добиле валиден налог. Овдека утврдил дека службениците го презеле секој чекор што може разумно да се очекува од нив за да обезбедат валиден налог. Судот погрешил кога не ги навел во налогот предметите што треба да се одземат, иако тие биле прописно наведени во барањето на полицијата. Ексклузивното правило не е наменето за издвојување докази поради судски грешки, туку за одвраќање на полицијата од незаконски претреси; Претходно поинаку, при дефектен судски налог ВСС го прогласил претресот неуставен, ја укинал осудата и побарал ексклузија на доказите - *Byars v. United States*, 273 U.S. 28-31 (1927).

⁶²³ *Davis v. United States*, 564 U.S. 229 (2011); *Rodriguez v. United States*, 575 U.S. 348 (2015) (*infra* V 6.1.1.).

⁶²⁴ *Michigan v. DeFillippo*, 443 U.S. 31 (1979); *Illinois v. Krull*, 480 U.S. 340 (1987); Но, спореди *infra* V 8.1.1. со *Бојд* каде исто така јавниот обвинител постапувал по важечки закон за кој судот утврдил дека е неуставен. Затоа кај *Бојд* пишав, официјално не е поништен, но тесно е ограничен, од него се преземаат одредени наводи, но не и суштината на одлуката која целосно е напуштена.

⁶²⁵ *Gosney*, 2016, стр. 249, 254 - предочува истражувања што покажале дека полицијата бира селектирана група судии кои не обрнуваат толку внимание на придружните документи кон барањето налог и полесно издаваат налози за претрес.

Добро е овде да потсетам дека една од главните причини за борбата за независност биле токму општите судски налози, заради што разумноста, а не налогот е скелетот на IV амандман. Веројатно основачите на државата би имале што да забележат за некои од овие исклучоци, како на пр. тој под „а“. За разлика од мене, Ре смета дека овој вид претреси може да се оправдаат со барањето за разумност од IV амандман, во смисла бидејќи полицијата во моментот на преземање на дејствието постапувала врз основа на валиден судски налог, прецедент или закон, таа постапувала разумно во смисла на амандманот и затоа нема ни прашање за ексклузија кое треба да се разгледува. Смета дека судот греша кога прво цени дека имало повреда на правото од IV амандман, па ја оправдува таа повреда преку овој исклучок, иако во стварност разумноста е таа која исклучува каква и да било повреда.⁶²⁶

Дел од науката со наклоност гледа, а може да се каже и бара проширување на исклучокот добра волја на сето објективно разумно полициско однесување,⁶²⁷ кое ако се има во вид прецедентот Херинг (*infra* V 6.12.) не е далеку од стојалиштето што го има сегашниот состав на ВСС.

6.7.3. Исклучок независен извор (*independent source doctrine*)

Суштина на ексклузиското правило е да се оневозможи државата, директно или индиректно, да го користи знаењето добиено на незаконски начин. Но, не ќе може да се каже дека таа се здобила со предности и погодности од забранет чин, ако докаже дека информациите кои биле основ за стекнување на деривативните докази не произлегуваат од првобитната повреда, туку од извор кој е независен од неа. Видовме погоре, ваква можност за користење на секундарните докази е оставена дури и во одлуката од 1920 г. со кое е востановена теоријата плодови од отровно дрво.

Двата прецеденти кои широко ја отвориле вратата за вакви докази и кои се сметаат за творци на овој исклучок се донесени во 80-те години. И во двата случаи имало два упади во заштитено подрачје, еден незаконски и втор законски. Оспорените докази биле прибавени при законскиот претрес извршен врз основа на валиден судски налог, при што информациите со кои бил обезбеден налогот потекнувале од извори целосно неповрзани со првичниот незаконски влез и им биле познати на агентите пред тој влез. Оттука, дали првичното влегување било незаконско или не, било ирелевантно за прифатливоста на доказите, бидејќи тоа не играло улога во нивното обезбедување, поради што издвојувањето би било неоправдано.⁶²⁸ Впрочем вака гледано, доказите заплени во претрес кој бил судски одобрен и не може да се сметаат како дериват на првичната незаконитост, ни плод на отровното дрво, зашто се добиени од извор целосно независен од претходното незаконско дејство.

За да се примени овој исклучок мора да постои некаква првобитна противправност. Но, ако државата успее да докаже дека таа незаконитост немала влијание во обезбедувањето на доказите, односно дека тие биле прибавени законски и на база на податоци кои не потекнуваат од неа, доказите би биле употребливи во суд.

Секако овој исклучок не ќе може да се примени во ситуации во кои незаконитоста е *conditio sine qua non* за обезбедување на доказот. Но, таму каде што не е, спречува

⁶²⁶ Re, 2014, стр. 1942-1945.

⁶²⁷ Harvard Law Review, 2013, стр. 794.

⁶²⁸ Segura et al. v. United States, 468 U.S. 796 (1984); Murray v. United States, 487 U.S. 533 (1988) - судот овде прифатил дека исклучокот се применува дури и кога истите органи на прогонот кои извршиле незаконски претрес без налог, подоцна се вратиле и извршиле легален претрес со налог заснован на веројатна причина утврдена со факти познати на полицијата пред првиот незаконски претрес.

државата да се стави во полоша положба заради незаконитост која не одиграла никаква улога во прибирањето на доказите.

Не може да се каже дека ваквите одлуки се на иста линија со дисциплинското начело на кое судот го заснова ексклузивното правило, зашто, наместо да ја демотивираат полицијата, токму обратно, ја поттикнуваат да направи претрес спротивно на IV амандман,⁶²⁹ потоа да побара налог и на крај да ја одземе стоката.

6.7.4. Исклучок неизбежно откритие (inevitable discovery doctrine)

Ако претходниот исклучок овозможува прифаќање исклучиво законски прибавени докази, целта на овој воспоставен во 1984 г. е да овозможи употреба на докази добиени како резултат на незаконско однесување на полицијата, секогаш кога Владата ќе може да покаже дека неизбежно би биле откриени со законски средства. Логиката на судот која е еден вид правна конструкција, е ако доказите неизбежно би излегле на виделина, тогаш во суштина тие и не се плод на незаконско однесување. Нивното издвојување би била неочекувана придобивка за обвинетиот, а загуба за Владата која би била ставена во полоша позиција отколку што би била ако незаконитоста никогаш не се случила.

Но, таа се случила и затоа се поставило прашањето за ексклузија. Ова е најспорниот од сите исклучоци во однос на деривативните докази и би требало најретко да се користи.

ВСС за ист обвинет и ист настан од кој произлегло к.д. одлучувал два пати, во две различни одлуки од 1977 и 1984 г., нешто што не се гледа често во неговата пракса. И за да се разбере конкретниот исклучок мора да се има во вид првата одлука во која ВСС оценил дека повредата на правото на бранител гарантирано со VI амандман резултирала со неупотребливост на неговиот исказ даден во полициското возило или на чиј и да било исказ на околност дека тој ја довел полицијата до телото на жртвата, но навел дека не мора да бидат незаконити материјалните докази (телото на жртвата и состојбата во која било) што биле откриени како резултат на неговиот исказ, ако до нив можело да се дојде и без таквата повреда.⁶³⁰

Конкретно доказите навистина неизбежно би биле откриени зашто започнала голема потрага по девојчето и независно од временските услови во моментот, телото секако ќе било откриено кога тие ќе се подобреле, бидејќи полицијата знаела за правецот на движење на обвинетиот по киднапирањето. Независно што неговиот исказ бил

⁶²⁹ Правото на граѓаните на безбедност на... становите... од неразумни претреси... нема да биде повредено...; Слично и Бредли според кој ако судот го прифаќа дисциплинскиот принцип нема подобар случај за примена на ексклузивното правило, зашто да се дозволи ваква пракса без санкција само би ја зголемило можноста полицијата да претресува невини, со цел да провери дали има докази за кои вреди трудот за обезбедување судски налог - Bradley, 1989, стр. 912, 916-917, 919-920.

⁶³⁰ Brewer v. Williams, 430 U.S. 387 (1977) - Вилијамс, обвинет за киднапирање на 10 г. девојче, по совет на адвокатот се предал на полицијата, му биле прочитани Миранда предупредувањата и се повикал на правото на бранител. При транспортот до округот кај што го сторил к.д. не изразил желба да зборува со полицијата. Службениците разговарале на повеќе теми, вклучително и за религијата. Еден од нив знаејќи дека е длабоко религиозен, му кажал дека не бара од него нешто да каже бидејќи знае дека се повикал на Миранда правата, само да слуша. Зборувал со колегата дека времето е лошо, врне снег, мрзне, девојчето ќе биде покриено со снежна покривка, Вилијамс кој бил еднаш на местото каде ја оставил во такви услови може не ќе може да ја најде и за време на Божиќ нејзините родители нема да можат да ѝ направат христијански закоп. Тогаш Вилијамс кажал каде се наоѓа телото. Неговите бранители во постапката пред судот барале издвојување на неговиот исказ зашто бил даден со повреда на правата од VI амандман, како и на телото на девојчето. Судот ги одбил барањата за издвојување, го осудил за убиство, а пресудата била потврдена од Врховниот суд на Ајова. Во овој прв предмет ВСС ги укинал пресудите со образложение дека биле повредени правата на Вилијамс гарантирани со VI амандман.

издвоен и што не можеле да се сослушаат полициските службеници на околноста дека токму тој ги одвел до телото, телото на жртвата и локацијата биле прифатени како докази бидејќи неизбежно ќе биле откриени веднаш или по некое време, а издвојувањето ќе претставувало неочекувана придобивка за обвинетиот.⁶³¹

Овие околности не се такви за да се каже дека често би се случувале, па овој исклучок не треба премногу да се користи. Во спротивно да ѝ се дозволи на полицијата секојпат да тврди дека ако не ги обезбедела доказите незаконито ќе ги прибавела законито, би се изгубила смислата на ексклузивното правило, а уставните гаранции би се претвориле во мртви букви без значење и суштина.

Кај овој исклучок (за разлика од добра верба) не се бара да се докаже дека органите на прогонот постапувале *bona fide* кога ги прекршиле правата на обвинетиот, туку само дека доказите неизбежно би биле пронајдени независно од повредата.

Овој исклучок е потврден во една понова одлука во која дополнително е укажано дека ексклузивното правило не е соодветна санкција за прекршување на правилото за најавување (*knock-and-announce*) кое бара полицијата да се претстави и да почека некое време пред да влезе во туѓ дом.⁶³² Овој принцип на обичајното право кој налага да им се даде можност на сопствениците сами да ја отворат вратата на полицијата е од дамнина и ги штити жителите и полицијата од насилство што може да се случи ако станарите помислат дека се криминалци и преземат одбранбени мерки, го зачувува приватниот имот од непотребно уништување давајќи му можност на држателот да ѝ отвори врата на полицијата или ја штити приватноста намалувајќи ги шансите полицијата да влезе во погрешна недвижност или дури и да е во правата овозможува кратко време станарите да се подготват за влез на полицијата.⁶³³

Она што ова правило не штити е нечиј интерес да ја спречи владата да види или да земе докази опишани во налогот. Оттука кај повреда на интереси кои немаат поврзаност со одземањето на доказите, ексклузивното правило е неприменливо.⁶³⁴ Претходно полицијата не морала да се најави ако со оглед на околностите разумно можело да се верува дека постои опасност од физичко насилство, кога имало причини да се верува дека доказите може да бидат уништени ако се даде претходна најава или кога

⁶³¹ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

⁶³² *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 588, 592 (2006) - полицијата имала судски налог за претрес, меѓутоа влегла во домот брзо откако затропала на вратата без да му даде можност на сопственикот да ја пушти внатре. Немало каузална врска помеѓу повредата и најдените докази, бидејќи полицијата имала валиден налог и секако ќе го пронајдела оружјето и дрогата; *Alschuler*, 2007, стр. 1747 - смета дека повлекувањето на ексклузивскиот лек од ситуациите кога полицијата извршила претрес на неправилен начин ја остава со мал поттик правилно да ги спроведува пребарувања; Во понов труд дополнува Хадсон се заканува да го повлече ексклузивскиот лек секогаш кога полицијата извршила претрес на неуставен начин, но го остава овој правен лек во сила кога полицијата претресувала без веројатна причина и без каква било веројатност да го добие (мисли на судски налог). Херинг, пак, може да го промени начинот на кој судовите решаваат прашања за веројатната причина барајќи од нив да прашаат, не дали полицаецот имал веројатна причина за претрес, туку дали полицаецот бил крајно невнимателен во заклучувањето дека имал веројатна причина - *Alschuler*, 2009, стр. 464.

⁶³³ *LaFave/ Israel*, 1992, стр. 163; слично и *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 589, 594 (2006).

⁶³⁴ *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586-587, 593-594 (2006) - слабеењето може да се случи, се разбира, кога причинско-последичната врска е далечна, мала. Слабењето настанува и кога, дури и при директна причинско-последична врска, интересот заштитен со уставната гаранција што е повреден не би се задоволил со издвојување на прибавените докази; Слично и *Alschuler*, 2007, стр. 1758 - непотребното уништување имот го прекршува IV амандман, но оваа повреда не бара издвојување на доказите одземени при претресот (ја посочува и *United States v. Ramirez*, 523 U.S. 65 (1998); Види и *Re*, 2008, стр. 727-728 - штетата би била надоместена во граѓанска постапка која сама по себе би била доволна да одврати непотребно агресивно однесување, без издвојување на доказот.

најавувањето би било бескорисно, залудно.⁶³⁵ Но, по овој прецедент генерално методот или начинот како претресот е спроведен повеќе нема да биде основ за издвојување на доказите.

Во тој контекст не можам да се согласам со гледиштето дека ова е „школски случај за незаконски претрес на стан, кој според поранешната пракса без двоумење се сметал за незаконит“⁶³⁶ бидејќи иако правилото за најавување постоело од дамнина, тоа од една страна до 1995 г. не било причина за ексклузија, а од друга страна не ја спречува државата да претресе и одземе докази во ситуации како овој во кој полицијата имала судски налог за претрес. Токму апсолутната и безусловна примена на ексклузијата во ваков случај неоправдано би го ставила обвинетиот во подобра положба и со тоа би предизвикала нарушување на интегритетот на правосудството, без да има некаков поголем одвраќачки ефект.

За примена на овој исклучок мора да постои 1) разумна веројатност дека доказите би биле откриени со законски средства, 2) полицијата мора да поседува доволно траги за да тврди дека би дошло до неизбежно откритие и 3) активно да ја следела алтернативната линија на истрага кога се случил незаконскиот претрес. Во спротивно исклучокот би го проголтал правилото.⁶³⁷ ЛаФав е на став дека овој исклучок може да се примени и кога полицијата следи стандардизирана процедура или воспоставена рутина во кои доказот неизбежно ќе бил откриен, пр. при инвентарен претрес по апсење, па фактот што полицијата избрзала со претресот не менува дека доказот секако ќе бил откриен подоцна.⁶³⁸ Според мене сосема разумни се горниве ставови, вклучително и барањето за активна алтернативна линија, но во интерес на вистината да предочам дека постои поделба помеѓу федералните апелациони судови, па дел го бараат овој услов, а дел не.⁶³⁹

6.8. Претреси без налог и веројатна причина

За претресот да виде уставен потребно е тој да биде разумен, зашто тоа е главното мерило на IV амандман, а судот може да издаде налог за претрес само ако постои веројатна причина дека на местото на претресот или кај лицето кое треба да се претресе ќе се најдат докази за к.д. Синтагмата веројатна причина значи изгледна веројатност дека е сторено к.д. и дека доказите за тоа к.д. се наоѓаат на одредено место.

ВСС во својата пракса посочил поголем број случаи во кои претресот може да се изврши без судски налог, а само врз основа на разумноста која ја бара IV амандман, при што најдените докази ќе се прифатливи во судските постапки. Неспорно е дека и во овие случаи лицата ги уживаат гаранциите од IV амандман, а органите имаат обврска да го почитуваат, само што за претресот да биде уставен, освен разумноста не се бара претходно судско одобрение. Такви ситуации според праксата на ВСС се:

а) ученик - претрес на ученик од вработен во училиштето може да се спроведе без судски налог, поради исклучителните околности што го прават барањето за судски налог неизводливо. Имено училишните служби мора да имаат на располагање брзи и флексибилни процедури за одржување на редот, крајно нивна грижа не е обезбедување докази за кривична постапка, туку редот и безбедноста во училиштето. Независно што и тие имаат обврска да го почитуваат IV амандман, за претресот да биде оправдан доволно

⁶³⁵ Hudson v. Michigan, 547 U.S. 589-590 (2006).

⁶³⁶ Karas/ Štrk, 2013, стр. 202 и Mešanović, 2018, стр. 77.

⁶³⁷ Hansen, 2012, стр. 736-737.

⁶³⁸ 1 Wayne R. LaFave, Search and Seizure: a Treatise on the Fourth Amendment 278-279 (4th ed. 2004) - кај Alschuler, 2007, стр. 1811; Кај нас инвентарен претрес на лице лишено од слобода и задржано во полициска станица дозволува чл. 160 од ЗКП/10.

⁶³⁹ Alschuler, 2007, стр. 1811.

е да имаат разумен сомнеж дека ученикот го прекршил законот или училишните прописи.⁶⁴⁰ Дозволен се и случајни тестирања за дрога на средношколци вклучени во спортски програми кои уживаат намалени очекувања за приватност споредено со останатите ученици.⁶⁴¹

б) вработен во јавна служба - при испитување на повредата на работните обврски, гаранциите на IV амандман важат и за јавните службеници, само што за претрес е неопходен разумен сомнеж, не и налог. Луѓето со самото тоа што работат за Владата, наместо во приватниот сектор не ги губат правата од IV амандман, тие и понатаму во работните простории уживаат одредено ниво на приватност. Но, судски налог и веројатна причина не се секогаш неопходни кога Владата како работодавач врши претрес на канцеларијата на јавниот службеник. И овде целта на претресот не било водење кривична постапка, туку проверка на правилното исполнување на работните обврски.⁶⁴² Дозволен се и тестирања за дрога на вработени во јавни служби. Бидејќи гаранциите на IV амандман важат и при задолжително тестирање за алкохол и дрога, случајните тестови без индивидуален сомнеж се дозволени на вработени на безбедносно чувствителни позиции во јавниот сервис кои извршуваат должности полни со ризици спрема другите или постојат посебни потреби како на пр. машиноводачи,⁶⁴³ царински службеници.⁶⁴⁴

в) електронска комуникација на владини службеници - иако и за нив важат гаранциите од IV амандман и имаат право на приватност, Владата може ако има разумни причини да ја провери нивната е-комуникација без судски налог.⁶⁴⁵

г) темелно регулиран бизнис - не е неуставен претресот извршен без налог и веројатна причина кога агентите вршат административен претрес на тесно регулиран бизнис онака како што е предвидено со закон.⁶⁴⁶ Овој исклучок се однесува на

⁶⁴⁰ *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985) - средношколка била забележана како во џебото на училиштето пуши марихуана. Бидејќи било разумно да се очекува и во џантата да има забранета роба, била пребарана нејзината џанта при што биле откриени прибор за дрога, марихуана и документација за продажба на дрога. Била обвинета, а судот сметал дека не бил повреден IV амандман.

⁶⁴¹ *Vernonia School District 47J v. Acton*, 515 U.S. 646 (1995) - во јавните училишта во Орегон било предвидено да се прават случајни тестови за дрога на учениците спортисти. Спортистите и нивните родители давале согласност за тест на почетокот на секоја спортска сезона, додека во текот на сезоната 10% од сите спортисти биле избирани по случаен избор за тестирање. Резултатите од тестовите не се предавале на властите и не резултирале со училишни дисциплински мерки. Тие кај кои тестот бил позитивен имале избор да учествуваат во програма за помош или да бидат суспендирани од спортската секција. ВСС одлучил дека иако тестовите биле претреси според IV амандман, тие биле разумни во светлината на интересот на училиштата за спречување на употребата на дрога кај тинејџерите.

⁶⁴² *O'Connor v. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987) - по дисциплинска пријава и по наредба на директорот болничките служби извршиле претрес на работните простории на доктор кој бил на платено отсуство.

⁶⁴³ *Skinner v. Railway Labor Executives Association*, 489 U.S. 602 (1989) – државата е должна да обезбеди сигурност во железничкиот сообраќај, а ризикот од несреќи поради користење недозволен супстанции по луѓето е огромен.

⁶⁴⁴ *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 489 U.S. 656 (1989) - кога бараат трансфер или унапредување на позиции кои имаат директна поврзаност со спречувањето на наркотици, за кои е потребно да носат огнено оружје или да имаат пристап до класифицирани информации.

⁶⁴⁵ *Ontario v. Quon*, 560 U.S. 746 (2010) - вработените имале разумни очекувања за приватноста на комуникацијата на пејџерите, проверката се третираше како претрес, па важат истите принципи како и за физички претрес. Но, сметал дека проверката на пораките била разумна, бидејќи била поврзана со работата за да се испита пречекорувањето на месечниот лимит, пораките требало да бидат поврзани со работата, така што немало повреда на правото на приватност.

⁶⁴⁶ *New York v. Burger*, 482 U.S. 691 (1987) - бизнисот со отпад за возила кој вклучувал расклопување на возилата и продавање на нивните делови е дел од тесно регулирана индустрија во која се намалени очекувањата за приватност, а со тоа барањата за налог и веројатна причина за претрес. Овластувањата на државата за инспекции без налог дадени со цел откривање на криминалот, не се противуставни; *LaFave/Israel*, 1992, стр. 219-220 споменуваат постари одлуки во овој контекст.

инспекциите што ги вршат разни инспекциски органи чија основна задача е да проверат дали се почитуваат законските и подзаконските акти кои го регулираат работењето на конкретниот бизнис, а не да бараат докази за водење кривична постапка. Секако дека ако најдат такви при легално спроведената инспекција, доказите ќе може да се употребат во соодветна судска постапка.⁶⁴⁷

д) лице под пробациска заштита, условно осудено лице, затвореник - доволен е стандардот на разумност, па службеникот за пробација може без судски налог да изврши претрес во просториите кои ги користи осудено лице⁶⁴⁸ или полициски службеник врз лице кое е на условен отпуст,⁶⁴⁹ зашто кај нив со оглед на статусот што го имаат постои намалено ниво на приватност споредено со останатите граѓани. Затворениците пак немаат разумни очекувања за приватност во затворските ќелии.⁶⁵⁰

ѓ) исклучителни или итни околности - пожарникарите при пожар, органите на редот при повик за помош имаат право да дејствуваат и без налог да влезат во приватен имот, а штом со таква цел влезат, можат и да ги запленаат доказите што ги гледаат без за тоа да треба да побараат или добијат налог. Пример, утврдувањето на причината на пожарот е дел од работата на пожарникарите, така што може без налог да останат во просториите за да истражат, разумно време откако пожарот е изгаснат, но не подолго од тоа.⁶⁵¹ Исто така, не е дозволено, пр. ако пожарот бил во подрумот надлежните органи

⁶⁴⁷ Кај нас обврска за соработка на правните субјекти со инспекциските органи за надзор, *ex lege* овластување на инспекциските органи за пристап во деловни простории и транспортни средства, за прегледување на деловна документација и привремено одземање предмети кои може да служат како доказ за сторен прекршок или к.д. под закана од прекршочна казна за несоработка и можност органот за надзор на база на тие податоци да поднесе прекршочна или кривична пријава постои во чл. 79, 80, 86, 87, 91, 92 и 98 од Законот за инспекциски надзор, чл. 20, 34 и 39 од Законот за државен пазарен инспекторат, чл. 34, 43, 51 и 54 од Законот за финансиска инспекција во јавниот сектор, чл. 21, 21-а, 22, 27 и 29 од Законот за шумарска и ловна инспекција, чл. 15, 16, 17-а, 17-б, 18, 29-а и 31-а од Законот за санитарна и здравствена инспекција, чл. 2, 9, 9-а, 9-б, 13, 15, 20, 22 и 22-а од Законот за управна инспекција, чл. 9, 10, 14, 26-а, 28, 29, 30, 33, 34 и 36 од Законот за просветна инспекција, чл. 25, 26, 27 и 28 од Законот за инспекциски надзор во животна средина, чл. 21 и 27 од Законот за инспекторат за употреба на јазиците, чл. 20, 24 и 29 од Законот за државен инспекторат во локалната самоуправа, чл. 11, 12, 12-б, 15-а, 16, 22, 22-а и 33 од Законот за државниот инспекторат за земјоделство, чл. 31-а и 38 од Законот за техничката инспекција, чл. 11, 12 и 30 т.7 и 8 од Законот за општа безбедност на производите, чл. 74 и 75 од Законот за здравјето на растенијата, чл. 3, 10, 12, 16 и 17 од Законот за девизната инспекција, чл. 9, 10, 11, 12, 20, 22 и 22-а од Законот за инспекцијата на труд, чл. 2-а, 131, 160, 160-а од Законот за градење, чл. 128, 131, 132, 133, 134, 151, 169, 171, 172, 186, 189 од Законот за спречување перење пари и финансирање на тероризам итн.

⁶⁴⁸ *Griffin v. Wisconsin*, 483 U.S. 868 (1987) - службеникот за пробација може да го претресува домот на пробационерот без налог сè додека има „разумни основи“ да се верува дека во просториите има нелегални супстанции. Овие основи вклучуваат: информации дадени од информатор, веродостојноста на тие информации и информаторот и сопственото искуство на пробацискиот службеник; Слично и *United States v. Knights*, 534 U.S. 112 (2001).

⁶⁴⁹ *Samson v. California*, 547 U.S. 843 (2006) - бидејќи еден од условите за отпустот бил да даде согласност да биде подложен на претрес од пробациски или друг службеник во секое време, со или без налог за претрес или со или без причина, претресот бил оценет како уставен.

⁶⁵⁰ *Hudson v. Palmer*, 468 U.S. 517 (1984) - очекувањата на затвореникот за приватност во неговата затворска ќелија не е нешто што општеството е подготвено да го признае како разумно, бидејќи потребата за безбедност во затворите бара неограничен пристап на затворските службеници до нивните ќелии за да се одземе дрогата, недозволената стока, како и да се одржува санитарната хигиена.

⁶⁵¹ *Michigan v. Tyler*, 436 U.S. 499 (1978) - првичниот влез и истрагата следното утро биле уставни, но последователните влегувања од истражителите и запленаат на доказите не биле бидејќи IV амандман бара налог за секое пребарување за неадминистративни цели, како што е да се пронајдат докази за к.д. Имено, нужноста не мора да заврши кога последниот пламен бил изгаснат, а на службените лица не им треба налог да останат во зграда разумно време за да ја истражат причината за пожарот откако ќе се изгасне. Оттука утринските прегледи биле логично продолжение на претходните кои поради чадот и испарувањата не можеле да довршат по гасењето на пожарот. Но, подоцнежното влегување од страна на државната

да влегуваат во горните катови од куќата и таму да вршат увид и претрес со цел да бараат докази кои би ги инкриминирале сопствениците на домот.⁶⁵²

е) претреси на гранични премини, аеродроми, користење метал детектори⁶⁵³ - овие проверки се засноваат на сувереното право на државата да се штити и се разумни со самиот факт што се случуваат на граница. Државата има право да дозволи или да забрани влез на нелегална или непријавена стока и сл. и во таа насока дозволено е полициските и царинските служби рутински да ги проверуваат лицата, багажот, предметите кога преминуваат граница. Овој исклучок дури оправдува и целосен претрес на лица, на телесните шуплини или органите на телото при основан сомнеж за обид за криумчарење наркотици и сл.⁶⁵⁴ Исклучокот вклучува и проверки на пошта сè додека не се чита содржината на писмата.⁶⁵⁵

ж) испитување алкохол во крвта - ќе видиме понатаму, да се бара некое лице да даде примерок од крв за да биде испитана содржината на алкохолот не значи прекршување на привилегијата против самоинкриминација. Иако упадите во човечкото тело влегуваат во сенката на IV амандман и изискуваат налог, итноста била причината судот во еден постар предмет да го оправда тестот без налог (пред да се уништи алкохолот преку природниот метаболизам).⁶⁵⁶ Сепак, претходново не претставува *en bloc* судска дозвола, туку треба да се гледа секој случај во светлината на неговите околности, зашто во понов ВСС се согласил со издвојувањето на тестот на крвта на обвинетиот зашто била присилно земена без судски налог.⁶⁵⁷

Заедничко за овие зафаќања во приватноста е што судот се вклучил во процес на урамнотежување на потребата од претрес наспроти упадот што со него се врши. Па оценил дека посебните околности дозволуваат одредено отстапување од традиционалното барање за веројатна причина за претрес, односно 1) некаде бараат само помало индивидуализирано сомневање 2) а некаде не го бараат ниту тоа, туку само случаен или друг неарбитрарен процес на селекција на лицата кои ќе бидат пребарувани.⁶⁵⁸

6.9. Исклучок за автомобили (automobile exception)

Овој исклучок е близок со последно анализираниот за итни околности, зашто мобилноста на автомобилот прави да биде неизбежно да се добие налог за претрес. Разликата е што во претходната група претресите беа дозволени поради разумноста, а овде мора постои веројатен сомнеж дека во автомобилот ќе се најдат докази за к.д.⁶⁵⁹

полицеја (после неколку недели) кога направила фотографии и нашла други докази не можело да се оправда со итноста како околност, за неа бил потребен налог кој го немала, поради што требало да се издвои секој доказ прибавен тогаш.

⁶⁵² Michigan v. Clifford, 464 U.S. 287 (1984).

⁶⁵³ Amar, 1994, стр. 769-770 - смета дека овие претреси и тие кај тесно регулираните бизниси се претреси за примена на цивилни, а не кривично-правни прописи.

⁶⁵⁴ LaFave/ Israel, 1992, стр. 223- 224.

⁶⁵⁵ United States v. Ramsey, 431 U.S. 606 (1977).

⁶⁵⁶ Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966).

⁶⁵⁷ Missouri v. McNeely, 569 U.S. 141 (2013) - полицејата генерално мора да добие налог пред да го подложи на тест на крвта осомничениот за возење во пијана состојба, а природниот метаболизам на алкохолот во крвта не е сам по себе итноста која би оправдала земање крв без согласност.

⁶⁵⁸ LaFave, 1996, стр. 2575-2576.

⁶⁵⁹ Веројатна причина (probable cause) значи дека, во моментот на апсењето или претресот фактите и околностите во рамките на знаењето на полицискиот службеник или за кои службеникот имал разумно доверливи информации биле доволни за да гарантираат претпазлив човек да верува дека осомничениот сторил или во моментот вршел недозволено дејствие (к.д. или прекршок).

Прецедентот кој прифатил дека е законито без налог да се претресуваат автомобили на автопат и дека тоа не го прекршува IV амандман бил донесен одамна. ВСС со одлуката не ја овластил полицијата секогo да го застанува, бидејќи недозволиво е сите лица кои легално ги користат патиштата да се подложат на непријатност и повреда на достоинството кои се нужен елемент на секој претрес. Меѓутоа направил разлика помеѓу претрес на продавница, куќа или друга градба за која лесно може да се добие налог, и претрес на брод, моторен чамец, вагон или автомобил за кои не е изводливо бидејќи возилото може брзо да се премести.⁶⁶⁰ Керол доктрината дозволува возилото да се претресе без налог само ако постои веројатна причина да се верува дека во него има докази за к.д., заедно со итните околности поради кои се верува дека тоа може да ја напаушти областа пред да се добие налог.⁶⁶¹

Поради мобилноста што ја поседува може да се претресе и застанато возило.⁶⁶² Становиштето на ВСС е дека возилото е лесно подвижно и ако постои веројатна причина да се верува дека содржи недозволена роба, IV амандман ѝ дозволува на полицијата да го претресе и предметите заплени од таквиот претрес не треба да бидат издвоени. Автомобилот не мора да е во движење, што значи правилото е „мобилност на превозно средство + веројатната причина = претрес без налог“.

Меѓутоа, веројатна причина треба да постои во поглед на дело што би оправдало претрес. Така ако возило е запрено за обичен сообраќаен прекршок за чие докажување не е потребен претрес тогаш пребарувањето без налог би било неуставно, а со тоа најдените докази подложни на издвојување.⁶⁶³ Ако полицијата реши да го уапси сторителот, тогаш претресот како последица на апсењето би бил оправдан.⁶⁶⁴

Автомобилскиот исклучок иако изгледа едноставен и јасен, очигледно создавал голема главоболка кај судовите. Пример за тоа не се само последниве два случаи во кои различни гледишта имале државните врховни судови и ВСС, туку несогласност постоела и во однос на други. Така за комбе со приколка за живеење (т.н. мобилна куќа), ВСС поради мобилноста сметал дека важи исклучокот за автомобили,⁶⁶⁵ а од истите причини и за куќа чамец (брод приспособен за живеење)⁶⁶⁶ или за авиони.⁶⁶⁷ При подготовка на овој труд не успеав да најдам судска пракса за хеликоптери или глисери, но правната

⁶⁶⁰ Carroll v. United States, 267 U.S. 132 (1925); Agnello v. United States, 269 U.S. 31-32 (1925).

⁶⁶¹ United States v. Ross, 456 U.S. 798 (1982).

⁶⁶² Husty v. United States, 282 U.S. 694 (1931); Pennsylvania v. Labron, 518 U.S. 938 (1996).

⁶⁶³ Knowles v. Iowa, 525 U.S. 113 (1998) - осомничениот бил запрен за пребрзо возење. Службеникот му издал платен налог, потоа го пребарал возилото и откога нашол марихуана го уапсил за недозволено држење контролирани супстанции. Според ВСС откако возилото било запрено и на возачот му бил издаден платен налог биле обезбедени сите докази потребни за гонење на прекршокот. Дополнителни докази за прекумерната брзина не би можеле да се најдат со претрес, а бидејќи со оглед на видот на застанувањето немало основа службеникот да верува дека неговата безбедност е загрозна (безбедносен претрес), тој немал веројатна причина да изврши претрес без согласност на возачот. Исто така, бидејќи возачот не бил приведен не постоел ни исклучокот при апсење (инвентарен претрес) за да се дозволи претрес. Така, претресот бил прогласен за незаконски, а доказите недозволиви.

⁶⁶⁴ Virginia v. Moore, 553 U.S. 164 (2008).

⁶⁶⁵ California v. Carney, 471 U.S. 386 (1985) - Врховниот суд на Калифорнија бил на став дека приколката е место кое се користи за живеење, така што разумните очекувања за приватност се поголеми отколку во автомобилите, па за приколките не важи исклучокот. ВСС ја поништил одлуката укажувајќи дека тежиштето на Керол доктрината е мобилноста на возилата и дека за возилата важат помалку ригорозни барања за налог бидејќи очекувањата за приватност во автомобил се значително помали од тие што се за нечиј дом или канцеларија.

⁶⁶⁶ United States v. Hill, 855 F.2d 664 (10th Cir. 1988).

⁶⁶⁷ United States v. Montgomery, 554 F.2d 754 (5th Cir. 1977) и United States v. Nigro, 727 F.2d 100 (6th Cir. 1984).

логика налага да заклучам дека и во однос на нив судовите би се движеле во рамки на поставените граници за превозните средства.

Полицијата при претрес на автомобил може без налог да претресе и кутија, сад што се наоѓаат во багажниот простор ако има веројатна причина да верува дека содржат забранета роба.⁶⁶⁸ Во овој предмет судот делумно преиначил два поранешни прецеденти според кои дотогаш полицијата при постоење веројатна причина можела да го претресе автомобилот, но за куферите, кутиите, предметите внатре во него требала да прибави судски налог.

Во основа правото за претресите и заплениите се критикува како неприфатливо конфузно, првенствено затоа што САД нема посебен ЗКП како европските држави. Правилата на постапување не се однапред дадени, туку нив ги обликуваат и дефинираат апелационите и државните врховни судови на чело со највисокиот во судската пирамида.

Белангер посочува студија од 2007 г. на Универзитетот за напредни правни студии од Флорида во која 40 окружни и 5 апелациони судии разгледувале фактички сценарија со запирање возила изведени од конфликтни апелациони одлуки. Во првиот случај половина сметале дека застанувањето е законско, а половина дека не е. За разлика од него кога само половина погрешиле, вториот пат сите погрешно гласале за одлука дека застанувањето на возилото е законско.⁶⁶⁹ Како најнејасни и најтешки за примена ги посочува случаите кои вклучуваат претрес по запирање на возило заради сторен сообраќаен прекршок или запирања и прегледи на луѓе на улица.⁶⁷⁰ МекГлин посочува студија од 1991 г. која утврдила дека 100% од полициските службеници ги познаваат јасните правила и барања од Миранда, но само половината комплексната доктрина за IV амандман што влијае негативно токму врз намерата за одвркање.⁶⁷¹

Токму тоа го посочуваат критичарите на ексклузивното правило, имено да се одврати може некој кој го знае правото. Меѓутоа, забораваат дека ексклузивното правило и одлуките на ВСС ја поттикнуваат полицијата да учи, да се адаптира и да се обучува како правилно да постапува, со цел да не падне во вода нејзиниот труд поради евентуалното неуставно однесување.

6.10. Запирања и прегледи (stops and frisks)

Комуникацијата на полицијата со граѓаните е редовна пракса во секоја држава. Конверзацијата често и не е непријатна работа. Имено, полицијата може да помогне на постаро лице да ја премине безбедно улицата, да го упати кон домот оној кој е под дејство на алкохол, но не прави проблеми и не го нарушува јавниот ред и мир и сл. Што значи задача на полицијата не е само да открива прекршоци и к.д., туку во прв ред да им помага на граѓаните.

Постојат мноштво ситуации кога таа на терен забележува нешто сомнително што смета дека треба подробно да го истражи. Ситуацијата лесно може да се смири, но и да тргне во обратна насока. Пример, мала расправија на граѓани на улица, помеѓу нервозни возачи може да се разреши без нарушување на јавниот ред и мир и без прекршочни постапки со мала помош од полицијата. Но, иста таква расправија може да заврши со повредени лица, па и полошо.

Од тие причини правото не им забранува на полициските службеници да пристапат кон граѓаните, да отпочнат конверзација, па дури и да прашаат нешто.

⁶⁶⁸ California v. Acevedo, 500 U.S. 565 (1991) - треба да се прави разлика со предметите што се во дофат на рацете за кои од порано важел безбедносниот или по апсење за кое важи инвентарниот исклучок.

⁶⁶⁹ Belanger, 2016, стр. 76-77.

⁶⁷⁰ Belanger, 2016, стр. 78.

⁶⁷¹ McGlynn, 2017, стр. 453.

Граѓаните секако имаат слобода да одлучат дали ќе дадат одговор на поставеното прашање и ќе постапат по насоките на полицијата, ако тоа задира во нивната приватност.⁶⁷² Никој не негира дека работата на полицијата е сензитивна, ризична зашто доаѓа во контакт со секакви луѓе. Тоа е дел од нивната секојдневност, поради што мора да има некаков законски дозволен механизам за самозаштита. Полициските службеници не се глиненни гулаби кои само ќе стојат во дефанзива додека друг се подготвува да ги нападне. Мора да имаат право да осуетат напад од себе или од други.

Запирањата и прегледите во начело не се забранета полициска практика и се честа слика во делата на американската кинематографија. Овде зборуваме за „право на полициски службеник... да застане некого на улица, да го праша и да го допре со рака и потапка за оружје (познато во уличниот жаргон како застапување и преглед ‘stop and frisk’)“.⁶⁷³ Запирањето и апсењето се полициски активности со кои се ограничува нечија слобода на движење. Запирањето од фактичка гледна точка претставува краткотрајно, додека апсењето подолготрајно ограничување на движењето кое всушност прераснува во лишување на лицето од слобода. И за двете потребно е основано сомневање дека лицето сторило к.д.,⁶⁷⁴ со тоа што запирањата секогаш се вршат без налог, додека апсењата може без или со судски налог.⁶⁷⁵

Полицијата може да запре возило или лице ако разумно смета дека сторило прекршок или к.д. Запирањата и прегледите често се резултат на забележување на лице место и по природа на нештата се исклучок од барањето судски налог.

Било каков сообраќаен прекршок е доволна законска основа за запирање на возилото.⁶⁷⁶ Од друга страна стопирањето автомобили по случаен избор заради проверка на возачки дозволи, а без разумно сомневање дека возачот нема таква, дека автомобилот не е регистриран или дека е сторен прекршок е неразумно,⁶⁷⁷ а само по исклучок дозволени се претходни запирања заради дополнително стекнување основи на сомневање.⁶⁷⁸ Притоа штом законски го запре возилото, службеникот ако смета дека

⁶⁷² Пр. не се смета дека е добиена со измама согласноста од осомничениот за претрес, ако на прашање од полицијата дали има нешто кај себе што не би смеел да го има, тој од внатрешниот џеб извадил пакетче со дрога - ВСПХ I-Кж 279/02 од 16.5.2002 г. кај Кгарас, 2012а, стр. 316 или кога на барање на полицијата сам ги испразнил своите џебови во која прилика кај него била пронајдена и одземена марихуана - ВСПХ I Кж-244/99 од 17.11.1999 г. кај Пеана/ Josipović, 2000, стр. 51.

⁶⁷³ Terry v. Ohio, 392 U.S. 12 (1968).

⁶⁷⁴ Стандардот за основано сомневање е исполнет кога постојат доволно факти поврзани за конкретниот случај кои кај објективниот набљудувач ќе создадат убедување дека осомниченото лице го сторило делото што му се става на товар - М.С. Bradley, Criminal Procedure, A Worldwide Study, Carolina Academic Press, 2007, стр. 523-524 кај Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 40; Види и Michigan v. DeFillippo, 443 U.S. 31 (1979); Слично и ЕСЧП во Murray v. the United Kingdom, A. no. 14310/88, 28.10.1994, § 51 - разумноста на сомневањето врз кое мора да се заснова апсењето претставува клучен дел од заштитната мерка против самоволно апсење и притвор... Поседувањето разумно сомневање претпоставува постоење на факти или информации кои би увериле еден објективен набљудувач дека е можно засегнатото лице да извршило к.д. Што може да се смета за разумно, секако, ќе зависи од сите околности.

⁶⁷⁵ Во САД во пракса 95% од апсењата се без налог - G. Clack (Ed.) /2004/: Outline of the U.S. Legal System, Bureau of International Information Programs United States Department of State, Washington, стр. 97 кај Škulic, 2013, стр. 200.

⁶⁷⁶ Whren v. United States, 517 U.S. 806 (1996).

⁶⁷⁷ Delaware v. Prouse, 440 U.S. 648 (1979) - во овој случај сообраќајниот полицаец без оправдана причина застанал возило заради проверка на сообраќајна дозвола и ја одзел марихуаната која ја забележал на подот од возилото. Возачот бил обвинет за нелегално поседување наркотици, а државните судови по барање на одбраната ги издвоиле доказите како плод на неуставно запирање, со што се согласил и ВСС.

⁶⁷⁸ Michigan Dept. of State Police v. Sitz, 496 U.S. 444 (1990) - судот оценил дека е дозволена практиката на користење случајни контролни пунктови со цел откривање пијани возачи. За време на ваквите операции обично ноќе, полицијата ги запира и кратко ги испрашува возачите додека тие се во нивните возила. Доколку се посомнева дека возачот е во алкохолизирана состојба, се бара од него да направи теренски тест

некое од лицата поседува оружје може со опипување на облеката да го прегледа. Исто така може да направи краток претрес само на деловите од возилото кои се во дофат на возачот или патниците, кое нешто е дозволено заради безбедносни причини, да не западне полицискиот службеник под неоправдан ризик за сопствениот живот (безбедносен преглед и претрес).

Генерално ваквата практика била нерегулирана сè до 1968 г. и прецедентот во кој судот го насочил своето внимание на прашањето дали освен ако постои веројатна причина за апсење, во другите случаи секогаш е неразумно полицаецот да запре лице и да го подложи на ограничен преглед за оружје. Изразил свесност за тешкотиите што ги има полицијата во соочувањето на улица со граѓанинот кога истражува сомнителни околности, но не и разбирање за барањата да ѝ се овозможи збир на флексибилни одговори што би прогресирале во зависност од количината на информациите што ги поседува или оправдување на двофазна шема на однесување со лицата на улица (поблаги критериуми кога станува збор за застанување и прегледување споредено со построгите за апсење и претрес).

Прифатил дека има некоја разлика помеѓу запирање и прегледување (stop and frisk) со апсење и претрес (arrest or seizure of a person and search) само како фактичко не и како правно прашање, кое не игра улога по однос на правната дилема која треба да биде одговорена, дали првите се надвор од заштитата на IV амандман за разлика од вторите.⁶⁷⁹ Слично гледиште има и ЕСЧП.⁶⁸⁰

ВСС прифатил дека генерален општествен интерес е ефективното спречување и откривање на криминалот и за таа цел не спори дека полицијата има право во соодветни прилики и на погоден начин да пристапи кон лицето со намера да истражи можна криминална активност, дури и кога не постои веројатна причина за негово апсење. Но, поентата на случајот не било правото на полицијата да истражува сомнителни активности, туку дали службеникот оправдано ја нарушил приватноста кога пребарувал дали осомничениот имал оружје кај себе. Судот во овој случај не бил толку загрижен за легитимното право на државата да истражува криминални активности, туку за моменталниот, непосреден интерес на службеникот да провери

за трезвеност. ВСС утврдил дека има значителен владин интерес во спречување на возењето во пијана состојба и дека оваа техника била рационално поврзана со постигнувањето на таа цел. Оценил дека влијанието врз возачите, како на пр. малото одложување да стигнат до нивната дестинација, било занемарливо, и дека краткото испрашување за да се добие разумно сомневање имало незначително влијание врз правото на IV амандман на возачите од неразумно пребарување (што имплицира дека сите подетални или инвазивни пребарувања ќе се третираат поинаку). Применувајќи го тестот за балансирање, судот утврдил дека овдека уставноста се приклучува во корист на власта.

⁶⁷⁹ Terry v. Ohio, 392 U.S. 4, 9-11, 16-17, 24-25 (1968) - сосема е јасно дека IV амандман ги регулира задржувањата на лицето кои не завршуваат со носење до станицата и гонење за криминал - апсење во традиционална смисла. Мора да се признае дека секогаш кога полицаец ќе пресретне поединец и ќе ја ограничи неговата слобода да си замине, тој го задржал тоа лице. И не е ништо помалку од чиста тортура на англискиот јазик да се сугерира дека внимателното истражување на надворешните површини на облеката на една личност по целото негово или нејзиното тело во обид да се најде оружје не е пребарување. Згора на тоа, едноставно е неверојатно да се убедува дека ваквата постапка што ја врши јавно полицаец додека граѓанинот стои беспомошно, можеби свртен кон ѕид со кренати раце, е мало понижување. Тоа е сериозен упад во светоста на личноста, што може да нанесе големо омаловажување и да предизвика силно незадоволство, и тоа не треба лесно да се преземе... Дури и ограниченото пребарување на надворешната облека за оружје претставува тежок, иако краток, упад врз ценетата лична безбедност, и тоа сигурно мора да биде здодевно, застрашувачко и можеби понижувачко искуство.

⁶⁸⁰ Gillan and Quinton v. the United Kingdom, A. no. 4158/05, 12.1.2010, § 56 - разликата помеѓу лишувањето од слобода и ограничувањето на слобода е сепак само во степен или интензитет, а не разлика во вид или суштина.

дали лицето со кое има работа поседува оружје кое може фатално да го употреби спрема него.⁶⁸¹ Ако се прифати дека упад врз приватноста е можен само при законско апсење, би значело дека полицијата не може да прегледа некогo заради сопствена самозаштита, туку само ако има веројатна причина да верува дека лицето сторило к.д. Не се сложил со такво тесно читање на Уставот, туку во дадените околности сметал дека запирањето и прегледувањето биле разумни и оправдани, а најденото оружје оправдано прифатено како доказ во судската постапка.⁶⁸²

Свесен дека има разлика помеѓу апсењето и безбедносното пребарување зашто целите на двете дејствија се потполно различни, судот во овој прецедент укажал на уставната основа што ја има заштитното пребарување извршено без судски налог

„Нашата проценка за правилната рамнотежа што треба да се постигне во овој тип на случаи нè наведува да заклучиме дека мора да постои тесно утврдено овластување што дозволува разумно пребарување по оружје за заштита на полицискиот службеник, каде што тој има причина да верува дека има работа со вооружена и опасна личност, без разлика дали има веројатна причина да го уапси лицето за к.д. Службеникот не треба да биде апсолутно сигурен дека поединецот е вооружен; прашањето е дали разумно претпазлив човек во овие околности оправдано би верувал дека неговата или безбедноста на другите е во опасност“.⁶⁸³

Но, ваквото пребарување мора да биде ограничено во обем со потребите што го оправдуваат зошто во спротивно најдените докази би биле неупотребливи.⁶⁸⁴ Целта на безбедносното пребарување не е потрага по докази (пр. дрога, украдени предмети итн.) туку прегледување на лице за кое полицијата основано верува дека е вооружено и опасно за околината.⁶⁸⁵

Едноставно, потребно е чесно убедување и добра причина за запирањето и прегледот да бидат третираны како складни на Уставот. Фактот отпосле, дали ќе се најде или не оружје, односно дали убедувањето се покажало погрешно не игра улога во оценката. Логиката од безбедносните пребарувања судот ја употребил и во други ситуации, а не само при средба на полиција и граѓанин на улица (пр. види *supra* б.9. кај запирањата на возила).

Кај овој тип застанувања до израз доаѓа превентивната функција на полицијата. Тие обично се карактеристични за дела што се во тек или во подготвителна фаза и за кои неразумно би било да се очекува полицијата да паузира со својата работа за да побара судски налог. Едноставно гледа сомнително однесување и реагира разумно. Но, друга е ситуацијата ако полицијата сака да обезбеди докази за претходно сторено дело. Во таков случај нема потреба итно да делува за да превенира криминал, бидејќи делото веќе е сторено и полицијата има време и можност да прибави судски налог.

⁶⁸¹ Terry v. Ohio, 392 U.S. 22-23 (1968).

⁶⁸² Terry v. Ohio, 392 U.S. 30-31 (1968).

⁶⁸³ Terry v. Ohio, 392 U.S. 26-27 (1968); Освен личното забележување на полицискиот службеник, разумен основ за вакво застанување и преглед може да обезбеди и друго лице, пр. информатор кој посочил дека во возилото во близина лицето кај себе има наркотици и оружје - Adams v. Williams 407 U.S. 143, 92 S.Ct. 1921, 32 L.Ed.2d 612 (1972) кај LaFave/ Israel, 1992, стр. 202-203.

⁶⁸⁴ Terry v. Ohio, 392 U.S. 25-26, 29 (1968) - тоа мора да се ограничи на она што е неопходно за откривање оружје што може да се користи за да му наштети на службеникот или на другите во близина... Доволно е да се забележи дека таквото претресување, за разлика од претресот без налог својствен кај законското апсење, не е оправдано со каква било потреба да се спречи исчезнувањето или уништувањето на доказите за к.д... Единственото оправдување на претресот во сегашната ситуација е заштитата на полицаецот и другите во близина, и затоа тој мора да биде ограничен на упад разумно дизајниран да открие пиштоли, ножеви, палки или други скриени инструменти за напад.

⁶⁸⁵ Поинаку Лажетик-Бужаровска/ Калајциев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 37-38.

6.11. Специјално тренирани кучиња

Судот пред себе имал случаи во кои проценувал дали употребата на специјално тренирани кучиња без налог, а за откривање недоволени супстанции значи нарушување на правото на приватност гарантирано со IV амандман.

Оценил дека душкатаџето багаж на јавно место од полициски пес специјално трениран за откривање мирис на наркотици, не е претрес според значењето на IV амандман, бидејќи душкатаџето е *suí generis* и многу ограничен тест, со цел да се открие само присуство или отсуство на наркотици. Фактички судот создал исклучок според кој за душкатаџе од куче не е потребен судски налог, но целата процедура треба да се спроведе во разумно време, во смисла, не смее на патникот да му се ограничи слободата на движење подолго отколку што треба да траат формалностите.⁶⁸⁶

Истиот резон го задржал и во понов случај кога оценил дека IV амандман не е прекршен со употреба на полициски пес за време на рутински сообраќајни контроли. Битно е запирањето на возилото да биде законско и времетраењето да не биде подолго отколку при рутинска сообраќајна проверка и колку што е потребно да се санкционира прекршокот. За тоа време полицискиот службеник може да прашува и други работи сè додека ја врши основната задача за која го запрел возилото. Друг службеник може да користи полициско куче, но во временските рамки потребни за првото. Само во такви услови полициското однесување не го нарушува кај граѓаните разумното очекување на приватност и не е претрес според IV амандман. Од друга страна поседувањето недоволена стока не е нешто за кое едно лице може да има легитимно очекување за приватност, бидејќи по дефиниција не е легално да се поседува таква. Во ваквите случаи според судот единствено битно е душкатаџето да не ја продолжи неразумно должината на застанувањето,⁶⁸⁷ а самиот акт не открива други информации освен локацијата на супстанцијата што ниту еден поединец нема право да ја поседува.⁶⁸⁸

Сообраќајните контроли со запирањата и прегледите очигледно имаат нешто заедничко. Кај едните и другите по правило нема *pro ante* туку *ex post facto* судска контрола. Поради нивниот карактер нелогично би било да се бара од полицијата да обезбеди судски налог. Имено, таа не може да знае дали, кој и кога ќе направи сообраќаен прекршок за однапред да обезбеди налог, што ќе рече по природа на нештата важи исклучокот од барањето судски налог за претрес. Разликата која ја создал ВСС со своите одлуки е таа што за да бидат уставни запирањата и прегледите значајна е разумноста, додека за употребата на полициски кучиња времетраењето. Тоа може да се прифати бидејќи кај првите разумноста треба да се потврди во последователната постапка, додека кај вторите таа се антиципира, имено разумно е да застанеш некој кој сторил сообраќаен прекршок. Затоа судот кај вторите гледа дали она што било разумно на почетокот (застанување поради прекршок) останало такво до крај. Би било неразумно ако за обичен

⁶⁸⁶ *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983) - ВСС како неразумно според IV амандман го оценил задржувањето на торбите во аеродромот 90 минути додека да се доведе тренираното куче. Како резултат на тоа доказите кои потоа биле добиени од претресот на багажот извршен врз основа на судски налог биле недоволени, а осудата поништена.

⁶⁸⁷ *Rodriguez v. United States*, 575 U.S. 348 (2015) - задржувањето на возилото дополнителни 8 минути откако била завршена процедурата за сообраќајниот прекршок судот го оценил како неразумно.

⁶⁸⁸ *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005) - и ваквите случаи создаваат болка на судовите во САД. Овдека возилото било запрено поради пребрзо возење. За време на контролата дошол службеник задолжен за борба против наркотици со полициски пес, кој надушкар недоволена материја. Возачот бил обвинет и осуден за поседување недоволени средства. Барањето за побивање на доказите било одбиено од Окружниот и Апелациониот суд. Врховниот суд на Илиноис ги преиначил одлуките сметајќи дека употребата на полициски пес нешто што треба да биде сообраќајна контрола без постоење некаков сомнеж ја трансформира во истрага за наркотици. ВСС ја поништил ваквата одлука.

прекршок лицето и возилото бидат задржани подолго отколку што треба тој соодветно да се констатира. Но, оправдано би било ако сообраќаец во возило запрено за сообраќаен прекршок забележи бела прашеста материја или осети непријатна миризба (пр. од марихуана) потоа да го претресе, зашто веројатната причина дека е сторено к.д. го оправдува неговото постапување.

На прв поглед јасна, кога ќе се подразмисли подобро и горната логика има мана. IV амандман пред сè бара разумност, а судот како да не ја артикулира посебно потребата за некакво разумно сомнение како претходен услов за да се оправда употреба на трениран пес за откривање дрога. Ќе признаеме, една работа е разумноста во застанување некој кој сторил сообраќаен прекршок, а сосема друга кај истиот тој да примениме други истражни техники.

Накратко, прашањето е дали е разумно некој кој сторил сообраќаен прекршок да биде вознемируван и душкан со полициски пес без постоење веројатна причина за второво. Врховниот суд сметал дека е, зашто IV амандман ги штити разумните, легитимните интереси за приватност, но интересот за поседување дрога не може да се смета за легитимен, и на тој начин, употребата на куче кое само открива присуство на дрога не загрозува никаков легитимен интерес за приватност.⁶⁸⁹

Спротивно од судот сметам дека неговиот резон ги исфрла од равенката разумноста и веројатната причина кои се скелетот на IV амандман. Со самото тоа што полицијата застанала некој за сообраќаен прекршок не се појавиле околности поради кои разумен човек би се посомневал дека возачот сторил некое друго дело (освен во исклучителни ситуации, пр. ако е забележлива прашеста материја, мирис и сл.).

Поблиско ми е логиката од несогласувачките мислења на судиите Сатер и Гинсбург, дека со одлуките ВСС практично дозволува пракса во која секој сообраќаен прекин може да стане повод да се повикаат кучињата и да биде причина за вознемиреност и срам и за луѓето што ги почитуваат законите. Со помош на кучиња би се душкале пешаци, паркирани автомобили, возила застанати на црвено на семафори, возила кои споро возат по кружните текови,⁶⁹⁰ што секако не е убава слика за едно демократско општество.

Од претходните одлуки видовме дека душкањето на возила или багаж од специјално тренирани кучиња според судот не е неразумен претрес. Иако во нив нема индикации дека ваквиот став го изградил само во однос на подвижните ствари, тоа така произлегува од еден понов прецедент донесен со мнозинство 5 : 4, а во кој на страна на малцинството биле федералната влада и 27 држави.⁶⁹¹ Овде оценил дека има разлика кога полициски пес душка пред влезна врата на приватна резиденција. Разликата ја прави недозволениот упад во заштитено подрачје. Полицијата од надвор, без да влезе во дворот може да го гледа она што е оставено на очиглед на сите. Без налог може да пристапи до

⁶⁸⁹ Illinois v. Caballes, 543 U.S. 408-409 (2005) - очекувањето дека одредени факти нема да ги забележат властите не е исто што и интересот за приватноста што општеството е подготвено да го смета за разумен.

⁶⁹⁰ Illinois v. Caballes, 543 U.S. 411, 417, 422 (2005).

⁶⁹¹ Florida v. Jardines, 569 U.S. 1, 3-5 (2013) - детектив добил непотврдена информација дека во домот на обвинетиот се одгледува марихуана, па бил пратен тим за да ја надгледува куќата. Како 15-тина минути не забележале движење на возила или луѓе... пратиле детектив со полициски пес за од тремот да се обиде да надушка недозволени супстанции... Кучето осетило присуство на дрога, после што полицијата побарала судски налог за претрес на куќата. При претресот била откриена плантажа на марихуана, а Жардинс бил обвинет за недозволена трговија со дрога. Тој поднел барање за издвојување на доказите, судот ги издвоил, Апелациониот ја преиначил одлуката, додека Врховниот суд на Флорида ја изменил таа на Апелациониот и ја оставил на сила првата одлука со образложение дека користењето на тренирано куче било претрес... непоткрепен со веројатна причина правејќи го невалиден судскиот налог базиран на информациите добиени од таквиот претрес.

вратата и да тропне, впрочем на тоа има право секој граѓанин. Ако има некој може да побара дозвола да влезе, но ништо повеќе, не смее преку дворот неовластено да доведе кучиња до влезот за да ја душкатаат куката или низ прозорите да гледа што има внатре.⁶⁹²

Возилата нудат разновидност кога станува збор за правата гарантирани со IV амандман која ја нема кај другите видови предмети. Тие можат да бидат предмет на дозволени сообраќајни контроли кога полицијата проверува поседување зимска опрема, возачка дозвола и сл. При вакви контроли судот зазел став дека правото на приватност од IV амандман не ѝ забранува на полицијата употреба на полициски кучиња специјално тренирани да откриваат дрога, оружје и други недозволени супстанции. Но, она што е дозволено за нив, не е дозволено за недвижностите кои уживаат повисок степен на заштита и кај кои за да се дојде до домот треба да се мине дворот што е приватна сопственост.

6.12. Резиме

Сметам дека за читателот ќе биде појасно ако давам кратко резиме, после секое од различните ексклузивски правила кои ги применува ВСС, наместо еден збиен заклучок на крајот од делот кој се однесува за САД. Имено, сега го анализирав ексклузивското правило поврзано со амандманот IV и обработените прецеденти се свежи, што нема да биде исто ако се навратам на оваа материја, откако во меѓувреме разгледам друга.

„Како што е сега, незаконски одземените докази не се исклучуваат кога се воведуваат на некој од следниве начини: 1) во постапка различна од кривичната; 2) против некој чии права не биле повредени; 3) за целите на дискредитација; 4) кога претресот бил спроведен со добра верба потпирајќи се на статут, налог или компјутерски испит; или 5) доказите сепак неизбежно би биле откриени или имаат само ослабена врска со незаконитоста“.⁶⁹³

Слобогин не пропуштил да го посочи најбитното ограничување на правилото зашто било воспоставено во 2009 г. со Херинг,⁶⁹⁴ а тој текстот го напишал 10 години порано. Ако ја вклучам оваа одлука, неговата низа би се дополнила и б) кога полицијата погрешила, но тоа не било намерно, виновно, безобсирно или крајно несовесно однесување. Секако може да се додаде и дека не се исклучуваат доказите во постапките 7) пред големата порота, 8) при изрекување санкција на осудено лице, 9) при повреди во однос на начинот на спроведување на претресот, 10) онаму каде што важат исклучоците за превозни средства, 11) за специјално тренирани кучиња и 12) кај кратките запирања и прегледи.

Со толку многу исклучоци кои дозволуваат употреба на незаконски одземените докази во различни споредни постапки се негираат придобивките што се постигнуваат со исклучување на доказите од централниот случај. Толку многу поттици за незаконско стекнување докази се оставени на располагање, што не може да се очекува ексклузивското правило, онаму каде што се применува, да послужи како значаен дестимулатор.⁶⁹⁵

Многу од исклучоците датираат пред 1993 г. кога Бредли го пишувал својот труд, така што не можам да се согласам со него дека САД во тоа време имале апсолутно (облигаторно), а не факултативно ексклузивско правило.⁶⁹⁶ Можеби кога било воведено било така, но потоа не.

⁶⁹² Florida v. Jardines, 569 U.S. 11 (2013) - една од доблестите на IV амандман кај прашањата кои имаат сопственичка основа е што едноставните случаи ги смета за едноставни. Тоа што службениците она кое го научиле, го научиле само откако физички упаднале во имотот на Жардинс за да соберат докази е доволно да се утврди дека се случил претрес.

⁶⁹³ Slobogin, 1999, стр. 375-376.

⁶⁹⁴ Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009).

⁶⁹⁵ Исто и Kamisar, 1983, стр. 664.

⁶⁹⁶ Bradley, 1993, стр. 173.

Херинг, критикувана како погрешна одлука и целосен дебакл,⁶⁹⁷ точно ја отсликува моменталната состојба со правилото. Со нејзина вивисекција може да дојдеме до следните заклучоци:

а) тоа што претресот или апсењето биле неразумни не мора нужно да значи дека ќе резултира со примена на ексклузиското правило,⁶⁹⁸

б) извојувањето не е неопходна последица на повредата на IV амандман,⁶⁹⁹

в) издвојувањето „отсекогаш било наше последно средство, а не наш прв импулс“, а судските преседани воспоставуваат важни принципи кои ја ограничуваат примената на правилото,⁷⁰⁰

г) правилото не е индивидуално право и се применува само таму каде што резултира со забележително одвраќање, каде што неговото одвраќачко дејство ги надминува значителните трошоци од ослободување на виновните и евентуално опасните обвинети. Со други зборови одвраќачкиот ефект на издвојувањето мора да биде значителен и да ја надмине секоја штета за правосудниот систем,⁷⁰¹

д) степенот до кој правилото за исклучување е оправдано со неговиот дисциплински ефект варира во зависност од степенот на вина кај спроведувачите на законот. За да се активира ексклузиското правило, полициското однесување мора да биде доволно намерно што исклучувањето може значајно да го одврати, и доволно виновно дека таквото одвраќање вреди за цената што ја плаќа правосудниот систем. Правилото за исклучување служи за одвраќање на намерно, безобзирно или крајно несовесно однесување, или во некои околности повторлива или системска небрежност,⁷⁰²

ѓ) од 1984 г. и прецедентот Леон судот никогаш не го применува правилото за да исклучи докази добиени со кршење на IV амандман, каде што полициското однесување не било намерно или виновно.⁷⁰³

Ако на ова се надоврзе гледиштето на четворицата врховни судии кои уште во 2006 г. биле спремни да го стават на страна ексклузиското правило,⁷⁰⁴ а не било демонтирано само благодарение на петтиот која ја подржал одлуката дека во тој предмет нема основ за издвојување, а зазел подруг генерален став,⁷⁰⁵ мора да признаеме дека неговата иднина не е премногу светла.

Впрочем и не сета научна јавност во САД гледа благонаклоно на правилото.

„Ваквите доктрини се јавиле како напреден одговор на политичкото и полициско насилство врз малцинствата, но некои доктрини имаат свои животни циклуси, па стануваат бескорисни кога исчезнува практичната потреба и општествената нужност од нив. Потребни се нови облици на делување кои ќе бидат

⁶⁹⁷ LaFave, 2009, стр. 758, 787.

⁶⁹⁸ Herring v. United States, 555 U.S. 135, 140 (2009).

⁶⁹⁹ Herring v. United States, 555 U.S. 141 (2009).

⁷⁰⁰ Herring v. United States, 555 U.S. 140 (2009).

⁷⁰¹ Herring v. United States, 555 U.S. 135, 141, 147 (2009).

⁷⁰² Herring v. United States, 555 U.S. 135-136, 144 (2009).

⁷⁰³ Herring v. United States, 555 U.S. 144 (2009).

⁷⁰⁴ Hudson v. Michigan, 547 U.S. 597 (2006) - ако издвојувањето било неопходно за одвраќање во друг контекст и во друго време, не значи дека би било неопходно и сега, бидејќи така јавноста денес ќе биде принудена да плаќа за гревовите и недостатоците на правниот режим што постоел пред речиси половина век; Но, види Taslitz, 2013, стр. 419-420, 425-426 кој не се согласува со ова гледиште, се повикува на емпириски истражувања според кои повредите на IV сè уште се бројни, дури 1/3 од претресите и заплениите резултираат со повреда на барањата на амандманот.

⁷⁰⁵ Hudson v. Michigan, 547 U.S. 603 (2006) (Justice Kennedy, concurring in part and concurring in the judgment) - непрекинато делување на ексклузиското правило, како што е решено и дефинирано со нашите преседани, не е доведено во прашање. Денешната одлука одредува само дека во конкретниот контекст на барањето за претходна најава, повредата не е доволно поврзана со подоцнежното откривање на докази за да се оправда издвојувањето.

прилагодени на современите проблеми⁷⁰⁶ односно „малцинствата сега премногу се изложени на криминал од страна на другите припадници на истите малцинства и повеќе не постои опасност од полициското насилство на белците кое било повод за воведување на ексклузивното правило“.⁷⁰⁷ Затоа издвојувањето на незаконитите докази треба да се прилагоди на други цели.⁷⁰⁸

Тоа повеќе е инструмент на криминалната политика, достапен за судијата не во својство на заштитник на индивидуалните права, туку како чувар на институционалниот поредок.⁷⁰⁹ А, констелацијата на односите сега во 2024 г. не е иста со таа од 60-те години на минатиот век. Не е потребен сеприсутен чувар на институционалниот поредок, туку нешто како кај отворените затвори, чувар кој затворениците знаат дека го има, но од пенитенцијарни причини, никој не го гледа.

Оттука, пред да преминам на вербалните докази, во однос на материјалните би навел, ако правилото за издвојување на доказите сликовито го опишеме преку растот на човекот, тогаш може да се каже дека случајот Викс (1914 г.) бил новороденчето, Мап (1961 г.) млад човек во полна умствена и физичка сила, додека од 2009 г. тоа е стар човек на болничка постела кој само го чека моментот кога нов поконзервативен состав на ВСС смртно ќе му пресуди.

Во тој контекст не се согласувам со тврдењата дека „правилата за ексклузија најдоследно се применуваат во САД“,⁷¹⁰ дека „во САД функционира строго правило кое ги чини недозволиви незаконски или неправилно прибавените докази“,⁷¹¹ дека САД има систем на апсолутна ексклузија на материјалните докази,⁷¹² ни дека САД полека преминуваат од модел чисто ориентиран кон одвркање кон систем чија склоност е заштита на судскиот интегритет.⁷¹³

Судскиот интегритет одамна е отстранет од судските одлуки, евентуално се споменува во понекое несогласувачко мислење. Во однос на моделот на одвркање, верно е да се каже дека постојат многу ограничувачки фактори. Прво, дали повредата довела до доказот. Второ, ако довела дали конкретниот предмет е спор во кој може да се бара ексклузија (пр. во граѓански, пред голема порота не може). Трето, дали постојат оправдувачки фактори на страна на полицијата (исклучоците во добра верба и сл.) Четврто, ако повредата довела до доказот, ако не се работи за предмет во кој не може да се истакне барање за ексклузија и не постојат ослободувачки околности кај полицијата, дали се работи за повреда која надоврзува ексклузија (пр. правилото за претходна најава не надоврзува таква можност). Петто, ако надоврзува дали обвинетиот има активна легитимација да бара ексклузија. Шесто, ако има легитимација дали добивката од ексклузијата (потребата да ја одврати полицијата од идни повреди) го надминува трошокот од неа (ослободувањето на виновникот). Многу коцки треба да се поклопат за да бидат издвоени доказите во еден предмет.

Ова може да биде и одговорот на критичарите кои тврдат дека ексклузијата не доведува до status quo ante, туку ја става државата во полоша положба. Сите постапки во кои може да се користат незаконито прибавени докази (пред голема порота, за

⁷⁰⁶ Meares, T. L. The Distribution of Dignity and the Fourth Amendment во Klarman, M. et al. The Political Heart of Criminal Procedure: Essays on Themes of William J. Stuntz, Cambridge University Press, Cambridge, 2012., стр. 4 кај Karas/ Štrk, 2013, стр. 200 и кај Mešanović, 2018, стр. 76.

⁷⁰⁷ Kennedy, R. The State, Criminal Law, and Racial Discrimination, Harvard Law Review, vol. 107, br. 6, 1994., стр. 1255-1278 кај Karas/ Štrk, 2013, стр. 200 и кај Mešanović, 2018, стр. 76

⁷⁰⁸ Kennedy, R. Race, crime, and the law, Vintage, New York, 1998., стр. 187 кај Karas/ Štrk, 2013, стр. 200 и кај Mešanović, 2018, стр. 75.

⁷⁰⁹ Ölçer, 2008, стр. 76.

⁷¹⁰ Pisarić, 2010, стр. 377.

⁷¹¹ Yeo, 1981, стр. 40.

⁷¹² Simović, M./ Simović, M./ Simović, V., 2015, стр. 2.

⁷¹³ Iontcheva Turner/ Weigend, 2019, стр. 273.

дискредитација, при одредување на казната, пред одбор за условен отпуст, во граѓански постапки, во даночни постапки итн.) се добар практичен одговор дека не е така.

САД бил правниот систем од каде ексклузивното правило ја добило енергијата и експлодирало секаде во светот, но не се исклучува можноста да биде гравитационата точка која ќе го повлече назад и во која тоа ќе имплодира.

7. Ексклузија на вербалните докази

Дебатите кои се одвиваат во САД околу ексклузивното правило најчесто се фокусираат на она врзано за IV амандман, додека тие што се поврзани со примената на V, VI или XIV не се толку контроверзни.⁷¹⁴

Вербални докази се изјави добиени од осомничени, сведоци или вешти лица со доказна вредност за кривичната постапка.

Според старото правило на обичајното право применувано некаде до средината на XVIII век, признанијата биле прифатливи во суд без оглед на начинот како биле прибавени, вклучително и со тортура. Подоцна англиските судии почнале да испитуваат дали биле издејствувани со сила, закани, ветувања, односно нешто што можело да ги направи неверодостојни.⁷¹⁵

За ова прашање битни се амандманите V⁷¹⁶ и XIV на Уставот на САД. Употребената формулација дека никој не „сmee да се натера на какво и да било кривично судење да сведочи против самиот себеси“ јасно дава до знаење дека V амандман 1) ги признава правото на молчење и привилегијата против себеобвинување, 2) изјавата мора да биде дадена доброволно, а не под притисок, 3) судењето мора да е кривично, 4) ги штити обвинетите и сведоците и 5) се однесува само на нивните изјави, а не и други дејствија.

Бидејќи амандманот употребува „какво и да било“ (а не свое) кривично судење, јасно е дека ги штити не само обвинетите, туку и сведоците. Постапката треба да е кривична, а не граѓанска. Глаголот „да сведочи“ покажува дека оваа гаранција ги опфаќа само изјавите, а не и другите дејствија на кои може да биде обврзан обвинетиот. Значи, битно е дека V амандман го покрива она што човекот го кажува и штити при сведочења и давање вербални искази, а не од други обврски кои може присилно да му се наметнат.

Тој не смее да се доведе во позиција да бира дали да ја каже вистината и така да си наштети себеси или да лаже и да биде обвинет за лажно сведочење. Психолошки е невозможно, а социолошки нехумано од неког да се бара да го потисне нагонот за опстанок и да зборува на своја штета. Токму во тоа е смислата на овој амандман, зашто за разлика од искажувањето на мислите, кај другите дејствија човекот не е ставен пред невозможен избор бидејќи ништо од него не зависи, пр. ако се натера да облече блуза таа ќе му биде точна или не, ако се присили да даде крв својствата се тие што се, практично никаква улога тука не игра неговиот мисловен процес.

Исказот треба да е доброволен, неприсилен, неуценет, зашто само тоа ќе е гаранција дека е веродостоен. Тој не смее да е даден под присила, со закана, ветување награда, полза или друго дејствие кое може да влијае врз неговата вистинитост. Притоа исказот не мора сам по себе да е инкриминирачки за да биде заштитен со привилегијата, туку може да биде неутрален, па дури и на прв поглед ослободувачки (пр. изјава дека во

⁷¹⁴ Iontcheva Turner, 2019, стр. 122.

⁷¹⁵ LaFave/ Israel, 1992, стр. 294.

⁷¹⁶ Никој не може да биде повикан да одговара за тежок злостор или друг казнив акт освен врз основа на пријава или обвинение на голема порота... никој не смее поради исто к.д. да биде двапати изложен на опасност за животот ниту смее да се натера на какво и да било кривично судење да сведочи против самиот себеси, ниту да се лиши од живот, слобода и имот без правична постапка...

моментот на сторување на делото осомничениот бил на друго место со друго лице, ако се побие алибито наместо ослободувачка би била дискредитирачка).

Амандманот V оневозможува обвинителот да користи инкриминирачки информации добиени директно или индиректно од изнудена изјава на испитаникот.⁷¹⁷ Што значи привилегијата се протега не само на одговорите кои 1) сами по себе би поддржале осуда туку и на оние 2) кои би обезбедиле алка во синцирот на докази потребни за кривично гонење, 3) кои соопштуваат информации што може да доведат до инкриминирачки докази дури и ако самата изјава не е обвинувачка и 4) не е вклучена во доказите.⁷¹⁸

Секогаш кога во настојувањето да обезбедат докази за еден казнено-правен настан органите на прогонот ги почитуваат правата што Уставот и законите им ги гарантираат на лицата, прибавените докази се употребливи на суд. И обратно кога ги повредуваат заштитените права се поставува прашањето за (не)прифатливост на така обезбедените докази.

Исто како и за материјалните докази ВСС го насочувал, канализирал однесувањето на актерите задолжени за истражување, гонење, одбрана и пресудување. Актуелното правило за издвојување на вербалните докази е вткаено во повеќе негови одлуки. Како резултат на американската кинематографија повеќето знаеме дека V амандман е оној кој штити од самоинкриминација, исто како што многумина од филмовите дознале за Миранда правата.

Меѓутоа, одлуката со која се поставени контурите на ексклузивното правило кај вербалните докази датира од 1892 г. и неа судот ја донел едногласно.⁷¹⁹ ВСС сметал дека заради заштита на личните права разумно е либералното толкување на уставната одредба во смисла, сведокот е заштитен да не биде принуден да ги открие околностите на неговото дело, причините или средствата за делото. Доказите за неговото дело, вклучително и доказите што може ефикасно да го поврзат со делото треба да се добијат без да се користат неговите одговори како директни признанија против него.

Законодавецот не може да ја скрати уставната привилегија, туку може да ја замени исклучиво со одредби што имаат најмалку ист опсег и ефект. Во тој контекст закон што ја принудува странката или сведокот да бидат предмет на кривично гонење откако тој ќе одговори на инкриминирачко прашање што му е поставено, не може да има ефект на замена на привилегијата дадена со Уставот. Законот треба да обезбеди апсолутен имунитет против идно гонење за делото за кое се однесува прашањето, што значи принудното сведочење не смее да биде начин за стекнување сознанија за деталите на к.д.

⁷¹⁷ United States v. Hubbell, 530 U.S. 38 (2000).

⁷¹⁸ Hoffman v. United States, 341 U.S. 479 (1951) - привилегијата против самоинкриминација... се протега не само на одговорите кои сами по себе би поддржале осуда... туку и на оние кои би обезбедиле алка во синцирот на докази потребни за кривично гонење на барателот; Blau v. United States, 340 U.S. 159 (1950) - неважно е дали одговорите на поставените прашања би биле доволни, сами по себе, за да се поддржи осудата кога тие би обезбедиле алка во синцирот на докази потребни за гонење; Doe v. United States, 487 U.S. 201 (1988) - изнуденото сведочење кое соопштува информации што може да доведат до инкриминирачки докази е привилегирано дури и ако самата информација не е обвинувачка; United States v. Hubbell, 530 U.S. 27 (2000) - заштитата опфаќа изнудени изјави кои водат до откривање на инкриминирачки докази иако самите изјави не се обвинувачки и не се вклучени во доказите.

⁷¹⁹ Counselman v. Hitchcock, 142 U.S. 547 (1892). Во оваа одлука најпрво направил анализа на амандманот V од Уставот на САД, на слични уставни одредби од неколку сојузни држави и на одлуките на нивните врховни судови. Иако судовите имале различни гледишта, а постоела и јазична нееднаквост во градбата на членовите, судот бил на мислење дека по дух и принцип нема никаква разлика зашто очигледната цел на уставните одредби била да се забрани присилната самоинкриминација од странка или сведок.

и за извори на информации кои можат да обезбедат други средства за осудување на сведокот или странката.⁷²⁰

Во овој контекст не само изјавата на лицето, туку ни добиените информации не може да се користат во идна постапка или истрага против него. Привилегијата против самоинкриминација штити од деривативна употреба на принудното сведочење, како и од самото принудно сведочење. Што значи оваа одлука истовремено ја вовела и теоријата „плодови на отровно дрво“ кај вербалните докази, за разлика од временската дистанца која постоела кај материјалните докази. Доказите произлезени од изнуденото сведочење не смее да го инкриминираат лицето на кој било начин, во смисла, не може лицата кои ги спомнал да се повикаат како сведоци против него, документите на кои укажал да се употребат против него, освен ако до нив не се дошло преку независни извори.

Исто како и кај материјалните докази тоа на почетокот ќе важи само за федералната власт и ќе помине некое време пред да почне да се применува на државите. Прва одлука која, слично како и со IV амандман, го препознала взаемното дејство на V и XIV амандман датира од 60-те години, од кога привилегијата против самоинкриминација почната да се применувала спрема државите.⁷²¹ Ова не значи дека дотогаш сите признанија без оглед како биле добиени биле прифатливи во државните судови, туку ќе видиме натаму, тие не се издвојувале со повикување на V туку само на XIV амандман.

7.1. Изјава дадена под принуда

Погоре напишав дека изјавата мора да биде дадена доброволно, а не под притисок, уцена, закана, ветување награда, полза или друго дејствие кое може да влијае врз нејзината вистинитост. Тестот за доброволност на изјавите првично од 1897 г. важел само во федералните случаи, додека за државите бил воведен нешто подоцна во 1935 г. Според судот

„...признанието, за да биде дозволено, мора да биде слободно и доброволно; односно, не смее да се извлекува со какви било закани или насилство, ниту да се добие со какви било директни или имплицирани ветувања, колку и да се мали, ниту со вршење на какво било несоодветно влијание. Признанието никогаш не може да се прими како доказ кога затвореникот бил под влијание на каква било закана или ветување; зашто законот не може да ја измери силата на употребеното влијание или да одлучи за неговото влијание врз умот на затвореникот, и затоа ја исклучува изјавата доколку бил извршен каков било степен на влијание“.⁷²²

Ако против Браун не била употребена директна сила, Браун бил школски пример за тортура или како што пишал судот кога се читаат списите повеќе изгледаат

„како страници искинати од некој средновековен извештај, отколку како запис направен во границите на модерна цивилизација која се стреми кон просветена уставна влада“.⁷²³

Едногласно ја поништил пресудата⁷²⁴ за која впечатливо споменал била донесена на таканаречено судење врз основа на таканаречени признанија и го вратил предметот на ново судење укажувајќи

⁷²⁰ Counselman v. Hitchcock, 142 U.S. 584-586 (1892).

⁷²¹ Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

⁷²² Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897) - судот ја укинал пресудата бидејќи оценил дека признанието не било доброволно, па не требало да биде прифатено.

⁷²³ Brown v. Mississippi, 297 U.S. 282 (1935).

⁷²⁴ Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278, 279, 281, 282, 283, 284 (1935) - тројца биле осомничени за убиство. Заменикот шериф уапсил еден од осомничените го врзал за јаже, го обесил на гранка од дрво, го спуштил, така 2 пати, по што го врзал за дрвото и го камшикувал. Овој упорно одбивал да признае, поради што на крај го пуштил дома. После ден-два повторно го уапсил, силно го камшикувал тврдејќи дека ќе продолжи сè додека овој не признае. Осомничениот се сложил да даде признание на каква и да било изјава што ќе ја диктира заменикот шериф, што и се случило кога стигнале во затворот. Другите двајца обвинети биле уапсени и однесени во истиот затвор. Истиот заменик придружуван од повеќе луѓе ги натерал двајцата

„Државата е слободна да ја регулира постапката на своите судови во согласност со сопствените концепции за политиката, освен ако со тоа не навредува некој принцип на правдата толку вкоренет во традициите и совеста на нашиот народ што може да биде рангиран како фундаментален... Бидејќи една држава може да се откаже од судење со порота, не следи дека таа може да го замени судењето со бојжи судови. Направата за мачење и комората за мачење не смеат да бидат замена за говорницата за сведоци. Државата не смее да дозволи обвинетиот да биде набрзина осуден под доминација на толпата - каде што целата постапка е само маска без да се обезбеди коректен процес“.⁷²⁵ „Осудите за убиство, кои почиваат исклучиво на признанија за кои е докажано дека биле изнудени од државни службеници со тортура врз обвинетите, се неважечки според клаузулата за правична постапка од XIV амандман“.⁷²⁶

Како што истакнуваат теоретичарите кривичната постапка тоа време во јужните држави била инструмент на официјалната опресија, а моќта за апсење и обвинување многупати флагрантно злоупотребувана во интерес на одржување нелегален и неуставен општествен систем.⁷²⁷

Очигледно тортурата не исчезнала по нејзината официјална забрана крајот на XVIII и почетокот на XIX век. Пактер го споменува тој факт укажувајќи дека само ја променила локацијата од судовите, посочувајќи бројни примери на употреба на брутални методи на испрашување во полициските станици во САД, Германија, Франција и Италија од првата половина на XX век како што се систематска употреба на закани, тепања, продолжена изолација, глад и лишување од сон, кои резултирале со признанија прифаќани како доброволно дадени од судовите во овие земји.⁷²⁸ Новак како специјален известувач за тортура на ОН укажува дека таа сè уште се практикува во над 90% од државите во светот, а широко распространета примена има во над 50% од нив, што ќе рече иако забранета не исчезнала, само методите на примена се промениле.⁷²⁹

Не го прави признанието недоброволно, манливо и подложно на издвојување само сировата сила како што било во претходниот случај, туку и заканата за непосредна опасност,⁷³⁰ нехуманото однесување како што се лишувањата од храна, сон или претеран

осомничени да се соблечат и да легнат на стол. Нивните грбови биле расечени од кожниот ремен со токи и им било дадено до знаење дека камшикувањето ќе продолжи сè додека не признаат. И овие осомничени го признале делото, но како што се повторувало камшикувањето тие го приспособувале своето признание во сите поединости со детали како што барале нивните мачители. Кога признанијата биле добиени во точна форма и содржина по желба на толпата, мачителите заминале со опомена и предупредување дека, доколку ја сменат нивната приказна во кој било поглед од тоа што било последно наведено, сторителите ќе ги подложат на ист или подеднакво ефикасен третман. Откога им било дадено малку време да закрепнат, следниот ден 2 шерифи придружени од 8 луѓе помеѓу кои и заменикот дошле во затворот да го чујат слободното и доброволно признание на тројцата осомничени. Откога го слушнале доброволното признание ја собрале Големата порота која ги обвинила тројцата за убиство. Освен признанијата за кои посведочиле шерифите и еден од осумтемината, други докази доволни за да може да се собере Големата порота немало. На судењето и покрај приговорите на одбраната признанијата биле прифатени како докази, обвинетите биле осудени на смрт, а жалбите одбиени и од државниот врховен суд. ВСС ја поништил одлуката.

⁷²⁵ Brown v. Mississippi, 297 U.S. 285-286 (1935).

⁷²⁶ Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278 (1935).

⁷²⁷ Packer, 1967, стр. 240.

⁷²⁸ Pakter, 1985, стр. 6-7, 9-11, 22-23 - немало ниту еден пријавен случај на изнудено признание од полнолетни сторители на к.д. во Германија до 1940 г. или во Франција до 1954 г. иако постоеле во пракса. Во Франција барем до 1980 г. продолжила судската пракса на несанкционирање на полициските неправди, а слично било и во Италија каде посочува случај од 1957 г. во кој касациониот суд прифатил изнудено и неверодостојно признание и друг од 1970 г. како прв во кој било издвоено такво признание.

⁷²⁹ Nowak, 'What's in a name? The prohibitions on torture and ill treatment today' in Gearty and Douzinas (eds), The Cambridge Companion to Human Rights Law (2012) 307 kaj Greer, 2015, стр. 7-8.

⁷³⁰ Payne v. Arkansas, 356 U.S. 560 (1958) - обвинетиот немал правична постапка во смисла на XIV амандман бидејќи бил осуден на смртна казна за убиство врз основа на признание кое неспорно било дадено при следниве околности: бил уапсен без налог, лишен од habeas corpus постапка, не бил советуван за правото да молчи и на бранител, 3 дена бил држен incommunicado, со многу малку храна, а признал дури откако

замор,⁷³¹ незаконското држење и несоодветно влијание,⁷³² постојаното и продолжено испрашување,⁷³³ прекумерниот замор и лажните симпатии предизвикани кај осомничениот⁷³⁴ или употребата на серум на вистината,⁷³⁵ дури и ако и покрај нив тоа повторно може да биде веродостојно. Значи во никаков случај признание добиено во вакви услови не смее да се прифати, независно што може да се утврди дека било веродостојно.

Осудите добиени во државните судови со употреба на присилни признанија се ништовни според клаузулата за правична постапка на XIV амандман, која има за цел да ги гарантира процедуралните стандарди доволни и погодни за да се заштитат, во секое време, лицата обвинети или осомничени за криминал од оние кои имаат позиции на моќ и авторитет.⁷³⁶

Судот бил сосема свесен за постоењето на двата фундаментални општествени интереси и обврската што ја имал за да го реши конфликтот кој тлеел помеѓу нив,⁷³⁷ при

началникот на полицијата му рекол дека за неколку минути ќе дојдат 30-40 луѓе кои сакаат да го фатат и дека ако ја каже вистината тој веројатно ќе ги спречи да влезат.

⁷³¹ Reck v. Pate, 367 U.S. 433 (1961) - барателот, 19 годишен ментално ретардиран без криминално досие, бил уапсен под сомнение за кражба на велосипеди. Бил држен *incommunicado*, несоодветно хранет, со малку сон, без бранител, после 4 дневно испрашување признал дека учествувал во убиство.

⁷³² Lynum v. Illinois, 372 U.S. 528 (1963) - била осудена за незаконско поседување и продажба на марихуана врз основа на усно признание добиено по закана од полицијата дека доколку не соработува, ќе ѝ биде одземена финансиската помош за нејзините деца и дека ќе ѝ ги одземат и можеби никогаш повеќе нема да ги види; Haynes v. Washington, 373 U.S. 503 (1963) - осуден за разбојништво, не му биле дадени никакви поуки, писменото признание го дал откако бил држен *incommunicado* 16 часа и му било кажано дека не може да ѝ се јави на сопругата додека не го потпише; Stuntz, 1995, стр. 436 споменува 2 случаи во кои едниот осомничен бил држен *incommunicado* 16 дена до моментот кога го признал делото (Davis v. North Carolina, 384 U.S. 737 (1966)) и другиот 7 дена (Watts v. Indiana, 338 U.S. 49 (1949)).

⁷³³ Chambers v. Florida, 309 U.S. 229, 230, 231, 232 и 235 (1940) - во случај за убиство на постар бел маж без налог биле уапсени помеѓу 25-40 црни жители на заедницата. Сите повеќекратно биле испрашувани, а само барателот и еден или двајца биле подложени на упорно и многукратно испрашување кое траело цела недела, дење бидејќи шерифот што ги испрашувал бил уморен, а последно пред да бидат обезбедени признанијата и цела ноќ. За цело време не им било дозволено да се видат или да разговараат со бранител, пријател или роднина. Биле испрашувани секој поединечно во присуство на 4 до 10 мажи, шерифот, неговите заменици, чувар и други бели офицери и граѓани на заедницата. Сведочењата биле конфликтни во смисла дали на сите постојано им се заканувале и физички ги малтретирале додека конечно признале, но со сигурност испрашувањата траеле неколку денови во константно негирање на каква и да било вина и последно и цела ноќ сè додека не биле извлечени признанија. Кога еден од осомничените се „скршил“ шерифот го повикал ЈО кој го искинал писменото признание бидејќи не бил задоволен од она што го прочитал и наложил да не го викаат пак сè додека не добијат нешто вредно. Откога добиле го повикале повторно за тој да ги чуе доброволните признанија кои биле употребени во постапката во која обвинетите биле осудени на смрт. Осудата на Чејмберс се базирала на неговото признание и сведочењето на останатите тројца сообвинети. За време на судењето цело време биле присутни затворскиот чувар и шерифот, а обвинетите од апсењето до осудата секогаш биле предмет на набљудување, влијание, чување и контрола од оние под чиј постојан притисок ги дале признанијата.

⁷³⁴ Spano v. New York, 360 U.S. 315, 321 и 323 (1959) - волјата на обвинетиот била скршена од службениот притисок, заморот и лажно предизвиканите симпатии; неговото признание не било доброволно; и неговото прифаќање како доказ ја прекршило клаузулата за правичен процес од XIV амандман... Нашиот суд овде е дека, според сите факти, оваа осуда не може да опстои.

⁷³⁵ LaFave/ Israel, 1992, стр. 295 - тоа мора да биде продукт на слободен и разумен избор на обвинетиот.

⁷³⁶ Chambers v. Florida, 309 U.S. 227, 235-236 (1940) - признанијата за убиство добиени со многукратни испрашувања на затвореници во отсуство на пријатели или бранители, и под околности предвидени да инспирираат терор се присилни. Осудите за убиство добиени во државните судови со употреба на присилни признанија се ништовни според клаузулата за правична постапка на XIV амандман.

⁷³⁷ Spano v. New York, 360 U.S. 315 (1959) - интересот за брзо и ефикасно спроведување на законот и интересот да се спречи ограничувањето на правата со неуставни методи на спроведување на законот.

што може да се констатира дека застанал на страната на владеењето на правото, почитувањето на законите и човековите слободи и права.

„Одвратноста на општеството кон употребата на недоброволни признанија не се свртува само кон нивната вродена несигурност. Исто така, го вклучува длабоко вкоренетото чувство дека полицијата мора да го почитува законот додека го спроведува законот; дека на крајот животот и слободата можат да бидат - исто толку загрозувани од незаконските методи што се користат за да се осудат оние што се сметаат за криминалци, колку и од самите вистински криминалци“.⁷³⁸

Иако ВСС вовел ограничувања и исклучоци на ексклузивното правило кои секако ќе ги разгледам подолу, јасно укажал дека изјавата добиена под принуда не може да се користи ни при вкрстено испрашување за побивање на исказот на обвинетиот даден пред суд,⁷³⁹ ни кога е јасно веродостојна бидејќи го прекршува V амандман во неговата најчиста форма.⁷⁴⁰ ВСС ја третира привилегијата против самоинкриминација како апсолутно право кое не трпи исклучоци. Ако утврди повреда, истрагата завршува тука, дејствието на државата е неуставно и таа не може да понуди противтежни интереси кои би го оправдале.⁷⁴¹

За материјалните докази добиени од ваква изјава ЛаФав и Израел сметаат дека во определени граници ќе важи теоријата плодови од отровно дрво под услов врската помеѓу повредата и доказот да е блиска и директна, пр. ако полицијата од изјавата ја дознала локацијата каде се скриени материјалните докази, ако преку неа добила веројатен сомнеж потребен за нечие апсење или претрес и сл.⁷⁴² Нивниот став може да се прифати ако се знаат двете одлуки што претходно ги анализирав, а со кои бил воведен исклучокот неизбежно откритие.⁷⁴³

Очигледно нема место за тортурата во современиот свет. Малку по малку, од дозволен и законски пропишан метод за добивање исказ, забраната за тортура станала *jus cogens* правило. Дури и ЕСЧП кој упорно повторува дека нема намера да воспоставува доказни правила, јасно дал на знаење дека доказите добиени со тортура се недозвољени, бидејќи нивното вклучување ја прави постапката неправична (*infra* VI 5.1.). Она што ЕСЧП го третира преку чл. 3 од ЕКЧП, ВСС до 60-те години на XX век го согледувал низ призма на амандманот XIV и правото на правична постапка, за потоа поголема примена да најде привилегијата против самоинкриминација од V амандман.

Следната одлука што ќе ја анализирам ја донел поделен суд. Предизвикала вистинска бура, била непосакувана од федералната власт и 30 држави, осудена од полициските и обвинителските служби ширум државата, а го направи препознатливо американското судство токму со она на кое повеќето се противеа - информација за правата што треба да ги добие секој осомничен кому полицијата му ја ограничила слободата. Тоа е одлука која направи пресврт во дотогашната судска пракса зашто веродостојните признанија добиени без присилба, а можеби и со слободна волја на обвинетите ги направи недозвољиви. Од друга страна иако првично одлично прифатена

⁷³⁸ *Spano v. New York*, 360 U.S. 320-321 (1959).

⁷³⁹ *Mincey v. Arizona*, 437 U.S. 385 (1978) - изјавите од осомничен за убиство биле недозвољени бидејќи не биле дадени доброволно, имајќи ги во вид повторените изјави дека не сака да зборува без адвокат и неговата физичка состојба за време на испрашувањето, имено бил на одделот за интензивна нега, едвај свесен, затрупан со медицинска опрема, целосно на милост и немилост на детективот кој го испрашувал; За споредба, судовите во Франција до 80-те г. на XX век не воделе сметка за она што полицијата го сметала легитимна тортура, држење на осомничениот *incommunicado*, испитување до изнемоштеност и др. форми на психолошки притисоци за добивање полициско признание. Осомничените биле третирани многу полошо од нивните „колеги“ во САД или Германија, а ексклузијата била ретка - Pakter, 1985, стр. 13-15.

⁷⁴⁰ *New Jersey v. Portash*, 440 U.S. 450, 459 (1979).

⁷⁴¹ Caminker, 2001, стр. 24.

⁷⁴² LaFave/ Israel, 1992, стр. 489-490.

⁷⁴³ *Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387 (1977) и *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984) - *supra* V 6.7.4.

од бранителите токму ним им го отежна докажувањето на недоброволноста на признанијата. Полицијата брзо се прилагоди на неа, па дури и ја искористи во своја полза, а одлуката не доведе до намалување на признанијата како што тогаш сметаа врховните судии во своите несогласувачки мислења. Кога Конгресот се обиде да го укине Миранда правилото токму полициските синдикати сакаа да опстои одлуката од 1966 г.

7.2. Информација за правата на осомниченото лице (Миранда права)

Погоре видовме, амандманот V забранува да се принуди некој на кривично судење да сведочи против себе. Но, не пропишува обврска полициските органи да го информираат осомниченото лице за ова право.

Според јуриспруденцијата која досега ја анализирав признанието беше невалидно само кога беше изнудено и судовите казуистички, од случај до случај во светлина на сите околности на случајот проценуваа дали било доброволно или не. Елементите за оценка кои прв ги даде прецедентот од 1897 г., најпрво задолжително се применуваа во случаите пред федералните судови, потоа во државните и логиката секогаш беше дека признание кое не е дадено доброволно има голема веројатност да биде неточно. Преку ексклузивното правило пред сè се штитеше точноста на одлуката или материјалната правда во конкретниот случај.

Тоа делумно ќе го промени прецедентот од 1966 г.⁷⁴⁴ со кој судот практично издвоил признанија кои во светлината на околностите на случаите и според дотогаш применуваниот волунтаристички тест не биле изнудени.⁷⁴⁵ Судот свесен за значењето на привилегијата против самоинкриминација бил доблесен да признае дека поединецот ќе може интелегентно и слободно да одлучи дали да зборува со полицијата само ако знае дека има слобода на избор. Без неа, па дури и без сознание дека таква опција му стои на располагање, тешко би можело да се каже дека изјавата е навистина слободно дадена, посебно ако испрашувањата се одвиваат во изолација, без бранител и во атмосфера доминирана од полицијата подобна да ја подрие слободната волја.⁷⁴⁶

⁷⁴⁴ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) - фактички судот со оваа одлука разгледувал 4 различни предмети (Миранда против Аризона за киднапирање и силување, Вињера против Њујорк за разбојништво, Вестовер против САД за повеќе разбојништва и Калифорнија против Стјуарт за киднапирање, разбојништво, силување и убиство). Нивните признанија не биле изнудени според традиционалниот тест кое нешто и ВСС го признал на стр. 457, туку биле добиени без претходно обвинетите да бидат информирани за правото на молчење и бранител. На обвинетите им било повторно судено, Миранда бил осуден за истото дело врз база на други докази без издвоеното признание, а другите обвинети или биле осудени или направиле спогодба за вина за полесно дело од првичното за кое биле обвинети. Што значи не мора издвојувањето на некој доказ да доведе до ослободување на виновниците, која е една од тезите на противниците на ексклузивното правило.

⁷⁴⁵ Преку тестот за доброволност заснован на клаузулата за правична постапка од XIV амандман Судот влегол во костец со најеклатантните полициските практики на тешко физичко малтретирање, меѓутоа не и со огромниот број други практики кои не значат физичка злоупотреба, а се подобни да го принудат осомничениот да даде изјава - Strauss, 2007, стр. 1014.

⁷⁴⁶ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 448, 457-458, 461 (1966) - повторно нагласуваме дека модерната практика на испрашување во притвор е психолошки, а не физички ориентирана... кажавме претходно... дека принудата може да биде и ментална и физичка, и дека крвта на обвинетиот не е единствениот белег на неуставно испрашување... Сослушувањето сè уште се одвива во приватност. Приватноста резултира со тајност, а тоа пак резултира со празнина во нашето знаење за тоа што всушност се случува во просториите за испрашување... Очигледно е дека таквата средина за испрашување е создадена за ниедна друга цел освен за потчинување на поединецот на волјата на неговиот испитувач. Оваа атмосфера носи своја значка на заплашување. Секако, ова не е физичко заплашување, туку е подеднакво деструктивно на човечкото достоинство. Сегашната практика на испрашување во изолација е во спротивност со еден од најценетите принципи на нашата нација - поединецот да не биде принуден да се инкриминира себеси. Освен ако не се користат соодветни заштитни средства за да се отфрли принудата својствена за притворското опкружување, ниту една изјава добиена од обвинетиот навистина не може да биде производ на неговиот

Впрочем заеднички белег во секој од разгледуваните случаи било тоа што изјавите биле добиени при испрашување на обвинет без бранител, држен *incommunicado* во полициска станица.⁷⁴⁷

Свесен дека посегањата по индивидуалната слобода често почнуваат суптилно, со тивки пристапи и мали отстапувања и не сакајќи да се доведе во прашање привилегијата издигната на уставен статус⁷⁴⁸ судот поставил сет правила што мора да се почитуваат при секое притворско испрашување, зашто во спротивно

„обвинителството не смее да користи изјави, без разлика дали се ослободувачки или обвинувачки, кои произлегуваат од притворско сослушување на обвинетиот, освен ако не покаже дека биле дадени делотворни процедурални заштитни мерки за да се обезбеди привилегијата против самоинкриминација“.⁷⁴⁹

Под притворско испрашување судот мисли на испрашување иницирано од службениците за спроведување на законот откако едно лице е приведено или на друг начин лишено од слободата на движење на кој било значаен начин.⁷⁵⁰ Тоа не е само директното испитување од типот прашања и одговори, туку и неговиот функционален еквивалент, односно било какви зборови или дејствија од страна на полицијата за кои таа треба со разумна веројатност да знае дека ќе предизвикаат инкриминирачки одговор.⁷⁵¹

Такви делотворни процедурални заштитни мерки што мора да се применат, освен ако се осмислат други целосно ефикасни средства за да се информираат обвинетите за нивното право на молчење се, лицето пред секое испитување задолжително мора да биде предупредено 1) дека има право да молчи,⁷⁵² 2) дека секоја изјава што ќе ја даде може да се користи како доказ против него и 3) дека има право на присуство на избран или назначен адвокат.⁷⁵³

слободен избор... Поединец одведен од познато опкружување во полициски притвор, опкружен со антагонистички сили и подложен на техниките на убедување опишани погоре не може да биде поинаку освен под принуда да зборува. Практично, принудата да се зборува во изолиран амбиент на полициската станица може да биде поголема отколку во судовите или другите официјални истраги, каде што често има непристрасни набљудувачи да штитат од заплашување или измама.

⁷⁴⁷ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 445 (1966).

⁷⁴⁸ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 459-460 (1966).

⁷⁴⁹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 444 (1966).

⁷⁵⁰ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 444 (1966).

⁷⁵¹ *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291 (1980); Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 45 - разговорите што ги водат полициските службеници меѓусебно, а кои имаат за цел да го наведат осомничениот да се вклучи во разговорот и да изнесе податок што има инкриминирачко дејство за него.

⁷⁵² *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 467-468 (1966) - за оние кои не се свесни за привилегијата, предупредувањето е потребно едноставно за да ги запознаат со неа - овој услов е праг за интеллигентна одлука за нејзиното остварување... Понатаму, предупредувањето ќе му покаже на поединецот дека неговите испитувачи се подготвени да ја признаат неговата привилегија доколку тој одлучи да ја искористи.

⁷⁵³ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 479 (1966) - тој мора да биде предупреден пред секое испрашување дека има право да молчи, дека сè што ќе каже може да се искористи против него на суд, дека има право на присуство на адвокат и дека ако не може да си дозволи ќе му биде назначен адвокат пред какво било испрашување, доколку тој сака. Мора да му се даде можност за остварување на овие права во текот на целото испрашување. Откако ќе бидат дадени такви предупредувања и ќе му се даде таква можност, поединецот може свесно и интеллигентно да се откаже од овие права и да се согласи да одговори на прашања или да даде изјава. Но, освен и додека обвинителството на судењето не докаже дека биле дадени такви предупредувања и откажување, ниту еден доказ добиен како резултат на сослушувањето не може да се користи против него; Овие поуки Пакер ги смета за неизбежен елемент на *due process* моделот, а признанието дадено без да биде поучен за правата, за време на притвор кое го надминува времето потребно да се изведе пред судија или под други присилни околности треба да се смета недоброволно и да се издвои, вклучително и сите други деривативни докази добиени преку него, а се со цел да се лиши полицијата од било каков поттик да добие такво признание - Packer, 1964, стр. 34-35.

Овие информации се минимален праг нужен некое лице да донесе интеллигентна одлука за користење или откажување од привилегијата против самоинкриминација и важат за времетраење на целото испрашување. Предупредувањата мора да бидат дадени веднаш, но одлуката на лицето не се смета еднаш засекогаш дадена. Тоа може да се повика на правата и потоа да се откаже од нив ако сака, а може на почеток да се откаже па во тек на испрашувањето да се повика на нив.⁷⁵⁴ Истражувањата покажуваат дека последното ретко се случува. Многу малку се оние кои прво се откажуваат, а потоа во текот на испрашувањето се повикуваат на своите Миранда права, повеќе се тие кои се повикуваат на правата на почетокот и одбиваат да дадат исказ, а најмногу оние кои и покрај добиената поука одлучуваат да зборуваат со полицијата.⁷⁵⁵

Откажувањето од правата не се претпоставува, тоа мора да биде изречно дадено, одлуката да е доброволна, при што товарот е на обвинителството да докаже дека предупредувањата биле дадени, а откажување било свесно, доброволно и интеллигентно. Судот сметал дека предупредувањето од една страна ќе биде корисно зашто ќе го снабди осомничениот со информацијата нужна да изгради слободна и интеллигентна одлука, а од друга страна судовите не ќе мораат во секој поединечен случај да утврдуваат дали тој знаел или не знаел за можноста да одбие да зборува.⁷⁵⁶

Со тек на време кај пониските судови се јавила дилема дали поради полесниот карактер, постои исклучок од Миранда кај прекршоците или сообраќајните к.д. ВСС одбил да прифати таков исклучок, бидејќи би ја усложнил работата на судовите зашто ќе треба да утврдуваат кога истрагата за прекршок прераснала во истрага за к.д., а и ќе се загуби јасноста на Миранда доктрината.⁷⁵⁷

Барањето лицето да се легитимира и да го открие идентитетот тогаш кога е застанато од полиција не се смета за испитување и не е спротивно на гаранциите од V амандман.⁷⁵⁸ Амандманот V, па ни прецедентот Миранда не ги тангира слободните изјави,⁷⁵⁹ како ни изјавите дадени на приватно или официјално лице кое нема полициски овластувања (вработени во образовни и медицински установи, во агенции за осигурување, осигурителни инспектори, приватни детективи, пробациски службеници и сл.⁷⁶⁰

Но, за разлика од прецедентот, амандманот не бара пред да започне испрашувањето осомниченото лице да биде информирано за неговите права и до Миранда непознавањето на правото навистина му штетело на оној кој не го познавал (*ignorantia iuris nocet*). Затоа новите барања на Миранда во научната и стручна јавност

⁷⁵⁴ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 444-445 (1966) - обвинетиот може да се откаже од остварувањето на овие права, под услов откажувањето да биде доброволно, свесно и интеллигентно. Ако, сепак, на кој било начин и во која било фаза од процесот посочи дека сака да се консултира со адвокат пред да зборува, не може да има испрашување. Исто така, ако поединецот е сам и на кој било начин укажува дека не сака да биде сослушан, полицијата не смее да го испрашува. Самиот факт дека тој можеби одговорил на некои прашања или сам доброволно дал некои изјави не го лишува - него од правото - да се воздржи од одговарање на какви било дополнителни прашања додека не се консултира со адвокат и потоа не се согласи да биде сослушан.

⁷⁵⁵ Stuntz, 2001, стр. 982-983, 988.

⁷⁵⁶ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 468-469 (1966).

⁷⁵⁷ *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420 (1984) кај LaFave/ Israel, 1992, стр. 347.

⁷⁵⁸ *Hiibel v. Sixth Judicial District Court of Nevada*, 542 U.S. 177-179, 189-191 (2004).

⁷⁵⁹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 478 (1966) - нема барање полицијата да запре лице кое влегува во полициска станица и изјавило дека сака да го признае к.д., или лице кое телефонира на полицијата за да понуди признание или која било друга изјава што сака да ја даде. Доброволните изјави од кој било вид не се забранети со V амандман и нивната прифатливост не е засегната од нашето денешно становиште.

⁷⁶⁰ LaFave/ Israel, 1992, стр. 347-348.

во САД генерално се сметаат како судски востановено правило заради остварување на гаранциите од V амандман, но не и барање од самиот амандман.⁷⁶¹

Поради профилатичкиот карактер на Миранда се појавиле поголем број исклучоци, не на привилегијата од V амандман, туку на судски воспоставеното правило пред секое испитување да се даде известување за правата што ги има осомничениот (нив ги анализирам понатаму во глава V.8.).

Оваа навидум мала разлика има значење. Ако потребата за информирање е всадена во текстот на амандманот тогаш спротивното постапување секогаш ќе доведува до издвојување на дадената изјава која според Миранда може да биде обвинителна или ослободителна. Но, ако е судски востановено правило за да се обезбеди привилегијата, државата може да докаже дека обвинетиот знаел за своите права и дека неинформирањето не му нанело никаква штета. Ако зборувал тој зборувал доброволно знаејќи дека не мора да кажува ништо. Бидејќи неговото право не било повредено, самиот чин на недавање Миранда права не го ставил обвинетиот во полоша состојба отколку што би бил ако му биле прочитани. Тој и вака и така знаел за привилегијата, но решил да не се ползува со неа.⁷⁶²

Друга последица од профилатичкиот карактер на Миранда е што на неа не се надоврзува теоријата за плодовите од отровно дрво. Понатаму, иако непоучената изјава не може да се користи за докажување на случајот на обвинителството, таа е употреблива за побивачки цели ако обвинетиот реши да зборува во суд.⁷⁶³ И, не само тоа. Дадената информација за правата по правило ќе ја направи последователната изјава доброволна иако таа можеби реално не била таква, а со тоа ни веродостојна.⁷⁶⁴ Финдли смета дека е така бидејќи веродостојноста веќе не е централна грижа на правичниот процес, туку доброволноста на признанијата. Смета дека оваа одлука заокружила процес кој почнал порано и во кој фокусот на доктрината за правична постапка кај судот се префрлил од исклучување на неверодостојни докази кон идејата за одвраќање на опресивни и нефер методи на полициско испрашување. Имено,

⁷⁶¹ Marcus/ Markman, 1988, стр. 16; Но види Dickerson v. United States, 530 U.S. 428-429, 432, 437, 444 (2000) според која Миранда е уставна одлука која не може да се дерогира со акт на Конгресот, бидејќи Конгресот не може да ги замени со свој акт одлуките на ВСС со кои се интерпретира и применува Уставот; Своевиден куриозитет е што исто такво мислење дека барањата од Миранда не се уставни барања, туку профилатички мерки имале и тројца врховни судии кои во 2000 г. прифатиле целосно спротивен став, односно судијата Кенеди (во 2 одлуки од 1989 и 1994 г.), судиката О'Конор (во 1 одлука од 1985 г. која таа ја пишувала) и судијата Ренквист (во 1 одлука од 1984 г. чие мислење на судот тој го пишувал) - види го силното несогласувачко мислење во Dickerson v. United States, 530 U.S. 445 (2000) (J.Scalia, dissenting).

⁷⁶² Поинаку LaFave/ Israel, 1992, стр. 334 - според кои американските судови правилно постапуваат кога бараат Миранда информациите да им бидат дадени дури и на адвокати; За споредба во Германија може да се докажува дека, иако не бил поучен, обвинетиот знаел и бил свесен дека има право на молчење - Калајциев/ Мисоски/ Илиќ/ Божиновски, 2014, стр. 91-92, односно во еден англиски случај посочен од Bradley, 1993, стр. 188 (The Queen v. Rajakuruna 1991 Crim. L. Rev. 458) не биле исклучени изјавите на осомничениот кој не бил соодветно предупреден дека е осомничен, но добро знаел за тој факт и одбил адвокат.

⁷⁶³ Kamisar, 2012, стр. 1001-1002, 1021-1022 - дури и полициските прирачници советувале да се продолжи со испитување откако осомничениот се повикал на Миранда правата со објаснување дека во таков случај ако нешто се открие, само неговата изјава ќе биде недопуштена, а не и материјалните докази или сведоците откриени преку неа.

⁷⁶⁴ Colorado v. Connelly, 479 U.S. 157 (1986) - осомничениот сам се јавил во полициска станица и побарал да даде изјава, тврдејќи дека Господ му наложил да признае убиство или да се самоубие. Признанието го дал во шизофренична епизода или во состојба во која не можел волево и интелегентно да се откаже од Миранда правата поради што државните судови го издвоиле. Со нив не се сложил ВСС кој сметал дека Миранда ги штити осомничените од државна принуда, но не оди подалеку од тоа.

(не)веродостојноста на доказите е работа на доказните правила, а не на клаузулата за правична постапка од XIV амандман.⁷⁶⁵

Исклучок од неспорното правило дека слободно дадените изјави се прифатливи пред суд се изјавите на обвинетиот дадени во неуспешна постапка за спокојување за вина,⁷⁶⁶ зашто во спротивно обвинетите би биле обесхрабрани да влезат во преговори кои ако не успеат ќе им ја отежнат положбата на судењето.⁷⁶⁷

7.2.1. Право на молчење

Ако осомничениот јасно каже дека не сака да зборува со полицијата сослушувањето за предметното дело мора да престане, но не е забрането подоцна полицијата да пристапи кај него и по давање ново предупредување да почне да го распрашува за сосема друго дело во каков случај евентуално дадената инкриминирачка изјава би била употреблива на суд.⁷⁶⁸ Но, ако наместо јасно и изречно да се повика на своето право, тој едноставно избере да молчи, тоа не значи ни повикување на своето право ни откажување од него и полицијата слободно може да му поставува прашања и да прави обиди да започне разговор. Од друга страна зборувањето значи откажување од правото на молчење.⁷⁶⁹

Критичарите на Миранда забележуваат дека прецедентот дава поголема заштита отколку Уставот и генерира лажно позитивни случаи. Тоа се случаи кои според волунтаристичкото сфаќање не се спорни бидејќи дадената изјава е доброволна, што е она што го бара Уставот, но сепак таа била предмет на ексклузија поради повреда на Миранда. Другите критики се дека Миранда создава лажно негативни предмети кај кои традиционалното сфаќање би можело да ја смета изјавата изнудена, но во пракса судовите зеле дека не била. Имено, откога судовите ќе утврдат дека откажувањето од правата било свесно, интелегентно и доброволно, тешко може да се убедат дека изјавата не била доброволна.

Последното е причина зошто не може да се согласам со гледиштето дека профилактичките правила секогаш даваат поголема заштита отколку правото кое го штитат, иако веројатно авторот е во право за делот дека почесто се случуваат повреди на правилото одошто на правото.⁷⁷⁰ Да, во многу ситуации е така, како што впрочем било во четирите случаи анализирани со прецедентот Миранда. Но, да се каже дека секогаш даваат поголема заштита, значи да се замиже пред фактот дека во многу други случаи, признанијата кои не би поминале според волунтаристичкиот принцип, не биле издвоени токму заради лажната сигурност (гаранција) што во очите на судовите ја даваат Миранда поуките.

Погрешно е и тврдењето на некои дека прецедентот Миранда го замени тестот за доброволност со барање за читање стандардни предупредувања пред полициското испрашување во притвор.⁷⁷¹ Точно е да се каже дека ја придодаде обврската за давање соодветни поуки без да го отфрли постојниот волунтаристички тест, иако за волја на

⁷⁶⁵ Findley, 2013, стр. 734-735.

⁷⁶⁶ Лажетик-Бужаровска/ Калајциев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 55.

⁷⁶⁷ LaFave/ Israel, 1992, стр. 921, 947.

⁷⁶⁸ Michigan v. Moseley, 423 U.S. 96 (1975); Mathis v. United States, 391 U.S. 1 (1968) - даночен инспектор во истрага за даночно затајување испитувал затвореник кој бил во затвор за различно дело без прво да го информира за правата, а изјавата била искористена во судската постапка. ВСС ја поништил осудата.

⁷⁶⁹ Berghuis v. Thompson, 560 U.S. 371-372, 382 (2010).

⁷⁷⁰ Ölçer, 2008, стр. 71.

⁷⁷¹ Patrick Malone, You Have the Right to Remain Silent: Miranda After Twenty Years, 55 Am. Scholar 367 (1986) стр. 370 кај Leo, 1996b, стр. 659.

вистината замислена да ја подобри положбата на осомничените, донекаде ја отежна. Зошто е ова вака?

Истражувањето кое во 1996 г. го направил Лео кој во период од неколку месеци присуствувал на 170-180 полициски испитувања, како и истражувањата на други автори покажале дека околу 80% од сите осомничени се откажуваат од нивните Миранда права и дека оваа одлука многу малку или воопшто не ја намалила стапката со која тие признаваат. Притоа најчесто се повикувале повторниците, односно оние кои веќе биле запознати со начинот како функционира правниот систем.⁷⁷²

Проблемот со тестот на доброволност е што, поротата е склона да верува во точноста на признанието дадено по добивање на Миранда поуките дури и кога има ослободувачки докази, имено тоа изгледа поверодостојно отколку кога би било дадено без поуки, што значи помага поротата да се убеди во вината на обвинетиот. А, скоро е невозможно да се убеди судијата дека не било доброволно дадено, односно ја олеснува одлуката на судијата да го одбие барањето за издвојување⁷⁷³ или како што пишал ВСС „случаите во кои обвинетиот може да изнесе значаен аргумент дека самоинкриминирачката изјавата била принудена и покрај што полицијата се придржувала до Миранда се ретки“.⁷⁷⁴

Оттаму, издвоените признанија веќе се ретки. Посебно е така, кога се знае дека преку кинематографијата Миранда поуките станале општо познати. Една национална анкета од 1984 г. открила дека 93% од испитаниците знаат дека имаат право на бранител ако се уапсени, а понова од 1991 г. дека 80% знаат за правото на молчење, така што малку е веројатно суд да прифати дека осомничениот не бил поучен за правата или дека ако се откажал тоа не го сторил доброволно и интелегентно.⁷⁷⁵

Затоа, постојат размислувања во правната теорија дека Миранда предупредувањата се празна формалност, целосно неефикасни, а Миранда не ги искоренила лажните признанија.⁷⁷⁶ Едно од нив се базира на заклучок дека само во 0,78% од случаите осомничениот не е спремен да разговара со полицијата, ни да го признае делото. Исто така се тврди дека техниките на сослушување по 1964 г. се промениле со цел да се елиминира ефектот на Миранда преку различни методи на психолошки притисок,⁷⁷⁷ така што процентот на признанија пред и по Миранда

⁷⁷² Leo, 1996b, стр. 652-654; Leo, 2001, стр. 1003, 1009-1010, 1012-1013 - некои автори ефектот од Миранда го споредуваат со предупредувањата на кутиите со цигари; Leo, 1996a, стр. 286-288 - направил и други анализи во смисла колкав процент од оние што се повикале или откажале од своите Миранда права биле обвинети односно осудени, меѓутоа истите не се битни за трудот бидејќи генерално кај тие што се откажувале, предметот завршувал со спогодба, а не со судење на кое било поднесено барање за издвојување на доказите; Види и Alschuler, 2007, стр. 1816 и Iontcheva Turner, 2019, стр. 124.

⁷⁷³ Duke, 2007, стр. 561-562, 568; Види Leo, 1996b, стр. 669 и Leo, 2001, стр. 1024 кој посочува туѓо истражување по кое само 5 од 7035 случаи резултирале со загубени осуди поради издвоени признанија; Duke/ Lee/ Pager, 2007, стр. 40 - посочуваат туѓо истражување кое нашло само 0,16% издвоени признанија од 7767 случаи, и тоа поради неадекватни Миранда поуки, а не зашто биле недоброволни.

⁷⁷⁴ *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 430, 444 (2000). Впрочем како што стои на стр. 441 никој во постапката пред судот не го поддржал законот од 1968 г. со кој Конгресот практично сакал да ја укине Миранда. Фактот што никој, дури ни полициските синдикати, не го бранеле како уставен тој закон, потврдува дека полицијата успешно се прилагодила на Миранда.

⁷⁷⁵ Leo, 1996b, стр. 651.

⁷⁷⁶ Duke, 2007, стр. 563-566; Критички за ваквите гледишта Leo, 1996b, стр. 668-672, 678-679 - Миранда имала големо влијание на најмалку четири различни начини: 1) извршила цивилизациско влијание врз однесувањето на полицијата при испрашувањето и со тоа ги професионализирала полициските практики, 2) ја трансформирала културата и дискурсот на полициско откривање, 3) ја зголемила јавната свест за уставните права и 4) ја инспирирала полицијата да развие поспецијализирани, пософистицирани и навидум поефикасни техники за испрашување со кои може да се извлечат инкриминирачки изјави.

⁷⁷⁷ Gorkič, 2005, стр. 800-801.

останал скоро непроменет,⁷⁷⁸ а не била значително засегната ни стапката на осуди, што значи дека Миранда немала негативно влијание врз органите на прогонот.⁷⁷⁹ Напротив може да се каже дека им помогнала, така што не е случајно тоа што од 70-тите години на минатиот век, практично сите поголеми полициски лоби групи или здруженија ја поддржуваат Миранда и тој став оттогаш се нема променето.⁷⁸⁰

Ако на Миранда се гледа како на одлука која требало да ги елиминира полициските сослушувања како метод на работа на полицијата или на одлука која требало да ги искорени самите признанија тогаш би се согласил со горните гледишта за нејзината неефикасност. Меѓутоа целта на Миранда не била да го направи незаконит чинот на признавање на делото, туку тој да биде интелигентен, доброволен и волев акт. Нејзината цел била тие да не бидат претпоставено изнудени, туку доброволно дадени. Затоа ако и покрај Миранда бројни осомничени даваат признанија можеби не треба да се бара вината во неа.

Од друга страна точно е дека полицијата ги променила методите и ја искористила Миранда во своја полза. Првично согледувана како пречка за полицијата, оваа одлука во суштина ја отежнала положбата на осомничените. Но, една одлука не може да реши сè. Таа лоцирала проблем и своевременно го решила. Впрочем за тоа доволно зборуваат отпорите и критиките кон Миранда од полициските здруженија во тоа време. Ако полицијата се прегрупираше и почнала да користи нечесни методи и психолошки практики, тогаш тоа треба да се санира со нови мерки и решенија.

Една од нив е снимањето на испрашувањето како што е тоа во Алјаска, Минесота и други 17 федерални држави,⁷⁸¹ Обединетото Кралство,⁷⁸² Австралија,⁷⁸³ Тајван,⁷⁸⁴ Италија,⁷⁸⁵ кое е корисно бидејќи ја штити полицијата од лажни обвинувања за употреба на нелегални и неетички методи, го подобрува квалитетот и професионалноста на полициската работа (придонесува за професионализација на распитот), обезбедува доказ за држењето на осомничениот, за правичноста на полициските методи, за целовитоста и законитоста на добиената изјава (ја зачувува изјавата во изворна, неизменета форма), а може да обезбеди и емпириски податоци за

⁷⁷⁸ Slobogin, 2003, стр. 309-310 - признанијата по Миранда се движеле меѓу 52-55%, а пред меѓу 45-60%.

⁷⁷⁹ Leo, 1996b, стр. 645, 676-677.

⁷⁸⁰ Leo, 2001, стр. 1004, 1006, 1021-1023, 1025-1026.

⁷⁸¹ Kamisar, 2012, стр. 1027-1028 - смета дека е добро решение како за проверка на доброволноста на признанието, така и за тоа дали полицијата ги испочитувала барањата од Миранда; Исто и Duke, 2007, стр. 569-570; Слично Leo, 2001, стр. 1028 - електронско аудио или видео снимање на испрашувањата е најперспективната реформа за испрашувањата на нашата ера; Macula/ Gless, 2019, стр. 359 - сметаат дека видео снимките како и камерите на униформите на полициските службеници се добри мерки со превентивен ефект. Тие како превентивна мерка предлагаат учество на адвокати или претставници на невладини организации во процесот на собирање на доказите, а во спротивно овие да не бидат прифатливи во суд (ценам дека последново е нереална опција); Duke/ Lee/ Pager, 2007, стр. 47-48, 50 - предлагаат задолжително видео и аудио снимање на испитувањето на осомничените и сведоците.

⁷⁸² Bradley, 1993, стр. 186 - посочува случај во кој апелациониот суд ја издвоил изјавата дадена по прекин на снимањето (The Queen v. Bryce, 1992 Crim. L. Rev. 728); Bradley, 2001, стр. 386 - пропустот да се снима испрашувањето вообичаено ќе резултира со издвојување на изјавата.

⁷⁸³ Bradley, 1993, стр. 194 - сите испитувања од федералните власти мора да се снимаат на лента освен ако не е разумно изводливо да се направи тоа, и освен во ваков случај, неснимените интервјуа се недопуштени; Slobogin, 2003, стр. 315 - осомничениот добива примерок од снимката.

⁷⁸⁴ Lin/ Wang/ Chen/ Tsai-Chen/ Tsai, 2019, стр. 136, 153 - задолжително е аудио, а по потреба и видео снимање на целото испитување.

⁷⁸⁵ Бужаровска/ Ре/ Карнакас, 2010, стр. 49, 56; Во Швајцарија постои план за дополнување на ЗКП во насока на воведување задолжителна обврска за снимање на испитувањата на осомничениот - Macula, 2019, стр. 49.

причините поради кои осомничените признаваат.⁷⁸⁶ Покрај видео снимките од испитувањето растечки тренд во САД е поставувањето камери на полициските униформи заради снимање на контактите на полицијата со граѓаните, како и снимање на препознавањата.⁷⁸⁷

7.2.2. Повреда на правото на бранител

Претходно видовме, една од поуките кои полицијата мора да му ги даде на осомничениот пред да почне со притворското испитување е за правото на бранител. Ова право судот пред Миранда го третираше во друга одлука од 1964 г. која иако никогаш експлицитно не ја укинал, имплицитно ја заменил со Миранда, заради фактот што се базирала на VI амандман.⁷⁸⁸ Фактички од Миранда, правото на стручна помош во фазата на полициска истрага судот почнал да го изведува од амандманот V, за разлика од VI кој го гарантира истото право само по поднесување на обвинението.

Правна претпоставка е дека штом осомничениот се повикал на правото на бранител, секое откажување од тоа право како одговор на последователен полициски обид за испрашување во притвор е неволно. Бранителот мора да биде присутен за време на сослушувањето, зашто заштитата не завршува ниту правото на бранител се задоволува само со средба со бранител надвор од просторијата за испрашување.⁷⁸⁹ Ако осомничениот побара бранител сослушувањето мора да престане, тој не може да биде подложен на распит и да има дополнително сослушување без присуство на неговиот бранител,⁷⁹⁰ но, за да се повика на ова право треба изречно да каже, а изјавата да биде јасна и недвосмислена.⁷⁹¹

Од таа причина полицијата не смее да започне со распит ниту во однос на конкретното, ниту во однос на друго дело без претходно да го обезбеди бараниот бранител. Но, доколку обвинетиот сам иницира контакт со полицијата, изрази желба да зборува со нив или отпочне разговор за делото, ќе се смета дека откажувањето од правото е доброволно, свесно и интеллигентно,⁷⁹² бидејќи откажувањето од Миранда правата освен изречно може да биде и имплицитно.⁷⁹³

Затоа пак, после одредено време на слобода, кое судот го определил на 14 дена, полицијата повторно добива право да му се обрати на осомничениот без тоа да

⁷⁸⁶ Slobogin, 2003, стр. 314 и Leo, 1996b, стр. 681-684, 688-689 - кој смета дека фер постапката бара задолжителна снимка од полициските испитувања во сите кривични случаи; Во интерес на вистината да предочам дека, ЕСЧП иако признава дека снимањето на разговорот, како и присуството на бранителот, претставуваат заштита од непримерното однесување на полицијата, не е уверен дека тоа е неопходен предуслов за правичност во смисла на чл. 6 ст. 1 од ЕКЧП - *Brennan v. the United Kingdom*, A. no. 39846/98, 16.10.2001, § 53.

⁷⁸⁷ Iontcheva Turner, 2019, стр. 108.

⁷⁸⁸ *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 486, 488, 490-491 (1964).

⁷⁸⁹ *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477 (1981).

⁷⁹⁰ *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146 (1990); Слично и во Канада, инаку изјавата ќе биде недозволена. Но, тоа се однесува само на изјавата и на околностите под кои бил најден некој материјален доказ (пр. осомничениот ја посочил локацијата), но не и на самиот материјален доказ - *Bradley*, 1993, стр.201 кој се повикува на *The Queen v. Manninen* 58 C.R.(3d) 97 (1987) и *The Queen v. Black* 70 C.R.(3d) 97 (1989). Но, откако полицијата му овозможи на обвинетиот да разговара телефонски со бранителот, таа нема обврска да запре со испитувањето ако тој повторно посака да комуницира со него - *Boyle/ Cunliffe*, 2012, стр. 81-82 кои го посочуваат *R v Sinclair* 2010 SCC 35, (2010) 324 DLR (4th) 385).

⁷⁹¹ *Davis v. United States*, 512 U.S. 452 (1994).

⁷⁹² *Arizona v. Roberson*, 486 U.S. 675 (1988); *Oregon v. Bradshaw*, 462 U.S. 1039 (1983).

⁷⁹³ *North Carolina v. Butler*, 441 U.S. 369 (1979).

претставува повреда на правилото дека претходно мора да има волево, свесно и интелигентно откажување од правото.⁷⁹⁴

Како куриозитет, во Руската Федерација недовербата на законодавецот кон полицијата била толкава што вовел радикална иновација која гарантира повеќе права и од Миранда. Изјавата на осомничениот дадена пред истражител без присуство на бранител, ќе се издвои ако на судењето обвинетиот ја повлече, без оглед на фактот што во истрага можеби свесно се откажал од правото на бранител. На овој начин законот поставил брана во однос на убедувањата моќ на полицијата осомничениот доброволно да се откаже од правото на бранител.⁷⁹⁵

Меѓутоа читањето на законите може да создаде една претстава, а праксата, стварноста да открие друга вистина. Таман цитира трудови во кои е опишано како оваа навидум непропусна заштита полицијата успеала да ја совлада преку т.н. „џебни адвокати“. Тоа се адвокати кои соработуваат со полицијата, ја издаваат својата професија, заработуваат од поставувањата по службена должност и често ја делат наградата со истражителите кои ги повикале. Така на пр. во 2004 г. адвокатската комора избркала адвокат кој дозволил осомничен, кому полицијата му ја скршила вилицата од ќотек, да признае. За незаконската пракса придонес дал и Врховниот суд со ставот одбраната да не смее на поротата да ѝ ги претстави околностите под кои било дадено признанието. Сметал дека издвојувањето е прашање за кое одлучува суд, а процедуралните моменти од испитувањето не се поврзани со фактичките прашања и не може да бидат предмет на анализа од поротата.⁷⁹⁶

7.3. Забрана за коментирање на молчењето

Амандманот V го признава правото на молчење, па секаков коментар од обвинителството дека обвинетиот пропуштил да сведочи за настанот, како и упатството од судечкиот судија што ѝ дозволува на поротата да го земе предвид тој факт како доказ за вина се забранети.⁷⁹⁷ Спротивното би значело дека удел во осудата на обвинетиот не ќе имаат доказите понудени од обвинителството, туку неговото молчење што би било во колизија со дамнешното правило дека треба да докаже оној што напаѓа, а не тој кој се брани. Заклучок донесен на база на молчење е заклучок кој не се базира на доказ туку на претпоставка, а изведување заклучок од молчење е спротивно на пресумпцијата на невиност, односно принципот дека обвинетите се невини додека не се докаже вината.

⁷⁹⁴ *Maryland v. Shatzer*, 559 U.S. 98-99 (2010) - Едвардс создаде претпоставка дека штом осомничениот се повика на Миранда правото на присуство на бранител, секое откажување од тоа право како одговор на последователен полициски обид за испрашување во притвор е неволно... Лесно е да се верува дека подоцнежното откажување на осомничениот било изнудено или наметнато кога е задржан во непрекинат притвор од неговото прво одбивање да се откаже. Тој останува отсечен од неговиот нормален живот и изолиран во атмосфера во која доминира полицијата, каде што оние што го заробиле изгледа дека ја контролираат неговата судбина. Но, кога осомничениот е ослободен од притвор и се вратил на својот нормален живот извесно време пред подоцнежниот обид за испрашување, нема многу причини да се мисли дека неговата промена во мислењето била изнудена. Бидејќи пресумпцијата од Едвардс е утврдена со мислење на овој суд, соодветно е овој суд да го определи периодот на ослободување од притвор што ќе ја прекине нејзината примена... соодветниот период е 14 дена, што му дава доволно време на осомничениот повторно да се прилагоди на неговиот нормален живот, да се консултира со пријатели и адвокат и да ги отстрани сите останати присилни ефекти од претходниот притвор.

⁷⁹⁵ Thaman, 2008, стр. 379.

⁷⁹⁶ Thaman, 2008, стр. 380-381 - во САД одбраната може да ѝ укаже на поротата за спорните истражни методи независно што судот на *voir dire* го одбил барањето за издвојување.

⁷⁹⁷ *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965); Исто и во Германија според одлука од 1983 г. забрането е донесување негативни заклучоци од одбивањето осомничениот да зборува со полицијата - Pakter, 1985, стр. 19-20; Поинаку во Англија, Франција и Сингапур - види *infra* глава VII 1.3., 10. и 22.

Спогодбата за вина *de jure* значи откажување од привилегијата против себеобвинување. Но, таа не значи автоматско откажување од уставното право на молчење за време на изрекувањето на санкцијата. Судот ни тогаш кога утврдува факти битни за висината за санкцијата не смее да носи негативни заклучоци за обвинетиот само на база на неговото молчење.⁷⁹⁸

7.4. Изјава дадена со повреда на *habeas corpus*⁷⁹⁹ правата

Апсењето на осомничениот сосема разбирливо значи одземање на неговата слобода на движење. Но, погрешно е да се мисли дека задржувањето го ограничува само неговиот избор каде и кога да се движи и ништо друго. Кога е во рацете на полицијата тој е под нејзина непосредна власт и неговиот живот, физичко и психичко здравје зависат не толку од него колку од другите. Таквата ограничувачка и опресивна средина сама по себе создава притисоци врз уапсените лица дури и кога полицијата не презема спрема нив недозволен активности како тепање, изгладнување, лишување од сон, неоправдано и долго осамување и сл. Затоа конвенциите и законите на лицата затворени пред правосилна осуда им гарантираат судска контрола на законитоста на апсењето и натамошното задржување. Тие треба веднаш или во законски пропишан краток рок (обично 24-48 часа) да бидат изведени пред суд кој ќе одлучи за законитоста на апсењето, потребата од нивно притворање и кој во редовни интервали ќе ја преиспитува нужноста од нивно натамошно задржување.

ВСС доста рано одлучувал за легалноста на признанието дадено од осомничен кој пред да биде изведен пред суд долго време бил држен во полиција. Во основа признанието е неприфатливо и треба да се издвои ако е добиено за време на неразумно долг период на притвор помеѓу апсењето и првичното појавување на суд без разлика дали се чини дека е доброволно дадено или не.⁸⁰⁰

Општо познато е дека по 11.9.2001 г. странците за кои постојат сомнежи дека се поврзани со милитантни исламистички групи или се осомничени за тероризам се носат во поморската база во заливот Гвантанамо во Куба. ВСС оценил дека и тие имаат уставни права да го оспорат нивниот притвор пред судовите во САД и да покажат дека се задржани врз основа на погрешни тврдења или толкувања на релевантниот закон.⁸⁰¹

Само што во овие постапки очигледно немаат исти права како и државјаните на САД. Имено, окружните федерални судови не смеат да ги исклучат доказите по слушање,

⁷⁹⁸ *Mitchell v. United States*, 526 U.S. 314 (1999); Исто и во Германија - *Juy-Birmann*, 2005, стр. 328.

⁷⁹⁹ Латински израз кој значи „ваше е телото“. *Habeas corpus act* бил донесен во 1679 г. и нудел процедурални гаранции од арбитрарно затворање, како што се обврска притвореното лице да биде изведено пред суд кој одлучувал за законитоста на притворот, индивидуите требало да бидат информирани за причините за апсењето, имале право на жалба, забранувал затворање за дело за кое поединецот веќе бил ослободен и сл. - *Тренеска-Дескоска*, 2006, стр. 97-98.

⁸⁰⁰ *McNabb et al. v. United States*, 318 U.S. 332 (1943) - признанија за убиство што обвинетите ги дале во полиција во 3-те дена во кои биле држани без да бидат изведени во суд; *Mallory v. United States*, 354 U.S. 449 (1957) - поништил осуда на обвинет кој признал силување за време на 18 часовно одложување додека да биде изведен пред суд. Нему не му било кажано дека има право на бранител, право да молчи, па фактот што подоцна бил изведен пред суд кој му ги појаснил неговите права ја изгубило својата смисла и цел кога делото веќе било признато; Слично и *Haynes v. Washington*, 373 U.S. 503 (1963) кај *Loewy*, 1989, стр. 935; Исто и во Австралија за осомничен држен во полиција 28 часа пред да биде изведен пред суд во кое време го признал делото - *Bradley*, 1993, стр. 193 (*The Queen v. Williams* 161 C.L.R. 278 (1986)); Во Германија продолжените задржувања во полиција над законскиот лимит од 24 часа по измените на ЗКП од 1950 г. повеќе не се сметаат за проблем, поради законската пречка така добиените изјави да се употребат во судска постапка - *Rakter*, 1985, стр. 20; Поинаку во Англија, каде Бичак не нашол случај во кој признанието било издвоено бидејќи бил пречекорен законскиот лимит до кога осомничениот може да биде држен во полиција без да е изведен пред суд - *Viçak*, 1995, стр. 334.

⁸⁰¹ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008) кај *Ahuja/ Tutt*, 2012, стр. 186.

а владините извештаи се пресумптивно точни и покрај познатите ризици инхерентни за изјавите дадени надвор од суд.⁸⁰² А, владата е способна да генерира неограничено количество докази и да ги врами фактите во невообичаено обемен степен, при што во отсуство на забраната за докази по слушање, може да се соберат бројни извештаи од втора рака, со што се добива впечаток дека многу независни извори потврдуваат одредена верзија на настаните, иако секое такво известување е всушност изведено од истиот потенцијално несигурен извор. Таа тоа и го прави во пракса, ги затрупува судовите со илјадници документи и стотици експонати, од кои многу инаку би биле недозволиви.⁸⁰³

7.5. Изјава од незаконски уапсено лице

Ако обвинетиот незаконски бил уапсен неговото признание може да биде неприфатливо без оглед што пред да ја даде изјавата полицијата му ги прочитала Миранда правата. Овдека ексклузијата според одлуката донесена едногласно од ВСС се базира на повреда на IV, а не на V амандман.⁸⁰⁴ И обратно при законско апсење, нелегалниот влез во нечиј дом не ја прави невалидна изјавата дадена по читање на Миранда правата.⁸⁰⁵

Овде фактички постои исклучок од теоријата плодони од отровно дрво, бидејќи подоцнежната изјава не се гледа како плод на нелегалниот влез во домот. Би имало ексклузија за материјалните докази најдени при незаконитиот претрес, но кога станува збор за признанието фокусот се става на Миранда правата која се гледа како лакмус преку кој се проценува исправноста на признанието и разредувач кој ја слабее врската помеѓу неовластеното влегување и подоцнежната изјава.

⁸⁰² Ahuja/ Tutt, 2012, стр. 190, 192-193 - се смета за вистинит резимиран, сумиран извештај од испитувачот за содржината на изјавата која нему преку преведувач му ја дало испитуваното лице, без оглед дали тој е или не е достапен да сведочи за точноста на спорните делови од извештајот и без оглед што лицето кое ја дало изјавата, а подоцна ја спори е достапно и подготвено да сведочи.

⁸⁰³ Ahuja/ Tutt, 2012, стр. 195.

⁸⁰⁴ Brown v. Illinois, 422 U.S. 590 (1975) - ВСС не се согласил со стојалиштето на пониските судови дека причинската врска помеѓу незаконското апсење и добиените изјави била прекината со Миранда предупредувања и дека изјавите биле резултат на слободна волја. Според судот заштитата на IV амандман против воведување докази добиени при незаконско апсење не ослабува со читање на обвинетиот на неговите Миранда права. Тој не го прифатил гледиштето на пониските судови за усвојување начелно правило дека Миранда предупредувањата сами по себе ја прекинуваат каузалната врска, така што секоја следна изјава, дури и онаа предизвикана од континуираните ефекти на неуставниот притвор ќе се смета за прифатлива. Напротив на прашањето дали признанието е доброволно, а не изнудено треба да се одговори според фактите на секој случај во смисла на прецедентот Вонг Сун. Судот мора да го испита времето помеѓу апсењето и признанието на осомничениот, сите околности помеѓу, целта и скандалозноста на службеното недозволено однесување кога ќе утврди дали признанието на незаконски уапсеното осомничено лице на кое му биле прочитани Миранда правата, може да биде прифатено како доказ. Судот одлучил дека Амандманите IV и V се замислени да делуваат заедно, така што дури и ако се утврди дека изјавата е доброволна како што бара V амандман, таа сепак може да биде резултат на незаконски претрес според IV амандман и заради тоа недозволива. Бидејќи апсењето на Браун било незаконско, а изјавите јасно произлегле од тоа апсење, судот оценил дека се неприфатливи; Слично и во Dunaway v. New York, 442 U.S. 200 (1979).

⁸⁰⁵ New York v. Harris, 495 U.S. 14 (1990) - дали е недозволива изјавата на обвинетиот ако е резултат на влегувањето на полицијата во домот на обвинетиот без налог или согласност со повреда на IV амандман? Не, ексклузиското правило беше дизајнирано да ја заштити физичката светост на домот, а не да им даде заштита на осомничените за криминал од изјавите дадени надвор од просториите кога полицијата има веројатна причина за апсење. Бидејќи полицијата имала веројатна причина за апсење, Харис не бил незаконски во притвор кога му биле прочитани Миранда правата во станицата и ја дал спорната изјава.

7.6. Признание дадено на таен агент или информатор

Признание дадено на таен агент кој бил цимер на осомничениот во затворската ќелија не се смета за дадено во опресивна, принудна атмосфера бидејќи овој можел да бира дали ќе зборува или не со него.⁸⁰⁶

Некогаш изгледа премногу формалистичка праксата на ВСС, зашто во следната одлука во која единствена клучна разлика е што осомничениот веќе бил обвинет, судот нашол дека сведочењето на цимерот како информант за она што обвинетиот му го кажал додека биле заедно во ќелијата било спротивно на VI амандман.⁸⁰⁷ И тука изјавата е доброволна, па по тој основ не може ништо да се приговори. Знаеме дека V амандман и Миранда правата се однесуваат на фазата пред обвинение кога осомничениот е уапсен и му е ограничена слободата на движење, а VI по обвинување. Не постои правна пречка полицијата да продолжи да истражува по поднесено обвинение, а поради фактот што обвинетиот не знаел дека зборува со информант и не бил принуден тоа да го прави, мојот став е спротивен од судот во овој случај.

Што кога доушникот не сака јавно да сведочи за она што го разбрал? Ова е пракса во ситуации кога тој не е затвореник, но е лице од криминалното милје или има одредена професија која му овозможува контакт со лица од подземјето и преку која доаѓа до сознанија за минати или идни криминогени појави. Тука секако стојат на располагање системите за вонсудска и судска заштита на сведоци, кои се незаобиколен елемент на американската кинематографија (маршали за заштита на сведоци, преселување, промена на идентитетот и сл.). Но, може тој да не сака да направи таков рез во животот, а ниту пак полицијата да се лиши од неговите идни услуги. Прашањето е дали би можело да се сослуша полицискиот службеник како сведок по слушање за она што го чул од него со сите резерви по однос на кредибилитетот на доказот од втора рака. САД како и другите земји на common law традицијата е позната по правилото за забрана на сведоците по слушање, кое сепак има повеќе исклучоци. Ова практично било едно од првите ексклузивски правила кои се појавиле во англосаксонското право за да се заштити поротата од докази кај кои можноста од прејудиирачко влијание е поголема од нивната доказна вредност посебно што овој сведок не може да биде подложен на вкрстено испрашување за забележувањата кои ги имал изворниот сведок.

Шкулиќ пишува за праксата во Германија која прифаќа сослушување на полициски службеници наместо информатори, но укажува дека таквото сослушување на деривативни сведоци во кривичната постапка во Србија е апсолутно неприфатливо при што нема пречка нивните информации да се употребат на информативно ниво од полицијата како индиции за насоките и правците каде таа може да бара непосредни

⁸⁰⁶ Illinois v. Perkins, 496 US 292 (1990) - не се дава Миранда заштита на разговорите меѓу осомничените и тајните полицајци бидејќи тие не се вршат во атмосфера доминирана од полицијата каде што е присутна принуда да се признае. Премисата на Миранда е дека опасноста од принуда произлегува од интеракцијата на притворот и службеното испрашување.

⁸⁰⁷ United States v. Henry, 447 U.S. 264 (1980) - правото на Хенри на помош од бранител од VI амандман било повредено со прифаќање на судењето на инкриминирачките изјави кажани на неговиот цимер, таен владин доушник, дадени по обвинувањето и додека Хенри бил во притвор. Според ВСС употребата на платен доушник кој учествувал во разговори со обвинетиот го повредува VI амандман, иако на доушникот му било наложено да не иницира никаков разговор со обвинетиот или да не го испрашува. ВСС оценил дека правото на бранител од VI амандман на Хенри било активирано во времето кога тој ги дал изјавите, дека конкретното спомнување на Хенри од страна на владата на тајниот доушник, кој редовно добивал надомест за непредвидени ситуации, претставувал еден вид афирмативен чекор за да се обезбедат инкриминирачки информации од Хенри во отсуство на неговиот бранител забранети со VI амандман. Со намерно создавање ситуација која веројатно ќе го наведе обвинетиот да даде инкриминирачки изјави без помош од бранител, владата го прекршила правото на бранител од VI амандман; Слично ЕСЧП во Allan v. the United Kingdom, A. no. 48539, 5.11.2002, infra VI 5.2.

докази и информации што би биле доказно веродостојни во кривичната постапка.⁸⁰⁸ Првично во Германија било забрането да се сослушува тајниот агент за содржината на разговорите со осомничените бидејќи на тоа се гледало како на изигрување на правото на молчење, иако немало пречка лицата за кои тој дознал во тие разговори да бидат повикани како сведоци. Меѓутоа големиот сенат на Сојузниот врховен суд со одлука од 1996 г. дозволил изјавите прибавени за време на прикриените разговори да се користат во доказни цели, ценејќи дека привилегијата од самообвинување штити од присилба, а не од сопствена заблуда. Германската судска пракса со тек на време развила исклучок од правилото за ситуации во кои разговорот на тајниот агент со осомничениот поради интензитетот, времетраењето и притисокот попримил карактер на испитување. Па така, за ситуации кои се функционален еквивалент на испитување, а посебно кога осомничениот пред тоа на формалното испитување се бранел со молчење постои доказна забрана за употреба на изјавите.⁸⁰⁹

И мојот став е дека нема законска пречка наместо информантите, да се испитаат тајните агенти, со сите ризици кои ги носи доказот од втора рака.⁸¹⁰ Дополнителен фактор за внимателност е и тоа што ова се лица под контрола на органите на власта, па затоа добро е македонското решение во чл. 400 од ЗКП/10 кое забранува пресудата да се базира исклучиво на ваков доказ (види *infra* VIII 6.4.).

Често пати на обвинителството за да докаже случај неопходно му е сведоштво од некој член од криминалната организација или соучесник во делото, а не користење на посреден доказ. Ова се лица кои од една страна знаат за криминалот, а од друга страна самите не се сторители на тешки к.д. или нивната вмешаност е помала. Законодавствата на државите различно ја решиле употребата на овие лица, па така ним може да им биде изречена поблага казна, може да добијат имунитет од гонење или она што за нас е битно може изјавата која свесно и доброволно ја дале да не се употребува против нив, зашто спротивното би значела повреда на нивното право против самоинкриминација заштитено со V Амандман.

Ако до 70-те години на минатиот век САД за ваквите сведоци обично користеле спогодбен имунитет, односно имунитет од гонење за делото за кое сведочеле, по овој датум тој е заменет со т.н. корисен имунитет кој предвидува единствено дека сведочењето или дадената изјава нема да се користи против сведокот во идна постапка против него.⁸¹¹ Овој имунитет не спречува органите да го гонат сведокот врз основа на докази добиени од независен извор, односно докази кои не потекнуваат од дадената изјава. Но, изјавата не може да се користи против сведокот ни директно ни индиректно

⁸⁰⁸ Škulić, 2005, стр. 688-689 - тоа се често бивши или актуелни криминалци, сопственици на локали, вработени во хотели, таксисти, проститутки, сопственици на јавни куќи кои на полицијата за паричен надоместок, а некогаш и од други причини и даваат информации, но не се повикуваат како сведоци. Ни полицијата нема интерес тие да се појават како сведоци, зашто би изгубила драгоцен извор на информации за во иднина. Имено, тоа би било погубно за полициското дејствување зашто ако се присили такво лице да сведочи, би се демотивирале останатите од соработка со полицијата.

⁸⁰⁹ Karas, 2012, стр. 133-135 - одредени теоретичари меѓу кои и Клаус Роксин не се согласуваат со таквото гледиште на судот и сметаат дека во таков случај постои самообвинување поради измама.

⁸¹⁰ Правилото за доказите по слушање е базирано на теоријата дека вонсудски дадените изјави подлежат на посебни ризици. Декларантот можеби лаже; можеби погрешно ги согледал настаните за кои раскажува; може погрешно ги меморирал; неговите зборови може погрешно да биле разбрани или извадени од контекст од слушателот. И начините на кои овие опасности се минимизираат со судски дадените изјави - заклетвата, свеста на сведокот за важноста и сериозноста на постапката, способноста на поротата да го набљудува однесувањето на сведокот и, најважното, правото на спротивната страна на вкрстено испрашување - генерално се отсутни за работите кажани надвор од судот - *Williamson v. United States*, 512 U.S. 594, 598 (1994) - кај *Ahuja/ Tutt*, 2012, стр. 194.

⁸¹¹ Lukić, 2005, стр. 876.

против него, што значи во вакви случаи доаѓа до примена и теоријата плодови од отровно дрво.

8. Ограничувања на ексклузивното правило кај вербалните докази

Како за материјалните докази така и овде, главнината на ограничувањата се појавија во 70-те години на XX век што ја потврдува тезата дека составот на судот (либерален или конзервативен) директно влијае на судбината на ексклузивното правило. Ограничувањата се тие кои го стеснуваат правилото, ја намалуваат неговата јачина и силината на бодежот.

8.1. Законски дозволена принуда

Под овој термин спаѓаат сите ситуации во кои истражните органи може да го принудат човекот нешто да трпи или да направи, а резултатите од присилата да може законски да ги користат како доказ против него.

Овие принудни дејствија не се однесуваат само на сведоштвата туку и на материјалните докази. Но, ќе биде доста непрактично целината да се сегментира во посебни делови, па малку за ова да се каже кај материјалните докази, а малку кај вербалните, поради што заради разбирливост и јасност под едно име сите се вметнати во оваа потточка.

Видовме погоре, со V амандман забрането е човек да се присили да даде изјава против себеси. Но, не е забрането неговото тело доброволно или под принуда да се користи како доказ против него, пр., дозволено е сведочењето на лице дека обвинетиот пред него облекол блуза и таа му била точна, независно дали бил присилен да го стори тоа.⁸¹²

Оттука, не е забрането обвинетиот да се користи како доказ, тој да биде предмет на препознавање или да се прави анализа на негов биолошки материјал (телесни течности, влакна и сл.), но не смее да се принуди да даде изјава, освен ако сам не посака. Така, да се бара некое лице да даде примерок од крв за да биде испитана содржината на алкохолот во крвта не е прекршување на привилегијата против себеобвинување. Упадите во човековото тело генерално влегуваат во сенката на IV амандман и изискуваат налог освен ако не постои валиден исклучок за постапување без судски налог,⁸¹³ но не се предмет на V амандман. Тоа не значи дека таквите докази по секоја цена се прифатливи, бидејќи и тие може да бидат издвоени само не врз база на V амандман, туку на основа на повреда на правото на правична постапка заштитено со XIV амандман.⁸¹⁴ Во овој предмет ВСС ја поништил осудата и правејќи паралела помеѓу XIV и V амандман кажал „...постапката со која е добиена оваа осуда не навредува некоја префинета гадливост или приватен сентиментализам во врска со премногу енергичната борба против криминалот. Ова е однесување кое ја

⁸¹² *Holt v. United States*, 218 U.S. 252-253 (1910) - забраната за присилување на маж во кривичен суд да биде сведок против себеси е забрана за употреба на физичка или морална принуда за изнуда на комуникација од него, а не исклучување на неговото тело како доказ кога тоа може да биде материјално.

⁸¹³ *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966); *Missouri v. McNeely*, 569 U.S. 141 (2013).

⁸¹⁴ *Rochin v. California*, 342 U.S. 165-167 (1952) - поседувајќи информација дека Рохин продава наркотици, полициски службеници незаконски упаднале во неговиот дом, влегле во спалната соба, забележале две капсули на масичката до креветот и кога прашале чии се тој ги проголтал. По неуспешна борба да ги извлечат со сила, го однеле во болница, каде што против негова волја му бил даден еметик. Повратил две капсули на кои била направена анализа и било откриено дека содржат морфин. Тие биле прифатени како клучни докази и покрај неговиот приговор по што бил осуден за поседување недозволен супстанци. Иако Апелациониот суд прифатил дека службениците биле виновни за незаконски упад во неговиот дом, за незаконски напад врз него додека бил во спалната соба и за незаконско држење, напад и тортура додека бил во болницата ја одбил неговата жалба со образложение дека се чувствувал обврзан со одлуките на државниот Врховен суд.

шокира совеста. Незаконското навлегување во приватноста на барателот, борбата да му се отвори устата и да се отстрани она што беше таму, насилното вадење на содржината на неговиот stomak - овој тек на постапката на агентите на владата за да се добијат докази е подобен да ги навреди дури и затврдените чувства... Одамна престана да биде вистина дека правичната постапка не води сметка за средствата со кои се добиваат инаку релевантни и веродостојни докази... Би било омаловажување на одговорноста што текот на уставната историја му ја наметна на овој Суд да се заклучи дека за да осуди човек, полицијата не може со сила да го извлече она што го има во неговиот ум, туку може да го извлече она што му е во stomakot. Да се обидете во овој случај да правите разлика помеѓу она што адвокатите го нарекуваат „реални докази“ од вербални докази е да ги игнорирате причините за исклучување на принудните признанија. Употребата на неволни вербални признанија во државните кривични судења е уставно одбивна не само поради нивната неверодостојност. Тие се недозволени според Клаузулата за правична постапка, иако изјавите содржани во нив може независно да се утврдат како вистинити. Изнудените признанија го навредуваат чувството за фер игра и пристojност во заедницата. Така, овде, да се одобри бруталното однесување кое природно беше осудено од судот чија пресуда е пред нас, би значело да ѝ се даде на бруталноста законска наметка. Ништо не би можело погресметано да го дискредитира законот и со тоа да се брутализира темпераментот на општеството“.⁸¹⁵

Амандманот V својата моќ ја насочува кон вербалните, а не и реалните докази.⁸¹⁶ Па, така во истата категорија принуди од кои тој не нуди никаква заштита за осомничениот спаѓа присилното обезбедување негови примероци од крв, од ракопис,⁸¹⁷ отпечатоци,⁸¹⁸ да биде натеран да застане, да заземе одреден став, да направи одреден гест или да биде измерен,⁸¹⁹ да биде подложен на препознавање тој лично или неговиот глас,⁸²⁰ обврската да облече одредена облека,⁸²¹ да биде прегледан со рендгенски зраци

⁸¹⁵ *Rochin v. California*, 342 U.S. 172-174 (1952).

⁸¹⁶ Конкретно и Водинелиќ го дели ставот на Дамашка дека принципот „*Nemo tenetur se ipsum accusare*“, „*nemo prodere se ipsum*“ вреди само за вербалните искажувања на обвинетиот дадени пред органите на прогонот. Привилегијата да не зборува подразбира да не биде присилен да даде вербален доказ против себе. Продолжува, не може преку оваа привилегија да се образложи отпорот кон земањето отпечатоци. Тоа би било логичка грешка и замена на теза и ако непружањето на прстите заради дактилоскопирање се изедначи со недавање исказ, така ќе може со нови замени на тези да се образложи одбивањето да се отвори врата заради вршење претрес, непружање рака заради земање крв за утврдување на степенот на алкохолизираност и сл. Сите овие дејствија се преземаат над осомничениот од страна на трето лице при што тој е пасивен, додека при давањето исказ тој е активен, го дава волево и свесно. Личноста од која се земаат отпечатоци, која не мора да е осомничениот туку може да е и друго лице за кое однапред знаеме дека не е сторител на делото, не прави ништо, туку неа и се прави нешто. Дактилоскопската постапка е иста без оглед дали се земаат отпечатоци од личност што е при свест, која дава отпор или од онесвестена личност, само малку е различна кај умрена личност. На крај отпечатоците се еднакви независно дали се земени од свесна, несвесна или мртва личност, што не би можело да се каже кога осомничениот дава исказ своеволно или под дејство на хипноза или наркоанализа. Отпечатоците „зборуваат“ како „неми сведоци“, но не зборува осомничениот, исто како кога при негов претрес ќе се пронајдат *corpora delicti* не може да браниме теза дека осомничениот нешто кажал на своја штета - Водинелиќ, 1985, стр. 874-875.

⁸¹⁷ *Gilbert v. California*, 388 U.S. 263 (1967) - примерок од ракопис за разлика од содржината на напишаното е идентификувачка физичка карактеристика надвор од заштитата на V амандман.

⁸¹⁸ *Davis v. Mississippi*, 394 U.S. 721 (1969) кај LaFave/ Israel, 1992, стр. 485 - нелегалното апсење лице со цел да му се земат отпечатоци заради споредба во тековна истрага може да ги активира гаранциите од IV амандман и по тој основ да се издвои доказот.

⁸¹⁹ *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), афирмативно во *United States v. Wade*, 388 U.S. 223 (1967).

⁸²⁰ *United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 222-223 (1967) - ниту самото постројување, ниту ништо што се бара во него, не ја нарушиле привилегијата на испитаникот против самоинкриминација од V амандман, бидејќи само изложувањето на неговата личност заради набљудување од сведоците и користењето на неговиот глас како идентификациона физичка карактеристика не вклучувало принудување на обвинетиот да даде докази од testimонијална природа против себе што е забрането; *United States v. Dionisio*, 410 U.S. 1 (1973) - принудата да зборува не ја нарушува привилегијата од V амандман против присилна самоинкриминација, бидејќи гласовните примероци се користеле само за цели за идентификација, а не за сведоштво; Кај последниов случај нема проблем ни од аспект на IV амандман бидејќи бојата, тонот, звукот на гласот константно се изложени на јавноста, па не постои разумно очекување за приватност во однос на нив - LaFave/ Israel, 1992, стр. 133.

⁸²¹ *Holt v. United States*, 218 U.S. 245 (1910).

или ултравиолетово светло, да ги покаже забите или да му се земе калап од нив, да покаже тетоважа,⁸²² обврската на мајката да постапи по судски налог и да го доведе детето за кое има сомнеж дека го злоупотребува,⁸²³ да потпише согласност државата да добие податоци за евентуални негови сметки во странски банки.⁸²⁴

ВСС во последно посочената одлука од 1988 г. сметал дека согласноста не е сведоштво по природа, па принудата подносителот да ја потпише не ја нарушува неговата привилегија против самоинкриминација. За да биде сведоштво, усната или писмената комуникација, како и чинот на обвинетиот, мора експлицитно или имплицитно, да изнесува, да доведува до фактичко тврдење или да открие информации. А, овде такво нешто немало, бидејќи тој не призна дека има сметки во странство, туку ако евентуално имал, со она што бил принуден да го потпише би ги овластил банките да ги дадат бараните податоци на државните органи.

Очигледно кога станува збор за привилегијата против самоинкриминација се јавуваат неколку проблеми. Најпрво треба да се разграничи од што штити оваа привилегија, имено

- а) дали само обвинетиот да не биде присилен да даде исказ против себе,
- б) или и обвинетиот да не биде присилен да обезбеди материјални докази против себе, вклучително ни да даде информација каде се, и на крај
- в) што во оние ситуации кога законот бара од него (го принудува со санкција за непостапувањето) на државата да ѝ предаде одредена документација штетна за него.

8.1.1. Привилегијата и принудна продукција на материјални докази

Прашањето за продукција на материјални докази (писмени документи и сл.) кои би го инкриминирале обвинетиот ВСС прв пат го разгледал во една постара одлука⁸²⁵ донесена едногласно, која иако сè уште е на сила и не е укината, во нејзините битни делови е ограничена со поновите прецеденти.⁸²⁶ Но, и покрај тоа одлуката е значајна од неколку причини, зашто ВСС:

а) не го прифатил формалниот принцип за класификација на постапката, па иако законот ја третира како граѓанска, судот не се согласил со тоа.⁸²⁷ Ова било 90 г. пред ЕСЧП да донесе одлука со сличен правен резон.⁸²⁸

б) постоела законска принуда која влегувала во опсегот на IV и V амандман, зашто да се бара од сопственик да ги даде своите приватни книги и документи, со цел да докаже сопствено прекршување на законите, а со тоа и да постигне одземање на свој имот претставува принуда да стави на располагање докази против себе.⁸²⁹

⁸²² LaFave/ Israel, 1992, стр. 356.

⁸²³ Helmholtz, 1990, стр. 963 - се повикува на Baltimore City Dep't of Social Servs. v. Bouknight, 110 S. Ct. 900, 908 (1990).

⁸²⁴ Doe v. United States, 487 U.S. 201 (1988).

⁸²⁵ Boyd v. United States, 116 U.S. 616-620 (1886) - предмет на заплена биле 35 кутии со стакло поради неплатени увозни давачки. Според законот тоа било граѓанска постапка по тужба за неплатени царински давачки, а не кривична за изрекување паричка казна. Владата побарала и добила судска наредба која бара увозникот да ја предаде фактурата за набавка на стоката. Бојд постапил, но приговорил дека судската наредба и законот врз основа на кој била издадена биле неуставни и со тоа ништовни, бидејќи бил принуден да се самоинкриминира.

⁸²⁶ LaFave/ Israel, 1992, стр. 427-428.

⁸²⁷ Boyd v. United States, 116 U.S. 633-635 (1886).

⁸²⁸ Engel and others v. the Netherlands, A. nos. 510/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8.6.1976, § 80-85.

⁸²⁹ Boyd v. United States, 116 U.S. 619-622, 630, 633, 637 (1886) - секое задолжително откривање изнудено со лична заклетва, или принудување на продукција на неговите приватни книги и документи, за да го осудат за криминал или да му го одземат имотот, е спротивно на принципите на слободна влада... Веќе ја забележавме блиската врска меѓу двата амандмани. Тие фрлаат голема светлина еден на друг. Зашто

в) ВСС заклучил дека судскиот налог со кој било наредено да се достави фактурата и законот кој го овластувал судот да издаде таков налог се противуставни и ништовни, а прифаќањето на фактурата како доказ погрешна и неуставна постапка.⁸³⁰

Како што пишав, судот најпрво со тек на време го ограничил овој прецедент, но не го укинал. Согласно поновата пракса која се води само по V, а не и по IV амандман, не секое задолжение за продукција е противуставно. ВСС генерално одбива во вакви понови случаи да го примени IV амандман бидејќи реално нема претрес. Службените лица не влегуваат во туѓ дом, не пребаруваат, не вршат претрес. Дури нема ни одземање во смисла на IV амандман. Но, факт е дека со *subpoena duces tecum* под закана од санкција се бара лицето само да ги обезбеди бараните докази. Значи неспорно законска принуда има, односно недоброволно предавање на предмети кое има конекција со V амандман.

Каква е состојбата во САД сега по ова прашање може да видиме од прецедентите Фишер⁸³¹ и последно Хабел.

Во Фишер судот требало да одлучи по прашање што го тангира односот адвокат-клиент, односно дали адвокатот може да биде задолжен да предаде документи кои му ги дал неговиот клиент.

Неговиот став е јасен, ако странката не смее да биде задолжена да ги предаде документите кога тие би биле кај неа, на ист начин не може да биде задолжен ни адвокатот ако таа нему му ги предала.⁸³²

Главната причина е заштита на довербата во односот клиент - адвокат, бидејќи во спротивно клиентот неволно би доставувал документи на адвокатот или воопшто не би доставувал ако тие можат полесно да бидат одземени од адвокатот отколку од него. Во таков случај би се изгубила врската клиент - адвокат зашто адвокатот без сите документи и информации нема да може да даде квалитетен и целосен совет, а клиентот не ќе може да го добие. Но, ако странката под претпоставка да биле во нејзин посед документите, можела да биде задолжена да ги приложи, тогаш фактот што времено

„неразумните претреси и заплени“ осудени во IV амандман речиси секогаш се прават со цел да се принуди човекот да даде докази против себе, што во кривичните случаи е осудено во V амандман; и принудувањето на човекот „во кривична постапка да биде сведок против себе“, што е осудено во V амандман, фрла светлина на прашањето што е „неразумеан претрес и одземање“ во смисла на IV амандман. И не бевме во состојба да согледаме дека одземањето на приватните книги и документи на еден човек што ќе се користат како доказ против него е суштински различно од принудувањето да биде сведок против себе. Сметаме дека тоа е во рамките на јасната намера и значење на тие термини; Врската помеѓу IV и V амандман судот ја потенцирал и во други свои постари одлуки како *Agnello v. United States*, 269 U.S. 33-34 (1925).

⁸³⁰ *Boyd v. United States*, 116 U.S. 638 (1886).

⁸³¹ *Fisher et al. v. United States et al.*, 425 U.S. 393-396 (1976) - ВСС овде разгледувал 2 случаи. И во двата даночните обврзници кои биле под истрага за можна граѓанска или кривична одговорност, подигнале одредени документи поврзани со поврат на данок од нивните сметководители и ги предале на адвокатите што ги застапувале во истрагите. Даночната служба им врачила покани на адвокатите во кои побарала да ги донесат документите, овие одбиле да го сторат тоа, па по барање на Владата, Окружниот суд им наредил да го исполнат бараното. Во едниот предмет Апелациониот суд за III округ ја потврдил одлуката сметајќи дека даночните обврзници никогаш не стекнале владетелски интерес врз документите и дека документите иако во рацете на адвокатот не биле имуни на продукција. Во другиот предмет Апелациониот суд за V округ ја променил одлуката, сметајќи дека врз основа на V амандман, документите би биле привилегирани од продукција врз основа на поканата упатена до даночниот обврзник доколку тој го задржал поседот, и дека, во поглед на односот адвокат-клиент, даночниот обврзник ја задржал таквата привилегија откако ги предал документите на неговиот адвокат.

⁸³² *Fisher et al. v. United States et al.*, 425 U.S. 396, 404 (1976); Инаку канцелариите и списите на адвокат којшто самиот е предмет на кривична истрага може да бидат предмет на претрес и заплена и тоа не е спротивно ниту на IV, ниту на V амандман - *Andresen v. Maryland*, 427 U.S. 463 (1976).

биле кај адвокатот не прави разлика, бидејќи во спротивно сите криминалци би ги чувале своите документи кај адвокатите и адвокатите наместо правна помош би давале архиварски услуги. Сметам дека е дозволено одземање на предмети со кои е сторено к.д. или настанале од негово извршување (фалсификувани пари, лични документи или апарат за нивна изработка), а се наоѓаат кај бранителот, бидејќи чувањето такви предмети не може да се смета дел од професионалниот однос кој е привилегиран, туку евентуално помагање или прикривање на сторител на к.д.

Кога укажал дека привилегијата од V амандман што ја имал даночниот обврзник не е таа што ќе го оправда адвокатот од продукција, фактички се повикал на логиката од друг прецедент.⁸³³

Имено, привилегијата не штити од сопствена доброволна продукција на докази, а извршувањето на наредбите од страна на адвокатот не би го присилило ништо даночниот обврзник, ниту би го принудило да биде сведок против себе.⁸³⁴ Покрај тоа, иако налогот претставувал принуда, тој не изнудил сведоштво, тоа не биле негови документи туку на сметководителот, не биле подготвени од даночниот обврзник (не содржеле негово сведоштво) туку доброволно од сметководителот, а само фактот што можело да го инкриминираат не бил доволен за активирање на гаранцијата од V амандман која штити од изнудени изјави.⁸³⁵

Оваа одлука е посебно битна зашто го објаснува принципот претходен заклучок (foregone conclusion) што ќе стане водечки принцип по кој ќе се постапува во идни вакви случаи. Накратко, неговите главни одлики се:

а) чинот на продукција на докази како одговор на наредба има свои комуникативни аспекти независни од содржината на доставените документи,

б) постапувањето по наредбата премолчено го признава постоењето, држателот⁸³⁶ и автентичноста⁸³⁷ на бараните документи,

в) не може апстрактно да се одговори, туку во зависност од фактите на поединечниот случај ќе зависи дали таквите премолчени потврди ќе досегнат до границите на V амандман,

г) поточно нема да досегнат ако државата од претходно ги знае, може да ги докаже постоењето и локацијата на документите кои ги бара со наредбата, зашто во ваков случај не се допираат уставните права, прашањето не е за сведочење, туку за предавање.⁸³⁸

Само во случај кога државата знае дека документите навистина постојат и знае кај кого се, прашањето околу наредбата останува прашање во сферата на предавање документи, но ако не знае, ако станува збор за лов во матно (fishing expedition) тогаш наредбата да се предадат документите го трансформира проблемот во прашање од комуникативна природа бидејќи изнудува од лицето премолчена информација за

⁸³³ Couch v. United States, 409 U.S. 322 (1973) - во овој предмет судот застанал на становиште дека штом даночниот обврзник доброволно предал документи на сметководителот, нема присилба врз него за да обезбеди докази. Оттука од една страна V амандман не е пречка државата нив да ги обезбеди од сметководителот, без оглед на тоа што даночната истрага може да повлече можни криминални и граѓански последици. Од друга страна поради тоа што даночниот обврзник знаел дека голем дел од информациите во записите треба да бидат обелоденети во даночни пријави, немал ни легитимно очекување за приватност што ќе ја спречи продукцијата било според IV, било според V амандман.

⁸³⁴ Fisher et al. v. United States et al., 425 U.S. 397-399 (1976).

⁸³⁵ Fisher et al. v. United States et al., 425 U.S. 409-410 (1976).

⁸³⁶ Оној што ги поседува или има контрола врз нив.

⁸³⁷ Верувањето на држателот дека тоа се документите опишани во наредбата. Но, треба да се има во вид дека автентичноста не е исто што и точноста, односно вистинитоста на она што е запишано во документите. Вистинитоста е посебен факт кој државата треба да го докажува.

⁸³⁸ Fisher et al. v. United States et al., 425 U.S. 410-411 (1976).

постоењето на бараните документи, нивниот посед или контрола и верувањето дека тоа се оние што се опишани во наредбата. Тоа се елементи кои имаат принуден, инкриминирачки и карактер на сведоштво заштитен со гаранциите на привилегијата против себеобвинување.

Ако принудувањето да даде крв, ракопис, позајми глас и сл. е дозволена принуда, тогаш последново е забранета за целите на V амандман. Но, постои разлика кај корпоративните документи, во смисла, гаранциите од V амандман не се однесуваат на правните лица кои се должни по наредба *subpoena duces tecum* да ги обезбедат документите кои ги составуваат, подготвуваат или се должни да ги водат во рамките на нивното деловно работење, односно да ги држат според регулативата. Дури и ако вработен чува, држи кај себе корпоративни документи тој на барање е должен нив да ги предаде. Исто се однесува на документи од згасната фирма, синдикати, и сл.⁸³⁹ Лицето може да одбие да одговори на прашања со кои себеси би се инкриминирало, но не и да одбие да ги приложи корпоративните документи кои правното лице по закон било должно да ги води. „Бидејќи постоењето на корпоративни книги ретко се доведува во прашање, потврдата на нивното постоење, својствена за нивната продукција, може да се нарече дека воопшто не е сведоштво“.⁸⁴⁰

Фишер го издржал тестот на времето бидејќи во Хабел судот прифатил дека продукцијата на документи имплицитно содржи изјава за факти различни од содржината на документот во смисла дали напишаното е точно, вистинито. Според судот привилегијата од V амандман го штити сведокот од принуда да открие постоење на инкриминирачки документи кои Владата не може да ги опише со разумна прецизност (поединечност или во детали), а ако тој обезбеди такви документи како резултат на даден имунитет тоа ја спречува државата да ги користи за да подготви обвинение против него.⁸⁴¹ Активна легитимација да се повика има само она лице чија привилегија од V амандман е нарушена, а не и другите сообвинети.⁸⁴²

Ако обвинителство покаже и докаже дека доказите на кои го заснова обвинението се деривирани од други независни извори, а не од изнуденото сведочење тогаш ќе може да ги користи.⁸⁴³ Фактички судот како и во други одлуки го користи ексклузивското правило како метод да обезбеди државата и обвинетиот да се најдат во иста позиција во

⁸³⁹ *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911), *Dreier v. United States*, 221 U.S. 394 (1911), *In re Harris*, 221 U.S. 165 (1911), *United States v. White*, 322 U.S. 694 (1944), *Shapiro v. United States*, 335 U.S. 1 (1948), *Curcio v. United States*, 354 U.S. 118 (1957), *Bellis v. United States*, 417 U.S. 85 (1974).

⁸⁴⁰ *Fisher et al. v. United States et al.*, 425 U.S. 432 (1976) (Mr. Justice Marshall, concurring in the judgment).

⁸⁴¹ *United States v. Hubbell*, 530 U.S. 27-28, 31-32, 35-37, 40, 43, 45 (2000) - дополнително, од лицето како што е испитаникот може да се бара да приложи конкретни документи кои содржат инкриминирачки тврдења за факти или верувања бидејќи создавањето на тие документи не било „присилно“ во смисла на привилегијата... Меѓутоа, чинот на изготвување на бараните документи може да има карактер на присилно сведочење. Тој чин, како и изнуденото сведочење на држателот на документите за тоа дали тој доставил сè што се барало, сигурно може да пренесе информации за постоењето, чувањето и автентичноста на документите. Исто така, апсолвирана работа е дека присилното сведочење со кое се пренесуваат информации што може да доведат до инкриминирачки докази е привилегирано дури и ако самата информација не е обвинувачка.

⁸⁴² *United States v. Hubbell*, 530 U.S. 31-32 (2000).

⁸⁴³ *Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbor*, 378 U.S. 79 (1964); *Kastigar et al. v. United States*, 406 U.S. 441, 457, 460-462 (1972) - овој товар на докажување, кој го потврдуваме како соодветен, не е ограничен на негација на дамката; туку наметнува на обвинителството афирмативна должност да докаже дека доказите што предлага да ги користи се изведени од легитимен извор целосно независен од принудното сведочење; Афирмативно во *United States v. Hubbell*, 530 U.S. 28, 40, 45 (2000).

која би биле кога не би имало принуден исказ на база на доделен имунитет или незаконити докази.⁸⁴⁴

Амар и Летоу се залагаат за поинаква примена на овој принцип. Тие сметаат дека текстот на V амандман иако спречува лицето да се принуди да биде сведок против себе, не спречува да биде обвинето, односно ништо не бара во однос на материјалните докази. Затоа предлагаат секое лице, вклучително и обвинетиот да биде принуден да сведочи под закана со санкција ако одбие или за лажно сведочење ако лажно искаже, со безусловно издвојување на така дадената изјава, но и со безусловно прифаќање на материјалните докази кои по правило секогаш се веродостојни.⁸⁴⁵

Може да се каже дека оваа идеја не навраќа во старите времиња кога обвинетиот бил должен да даде заклетва и да зборува, и го соочува со онаа нехумана трилема која привилегијата требала да ја надмине. Од тие причини е неприфатлива.

На крај, зошто толку е значајна доктрината претходен заклучок?

Живееме во електронска ера. Секој има мобилен телефон, повеќето со поголема моќ за складирање, обработување и пренесување податоци отколку компјутерите пред 20-тина години, со можност да фотографираат и снимаат, да ја забележуваат локацијата, нешта кои претходно беа незамисливи. Од телефоните може да се плати сметка, да се плати превоз, да се организира, оствари и сними видео повик или конференција, да се праќаат слики и видеа, телефоните ја бележат активноста на човековиот организам (дали трча, стои, оди, се вози), со други зборови приватниот свет на многу луѓе се зачувува, овековечува во тој мал, семоќен апарат. Полицијата може да дојде до нечиј телефон, таблет, компјутер преку претрес, ако доброволно ѝ е предаден, но сите тие би биле бескорисна кутија ако не може да пристапи до податоците што се внатре во нив. Што значи цабе ќе е налогот ако не може да ја пробие лозинката и заштитата со кои се енкриптирани податоците.

Одземањето ваков електронски апарат со налог бездруго ќе е во склад со IV амандман, но вистинското прашање е дали принудата лицето да го отклучи ги крши гаранциите од V амандман. Биометриската заштита на телефонот (со отпечаток од прст) иако навидум посилна од обична лозинка, од правна гледна точка не претставува никаква заштита. Како што не е повреда на привилегијата против самоинкриминација принудното земање отпечатоци од прстите, така не ќе претставува повреда на V амандман принудното отклучување нечиј телефон со негов отпечаток.

Посложено е прашањето дали принудата да ја (пре)даде лозинката е во колизија со привилегијата против самоинкриминација. Ова е значајно бидејќи 128 и 256 битните клучеви кои вообичаено се користат за шифрирање на податоците не можат да се дешифрираат со сегашната технологија или таа која во блиска иднина е очекувано да биде откриена.⁸⁴⁶

⁸⁴⁴ United States v. Hubbell, 530 U.S. 40 (2000); Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbor, 378 U.S. 79 (1964); Kastigar et al. v. United States, 406 U.S. 457 (1972).

⁸⁴⁵ Amar/ Lettow, 1995, стр. 858-859, 876, 878, 889, 900-901, 904. Така било и по common law традицијата, а за потврда на стр. 916-918 посочуваат два англиски случаи, 1) 'The King v. Warickshall, 168 Eng. Rep. 234 (K.B. 1783)' во кој обвинетата по добиено ветување, што уште тогаш се сметало за изнудена изјава, кажала каде се украдените ствари, и без оглед што изјавата не била употребена, стварите и локацијата каде биле најдени биле прифатени како докази на суд. Судот констатирал изнудените признанија се неверодостојни, но плодовите не создаваат таков проблем. 2) 'The Queen v. Leatham, 121 Eng. Rep. 589 (Q.B. 1861)' во кој исказот за кој сведокот добил имунитет не бил користен во постапката поведена подоцна против него, но писмото кое содржело докази дека примил поткуп, а било најдено благодарение на исказот било прифатено како доказ; Слично и во предмет од 1861 г. за односот помеѓу изјава дадена пред Големата порота и материјалните докази најдени благодарение на неа - Amar, 1994, стр. 789.

⁸⁴⁶ Kerr/ Schneier, 2018, стр. 6-7 - иако во суштина е невозможно да се запамети клуч од 256 бита, релативно е лесно да се запамети пократка низа од броеви, букви или зборови. Современите компјутерски системи за

На овие две прашања судовите во САД дале одговор во неколку предмети што ги анализираат Каутхен и Кер, меѓутоа очигледно постојат различни гледишта кои ВСС ќе мора да ги помири.

Принудата да ја предаде лозинката која некаде ја запишал обвинетиот не претставува повреда на гаранциите од V амандман,⁸⁴⁷ слично како и отклучувањето нечиј телефон со неговиот отпечаток од прст.⁸⁴⁸ Ни владата сама да дојде до лозинката не ќе е спротивно на IV амандман, пр. ако со судски налог тајно инсталира во компјутерот читач на клучеви кој би го запаметил внесот што го прави корисникот кога ги отклучува датотеките.⁸⁴⁹

Меѓутоа, кажувањето или внесувањето на лозинката има комуникациски аспект, содржи вербална компонента бидејќи открива содржина од умот, дека лицето ја знае лозинката што го отклучува уредот. Затоа и се смета за вербален доказ. Принудата да ја каже би довело до повреда на гаранцијата од V амандман, бидејќи независно што лозинката како таква не е инкриминирачка, може да доведе до откривање инкриминирачки докази. Таа е дел синцирот на докази, а обезбедените докази се деривати на принудно обезбедениот вербален доказ, лозинката.⁸⁵⁰

За разлика од ова има и друго гледиште според кое ако владата докаже дека има независно знаење за фактот дека лицето ја знае лозинката, тогаш доктрината на претходен заклучок спречува осомничениот со успех да се повика на привилегија против самоинкриминација.⁸⁵¹ Ова е така ако на пр. владата преку сведоци докаже дека обвинетиот пред нив ги отклучувал заштитените датотеки, им покажувал што содржат и сл. тогаш веќе го докажала фактот кој обвинетиот конклюдентно би го признал отворајќи го електронскиот уред. Исто и кога се работи за уред, како паметен телефон, Владата лесно може да докаже дека лицето знае како да го отклучи, едноставно треба да го повика на неговиот телефонски број и да види дали ќе се активира уредот што е предмет на интерес. Но, примерот кој го претставува Кер укажува дека нема да може секој пат да

шифрирање генерално подлежат на таа реалност со тоа што често дозволуваат пристап врз основа на пократка лозинка наместо на целосниот клуч. Самиот клуч е шифриран, а шифрирањето за клучот се отклучува со лозинката. Зад сцената, процесот на дешифрирање е поделен на два дела: еден алгоритам се спарува со лозинката за дешифрирање на клучот, потоа вториот алгоритам е спарен со клучот за текстот заради дешифрирање на податоците. За корисниците, ова значи дека шифрите и лозинките што ги користат за шифрирање или дешифрирање на нивните датотеки технички не се клучеви за шифрирање, туку функционално делуваат како клучеви за шифрирање. Размислете за четирицифрениот код што можеби е потребен за отклучување паметен телефон. Кодот не е клучот. Наместо тоа, внесувањето на лозинката го дешифрира клучот, овозможувајќи клучот да се обработи и да го отклучи телефонот. Процесот во две фази е невидлив за обичниот корисник. За повеќето корисници, шифрите и лозинките ја служат функцијата на клучеви.

⁸⁴⁷ Cauthen, 2017, стр. 130-132 - се повикува на *United States v. Pearson*, No. 1:04-CR-340, 2006 U.S. Dist. LEXIS 32982, at *1 (N.D.N.Y. May 24, 2006) - со налози за претрес истражителите заплениле повеќе компјутери и медиуми за складирање кои му припаѓале на обвинетиот. Владата побарала судска наредба за сите лозинки, клучеви и/или најавувања кои се користат за шифрирање на сите датотеки. Врз основа на е-поштата што ја запленила, докажала дека лозинките би биле толку долги и комплицирани што веројатно обвинетиот ги запишал некаде, а предавањето претходно доброволно создаден документ не се смета за сведочење. Ако постоењето, сопственоста, контролата или автентичноста на документот е претходно заклучено, тогаш вербалниот аспект на продукцијата е минимален или го нема.

⁸⁴⁸ Kerr, 2019, стр. 796 го споменува *State v. Diamond*, 905 N.W.2d 870, 875 (Minn. 2018).

⁸⁴⁹ Kerr/ Schneier, 2018, стр. 9-10 се повикуваат на *United States v. Scarfo*, 180 F. Supp.2d 572 (D.N.J. 2001).

⁸⁵⁰ Cauthen, 2017, стр. 129-130 - се повикува на *United States v. Kirschner*, 823 F. Supp. 2d 665 (E.D. Mich. 2010) - владата не бара документи или предмети, туку сведоштво од обвинетиот, барајќи од него преку менталните процеси да ја открие лозинка која ќе се користи за негово инкриминирање; Слично и Kerr, 2019, стр. 785-786 при што го споменува *In re Subpoena Duces Tecum*, 670 F.3d 1335 (11th Cir. 2012).

⁸⁵¹ Kerr, 2019, стр. 778-779; Kerr/ Schneier, 2018, стр. 17 се повикуваат на *State v. Stahl*, Case No 2D14-4283 (Fl. Ct. App. 2D 2016).

успее во тоа и тогаш осомничениот има привилегија да не постапи по барањето, а владата нема законски начин како да го принуди на тоа.⁸⁵²

Крајно праксата сè уште не дефинирала јасно кој од двата посочени стандарди е правилниот.⁸⁵³ Во една друга одлука, Владата побарала големата порота да го задолжи осомничениот да ги обезбеди сите лозинки поврзани со одземениот лаптоп. Основниот суд го усвоил приговорот на обвинетиот, по што владата побарала да биде задолжен без да ја открива лозинката, да го отклучи лаптопот во смисла да ги деенкриптира енкриптираните податоци.⁸⁵⁴ Се повикала на фактот што лаптопот бил одземен со судски налог, според насловите на документите кои не можела да ги отвори успеала да докаже дека во него има инкриминирачки видео материјали поврзани со детска порнографија. Окружниот суд применувајќи ја доктрината го одбил приговорот. Посочил дека владата знаела за документите, со фактот што лаптопот бил најден во возилото на осомничениот и тој признал дека е негов ја докажала автентичноста, а документите биле доброволно изработени и зачувани, така што не е доведена во прашање привилегијата од V амандман.

Во друг предмет судот го уважил барањето осомничената пред големата порота да обезбеди незащтитени верзии од енкриптираните документи, само забранил чинот на продукција, односно фактот што таа била онаа која ги обезбедила да не може да се користи во постапка против неа,⁸⁵⁵ а во трет предмет Апелациониот суд не се сложил со исто такво гледиште на понискиот суд.⁸⁵⁶ Во последниот предмет кој е анализиран а во кој судовите разгледувале слично прашање осомничениот бил казнет и затворен за непочитување на судот сè додека не постапи по налогот и не ги дешифрира податоците на екстерните хард дискови.⁸⁵⁷

За споредба чл. 184 од ЗКП/10 под закана со парична казна (200 до 12000 евра) го обврзува лицето кое го користи компјутерот, има пристап до него или до друг уред или носител на податоци, по барање на извршителот на наредбата, да овозможи пристап до нив, да ги даде потребните известувања за непречено остварување на целта на

⁸⁵² Kerr, 2019, стр. 783-784 - владата при претрес во дом одзема компјутер во кој се сомнева дека има детска порнографија. Ако не може да докаже на кого од станарите му припаѓа компјутерот, во случај да прибави судска наредба која им наредува да ги отклучат заштитените датотеки, тогаш сите би имале право да се повикаат на привилегијата против самоинкриминација.

⁸⁵³ Kerr/ Schneier, 2018, стр. 16-17.

⁸⁵⁴ Cauthen, 2017, стр. 132-134 го посочува *In re Grand Jury Subpoena to Boucher*, No. 2:06-MJ-91, 2009 WL 424718 (D. Vt. 2009).

⁸⁵⁵ Cauthen, 2017, стр. 134-135 го посочува *United States v. Fricosu*, 841 F. Supp. 2d 1232 (D. Colo. 2012); Од критиката која ја изнесува за друг случај може да заклучиме дека и Кер се согласува со ова гледиште - Kerr, 2019, стр. 786-787.

⁸⁵⁶ Cauthen, 2017, стр. 135-136 го посочува *In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum Dated March 25, 2011: U.S. v. John Doe*, 670 F.3d 1335 (11th Cir. 2012) - судот сметал дека дешифрирањето и продукцијата на содржината е сведоштво кое е привилегирано. Предавањето незащтитени датотеки би било повеќе од само физички, невербален пренос бидејќи се бара од осомничениот да користи лозинка за дешифрирање што е слично на барањето производство на комбинација од сеф зашто и двете бараат употреба на содржината на умот, а производството имплицира инкриминирачки фактички изјави. Доктрината на претходен заклучок не е применлива зашто Владата не покажа дека знаела дека воопшто постојат датотеки, дека датотеките се наоѓаат на шифрираните хард дискови, дека може независно да ги автентифицира сите такви датотеки или дека осомничениот може да пристапи и да ги дешифрира.

⁸⁵⁷ Cauthen, 2017, стр. 137-139 го посочува *United States v. Apple MacPro Computer*, 851 F.3d 238, 241 (3d Cir. 2017) - судот оценил дека во овој предмет може да се примени доктрината претходен заклучок. Владата успеала да ги декриптира мобилниот телефон и компјутерот, но не и надворешните хард дискови. На компјутерот открила инкриминирачки слики и интернет историја која покажувала дека осомничениот посетувал интернет страни со детска порнографија, докажала дека надворешните дискови содржат илјадници документи, а сестрата на осомничениот потврдила дека брат ѝ ѝ покажувал слики и видеа од екстерните дискови со детска порнографија.

претресот и веднаш да преземе мерки со кои се спречува уништување или менување на податоците. Принудата употребена над едно лице за тоа да приложи докази против себе и активно да им помогне на истражните органи во постапката која ја водат против него се коси со привилегијата против самоинкриминација.⁸⁵⁸

Со оглед да има поврзаност со темата која овде ја разгледувам, ќе посочам дека обвинетиот нема разумно очекување за приватност и не може да се повика на заштитата од IV амандман кога инсталира и користи софтвер за споделување датотеки, со што го отвора својот компјутер за кој било друг (а peer-to-peer network). Дури и ако неуспешно се обидел да спречи софтверот да споделува негови документи, туку само да презема туѓи, таквата субјективна намера не може да создаде објективно разумно очекување за приватност наспроти широко распространетиот јавен пристап.⁸⁵⁹

8.2. Исклучок при вкрстено испрашување (impeachment exception)

Изјавата дадена во полиција со повреда на Миранда правата подлежи на ексклузија и не може да се користи во предметот на обвинителството (inadmissible in the case in chief). До повреда може да дојде ако полицијата пред испитувањето не го предупреди осомничениот за Миранда правата, но и ако го предупреди, па и покрај фактот што тој се повикал на нив продолжи да го испитува. И во таков случај изјавата може да се употреби во вкрстено испрашување за оспорување на кредибилитетот на обвинетиот.⁸⁶⁰

Во времето кога бил одлучен Харис, 6 федерални и 14 државни апелациони судови имале спротивно гледиште од тоа на ВСС.⁸⁶¹ Дершовиц и Ели го критикуваат Харис и сметаат дека делумно ја укинал Миранда, иако тоа никаде не е експлицитно наведено.⁸⁶²

За разлика од САД, во Англија ако признанието било издвоено по дискреција на судот, тоа не може да се користи ни при вкрстено испрашување. Обвинителството не смее да ја открие ниту содржината на признанието, ниту дека било дадено, а истиот принцип се применува и во однос на сообвинетиот. Сообвинетиот не може да трпи штета од издвоеното признание на другиот обвинет, но не може да има ниту полза, во смисла да бара тоа да се изведе како доказ за од себе да ја отфрли одговорноста. Ако обвинителството не може да извлече полза од издвоениот доказ, тогаш не може ни сообвинетиот.⁸⁶³

Не е спорно дека државата не смее да има корист од незаконитоста која самата ја предизвикала, односно сопствениот случај да го докажува со изјава добиена со повреда на правата на обвинетиот. Но, тоа од друга страна не му дава право на обвинетиот лажно да сведочи, во смисла да извлече корист од фактот што државата не смее да ја употреби

⁸⁵⁸ Слично Ѓурђић, 2013, стр. 117 - кој смета дека правото против самообвинување го ослободува обвинетиот од обврската за предавање предмети.

⁸⁵⁹ Fourth Amendment, Harvard Law Review, 2015, стр. 1883.

⁸⁶⁰ Harris v. New York, 401 U.S. 222 (1971); Oregon v. Hass, 420 U.S. 714 (1975).

⁸⁶¹ Dershowitz/ Ely, 1971, стр. 1208 - не дозволувале употреба ни за цели на дискредитација.

⁸⁶² Dershowitz/ Ely, 1971, стр. 1210, 1215-1216, 1226; Simović, M./ Simović, M./ Simović, V., 2015, стр. 3 погрешно го цитираат Харис како случај поврзан со ексклузија на материјални докази, со оглед да тука предмет на анализа била изјава прибавена со повреда на Миранда правата, а не докази добиени со повреда на IV амандман.

⁸⁶³ Treacy [1994] 2 All ER 229 и Campbell and Williams [1993] Crim.LR 449 – кај Mirfield, 1997, стр. 217-219 - тешко би можело да се каже каков заклучок би извела поротата и дали издвоеното признание би имало негативен ефект во однос на оној во чија полза било издвоено. Тоа може да се избегне ако судењето се раздвои, па во посебното судење на вториот сторител се воведо како доказ признанието на првиот што било издвоено во неговиот предмет. Вака и тој не би претрпел штета, а од друга страна не би трпела ниту вистината, односно правдата.

таквата изјава. Ако свесно избере да даде исказ на суд и при тоа лаже, неговата изјава може да се искористи за да се оспори кажаното од негова страна, а не за да се засили предметот на обвинителството. Заштитата која ја дава Миранда не смее да се изопачи и да стане *carte blanche* за лажни сведочења.

Секако не смееме да забораваме дека Харис и сличните на него одлуки (пр. Валдер во врска со IV амандман) создаваат поттик кај полицијата да не ги почитува одлуките на ВСС. Ако таа нема доволно докази против обвинетиот, повредата на Миранда не ќе ја влоши и така непогодната состојба, но може да ја подобри, зашто иако така добиената изјава не ќе може да се користи во обвинителскиот предмет, ќе има полна сила во вкрстеното испитување или дури и ќе го расколеба обвинетиот воопшто да не дава исказ пред поротата.⁸⁶⁴

Лео и други коментатори забележале дека практиката на испрашување надвор од Миранда всушност била зголемена како резултат на ова одлука,⁸⁶⁵ што всушност ме наведува да заклучам дека ексклузивното правило онаму каде доследно се применува навистина има одвраќачки ефект спрема нелегалните практики на полицијата.

ЛаФав и Израел посочуваат предмет според кој и молчењето на обвинетиот во полициска истрага може да се искористи за да се оспори кредибилитетот на неговото сведочење во суд, односно ни тоа не доведува до повреда на V амандман.⁸⁶⁶

8.3. Исклучоци кај деривативните докази

8.3.1. Сведоци откриени преку изјава од непоучен осомничен

Слично како при повреда на амандманот IV (United States v. Ceccolini, 435 U.S. 268 (1978), *supra* V 6.7.1.) ВСС вовел ист исклучок и во однос на Миранда правата според кој инкриминирачките изјави на осомничениот во полиција се исклучени од судењето, но не и изјавите на сведокот за кого полицијата дознала од издвоената изјава.⁸⁶⁷

Профилактичките правила служат за да го заштитат уставното право. Разликата помеѓу нив и правилата опишани како *per se* или јасно дефиниран стандард е што кај првите судот е подготвен да прифати подеднакво ефективни заштитни мерки усвоени од државата или федералната влада, додека на вторите гледа како на директна уставна наредба, а не како стандард што државата може да го замени со соодветна алтернатива.⁸⁶⁸

Затоа ВСС оценил дека полициското однесување не го лишило обвинетиот од привилегијата против самоинкриминација, бидејќи неговата изјава била доброволна. Деривативните докази биле прифатливи бидејќи неуспехот на полицијата да го посветува осомничениот за неговото право да му се именува бранител 1) не вклучувало лоша волја од нејзина страна и не би ја оправдало примената на ексклузивното правило кое има за цел да спречи намерно или несовесно лишување од правата на обвинетиот и 2) немало никакво влијание врз веродостојноста на сведочењето на Хендерсон, кое било подложено на нормален процес на тестирање во адверсијарна постапка. Битно е изјавата

⁸⁶⁴ Слични резерви имаат и Dershowitz/ Ely, 1971, стр. 1220-1221.

⁸⁶⁵ Leo, 2001, стр. 1020.

⁸⁶⁶ Jenkins v. Anderson, 447 U.S. 231 (1980) кај LaFave/ Israel, 1992, стр. 496 - на судењето за убиство обвинетиот се бранел тврдејќи дека делото го сторил во самоодбрана, кое нешто не го предочил на полицијата бидејќи тогаш молчел.

⁸⁶⁷ Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433 (1974) - во изјава дадена со повреда на Миранда правата, Такер кажал дека во моментот на злосторството бил со пријател Хендерсон кого полицијата го нашла и кој му го побил алибито; Исто е и во Германија со сведок откриен со нелегално прислушување или во Италија каде законското прислушување може да се базира на информации добиени од нелегалното, но не и во Шпанија чиј Врховен суд ја забранил изјавата на единствениот сведок кој го инкриминирал обвинетиот за убиство, а за кого полицијата дознала од незаконското прислушување - Thaman, 2010, стр. 380.

⁸⁶⁸ Wayne R. LaFave et al., Criminal Procedure §§ 2.9(g), 2.9(h) (3d ed. 2007) кај Kamisar, 2012, стр. 990.

да не биде изнудена и неволева, зашто ако е тогаш и изјавата на сведокот би била подложна на издвојување.

8.3.2. Материјални докази откриени преку изјава од непоучен осомничен

Тоа што важи за сведоците, важи и за материјалните докази најдени благодарение на ваква изјава.⁸⁶⁹ Меѓутоа, ако била изнудена тогаш ни материјалните предмети како нејзини деривати не би биле дозволени во постапката.

Логиката на судот е дека Миранда правилото е профилатичко средство кое се користи за да спречи повреда на клаузулата за самоинкриминација. Сржта на таа клаузула е забрана обвинетиот да се принуди да сведочи против себе, па не може да биде повредена со воведување невербални докази добиени како резултат на доброволни изјави. Спротивното гледиште би довело до ситуација во која профилатичкото правило ќе ја надмине заштитата на клаузулата за самоинкриминација. Евентуалното проширување мора да се оправда со неопходноста за заштита на вистинското право, а не на профилатичкото средство (пр. неизнудените изјави земени без Миранда предупредувања може да се користат за побивање на сведочењето на обвинетиот, иако плодовите од навистина изнуденото сведочење не можат). Воведувањето на невербален плод од доброволна изјава, каков што овде бил пиштолот на барателот, не ја имплицира клаузулата. Немало ризик на кривичното судење против обвинетиот да се користат присилни изјави зашто овде не постоеле такви, така што исклучувањето на изјавите добиени без дадено предупредување бил целосен и доволен лек за прекршувањето на Миранда.⁸⁷⁰

8.3.3. Техника на двостепено испитување

Во системите со прецедентно право одлуките на судот имаат непосредно влијание како во предметот за кој се донесени, така и за сите идни исти или слични правни ситуации. Со други зборови ја канализираат судската пракса и со својот авторитет за добро или лошо го моделираат однесувањето на сите учесници, вклучително и тоа на полицијата. Погрешно фундирана одлука може да стане повод за користење методи кои тешко би можеле да ги ставиме во графата правични.

Таква ситуација се појавила благодарение на одлуката на судот дека теоријата плодови од отровно дрво не се применува во ситуација кога осомничениот дал признание без да добие Миранда предупредување, а потоа откога добил поуки по втор пат го признал делото. Сметал дека второто признание не е дериват на првичната повреда од причина што со читање на правата избледила флеката од првичната незаконитост, а клаузулата за самоинкриминација од V амандман не бара издвојување на признание дадено по добиена информација за правата и валидно откажување од нив, само зашто полицијата претходно добила доброволно признание од осомничениот без да го предупреди за неговите Миранда права.⁸⁷¹

Ваквиот став на судот придонел полицијата да развие пракса да испитува осомничен без да го информира за Миранда правата сè додека од него не добие признание, за потоа да го предупреди и по втор пат да го испраша со цел да дојде до ново признание кое би било прифатливо во суд.

Судот ја забранил таквата пракса и ја осудил техниката на испрашување во два чекора која била користена на пресметан начин за да ги поткопа Миранда

⁸⁶⁹ United States v. Patane, 542 U.S. 630 (2004).

⁸⁷⁰ United States v. Patane, 542 U.S. 630-632 (2004).

⁸⁷¹ Oregon v. Elstad, 470 U.S. 298-299 (1985); Спротивно во Англија види McGovern (1990) 92 Cr.App.R 228, infra VII 1.2.

предупредувањата. Впрочем оваа тактика суптилно го постигнувала она што Конгресот отворено сакал но не смеел да го направи, а тоа е да го укине прецедентот Миранда.⁸⁷²

ВСС сметал дека второто признание би било прифатливо само ако предупредувањето било доволно ефективно за да ја постигне целта која од него се бара. Значи не само да се даде предупредување колку за да се даде, како што било во случајот, туку тоа да е подобно вистински да го советува осомничениот дека има слобода, вистински избор за да не даде воопшто или да даде изјава каква што сака. Затоа дал одредени насоки кога предупредувањето не се смета ефективно,⁸⁷³ односно на што треба судот да води сметка за да оцени дали второто признание е плод на отровно дрво.⁸⁷⁴ Фактички со оваа одлука со која судот ја издвоил втората изјава го исправил пропустот што го направил со прецедентот Елстад.

8.3.4. Исклучок од Миранда правата поради јавна безбедност

Грижата за јавната безбедност има приоритет пред буквалното придржување до Миранда правилата, чија цел е да се осигури слободната волја на обвинетиот кога тој дава исказ.⁸⁷⁵ Во конкретниот случај полицискиот службеник дејствувал спонтано поттикнат од грижата за јавната безбедност, а не за да обезбеди признание за во суд. Сè додека полициско однесување е фокусирано и ограничено на таква цел, тоа е дозволено. Овде пиштолот би бил дозволен како материјален доказ и според исклучокот неизбежно откритие, меѓутоа ВСС не го применил него.

Ценел дека прецедентот Миранда е применлив на конкретниот случај, но го ограничил со овој нов тесен исклучок за итни ситуации со образложение дека ако Миранда предупредувањата го оневозможеле одговорот на прашањето на полицискиот службеник за тоа каде се наоѓа на пиштолот, цената би била нешто повеќе од само неуспехот да се добијат докази корисни за осуда. Овде било потребно да се осигури дека нема да има идна опасност за јавноста од пиштолот сокриен во јавен простор. ВСС

⁸⁷² Конгресот на САД во 1968 г. донел закон според кој прифатливоста на изјавите на обвинетите во постапки пред федералните судови во иднина ќе зависат само од тоа дали тие биле дадени доброволно или не. Очигледно имал интенција да ја укине Миранда, но, судот сметал дека таа како уставна одлука не смее да биде отфрлена со закон. Одбил да ја укине Миранда укажувајќи дека таа била вградена во рутинската полициска пракса до тој степен што предупредувањата станале дел од американската национална култура - *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428-430, 443 (2000).

⁸⁷³ *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600-601, 613-614 (2004) - кога предупредувањата се вметнуваат среде координирано и континуирано испрашување, тие веројатно ќе го доведат во заблуда и ќе го лишат обвинетиот од знаењето суштинско за неговата способност да ја разбере природата на неговите права и последиците од нивното одрекување... И би било нереално два брана на интегрирани и приближно спроведени испитувања да се третираат како независни сослушувања, предмет на независна евалуација едноставно зашто Миранда предупредувањата формално ги разделила.

⁸⁷⁴ *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 601-602, 615 (2004) - комплетноста и деталите на прашањата и одговорите во првиот круг на испрашување, содржината што се преклопува во двата искази, времето и опкружувањето при првиот и вториот пат, континуитетот на полицискиот персонал и степенот во кој прашањата на испитувачот вториот пат се третираат како продолжение на првиот.

⁸⁷⁵ *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984) - жена пришла на двајца патролни службеници, им кажала дека била силувана, го опишала својот напаѓач, кажала дека штотуку влегол во блискиот супермаркет и носел пиштол со себе. Додека еден од службениците барал помош преку радио, другиот влегол во продавницата и го забележал обвинетиот кој одговарал на описот. Овој побегнал кон задниот дел, полицаецот на кратко го изгубил од вид, но за брзо време го забележал, му наредил да застане и му ставил лисици, а кога видел дека носи празна футрола го прашал каде е пиштолот. Обвинетиот кимнал со главата кон некои празни картони и кажал таму е. Полицаецот го нашол, формално го уапсил и му ги прочитал Миранда правата. Кварлес не бил обвинет за силување, туку само за неовластено поседување оружје. Окружниот суд ја исклучил првичната изјава на обвинетиот и пиштолот бидејќи не му биле дадени предупредувањата, а другите изјави како доказ извалкан од првичната повреда, со што се согласил и Апелациониот суд. ВСС сметал поинаку и го востановил овој исклучок.

сметал дека полициските службеници ќе бидат во состојба и во иднина да прават разлика помеѓу прашањата неопходни за обезбедување на нивната сопствена безбедност или безбедноста на јавноста и прашањата дизајнирани единствено да извлечат сведоштва од осомничениот.⁸⁷⁶

8.4. Резиме

Поедноставно е да се резимира ексклузиското правило поврзано со V отколку со IV амандман. Изнудените изјави задолжително се издвојуваат, вклучително и нивните деривати (вербални и материјални докази). Причина за издвојување на изворните докази е неверодостојноста на изјавата, или несигурноста која ја имаме кон онаа издејствуванa со сила, принуда, измама, ветување и сл., додека за секундарните потребата да се обезбеди почит спрема гаранциите од V амандман.

Она што ЕСЧП го перципира низ призма на чл. 3 од ЕКЧП, ВСС го разгледувал преку правото на правична постапка од амандманот XIV.

Лицето треба да добие поуки за правата пред почеток на притворското испитување. Тоа може да се откаже од правото на молчење сè додека откажувањето е слободно, волево и интелегентно.⁸⁷⁷ Миранда предупредувањата се профилактички мерки што се во функција, а не *per se* барање на амандманот V. Недавањето поуки не ја попречува употребата на дериватите од дадената изјава, така што сведоците и материјалните докази откриени преку таква изјава се валидни докази на суд. Самата изјава по правило е неупотреблива, освен за цели на дискредитација и кај исклучокот за јавна безбедност. Сепак двостепеното испитување препознаено како нечесна полициска тактика е забрането.

Амандманот V според модерното гледиште на судот ги тангира вербалните докази, иако оригиналното значење на поимот сведок во времето на донесување на амандманот означувал лице кое дава исказ, но и лице кое прилага, обезбедува, нуди докази.⁸⁷⁸ Во поглед на принудното предавање материјални докази се применува принципот претходен заклучок (*foregone conclusion*), кој во одредени ситуации може да го заштити лицето од државната принуда да обезбеди вакви докази против себе.

9. Амандманот VI и ексклузија на доказите

Од гледна точка на ексклузијата, амандманот VI⁸⁷⁹ ги опфаќа правото на бранител при земање изјави и во постапка за препознавање, како и конфронтациската клаузула.

Правото на бранител експлицитно е предвидено во амандманот и се активира со започнување на кривичната постапка против обвинетиот. За овој дел исто така битен е и амандманот XIV.

Тука нема да се задржам на сите битни одлуки на ВСС кои се базираат на амандманите VI и XIV, а го тангираат правото на бранител. Многу од нив се значајни за

⁸⁷⁶ *New York v. Quarles*, 467 U.S. 650, 657-659 (1984).

⁸⁷⁷ На тој кој се согласува не му се чини неправда (*Volenti non fit iniuria*) кај Vilhar, 1991, стр. 315.

⁸⁷⁸ *United States v. Hubbell*, 530 U.S. 49-53, 55 (2000) (Thomas, J., concurring) - за потврда на сопствениот став овој судија посочил 6 правни и општи речници издадени во период од 1702-1828 г., коментари на Уставот од 1833 г., 5 судски случаи од тој период водени помеѓу 1701-1769 г., научни трудови од XX век кои го анализираат тој ран период, декларации на правата од 8 американски држави донесени помеѓу 1776-1783 г., предлози од некои од државите изнесени при ратификација на Уставот и сл., притоа укажувајќи дека и првиот случај кој ја толкува клаузулата за самоинкриминација Бојд против САД бил одлучен, иако не експлицитно, во согласност со разбирањето дека „сведок“ значи оној кој дава докази.

⁸⁷⁹ Во сите кривични гонења, обвинетиот ќе ужива право на брзо и јавно судење, од непристрасна порота... и да биде информиран за природата и причината за обвинението; да се соочи со сведоците против него; да се обезбеди присуство на сведоците во негова корист и да има помош од бранител за негова одбрана.

тамошната јуриспруденција зашто ВСС поништувал сопствени прецеденти и одлуки на државните судови, ги враќал предметите на повторно судење и давал насоки како да се постапува во иднина, но во нив не се разгледувало правото на ексклузија на доказите. Така, со една судот го воспоставил правото на бранител на сиромашен обвинет во случаи за к.д. за кои може да се изрече смртна казна,⁸⁸⁰ со друга утврдил дека повредата на тоа право е пречка за валидна осуда во федерални случаи,⁸⁸¹ за со трета да побара бранител на сиромашни обвинети во сите државни кривични случаи.⁸⁸²

Но, ги споменав зашто се битни и од нив може да заклучиме дека 1) амандманот VI на секој обвинет за к.д. му гарантира право на бранител, 2) почитувањето на ова уставно барање е предуслов за валидна осуда, 3) обвинетиот може интелегентно и доброволно да се откаже од него, 4) ако се откаже немањето бранител веќе нема да е пречка за осуда, 5) но, ако обвинетиот не е застапуван од бранител судот треба да утврди дали тој доброволно и интелегентно се откажал од тоа свое право во светлината на сите околности (возраст, искуство, потекло, однесување, образование и сл.).

Ако се погледнат годините на одлуките 1932, 1938, 1963, ќе се забележи закономерност слична на онаа што ја утврдил кога ја разгледував средновековната англиска кривична постапка. Постепено, чекор по чекор одбраната се изборувала за повеќе и поголеми права на обвинетите врз база на ново, различно читање и толкување на уставните одредби.⁸⁸³ Притоа не смее да се заборава либералниот бран кој ги зафатил САД во 60-тите години на минатиот век кога се донесени најмногу од одлуките што предвидуваат ексклузија на доказите.

Конкретно во врска со правото на бранител ексклузија може да има на инкриминирачките изјави на обвинетите, изјавите на сведоците за она што пред нив го кажал обвинетиот или на идентификациите извршени со повреда на ова право.

9.1. Изјави на обвинет добиени со повреда на правото на бранител

За овој тип на изјави валиден е прецедентот од 1964 г. со чиј став во начело се согласувам, имено лице против кое е започната кривична постапка има право на стручна правна помош кога го испрашува државата, а повредата на правото на бранител треба да доведе до ексклузија на инкриминирачката изјава. Впрочем ваквиот став бил потврден и нагласен во предмет кој веќе го анализирав.⁸⁸⁴

Но, сметам дека Масија е предмет кој дава искривена слика за VI амандман. Затоа во поглед на него го споделувам гледиштето од несогласувачкото мислење зашто од една

⁸⁸⁰ Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).

⁸⁸¹ Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938) - доколку обвинетиот не е застапуван од бранител, освен ако разумно и волево се откажал од своето уставно право, VI амандман е правна пречка за валидна осуда и казна со која се лишува од неговиот живот или слобода.

⁸⁸² Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963).

⁸⁸³ Се менува значењето на Уставот и треба да се промени. Уставот е жив и витален инструмент... Времињата се менуваат, условите се менуваат и секако нашата земја драматично се промени. Оригиналната намера служи како светилник, извор на инспирација за тоа што треба да правиме според Уставот, и можеби како упатство за границите каде треба да се движи оваа нација во иднина. Меѓутоа, да се земе многу повеќе од првобитната намера, води по една многу опасна патека - Marcus/ Markman, 1988, стр. 22.

⁸⁸⁴ Massiah v. United States, 377 U.S. 201-204 (1964) - при законит претрес на бродот во кој Масија бил морнар била пронајдена поголема количина дрога. Тој бил обвинет за поседување наркотици, ангажирал бранител, се изјаснил невин и бил пуштен да се брани од слобода. Агентите во возилото на соизвршителот кој прифатил соработка ставиле радио трансмитер. Така биле во состојба да ги чујат штетните изјави на Масија дадени на соизвршителот во текот на нивниот подолг разговор во возилото, кои, и покрај неговиот приговор, биле искористени во судскиот процес што резултирал со негова осуда. И агентот кој го слушал разговорот сведочел на судењето; Brewer v. Williams, 430 U.S. 387 (1977).

страна оваа одлука како да излегува надвор од границите на амандманот, а од друга е контрадикторна и со други судски прецеденти. Но, пред да објаснам за моите несогласувања редно е најпрво, без оглед што не се согласувам со неа, да укажам на одлуката која го поплочила патот на идната пракса.

Без да цитирам посебни делови од неа, суштината во гледиштето на судот е таа дека после обвинувањето секој директен или индиректен пристап на агентите кон обвинетиот мора да биде во присуство на бранител, освен ако тој интелегентно и доброволно не се откаже од тоа право. Агентите и по поднесување на обвинение може да продолжат да го истражуваат делото зашто тоа е во јавен интерес, често пати така ќе откријат и други членови на криминалната група. Но, ниту агентите лично, било јавно или тајно, ниту некој сведок пратен од нив, ниту сведок ставен во ситуација креирана од агентите погодна за разговор (ставен доушник во иста затворска ќелија со обвинет), според јуриспруденцијата на ВСС не смее да разговара со обвинетиот без присуство на неговиот бранител. Во анализираниот предмет бидејќи соизвршителот соработувал со агентите и постапувал по нивни инструкции, судот на него гледал како на агент, а изјавата на обвинетиот дадена при индиректно и тајно испрашување како намерно измамена, односно извлечена од него и со тоа недозволива.⁸⁸⁵ Па заклучил

„Инкриминирачките изјави на тој начин намерно извлечени од федералните агенти од подносителот, во отсуство на неговиот адвокат, го лишиле подносителот од правото на бранител според VI амандман; затоа таквите изјави уставно не би можеле да се користат како доказ против него во неговото судење“.⁸⁸⁶

Масија зборува за намерно извлечени изјави (*incriminating statements thus deliberately elicited*), па следува ако се дадени без поттик, дејствување или некаква активност на агентите тогаш тие би биле дозволени. Пр., ако сведокот не бил пратен од полицијата за да разговара со обвинетиот туку разговарал на своја рака, ако цимерот сам решил да каже што чул во ќелијата, а не бил ставен таму намерно од агентите со надеж дека ќе разбере нешто, тогаш нивното сведоштво за инкриминирачките изјави што обвинетиот ги дал пред нив, би можеле да се употребат во претстојното судење.

Стандардот за намерно измамени изјави од обвинет кој не се откажал од правото на бранител судот го задржал и во поновите одлуки.⁸⁸⁷

Мора да посочам дека во поглед на Масија го делам ставот на малцинството убаво појаснет во несогласувачкото мислење.⁸⁸⁸

⁸⁸⁵ *Massiah v. United States*, 377 U.S. 206 (1964); Слично *Maine v. Moulton*, 474 U.S. 159 (1985), како и во *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980) анализиран *supra* V 7.6.

⁸⁸⁶ *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201, 206-207 (1964).

⁸⁸⁷ *Fellers v. United States*, 540 U.S. 524 (2004); Слично и во Канада за врховниот суд било неприфатливо поставување таен агент во иста ќелија со обвинет кој по совет на својот бранител одбил да даде изјава во полиција, а го признал делото на својот „цимер“ бидејќи така добиената изјава е спротивна на правото на молчење и на бранител - *Skinnider*, 2005, стр. 14 која се повикува на *R v Hebert* [1990] 2 S.C.R. 151.

⁸⁸⁸ *Massiah v. United States*, 377 U.S. 209-212 (1964) (*White, J., dissenting*) - каква и да е содржината или опсегот на правилото, не можам да видам како овој случај претставува неуставно мешање во правото на Масија на бранител. Масија не беше спречен да се консултира со бранителот толку често колку што сакаше. Ниту една средба со бранителот не била нарушена или шпионирана. Подготовката за судење на ниту еден начин не беше попречена. Тоа е само неимагинативен силогизам - неоснован, погрешен, покрај тоа - да се каже дека бидејќи Масија имал право на помош од бранител пред и за време на судењето, неговите вонсудски разговори и признанија мора да бидат исклучени доколку се добиени без согласност или присуство на бранителот. Правото на бранител никогаш досега не значело толку... Обвинетиот не смее да биде принуден да сведочи на неговото судење, но може ако сака. Исто така, тој не смее да биде принуден или присилен да каже нешто пред судењето; но до денес можеше ако сакаше, а ако кажеше можеше да се искористи против него. Без разлика дали станува збор за самоинкриминација или за правичен процес, забраната е против принудна-присилна инкриминација. Според претходното право, објавено во безброј случаи во овој суд, изјавите на обвинетиот пред судење беа прифатлив доказ доколку доброволно се

Фактички линијата на одлуки на судот какви што се Масија и Хенри (*supra* V 7.6.) тајното испрашување со истражни техники го третира како еквивалент на директно полициско испрашување и затоа бара присуство на бранител ако обвинетиот не се откажал од ова право. Не можам да го прифатам тоа гледиште, од едноставна причина што имплицитната принуда која постои кај директното полициско испрашување ја нема во тајните техники. Активностите на сообвинетите кои решиле да соработуваат со полицијата, доброволните изјави дадени пред нив и изиграната доверба ни со употреба на најголема имагинација и најекстензивно толкување не може да се подведат под графата ограничување на правото на бранител. Едноставно Масија или Хенри како да даваат права на обвинетите што тие ги немаат со VI амандман, како да воведуваат граници за органите на прогонот кои не постојат во Уставот.

Не само тоа, Масија и Хенри се контрадикторни и со други судски прецеденти според кои изиграната доверба (*misplaced trust doctrine*) од сведокот (па дури тоа да е и таен агент) или погрешната увереност не е основ за ексклузија на доказите.⁸⁸⁹ Факт е дека

дадени; недозволиви ако не се производ на неговата слободна волја... Примената на новото правило за исклучување е особено несоодветно во овој случај. Во моментот на разговорот во прашање, обвинетиот не бил во притвор, туку на слобода со кауција. Тој не беше испрашуван во она што некој може да го нарече атмосфера на официјална принуда. Тоа што го кажа беше кажано на неговиот партнер во криминал кој исто така бил обвинет. Таму немаше алузија или можност за принуда. Она што обвинетиот не знаел е дека Колсон одлучил да го пријави разговорот во полиција. Да немало претходни договори меѓу Колсон и полицијата, Колсон по разговорот едноставно да отишол во полиција, неговото сведочење во врска со изјавите на Масија ќе биле лесно прифатливи на судењето, како и снимката што можеби ја направил од разговорот. Во таков случај, едноставно би се рекло дека Масија ризикуваше да разговара со пријател кој реши да открие што знае за криминалните активности на Масија. Но ако, како што се случи овде, Колсон соработувал со полицијата пред неговата средба со Масија, и двата негови докази и снимениот разговор се некако трансформирани во недозволиви докази и покрај фактот дека опасноста за Масија останува токму иста - изневерувањето од еден другар во криминал. Пријавувањето криминално однесување се очекува, па дури и се бара од обичниот граѓанин... Ниту обичниот граѓанин, ниту признатиот криминалец не треба да се обесхрабруваат да пријават што знаат на властите и од давањето на нивна помош за обезбедување докази за криминал.

⁸⁸⁹ *On Lee v. United States*, 343 U.S. 747 (1952) - додека обвинетиот бил на слобода со кауција во очекување на негово судење за обвиненија за наркотици, еден стар познаник и поранешен вработен, кој, непознато за обвинетиот, бил федерален таен агент и имал сокриен радиопредавател кај себе започнал разговор со обвинетиот. Самоинкриминарачките изјави, дадени од обвинетиот за време на овој разговор и подоцна во разговорот на тротоарот со истиот таен агент, биле слушани на радиоприемник надвор од пералната од друг федерален агент, кој сведочел во врска со нив; *Lewis v. United States*, 385 U.S. 206 (1966) - 1) Владината употреба на мамки и тајни агенти сама по себе не е незаконска. 2) Обвинетиот го поканил агентот во неговиот дом со цел илегално да му продаде наркотици. 3) Кога домот е отворен како место за незаконско работење во кое се поканети надворешни лица за комерцијални цели, IV амандман не се прекршува кога владин агент влегува во согласност со поканата и потоа ниту гледа, слуша, ниту презема нешто што не е поврзано со деловната цел на неговата посета или нешто надвор од намерите на станарот; *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966) - 1) Ниту едно право од IV амандман не беше прекршено со пропустот на Партин да ја открие својата улога како владин информатор. Кога Хофа даваше инкриминарачки изјави до или во присуство на Партин, неговиот поканет, тој не се потпираше на безбедноста на хотелската соба, туку на неговата погрешна увереност дека Партин нема да го открие своето незаконско дело. 2) Разговорите на Хофа со Партин, бидејќи беа целосно доброволни, не вклучуваа никаква привилегија од V амандман против присилната самоинкриминација. 3) Немаше повреда на правото на бранител од VI амандман во овој случај. а) Прекршувањето на VI амандман што произлегува од известувањето на Партин до Владата за активностите на бранителот на Хофа при подготовката на одбраната на првото судење може да ја поништи секоја пресуда во тој судски процес. Но, пресудата во последователниот судски процес за различното дело на обид за поткупување поротници не беше неважечка со признавањето на инкриминарачките изјави на Хофа слушнати од Партин, од кои ниту една не беше дадена во присуство на бранител или во врска со легитимната одбрана на судењето за првиот случај. б) Владата не беше обврзана да го уапси Хофа кога првпат имаше веројатна причина да го стори тоа, иако неговите признанија без бранител по апсењето можеби ќе беа забранети, бидејќи службениците за спроведување на законот немаат

постои разлика со посочените одлуки, зашто против овие обвинети не било покренато обвинение кога тие ја давале инкриминирачката изјава пред сведоците што ја изиграле нивната доверба. Затоа овие одлуки претежно се базираат на IV и V амандман кои се однесуваат на фазата на истрагата, додека VI амандман се однесува на фазата судење и подготовка за судење по поднесување на обвинение.⁸⁹⁰

Видовме дека за IV амандман битни се разумноста и основаниот сомнеж, за V изјавата да не биде изнудена или присилена, а за VI правото на правна помош. Но, судот како да воспоставил вештачка бариера, па иста активност на полицијата и сведокот ќе е дозволена ако против осомничениот сè уште не е поднесено обвинение, односно нема да биде дозволена ако е. Иако правото на бранител како што е пишано во несогласувачкото мислење во Масија никогаш не било доведено во прашање.

Границата е неприродна, бидејќи судот не ја поврзува прифатливоста на изјавата со доброволноста која треба да е единствено мерило за нејзината валидност, туку со фазата кога таа се дава. Може изјавата да е иста од точка до точка, може лицето кому му е дадена да биде истиот сведок, може да постои истата волја и спремност кај обвинетиот доброволно да зборува пред него, но таа нема да е прифатлива ако против осомничениот било поднесено обвинение, а сведокот ја известил полицијата однапред за намерата да им пренесе сè што ќе слушне од него.

Впрочем судот подоцна како да го ограничил Хенри или поправилно да се изразам не дозволил негово широко читање кога посочил дека затвореник-цимер, а воедно полициски доушник сè додека само слуша, а не прашува може во идна постапка да даде уставно прифатлива изјава за тоа што во доверба ќе му биде кажано.⁸⁹¹

должност да ја прекинат истрагата за криминал кога имаат минимум докази за да се утврди веројатната причина. 4) Употребата на таен доушник сама по себе не е неуставна, а употребата на Партин во овој случај не ги прекршила барањата на правичен процес, неговата вистинитост била целосно предмет на заштитните мерки при вкрстеното испрашување и упатствата на судечкиот суд до поротата; *United States v. White*, 401 U.S. 745, 749 (1971) - пријавениот бил осуден... на судење каде што беа примени докази за одредени инкриминирачки изјави на испитаникот кои беа слушнати со електронско прислушување без налог од владини агенти со помош на предавател кој доушникот се согласил да го носи за време на неговите состаноци со испитаникот; *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963) - агентот носел електронска опрема за да ги сними зборовите на обвинетиот. Неговото сведоштво за разговорот и снимката од тој разговор биле прифатени како доказ. Бидејќи сведочењето на агентот не било забрането, не била забранета ниту снимката која поверодостојно ќе ја прикаже содржината на разговорот.

⁸⁹⁰ Во Германија е поинаку, но ќе видиме таму ексклузивното правило се заснова на сосема поинакви принципи од овие во САД. Така според Германскиот сојузен уставен суд општиот интерес на заедницата за функционална примена на кривичното право и во таа насока конкретниот интерес за изведување на доказите не се доволен аргумент за во рамките на процената секогаш да се даде иста или поголема тежина наспроти општото право на личноста и ограничувањето на правата на личноста со тајното снимање на разговорот од или со дозвола на соговорникот. Потребно е да станува збор за ситуација која го надминува чистиот интерес за обезбедување на доказите, како што е пр. откривањето посебно тешки дела, спречување криминален напад кој воопшто не би можел или тешко би можел да се постигне на некој друг начин - Одлука на Сојузниот уставен суд 106, 28 во Избрани одлуки на Сојузниот уставен суд на СР Германија, 2009, стр. 88-94.

⁸⁹¹ *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986) - додека го чекал судењето обвинетиот бил затворен во ќелија со затвореник, кој претходно се согласил да дејствува како полициски доушник. Дал инкриминирачки изјави, а доушникот ги пријавил во полиција. Обвинетиот побарал издвојување на изјавите на доушникот, судовите го одбиле и бил осуден. ВСС заклучил - бидејќи VI амандман не е прекршен секогаш кога -- случајно или на среќа -- државата добива инкриминирачки изјави од обвинетиот откако ќе се активира правото на бранител, обвинетиот не претрпува повреда на тоа право едноставно со тоа што ќе покаже дека доушникот, по претходен договор или доброволно, ги пријавил неговите инкриминирачки изјави во полиција. Наместо тоа, обвинетиот мора да покаже дека полицијата и нејзиниот доушник презеле некоја акција, освен самото слушање, која била намерно дизајнирана да предизвика инкриминирачки забелешки; Слично во Канада, ако обвинетиот се повикал на правото да молчи, изјава издејствува од агент кој се претставувал како затвореник ќе е недозволива во суд. Но, затоа ако е дадена на таен агент кој делувал

Две години по Масија судот ќе ја донесе Миранда, па овде е добро место да укажам на сличностите и разликите во примената на прецедентите од гледна точка на правото на бранител:

	Miranda v. Arizona	Massiah v. United States
правен основ	V амандман - гаранција против самоинкриминација	VI амандман - право на бранител
фаза	истрага и притворско испитување	по поднесување обвинение (обвинетиот може да е на слобода, а може да е и затворен)
испитувачи	осомничениот знае дека се агенти	обвинетиот е предмет на отворено или прикриено испрашување
активирање	испрашувањето мора да престане кога осомничениот ќе се повика на своето право сè додека не дојде бранителот или не се откаже од правото	полицјата не смее самоиницијативно да започне да го испитува обвинетиот без бранител за истото дело ⁸⁹²
откажување	интелигентно, свесно и доброволно	интелигентно, свесно и доброволно ⁸⁹³
правен лек	издвојување на изјавата, но не и на деривативните докази	издвојување на изјавата, а некогаш и на деривативните докази ⁸⁹⁴
користење	изјавите може да се користат за дискредитација при вкрстено испитување на обвинетиот	изјавите може да се користат за дискредитација при вкрстено испитување на обвинетиот ⁸⁹⁵

Табела 6

Со Фелерс донесен едногласно судот не ја отфрлил доктрината плодови од отровно дрво. Утврдил дека изјавите во домот биле добиени со повреда на правото на бранител од VI амандман, но го вратил предметот на повторно одлучување за да се утврди (во два степени) дали тезите од Елстад би нашле примена и овде.⁸⁹⁶ Елстад зборува за интелигентно и доброволно откажување од правото кај затворски, а не и домашни изјави. Ако ја следиме логиката на Фелерс, доколку нема интелигентно и доброволно откажување од правото тогаш покрај првата изјава, подложна на

пасивно, на вистински затвореник кој не е агент или не е добиена со уред за амбиентално снимање во ќелијата би била прифатлива - Bradley, 1993, стр. 198-199; И за судовите во Англија не е проблематично поставувањето осомничени во озвучена ќелија и користење на инкриминирачките меѓусебно споделени информации, зашто на тоа не гледаат како на испрашување - Mirfield, 1997, стр. 130 кој се повикува на Bailey [1993] 3 All ER 513, а слично и Allen, 2011, стр. 121 кој посочува други одлуки од 1966 и 1993 г.

⁸⁹² Спореди Michigan v. Jackson, 475 U.S. 625 (1986) со Montejo v. Louisiana, 556 U.S. 778 (2009) - се сметало дека секое откажување на правото од VI амандман е невалидно. Ова нешто е изменето со новиот прецедент кој го укинал стариот и по кој обвинетиот може валидно да се откаже од своето право на бранител откако еднаш се повикал на него.

⁸⁹³ Patterson v. Illinois, 487 U.S. 285 (1988) - откако полицијата го известила дека е обвинет за убиство, обвинетиот двапати искажал подготвеност да разговара за к.д. за време на интервјуата иницирани од властите. Во двата наврати, на подносителот му бил прочитан формулар со кој се откажува од неговите права според Миранда. Потоа дал обвинувачки изјави кои биле искористени на судењето против него.

⁸⁹⁴ Fellers v. United States, 540 U.S. 519 (2004).

⁸⁹⁵ Michigan v. Harvey, 494 U.S. 344 (1990); Kansas v. Ventris, 556 U.S. 586 (2009).

⁸⁹⁶ Fellers v. United States, 540 U.S. 519-521 (2004) - агенти отишле во домот на обвинетиот, му кажале дека имаат федерален налог за негово апсење и дека големата порота го обвинила за заговор за дистрибуција на метамфетамин. Во текот на кратката дискусија, обвинетиот дал неколку инкриминирачки изјави. Дури во окружниот затвор бил информиран за неговите права според Миранда и Патерсон. Пред судењето поднел барање за издвојување на изјавите што ги дал во неговиот дом и во затворот. Судот на voir dire ги издвоил изјавите од домот поради повреда на Миранда правата, а делови од изјави во затворот како плод на отровно дрво. Окружниот и Апелациониот суд се согласиле дека треба да се издвојат изјавите дадени во домот, но не и оние од затворот заклучувајќи дека обвинетиот свесно и доброволно се откажал од своите Миранда права пред да ги даде затворските изјави.

издвојување би била и втората како нејзин дериват, а доколку има тогаш само првата би се издвоила, а не и втората. ВСС добро направил што оставил пониските судови прво да се позанимаваат со ова прашање бидејќи „доброволноста“ била клучната непозната и како сознанието дека еднаш признал влијаело врз обвинетиот при давање на втората изјава. Дали откажувањето од правото на бранител во затворот било под влијание на веќе даденото признание во домашни услови, во смисла штом еднаш дома признал може бил под впечаток дека таа изјава секако ќе се употреби против него и нема поента вториот пат во затворот да негира. Ако било така тогаш втората изјава може да се смета како издејствувана благодарение на првичната повреда сторена во домот на обвинетиот, па поради продолженото дејство на повредата подложна на ексклузија.⁸⁹⁷

Останува уште да кажам дека признанието на вина дадено на прелиминарно сослушување пред судија без обвинетиот да има помош од бранител и подоцна повлечено, не смее да биде претставено како доказ.⁸⁹⁸

9.2. Препознавања и идентификации

Видовме претходно дека идентификациите и покрај нивниот принуден карактер не претставуваат *per se* повреда на привилегијата против самоинкриминација. Меѓутоа во зависност од тоа како се спроведени може да доведат до повреда на начелото на правична постапка од XIV или на правото на бранител од VI амандман.

Така, ако обвинетиот не се откажал од правото на бранител, отсуството на адвокат во постапката за препознавање спроведена по поднесување обвинение, според судот го прави препознавањето и резултатите од него недозволиви. Имено, VI амандман на обвинетиот му го гарантира правото на бранител не само на судењето, туку и при секое критичко соочување со обвинителството, бидејќи резултатите од таквото соочување би можеле да ја одредат неговата судбина, а отсуството на бранител би можело да го дерогира неговото право на правично судење. Идентификацијата по обвинувањето е токму таква критична фаза на гонење во која обвинетиот има право на помош од бранител. ВСС сметал дека препознавањето во полиција било резултат на повреда на амандманот VI, а тоа во судот можеби плод на претходната повреда, само пред да се исклучи судското препознавање треба да му се даде можност на обвинителството да докаже дали тој доказ има независен извор или грешката е безопасна.⁸⁹⁹

Отривањето на причините зошто судот ја донел оваа одлука може да ни укаже дали кај повредите на VI амандман основот лежи во одвраќањето како што е со тие од IV, во неверодостојноста на доказот како кај V или можеби во остварување на начелото на правичната постапка како кај XIV амандман.

Според диктумот на одлуката обезбедувањето фер судење и неверодостојноста на доказот, а со тоа и ефектот што би го имало врз точноста на конечната пресуда се главните двигатели на ексклузиското правило поврзано со идентификациите. Имено, реалната опасност од неправичност поради начинот на кој се спроведуваат препознавањата, можноста од директна или индиректна сугестија врз сведоците и крајно неможноста дефектот да се поправи на самото судење поради фактот што сведокот скоро

⁸⁹⁷ Претходново се однесува на втората изјава на обвинетиот, меѓутоа не најдов пракса судот да издвоил изјава на сведок за кого се дознало од изјава на обвинет добиена со повреда на правото на бранител од VI амандман. Веројатно по истиот принцип како кај IV и V амандман таа би била прифатлива.

⁸⁹⁸ *White v. Maryland* 373 U.S. 59, 83 S.Ct. 1050, 10 L.Ed2d 193 (1963) - кај LaFave/ Israel, 1992, стр. 313.

⁸⁹⁹ *United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 220-223 (1967).

никогаш не го менува првично даденото мислење, го прават незаменливо и бесценето присуството на бранителот во таа клучна фаза за иднината на постапката.⁹⁰⁰

Во основа идентификациите се ризични бидејќи се „познати по погрешливоста дури и кога сведокот е сигурен во врска со нив“,⁹⁰¹ посебно кога станува збор за меѓурасни препознавања,⁹⁰² односно „се меѓу најмалку веродостојните форми на докази, а сепак убедливи за поротата“.⁹⁰³

Потврда на ова се резултатите од експериментот на професорот Гарднер од универзитетот во Калифорнија⁹⁰⁴ или случајот со Адолф Бек кого поротата два пати

⁹⁰⁰ United States v. Wade, 388 U.S. 223-224, 228-229, 231, 236-237 (1967) - во овој случај се алудира на тоа дека помошта од бранителот при препознавањето била неопходна за да се заштити најосновното право на Вејд како обвинет за к.д. - неговото право на правично судење... Добро познати се каприците на идентификацијата од очевидците; анализите на кривичното право се преполни со случаи на погрешна идентификација... Главен фактор што придонесува за високата зачестеност на потфрлање на правдата кај погрешните идентификации е степенот на сугестија својствен на начинот на кој обвинителството го претставува осомничениот на сведоците при предистражна идентификација. Еден коментатор забележал дека „влијанието на несоодветната сугестија при идентификувањето на сведоците веројатно е причина за повеќе потфрлања на правдата од кој било друг поединечен фактор, можеби тоа е одговорно за повеќе такви грешки отколку сите други фактори заедно. „Сугестијата може да се создаде намерно или ненамерно на многу суптилни начини. А опасностите за осомничениот се особено сериозни кога можноста на сведокот за набљудување била мала, а со тоа и неговата подложност на сугестија најголема. Згора на тоа, „прашање на општо искуство е дека, откако сведокот ќе го избере обвинетиот во редот, тој веројатно нема да се врати на својот збор подоцна, така што во пракса прашањето за идентитетот може (во отсуство на други релевантни докази) за сите практични цели да се утврди таму и тогаш, пред судењето... Згора на тоа, сите протести на осомничениот за правичноста на препознавањето направени на судењето веројатно ќе бидат залудни; изборот на поротата е помеѓу неподдржаната верзија на обвинетиот и онаа на присутните полицајци... Бидејќи се чини дека постои голем потенцијал за предрасуди, намерни или не, во препознавањето пред судењето, кои можеби нема да биде во состојба да се реконструираат на судењето, и бидејќи самото присуство на бранител често може да ги спречи предрасудите и да обезбеди значајна конфронтација на судењето, не може да има мало сомневање дека за Вејд препознавањето по обвинувањето беше критична фаза во кое тој имаше право на таква помош од бранител... колку и на самото судење.

⁹⁰¹ Royal Commission on Criminal Justice, Report (1993), p.57 kaj Ashworth, 2002, стр. 8.

⁹⁰² Gross/ Jacoby/ Matheson/ Montgomery, 2005, стр. 548, 551; Gross, 2008, стр. 20; Gross/ O'Brien, 2008, стр. 941; Duke/ Lee/ Pager, 2007, стр. 29-30.

⁹⁰³ Gary L. Wells & D.M. Murray, What Can Psychology Say About the Neil vs. Biggers Criteria for Judging Eyewitness Identification Accuracy?, 68 J. Applied Psychol. 347, 357-58 (1983) kaj Garrett, 2012, стр. 471.

⁹⁰⁴ Во него учествувале вкупно 34 лица - студенти на право, јавни обвинители и еден судија на врховен суд. Бил стручно воден со образовани лица кои го изучуваат или го изучиле кривичното процесно право, значи со лица која ја знаат вредноста на точното наспроти погрешното препознавање. Експериментот се одвивал на едно предавање во предавална кога влегла една жена, се упатила кон катедрата и фингирала напад врз професорот Гарднер, кој потоа ја изнесол од предавалната додека таа викала: „Ќе видите што ќе ви сторам“. Сите 34 лица биле сослушани веднаш по овој настан по однос на личниот опис на напаѓачот па а) вистинската висина ја погодиле 2 лица, б) возраста само 4 лица, распонот на годините во изјавата кај сите лица бил 20 години, в) косата правилно ја опишале 19 лица, 9 изјавиле дека не се сеќаваат, а 6 дале сосема погрешни податоци, г) општиот изглед на лицето ни едно лице, 13 лица ја ускратиле изјавата, а сите останати дале погрешен опис, д) бојата на очите едно лице, 30 не можеле да ги опишат, а 3 дале неточни податоци, е) шапката приближно ја опишале 10 лица, 9 не ја виделе, а 15 дале погрешен опис, е) фустанот не можел да го опише ниту еден, ж) кондурите, се работело за две различни, ниту едно лице, 25 не можеле да дадат никаков опис, а останатите 9 дале погрешен, з) ракавиците точно ги опишале 3 лица, 18 не ги виделе, а 13 дале неточен опис, с) ташната точно ја опишале 2 лица, не ја забележале 18 лица, а 14 ја опишале погрешно, и) оружјето обичен отворач за пиво ни едно лице, 14 не го виделе, 13 виделе движење со раката, а 7 дале погрешен одговор, ј) вистинската боја на косата ниту едно лице, к) настанот траел 17 секунди, а според изјавите на присутните од 5 до 120 секунди, л) на прашање дали би можеле да го идентификуваат лицето доколку повторно би го виделе 1 одговорил позитивно, 31 негативно, а 2 се двоумеле, љ) по шест седмици извршен е обид за препознавање меѓу 6 други жени па од сите 34 само 3 успешно ја идентификувале, од кои само 1 бил целосно сигурен - Marković Tomislav, Savremena tehnika

погрешно го осудила и бил повод за воведување на жалбата како правен лек во Англија.⁹⁰⁵

Истражувањата направени од американската асоцијација за психологија покажуваат дека сведоците во 30% од случаите посочуваат невино лице на погледите.⁹⁰⁶ А, што ако такво лице биде осудено? Истражувањата покажуваат дека бројот на погрешно осудени лица за убиство во САД се движи некаде помеѓу 2 и 5%.⁹⁰⁷ Ослободувањата на правосилно осудените преку проектите за невиност со помош на ДНК анализите покажуваат дека погрешната идентификација од сведоците е најчест фактор со над 70% во неправичните осуди.⁹⁰⁸ Така во масата од 121 ослободени лица, 107 или 88% биле осудени за силување на база на погрешна идентификација направена од жртвата. Кај делата за разбојништво сите 6 ослободени биле осудени на база на погрешно препознавање.⁹⁰⁹ Податоците од погрешно осудените лица предочуваат 4 категории сомнителни докази, 1) погрешни идентификации од очевидци, 2) лажни признанија, 3) погрешни или лажни форензични експертизи и 4) сведочења на затворски кодоши или доушници.⁹¹⁰

Мала дигресија, освен искрено погрешните идентификации во кои сведокот навистина верува дека го препознал вистинскиот сторител на делото, постојат и свесни лажни пријавувања.⁹¹¹ Таков впрочем е случајот со првото ослободено лице на база на

istraživanja krivičnih dela (Kriminalistika), Narodne novine, Zagreb, 1977, стр. 474-475 кај Сулејманов, 2002, стр. 255-256.

⁹⁰⁵ Крапс, 1995, стр. 23-24 - во 1896 г. бил осуден за повеќе измами главно на база на сведочењето на 11 жртви кои го препознале како нивниот измамник. Две години по условниот отпуст почнале да се случуваат слични измами и на ново судење го препознале сите 5 жртви по што повторно бил осуден од поротата. На негово силно негодување и огорченост, судијата го одложил изрекувањето на казната за кое време Бек бил во притвор. Тогаш повторно се случиле слични измами, бил откриен сторителот кого како извршител на измамата го препознале и неколку жртви кои пред тоа го посочиле Бек. Под силен притисок на јавноста тој бил ослободен, била основана истражна комисија по чии предлози парламентот основал жалбен суд; LaFave/ Israel, 1992, стр. 353 - покрај случајот со Адолф Бек посочуваат и друг во кој 7 лица погрешно препознале еден човек (Бернард Т. Пагано) како извршител на разбојништвата кој не бил осуден само благодарение на фактот што вистинскиот сторител признал за време на судењето.

⁹⁰⁶ Garrett, 2012, стр. 472.

⁹⁰⁷ Gross, 2008, стр. 22.

⁹⁰⁸ Risinger, 2010, стр. 1364; Garrett, 2012, стр. 472-473, 475-476 - изјавите на сведоците при препознавањата за кои подоцна со сигурност било докажано дека се погрешни биле „немам апсолутно никаква дилема во мојот ум“, „ова е човекот или неговиот брат близнак“, „тоа е лице што никогаш нема да го заборавам“, „со 100% сигурност“, „со 100 и 20 % сигурност“.

⁹⁰⁹ Gross/ Jacoby/ Matheson/ Montgomery, 2005, стр. 530 и Gross/ O'Brien, 2008, стр. 932-933; Duke/ Lee/ Pager, 2007, стр. 2 - посочуваат туѓи истражувања кои покажале дека кај едното, во масата од 62 ДНК ослободувања, 52 вклучувале погрешни препознавања, а кај другото од 130 ДНК ослободувања во 101 имало погрешни идентификации.

⁹¹⁰ Findley, 2013, стр. 726-727, 736, 744, 748, 751-756, 773-774 - во однос на форензичките докази се повикува на извештај на Националната академија на науките од 2009 г. од кој произлегува дека „со исклучок на ДНК анализата, на речиси сите форензички науки кои индивидуализираат им недостасува научна основа, солидна истражувачка база или докажан капацитет за веродостојно поврзување на поединецот со одреден дел од доказите на местото на злосторството“; Gross, 2008, стр. 17-18 - ги додава и лажните сведочења воопшто, обвинителските злоупотреби и неефикасната одбрана, а пишува дека 90% од ослободените за силување биле осудени на база на погрешни идентификации; Duke/ Lee/ Pager, 2007, стр. 46 - ги додаваат обвинителските злоупотреби и неефикасната одбрана.

⁹¹¹ Gross/ Jacoby/ Matheson/ Montgomery, 2005, стр. 533-536, 544 - кои пишуваат за 88% ослободени кои претходно биле погрешно осудени на база на препознавање од жртвата, а посочуваат и за откриените големи скандали во 1999, 2000 и 2002 г. во неколку полициски оддели во САД каде невини лица биле местени за дела кои не ги извршиле како резултат на лажно сведочење на полициски таен агент, подметнување лажни докази од типот оружје или дрога. По откривањето на скандалот на голем број лица (150 во првиот случај, 35 во вториот, 80 во третиот) осудите им биле поништени, меѓу кои и на оние кои

ДНК анализа.⁹¹² Форензичните докази односно вешти наоди и мислења пак се производ на погрешни осуди, поради погрешна употреба на емпириските податоци за населението или неточни заклучоци за доказната вредност на доказите неподдржани од емпириски податоци.⁹¹³ Дури и ДНК анализите може како резултат на неточна презентација на резултатите да бидат условно кажано виновни за погрешни осуди на невини лица.⁹¹⁴ Не постои такво нешто како сигурен доказ. Проблемот е што „правниот систем е недоволно опремен да ги исправи проблемите на форензичката заедница“.⁹¹⁵

Да продолжам, ВСС ја прифатил теоријата плод на отровно дрво и нејзиниот исклучок независен извор кога констатирал дека препознавањето во судница е подложно на ексклузија ако е резултат на првичното неуставно спроведено препознавање, освен ако обвинителството не докаже дека тој доказ има независен извор⁹¹⁶ или дека грешката е безопасна.⁹¹⁷

лажно признале сè со цел да избегнат доживотен затвор или да добијат редуцирана казна (100 од 150-те претходно признале вина, 31 од 35-те исто така за к.д. кои биле фабрикувани и не се случиле).

⁹¹² Garrett/ Neufeld, 2009, стр. 4 - Гери Дотсон во 1979 г. бил осуден за силување на казна затвор 25-50 г. Оштетената лажно го пријавила сакајќи да го прикрие доброволниот сексуален однос со нејзиното момче. ДНК анализата извршена во 1989 г. го исклучила Дотсон, а со сигурност го посочила момчето како извор на биолошките траги најдени кај наводната жртва.

⁹¹³ Garrett/ Neufeld, 2009, стр. 9, 16-20 - интерпретација како докази за вина, докази кои всушност немаат никаква доказна вредност. На стр. 9 и 17 како пример го посочуваат случајот со Гери Дотсон во кој доказ што го поддржал лажното сведочење на жртвата била анализата на вештото лице според кое Дотсон спаѓал во 11% од популацијата која можела да биде донатор на спермата, иако во случајот точниот одговор бил 100% од машката популација. На стр. 28 пишуваат за напис од 2008 г. според кој криминалистичката лабораторија на полицијата во Детроит била затворена по откриени грешки во многу случаи, односно врз основа на „системски“ неуспех правилно да се спроведе анализа на огнено оружје.

⁹¹⁴ Garrett/ Neufeld, 2009, стр. 10.

⁹¹⁵ Garrett/ Neufeld, 2009, стр. 11, 14 - укажуваат, од анализата на 137 судски списи на ослободени претходно правосилно осудени лица, 82 случаи или 60% содржеле погрешно експертско сведочење (од секаков тип - серолошка анализа, микроскопска споредба на влакна, споредба на отпечатоци од прсти, ДНК анализа, форензичка геологија (споредба на почвата), форензичка одонтологија (споредба на траги од каснување), споредба на отпечатоци од чевли, споредба на влакна, споредба на глас и споредба на нокти) или уште полошо прикривање ослободителни докази од вештото лице.

⁹¹⁶ United States v. Wade, 388 U.S. 235, 239-240, 242 (1967) - доколку осудата на обвинетиот почива на препознавањето во судница, кое всушност е плод на претсудската идентификација за која обвинетиот е беспомошен да ја подложи на ефективна контрола на судењето, обвинетиот е лишен од правото на вкрстено испрашување што е суштинска заштита на неговото право да се соочи со сведоците против него... Сега доаѓаме до прашањето дали одбивањето на барањето на Вејд да се издвои судското препознавање од страна на сведоците од банката поради отсуството на неговиот бранител при идентификацијата бара, како што одлучи Апелациониот суд, да се одобри ново судење на кое таквите докази треба да се исклучат. Не мислиме дека оваа диспозиција може да се оправда без претходно да ѝ се даде можност на Владата со јасни и убедливи докази да докаже дека препознавањето во судот се засновало на други набљудувања на осомничениот различни од идентификацијата... Правилото ограничено само на исклучување на сведочењето во врска со идентификацијата, без оглед на прифатливоста на препознавањето во судницата, би го направило правото на бранител без содржина... Според евиденцијата што сега е пред нас, не можеме да утврдиме дали препознавањето во судот има независно потекло; Сличен став судот имал и во Gilbert v. California, 388 U.S. 263 (1967).

⁹¹⁷ Chapman et al. v. California, 386 U.S. 22-24 (1967) - заклучуваме дека може да има некои уставни грешки кои во рамките на одреден случај се толку неважни и безначајни што, во согласност со Федералниот устав, може да се сметаат за безопасни, не барајќи автоматско поништување на осудата... Иако нашите претходни случаи укажаа дека постојат некои уставни права толку основни за правично судење што нивното прекршување никогаш не може да се третира како безопасна грешка (види, на пр., Пејн против Арканзас, 356 САД 560 (изнудено признание); Гидеон против Вејнрајт, 372 САД 335 (право на бранител), Тими против Охајо, 273 САД 510 (непристрасен судија)... Секако, грешката, уставната грешка, при незаконското прифаќање на силно прејудиирачки докази или коментари, фрла товар на некој друг освен на лицето кое трпи предрасуди поради тоа, да покаже дека тоа е безопасно... пред федералната уставна грешка да се смета за безопасна, судот мора да може да изложи мислење дека е

Претходно генерално се сметало дека уставната повреда не може да биде безопасна и секогаш доведувала до укинување на осудата. Во Чепман се посочени некои уставни повреди кои никогаш не може да се третираат како безбедни, но по неа праксата е таква што за многу повреди има простор да се примени анализата за безбедна грешка (пр. при неправилен коментар за несведочењето на обвинетиот, прифаќањето докази прибавени со повреда на IV амандман, на признанието добиено со повреда на правото на бранител, на вонсудски дадена изјава на сообвинетиот кој не сведочел (VI амандман), на идентификациони докази прибавени со повреда на правото на бранител, па дури и за изнуденото признание.⁹¹⁸ Меѓутоа судот мора надвор од разумно сомневање да биде убеден дека грешката била безбедна, поточно дека немала придонес во осудата, а доказот не влијаел штетно на поротата во однос на обвинетиот (пр. признанието на сообвинетите кои не сведочеле пред суд го ставило обвинетиот на местото на настанот, но тој факт бил потврден и со други докази).⁹¹⁹

Дека Вејд останал валиден прецедент по прашањето дека незаконитото претсудско препознавање не го прави реч се незаконито и судското препознавање, дури и ако обвинетиот првично бил незаконито уапсен е случајот опишан од ЛаФав и Израел. Во него судот укажал дека препознавањето во суд има три елементи 1) присуството на жртвата на судењето, 2) нејзиното знаење и можност да го реконструира делото и да го идентификува обвинетиот согласно забележувањата за време на сторување на делото и 3) присуството на обвинетиот на суд. Бидејќи ниту еден од овие три елементи не е зависен од нелегалното апсење и повредата на IV амандман на обвинетиот, имено соработката од страна на жртвата не е продукт на полициска злоупотреба, нелегалното апсење не влијаело врз нејзината можност за меморирање и препознавање (за судот независен извор било тоа што за време на грабежот жртвата можела 5-10 мин. при добро светло да го гледа сторителот, тој одговарал на описот кој таа го дала непосредно по настанот, не препознала погрешно некое друго лице, туку два пати токму обвинетиот) и последно таквото апсење не спречува идно обвинение или осуда, судот оценил дека судското препознавање било сосема прифатлив доказ.⁹²⁰

Може да видиме дека теоријата плодови на отровно дрво има далекосежна примена, зашто до секундарни докази може да се дојде на повеќе начини. Тие може да бидат дериват на повреда на амандманот IV кога докази се добиени со неуставен претрес (Силверторн), со незаконско прислушување (Нардоне), или по незаконско апсење. Исто така вакви докази може да се добијат и со повреда на амандманот V врз основа на изнудена изјава, потоа со изјава добиена со повреда на Миранда правата, конечно деривативен доказ е идентификацијата во суд извршена по претходна незаконска претсудска идентификација обезбедена со повреда на V или VI амандман.

безбедна надвор од разумно сомневање; Слично и во Англија ако повредата е од технички карактер и не предизвикува реална штета по обвинетиот, таа не ќе се смета за значајна или суштинска, па ексклузијата би била несоодветна - *RSPCA v. Eager* [1995] Crim.LR 59 - кај *Mirfield*, 1997, стр. 163; Инаку ова правило во Англија било воведено во 1873 г. со Законот за судството - *LaFave/ Israel*, 1992, стр. 1160.

⁹¹⁸ *LaFave/ Israel*, 1992, стр. 1166-1169 - со *Arizona v. Fulminante*, 499 U.S. 279 (1991) практично е укинат еден од трите исклучоци во Чепман дека изнуденото признание не може да биде безбедна грешка.

⁹¹⁹ *LaFave/ Israel*, 1992, стр. 1173-1175 - а не дека постоеле доста докази кои без спорниот повторно би довеле до осуда, бидејќи судот така би шпекулирал како би одлучила поротата по прашањето за вина што е нејзина исклучива надлежност.

⁹²⁰ *United States v. Crews*, 445 U.S. 463 (1980) кај *LaFave/ Israel*, 1992, стр. 484.

Меѓутоа, VI амандман не бара бранителот на обвинетиот да присуствува тогаш кога полицијата покажува фотографии на потенцијалните сведоци,⁹²¹ што претставува посебен проблем бидејќи главно препознавањата во САД се со фотографии наместо преку смотри.⁹²²

Впрочем од досега пишаното веќе е јасно дека ни препознавањето без адвокат пред поднесување обвинение не подразбира повреда на VI амандман,⁹²³ но може да биде исклучено ако било толку непотребно сугестивно и погодно за непоправлива погрешна идентификација што би претставувало повреда на правилата на правичната постапка.⁹²⁴

Финдли луцидно забележува

„кога судовите усвојуваат ригорозни стандарди за прифаќање на такви докази, ветувањето за строго спроведување речиси секогаш веднаш се прекршува со доктринарно ограничување. Кога ВСС, на пр. првпат се занимаваше со проблемот со грешките кај очевидците, објави правило со кое се бара присуство на бранител на постапките за препознавање пред судење (Wade). Кога се појавија случаи кои всушност би барале исклучување на доказите на очевидците, Судот брзо се откажа, сметајќи дека правото на бранител важи само за препознавања во живо, а не за фотографии (Ash), и посебно сметајќи дека правото важи само за идентификациите по обвинување (Kirby). Образложението на Судот за барање бранител - дека доказите за идентификација на очевидците се преполни со ризици од грешка што не може да се коригира на судењето, но што може да се минимизира со присуство на бранител во постапката за идентификација - беше подеднакво применливо и за фото-препознавањата и за идентификациите пред обвинување но последиците од исклучувањето на доказите во овие случаи беа премногу страшни. Сепак, бидејќи огромното мнозинство од сите процедури за идентификација вклучуваат фотографии, а не смотри во живо, и се случуваат пред обвинувањето, тоа ограничување го направи правниот лек со право на бранител практично бескорисен“.⁹²⁵

Понатаму, укажува дека тестот од *Стовал* би довел до издвојување на многу препознавања, па затоа поновата пракса на судот додава уште еден чекор според кој дури и ако постапката била непотребно или недозволиво сугестивна, доказите би биле прифатливи, доколку обвинителството може да покаже дека, и покрај сугестивноста, идентификацијата била доволно веродостојна.⁹²⁶ Уште еднаш забележува

„Со оглед на изборот на целосно исклучување на докази или оставање на поротата да ги слушне и да процени дали треба да им се верува, а особено со оглед на многу погрешната природа на тестот за веродостојност што го конструираше Судот, судовите утврдија дека речиси сите докази за идентификација се доволно веродостојни; а исклучувањето според постојниот *due process* тест е речиси нечуено“.⁹²⁷

За Судот е битно државата, односно полицијата да ги предизвикала тие услови, зашто во таков случај судот ќе има овластување да го издвои препознавањето, имено да спречи полициските злоупотреби да ја доведат во прашање правичноста на процесот. Но,

⁹²¹ *United States v. Ash*, 413 U.S. 300 (1973) - дејствието пред судењето претставува „критична фаза“ кога обвинетиот бара потпора во справувањето со правните проблеми или помош при средбата со неговиот противник. Бидејќи обвинетиот не е присутен во моментот на фотографското прикажување и, како и овде, не тврди дека има право да биде присутен, не постои можност тој да биде заведен поради неговото непознавање на законот или да биде совладан од неговиот професионален противник.

⁹²² Gary L. Wells & Deah S. Quinlivan, *Suggestive Eyewitness Identification Procedures and the Supreme Court's Reliability Test in Light of Eyewitness Science: 30 Years Later*, 33 *Law & Hum. Behav.* 1, 16 (2009) kaj Garrett, 2012, стр. 459, 467.

⁹²³ *Kirby v. Illinois*, 406 U.S. 682, 691 (1972) - препознавањето за време на полициската истрага нема testimoniјален карактер, па не важат гаранциите од V амандман, а пред обвинувањето ни тие од VI амандман. Но, клаузулата за правична постапка од V и XIV амандман забранува препознавање што е непотребно сугестивно и погодно за непоправливо погрешна идентификација.

⁹²⁴ *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293, 296-302 (1967); За споредба во Франција и Германија не е развиена судската пракса околу процедурите за идентификација, бидејќи ова се смета за прашање на веродостојноста, а не на законитоста на доказите - Pakter, 1985, стр. 2.

⁹²⁵ Findley, 2013, стр. 767.

⁹²⁶ *Neil v. Biggers*, 409 U.S. 188 (1972) и *Manson v. Brathwaite*, 432 U.S. 98 (1977) kaj Findley, 2013, стр. 732-733, 767-768.

⁹²⁷ Findley, 2013, стр. 768.

ако таа не учествувала во создавањето дури и на сугестивните услови, тогаш клаузулата за правична постапка не забранува воведување ваков доказ. Имено, Уставот забранува докази кога се прибавени на неуставен, спорен начин, но не ги забранува спорните докази, ниту осуда врз такви докази, зашто спорните докази треба да се тестираат пред порота во адверсијарна постапка.⁹²⁸

Препознавањето преку фотографии е поневеродостојно од тоа преку смотра, иако колку повеќе фотографии од различни лица му се покажат на сведокот толку помали се шансите за сугестија. Но, судовите се неволни при барањето да го издвојат препознавањето дури и во ситуации кога била предочена фотографија само од едно лице, повикувајќи се на претходната можност сведокот да го забележи обвинетиот. Ако препознавањето еден на еден или соочувањето во полициска станица е сугестивно, тогаш најсугестивна ситуација е препознавањето во суд, каде сведокот е под силна импресија дека властите се сигурни дека правиот човек е тој на којшто му се суди.⁹²⁹

Гарет при погрешно спроведени полициски препознавања недвосмислено се залага за апсолутна ексклузија на судските како трајно загадени од првите. Смета дека грешката никако не е безопасна, а во мнозинството од случаите нереално е да се тврди дека второто судско препознавање може да има извор кој е независен од првото полициско. И второ, за да се избегне каква и да било можност од сугестија предлага полицискиот службеник кој го спроведува препознавањето да не знае кој од присутните во смотрата всушност е осомничен.⁹³⁰

Поради несигурноста на препознавањата, признанијата и доушниците што се гледа фактот што грото од погрешните осуди се базираат на еден од овие три вида докази, постојат заложби за нивно издвојување, барем во постапките во кои може да се изрече смртна казна.⁹³¹

9.3. Конфронтациска клаузула

Исто како со правата од IV и V амандман и конфронтациската клаузула во 60-те години на минатиот век врз основа на XIV амандман станала обврзна за државните судови.⁹³² Таа му гарантира право на обвинетиот да се соочи со непријателските сведоци и вкрстено да ги испраша. Оттука, читање писмена изјава дадена во полиција од причина што сведокот во судот се повикал на правото да не се инкриминира себеси, а со која тој освен што како соучесник признал полесно дело, го товарел обвинетиот за потешкото и врз основа на која овој подоцна бил осуден од поротата, претставува повреда на конфронтациската клаузула.⁹³³

Ова е така, бидејќи секој има право да знае кој е тој што го обвинува, да се конфронтира со него на суд и да го дискредитира. Покрај тоа, секој има право да

⁹²⁸ Perry v. New Hampshire, 565 U.S. 228-230 (2012) - Уставот го штити обвинетиот од осуда заснована на докази со сомнителна веродостојност, не со забрана за воведување докази, туку со тоа што му дава на обвинетиот средства да ја убеди поротата дека доказите треба да се отфрлат како недостојни за верување. Само кога доказите се толку крајно неправедни што нивното прифаќање ги нарушува основните концепции за правдата клаузулата за правична постапка го спречува нивното прифаќање... Погрешливоста на препознавањата од очевидците, без дамка од несоодветно однесување на државата, не гарантира due process правило кое бара од судечкиот суд да ја провери веродостојноста на доказите пред да ѝ дозволи на поротата да ја процени нивната вредност.

⁹²⁹ LaFave/ Israel, 1992, стр. 371-372.

⁹³⁰ Garrett, 2012, стр. 455-457, 463, 488, 495, 497; За така организирано препознавање пишува и Gross, 2008, стр. 19.

⁹³¹ R. Little, 'Addressing the Evidentiary Sources of Wrongful Convictions: Categorical Exclusion of Evidence in Capital Statutes' (2008) 37 Southwestern University Law Review 965 kaj Jackson/ Summers, 2012, стр. 53.

⁹³² Pointer v. Texas, 380 U.S. 400 (1965).

⁹³³ Lilly v. Virginia, 527 U.S. 116 (1999).

предложи и сведоци во своја полза, а доказните правила кои ги воспоставува една држава не смее да бидат такви што ќе го оневозможат обвинетиот да понуди ослободувачки докази, зашто тоа би било негација на правдата во конкретниот случај.

Во тој контекст Судот како спротивни на принципот на фер судење ги оценил доказните правила кои налагале издвојување ослободувачки докази по слушање или забранувале да се дискредитира сопствениот сведок,⁹³⁴ попречувале соодветно да се дискредитира сведокот кој бил малолетник,⁹³⁵ или спречувале да се повика како сведок соизвршителот кој бил осуден во претходна постапка.⁹³⁶

Текстот на амандманот е ист од неговото донесување до денес, но ВСС е тој кој преку своите одлуки му дава екстензивно или рестриктивно толкување и така ја менува праксата на пониските судови.

Тоа последно го направил во 2004 г. кога практично дефинирал ригидно правило според кое конфронтациската клаузула забранува прифаќање изјава на сведок кој не се појавил на суд, освен ако бил недостапен за да даде исказ, а обвинетиот имал претходна можност вкрстено да го испита.⁹³⁷ Ваква изјава не смее да се употреби во судска постапка, односно ако е предложена треба да се издвои.

Со оваа одлука судот го укинал дотогаш важечкиот прецедент според кој вонсудските изјави дадени од лице што не е достапно на суд да сведочи се прифатливи ако се сметаат за веродостојни.⁹³⁸ Со анализа на повеќе одлуки на пониските судови покажал дека тестот за оцена на веродостојноста е доста несигурен, во смисла исти околности за едни судови одат во прилог на веродостојноста на исказот, додека за други контра. Наместо таква несигурна пракса укажал дека кога се работи за сведоштвата,

⁹³⁴ *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S. 284, 287-289, 294-295, 298-302 (1973) - државните правила за доказите забранувале странката да го дискредитира сопствениот сведок. Бранителот на обвинетиот за убиство, предложил како сведок лице кое писмено го признало убиството, а подоцна ја повлекло изјавата (обвинителството не го повикало како свој сведок). Воедно според правилата за доказите по слушање, одбраната била оневозможена да повика 3 сведоци, другари на ова лице на кои тоа непосредно по настанот во различни наврати секому посебно им признал дека го извршил убиството (иако според ВСС постоеле значителни гаранции дека се веродостојни, вклучително поради тоа што секоја од изјавите била направена спонтано на близок познаник, секоја била потврдена со други докази во случајот, секоја била во вистинска смисла против интересот на лицето кое ја дало, и дека ова лице било достапно за вкрстено испрашување од страна на државата).

⁹³⁵ *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308-311, 315-316, 319-320 (1974) - бранителот на обвинетиот за разбојништво бил оневозможен да го испраша сведокот за неговиот пробациски статус како осуденик за разбојништво и неговата ранливост во однос на државата поради состојбата во која бил, само затоа што бил малолетник. Фактички државата уставното право на конфронтација го подредила на државната политика за заштита на малолетничките престапници од срам и непријатности.

⁹³⁶ *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14, 16-19, 22-23 (1967) - Тексас во тоа време имал два закони кои оневозможувале обвинетиот, кому му се судело за убиство, преку суд да го повика како сведок во своја полза соизвршителот кој претходно бил осуден во друга постапка, иако немало таква забрана за обвинителството. Судот сметал дека здраворазумски поверојатно е такво лице да лаже во полза на обвинителството отколку обратното, посебно ако сè уште не му е изречена казната. Оценил дека забраната е арбитрарна и во спротивност со конфронтациската клаузула од VI амандман.

⁹³⁷ *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 38, 40, 68-69 (2004) - обвинетиот бил осуден за напад со нож и обид за убиство на лице кое наводно се обидело да ја силува неговата сопруга. Државата во постапката довела нејзина снимена изјава дадена за време на полициското испитување, бидејќи на судењето ја искористила сопружничката привилегија да не сведочи. Во Вашингтон привилегијата не се проширува на вонсудски дадените изјави прифатливи според исклучоците на правилото за докази по слушање.

⁹³⁸ *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980) - треба да постојат адекватни знаци за веродостојност, ако спаѓаат во рамките на цврсто вкоренетите исклучоци за доказите по слушање или ако постојат посебни гаранции за доверливост; Поинаку Škulić, 2012, стр. 59 кој смета дека изјавите дадени во полиција, кај јавен обвинител или на друго лице не се докази и пропаѓаат, дури и во ситуација ако тоа лице починало и од објективни причини не може да сведочи во суд.

единствен метод за утврдување на веродостојноста кој ги задоволува уставните барања е конфронтацијата. Впрочем судот се потпрел на старото обичајно право што се применувало во 1791 г. кога бил донесен амандманот кое прифатливоста на изјавата дадена од отсутен сведок ја условувало со негова достапност и претходна можност за вкрстено испрашување како неопходни кумулативни услови. Посочил дека тестот од Робертс и овозможува на поротата да слушне докази што не се тестирани во контрадикторна постапка, туку само врз основа на судска проценка за нивната веродостојност, на тој начин заменувајќи го уставно пропишаниот метод за оценување на веродостојноста со целосно туѓ. Сметал вака бидејќи иако крајната цел на конфронтацијата клаузула е да обезбеди веродостојност на доказите, тоа е процедурална, а не материјална гаранција. Не наредува доказите да бидат веродостојни, туку веродостојноста да се процени на одреден начин: со тестирање искушувајќи ги преку вкрстено испрашување,⁹³⁹ зашто „вкрстеното испрашување е најголемиот правен мотор што некогаш бил измислен за откривање на вистината“.⁹⁴⁰

Ќе забележам, за разлика од САД, трендот во common law јурисдикциите оди во насока на олеснување на условите под кои на суд може да се прифати вонсудски дадена изјава.⁹⁴¹

Судот во Крафорд не разграничил кои изјави имаат, а кои немаат комуникативна природа. Тоа го направил во други прецеденти во кои укажал дека изјавите немаат testimонијален карактер, а нивното прифаќање на судењето не ги повредува правата на обвинетиот од конфронтацијата клаузула, кога се дадени под околности кои објективно укажуваат дека основната цел е да овозможи полициска помош како одговор на тековна итна ситуација. Тие се сведоштва кога околностите објективно укажуваат дека не постои таква тековна вонредна состојба (опасност, нужда) и дека примарна цел на испрашувањето е да се утврдат или докажат настаните од минатото кои се потенцијално релевантни за подоцнежна кривично гонење.⁹⁴²

⁹³⁹ Crawford v. Washington, 541 U.S. 36-37, 40-41, 54-55, 59, 61-63 (2004). Дури и во овој предмет окружниот суд сметал дека постојат посебни гаранции за доверливост, апелациониот употребил тест со 9 фактори дека не постојат, а државниот врховен суд дека има гаранции за вистинитост на изјавата.

⁹⁴⁰ 5 J. Wigmore, Evidence § 1367, at 29 (3d ed. 1940) кај Damaška, 1975, стр. 1106; И според Уставниот суд на Хрватска фактот што правичноста на постапката е процесна а не материјална гаранција, значи дека таа има самостојна правна природа која не зависи од утврдувањето на вината или невиноста на обвинетиот - УСПХ У-III-5684/2013 од 11.5.2017 г., § 12.

⁹⁴¹ Henning/ Hunter, 2012, стр. 352-353, 356-357.

⁹⁴² Davis v. Washington, 547 U.S. 813 (2006) - телефонски повик на линијата за помош (911) кој опишува тековен итен случај по природа не е сведоштво, и затоа може да биде прифатен на судење дури и ако повикувачот не е достапен; Michigan v. Bryant, 562 U.S. 344 (2011) - идентификацијата од страна на жртвата на умирање, описот на лицето што пукало и местото на пукањето не се сведоштва, бидејќи имаат за примарна цел да се овозможи полициска помош во тековна вонредна (итна, ургентна) состојба; Ohio v. Clark, 576 U.S. 237 (2015) - изјавата се квалификува како сведоштво ако примарната цел на разговорот била да се обезбеди вонсудска замена за сведочењето на суд. При оценка на целта судовите мора да ги земат предвид сите релевантни околности и онаму каде што не постои таква примарна цел, прифатливоста на изјавата е грижа на државните и федералните правила за докази, а не на клаузулата за конфронтација. Употребата при судење на вонсудски изјави дадени од дете, не ја прекршува клаузулата за соочување кога детето не сведочело, бидејќи изјавите не биле дадени со примарна цел да се создадат докази за нечие гонење. Тие биле дадени во контекст на тековната вонредна состојба која вклучува сомневање за злоупотреба на деца, наставниците поставувале прашања насочени кон идентификување и ставање крај на заканата и не го информирале детето дека неговите одговори ќе бидат искористени за апсење или казнување на неговиот насилник; White v. Illinois, 502 U.S. 346 (1992) - изјави на 4 г. девојче во кои го опишало злосторството кои ги дало на нејзината бибиситерка, мајка, истражен службеник, медицинска сестра од итна медицинска помош и лекар, што се прифатливи во државното право според исклучоците од правилото за докази по слушање за спонтани изјави или изјави дадени во текот на обезбедувањето

Со други зборови востановил т.н. тест за примарната цел на изјавата, според кој не е важно кој ја дал изјавата, преку кој медиум е пренесена или кому му била дадена, туку зошто е дадена. Доколку целта била да поттикне реакција на итна тековна ситуација, тогаш изјавата не е сведоштво, додека доколку целта била да овозможи кривична истрага таа е сведоштво и давателот е предмет на вкрстено испрашување.⁹⁴³

Бидејќи не било предмет на интерес ВСС во Крафорд не одлучил дали амандманот инкорпорира во себе исклучок од конфронтациското правило за изјава на сведок на умирање, само укажал дека овој исклучок од правилото за докази по слушање бил востановен и потврден како валиден од многу авторитети. Затоа пак ги потврдил старите прецеденти според кои признанијата на соучесниците што го инкриминираат обвинетиот не потпаѓаат ниту под исклучокот за доказите по слушање, така што тие и претходно и сега, мора да бидат вкрстено испрашани за време на судењето на обвинетиот што го инкриминирале.⁹⁴⁴

Ако обвинетиот со свое дејствие спречил сведокот да даде изјава на суд, се смета дека сам се откажал од правото на конфронтација со него. Но, судот овој исклучок го толкува рестриктивно, пр. смртта на жртвата ќе е основ да се прочитаат нејзините вонсудски дадени изјави само ако обвинетиот ја убил со намера да ја спречи да сведочи.⁹⁴⁵ Што значи не е доволна само смртта како објективен факт за неможност за сведочење.

Со конфронтациската клаузула опфатени се и стручните наоди и мислења. Имено, судот не создал исклучок од Крафорд ниту за форензичките докази. Сметал дека форензички лабораториски извештај, создаден специјално за да служи како доказ во кривична постапка, се смета како сведоштво за целите на конфронтациската клаузула, па, обвинителството не може да воведој таков извештај без да понуди сведок надлежен да сведочи за вистинитоста на изјавите на извештајот.⁹⁴⁶ Писмениот извештај има testimонијален карактер ако целта на неговата подготовка била да се употреби во судска постапка, а лицето што го подготвило извештајот и кое преку него помага на теоријата на случај на една од страните треба да биде вкрстено испитано.

9.4. Резиме

Амандманот VI го активира правото на бранител по обвинување, независно дали обвинетиот се брани од слобода или е притворен. Поради тоа тој во пракса може да е предмет на отворено или прикриено испрашување. Па, според судот, полицијата не смее самоиницијативно, сама или со помош на доушници да го испитува обвинетиот без бранител, ако овој се повикал на своето право од VI амандман. Поновата пракса остава

медицински третман. (Овој случај ако се има во вид образложението на стр. 58-60 од Крафорд е во колизија со него, меѓутоа би бил прифатлив низ призма на Охајо против Кларк од 2015 г.).

⁹⁴³ Basaria, 2012, стр. 856-857 - изјави дадени од исто лице зависно од околностите може да имаат или да немаат карактер на сведоштво. Така повик на линијата за помош не е сведоштво бидејќи лицето бара помош во состојба на нужда, додека штом полицијата го обезбеди местото на настанот изјава добиена од истото тоа лице добива карактер на сведоштво бидејќи примарната цел на полициските прашања веќе не е помош во итна ситуација, туку собирање информации за претходен настан.

⁹⁴⁴ Crawford v. Washington, 541 U.S. 56-57 (2004) - во одлуката цитира прецеденти со кои биле издвоени признанија од соучесници кои обвинетиот немал можност вкрстено да ги испраша, од сведоци за кои власта не докажала дека се недостапни, но и прецедент во кој било прифатливо читање изјава од починат сведок кого обвинетиот имал можност вкрстено да го испраша на првото судење.

⁹⁴⁵ Redmayne, 2012, стр. 288-289 и Henning/ Hunter, 2012, стр. 359-360 во овој контекст го посочуваат Giles v. California, 554 US 353 (2008) - обвинетиот ја убил својата девојка, а основниот суд ја прифатил нејзината изјава дадена претходно во полиција за претрпеното семејно насилство. ВСС не се сложил.

⁹⁴⁶ Melendez-Diaz v. Massachusetts, 557 U.S. 305 (2009); Bullcoming v. New Mexico, 564 U.S. 647 (2011); Williams v. Illinois, 567 U. S. 50 (2012).

простор само за пасивно однесување, во кој случај изјавата на сведокот би била прифатлива во суд. Слично како и кај повредите на Миранда изјавата добиена со повреда на правото на бранител може да се користи за цели на дискредитација.

Забранети се смотрите во кои обвинетиот немал помош од бранител, но издвојувањето на резултатите од претсудското препознавање, не доведуваат по автоматизам до ексклузија и на судските препознавања.

На конфронтациската клаузула судот гледа како на процедурална, а не материјална гаранција. Уставот не наредува доказите да бидат веродостојни, туку веродостојноста да се процени и тестира по пат на вкрстено испрашување. Важи за сведоците, сообвинетите и вештите лица во ситуации во кои примарна цел на изјавата е да се утврдат или докажат настаните од минатото кои се потенцијално релевантни за подоцнежнo кривично гонење, а не онаму каде нејзината цел била да се побара помош од органите во состојба на нужда, опасност или тековна итна ситуација.

ГЛАВА VI

ДОКАЗНИ ЗАБРАНИ И НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ КАЈ ЕВРОПСКИОТ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА

1. Општо

Продолжувам со ЕСЧП од проста причина што она што овој суд го поставува како правило треба да е минимумот под кој државите членки на СЕ не смее да паднат. Како по примерот во САД со нивниот Врховен суд, државите може да обезбедат и пошироки права за осомничените, но не помалку од она што го бара ЕСЧП.

Кога пишуваме за примената на ЕКЧП во пракса, мора да имаме на ум дека до 1998 г. постоеле две институции кои одлучувале по индивидуални жалби. Европската комисија за човекови права започнала со работа во 1955 г., а ЕСЧП во 1959, при што до 1964 г. тој донел само 2 одлуки, до 1974 г. 17, а до 1982 г. вкупно 67 одлуки,⁹⁴⁷ така што ни оддалеку во тоа време не ја имал улогата како ВСС во САД.

Ситуацијата сега е поинаква. Може да се каже дека почнувајќи од последната декада на XX век, ЕСЧП се етаблирал како создавач на единствено европско право во делот на човековите слободи и права. Одредбите на ЕКЧП се премногу апстрактни, па Судот е тој кој ја интерпретира во своите прецеденти и ѝ дава практична сила и моќ.

Кога ги анализираме меѓународните документи, вклучително и ЕКЧП видовме кој е пропишаниот минимум во областа што ја истражувам. Сега треба да видиме како замисленото е спроведено во праксата на ЕСЧП, а потоа кај нас, зашто нашите судови освен што судат врз основа на Уставот и законите, должни се при одлучувањето да ги применуваат ратификуваните меѓународни договори и ставовите изразени во конечните пресуди на ЕСЧП.⁹⁴⁸

Вака гледано судските прецеденти како извор на правото не само што не се табу тема, туку веќе се воведени во нашиот правен систем. МПГПП и ЕКЧП се исто така интегрален дел на правниот поредок во РСМ, а штом не може да се сменат со закон имаат повисока правна сила од законите кои ги носи македонското собрание.⁹⁴⁹

Нашите судови домашното право мора да го толкуваат во духот и смислата на Конвенцијата, а се обврзани и со интерпретациите содржани во одлуките на ЕСЧП.⁹⁵⁰ Оттука, неговата пракса е од исклучително значење за развојот на македонското законодавство бидејќи претставува основа за препознавање системски проблеми кои произлегуваат од лоши законски решенија и практика на домашните органи.⁹⁵¹ Имено ако Судот „утврди дека одредена практика кај одредена држава е во спротивност со

⁹⁴⁷ Грир, 2009, стр. 33, 36.

⁹⁴⁸ Чл. 98 ст. 2 и чл. 118 од Уставот на РСМ; Чл. 2 ст. 1 и чл. 18 ст. 5 и 6 од Законот за судовите.

⁹⁴⁹ Кај македонските конституционалисти постои несогласност дали тие имаат предност пред уставните норми (Шкарик/ Силјановска-Давкова, 2009, стр. 37) или Уставот воспоставува супрематија над меѓународните договори (Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 246). Мое мислење е дека оваа расправа има повеќе теоретска отколку практична вредност, бидејќи примената на одлуките на ЕСЧП е безусловна. Ако ЕСЧП најде повреда на некое конвенциско право, а притоа проблемот е и во Уставот, државата бездруго ќе мора да го промени или текстот или толкувањето на Уставот за да осуети исти такви идни одлуки. Така на пр. во Council of Bars & Law Societies of Europe, 2018, стр. 18, 21 се посочени неколку држави (Ерменија, Грција, Унгарија, Словачка и Турција) кои го промениле сопствениот устав за да може да одговора на барањата на ЕСЧП или како што таму е наведено со цел „да дадат полн ефект на одлуките на Судот“.

⁹⁵⁰ Арнаудовски/ Тумановски, 2000, стр. 170; Бужаровска/ Цаца Николовска/ Мифтари/ Нича, 2009, стр. 23; Караманди, 2013, стр. 49; Крстикеска, 2016, стр. 232-233; Правно мислење од 29.6.2007 г. на Одделот за казниви дела на ВСРМ во ЗСО 2004-2014, ВСРМ, 2015, стр. 35-36.

⁹⁵¹ Брезоска - Јовановска, 2011, стр. 93.

Конвенцијата, ќе биде многу тешко за друга држава да тврди дека истата таква практика што се одвива во неа не претставува повреда на нејзините обврски од чл. 1⁹⁵²

Вака гледано одлуките на Судот освен што имаат огромно значење за нашиот правен поредок, несомнено ќе ги диктираат и промените во психологијата на учесниците во казнените процеси, зашто она што Судот го налага ќе биде неопходниот минимум под кој нашата држава не смее да падне. За ова битно е и нивното директно и непосредно дејство со оглед да е предвидено и повторување на кривичната постапка во корист на осудениот ако со одлука на ЕСЧП се утврди повреда на човековите слободи и права во постапката,⁹⁵³ па за очекување е да се претпостави дека во повторената постапка нашите судови ќе ги почитуваат гледиштата на ЕСЧП.

Пред да изнесам какви се неговите ставови и мислења за материјата која нас не интересира треба да напомам дека сепак има разлика во односот помеѓу ЕСЧП и земјите членки на СЕ споредено со ВСС и државите во САД. За разлика од ВСС кој има надлежност да укинува и преиначува судски пресуди на пониските федерални или државни судови, ЕСЧП го нема тоа право кај себе.

ЕСЧП во повеќе одлуки укажал дека тој не е жалбен суд или суд од IV инстанца и дека не е негова задача 1) да се бави со погрешно утврдената фактичка состојба од страна на домашните судови 2) или со погрешната примена на националното право, 3) дали некој доказ требало или не требало да се прифати во постапката, 4) или ако се прифати како требало да биде оценат, 5) освен ако тие довеле до повреда на правата и слободите гарантирани со Конвенцијата. Што значи негова должност во смисла на чл. 19 од ЕКЧП е да осигури државите да ги почитуваат преземените обврски со конвенциското право.⁹⁵⁴ Впрочем примарна грижа на државите е да се погрижат фундаменталните права да бидат почитувани, а Конвенцијата, не ја ограничува, туку ја засилува заштитата обезбедена на домашно ниво.⁹⁵⁵

ЕСЧП дури и во оние ситуации во кои наоѓа повреда на правото на правична постапка поради употреба на незаконит доказ не може да ги укине одлуките, ни да нареди ново судење пред државните судови. Прифатена реалност е дека тој по правило само ја констатира повредата, досудува материјална, нематеријална штета и трошоци, „лае, но не каса“. Ќе провериме дали во светлина на новите одлуки ваквото гледиште е точно. Дали ЕСЧП навистина нема моќ да обезбеди *restitutio in integrum* и постапката да се доведе во состојба во каква би била, да не се случела повредата на која укажал и оттаму да се обнови. Зашто ако постапката била неправична поради незаконски прибавениот доказ, паричниот надоместок не е вистинскиот лек или со речник на судот правично задоволување, туку тоа би било издвојувањето на доказот и повторување на постапката без него. *Status quo ante* може да се воспостави само со исклучување на доказите прибавени како резултат на повредата.

Следно, обврската за почитување на човековите права има негативна и позитивна димензија. Од една страна државите, нивните органи или службеници треба да се воздржат од тоа самите да ги прекршуваат суштинските одредби на Конвенцијата (негативна), а од друга треба да воспостават правна рамка за заштита на слободите и правата и да преземат мерки со кои ќе се обезбеди нивното почитување (позитивна). Во

⁹⁵² Грир, 2009, стр. 280.

⁹⁵³ Чл. 392 од ЗКП/97 и чл. 449 од ЗКП/10.

⁹⁵⁴ *García Ruiz v. Spain*, A. no. 30544/96, 21.1.1999, § 28; *Tengerakis v. Cyprus*, A. no. 35698/03, 9.11.2006, § 74; *Edwards v. the United Kingdom*, A. no. 13071/87, 16.12.1992, § 34; *Solakov v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 47023/99, 31.10.2001 § 57; *Stoimenov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 17995/02, 5.4.2007, § 46.

⁹⁵⁵ Schabas, 2015, стр. 76.

тој контекст иако примарна обврска на државата е да се воздржи од повреда на нечие право или слобода (материјална одговорност), таа треба да преземе акција и тогаш кога приватни лица ги повредуваат правата, во смисла има обврска да преземе сè што е во нејзина моќ да го открие и санкционира лицето дури и кога станува збор за дејствие на лице за кое не е материјално одговорна (процедурална одговорност).⁹⁵⁶

Самата идеја за човековите права замислена од нејзините творци, а потоа и нејзината прва појавна форма имала вертикално дејство, тие требало да ги штитат индивидуите од злоупотребите на власта. Меѓутоа модерните времиња носат модерни сфаќања. Сега човековите права имаат и хоризонтален ефект, гарантираат заштита од другите индивидуи, паралелни носители на истите човекови слободи и права.

2. Правичноста како отворен, неограничен концепт

„Современите меѓународни стандарди за личните права и правата на одбраната може да се сведат на три темелни човекови права и слободи, чие гарантирање го налага меѓународното право - на поединечните држави, но и на меѓународната заедница - при остварување на репресивната функција. Тоа се: правото на лична слобода и сигурност, начелото на правична постапка и правото на неповредливост на личниот и семејниот живот. Многу автори сметаат дека тие права спаѓаат во темелните постулати на правната држава, познат правно-политички поим со отворена содржина, чии елементи треба да се употребат за оценка на квалитетот на казнената постапка, не само пред националните, него и пред меѓународните казнени судови...“⁹⁵⁷

На прв поглед ако се анализира постарата пракса на ЕСЧП може да се заклучи дека тој во одредбите на ЕКЧП не препознава правила за прифатливост или за исклучување на доказите. Факт е дека Конвенцијата не го познава правото да се биде суден само со законити докази како посебно право на кривичната постапка. Но, исто така таа експлицитно не ги познава ни еднаквоста на оружјето, привилегијата од самообвинување или правото на молчење, а тоа не било пречка прво комисијата, потоа и Судот овие стандарди да ги изведат од општиот поим на правото на правична постапка,⁹⁵⁸ а Конвенцијата да ја толкуваат како жива материја наменета да гарантира права кои не се теоретски или илузорни, туку практични и делотворни.⁹⁵⁹

⁹⁵⁶ Schabas, 2015, стр. 90-91, 134, 191; Види и Харис/ О'Бојл/ Варбрик, 2009, стр. 18-21; Крпач/ Ѓурѓевиќ/ Ивиќевиќ Karas/ Bonačić/ Burić, 2013, стр. 73-74; Ѓурѓевиќ, 2012, стр. 416-417; Ристиќ, 2018, стр. 42.

⁹⁵⁷ Крпач, 2012b, стр. 26.

⁹⁵⁸ *Borgers v. Belgium*, A. no. 12005/86, 30.10.1991, § 24; *Bulut v. Austria*, A. no. 17358/90, 22.2.1996, § 47-50; *Foucher v. France*, A. no. 22209/93, 18.3.1997, § 34; *Jasper v. the United Kingdom*, A. no. 27052/95, 16.2.2000, § 51; *Rowe and Davis v. the United Kingdom*, A. no. 28901/95, 16.2.2000, § 60; *Ashot Harutyunyan v. Armenia*, A. no. 34334/04, 15.6.2010, § 136.

⁹⁵⁹ *Artico v. Italy*, A. no. 6694/74, 13.5.1980, § 33; *Soering v. The United Kingdom*, A. no. 14038/88, 7.7.1989, § 87; *Imbrioscia v. Switzerland*, A. no. 13972/88, 24.11.1993, § 38; *Allenet de Ribemont v. France*, A. no. 15175/89, 10.2.1995, § 35; *Heaney and McGuinness v. Ireland*, A. no. 34720/97, 21.12.2000, § 45; *Quinn v. Ireland*, A. no. 36887/97, 21.12.2000, § 45; *Leyla Şahin v. Turkey*, A. no. 44774/98, 10.11.2005, § 136; *Sejdovic v. Italy*, A. no. 56581/00, 1.3.2006, § 94; *Hutten-Czapska v. Poland*, A. no. 35015/97, 19.6.2006, § 168; *McKay v. the United Kingdom*, A. no. 543/03, 3.10.2006, § 68; *Hacı Özen v. Turkey*, A. no. 46286/99, 12.4.2007, § 44; *Salduz v. Turkey*, A. no. 36391/02, 27.11.2008, § 51; *Sergey Zolotukhin v. Russia*, A. no. 14939/03, 10.2.2009, § 80; *Opuz v. Turkey*, A. no. 33401/02, 9.6.2009, § 165; *Scoppola v. Italy*, A. no. 10249/03, 17.9.2009, § 104; *Pishchalnikov v. Russia*, A. no. 7025/04, 24.9.2009, § 66; *Micallef v. Malta*, A. no. 17056/06, 15.10.2009, § 81; *Rantsev v. Cyprus and Russia*, A. no. 25965/04, 7.1.2010, § 275; *Vanjak v. Croatia*, A. no. 29889/04, 14.1.2010, § 39, 55; *Gäfgen v. Germany*, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 121; *Mader v. Croatia*, A. no. 56185/07, 21.6.2011, § 105; *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 39630/09, 13.12.2012, § 134; *Dvorski v. Croatia*, A. no. 25703/11, 20.10.2015, § 82; *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, A. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016, § 272; *Talpis v. Italy*, A. no. 41237/14, 2.3.2017, § 103; *Beuze v. Belgium*, A. no. 71409/10, 9.11.2018, § 131, 134.

Конвенцијата содржи општи форми како правичноста за која никаде не прецизира, што таа значи. Ако се послужиме со речникот на Радбрух, како волјата на оние што го донеле овој правен документ била да ја остават

„отворена да одговори со нови значења на новите правни потреби и правни прашања на околностите што со текот на времето се измениле, па... не треба да се смета како еднократен волев процес што го произвел законот, туку како променлива трајна волја што ја носи законот“.⁹⁶⁰

Впрочем тоа е во согласност со објективната теорија за ratio-то на создавачот на актот, која денес претегнува во теоријата и праксата, како учење за динамичката волја и барањето за еволутивно толкување на одредбите.⁹⁶¹

Неспорно правичноста како отворен концепт се менувала со текот на времето. Можеби не може да се каже за секоја генерација, но со сигурност може да прифатиме дека секоја епоха има своја замисла за тоа што претставува правична постапка. Тоа е стандард кој се развива и еволуира.

Видовме колку биле различни постапките кај првите меѓународни казнени судови споредено со последните, а сите се воделе од правичноста како основно начело. Па ако така се гледа на Конвенцијата, утре секако ќе се надгради тој флуиден стандард и со други елементи, а еден од нив може да биде и законитоста на доказите.

Кога во 1950 г. била донесена Конвенцијата факт е дека нејзиниот создавач сакал да го гарантира правото на секое лице на правична постапка, притоа дескриптивно набројувајќи неисцрпна листа на права кои мора да бидат обезбедени. Тоа разумно е направено, бидејќи ако беше конечна таа листа, почитувањето на само тие неколку права сега никако немаше да биде во состојба да обезбеди правична постапка. Затоа е оставен простор, Судот еволутивно и динамички да толкува и во денешен контекст да го примени ова начело.⁹⁶² Тој така и прави, а со тоа се согласува и научната фела.⁹⁶³

„Правната норма се толкува во светлината на нејзината водечка идеја, цел: кое поведение е наложено со неа, кон која вредност или добро е ориентирана нејзината прескриптивна цел, или што и како нејзиниот создавач сакал да заштити со поставувањето на одредбата што е предмет на толкување!“.⁹⁶⁴

Земајќи го предвид телеолошкиот пристап, смислата и целта на Конвенцијата е заштита на индивидуалните човекови права и зачувување и унапредување на идеалите и вредностите на демократското општество.⁹⁶⁵

Можеби тогаш да имаше толку развиена техника, толку голем простор за повреда на човековите слободи и права како што се п.и.м. со кои драстично се навлегува во приватниот живот на луѓето, создавачите ќе вметнеа текст и за тоа. Но, такво нешто немаше. Од споредбата која ја имам направено во друг труд,⁹⁶⁶ на правата кои на овие простори се гарантираа со првите закони за кривична постапка и тие гарантирани со Конвенцијата, евидентно е дека таа бараше поголема заштита на клучните права за обвинетиот отколку статутите и правилата за доказите на трибуналите од 1946 г. или ЗКП/48.

Горната логика ја употребува и Цариќ кога наведува:

„Зголемувањето на бројот на експлицитно пропишани незаконити докази делумно е последица на проширувањето на овластувањата за преземање на поедини доказни активности, што доведува до предвидување на бројни случаи на кршење на пропишаните услови... што како последица имало зголемување на подрачјата на ограничување на темелните човечки права и слободи. Токму заради тоа,

⁹⁶⁰ Радбрух, 2008, стр. 133.

⁹⁶¹ За споредба помеѓу субјективно и објективно толкување на ratio legis кај Камбовски, 2010, стр. 369.

⁹⁶² Трпеноски, 2014, стр. 55-56.

⁹⁶³ Лажетик-Бужаровска/ Калаџиџев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 28 - „концептот за фер сослушување останува отворен и динамичен; може да се искористи за генерирање други доктрини“.

⁹⁶⁴ Камбовски, 2010, стр. 370.

⁹⁶⁵ Ристиќ, 2018, стр. 37.

⁹⁶⁶ Трпеноски, 2014, стр. 77-85.

збогатениот попис на незаконските докази *ex lege* би требало да придонесе за подобра заштита на темелните права и слободи на обвинетите“.⁹⁶⁷

Ако е така, создавачите веројатно не планирале во иднина да дојде до вакво рестриктивно толкување на стандардот правична постапка, како што прави Судот, при колизија на правата на приватност и правична постапка на обвинетиот со правата на трети лица учесници во кривичната постапка. Посебно зачудуваат поновите одлуки бидејќи одамна е кажано и преповторено дека

„Во едно демократско општество... правото на правично спроведување на правдата има толку важно (проминентно, истакнато, видно) место поради кое рестриктивното толкување на чл. 6 ст. 1 не би одговарало на смислата и целта на таа одредба“.⁹⁶⁸

Гротриан ќе каже:

„Судот во поглед на ‘проминентното место’ констатира дека, правото на правично судење кое е дел од демократските општества, нема да биде усогласено со намените и целите на членот доколку се толкува ограничено... членот 6 се опишува како член кој го зазема ‘најзначајното место’ во Конвенцијата и за него се вели дека членот 6 ги одразува фундаменталните-основните начела на владеењето на правото“.⁹⁶⁹

Тој фонд на права, модерен за тоа време обезбедувал правична постапка, но истиот тој каталог во ова ново време на разни интрузивни методи и техники на државата за откривање на к.д. не е доволна гаранција за фер постапка. Со оглед да концептот за правичност варира со текот на времето, ми дава за право да заклучам дека ќе дојде време кога истиот преку екстензивно толкување на стандардот правична постапка ќе се прошири со други принципи, како што своевременно тоа беше со еднаквоста на оружјето.⁹⁷⁰ Во нив сметам дека спаѓа правото на судење на база на законити докази.

Во рамките на начелото на правична постапка како негови општи елементи вообичаено се споменуваат судењето во присуство на обвинетиот, контрадикторноста, еднаквоста на оружјето, правата на образложена судска одлука, на слобода од самоинкриминација, на сослушување ослободено од претсудски публицитет,⁹⁷¹ но некои тука со право ја додаваат и забраната за користење на незаконити докази.⁹⁷² Крапац пишува дека ЕСЧП досега не ја изразил како општ елемент на правото на правична постапка од две причини, првата што не се појавува во граѓанските постапки, иако зазема едно од средишните места во кривичните, а ставот 1 на чл. 6 се однесува на сите судски постапки и втората, што одредбите за незаконитите докази во националните казниени постапки се премногу различни за да може ЕСЧП да најде херменевтичко упориште за стандардите кои би биле општоприфатливи.⁹⁷³

⁹⁶⁷ Carić, 2010, стр. 851-852.

⁹⁶⁸ Delcourt v. Belgium, A. no. 2689/65, 17.1.1970, § 25; Artico v. Italy, A. no. 6694/74, 13.5.1980, § 33; Kostovski v. The Netherlands, A. no. 11454/85, 20.11.1989, § 44; Windisch v. Austria, A. no. 12489/86, 27.9.1990, § 30; Teixeira de Castro v. Portugal, 44/1997/828/1034, 9.6.1998, § 36; Vanjak v. Croatia, A. no. 29889/04, 14.1.2010, § 55; Lisica v. Croatia, A. no. 20100/06, 25.2.2010, § 60.

⁹⁶⁹ Гротриан, 2008, стр. 6-7.

⁹⁷⁰ Трпеноски, 2014, стр. 57; Еднаквоста на оружјето прв пат била спомената во раните предмети на комисијата од 1962-1963 г., а прифатена од Судот во 1968 г. - Schabas, 2015, стр. 288.

⁹⁷¹ Mole/ Harby, 2001, стр. 34; Харис/ О'Бојл/ Варбрик, 2009, стр. 246; Bubalović, 2012, стр. 218; Rajčić/ Valković, 2012, стр. 755.

⁹⁷² Матовски, 2003, стр. 134-135; Carić, 2006, стр. 1029; Матовски/ Бужаровска-Лажетиќ/ Калајџиев, 2009, стр. 64-65; Крапас, 2012а, стр. 159; Đurđević, 2012, стр. 429; Bassiouni, 1993, стр. 295; Ashworth, A., Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure (London: Hamlyn Lectures, 53rd Series, Sweet and Maxwell, 2002, р. 35 кај Тупанчески/ Кипријановска, 2015, стр. 184; Калајџиев/ Лажетиќ/ Неделкова/ Денковска/ Тромбева/ Витларов/ Јанкуловска/ Кадиев, 2018, стр. 42-43; Матовски, Меѓународни правни стандарди, стр. 4; Неделкова, 2017, стр. 169; Калајџиев/ Арифџи/ Маршавелски/ Божиновски, 2018, стр. 5; Поинаку Јовчески, 2017, стр. 106 - погрешна е перцепцијата дека забраната за примена на незаконитите докази, треба да се смета за општ елемент на поимот правична постапка.

⁹⁷³ Крапас, 2012а, стр. 159.

Смета дека забраната судските одлуки да се темелат на незаконити докази може да се изведе од старата морална максима *ex iniuria ius non oritur*.⁹⁷⁴ Во тој контекст предпочува дека ниту странките не може да предлагаат да се прибават или изведат докази прибавени на незаконит начин, без оглед што тие може да одат во прилог на нивните интереси. Меѓутоа цени дека од ова валидно правило треба да има исклучок во корист на обвинетиот, имено ако некој доказ се смета за незаконит бидејќи при неговото прибавување или изведување биле повредени правата на одбраната, тој треба да биде допуштен ако со негова примена може да се дојде до поповолна одлука за обвинетиот, бидејќи во спротивно правило востановено во корист на обвинетиот ќе произведе штетни последици токму по него.⁹⁷⁵ Џексон и Самерс споменуваат 3 случаи на ВСС според кои во екстремни случаи обвинетиот има уставно право да претстави веродостојно сведочење кое другите доказни правила би го забраниле, пр. да се прифати издвоен доказ кога ексклузијата создава огромен ризик за потфрлање на правдата, имено осуда на невин.⁹⁷⁶

Одредбите на Конвенцијата се општи, па нелогично би било да претпоставиме дека тие во иднина ќе се интерпретираат како и сега, без некои позначајни промени. Впрочем и минатата пракса може да даде насоки каква ќе биде иднината. Пред половина век судот изјавил, а подоцна го потврдувал својот став дека „Конвенцијата претставува жив инструмент кој... мора да се толкува во светлина на сегашните (моменталните) услови“.⁹⁷⁷ Применува динамичен а не историски пристап, во смисла да утврдува која била намерата на творците на ЕКЧП во доцните 40-ти на XX век.⁹⁷⁸

„Правичноста е концепт кој константно еволуира и стандардите и перцепцијата за правичноста може да се променат од еден век во друг, а некогаш и од една декада во друга“.⁹⁷⁹

Токму нејасноста на терминот правично судење е неговиот квалитет, а обврската да му се дадат опишливи контури паѓа на судството помогнато од академските трудови.⁹⁸⁰ Правичноста е содржаен и многузначен поим,⁹⁸¹ неодреден правен стандард,⁹⁸² точно недефиниран поим⁹⁸³ и во тој контекст нема причина да не се прифати становиштето

⁹⁷⁴ Од неправда не може да се изведе правда - Кгарас, 2010, стр. 1209 и Кгарас, 2012а, стр. 165.

⁹⁷⁵ Кгарас, 2010, стр. 1210 и Кгарас, 2012а, стр. 165; Поинаку Šikman, 2017, стр. 144-145 - кој смета дека забраната за употреба на незаконити докази е апсолутна, без оглед дали се во корист или на штета на обвинетиот; ВСРХ I Кж-595/02 кај Kos, 2005, стр.35-36 - ни по барање на одбраната еднаш издвоен незаконит доказ не може да биде извор на сознанија за кој било релевантен факт; Калаџиџиев/ Лажетик/ Неделкова/ Денковска/ Тромбева/ Витларов/ Јанкуловска/ Кадиев, 2018, стр. 244 - според кои издвоениот доказ не може да се разгледува, ниту, пак, може да се користи во текот на постапката во кој било случај.

⁹⁷⁶ Jackson/ Summers, 2012, стр. 235.

⁹⁷⁷ Tyrer v. United Kingdom, A. no. 5856/72, 25.4.1978, § 31; Soering v. The United Kingdom, A. no. 14038/88, 7.7.1989, § 102; Société Colas Est and Others v. France, A. no. 37971/97, 16.4.2002, § 41; Leyla Şahin v. Turkey, A. no. 44774/98, 10.11.2005, § 136; Sergey Zolotukhin v. Russia, A. no. 14939/03, 10.2.2009, § 80; Zaunegger v. Germany, A. no. 22028/04, 3.12.2009, § 60.

⁹⁷⁸ Лич, 2010, стр. 164.

⁹⁷⁹ R v. H [2004] 2 AC 134, p. 11 кај Jackson/ Summers, 2012, стр. 105; Wolf v. Colorado, 338 U.S. 27 (1949) - правото на правична постапка не испорачува формални, фиксни или тесни барања. Тоа е сеопфатен и концизен израз за сите оние права кои судовите мора да ги спроведуваат бидејќи тие се основни за нашето слободно општество. Но основните права не се врежани на камен... во самата природа на слободното општество е да ги надградува стандардите за она што се смета разумно и правилно. Претставувајќи го како жив принцип, правото на правична постапка не е ограничено во постојан каталог на она што може во дадено време да се смета за граници или суштина на основните права.

⁹⁸⁰ Trechsel, 2005, стр. 84-85.

⁹⁸¹ Кгарас, 2012а, стр. 147, 151.

⁹⁸² Ivičević Karas, 2007, стр. 762, 768; Pavlović, 2009, стр. 547.

⁹⁸³ Манев, 2005, стр. 104.

дека во иднина ќе се прошири доменот на применливост на чл. 6.⁹⁸⁴ Бидејќи има неограничен, резидуален квалитет е плодна почва за додавање на нови номинални права,⁹⁸⁵ односно останува отворен и динамичен и може да се искористи за генерирање други доктрини, вклучително и прашањата кои се однесуваат на доказите.⁹⁸⁶

Правичноста е еманација на општата идеја за правдата, би додал и порано и сега, а правдата значи еднаквост, еднакво постапување со секој.⁹⁸⁷ Па, зошто да биде правично некој да биде суден со законито, а друг со незаконито прибавени докази?!

Ако вака гледаме на правичноста, секако треба да не загрижи помислата, кога досега најголеми повреди во државите членки на СЕ имаше по однос на правото на правично судење,⁹⁸⁸ колку би биле тие побројни ако Судот реши да го прошири доменот на применливост на чл. 6. Можеби затоа ЕСЧП е многу претпазлив по прашањето на незаконитите докази, а не зашто не гледа каков товар тие претставуваат врз правичноста на постапката.

Претходната теза, за екстензивно толкување на поимот правична, дополнително се засилува со генерално владејачката либерално-правна теорија во демократските општества според која за граѓанинот е дозволено сè што правото не забранува,⁹⁸⁹ но не и кога станува збор за државата. За неа важи токму обратното, за неа е сè забрането што правото не ѝ дозволува,⁹⁹⁰ па штом е така, гаранцијата на правична постапка за обвинетиот во Конвенцијата не смее да се толкува во насока дека истата таа Конвенција со недефинирање посебни правила за законитост на доказите посредно дозволува употреба на незаконити докази, туку сосема обратното дека државата не смее да си припише такво овластување за себе.

Ако не смее тогаш правичноста треба да се гарантира со секакви мерки, кои не подразбираат ограничување на правата на одбраната, затоа што „правичноста е основно начело на казненото-процесно право кое ги сублимира процесните гаранции за правично судење“.⁹⁹¹

Калајџиев како да го дели гледиштето со оние теоретичари кои ја застапуваат теоријата за балансирање кога прво појаснува дека „правата имаат посебен статус и не може да се дозволи лесно да ги потисне кој било државен интерес“, а потоа продолжува „иако се сметаат како фундаментални, правата на обвинетиот не се апсолутни и можат да бидат ограничени или потиснати од доволно јаки и легитимни државни интереси, како и од други подеднакво важни права“. Затоа вели, не се работи за тоа дека правата на поединецот секогаш преовладуваат, туку одлуката за тоа кои интереси ќе преовладаат да биде донесена на принципиелен начин. Но, со посочувањето дека 1) ставовите на граѓаните изразуваат нескриена поддршка за процедуралната правичност како вредност по себе, 2) која ја ценат не само посебно, туку и ја преферираат пред правичноста на исходот, 3) дека преферираат акузаторен тип на постапка и 4) заинтересирани се како

⁹⁸⁴ Гротриан, 2008, стр. 6; *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 27 (1949) - вистинскиот клуч за проблемот со кој се соочува судството при примената на клаузулата за правична постапка не е да се прашува каде еднаш засекогаш треба да биде нацртана линијата, туку да се признае дека обврска на Судот е да ја исцрта преку постапен и искусвен процес на инклузија и ексклузија.

⁹⁸⁵ Харис/ О'Бојл/ Варбрик, 2009, стр. 245-246, 329-330.

⁹⁸⁶ Калајџиев, 2004, стр. 125; Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 28.

⁹⁸⁷ Kambovski, 2005, стр. 704.

⁹⁸⁸ Грир, 2009, стр. 74-76 - изнесува податоци од Судот според кои во периодот од 1999-2005 г. најмногу повреди има на правото на правично судење од чл. 6 и тоа 58%, без оние кои се однесуваат на неразумни одолговлекувања во изрекувањето на правдата кои биле 37%

⁹⁸⁹ Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, National Constituent Assembly, France, 1789, § 5.

⁹⁹⁰ Слично Kambovski, 2005, стр. 695; Шкариќ, 2015, стр. 109; Крапас, 2012а, стр. 35.

⁹⁹¹ Kambovski, 2005, стр. 707.

странки сами да имаат битна контрола над процесот,⁹⁹² како да признава, барем посредно, каков став би имале граѓаните по прашањето за ограничувањето на правата доколку се најдат како странка во кривичната постапка. Дефинитивно негативен, базиран така, по сите четири точки.

Пред да видиме каква е јуриспруденцијата на ЕСЧП во однос на проблемот кој го третира овој труд би додал уште нешто. Во теоријата и праксата на меѓународното казнино право и меѓународното казнино процесно право познати се 4 видови правни извори: 1) меѓународни договори, општи и специјални, 2) меѓународни обичаи, 3) општи правни начела признати од цивилизираните народи и 4) пресуди на меѓународните (казнени) судови и трибунали и меѓународни доктрини.⁹⁹³

Зошто ова е битно, кога видовме дека правото да се биде суден само со законити докази не е конвенциско право, а во поглед на ексклузијата од споредбениот дел ќе видиме дека владее толку голема дисхармонија помеѓу државите што не може да се повикаме ни на некакви заеднички обичаи. Битно е зашто и покрај големите разлики, постои едно јадро околу кое сите се согласуваат.

Може да се каже дека барањата за заштита од тортура и гаранцијата на правото од принудна самоинкриминација со тек на време достигнале таков степен што стекнале гаранција во општите и специјалните конвенции (I извор), во повеќето држави (II извор), се дел од општите начела на правото признати од цивилизираните народи преку гаранциите за човековите слободи и права (III извор) и се признати од меѓународните судови и доктрина (IV извор). Тоа е еден сегмент на кој треба да внимаваме при компаративната разработка. Другиот се вербалните докази и нивното издвојување кога незаконитоста ја доведува под знак прашање веродостојноста на кажаното и третиот шокантно непочитување на човековите слободи и права при прибавување на материјалните докази. Ќе видиме дали кога овие три се во прашање има подготвеност кај повеќето од државите да ги исклучат доказите прибавени со нивна повреда. Ако е така, на меѓународно рамниште веќе постои заеднички именител кој не насочува во правецот во кој треба да размислуваме и да се определиме кога ќе дојдеме во судир и костец со вакви докази.

3. ЕСЧП и прашањето за незаконитите докази

Во поглед на доказите релевантни се чл. 3 (забрана за мачење),⁹⁹⁴ чл. 6 (право на правична судска постапка)⁹⁹⁵ и чл. 8 (право на почитување на приватниот и семејниот живот)⁹⁹⁶ од ЕКЧП. Погоре видовме, ЕКЧП не содржи изречно право на судење на основа на законски докази кои не се прибавени со кршење на темелните човекови права

⁹⁹² Kalajdziev, 2005, стр. 831-832.

⁹⁹³ Статут на Меѓународниот суд на правдата, чл. 38 кај Арнаудовски/ Терзиева-Тројачанец/ Тумановски, 1997, стр. 18; Крапас, 2012b, стр. 12, 26, 35.

⁹⁹⁴ Никој не смее да биде подложен на мачење, нечовечко или понижувачко постапување или казнување.

⁹⁹⁵ 1. Секој има право правично... да бидат разгледани... основаноста на какви било кривични обвиненија против него... 2. Секој кој е обвинет за к.д. се смета за невин сè додека неговата вина не се докаже по законски пат. 3. Секој обвинет ги има следните минимални права:... в. да се брани самиот или со помош на бранител по свој избор, а доколку не располага со средства да плати бранител, да добие бесплатен службен адвокат кога тоа го наложуваат интересите на правдата; г. самиот да ги сослуша или да бара сослушување на сведоците на обвинението и да бара повикувањето и сослушувањето на сведоците на одбраната да биде под услови што важат и за сведоците на обвинението.

⁹⁹⁶ 1. Секој човек има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот, домот и преписката. 2. Јавната власт не смее да се меша во остварувањето на ова право, освен ако тоа мешање е предвидено со закон и ако претставува мерка која е во интерес на... заштитата на поредокот и спречувањето на к.д., заштитата на здравјето и моралот, или заштитата на правата и слободите на другите, во едно демократско општество.

како посебно конвенциско право, не гарантира право на сигурни докази, ни на исправна одлука.

Заради тоа има мислења, дека иако ЕСЧП во повеќе наврати расправал за третманот на доказите прибавени на противзаконит начин, досега не успеал да изгради општоприфатени стандарди по однос на т.н. доказни забрани,⁹⁹⁷ односно тој не го решил прашањето на незаконитите докази како прашање на принцип дали незаконски стекнатите докази не треба да бидат одобрени, туку од случај до случај утврдува дали постапката како целина, вклучувајќи го и начинот на кој доказите биле набавени, биле праведни.⁹⁹⁸

Секако погонска сила за ваквите гледишта обезбедува самиот Суд кој упорно од одлука во одлука повторува ист став дека иако чл. 6 го гарантира правото на правично судење, тој не дефинира никакви правила во врска со прифатливоста на доказите, дека тоа е прашање што треба да се регулира во рамки на домашното законодавство, дека не може да се исклучи во начело и апстрактно дека незаконски прибавените докази можат да бидат допуштени, дека негова улога не е да одредува, како прашање на принцип, дали одреден вид докази како на пр. тие обезбедени на незаконит начин од аспект на домашното законодавство се прифатливи или не, дали изјавите на сведоците се правилно прифатени како доказ или не, или, пак, дали апликантот е виновен за делото или не. Прашањето кое треба да добие одговор, е дали постапката во целина, вклучувајќи го и начинот на кој биле обезбедени доказите, била правична или не.⁹⁹⁹

⁹⁹⁷ Тупанчески/ Кипријановска, 2015, стр. 181.

⁹⁹⁸ Лич, 2010, стр. 254; Слично и Beljanski, 2001, стр.110 кој го оценува како проблематичен ставот на Судот начелно и генерално да не ја забрани употребата на незаконито прибавените докази, туку да се прибегнува кон дискреционска оценка во зависност од околностите на случајот.

⁹⁹⁹ Schenk v. Switzerland, A. no. 10862/84, 12.7.1988, § 46; Kostovski v. The Netherlands, A. no. 11454/85, 20.11.1989, § 39; Windisch v. Austria, A. no. 12489/86, 27.9.1990, § 25; Delta v. France, A. no. 11444/85, 19.12.1990, § 35; Asch v. Austria, A. no. 12398/86, 26.4.1991, § 26; Lüdi v. Switzerland, A. 12433/86, 15.6.1992, § 43; Ferrantelli and Santangelo v. Italy, A. no. 19874/92, 7.8.1996, § 48; Doorson v. the Netherlands, A. no. 20524/92, 26.3.1996, § 67; Van Mechelen and Others v. the Netherlands, A. nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 and 22056/93, 23.4.1997, § 50; Teixeira de Castro v. Portugal, 44/1997/828/1034, 9.6.1998, § 34; A.M. v. Italy, A. no. 37019/97, 14.12.1999, § 24; Khan v. the United Kingdom, A. no. 35394/97, 12.5.2000, § 34; Lucà v. Italy, A. no. 33354/96, 27.2.2001, § 38; P.G. and J.H. v. the United Kingdom, A. no. 44787/98, 25.9.2001, § 76; P.S. v. Germany, A. no. 33900/96, 20.12.2001, § 19; Allan v. the United Kingdom, A. no. 48539, 5.11.2002, § 42; Eurofinacom v. France, A. no. 58753/00, 7.9.2004; Vanyan v. Russia, A. no. 53203/99, 15.12.2005, § 45; Hacı Özen v. Turkey, A. no. 46286/99, 12.4.2007, § 99-100; Jalloh v. Germany, A. no. 54810/00, 11.7.2006, § 94-95; Gossa v. Poland, A. no. 47986/99, 9.1.2007, § 52; Stoimenov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 17995/02, 5.4.2007, § 46; Harutyunyan v. Armenia, A. no. 36549/03, 28.6.2007, § 60-61; Ramanauskas v. Lithuania, A. no. 74420/01, 5.2.2008, § 52; Yaremenko v. Ukraine, A. no. 32092/02, 12.6.2008, § 74-75; Demski v. Poland, A. no. 22695/03, 4.11.2008, § 36; Panovits v. Cyprus, A. no. 4268/04, 11.12.2008, § 80-81; Levința v. Moldova, A. no. 17332/03, 16.12.2008, § 97-98; Lutsenko v. Ukraine, A. no. 30663/04, 18.12.2008, § 42; Mika v. Sweden, A. no. 31243/06, 27.1.2009, § 34; Olujić v. Croatia, A. no. 22330/05, 5.2.2009, § 77; Shabelnik v. Ukraine, A. no. 16404/03, 19.2.2009, § 54; Bykov v. Russia, A. no. 4378/02, 10.3.2009, § 88-89; D. v. Finland, A. no. 30542/04, 7.7.2009, § 40; Gorgievski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 18002/02, 16.7.2009, § 46; Gladyshev v. Russia, A. no. 2807/04, 30.7.2009, § 74; Melnikov v. Russia, A. no. 23610/03, 14.1.2010, § 71; Vanjak v. Croatia, A. no. 29889/04, 14.1.2010, § 47, 57; Lisica v. Croatia, A. no. 20100/06, 25.2.2010, § 48; Khametshin v. Russia, A. no. 18487/03, 4.3.2010, § 30; Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 162-163; Šebalј v. Croatia, A. no. 4429/09, 28.6.2011, § 259-260; Stanimirović v. Serbia, A. no. 26088/06, 18.10.2011, § 50; Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, § 118, 126; Aigner v. Austria, A. no. 28328/03, 10.5.2012, § 35; El Haski v. Belgium, A. no. 649/08, 25.9.2012, § 81-82; Martin v. Estonia, A. no. 35985/09, 30.5.2013, § 81; Iljazi v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 56539/08, 3.10.2013, § 35; Haxhia v. Albania, A. no. 29861/03, 8.10.2013, § 128; Mulosmani v. Albania, A. no. 29864/03, 8.10.2013, § 124; Horvatić v. Croatia, A. no. 36044/09, 17.10.2013, § 77; Botea v. Romania, A. no. 40872/04, 10.12.2013, § 31-33; Beraru v. Romania, A. no. 40107/04, 18.3.2014, § 72-74; Layijov v. Azerbaijan, A. no. 22062/07, 10.4.2014, § 63; Duško Ivanovski v. the former Yugoslav Republic

Ритоса посочува „таквото сфаќање на односот на незаконските докази и правото на правично судење изненадува, дури и шокира, бидејќи тешко да има правда во доказ кој е изведен на незаконски начин“.¹⁰⁰⁰ Нејзиното видување е целосно исправно. Впрочем и други од научната фела сметаат дека забраната за употреба на незаконито добиените докази е еден од институтите со кои се обезбедува принципот на правично судење.¹⁰⁰¹

Во светлина на горниот судски став, како чисто теоретизирање без практична вредност, изгледа тврдењето дека правото на фер и правично судење важи за сите видови к.д., од наједноставните, до оние најсложените, односно правото на правично примораздавање на правдата има толку истакната положба во демократските општества, што истото не може да биде жртвувано, за сметка на целисходноста, експедитивноста или нужноста.¹⁰⁰² Зошто, што е тоа толку вредно и истакнато, кога условно „истакнатата положба“ се „жртвува“ на олтарот на незаконитоста.

Второ, иако ЕСЧП генерално не го поврзува начинот на прибавување на доказите со правичноста на постапката и не го внесува како нејзин општ елемент, тој не е доследен во таквиот свој став. А, не е доследен зашто прави разлика. Без оглед што повредата секогаш ја проценува независно, како посебна повреда, пр. на чл. 8 од ЕКЧП чие утврдување по правило не повлекува заклучок дека постапката во целина била неправична, кога тоа го прави со чл. 3 вообичаено наоѓа повреда и на правото на правична постапка, дотаму што воведува ексклузивско правило за незаконито прибавените докази.

На ваков начин отвора пат за нееднаков третман помеѓу различни обвинети, зашто оние на кои им било повредено правото од чл. 3 вообичаено имаат неправична постапка ако доказите прибавени со повредата биле искористени во неа, додека оние на кои им било повредено правото од чл. 8 поради помалиот карактер на повредата не добиваат како сатисфакција судско признание дека биле осудени во нефер постапка.

Спротивно на сопствениот став дека „негова улога не е да одредува, како прашање на начело“ тој во стварност поставил општо правило по кое колку е потешка повредата на личното право во прибавување на доказот, толку поголеми ќе бидат шансите неиздвојувањето на доказот да ја направи постапката неправична.

Така, постепено дојдовме до заклучок дека Судот сепак има овластување да го втемели правото на судење со законити докази во концептот правична постапка како негов општ елемент, но досега не се решил на таков чекор во поглед на сите видови конвенциски повреди. Дека е така, може да се заклучи од корелацијата која ја гледа помеѓу повредата на забраната за мачење со повредата на правото на фер судење. Зашто очигледно прибавувањето на доказот со повреда на забраната за мачење го поврзува со карактерот на постапката која ја добил обвинетиот, имено дека бил суден во неправична постапка.

Причината зошто сметам дека не се решил на таков чекор, може многу нешта да ни расветли, а посебно дали воопшто може да очекуваме неговата пракса во иднина да

of Macedonia, A. no. 10718/05, 24.4.2014, § 41; *Horncastle and Others v. the United Kingdom*, A. no. 4184/10, 16.12.2014, § 130; *Dragojević v. Croatia*, A. no. 68955/11, 15.1.2015, § 127-128; *Nițulescu v. Romania*, A. no. 16184/06, 22.9.2015, § 43-44; *Schatschaschwili v. Germany*, A. no. 9154/10, 15.10.2015, § 101; *Sakit Zahidov v. Azerbaijan*, A. no. 51164/07, 12.11.2015, § 47; *Prade v. Germany*, A. no. 7215/10, 3.3.2016, § 32-33; *Bašić v. Croatia*, A. no. 22251/13, 25.10.2016, § 42.

¹⁰⁰⁰ Rittossa, 2003, стр. 91.

¹⁰⁰¹ Лажетик-Бужаровска/ Калајдиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 236.

¹⁰⁰² *Teixeira de Castro v. Portugal*, 44/1997/828/1034, 9.6.1998, § 36; *Ramanauskas v. Lithuania*, A. no. 74420/01, 5.2.2008, § 53; *Bannikova v. Russia*, A. no. 18757/06, 4.11.2010, § 33; *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, A. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016, § 254.

го вгради правото да се биде суден исклучиво со законити докази во правото на правична постапка.

Главната причина зошто досега не се решил, не лежи во обврската на Судот да не отстапува од својата поранешна пракса. Предвидливоста е битна. Значајно за правната сигурност и за еднаквоста пред законот е Судот да биде доследен и да ја следи својата воспановена пракса. Меѓутоа ни во ЕКЧП, ни во праксата на ЕСЧП не постои доктрина на задолжителен судски преседан.¹⁰⁰³

Судот не еднаш ја променил својата пракса, само што тоа се случувало во периоди дури откако одредено право прво се втемелило во праксата на повеќето од државите или во другите меѓународни судови, односно кога увидел дека постои јасен меѓународен тренд на поинакво гледање кон некое прашање.¹⁰⁰⁴

Овдека основа на проблемот се големите разлики во пристапот кон ова прашање на членките на СЕ. Имено постојат „широки варијации кога станува збор за правилата за докажување... системите на прецедентното право ја контролираат допустливоста на доказите многу строго, додека системите на граѓанско право воспоставуваат ретки ограничувања“,¹⁰⁰⁵ а „Судот генерално бил претпазлив, да ја следи државната практика, наместо да поттикнува нов пристап“.¹⁰⁰⁶ Сумарно, поради бројноста на државите членки на СЕ, големите разлики во процесните системи и нормативната конструкција на

¹⁰⁰³ Stafford v. the United Kingdom, A. no. 46295/99, 28.5.2002, § 68; Scoppola v. Italy, A. no. 10249/03, 17.9.2009, § 104; Micallef v. Malta, A. no. 17056/06, 15.10.2009, § 81; Schabas, 2015, стр. 47; Лич, 2010, стр. 165; Ристик, 2018, стр. 48; Грир, 2009, стр. XVII - прецедентното право на Конвенцијата најчесто има форма на апстрактен принцип применет врз факти. Многу ретко, ако не и никогаш, тоа може да се изедначи со она што правниците во англосаксонската традиција на правото или систем на прецедентното право го сметаат за интегриран систем на ‘законски правила’ конструирани од Судот.

¹⁰⁰⁴ 1) Судот во 2009 г. го напуштил гледиштето од 1978 г. по кое правото на поблага казна не било вградено во чл. 7 од ЕКЧП, откако заклучил дека е предвидено во МПГПП, АКЧП, Статутот на МКС, Повелбата за правата на ЕУ, признат од Судот на правдата на ЕУ, односно дека постои консензус на европско и меѓународно ниво околу ставот дека примената на кривичниот закон кој предвидува поблага казна, дури и донесен по извршување на делото, станал основен принцип на казненото право. 2) Или променетиот став во 2002 г. врска со барањата за законско признавање на промена на полот споредено со одлуките од 1986 г. 3) Во 2002 г. го променил ставот од 1990 г. кој не дозволувал лице кое се подложило на хируршка операција за промена на полот да влезе во брак со лице од пол спротивен на променетиот. 4) Откако во 2001 г. првично се спротивставил на идејата дека истополовите парови можат да се повикаат на заштита на семејниот живот, забележувајќи ја брзата еволуција на општествените ставови во многу земји, Судот во 2010 г. укажал дека е вештачко да го одржи ставот дека за разлика од лица од различен пол, лица од ист пол не може да уживаат во семеен живот за целите на чл. 8 од ЕКЧП. 5) Или позицијата од 1991 г. според која од текстот на Конвенција не може да се заклучи дека постои овластување за определување обврзувачки привремени мерки, инспириран од пресудата на Меѓународниот суд на правдата со која се определуваат привремени мерки кои се инхерентни во овластувањето на судското тело, ја променил во 2003 г. земајќи ги предвид општите принципи на меѓународното право и ставот изразен на оваа тема и од други меѓународни тела. 6) Во поновата пракса која датира од 1989 г. па наваму, Судот го променил ставот од 1968 г. дека еднаквоста на оружјето не е апликативен принцип во постапките по чл. 5 од ЕКЧП. 7) Или промената во 1996 г. на гледиштето од 1979 г. дека чл. 5 ст. 3 не бара задолжително присуство на адвокат при испитувањето на осомничениот во суд по повод барањето за притвор. 8) Старата позиција од 1986 г. по која не било прифатливо во смисла на чл. 12 од ЕКЧП транссексуалците да стапат во брак со лица (сега) од друг пол целосно била заменета во 2002. 9) Комисијата прво во 1960 г. одбила апликација на затвореник на кого не му било дозволено да стапи во брак, за потоа во 1975 г. да удоволи исто такво барање - види кај Schabas, 2015, стр. 350-351, 380-381, 390, 749-750 (за 1, 2, 4 и 5); Лич, 2010, стр. 308-309, 340 (за 2 и 3); Trechsel, 2005, стр. 478-479, 484-485, 514-515 (за 6 и 7); Харис/ О'Бојл/ Варбрик, 2009, стр. 552 (за 8); Jaremowicz v. Poland, A. no. 24023/03, 5.1.2010, § 43 (за 9).

¹⁰⁰⁵ Харис/ О'Бојл/ Варбрик, 2009, стр. 256; Слично Jackson/ Summers, 2012, стр. 152.

¹⁰⁰⁶ Харис/ О'Бојл/ Варбрик, 2009, стр. 6-8.

незаконитите докази, ЕСЧП не може да извлече заеднички минимални уставни стандарди на подрачјето на доказните забрани.¹⁰⁰⁷

Во 2003 г. на ниво на ЕУ направена е анализа по однос на третманот на доказите прибавени со повреда на правото на приватност во 17 држави и разликите ако ги има од аспект на тоа дали повредата е сторена од официјално или приватно лице.¹⁰⁰⁸ Утврдено е дека има големи разлики помеѓу државите кои се поделени во 2 главни групи. Една во која начелно е исклучена употребата на ваквите незаконити докази во казнената постапка (Белгија, Кипар, Шпанија, Грција, Ирска, Италија, Луксембург, Малта, Холандија и Португалија) и друга во која во принцип тие се прифатливи (Австрија, Данска, Финска, Франција, Германија, Шведска, Обединетото Кралство).¹⁰⁰⁹

Ваквата генерална поделба може да биде заведувачка, бидејќи и кај едните и кај другите има исклучоци. Така, горново не значи дека вторите прифаќаат секакви докази, туку дека Уставот или законот кај нив не ги исклучуваат автоматски доказите со кои е повредено правото на приватност, туку одлуката за тоа прашање ја оставаат на судот. Значи нема исклучување *ex lege*, туку *ex iudicio*, со тоа што ретко е исклучувањето на материјалните докази, а уште поретко на доказите добиени од незаконити докази. Кај првите пак интересно е што Белгија и Данска кои го познаваат ексклузивното правило, дозволуваат да се користи незаконит доказ *in favorem* обвинетиот.¹⁰¹⁰

Државите ќе ги анализирам подоцна, овде беше битно да ги споменам во прилог на објаснувањето зошто Судот сè уште не се решил ова право да го третира како општ елемент на правичната постапка.

4. Ексклузија на материјалните докази

Генерално материјалните докази имаат линк со чл. 8 од Конвенцијата кој бара почитување на приватниот и семејниот живот, домот и преписката. Ова не значи дека докази секогаш се собираат со мешање во нечиј живот, дом и сл., зашто к.д. се вршат и на јавни места, меѓутоа и во такви ситуации најчесто нечија приватност е засегната.

Концептот приватен живот е широк поим кој не може да биде предмет на исцрпна дефиниција,¹⁰¹¹ не е ограничен на внатрешниот круг на приватниот живот на поединци, туку го вклучува и правото на воспоставување и развивање на врски со други човечки суштества,¹⁰¹² опсегот на правото на приватност иако не е неограничен е со тенденција на проширување,¹⁰¹³ а неговиот обем зависи од начинот на живот, општествено прифатените правила и обичаи, се менува како во времето, така и во просторот, поради што е тешко да се одредат границите на приватноста кои не се цврсто одредени и се менуваат во однос на општествените правила, обичаи и животните навики на поединците.¹⁰¹⁴

Или, кратко, правото на приватност не може да се ограничи со една дефиниција, и е подложно на промени и проширување на неговиот опсег со тек на времето.

¹⁰⁰⁷ Карас, 2010, стр. 1211-1212, 1237; Тупанчески/ Кипријановска, 2015, стр. 190; Slivar, 2020, стр. 505.

¹⁰⁰⁸ EU Network, Opinion on the status of illegally obtained evidence, 2003, стр. 5.

¹⁰⁰⁹ EU Network, Opinion on the status of illegally obtained evidence, 2003, стр. 6-7.

¹⁰¹⁰ EU Network, Opinion on the status of illegally obtained evidence, 2003, стр. 7; Види и кај Bojanić/ Đurđević, 2008, стр. 983; Carić, 2010, стр. 841-842; Karas/ Jukić, 2009, стр. 607-609, 615; Pisarić, 2010, стр. 381-382; Тупанчески/ Кипријановска, 2015, стр. 191.

¹⁰¹¹ Uzun v. Germany, A. no. 35623/05, 2.9.2010, § 43; S. and Marper v. the United Kingdom, A. nos. 30562/04 and 30566/04, 4.12.2008, § 66.

¹⁰¹² Perry v. the United Kingdom, A. no. 63737/00, 17.7.2003, § 36.

¹⁰¹³ Андонова/ Божиновски/ Гогов/ Димовска/ Јовчески/ Каровска-Андоновска/ Крстиќ/ Петровиќ-Арсовска/ Саити/ Сарамандова, 2019, стр. 23.

¹⁰¹⁴ Šelih, 1981, стр. 200.

Сепак, може да се каже правото од чл. 8 се активира кога се засегнати 1) физичкиот, психичкиот и моралниот интегритет на личноста, 2) здравјето и медицинската нега, 3) вработувањето и професионалните активности, 4) личната автономија и идентитетот (име, религија, национална или етничка припадност, облекување и личен изглед, лични фотографии или видеа), 5) сексуалната ориентација, живот или активности, 6) чување на лични податоци (отпечатоци, клеточни примероци, ДНК и сл., но и систематско собирање и чување на јавни податоци), 7) податоци од ГПС навигација на возила, 8) честа и угледот, 9) домот или работните канцелариите (претреси и заплени), 10) условите за живот (изложеност на бучава, непријатни миризби), 11) семејниот живот (односи помеѓу партнери, деца, роднини), 12) протерувања и депортации, 13) кореспонденција и комуникации (телефонски разговори, СМС или ММС пораки, пошта, електронска пошта).¹⁰¹⁵

Самото чување на податоци поврзани со приватниот живот претставува мешање во смисла на чл. 8,¹⁰¹⁶ но во многу од ситуациите мешањето во туѓата приватност нема никаква поврзаност со кривичното гонење и постапка, така што тие ситуации и не се предмет на интерес на овој труд. Овде ќе биде анализирана само праксата на Судот од која ќе може да се извлечат заклучоци за неговиот став околу прифатливоста на доказите прибавени со повреда на правото од чл. 8 од ЕКЧП.

Оваа одредба го утврдува правото кое со неа се штити, но поставува и ограничувања, поради кое ја прави различна од чл. 3 или 6 од ЕКЧП.¹⁰¹⁷ Преку ваквите одредби како чл. 8-11 јасно се воочува целта на Конвенцијата да повлече правична рамнотежа помеѓу интересите на заедницата и интересите на поединецот.¹⁰¹⁸

4.1. Приватни снимки, повреда на приватноста од приватни лица

Првата одлука во која Судот одлучувал за незаконити докази е токму за ваков вид доказ. Апликантот тврдел дека му било повредено правото на правична постапка поради фактот што во судската постапка против него била употребена како доказ снимка направена незаконито од приватно лице, а последново не го спорела ниту државата. Судот во поткрепа на оценката дека употребата на спорната снимка не го лишила апликантот од правично судење укажал дека а) чл. 6 од Конвенцијата не утврдува правила за прифатливост на доказите, б) правата на одбраната не биле занемарени, таа имала можност да ја оспори автентичноста на снимката и да се спротивстави на нејзината

¹⁰¹⁵ Види повеќе кај Schabas, 2015, стр. 370-401; Харис/ О'Бојл/ Варбрик, 2009, стр. 363-381; Лич, 2010, стр.285-316; За постоење на мешање во приватноста и повреда на чл. 8 со систематско чување клеточни примероци, ДНК профили и отпечатоци од прсти кај ослободени лица види во *S. and Marper v. the United Kingdom*, A. nos. 30562/04 and 30566/04, 4.12.2008, § 70-86, а за осудени лица во *Trajkovski and Chipovski v. North Macedonia*, A. nos. 53205/13 and 63320/13, 13.2.2020, § 43-55.

¹⁰¹⁶ *S. and Marper v. the United Kingdom*, A. nos. 30562/04 and 30566/04, 4.12.2008, § 67.

¹⁰¹⁷ Техниката за регулирање на човековите права може да биде различна. Главно се употребуваат две форми, првата карактеристична за Уставот на САД, во кој правата се негативно изразени и содржи листа на 'она што не смее' пр. 'конгресот не смее да донесе закон...', 'никој не смее да биде лишен...' и втора со позитивен начин на регулирање, пр. 'секој има право на...' - Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 134; Овие две форми се усвоени со ЕКЧП, но додека правата регулирани на првиот начин обично се сметаат за апсолутни и безусловни, основни и неотуѓиви без отстапки меѓу нив и останатите, многу од правата формулирани на вториот начин се предмет на ограничувања и условувања утврдени со закон, неопходни за зачувување на демократското општество - Richard Bellamy, "The Constitution of Europe: Rights or Democracy?", во Richard Bellamy, Vittoria Bufacchi and Dario Castiglione, "Democracy and Constitutional Culture in the Union of Europe", London: Lothian Foundation Press, 1995, стр. 159 кај Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 134-135.

¹⁰¹⁸ Лич, 2010, стр. 167; Поставувањето на правичен баланс меѓу општиот интерес на заедницата и интересите на индивидуата е инхерентно за целината на Конвенцијата - *James v. the United Kingdom*, Nos. 8793/79, Series A, No. 98, 21.2.86 кај Ристик, 2018, стр. 48.

употреба, имала можност да го испитува на судењето лицето кое ја направило снимката, а никогаш не побарала да се повика како сведок инспекторот кој ги примил доказите од тоа лице и в) снимката не бил единствениот доказ врз кој осудата била заснована.¹⁰¹⁹

Ако ја оцениме издвоено и изолирано оваа прва одлука од сега веќе богатата пракса во однос на чл. 8 може да дефинираме неколку заклучоци, кои ќе видиме дали се потврдиле или негирале преку идната пракса на Судот. Тој:

а) не зазел дефинитивен и негативен став спрема издвојувањето, имено тоа што во начело не поддржал издвојување незаконити докази од овој вид,¹⁰²⁰ не исклучило како можност да го направи со докази од друг вид;

б) веродостојноста на доказот и автентичноста се клучни, па ако не може да се валидираат, доказот ќе треба да се издвои. Иако во Шенк не е загатнато прашањето за причините поради кои една ексклузија би била оправдана, произлегува дека ако начинот на прибавување влијае врз спознајната вредност на доказот, тоа може да биде основ за ексклузија, а не одвраќањето или интегритетот на постапката.

в) клучно е да не бидат занемарени правата на одбраната и таа да има можност да го оспори доказот (впрочем тоа е минимумот кој го бара ЕКЧП во чл. 6 ст. 3 за постапката да биде правична) и

г) спорниот доказ да не е единствен доказ за осуда.

Јуриспруденцијата на Судот, овие 35 години по Шенк укажува:

а) за констатацијата под „а“ праксата на Судот се дели во два правци, еден во кој постои *in abstracto* правило за неприфатливост на доказите прибавени со повреда на забраната за мачење (чл. 3), и втор кој препознава принцип за прифатливост на доказите обезбедени со повреда на правото на приватност (чл. 8) освен ако начинот на прибавување можел да влијае врз веродостојноста;

б) дека таа под „б“ дефинитивно е потврдена, релевантноста и точноста на доказот е главно прашање за судот;¹⁰²¹

в) барањето под „в“ останало непроменето, правата на одбраната мора да се почитуваат, особено да ѝ се даде можност да ја оспори автентичноста на доказите и да се спротивстави на нивната употреба;¹⁰²²

г) правилото за единствен доказ под „г“ судот го релативизирал во подоцнежните свои одлуки, во смисла ако доказите се многу јаки и цврсти и не постои ризик истите да

¹⁰¹⁹ Schenk v. Switzerland, A. no. 10862/84, 12.7.1988, § 10, 12-14, 20-21, 25, 36-37, 39, 42-44, 46-48 - Шенк бил осуден за обид за убиство. Најмил платен убиец за да ја убие неговата сопруга, овој снимил еден од телефонските разговори и касетата ја предал на полицијата. Сопругата го идентификувала гласот на Шенк, по што тој бил уапсен и осуден.

¹⁰²⁰ Вреди да се спомене заедничкото несогласувачко мислење на четворицата судии кои сметале дека има повреда на правото на правична постапка: „...не можеме да го споделиме мислењето на мнозинството бидејќи, според наше мислење, почитувањето на законот при земање докази не е апстрактен или формалистички услов. Напротив, сметаме дека тоа е од првенствено значење за правичноста на кривичното судење. Ниту еден суд не може, без штета врз правилното спроведување на правдата, да се потпре на докази кои се прибавени не само со неправедни средства, туку, пред сè, незаконски. Ако го стори тоа, судењето не може да биде фер во смисла на Конвенцијата“ - Schenk v. Switzerland, A. no. 10862/84, 12.7.1988, (joint dissenting opinion of judges Pettiti, Spielmann, De Meyer and Carrillo Salcedo).

¹⁰²¹ Одлуки во кои укажал дека мора да се земе предвид квалитетот на доказите, вклучително и дали околностите во кои истите биле обезбедени, можат евентуално да предизвикаат одредени сомнежи во однос на нивната веродостојност или точност се на пр. Jalloh v. Germany, A. no. 54810/00, 11.7.2006, § 96; Bykov v. Russia, A. no. 4378/02, 10.3.2009, § 90; Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 162-164; Naxhia v. Albania, A. no. 29861/03, 8.10.2013, § 129; Mulosmani v. Albania, A. no. 29864/03, 8.10.2013, § 125; Duško Ivanovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 10718/05, 24.4.2014, § 43.

¹⁰²² Bykov v. Russia, A. no. 4378/02, 10.3.2009, § 90; Duško Ivanovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 10718/05, 24.4.2014, § 43.

бидат недоверливи, соодветно е помала потребата да бидат поддржани од дополнителни докази.¹⁰²³

Освен кај Шенк, Судот имал прилика и во други предмети да се наврати на прашањето за законитоста на приватните снимки и влијанието врз правичноста на постапката. Генерален заклучок кој може да се извлече е дека снимањето на разговорот од страна на соговорникот независно дали бил обавен телефонски или *in vivo*, дури и кога е незаконско според домашното право, само по себе не влијае врз правичноста на постапката.¹⁰²⁴ Доволно е оној што негодува да има можност пред домашните судови да ја оспори употребата и автентичноста на доказот.

Ако се следи праксата на Судот, генерално кај материјалните докази добиени со повреда на правото на приватност правичноста може да биде засегната само ако се доведе во прашање спознајната вредност на доказот. До тоа може да дојде по два основи, 1) да се оспори автентичноста и квалитетот на доказот и 2) да се укаже дека самиот начин на прибавување предизвикал разумен сомнеж во поглед на неговата веродостојност.

Сега е технолошко доба, време на модерни инструменти кои обезбедуваат прецизни факти (ГПС, ДНК, видео и аудио снимки од п.и.м. или направени од приватни лица) кај кои протекот на времето или субјективните карактеристики како на пр. кај сведокот за забележување, помнење или репродукција немаат никакво влијание. Инструментите за техничка регистрација обично овозможуваат верна репродукција на аудио-визуелните факти, па Судот не е подготвен да се откаже од сигурните факти поради формална причина како што е повреда на процесните правила за прибирање на доказите.

Познати ми се само 7 пресуди, во кои Судот нашол повреда на чл. 6 во ситуација кога било засегнато правото на приватност. Овде ќе ја посочам одлуката значајна за првиот основ, од проста причина што таа опфаќа приватна снимка како доказ.¹⁰²⁵ Судот нашол повреда на чл. 6 ст. 1 бидејќи имало проблеми со автентичноста и квалитетот на доказот и укажал дека кога едно лице, како во конкретниот случај, било осудено во домашна постапка која не ги исполнила барањата за правично судење, ново судење или повторно отворање на домашната постапка на барање на заинтересираното лице претставува соодветен начин за отстранување на констатираната повреда.¹⁰²⁶ Секако еден од начините да нема повреда на повторното судење е отстранување на причината за

¹⁰²³ Khan v. the United Kingdom, A. no. 35394/97, 12.5.2000, § 35, 37-38; Allan v. the United Kingdom, A. no. 48539, 5.11.2002, § 43; Panovits v. Cyprus, A. no. 4268/04, 11.12.2008, § 82; Bykov v. Russia, A. no. 4378/02, 10.3.2009, § 90; Naxhia v. Albania, A. no. 29861/03, 8.10.2013, § 129; Mulosmani v. Albania, A. no. 29864/03, 8.10.2013, § 125.

¹⁰²⁴ Правото на почитување на преписката е право на непречена и нецензурирана комуникација со други лица. Авторот на едно писмо не задржува никакво право на почитување на неговата преписка, откако еднаш писмото стасало во рацете на примачот, а од ова следува дека правото нема да биде повредено ако содржината на нечиј телефонски разговор биде откриен од другата страна која учествувала во него - Харис/О'Бојл/ Варбрик, 2009, стр. 380.

¹⁰²⁵ Другите одлуки се анализирани подолу во VI 4.3. во делот каде се опфатени претресите.

¹⁰²⁶ Nițulescu v. Romania, A. no. 16184/06, 22.9.2015, § 6, 52-53, 55, 57, 65 - апликантот посочил дека снимките се прибавени незаконски (кое знаеме не влијае врз правичноста на постапката). Но, штом Судот нашол повреда на чл. 6 очигледно битни биле другите околности на кои укажал, имено, 1) снимките не го содржеле целиот разговор, битни делови биле изоставени, 2) автентичноста на снимките не можела да се испита, бидејќи иако домашните судови наредиле техничко вештачење тоа не можело да се спроведе зашто оштетената не ги обезбедила носачите на оригиналните снимки, ниту опремата со која било извршено снимањето, 3) таа не ги обезбедила и покрај фактот што била санкционирана од првостепениот суд, а кога била повикана кај јавниот обвинител да ја потврди точноста на транскриптите заминала без да ги даде бараните појаснувања.

повредата, а тоа е можно со докажување на автентичноста и квалитетот на доказот или со издвојување на спорниот доказ.

Снимањето приватни (телефонски) разговори од страна на соговорникот и приватната употреба на таквите снимки само по себе не го повредува членот 8 ако е направено со приватни средства. Но, тоа по својата природа треба да се разликува од тајното следење и снимање на комуникациите од страна на приватно лице во контекст и во корист на официјална истрага (криминална или друга), со договарање и техничка помош на органите надлежни за јавната истрага. Така независно што снимките од разговорите ги направил соговорникот на доброволна основа и за негови сопствени цели, ако опремата била обезбедена од властите, кои барем во една прилика му дале конкретни упатства и сугестии за содржината на разговорот, во смисла какви информации треба да добие од соговорникот, ќе се смета дека властите дале клучен придонес. Во спротивно би можело истражните органи да ги избегнат нивните одговорности според Конвенцијата со употреба на приватни агенти.¹⁰²⁷

Овој случај донекаде е сличен на Шенк. Приватно лице соговорник на апликантот ги снимило меѓусебните телефонски разговори со опрема добиена од одделението за внатрешна контрола на полицијата, кое сугерирало за суштината на разговорите што лицето требало да ги води со апликантот. Во такви околности Судот нашол дека е засегнат чл. 8, па во смисла на ст.2 испитувал дали мешањето било оправдано, во согласност со закон и неопходно во едно демократско општество. Бидејќи нашол дека не било во согласност со законот, односно одделението за внатрешна контрола на полицијата што ја водело интерната истрага не поседувало законски овластувања за користење п.и.м. утврдил повреда на чл. 8 од ЕКЧП.¹⁰²⁸

Но, како што пишала во својот труд еден наш автор, генерално доказите прибавени со повреда на правото на приватност „претставуваат низок ризик за правичноста на судењето и постапката“.¹⁰²⁹

4.2. Тајно следење, набљудување, снимање, пресретнување комуникации, повреда на приватноста од државни органи

Идентичен е ефектот и кога повредите се сторени од државните органи, пр. кога снимањето не е спроведено согласно внатрешното право со наредба на истражен судија,¹⁰³⁰ односно кога е манлив судскиот налог за прислушување¹⁰³¹ или за претрес.¹⁰³²

¹⁰²⁷ van Vondel v. the Netherlands, A. no. 38258/03, 25.10.2007, § 49.

¹⁰²⁸ van Vondel v. the Netherlands, A. no. 38258/03, 25.10.2007, § 3, 41, 50-55.

¹⁰²⁹ Илиќ Димоски, 2014, стр. 324.

¹⁰³⁰ M.M. v. the Netherlands, A. no. 39339/98, 8.4.2003, § 3, 10-15, 19, 21, 36-46, 53 - сопруга на притворено лице, снимила 3 разговори со адвокатот на нејзиниот сопруг кој барал сексуални услуги од неа. Таа првично го пријавила случајот во полиција и по инструкција на полицијата и ЈО со касетофон ги снимила разговорите. За случајот дознала јавноста по што се јавиле уште 2 жени кои биле во слична ситуација. Апликантот бил правосилно осуден главно на база на искази на сведоци. Тој во постапката побарал снимките да бидат издвоени од судските списи. ЕСЧП нашол повреда на чл. 8, бидејќи клучен придонес во организацијата и извршувањето на снимањето имала полицијата без тоа да биде спроведено согласно внатрешното право од истражен судија во рамки на тековна истрага. Апликацијата во делот што се однесувал на употребата на снимките во постапката била прогласена како недозволена.

¹⁰³¹ Dragojević v. Croatia, A. no. 68955/11, 15.1.2015, § 3, 35-36, 49, 86, 88-102 - истражниот судија не ги почитувал законски предвидените процедури кои се однесуваат на ефективна проценка за тоа дали употребата на тајно следење била неопходна и оправдана во конкретниот случај, имено налогот бил сумарен, општ и претставувал пресликување на тврдењата на обвинителството и законските одредби; Слично и Vašić v. Croatia, A. no. 22251/13, 25.10.2016, § 32-36; Слични критики во однос на судските решенија за дозволување п.и.м. во БиХ упатува и Šikman, 2017, стр. 152.

¹⁰³² Prade v. Germany, A. no. 7215/10, 3.3.2016, § 12-13 - германскиот уставен суд го поништил налогот за претрес и претресот го прогласил незаконски.

Но, фактот што докази биле обезбедени со манлив судски налог и потоа употребени во судска постапка сам по себе не доведува до повреда на чл. 6 и не влијае на правичноста на постапката. Имено, Судот дозволува да се земе предвид јавниот интерес за истражување и казнување на делото во прашање и да се мери наспроти индивидуалниот интерес доказите против апликантот да се собираат законски.¹⁰³³

Штом е така никогаш вакви формални повреди, кои не влијаат врз веродостојноста и точноста на доказот што е во прашање, нема да ја доведат во прашање правичноста на постапката, независно дали доказот е одлучувачки или како кај Праде единствен за осудата. Сè додека домашните органи ги спроведуваат потребните процедурални заштитни мерки, односно на обвинетиот му овозможат да ја оспори автентичноста на доказите и да се спротивстави на нивната употреба нема да има проблем за Судот од аспект на конвенциското право. Едноставно генерално правило е дека чл. 8 не доведува до повреда на чл. 6, а исклучоците се многу, многу ретки. Не случајно, спомнав само 7 постојни случаи во кои била засегната правичноста поради нарушување на приватноста (еден *supra* VI 4.1. и шест *infra* VI 4.3.).

Судот *obiter dicta* посочува дека полицијата имала налог за претрес, односно ништо не укажува дека постапила со лоша намера или со намерно прекршување на формалните правила при добивањето и извршувањето на налогот за претрес,¹⁰³⁴ што остава простор да се претпостави ако во исклучителна ситуација постапи поинаку, со лоши намери и флагрантно прекршување на правилата, неговата одлука може да биде поинаква.

Додатно може да се каже дека, иако кај Драгојевиќ немало доволни гаранции против произволноста заради што постоела повреда на чл. 8, сепак полицијата постапувала законски бидејќи побарала и добила судска наредба, што би се рекло од нејзина гледна точка прибавениот доказ не може да е незаконит. Колку и либерално да пристапиме кон прашањето за незаконитите докази би се сложиле дека секоја повреда на чл. 8 не треба да доведе до повреда на чл. 6 и издвојување на доказите. Некаде издвојувањето не е соодветна санкција, а некаде повредата повеќе е од формален карактер, отколку суштинска. Но, мора да се приговори на односот кој Судот генерално го има во однос на чл. 8. Имено, п.и.м. се преземаат тајно бидејќи поинаку не би се остварила нивната цел, за нив не знае обвинетиот, па не може ни сам ни преку свој бранител да приговори пред нивна реализација. Затоа како што пишува Ивичевиќ-Карас клучна е улогата на Судот кој треба да биде главен гарант од несразмерните зафати во човековите права.¹⁰³⁵ Но, ако Судот има ваков галантен пристап, за каква правична постапка можеме да зборуваме.

Телефонските повици направени било од службени простории, било од дом влегуваат до доменот на заштита на чл. 8, па лицата кои користат службени линии имаат разумно очекување за приватност во поглед на таквите разговори.¹⁰³⁶ Судот во неколку одлуки против Обединетото Кралство нашол повреда на правото на приватност (чл. 8) сторена како резултат на пресретнување телефонски комуникации или пораки, употреба на податоци од регистратори на броеви, прислушување преку опрема за амбиентално следење и набљудување, но во нив проблемот се јавил заради законска неуреденост или непрецизност на домашното законодавство, преголеми

¹⁰³³ *Prade v. Germany*, A. no. 7215/10, 3.3.2016, § 34-43 - за к.д. поседување и трговија со дрога; *Vašić v. Croatia*, A. no. 22251/13, 25.10.2016, § 43-44, 49-50 - за к.д. трговија со дрога и царинска измама.

¹⁰³⁴ *Prade v. Germany*, A. no. 7215/10, 3.3.2016, § 37.

¹⁰³⁵ Ivičević Karas, 2008, стр. 966.

¹⁰³⁶ *Klass and others v. Germany*, A. no. 5029/71, 6.9.1978, § 41; *Halford v. the United Kingdom*, A. no. 20605/92, 25.6.1997, § 44-46, 52.

дискрециони овластувања на секретарот за внатрешни работи и сл. во процесот на обезбедување на информациите,¹⁰³⁷ а не заради нивната употреба како докази во кривичната постапка. Така, во Кан подносителот барал да се утврди повреда на правото на правична постапка од чл. 6, бидејќи единствениот доказ употребен против него во судската постапка бил прибавен со повреда на чл. 8. Затоа и е битен, бидејќи бил првиот пред ЕСЧП во кој единствениот доказ што бил основ за осуда на обвинетиот бил обезбеден со повреда на правото од чл. 8 од ЕКЧП.

Судот во него, како и во останатите што следеле, иако утврдил повреда на правото на приватност оценил дека употребата на тајно снимените материјали во текот на судскиот процес, не е во судир и спротивно на барањата и условите за правичност, загарантирани со чл. 6 ст. 1 од ЕКЧП.¹⁰³⁸ Битно било обвинетите да имаат можност во судската постапка да ја оспорат употребата и автентичноста на доказите, а не начинот како тие биле прибавени. Конкретно кај Кан, за Судот било значајно и тоа што коментарите и признанието на Кан во текот на разговорот со соговорникот, биле дадени на доброволна основа, без никакво навлекување, при што, подносителот немал причина и не бил под притисок да ги изрече, иако оспорените материјали во конкретниот случај всушност биле единствените докази против него и тој го признал делото откако судијата го одбил барањето за нивна ексклузија.¹⁰³⁹

Ако ги согледаме во корелација гледиштата на судот во сите овие предмети,¹⁰⁴⁰ може да се извлече заклучок дека 1) ако во однос на направената снимка која се смета за многу цврст доказ не постои ризик, да биде несигурна и неточна, потребата од други

¹⁰³⁷ *Malone v. The United Kingdom*, A. no. 8691/79, 2.8.1984 - регистратор на телефонски повици (уред кој ги регистрира броевите повикани од некој телефон, како и времето и траењето на секој повик. Се собираат и чуваат податоци дека имало комуникација вклучително и нејзиното времетраење, но не и содржината на комуникацијата); *Halford v. the United Kingdom*, A. no. 20605/92, 25.6.1997, § 44-46, 51 - пресретнување телефонски разговори од интерен комуникациски систем опериран од јавните власти; *Khan v. the United Kingdom*, A. no. 35394/97, 12.5.2000 - прислушување со опрема за амбиентално следење и набљудување која полицијата ја поставила со незаконско влегување во туѓ дом; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, A. no. 44787/98, 25.9.2001, § 78-81 - снимање со уреди за амбиентално снимање во дом и во полициската станица; *Taylor-Sabori v. the United Kingdom*, A. no. 47114/99, 22.10.2002 - полицијата користејќи клон од пејџерот на подносителот ги пресретнувала пораките што ги добивал; *Allan v. the United Kingdom*, A. no. 48539, 5.11.2002, § 10, 12, 34-36, 45-48 - снимање со опрема за амбиентално снимање на разговорите на сообвинетите во затворска ќелија или на едниот обвинет со партнерката во полициската просторија за посети; *Chalkley v. the United Kingdom*, A. no. 63831/00, 12.6.2003, § 8-9, 14-16, 25 - прислушување со опрема за амбиентално следење и набљудување која полицијата ја поставила со незаконско влегување во туѓ дом.

¹⁰³⁸ *Khan v. the United Kingdom*, A. no. 35394/97, 12.5.2000, § 28 и 40; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, A. no. 44787/98, 25.9.2001, § 78-81; *Allan v. the United Kingdom*, A. no. 48539, 5.11.2002, § 10, 12, 34-36, 45-48; *Perry v. the United Kingdom*, A. no. 63737/00, 17.7.2003, § 15, 17, 39-41, 43, 47-49; *Perry v. United Kingdom*, A. no. 63737/00 (dec.), 26.9.2002, § 2 - судот приметувал дека употребата на судење на материјал прибавен без валиден законски основ или на незаконит начин нема во начело да го повреди стандардот на правичност содржан во став 1 на чл. 6 таму каде постојат соодветни процесни заштитни механизми и каде природата и изворот на доказите не се доведени под сомнеж, на пример, како резултат на притисок, присилба или наведување кои би го направиле неправично потпирањето врз нив при одлучувањето по кривичното обвинение; *Vukov v. Russia*, A. no. 4378/02, 10.3.2009, § 91, 104-105; Во 2000 г. во Англија со закон е решено прашањето за прислушувањето, но сè уште налог за тоа издава министерот за внатрешни работи, а не судот како во другите држави. Зачудувачки легислативата забранува употреба на плодовите од прислушувањето за доказни цели дури и кога тоа законски е спроведено - Spence, 2005б, стр. 187-188; Франција исто така по осуда на ЕСЧП (*Kruslin and Huvig v. France* 1990) во 1991 г. го ускладила своето законодавство со барањата на Судот - Dervieux, 2005, стр. 253-254.

¹⁰³⁹ *Khan v. the United Kingdom*, A. no. 35394/97, 12.5.2000, § 36-37.

¹⁰⁴⁰ Пример спореди *Khan v. the United Kingdom*, A. no. 35394/97, 12.5.2000, § 35, 37-38; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, A. no. 44787/98, 25.9.2001, § 78-81; *Allan v. the United Kingdom*, A. no. 48539, 5.11.2002, § 43, 45-48; *Dragojević v. Croatia*, A. no. 68955/11, 15.1.2015, § 129-135.

дополнителни докази е споредбено помала и таа дури и да е единствен доказ против обвинетиот, па и ако е незаконски обезбедена ќе биде прифатлива за судот доколку 2) коментарите и признанието се дадени на доброволна основа, без никакво навлекување или под притисок обвинетиот да зборува и 3) на обвинетиот му се даде можност да ја оспори автентичноста и употребата на снимката како доказ.

Не би се согласил со ставот на Тречсел за Кан применлив и за другите случаи, дека снимањето на разговорот помеѓу учесниците кои тие имаат право да го сметаат доверлив е еквивалентно на замка или дека методот тешко би се помирил со правото на обвинетиот да не се инкриминира себеси, иако е во право кога пишува дека мора да се постави граница при повреда на конвенциско право.¹⁰⁴¹ Во таков контекст заслужува да ги нотираме несогласувачките мислења на судиите Лукаидес¹⁰⁴² и Тулкенс.¹⁰⁴³

Според Судот и информациите од јавен карактер може да потпаднаат во доменот на приватен живот ако систематски се собираат и складираат.¹⁰⁴⁴ Така собирање јавни податоци, пр. за движењето на човек по улица без оглед што е видлив за сите, дури и без користење на тајни методи за следење и набљудување, *in abstracto* може да доведе

¹⁰⁴¹ Trechsel, 2005, стр. 88, 113.

¹⁰⁴² Khan v. the United Kingdom, A. no. 35394/97, 12.5.2000, (partly concurring, partly dissenting opinion of judge Loucaides) - не можам да прифатам едно судење да го наречам “правично” и во согласност со чл. 6, доколку вината на лицето за стореното дело е утврдена преку докази, обезбедени со кршење на човековите права, загарантирани со Конвенцијата. Според моето мислење, терминот “правичност”, кога се разгледува во контекст на ЕКЧП, подразбира почитување на владеењето на правото, а потребниот предуслов за таа цел, е и почитувањето на човековите права наведени во Конвенцијата. Мислам дека не може да се зборува за “правична” судска постапка, доколку истата била спроведена со кршење на законот... Уште повеќе, доколку се прифати дека прифаќањето докази обезбедени со кршење на Конвенцијата против едно обвинето лице, не секогаш значи и повреда на условот за правичност на постапката согласно чл. 6, тогаш ќе се поремети ефективната заштита на правата со Конвенцијата. Тоа може добро да се види од случаите каков што е овој, каде полицијата ги обезбедила доказите на начин, кој не е компатибилен со условите дефинирани во чл. 8 од Конвенцијата, а сепак тие биле прифатени и употребени против обвинетиот, што довело до осудителна пресуда. Доколку повредата на чл. 8 може да се прифати како “правична”, тогаш не гледам како во иднина полицијата може ефективно да биде спречена, да не го повтори таквото свое недозволиво однесување. И пак тука морам да повторам, дека не можам да прифатам, судењето и осудителната пресуда, кои биле производ на таквите постапки на полицијата, да бидат оценети како праведни или правични. Отфрлањето докази, обезбедени спротивно на заштитеното право на приватност, треба да се смета како нормална последица од таквото право, доколку самото право има некаква вредност. Тука би требало да се посочи, дека Судот во повеќе наврати има потенцирано, “дека намерата на Конвенцијата не е да гарантира теоретски или илузорни права, туку практични и ефективни права”. Отфрлањето на таквите докази, според моето мислење, е од уште поголемо значење во случаите каков што е овој, каде што не постои друг алтернативен правен лек, против повредата на конкретното право. Основниот аргумент против таквото правило за отфрлање, е обидот за утврдување на вистината и вредностите од јавен интерес за ефективен кривично-правен систем, кој бара прифаќање на веродостојни докази, на кои може да им се верува, затоа што спротивното би имало негативен ефект врз овие вредности и виновните сторители на к.д. би можеле да останат несанкционирани согласно законот. Кршењето на законот, со цел, истиот да се примени во пракса, самото по себе е контрадикторно и создава една апсурдна ситуација... Земајќи го предвид сето погоре кажано, мојот заклучок е, дека употребата на тајно снимените материјали во постапката против подносителот и неговата осудителна пресуда врз основа на истите, е спротивна на барањата и условите за правичност на постапката, загарантирани во ставот 1 од чл. 6 на Конвенцијата.

¹⁰⁴³ P.G. and J.H. v. the United Kingdom, A. no. 44787/98, 25.9.2001, (partly dissenting opinion of judge Tulken) - § 1 - не мислам дека судењето може да се опише како ‘фер’ каде што доказите добиени со прекршување на основното право загарантирано со Конвенцијата се допуштени за време на тоа судење. Како што Судот веќе имаше прилика да нагласи, Конвенцијата мора да се толкува како кохерентна целина... Правичноста претпоставува усогласеност со законот и на тој начин, а fortiori, почитување на правата загарантирани со Конвенцијата, што е задача на Судот внимателно да испита.

¹⁰⁴⁴ Rotaru v. Romania, A. no. 28341/95, 4.5.2000, § 43; P.G. and J.H. v. the United Kingdom, A. no. 44787/98, 25.9.2001, § 57; Perry v. the United Kingdom, A. no. 63737/00, 17.7.2003, § 38.

до повреда на правото на приватност, иако во овој случај немало бидејќи било преземено во согласност со законот, за легитимни интереси и неопходно во едно демократско општество.¹⁰⁴⁵ Па, следствено наодот дека биле исполнети исклучоците од чл. 8 ст. 2 од ЕКЧП, односно дека следењето на подносителот преку ГПС уреди *in concreto* не довело до повреда на чл. 8, Судот зазел логичен став дека информациите и доказите собрани на тој начин и употребени против него во текот на кривичната постапка, не претставуваат дополнително прашање, кое треба да се разгледува од аспект на чл. 6 ст. 1 од ЕКЧП.¹⁰⁴⁶ А, поради фактот што овој начин на следење го смета за помалку интрузивен од останатите кај кои досега не се решил да бара издвојување на доказите,¹⁰⁴⁷ многу веројатно е дека нема да побара такво нешто, дури ни онаму каде ќе констатира повреда на чл. 8.

Слична е состојбата и со другите истражни дејствија кои значат мешање во правото на приватност, дури и кога биле незаконски преземени. Судот не го адресира прашањето за ексклузија на така прибавените докази, кое нешто ќе се потврди во следната потточка.

4.3. Претреси

„Членот 8 е вистинско изобилство од кое редовно произлегуваат нови човекови права дотогаш непостојни/негарантирани“. ¹⁰⁴⁸ Оваа одредба доаѓа до израз и кај претресите.

Во основа личните претреси, претресите на адвокатска канцеларија, на регистрирани седишта, на филијали или работни простории на компании, како и пребарувањата на електронската преписка или обичните писма, потпаѓаат под одредбата од чл. 8 зашто се сметаат за мешање во приватниот живот, односно дом сфатени во поширока смисла на зборот и во приватноста на преписката.¹⁰⁴⁹

Во случаите во кои докази се обезбедени на ваков начин, Судот според познатата пракса утврдува 1) дали имало мешање во правото на почитување на приватниот и семејниот живот, 2) ако имало дали тоа мешање било предвидено со закон при што внимава и на квалитетот на одредбите кои треба да се јасни и прецизни

¹⁰⁴⁵ *Uzun v. Germany*, A. no. 35623/05, 2.9.2010, § 44, 46, 51-53, 64, 67-70, 77-81 - следењето на подносителот преку ГПС уреди... како и обработката и користењето на неговите лични податоци... претставувале нарушување на неговиот приватен живот, односно повреда на неговото право на приватност, загарантирано со чл. 8 ст. 1.

¹⁰⁴⁶ *Uzun v. Germany*, A. no. 35623/05, 2.9.2010, § 85.

¹⁰⁴⁷ *Uzun v. Germany*, A. no. 35623/05, 2.9.2010, § 52, 66, 72 - според мислењето на Судот, ГПС следењето по својата природа, се разликува од другите методи на аудио или визуелно следење и набљудување, кои, по правило, имаат поголема шанса да го нарушат правото на едно лице на приватен живот, затоа што истите обезбедуваат повеќе информации за неговото однесување, мислења или чувства... овие доста стриктни стандарди, дефинирани и применети во специфичниот контекст на следењето на телекомуникациите... не можат како такви да се применат во предмети каков што е овој, каде се работи за ГПС следење на движењето на јавни места, што мора да се смета за мерка, која во помал степен значи повреда на приватниот живот на лицето, во споредба со пресретнувањето на неговите или нејзините телефонски разговори... дека следењето преку ГПС мора да се смета како помала повреда на човековото право на приватен живот во споредба со, на пример, телефонското прислушкување.

¹⁰⁴⁸ Сидр/ Маргено/ Адрианцимбазовина/ Гутноар/ Левине, 2013, стр. 451.

¹⁰⁴⁹ *Niemietz v. Germany*, A. no. 13710/88, 16.12.1992, § 26, 33; *Société Colas Est and Others v. France*, A. no. 37971/97, 16.4.2002, § 40-41; *Elci and Others v. Turkey*, A. nos. 23145/93 and 25091/94, 13.11.2003, § 696; *Roemen and Schmit v. Luxembourg*, A. no. 51772/99, 25.2.2003, § 64-65; *Narinen v. Finland*, A. no. 45027/98, 1.6.2004, § 32; *Buck v. Germany*, A. no. 41604/98, 28.4.2005, § 30-32; *Petri Sallinen and others v. Finland*, A. no. 50882/99, 27.9.2005, § 70; *Smirnov v. Russia*, A. no. 71362/01, 7.6.2007, § 36; *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, A. no. 74336/01, 16.10.2007, § 43-45; *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, A. no. 4158/05, 12.1.2010, § 61; *Robathin v. Austria*, A. no. 30457/06, 3.7.2012, § 39.

за да може да се предвидат последиците, 3) дали мешањето било заради легитимна цел и 4) дали било неопходно во едно демократско општество, во смисла дали било пропорционално со легитимно зацртаната цел.

Вообичаено нема посебен спор околу првите 3, иако има англиски и руски случаи кај кои проблемот бил со барањето под „2“. Главно испитувањето се задржува на неопходноста на мешањето, а особено дали мерките биле сразмерни на легитимната цел и дали процедуралните заштитни механизми предвидени со закон биле соодветно почитувани. Во однос на претресите, тоа особено подразбира оценка на прашањето дали претресот бил дозволен со судски налог заснован на основано сомнение,¹⁰⁵⁰ дали опсегот на налогот бил разумно ограничен, дали претресот бил извршен во присуство на независен набљудувач, дали бил составен извештај за одземените предмети,¹⁰⁵¹ дали лицето против кое бил нареден претрес било предмет на кривична истрага или целта на претресот била одземање документи значајни за истрага против клиентите на адвокатот,¹⁰⁵² дали предмет на заплена биле само предметите неопходни за истрагата или сите документи од канцелариите на апликантот.¹⁰⁵³

Апсења и притворања на адвокати или претреси на нивните канцеларии, иако не се *per se* забранети, секогаш ќе бидат предмет на особено строга контрола од страна на Судот, токму поради централната улога која ја има правната професија во спроведувањето на правдата и одржувањето на владеењето на правото. Секако постои разлика дали целта на претресот на адвокатската канцеларија е за да се обезбедат докази за клиент на адвокатот или докази против адвокатот во кривична истрага. Ако за првото може да се каже дека го тангира привилегираниот однос адвокат-клиент, за второто такво нешто нема, бидејќи адвокатската професија не дава имунитет од гонење за сторени к.д.¹⁰⁵⁴ Битно е *pro ante* и *ex post* да се преземат процедурални мерки за да се исклучи арбитрарност во дозволувањето, спроведувањето или контролата на претресот.

Прашањето дали оспорената мерка била неопходна во едно демократско општество се смета за

„најсубјективниот дел од примената на став 2, кој вклучува суптилни дистинкции за пропорционалноста на мерките преземени од државата кои ги лимитираат или ограничуваат човековите

¹⁰⁵⁰ *Elci and Others v. Turkey*, A. nos. 23145/93 and 25091/94, 13.11.2003, § 697, 699 - не биле издадени налози за претрес, а не бил изготвен ниту официјален документ или белешка од судски орган (пред или потоа) што ја опишуваат целта и опсегот на претресите, така што постоела повреда на чл. 8 од ЕКЧП.

¹⁰⁵¹ *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, A. no. 74336/01, 16.10.2007, § 56-57, 60.

¹⁰⁵² *Smirnov v. Russia*, A. no. 71362/01, 7.6.2007, § 46-49, 57-59 - адвокатот не бил предмет на истрага, туку негови клиенти, налогот бил со широк опсег кој ѝ овозможил голема дискреција на полицијата во одлуката кои материјали да ги заплени, немало гаранции за заштита на професионалната тајна и привилегираниот однос адвокат-клиент, *ex post factum* судската контрола била површна, па постоела повреда на чл. 8; *Andre and Other v. France*, 18603/03, 24.7.2008, § 42-49 кај *Mekbrajd*, 2009, стр. 110-111.

¹⁰⁵³ *Panteleyenkov v. Ukraine*, 11901/02, 29.6.2006, § 51, 53 кај *Mekbrajd*, 2009, стр. 112; *Vinci Construction and GTM Génie Civil et Services v. France*, A. nos. 63629/10 and 60567/10, 2.4.2015 - во Билтен на ЕСЧП, Макавеј, 2016а, стр. 27-29 - претрес и заплена на електронски податоци и електронска пошта. Повреда бидејќи биле одземени документи кои не биле поврзани со истрагата или биле опфатени со привилегираниот однос меѓу адвокат и клиент, а судот не извршил посебно испитување на сразмерноста и, ако е соодветно, да нареди нивно враќање.

¹⁰⁵⁴ *Sérvulo & Associados - Sociedade de Advogados, RL and Others v. Portugal*, A. no. 27013/10, 3.9.2015 во Билтен на ЕСЧП, Макавеј, 2016б, стр. 31-34 - немало повреда на чл. 8 за претрес и заплена на компјутерски датотеки од адвокатска канцеларија бидејќи 1) адвокатот кој претходно работел за фирмата бил ставен под формална истрага за злоупотреба на службената должност и 2) постоеле процедурални заштитни мерки, како присуство на жалителите на претресите, на претставник на комората и истражен судија кој ги надгледувал операциите, запленетите документи биле запечатени за време на жалбената постапка и конечно биле уништени датотеките кои содржеле информации кои биле лични, подложени на професионална доверливост или засегнувале лица кои не биле ставени под истрага.

права“, а со цел „да се разгледа дали властите постигнале праведна рамнотежа помеѓу конкурентните интереси на поединецот и на општеството како целина“.¹⁰⁵⁵

Повредата на чл. 8 е како некое претходно прашање кое мора прво да се одговори, бидејќи без неа нема случај по чл. 6, но ако ја има тогаш следи анализа на сите околности на случајот, се испитува квалитетот и важноста на доказите, а посебно дали одбраната имала можност да ја оспори автентичноста на доказот и неговата употреба.

ЕСЧП досега практично не донел одлука во која побарал ексклузија на докази поради повреда на правото на приватност од чл. 8 од ЕКЧП, а своевидна аномалија или исклучок од правилото се споменатиот романски случај (*supra* VI 4.1.) и 6 други кои следно ќе ги обработам.

За волја на вистината апликантите во многу други предмети не барале издвојување,¹⁰⁵⁶ но и онаму каде истакнале посебно барање по чл. 6 ст. 1, Судот повредата ја оценувал низ призма на чл. 8, а не како посебно прашање кое ја засега правичноста на постапката¹⁰⁵⁷ или пак не нашол повреда на чл. 6 ст. 1.¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵⁵ Schabas, 2015, стр. 406, слично за чл. 9 ст. 2 од ЕКЧП на стр. 437-438 и за чл. 11 на стр. 513-514.

¹⁰⁵⁶ Niemietz v. Germany, A. no. 13710/88, 16.12.1992, § 37-38 - нашол повреда на чл. 8 во однос на претрес извршен на адвокатска канцеларија. Притоа укажал дека претресот ја нарушил тајноста на професијата во мера која изгледа непропорционална на дадените околности, со тоа што кога е замешан адвокат, повредата на професионалната тајна може да се одрази на правилното спроведување на правдата и со тоа на правата гарантирани со чл. 6; Funke v. France, A. no. 10828/84, 25.2.1993, § 46-59 - нашол повреда на чл. 8 бидејќи релевантното законодавство и практика не обезбедувале соодветни и ефективни заштитни мерки против злоупотреба, царинските органи имале многу широки овластувања, особено, тие имале исклучителна надлежност да ја оценуваат целесообразноста, бројот, должината и обемот на инспекциите, во отсуство на законска обврска да се бара или добие судски налог; Slichno Mialhe v. France (No. 1), A. no. 12661/87, 25.2.1993, § 36-40 - широки овластувања на царински органи за претреси спроведени без судски налог; Société Colas Est and Others v. France, A. no. 37971/97, 16.4.2002, § 48-50, 54-55 - широки овластувања на инспекциски органи за претреси спроведени без судски налог; Roemen and Schmit v. Luxembourg, A. no. 51772/99, 25.2.2003, § 3, 22-29, 61, 64-72 - претрес и заплена на документи од адвокатска канцеларија извршен врз основа на судски налог. Судот нашол повреда бидејќи опсегот на налогот не бил разумно ограничен, бил изготвен со многу општи термини, а бил и непропорционален со оглед на целта за која бил издаден. Имено бил издаден во рана фаза од постапката која се водела против новинар со интенција да се открие изворот на новинарот преку претрес на просториите на адвокатот; Petri Sallinen and others v. Finland, A. no. 50882/99, 27.9.2005, § 89, 93-94, 112-114 - претрес и заплена од широк обем на документи од адвокатска канцеларија спроведен врз основа на полициски налог без независен или судски надзор не е во согласност со закон; Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria, A. no. 74336/01, 16.10.2007, § 66-68, 71-72 - претрес на адвокатска канцеларија и седиште на компании извршен со судски налог; Robathin v. Austria, A. no. 30457/06, 3.7.2012, § 3, 39, 47, 52, 54-57 - претрес и заплена на електронски документи од адвокатска канцеларија на адвокат осомничен за к.д. извршен врз основа на судски налог. Судот нашол повреда бидејќи опсегот на налогот не бил разумно ограничен, бил изготвен со многу општи термини така што на општ и неограничен начин овластил претрес и одземање на документи, персонални компјутери и дискови, штедни книшки, банкарски документи, акти за подарок и тестаменти во корист на барателот, а недостатоците не биле компензирани со доволно процедурални заштитни мерки, способни да го заштитат жалителот од каква било злоупотреба или самоволие.

¹⁰⁵⁷ Buck v. Germany, A. no. 41604/98, 28.4.2005, § 16, 23, 47, 52-53, 54-57 - повреда на чл. 8 за извршен претрес со судски налог на документи од правно лице во кое бил вработен осомничениот. Тој го користел своето право на молчење, неговиот татко кој бил управител и сопственик на правното лице семејната привилегија за несведочење, па судот за да утврди дали некој друг од вработените евентуално управувал со возилото наредил претрес. По прегледот на запленилите документи од кадровската евиденција другите вработени биле исклучени по возраст или пол. Експертската анализа на радарската фотографија, фотографиите од работните досиеја и фотографијата од пасошот на синот на апликантот го уверила судот дека тој го управувал автомобилот во соодветното време. ЕСЧП сметал дека мешањето не било пропорционално на легитимните цели, бидејќи се работело за претрес на компанија сопственост на лице кое не било осомничено и тоа за сообраќаен прекршок.

¹⁰⁵⁸ Mialhe v. France (No. 2), A. no. 18978/91, 26.9.1996, § 38, 43-44, 46.

Зошто тоа е така?

Материјалните докази главно може да се издвојат:

а) со повикување на заштитниот принцип кога се прибавени со повреда на правата на оној што бара ексклузија (којшто за ЕСЧП сам по себе не е доволен за ексклузија),

б) преку дисциплинскиот принцип за да се одврати полицијата од кршење туѓи права во иднина (каков што ЕСЧП не препознава),

в) врз основа на принципот за интегритет на судството (ако незаконитоста сторена од полицијата при прибавувањето на доказот натежнува над интересот за гонење на предметното дело (којшто исто така ЕСЧП не го признава) или

г) со повикување на принципот на веродостојност, кој по сè изгледа зазема централно место кај ЕСЧП (ќе видиме, има мала разлика во јуриспруденцијата за чл. 3 од ЕКЧП каде се зема предвид интегритетот на судството).

Сметам дека последново под „г“ го дава одговорот на прашањето зошто е тоа така. Ешворт има друго, исто така, убедливо објаснување за различната пракса по прашањето на ексклузија на доказите прибавени со едно од овие две конвенциски права. Смета дека единствен начин да се помират двата сета на одлуки е да се тврди дека правото од чл. 3 е појакано и пофундаментално отколку тоа од чл. 8 и дека чл. 3 е повеќе ориентиран, засегнат со кривичната постапка отколку чл. 8.¹⁰⁵⁹

Дека моето објаснување ја објаснува праксата на судот во однос на чл. 8, ќе се повикам на неколку одлуки кои иако се однесувале на незаконски претрес, не го третирале прашањето низ призма на чл. 8, туку на чл. 6 од ЕКЧП, а се битни зашто Судот нашол повреда поради употреба на прибавен доказ чија веродостојност била спорна. Очигледно веродостојноста е единствениот критериум за ексклузија кога станува збор за материјалните докази (со исклучок кај тортурата).

Според апликантите во еден од предметите, околностите под кои бил најден доказот, сериозно ја довеле во прашање веродостојноста поради можноста тој да бил подметнат од страна на полицијата. Тие не тврделе дека вториот претрес бил незаконит зашто и за него бил издаден судски налог,¹⁰⁶⁰ туку барале доказот да биде издвоен и да не служи како доказен основ за нивната осуда, поради опасноста полицијата да го подметнала тогаш кога без сведоци, помеѓу два законски претреси, влегувала во возилото.¹⁰⁶¹ Слични тврдења за подметнување докази има и во други случаи што ги разгледувал Судот и во кои исто така нашол повреда на чл. 6.¹⁰⁶²

Судот во сите одлуки испитувал дали биле почитувани правата на одбраната, а особено а) дали одбраната имала можност да ја оспори автентичноста и веродостојноста на доказот и да се спротивстави на неговата употреба и б) дали поради околностите под

¹⁰⁵⁹ Ashworth, 2002, стр. 36.

¹⁰⁶⁰ Налогот за претрес дава овластување само во една прилика. Доколку полицијата сака повторно да изврши претрес кај исто лице или во исти простории, за тоа треба да добие нова наредба од судот - Калајџиев, 2004, стр. 231

¹⁰⁶¹ Lisica v. Croatia, A. no. 20100/06, 25.2.2010, § 11-12, 16-17, 19, 25-30, 36-38 - возилото на првиот апликант законски било заплнето и претресено врз основа на судски налог од полициски службеници во присуство на неговиот бранител. Биле пронајдени одредени докази, но спорниот доказ не бил откриен при овој претрес. За цело време возилото се наоѓало во полицискиот паркинг. Три дена подоцна бил извршен уште еден претрес врз основа на судски налог во присуство на бранителот на апликантот кога на подот од возилото бил пронајден спорниот доказ. Но, во периодот помеѓу двата претреси, полициските службеници влегувале без налог во возилото и земале материјални докази без да го известат апликантот или неговиот бранител, ниту да обезбедат присуство на неутрални сведоци.

¹⁰⁶² Horvatić v. Croatia, A. no. 36044/09, 17.10.2013, § 3, 33, 70, 74; Layijov v. Azerbaijan, A. no. 22062/07, 10.4.2014, § 3, 10, 18, 57; Sakit Zahidov v. Azerbaijan, A. no. 51164/07, 12.11.2015, § 3, 9-11, 25, 28, 31, 42, 45.

кои доказот бил обезбеден била доведена во прашање неговата веродостојност или точност.¹⁰⁶³

Во Хорватиќ на првото прашање одговорил одречно бидејќи со одбивање на сите доказни предлози на одбраната и прифаќање на оние на тужителот, судот го лишил подносителот на барањето од секоја практична можност делотворно да ја оспори веродостојноста на доказите или да се спротивстави на нивната употреба. Во Лисица иако посочил дека начелото на правично судење не спречува да се вршат повеќекратни претреси врз ист предмет, спор се јавил по второто прашање, бидејќи при секој од тие претреси мора да се почитува минималното барање на осомничениот на примерен начин да му се овозможи да биде присутен при претресот, а во случајот освен полициските службеници кои го спровеле, не биле информирани осомничените, нивните бранители, ниту биле присутни сведоци. Кај Лавижов и Сахидов нашол сериозни недостатоци во постапките на полицијата при обезбедувањето на доказите, имено условите под кои биле обезбедени создале сомнеж во поглед на нивната веродостојност и точност „б“, но и неадекватен одговор од судовите кога апликантот го предочил тоа пред нив „а“.

А, бидејќи материјалните докази биле клучни за осуда во сите предмети, централна задача на Судот била да испита дали нивната употреба го задоволува барањето за фер судење. Оценил дека начинот на кој изведените докази биле прибавени не може да ги елиминираат сомнежите околу нивната веродостојност (Лисица, Лавижов и Сахидов), пропустот на домашните судови да ги адресираат приговорите и оправданите аргументи на одбраната во поглед на автентичноста на доказите и нивната употреба (Лавижов и Сахидов), односно отсуството на било какво испитување на приговорите од расправниот суд за начинот како форензичните докази биле земени и спакувани (Хорватиќ), создале таков процесен недостаток што постапките во целина не ги исполниле барањата за правично судење, па во сите предмети нашол повреда на чл. 6 ст. 1 од ЕКЧП.¹⁰⁶⁴

Соодветен лек за ваква повреда (покрај надомест на нематеријална штета) би бил и повторување на постапката, односно лицето да се стави во позиција во која ќе било да не се случела повредата.¹⁰⁶⁵ Впрочем и Комитетот на министри на СЕ укажува дека освен праведното задоволување доделено од Судот, ќе има случаи во кои ќе биде потребно да се обезбеди оштетената страна да се најде во истата ситуација во која се наоѓала пред

¹⁰⁶³ Lisica v. Croatia, A. no. 20100/06, 25.2.2010, § 45, 49-51, 54; Horvatić v. Croatia, A. no. 36044/09, 17.10.2013, § 78; Layijov v. Azerbaijan, A. no. 22062/07, 10.4.2014, § 64; Sakit Zahidov v. Azerbaijan, A. no. 51164/07, 12.11.2015, § 48; Исто и во Botea v. Romania, A. no. 40872/04, 10.12.2013, § 34 и Beraru v. Romania, A. no. 40107/04, 18.3.2014, § 75 при спор околу автентичност на аудио снимка; Слично барање има и во El Haski v. Belgium, A. no. 649/08, 25.9.2012, § 83.

¹⁰⁶⁴ Lisica v. Croatia, A. no. 20100/06, 25.2.2010, § 54-57, 59-62; Horvatić v. Croatia, A. no. 36044/09, 17.10.2013, § 74, 79-80, 83-87; Layijov v. Azerbaijan, A. no. 22062/07, 10.4.2014, § 66-77; Sakit Zahidov v. Azerbaijan, A. no. 51164/07, 12.11.2015, § 51-59; Повреда на чл. 6 ст. 1 нашол и во Botea v. Romania, A. no. 40872/04, 10.12.2013, § 42-44, како и во Beraru v. Romania, A. no. 40107/04, 18.3.2014, § 78-84 поради употреба на аудио докази со дубиозна автентичност кои биле одлучувачки за исходот на постапката.

¹⁰⁶⁵ Lisica v. Croatia, A. no. 20100/06, 25.2.2010, § 69; Botea v. Romania, A. no. 40872/04, 10.12.2013, § 51; Beraru v. Romania, A. no. 40107/04, 18.3.2014, § 91; Layijov v. Azerbaijan, A. no. 22062/07, 10.4.2014, § 84; Sakit Zahidov v. Azerbaijan, A. no. 51164/07, 12.11.2015, § 67; Во согласувачкото мислење еден судија го критикувал фактот што барањето за повторување на постапката не било дел од изреката на одлуката која е обврзувачка за тужената држава, иако неспорно и образложението овозможува таа да препознае поради што Судот утврдил повреда, што значи и тоа има клучно значење за толкување на Конвенцијата. Цени дека паричниот надомест е од супсидијарна природа, а основно е *restitutio in integrum* и воспоставување *status quo ante* - Lisica v. Croatia, A. no. 20100/06, 25.2.2010 (concurring opinion of judge Spielmann), § 2-8.

повредата на Конвенцијата, а за тоа соодветна мерка е повторното отворање на постапката.¹⁰⁶⁶

Повторувањето на постапката не е цел сама за себе, туку несомнено мора да доведе до издвојување на спорниот доказ, зашто неговата повторна употреба новата постапката никако не би ја разликувала од старата. Издвоеното мислење го гледам во правец како најдобро да се оствари посакуваната цел, а тоа е правичната постапка. Дури сметам, штом основно барање е да се воспостави состојба каква што била да не се случела повреда на конвенцијата, тогаш може да се одложи одлуката за паричен надомест и така да се услови државата да ја отклони повредата, а во спротивно да биде задолжена да плати дури и повисок (казнен) паричен надомест. Ако условувањето на казните е корисна санкција за виновно одговорните индивидуи, нема причина тоа да не биде така и за државите.

Дел од научната јавност, кон која се приклучувам, критички гледа на ставот на Судот по однос на доказите обезбедени со повреда на конвенциските права и смета дека „треба да се стави јасна граница онаму каде доказите биле прибавени со повреда на Конвенцијата“,¹⁰⁶⁷ односно „чл. 6 бара, без разлика на тоа дали дошло до балансирање, поголема тежина да им се даде на правата, а не на конкурентните јавни интереси.“¹⁰⁶⁸

Притоа сметам дека централно место треба да имаат прашањата кога и каде е сторена повредата на чл. 8, односно дали тоа било за време и при прибавување на доказот или отпосле. Зашто ако се случила некаква повреда на приватноста која нема допир со прибавувањето на доказот, тогаш повредата на чл. 8 не треба да игра улога во подоцнежната оценка за неговата прифатливост во судска постапка. Можни се ситуации за кои државата заслужува прекор, но во кои ексклузијата би била несоодветно правно средство. Така, на пр. кога законски прибавени тајни снимки или истражни документи протечат во јавност¹⁰⁶⁹ државата треба да биде санкционирана, меѓутоа повредата на чл. 8 е независна од прибавувањето на доказот и не го прави судењето неправично, за разлика од случаи каде незаконски стекнати материјали се употребени за доказни цели.

Претресите може да бидат недозволені ако не се одобрени со судски налог, ако не влегуваат во тесно ограничените исклучоци од правилото за налог кои во континенталните системи *ex lege* се пропишани или ако нема согласност од засегнатото лице.¹⁰⁷⁰ Натаму, полицијата може да ги пречекори овластувањата од налогот па да направи претрес на сосема друга недвижност, а не на таа од налогот. Во сите овие ситуации таа без оглед дали ќе најде или нема да најде докази, неовластено прави претрес што доведува до повреда на чл. 8 од ЕКЧП.

Меѓутоа има ситуации кога таа не греша во делот на дозволеноста, опсегот или обемот, туку во начинот како го изведува претресот кога ги запленува предметите. Така соблекувањето на осомничениот од страна на службениците за време на полициската интервенција во неговиот дом додека тој бил во беспомошна ситуација, врзан со лисици

¹⁰⁶⁶ Препорака П (2000) 2, § 1-2.

¹⁰⁶⁷ Trechsel, 2005, стр. 88.

¹⁰⁶⁸ Ashworth, A., *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure* (London: Hamlyn Lectures, 53rd Series, Sweet and Maxwell, 2002, pp. 56-64 кај Грир, 2009, стр. 253.

¹⁰⁶⁹ *Apostu v. Romania*, A. no. 22765/12, 3.2.2015 - во Билтен на ЕСЧП, Макавеј, 2016а, стр.29-30 - протекување информации од досие за кривична истрага во медиуми, вклучително и делови од телефонски разговори од приватна природа.

¹⁰⁷⁰ Ако била дадена согласност за претресот (апликантот сам ја дал лозинката од е-поштата на полицијата и ја поканил да ја прегледа), според Судот нема мешање во правото (*Posevini v. Bulgaria*, A. no. 63638/14, 19.1.2017, § 75), но, не се смета таква ако е добиена во опкружување во кое лицето немало никакви процедурални гаранции за заштита на способноста да ја изрази својата вистинска волја (*Belousov v. Ukraine*, A. no. 4494/07, 7.11.2013, § 106) и двете кај *McBride, Coercive Measures*, § 17.

и претходно претресен за оружје претставува понижувачко однесување спорно по чл. 3.¹⁰⁷¹ Доколку притоа се најдат материјални докази прашањето за нивната допустливост веројатно би се решило според принципите прифатени во Гефген (*infra* VI 5.1.2.) и би се издвоиле само ако биле битни за одлуката. За вакви ситуации би бил применлив и исклучокот неизбежно откритие, имено доказите неизбежно ќе биле откриени, па оттаму мое мислење е дека можеби подобро решение е задолжително намалување на казната за виновно лице или граѓанска постапка за штета за невино лице, отколку издвојување на докази на кои полицијата имала право (поседувала налог), но употребила прекумерна сила или погрешен метод при реализација на овластувањето.

5. Ексклузија на вербалните докази

Вербални докази се изјави добиени од осомничени, обвинети, сведоци или вешти лица. Видовме во јуриспруденцијата од САД, проблем со овие докази има кога се добиени со недозволените средства. Едно од нив е примената на тортура, нехуман или понижувачки третман.

5.1. Тортура, нехуман или понижувачки третман

За разлика од средниот век кога тортурата, нечовечкиот или понижувачкиот третман беа општоприфатени сега се отфрлен и забранет метод за прибавување докази за к.д. Инаку со нив може да се добијат вербални и материјални докази, вообичаено првите се изворни, а вторите секогаш секундарни. Би се изгубила јасноста во текстот ако на едно место ги опфатам вербалните, а на друго материјалните докази, па затоа овде во иста подглава ќе укажам на (не)прифатливоста на сите докази прибавени со повреда на забраната за мачење од чл. 3 од ЕКЧП.

Тортурата не може ништо да ја оправда, ни воена состојба во државата или претстојна опасност од војна, ни внатрешна политичка нестабилност или друга вонредна состојба, ни наредба од претпоставен или орган на власта.¹⁰⁷²

Судот во многу одлуки имал прилика да укаже на важноста на оваа одредба која заштитува една од најфундаменталните вредности на демократските општества. ЕКЧП предвидува апсолутна забрана за тортура и нечовечко или понижувачко постапување или казнување и за разлика од повеќето материјални одредби, чл. 3 не предвидува исклучоци. Од оваа одредба не се дозволени никакви отстапувања независно од околностите, однесувањето или поведението на лицето, вклучително и типот на прекршокот кој тоа наводно го сторило (тероризам, организиран криминал).¹⁰⁷³ Што значи ниту природата и тежината на к.д., ниту степенот на вина кај осомничениот, ниту обемот на можна штета по животот, телото и здравјето на другите, односно на јавните добра нема влијание за целите на чл. 3. Едноставно, ни во состојба на исклучителна

¹⁰⁷¹ Wieser v. Austria, 2293/03, 22.2.2007, § 40-41 кај Mekbrajd, 2009, стр. 46.

¹⁰⁷² КПТ, 1984, чл. 2.

¹⁰⁷³ Selmouni v. France, A. no. 25803/94, 28.7.1999, § 95; Labita v. Italy, A. no. 26772/95, 6.4.2000, § 119; Kalashnikov v. Russia, A. no. 47095/99, 15.7.2002, § 95; Elci and Others v. Turkey, A. nos. 23145/93 and 25091/94, 13.11.2003, § 632; Öcalan v. Turkey, A. no. 46221/99, 12.5.2005, § 179; Jalloh v. Germany, A. no. 54810/00, 11.7.2006, § 99; Khudobin v. Russia, A. no. 59696/00, 26.10.2006, § 90; Jasar v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 69908/01, 15.2.2007, § 46; Saadi v. Italy, A. no. 37201/06, 28.2.2008, § 127; Romanov v. Russia, A. no. 41461/02, 24.7.2008, § 55; Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 87, 107; Ashot Harutyunyan v. Armenia, A. no. 34334/04, 15.6.2010, § 101; El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 39630/09, 13.12.2012, § 195; Layijov v. Azerbaijan, A. no. 22062/07, 10.4.2014, § 39; Hajrulahu v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 37537/07, 29.10.2015, § 95; Talpis v. Italy, A. no. 41237/14, 2.3.2017, § 97; Khachaturov v. Armenia, A. no. 59687/17, 24.6.2021, § 81; Види и чл. 15 ст. 1 и 2 од ЕКЧП.

општа опасност која може да го загрози опстанокот на нацијата нема можност за отстапување од забраната за тортура, нехумано и понижувачко однесување (види чл. 4 и 7 од МПГПП, чл. 3 и 15 од ЕКЧП). Што би се рекло, никакво балансирање не е дозволено кога станува збор за забраната од чл. 3.

„Правичноста на постапката не смее да се напушти само бидејќи обвинетиот изгледа дека е посебно опасен, на пр. тој или таа е осомничен терорист“,¹⁰⁷⁴ односно дури и на лице обвинето за акти на тортура му се гарантира правична постапка.¹⁰⁷⁵

Впрочем „вонредна или кризна ситуација која е предизвик за државата-страна е тест и за системот на Конвенцијата во целина... Ако системот на Конвенцијата може да функционира само во добри времиња, но не успева да одговори на вистински вонредни околности, тогаш неговиот авторитет и легитимитет во сите ситуации е нарушен“.¹⁰⁷⁶

Забраната за тортура претставува *jus cogens* норма или како што опишува Меѓународниот суд на правдата, воведена во домашното право на речиси сите држави, дел од меѓународното обичајно право како резултат на широко распространета меѓународна практика, а актите на тортура редовно се осудуваат во рамките на националните и меѓународните форуми.¹⁰⁷⁷ Дури ни функционалниот имунитет не ја спречува екстрадицијата на поранешен шеф на држава во однос на актите на измачување, бидејќи меѓународните злосторства не се официјално однесување.¹⁰⁷⁸ Забележуваме своевиден парадокс, зашто правото на живот познава исклучоци, какви што нема забраната за тортура.¹⁰⁷⁹

Преку правото од чл. 3 практично ја гледаме дистинкцијата помеѓу апсолутните права и правата кои може да бидат ограничени под одредени околности. Апсолутните права го сочинуваат тврдото јадро, тие се безусловни, цврсти права од кои нема отстапки во никакви околности, додека вторите може да бидат предмет на ограничувања и условувања. При конфликт на првите со вторите или со некој друг јавен интерес, примат секогаш имаат првите. „Ако едно од правата е апсолутно, било имплицитно или експлицитно во самиот текст, тоа ќе има целосен приоритет во однос на другото право, кое е предмет на ограничувања“.¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁴ Trechsel, 2005, стр. 552.

¹⁰⁷⁵ КПТ, 1984, чл. 7.

¹⁰⁷⁶ Macdonald, in *Ryssdal Melanges* p 817 кај Харис/ О'Бојл/ Варбрик, 2009, стр. 642.

¹⁰⁷⁷ Schabas, 2015, стр. 44, 164, 179; Како *jus cogens* норма ја сметал и МТПЈ во предметот „Prosecutor v. Furundzija, case No. IT-95- 17/1-T, judgement (1998)“ кај Méndez, 2013, стр. 20.

¹⁰⁷⁸ R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others ex parte Pinochet Ugarte, (No. 3) [1999] 2 All ER 97, HL или Меѓународен воен трибунал (Нирнберг) 41 AJIL (1947), 172 на 221 кај Крајер/ Фриман/ Робинсон/ Вилмсхерст, 2010, стр. 447, 453-456, 458-460 - функционалниот имунитет (имунитет *ratione materiae*) го штити однесувањето изведено во името на некоја држава, поаѓа од максимата дека една држава не смее да им суди на политиките и дејствата на друга држава, со оглед да и двете се рамноправни и суверени, и затоа важи и по престанокот на функцијата. Личниот имунитет (имунитет *ratione personae*) не е ограничен на какво било однесување, тој нуди целосен имунитет на личноста на одредени официјални лица, додека изведуваат битни претставнички функции, е доделен на споредбено мал збир луѓе и е привремен, зашто трае додека личноста ја извршува функцијата. Овој имунитет на актуелен шеф на држава или амбасадор е апсолутен и попречува негово приведување, затворање или судење дури и за најтешки злосторства, вклучително и за измачување. Тоа не значи дека тие никогаш не може да бидат гонети, бидејќи може да им биде судено од домашните судови, државата да се откаже од имунитетот или по прекинот на нивната функција.

¹⁰⁷⁹ Schabas, 2015, стр. 118 - државата не може да мачи, но може да убива, на безброј начини, вклучително и при спроведување на закон, воена акција и смртна казна. Не може да дозволи другите да мачат, но сепак може да дозволи лишување од правото на живот од страна на други, во самоодбрана, од небрежност, па дури и, можеби, од милосрдие.

¹⁰⁸⁰ Харис/ О'Бојл/ Варбрик, 2009, стр. 355.

Вториве се нарекуваат „prima facie“ права кои можат да бидат ограничени штом надвладее некаков посилен интерес или друга причина. При меѓусебен судир на две „prima facie“ права или на вакво право со друг јавен интерес, конфликтот треба да се реши со балансирање, односно широко толкување на човековите права што се во колизија и детална анализа за тоа на кое ќе му се даде приоритет. Тоа е примарна задача на законодавецот, но и на судовите кои треба да го решат конфликтот врз основа на принципот на максимална ефикасност на правата, што претставува вистинска уметност и во основа е тешка задача бидејќи нема општоприфатена, дефинитивна хиерархија на човековите права.¹⁰⁸¹ Но, и тогаш не смее да се наруши суштинската содржина на правата.¹⁰⁸²

Па, ако треба да направиме градација на правата од посилно кон послабо, која би ни користела при меѓусебен судир на две права или право со некој јавен интерес, тогаш во тврдото јадро ќе влезе правото од чл. 3 како апсолутно недерогибилно право, во средина ќе биде правото од чл. 6 како силно дерогибилно право и потоа правото од чл. 8 кое е релативно (квалификувано) дерогибилно право.¹⁰⁸³

Сепак, дерогација е можна само во вонредни околности, кои не се чести. Тоа значи дека повеќето од правата кои во Европа ги уживаат граѓаните во мирнодопски услови, иако во теорија сè, во пракса ретко ќе бидат дерогибилни. Кај правото од чл. 6 може под определени услови да се ограничи само јавноста на постапката, што би значело дека во т.н. мирни времиња во какви што живееме и ова право во безмалку сите гаранции што ги обезбедува е апсолутно и недерогибилно. Затоа не треба да не залаже поделбата, бидејќи во практика и правото од чл. 3 и правото од чл. 6 (со исклучок на јавноста) се апсолутни, универзални и недерогибилни права. Меѓутоа, како што ќе покаже праксата на Судот, за разлика од чл. 3, правата од чл. 6 иако апсолутни во принцип се релативни во примена. Од нив лицето може интелегентно, волево и доброволно да се откаже, додека од тоа од чл. 3 не може. За разлика од тоа од чл. 3 за кое Судот не е спремен да прифати исклучоци, за гаранциите од чл. 6 може ако во дадениот момент се оправдани. Веројатно не зачудува таквата пракса кога се знае дека не им признава ист третман ни на различните забрани од чл. 3 (за тортура, за нечовечко и за понижувачко постапување). Имено, забраната за мачење е вистински силно апсолутно право, додека другите две иако се апсолутни, може да се каже, се забрани со послаб карактер.

5.1.1. Што е тортура, нечовечко или понижувачко постапување

Постои богата судска пракса што претставуваат овие термини, зашто не секое малтретирање значи повреда на чл. 3.¹⁰⁸⁴ Имено, тоа мора да достигне одредено минимално ниво на јачина при што страдањето или понижувањето треба да одат подалеку од неизбежниот елемент на страдање или понижување инхерентен за формите на легитимен третман или казнување. Оценката за овој минимум е релативна, зависи од сите околности на случајот, како што се траењето на малтретирањето, физичките и/или психичките ефекти и, во одредени случаи, полот, годините и состојбата на здравјето на жртвата.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸¹ Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 157-158, 295.

¹⁰⁸² Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 296.

¹⁰⁸³ Слично Ashworth, 2002, стр. 75-76.

¹⁰⁸⁴ Пример, присилно земање крв или плунка од осомничен заради истражување на прекршок не е во судир со чл. 3 или 8 од ЕКЧП - Jalloh v. Germany, A. no. 54810/00, 11.7.2006, § 70; Инаку првите случаи во кои европските органи констатирале тортура се Европската комисија за човекови права во Грчкиот случај 1969 г., односно ЕСЧП во Aksoy v. Turkey, A. no. 21987/93, 18.12.1996 - Pleić, 2016, стр. 252.

¹⁰⁸⁵ Soering v. The United Kingdom, A. no. 14038/88, 7.7.1989, § 100; Selmouni v. France, A. no. 25803/94, 28.7.1999, § 100; Labita v. Italy, A. no. 26772/95, 6.4.2000, § 120; Kalashnikov v. Russia, A. no. 47095/99,

Така, на пр. кај жртвите на семејно насилство и стравот од натамошни напади може да биде доволно сериозен за да предизвика да доживеат страдање и анксиозност способни да го достигнат не само минималниот праг за примена на чл. 3, туку и да бидат сметани за психичка тортура.¹⁰⁸⁶ Потоа за малолетниците важат други правила, па во однос на нив одредено однесување може да влезе во видокругот на чл. 3 иако не би било такво за останатите.¹⁰⁸⁷

Изразот тортура го означува

„секој акт со кој на едно лице намерно му се нанесуваат бол или тешки физички или ментални страдања заради добивање од него или од некое трето лице изјава или признание или заради негово казнување за дело што тоа или некое трето лице го извршило или за чие извршување е осомничено, заплашување на тоа лице или вршење притисок врз него или заплашување или вршење притисок врз некое трето лице или од која и да било друга причина заснована врз која и да било форма на дискриминација, ако тој бол или тие страдања ги нанесува службено лице или кое и да било друго лице кое дејствува во службено својство или на негов поттик или со негова изречна или молкумна согласност“.¹⁰⁸⁸

„Дефиницијата за тортура е предмет на тековно преоценување во светлината на денешните услови и промените во вредностите на демократските општества“,¹⁰⁸⁹ во смисла она што претходно не било, денес може да се смета за тортура.

Со анализа на дефиницијата може да се заклучи дека нема тортура без дејствување. Таа се нанесува со сторување со кое некому му се нанесуваат бол, тешки физички или ментални страдања. Потребна е посебна намера, имено, страдањето да се нанесува заради добивање изјава, признание или казнување за дело што тоа или некое трето лице го извршило или за кое е осомничено, односно заплашување или вршење притисок врз тоа или некое трето лице. Ова значи дека тортура може да има не само ако дејствието е насочено кон добивање признание од осомничено лице, туку и кога е преземено со цел од сведок да се добие некаква информација, која потоа може да биде употребена против осомниченото лице. Конечно, нужно е да било вклучено лице со службено својство, било тоа да ги нанело тие бол и страдања, било тоа да се случило со негов поттик или согласност.

Другите два изрази означуваат третман поблаг од мачењето што државите исто така се должни да го забранат и санкционираат.¹⁰⁹⁰ Вообичаено постапувањето е нехумано кога со предумисла се применува со часови и предизвикува вистинска телесна повреда или интензивно физичко и ментално страдање. Понижувачко е секое

15.7.2002, § 95; *Elci and Others v. Turkey*, A. nos. 23145/93 and 25091/94, 13.11.2003, § 633; *Öcalan v. Turkey*, A. no. 46221/99, 12.5.2005, § 180; *Jalloh v. Germany*, A. no. 54810/00, 11.7.2006, § 67; *Khudobin v. Russia*, A. no. 59696/00, 26.10.2006, § 91; *Jasar v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 69908/01, 15.2.2007, § 47; *Šečić v. Croatia*, A. no. 40116/02, 31.5.2007, § 50; слично *Saadi v. Italy*, A. no. 37201/06, 28.2.2008, § 134; *Opuz v. Turkey*, A. no. 33401/02, 9.6.2009, § 158; *Gäfgen v. Germany*, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 88; *Ashot Harutyunyan v. Armenia*, A. no. 34334/04, 15.6.2010, § 102; *Mađer v. Croatia*, A. no. 56185/07, 21.6.2011, § 106; *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 39630/09, 13.12.2012, § 196; *Layijov v. Azerbaijan*, A. no. 22062/07, 10.4.2014, § 40; *Khachaturov v. Armenia*, A. no. 59687/17, 24.6.2021, § 82; *Tunikova and Others v. Russia*, A. nos. 55974/16, 53118/17, 27484/18, 28011/19, 14.12.2021, § 73; *Hajrulahu v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 37537/07, 29.10.2015, § 96, 100-102.

¹⁰⁸⁶ *Tunikova and Others v. Russia*, A. nos. 55974/16, 53118/17, 27484/18, 28011/19, 14.12.2021, § 75-77.

¹⁰⁸⁷ *Bouyid v. Belgium*, A. no. 23380/09, 28.9.2015 во Билтен на ЕСЧП, Макавеј, 2016б, стр. 8-11 (пр. удирање штаканици од страна на полициски службеници за време на сослушување).

¹⁰⁸⁸ КПТ, 1984, чл. 1.

¹⁰⁸⁹ Méndez, 2013, § 14.

¹⁰⁹⁰ КПТ, 1984, чл. 16; Види и чл. 5 од Кодексот за однесување на лицата одговорни за примена на законот усвоен од Генералното собрание на ОН во 1979 г. и Начелата бр. 2 и 4 на медицинската етика кои се применуваат на здравствениот персонал, особено на лекарите, во заштитата на затворениците и лицата во притвор од мачење и други свирепи, нехумани или понижувачки казни или постапки усвоени од Генералното собрание на ОН во 1982 г. и двата кај Арнаудовски/ Терзиева-Тројачанец/ Тумановски, 1997, стр. 81, 85-86 и кај Beljanski, 2001, стр. 231, 302-303.

постапување кое е подобно кај своите жртви да предизвика чувства на страв, јад и инфериорност способни да ги понижат и обезвреднат. Прашањето дали целта на третманот била да се понижи или обезвредне жртвата е дополнителен фактор што треба да се земе предвид,¹⁰⁹¹ иако отсуството на таква намера не може сама по себе да исклучи повреда на чл. 3.¹⁰⁹²

Со други зборови секоја тортура истовремено е и нечовечко и понижувачко постапување, секоја нечовечна постапка е и понижувачка, но не и обратно.¹⁰⁹³ Исклучиво заканата со тортура без притоа навистина да биде преземено физичко насилство спрема жртвата во најмала рака претставува нехумано постапување,¹⁰⁹⁴ но ако заканите реално се остварат тогаш ситуацијата е подруга и нехуманото постапување ќе достигне до нивото на тортура.¹⁰⁹⁵

Што ќе се случи ако доказите се обезбедени со третман забранет со чл. 3?

5.1.2. Третман на доказите обезбедени со повреда на чл. 3 од ЕКЧП

Со тортура, нечовечко или понижувачко однесување може да се обезбедат како материјални така и вербални докази.¹⁰⁹⁶ Судот во повеќе свои предмети имал допир со однесување спротивно на чл. 3, па анализата на неговата пракса ќе ни даде целосен увид како го третира прашањето за прифатливост на така прибавените докази.

Конвенцијата против тортура бара само изјавата добиена со тортура да не може да се користи како доказ во судска постапка.¹⁰⁹⁷ Но, никаде во овој контекст, ни таа ни

¹⁰⁹¹ Labita v. Italy, A. no. 26772/95, 6.4.2000, § 120; Öcalan v. Turkey, A. no. 46221/99, 12.5.2005, § 181; Слично и Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 89; Hajrulahu v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 37537/07, 29.10.2015, § 97; Asllani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 24058/13, 10.12.2015, § 84.

¹⁰⁹² Kalashnikov v. Russia, A. no. 47095/99, 15.7.2002, § 95, 101, 103; Jalloh v. Germany, A. no. 54810/00, 11.7.2006, § 68; Ashot Harutyunyan v. Armenia, A. no. 34334/04, 15.6.2010, § 102; M.S.S. v. Belgium and Greece, A. no. 30696/09, 21.1.2011, § 220 - за однесувањето да биде понижувачко доволно е жртвата да е понижена во сопствени очи, дури и тогаш кога другите во однесувањето не гледаат ништо понижувачко.

¹⁰⁹³ Schabas, 2015, стр. 169; Харис/ О'Бојл/ Варбрик, 2009, стр. 93.

¹⁰⁹⁴ Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 91, 108.

¹⁰⁹⁵ Во продолжение неколку примери од руски, турски, грчки, кипарски, француски, англиски, хрватски и македонски случај од кои се гледа дека нема крај на човековата имагинација кога треба нечовечки да се постапи со друго лице. 1) Повеќекратно силување. 2) Акумулацијата на физичко насилство (давење на жртвата со рацете, тепање, неколкучасовно клоцање и удирале по нозете, фрлање низ собата, тепање со палка, удирање на главата во сидовите, закана со силување. 3) 17 г. девојка додека била лишена од слобода во седиштето на жандармеријата била силувана и подложена на други застрашувачки и понижувачки искуства, била држена со превез на очите, тепана, принудена да парадира гола, итн. 4) Употреба на електро-шокови заради добивање признание. 5) Грубо тепање по стапалата и др. третмани кои вклучувале електро-шокови и употреба на стеги. 6) Палестинско бесење кога жртвата била соблечена гола, со двете раце врзани одзади и обесен на нив што довело до парализа. 7) Жртвата била силно ударана по главата, добивала електро-шокови, третман со топла и ладна вода, како и закани за малтретирање на нејзините деца. 8) Неколкудневно тепање, тегнење за госа, урунирање по телото на жртвата, закани со брениер итн. 9) Петте истражни техники стојење до сид, ставање на качулка, изложување на бучава, недостиг на сон, храна и течност. 10) Притвореник држен *incommunicado* на непозната локација, испрашуван 3 дена, за кое време бил тепан со пластично шише и гумена цевка по целото тело, во неколку наврати бил држен под вода во базен додека неговите раце и нозе биле врзани со лисици, бил заплашуван со куче - за овие види кај Schabas, 2015, стр. 178; Харис/ О'Бојл/ Варбрик, 2009, стр. 73-74; Лич, 2010, стр. 206-207; D.J. v. Croatia, A. no. 42418/10, 24.7.2012, § 83; Hajrulahu v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 37537/07, 29.10.2015, § 96, 100-102.

¹⁰⁹⁶ Пример, присилната екстракција на дрога од телото на осомничениот со еметици значи прибавување материјален доказ со нехумано однесување - Jalloh v. Germany, A. no. 54810/00, 11.7.2006, додека принудата да се признае делото обезбедува вербален доказ со дејствие спротивно на чл. 3 - *Levința v. Moldova*, A. no. 17332/03, 16.12.2008 или *Stanimirović v. Serbia*, A. no. 26088/06, 18.10.2011.

¹⁰⁹⁷ КПТ, 1984, чл. 15 - освен против лицето обвинето за тортура.

факултативниот протокол, не ги споменуваат изјавите добиени со нечовечно или понижувачко однесување или индиректните докази. За разлика од неа чл. 12 од декларацијата на Генералното собрание на ОН, неупотребливоста на изјавите ја поврзува и со другите два облици нехумано постапување, а ја проширува така што полза од забраната треба да има и друго лице, а не само жртвата.¹⁰⁹⁸

ЕСЧП вовел апсолутно облигаторно ексклузивско правило на оригинерните и секундарните докази добиени со тортура.¹⁰⁹⁹

Смета дека допуштањето како доказ изјави, добиени со примена на тортура заради утврдување релевантни факти во кривичната постапка, ја прави постапката во целина неправична, без оглед на доказната вредност на изјавите и без разлика на тоа, дали нивната употреба била решавачка за осудата. Недозволена е употребата и на материјалните докази добиени како директен резултат на тортура, а тие никогаш не треба да се користат како доказ за вина на сторителот, без оглед на нивната доказна вредност. Според Судот секаков друг заклучок само би делувал во насока на индиректно легитимирање на оној вид морално погрешно однесување, кое авторите на чл. 3 од Конвенцијата имале намера да го забранат, или, со други зборови, би „дозволил бруталност под плаштот на законот“.¹¹⁰⁰

Овие одлуки значат напуштање на старата пракса на Судот во која не навлегувал во оценка на употребливоста на исказот на осомничениот добиен во полиција со методи на мачење спротивни на чл. 3 од ЕКЧП.¹¹⁰¹

Делот кој укажува дека доказите обезбедени со тортура никогаш не треба да се користат како доказ за вина на сторителот, без оглед на нивната доказна вредност, го остава отворено прашањето дали може да се користат против други лица кои не биле жртви на вакво однесување.¹¹⁰² Ако се знаат мотивите за горниот став на Судот¹¹⁰³ ценам дека ова прашање лесно може да се одговори. Доказите обезбедени со тортура не смеа да се употребат спрема никого.

Во право се тие кои тврдат дека ЕСЧП со одлуката во Јалох „за прв пат ја востановил апсолутната забрана за употреба на доказите прибавени по пат на мачење“,¹¹⁰⁴ но не и дека „во своето натамошно постапување Судот одбил да го прошири правилото за ексклузија и врз други повреди на Конвенцијата, останувајќи на решителниот став за аплицирање на споменатото правило само во однос на доказите

¹⁰⁹⁸ Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1975, art. 12.

¹⁰⁹⁹ Поинаку во однос на индиректните докази Obradović/ Župan, 2011, стр. 127 и Macula, 2019, стр. 54; Но види Stanimirović v. Serbia, A. no. 26088/06, 18.10.2011, § 52 во кој Судот нашол повреда на чл. 6 ст. 1 независно што домашниот суд одлуката не ја базирал на признанијата дадени во полиција, туку на изјавите дадени пред истражен судија. Имено, изјавите пред истражен судија биле дадени непосредно по мачењето на кое бил подложен во полиција, а од страв тоа да не се повтори, па Судот проценил дека без оглед на влијанието кое изјавите дадени во судот го имале врз исходот на кривичната постапка, нивната употреба ја направила постапката во целина неправична.

¹¹⁰⁰ Jalloh v. Germany, A. no. 54810/00, 11.7.2006, § 99; Hacı Özen v. Turkey, A. no. 46286/99, 12.4.2007, § 101; Harutyunyan v. Armenia, A. no. 36549/03, 28.6.2007, § 63, 66; Leviņa v. Moldova, A. no. 17332/03, 16.12.2008, § 100, 104-105, 113; Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 165-167; Stanimirović v. Serbia, A. no. 26088/06, 18.10.2011, § 51; Hajrulahu v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 37537/07, 29.10.2015, § 108; El Haski v. Belgium, A. no. 649/08, 25.9.2012, § 85; Ibrahim and Others v. the United Kingdom, A. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016, § 254.

¹¹⁰¹ Ваков пример е Селмуни против Франција (1998) - Крпач, 2010, стр. 1220.

¹¹⁰² Вака и Jackson/ Summers, 2012, стр. 162.

¹¹⁰³ Секаков друг заклучок само би делувал во насока на индиректно легитимирање на оној вид морално погрешно однесување, кое авторите на чл. 3 од Конвенцијата имале намера да го забранат, или, со други зборови, би дозволил бруталност под плаштот на законот.

¹¹⁰⁴ Тупанчески/ Кипријановска, 2015, стр. 188.

непосредно прибавени по пат на мачење, исклучувајќи ги притоа, доказите изведени од нив“.¹¹⁰⁵

Забраната за употреба на материјални и вербални докази добиени со тортура е фундаментална, а малку меѓународни норми кои се однесуваат на правото на правично судење се пофундаментални од исклучувањето на докази добиени со тортура.¹¹⁰⁶

„Уште пофундаментално, ниту еден правен систем заснован на владеење на правото не може да толерира дозволување на докази - колку и да се тие веродостојни - кои биле добиени со таква варварска практика како што е тортурата. Процесот на судење е камен темелник на владеењето на правото. Доказите добиени со тортура неповратно го оштетуваат тој процес: тие го заменуваат владеењето на правото со сила и го нарушуваат угледот на секој суд кој дозволува такви докази. Доказите добиени со тортура се исклучуваат за да се заштити интегритетот на тој процес и, на крај, и самото владеење на правото“.¹¹⁰⁷

„...дали употребата во постапката на докази добиени со тортура би довело до флагрантно негирање на правдата... Судот смета дека би довело... Судот смета дека дозволувањето на докази добиени со тортура е очигледно спротивно не само на одредбите на член 6, туку и на основните меѓународни стандарди за правично судење. Примената на такви докази би го направило целото судење не само неморално и незаконито, туку и целосно неверодостојно во поглед на исходот. Затоа би било флагрантно негирање на правдата ако такви докази се дозволат во кривична постапка. Судот не исклучува дека слични согледувања може да важат во однос на докази добиени со други облици на злоупотреба кои не се доволно сериозни за да претставуваат тортура...“.¹¹⁰⁸

Имајќи го во вид ставот во една понова одлука, може да заклучиме дека проблем би се јавил дури и ако властите при издавање судски налог за претрес се потпрат на реални докази добиени со прекршување на едно од јадрените конвенциски права,¹¹⁰⁹ коешто би ја проблематизирало употребата на така прибавените докази.

Во ситуации на тортура не е потребно да се утврдува степенот до кој домашните судови се потпирале на прибавените докази и дали тие биле одлучувачки за осуда. Самиот факт што се потпреле на докази добиени со тортура целото судење го прави нефер. Затоа во вакви случаи соодветен лек е да се повтори постапката без спорните докази.

Несомнено може да заклучиме дека при воспоставување на ова правило кај тортурата судот во преден план го имал интегритетот и легитимитетот на судската постапка, да не се дозволи бруталност под плаштот на законот и така да се дискредитира правораздавањето.¹¹¹⁰ „Дури и ако постојат соодветни процедурални гаранции, потпирањето на материјал чиј карактер и извор се извалкани со суровост или принуда би било неправично“.¹¹¹¹

Со истото се согласува и научната јавност. Руихуа која се осврнува на состојбите во Кина мисли на тортурата кога пишува дека ваквите истражни практики ја нарушуваат хуманоста и правичноста на системот на кривична правда и за нив треба да се примени

¹¹⁰⁵ Тупанчески/ Кипријановска, 2015, стр. 188.

¹¹⁰⁶ Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom, A. no. 8139/09, 17.1.2012, § 265-266.

¹¹⁰⁷ Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom, A. no. 8139/09, 17.1.2012, § 264.

¹¹⁰⁸ Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom, A. no. 8139/09, 17.1.2012, § 263, 267.

¹¹⁰⁹ K.S. and M.S. v. Germany, A. no. 33696/11, 6.10.2016, § 53.

¹¹¹⁰ Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 175-176 - обвинетото лице во кривичната постапка, има право на правично судење, кое може да биде ставено под знак прашалник, доколку домашните судови користат докази, добиени како резултат на кршење на забраната за нечовечко постапување од Членот 3 - забрана, која е едно од клучните и апсолутни права загарантирани со Конвенцијата. За волја на вистината, постои и витален јавен интерес да се заштити интегритетот на судскиот процес, а со тоа и вредностите на цивилизираните општества, кои се темелат на владеење на правото... Според мислењето на Судот, ниту заштитата на човековиот живот, ниту обезбедувањето кривична осудителна пресуда, не смее да се добијат по цена на компромитирање на заштитата на апсолутното право да не се биде подложен на малтретирање... затоа што на тој начин би се жртвувале овие вредности и би се дискредитирало правораздавањето.

¹¹¹¹ Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010 (joint partly dissenting opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku and Power), § 3.

најтешката процедурална санкција - задолжително издвојување.¹¹¹² Некои автори пак сметаат, во ситуации кога државата употребила тортура спрема обвинетиот, правилно решение е запирање на постапката, без оглед дали има други докази што го инкриминираат, незагадени од изнудените.¹¹¹³

При вакви случаи ексклузијата е *ex lege* правило, па судот по утврдување дека дејствието претставувало тортура должен е безусловно да ги издвои доказите, без да спроведува балансирачки тестови или да го проценува нивното влијание во конкретниот случај.

Од праксата на Судот останало неодаговорено прашањето дали истото правило покрај за материјалните секундарни докази ќе важи и за вербалните, пр. сведок за кого органите разбрале од изјавата на обвинетиот добиена по пат на тортура. Дали ни сведокот не ќе може да се испита во идна постапка против обвинетиот? Причините кои Судот ги посочил како оправдување на ексклузијата во ситуациите со тортура наложува да заклучам дека иста би била судбината и со ваков доказ. Државата не ќе може да добие изјава со доказна вредност од сведок чие име го дознала преку тортура.

Судот вовел апсолутно и целосно ексклузиско правило на оригинерните вербални докази, односно изјавите добиени како резултат на нечовечко или понижувачко постапување,¹¹¹⁴ зошто во спротивно нивната употреба би го направило судењето неправично. За разлика од нив употребата на секундарните докази добиени со нечовечко или понижувачко постапување (исто така забрането со чл. 3) не е *ex lege* недопуштено.¹¹¹⁵ Во овој контекст Шабас греша кога наведува дека Судот не зазел позиција по прашањето за прифатливост на доказите обезбедени со постапување спротивно на чл. 3 кое не го досега нивото на тортура.¹¹¹⁶

Судот во Гефген практично го затворил прашањето кое претходно го оставил отворено во Јалох, дали употребата на материјални докази, добиени со акт кој не е тортура, но, потпаѓа под опсегот на чл. 3, го прави по автоматизам судењето неправично.¹¹¹⁷ Таму *in concreto* нашол повреда на правото од чл. 6 само поради фактот што јавниот интерес за осуда на ситен дилер каков што бил Јалох, немал таква тежина за да оправда употреба на докази прибавени со нечовечко и понижувачко постапување.¹¹¹⁸ Ешворт со право го критикува како погрешно ова стојалиште кое дозволува прашањето за релативната тежина на делото да ја разводни заштитата дадена со чл. 3.¹¹¹⁹

Гефген е интересен случај бидејќи Судот имал можност во ист предмет да го третира прашањето за ексклузија на директните и деривативните докази прибавени со повреда на правата од чл. 3 и на привилегијата против самоинкриминација. При тоа

¹¹¹² Ruihua, 2011, стр. 233-234.

¹¹¹³ A. Duff, L. Farmer, S. Marshall and V. Tadros, *The Trial on Trial (3): Towards a Normative Theory of the Criminal Trial* (Oxford: Hart, 2007) 247 kaj Jackson/ Summers, 2012, стр. 163.

¹¹¹⁴ *Gäfgen v. Germany*, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 173; *Gladyshev v. Russia*, A. no. 2807/04, 30.7.2009, § 79, 86-87 - во овој предмет судот досудил надомест за повредата од чл. 3, додека за така добиената изјава нашол повреда на чл. 6 за која сметал дека соодветен лек е повторување на постапката; *El Haski v. Belgium*, A. no. 649/08, 25.9.2012, § 85; Поинаку Macula, 2019, стр. 54.

¹¹¹⁵ *Gäfgen v. Germany*, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 128 - одлучил дека нечовечкото постапување на кое бил изложен кога ја дал изјавата не бара како реакција издвојување и на материјалните докази.

¹¹¹⁶ Schabas, 2015, стр. 321.

¹¹¹⁷ *Gäfgen v. Germany*, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 167; *Jalloh v. Germany*, A. no. 54810/00, 11.7.2006, § 107; За поинаков став види McBride, *Coercive Measures*, § 90.

¹¹¹⁸ *Jalloh v. Germany*, A. no. 54810/00, 11.7.2006, § 107-108.

¹¹¹⁹ A. Ashworth, 'Case Comment: Human Rights Article 3 – Article 6' [2007] *Criminal Law Review*, 717-21 kaj Jackson/ Summers, 2012, стр. 164.

директни биле вербалните изјави добиени од осомничениот, а деривативни материјалните докази најдени благодарение на изнудените изјави.¹¹²⁰

Во апликацијата пред ЕСЧП Гефген тврдел дека третманот на кој бил подложен за време на првото полициско сослушување во однос на местоположбата на момчето претставувал тортура забранета со чл. 3 од ЕКЧП, а неговото право на правично судење гарантирано со чл. 6 во кое спаѓа и правото да не се инкриминира себеси, било повредено на начин што доказите обезбедени со повреда на чл. 3 биле земени предвид при неговото кривично судење.¹¹²¹

ЕСЧП прифатил дека стравот од физичка тортура може да претставува ментална тортура, а одредувањето дали одредена закана со физичка тортура претставува психолошка тортура или нечовечко или понижувачко постапување зависи од сите околности на даден случај, меѓу кои интензитетот на притисокот што се врши и предизвиканото ментално страдање. Во овој случај проценил дека методот на испрашување, на кој бил подложен Гефген бил доволно сериозен, за да се констатира нечовечко постапување коешто е забрането со чл. 3, но, дека не било допрено нивото на суровост, потребно за достигнување на прагот на тортура.¹¹²²

Оценил дека случајот не бара издвојување на доказите како реакција на повредата на чл. 3, иако не исклучил во начело дека во други случаи тоа би бил адекватен лек кој реално би ја рефлектирал сериозноста на повредата. Овде за нечовечкото однесување според него соодветен бил паричниот надоместок и тоа главно се должи на фактот што германските судови веќе утврдиле повреда на чл. 3 и ги издвоиле изјавите што биле резултат на нечовечкиот третман.¹¹²³

¹¹²⁰ Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 26, 28-34, 59-60 - обвинетиот поради закани со насилство побарал во постапката пред домашните судови да не се користат неговите изјави, како ни доказите најдени благодарение на изнуденото признание. Тие прифатиле дека имало закана за нанесување болка која била незаконска според германското право, а претставувала и повреда на чл. 3 од ЕКЧП. Од таа причина регионалниот суд утврдил дека сите признанија и изјави што подносителот ѝ ги дал на полицијата, на ЈО и на истражниот судија се недопуштени како докази во кривичната постапка, зашто биле добиени со употреба на забранети методи на испрашување. Ексклузијата не ги опфатила само изјавите дадени веднаш по незаконската закана, туку и сите подоцнежни изјави што подносителот им ги дал на истражните органи поради континуираното влијание на повредата на чл. 136а од ЗКП. Според судот процесно-правната нерегуларност, предизвикана од употребата на забранет метод на истрага, можело да биде коригирана, само доколку подносителот бил информиран пред неговото наредно испрашување, дека претходните изјави, кои ги дал како последица од заканата со нанесување болка не може да се користат против него како доказ. Подносителот бил поучен само за неговото право дека не мора да дава изјава, но, не бил информиран за недопуштеноста на доказите добиени на несоодветен начин. На овој начин, тој не ја добил неопходната „компетентна поука“ пред чинот на давање дополнителни изјави. Но, судот применувајќи ја теоријата на баланс сметал дека не би било оправдано во овој случај да ги исклучи и другите докази. Сметал дека не постои далекусежен ефект од повредата што би изискувало доказните предмети за кои се дознало како резултат на изјавата, да не може да се користат како доказ. Судот бил на став дека мора да се балансира меѓу различните интереси земајќи ги предвид посебните околности на случајот, односно во случајов помеѓу фундаменталните права на обвинетиот и сериозноста на сторената повреда (заканата со физичко насилство) и сериозноста на делото за кое тој се товари (извршено убиство на дете), па заклучил дека исклучувањето на другите докази (телото и наодите од обдукцијата) би изгледало непропорционално. По ваквата интерлокутарна одлука, откога одново бил поучен за своето право да се брани со молчење и за фактот дека ниту една од неговите претходни изјави не може да се користи како доказ против него, обвинетиот го признал делото и по изведување на сите докази бил осуден на доживотен затвор.

¹¹²¹ Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 2.

¹¹²² Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 108; Види и Soković, 2005, стр. 715 - според судот разликата помеѓу овие 3 поими е во степенот на суровоста.

¹¹²³ Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 128, 130-132.

Што значи *in abstracto* неговиот став е дека правичноста на постапката доаѓа под знак прашалник само ако повредата на чл. 3 што не достига до нивото на тортура има влијание врз исходот на постапката против обвинетиот, односно, ако има влијание врз неговата осуда или казна.¹¹²⁴ Со други зборови, само во таков случај материјалните, секундарни докази добиени со нечовечко или понижувачко постапување треба да бидат издвоени, но, не и кога има прекин во причинско-последичниот синџир, кој води од забранетите методи на истрага до пресудата и казната.¹¹²⁵ Дека е вака потврда се несогласувачките мислења на судиите кои сметале дека најсоодветен облик за поправање на повредите од чл. 3 е *ex lege* издвојување на доказите добиени со нехумано и понижувачко однесување, без оглед дали биле одлучувачки или не за осудата.¹¹²⁶

Одредено влијание може да има и фактот дали деривативните докази прибавени со повреда на другите два недозволени облици од чл. 3 можело да бидат најдени независно од повредата,¹¹²⁷ кое гледиште е слично со исклучоците неизбежно откритие и независен извор во САД.

Горните принципи во однос на *ex lege* ексклузија на вербалните докази добиени со повреда на чл. 3 и на материјалните добиени со тортура, односно на *ex iudicio* ексклузија на материјалните докази добиени како резултат на другите два недозволени облици од чл. 3, важи не само кога повредата е нанесена лично на обвинетиот туку и на трето лице.¹¹²⁸ Што значи ЕСЧП не го прифаќа правилото за активна легитимација на ист начин како ВСС, туку го третира пошироко.

Притоа во однос на товарот на докажување вреди да се спомене дека кога станува збор за држави во кои нема значајни гаранции дека судството е независно, непристрасно, дека во него сериозно се испитуваат наводите за тортура или нечовечко или понижувачко постапување, доволно е да постои реален ризик спорните изјави да се добиени со повреда на чл. 3 сторена од службени лица,¹¹²⁹ и не мора да биде докажано дека поверојатно е добиена со такви средства отколку дека не е (како стандардот во граѓанските предмети)

¹¹²⁴ *Gäfgen v. Germany*, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 178; Илиќ Димоски, 2014, стр. 326-327 не се согласува со ваквиот став на Судот, смета дека во ваков случај треба да бидат издвоени и деривативните докази, односно дава поддршка на издвоените мислења на судиите што останале во малцинство.

¹¹²⁵ *Gäfgen v. Germany*, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 182; *El Haski v. Belgium*, A. no. 649/08, 25.9.2012, § 85.

¹¹²⁶ *Gäfgen v. Germany*, A. no. 22978/05, 1.6.2010 (joint partly concurring opinion of Judges Tulkens, Ziemele and Bianku), § 7 - најсоодветен облик на поправање на констатираната и призната повреда на чл. 3 ќе биде издвојување од судењето на доказите кои се добиени со повреда на Конвенцијата; *Gäfgen v. Germany*, A. no. 22978/05, 1.6.2010 (joint partly dissenting opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku and Power), § 1-5, 8 и 12 - правичноста - во духот на Членот 6 - предвидува почитување на принципот на владеење на правото и бара исклучување на сите докази добиени со кршење на Членот 3. Кривичен процес кој допушта и се потпира - независно до колкав степен - на докази добиени како резултат на кршење на една таква апсолутна одредба од Конвенцијата, не може *a fortiori* да се смета за правичен. Жалиме што Судот не ја прескокна оваа последна пречка и што не воспостави јасно правило во оваа клучна област од фундаменталните човекови права... Со ова, во јуриспруденцијата на Судот, внесена е дистинкција меѓу допуштеноста на изјавите добиени со кршење на апсолутната забрана за нечовечко и понижувачко постапување и допуштеноста на други докази, добиени на ист начин. Тешко е да се одбрани една ваква дистинкција... мнозинството колеги судии, сепак, заклучија дека судењето било правично, поради „прекин на причинско-последичниот синџир“ кој ја поврзува повредата на Членот 3 со осудителната пресуда и казната за подносителот. Ние не се согласуваме.

¹¹²⁷ *Gäfgen v. Germany*, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 174 - така, одредени фактори - како на пример, факторот дали спорните докази секако би биле најдени во некоја подоцнежна фаза, независно од забранетиот метод на истрага - може да имаат влијание врз допуштеноста на таквите докази.

¹¹²⁸ *El Haski v. Belgium*, A. no. 649/08, 25.9.2012, § 85.

¹¹²⁹ *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, A. no. 8139/09, 17.1.2012, § 277-282, 286-287; *El Haski v. Belgium*, A. no. 649/08, 25.9.2012, § 86-99.

или надвор од разумно сомневање (како во кривичните).¹¹³⁰ Реалниот ризик е доволен услов доказ добиен во таква држава да биде издвоен, односно ако не биде да го направи судењето неправично.

5.2. Привилегијата против самоинкриминација и ексклузијата

*Nemo tenetur prodere se ipsum (nemo tenetur se ipsum accusare).*¹¹³¹

Правилото не постоело во римското кривично право.¹¹³² Првпат се јавило во XII век во црковното право. Интенцијата била лицето слободно да ги исповеда гревовите пред црковното лице, без страв дека за тоа ќе одговара. Од таму се пренело во црковните судови со еден битен исклучок. Не смеело да се бара од некој да положи заклетва дека ќе одговара вистинито, пред судот да обезбеди одреден квантум докази за него. Откога ќе се обезбедела потребната количина докази правилото веќе немало примена, лицето било обврзано да одговара под заклетва вистинито на прашањата, а во спротивно можела да се примени тортура.¹¹³³ Затоа може да се каже дека ова правило за време на инквизиторната постапка исчезнало од континенталното право, за повторно да се појави во XX век.¹¹³⁴

За разлика од континентот, во англиските црковни судови се барало од обвинетиот да положи заклетва дека ќе одговара точно на сите прашања кои ќе му бидат поставени. Бидејќи кога ја давал заклетвата не знаел што точно ќе биде прашуван, тоа им давало можност на црковните власти да прашуваат што било, односно да ловат во матно за докази за неморалност и кривоверност. Како реакција на оваа пракса на црковните судови која се сметала како неканонска се појавило правилото дека никој не може да биде принуден да се инкриминира себеси, односно да биде сведок против себе, бидејќи никој не е обврзан да го открие сопствениот срам.¹¹³⁵ Правилото се споменува уште од XIV век, но само во врска со црковните судови во ситуации кога од обвинетиот за црковен престап се барало да сведочи под заклетва без претходно обезбеден квантум на докази. Оттаму подоцна се пренело на световните судови каде прво ги штитело исклучиво сведоците, во смисла да не може од нив да се бара одговор што би ги инкриминирал. Обвинетиот во кривичните предмети се сметал за неподобно доказно средство и до крајот на XIX век немал право да сведочи пред суд.¹¹³⁶ Може да се

¹¹³⁰ *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, A. no. 8139/09, 17.1.2012, § 276 - најважно, мора да се земат предвид посебните тешкотии во докажување на наводи на тортура. Тортурата е особено зла и по својот варваризам и по тоа што како ефект има расипување на кривичната постапка. Се врши во тајност, често од искусни испрашувачи кои се обучени да осигураат да не останат никакви видливи траги врз жртвата. Многу често, оние кое се одговорни да се грижат да не дојде до тортура - судовите, обвинителите и медицинскиот персонал - се соучесници во криењето на акти на тортура. Во казнено-правен систем во кој судовите се независни од извршната власт, во кој случаи се гонат непристрасно и во кој наводи за тортура се истражуваат совесно, човек може и да замисли од обвинетиот да се бара да докаже согласно висок доказен стандард дека доказите против него биле добиени со тортура. Сепак, во казнено-правен систем кој соучествува во самите практики, а кој постои нив да ги спречи, таков стандард на докажување е целосно несоодветен; *El Haski v. Belgium*, A. no. 649/08, 25.9.2012, § 86.

¹¹³¹ Никој не може да се присилува сам себе да се уништи (никој не е обврзан самиот себеси да се инкриминира).

¹¹³² Гуркова, 2010 стр. 104, 108, 110-111 - во императорскиот период се појавил инквизиторскиот метод. Меѓутоа немало строги формални правила, зашто дали начинот на собирање докази или изнудување на признание бил праведен зависело од сенсот на судијата пред кој се вршело испитувањето.

¹¹³³ *Damaška*, 2001, стр. 59.

¹¹³⁴ *Крас*, 2012а, стр. 229.

¹¹³⁵ *Helmholz*, 1990, стр. 965, 971, 973, 982, 989 - во поткрепа на правилото се споменуваат и црковни текстови од IV век, што значи преку континенталните канонски текстови привилегијата се пренела во Англија најпрво во црквените судови, а дури потоа во „common law“ судовите; *Alschuler*, 1995, стр. 2641.

¹¹³⁶ *Damaška*, 2001, стр. 60-61.

потсетиме на согледувањата на Лангбејн кој англиската казнена постапка во средниот век ја нарекува „обвинетиот зборува“. Тоа оди на линија со укажувањето на Дамашка дека оваа привилегија во облик каков што ја знаеме се јавила во Англија дури кон крајот на XVIII век, каква што била вградена во 1791 г. во V амандман на Уставот на САД.

Иако создадено на континентот, во Европа почнало да се применува на начинот на кој нам ни е познато од 60-те години на XX век, дури по донесување на ЕКЧП под влијание на англо-американското право.¹¹³⁷

Сега на правото на молчење и привилегијата против самоинкриминација се гледа како на општопризнати меѓународни стандарди, што лежат во основата на она што значи правична судска постапка. Тие го штитат обвинетиот од непримерен притисок од страна на властите со што се придонесува да се избегнат погрешни осуди. Правото да не се инкриминира, особено, претпоставува обвинителството во кривичната постапка да го докаже својот случај против обвинетиот без прибегнување кон докази добиени со методи на принуда или потиснување на волјата на обвинетиот и во оваа смисла е тесно поврзано со пресумпцијата на невиност.¹¹³⁸

Како и со секое право или привилегија, осомничениот има слобода на избор, може да се откаже од него и да се инкриминира себеси под услов тоа да е доброволно.¹¹³⁹ Тоа е така зашто ова право првенствено бара почитување на волјата на обвинетото лице да молчи (кога има таква волја) и да не се инкриминира самиот себе, при што принудата не мора да е физичка, иако често е таква кое нешто го видовме во претходната потточка.

Меѓутоа за да може да донесе интелегентна одлука лицето најпрво мора да добие поука за ова свое право. Ако е малолетник присуството на родител или друго возрасно блиско лице, како и адвокат ќе е дополнителна гаранција дека ги разбрал поуките кои му биле дадени. Во спротивно, се смета дека употребата на изјавата го повредува правото на правична постапка и непоправливо го поткопува правото на одбрана гарантирани со чл. 6 од ЕКЧП.¹¹⁴⁰

¹¹³⁷ Damaška, 2001, стр. 60.

¹¹³⁸ John Murray v. the United Kingdom, A. no. 18731/91, 8.2.1996, § 45; Saunders v. United Kingdom, A. no. 19187/91, 17.12.1996, § 68; Serves v. France, 82/1996/671/893, 20.10.1997, § 46; Tirado Ortiz and Lozano Martin v. Spain, A. nos. 43486/98, 15.6.1999, § 1; Heaney and McGuinness v. Ireland, A. no. 34720/97, 21.12.2000, § 40; Quinn v. Ireland, A. no. 36887/97, 21.12.2000, § 40; J.B. v. Switzerland, A. no. 31827/96, 3.5.2001, § 64; Allen v. the United Kingdom, A. no. 76574/01, 10.9.2002, § 1; Allan v. the United Kingdom, A. no. 48539/99, 5.11.2002, § 44; Weh v. Austria, A. no. 38544/97, 8.4.2004, § 39; Jalloh v. Germany, A. no. 54810/00, 11.7.2006, § 100; Yaremenko v. Ukraine, A. no. 32092/02, 12.6.2008, § 77; Panovits v. Cyprus, A. no. 4268/04, 11.12.2008, § 65, 83; Lutsenko v. Ukraine, A. no. 30663/04, 18.12.2008, § 49; Shabelnik v. Ukraine, A. no. 16404/03, 19.2.2009, § 55; Bykov v. Russia, A. no. 4378/02, 10.3.2009, § 92; Pishchalnikov v. Russia, A. no. 7025/04, 24.9.2009, § 71; Aleksandr Zaichenko v. Russia, A. no. 39660/02, 18.2.2010, § 38; Krumpholz v. Austria, A. no. 13201/05, 18.3.2010, § 31; Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 168; Martin v. Estonia, A. no. 35985/09, 30.5.2013, § 80; Ibrahim and Others v. the United Kingdom, A. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016, § 266; Види и Directive on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence, 2016/343, § 3, 6-7.

¹¹³⁹ Така и ВСПСМ Вкж2.бр.39/2019 г. од 2.7.2020 г. при што се повикува на праксата на ЕСЧП.

¹¹⁴⁰ Panovits v. Cyprus, A. no. 4268/04, 11.12.2008, § 71-72, 84-86, 103 - притворско испитување малолетник во отсуство на родител и без да биде доволно информиран за правото да молчи и за правна помош и употребата на инкриминирачката изјава во последователна кривична постапка доведува до повреда на привилегијата против самоинкриминација. Иако апликантот не поднел барање за правична оштета, Судот целел за правилно да посочи дека кога некој е осуден и покрај повреда на неговите права гарантирани со чл. 6 од ЕКЧП, треба колку што е можно, да биде ставен во позиција во која би бил доколку барањата од таа одредба не биле занемарени и дека најсоодветната форма на обесштетување, во принцип, би била судењето de novo или повторното отворање на постапката, доколку тоа се бара; Исто и Aleksandr Zaichenko v. Russia, A. no. 39660/02, 18.2.2010, § 59-60, 65.

Дури и несоодветната истрага за наводите дека изјавата на осомничениот била добиена со недозволените средства и нејзината употреба на судењето може да доведе до повреда на правото на молчење и привилегијата против самоинкриминација.¹¹⁴¹

Вклучително, и законската принуда лицето да одговори на прашања што може да го инкриминираат, под закана од санкција ако не постапи така, доведува до повреда на ова право.¹¹⁴² Исто е и со санкционирањето на лицето кое одбило да даде информација што законски било обврзано да ја даде, под услов степенот на принуда да е таков што ја уништува самата суштина на привилегијата против самоинкриминација.¹¹⁴³ Ова е така бидејќи општите барања на правичноста се применуваат во сите кривични постапки, па ниту видот и тежината на к.д. што се истражува, ниту јавниот интерес за негово гонење не можат да ги оправдаат мерките што ја гаснат самата суштина на правата од чл. 6.¹¹⁴⁴

Слично како и во САД, оваа привилегија не се ограничува само на изјави за сторено неправо или забелешки кои се директно инкриминирачки. Изјава добиена под принуда која се чини дека не е инкриминирачка како што се оправдувачки коментари или обични информации за фактички прашања, подоцна може да се користи во кривична постапка за поддршка на случајот на обвинителството, на пр. да се укаже на контрадикторност на изјавата дадена од обвинетиот на суд или на друг начин да се поткопа неговиот кредибилитет.¹¹⁴⁵

Оттука битно е дали изјавата е дадена доброволно или не. Ако има принуда, независно што принудата може да е со закон дозволена, ја прави употребата на така дадената изјава релевантна по прашањето за повреда на правото на молчење и привилегијата против самоинкриминација. Привилегијата ќе нема вредност ако разни инспекциски органи можат врз база на овластувања доделени со закон да го обврзат лицето да даде одговор на прашањата што тие ќе му ги постават и потоа да ги предадат на надлежниот орган за кривично гонење. Близок ми е американскиот став дека прашањата не мора да бидат инкриминирачки, туку доволно е да се дел од доказниот

¹¹⁴¹ Yaremenko v. Ukraine, A. no. 32092/02, 12.6.2008, § 78-81 - адвокатот бил разрешен од предметот од страна на истражителот откако го советувал својот клиент да молчи и да не сведочи против себе, инкриминирачката изјава, неподржана од други материјали, била дадена во отсуство на адвокат и потоа повлечена веднаш откако апликантот добил пристап до адвокат по негов избор, така што постојат сериозни причини да се сугерира дека потпишаната изјава од жалителот била добиена спротивно на волјата на апликантот.

¹¹⁴² Saunders v. United Kingdom, A. no. 19187/91, 17.12.1996, § 60, 69-70, 72 - изјави кои апликантот со закон бил обврзан да ги даде на инспектори од Одделот за трговија и индустрија за време на нивната истрага, биле употребени како докази против него на последователното кривично судење. Одбивањето да одговори на нивни прашања дури и да се од инкриминирачка природа можело да се третира како попречување на правдата казниво со парична казна или затвор до 2 г.; I.J.L. and Others v. the United Kingdom, Application nos. 29522/95, 30056/96 and 30574/96, 19.9.2000, § 12-33, 35, 57, 82, 83 - се работи за истата истрага, апликантите биле сообвинети со Сандерс во ист кривичен предмет. Информациите дадени од секој од обвинетите претставувале значаен дел од предметот на обвинителството. Судот утврдил повреда на правото да не се инкриминираат себеси; Како одговор на Сандерс и други предмети на ЕСЧП во 1999 г. парламентот законски изменил серија статuti кои ги обврзувале осомничените да даваат информации во службените истраги - Калајциев, 2004, стр. 266 и Spencer, 2005c, стр. 612.

¹¹⁴³ Heaney and McGuinness v. Ireland, A. no. 34720/97, 21.12.2000, § 8-17, 46, 48, 54-55, 59 - апликантите се бранеле со молчење. Поради тоа полицијата согласно законот за к.д. против државата побарала од нив да дадат информација за нивните движења и активности, а откако одбиле биле осудени за повреда на законската обврска на затворска казна; Исто и Quinn v. Ireland, A. no. 36887/97, 21.12.2000, § 8-15, 54, 56, 60.

¹¹⁴⁴ Jalloh v. Germany, A. no. 54810/00, 11.7.2006, § 97; Aleksandr Zaichenko v. Russia, A. no. 39660/02, 18.2.2010 § 38-39; Ibrahim and Others v. the United Kingdom, A. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016, § 252.

¹¹⁴⁵ Saunders v. United Kingdom, A. no. 19187/91, 17.12.1996, § 71; Aleksandr Zaichenko v. Russia, A. no. 39660/02, 18.2.2010, § 54; Ibrahim and Others v. the United Kingdom, A. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016, § 268; Beuze v. Belgium, A. no. 71409/10, 9.11.2018, § 178-179.

синцир подобен да го инкриминира осомничениот. Конечно самиот факт што изјави добиени под принуда биле употребени од страна на обвинителството за да го зајакнат сопствениот случај се доволна причина *per se* да се исклучат од судењето.¹¹⁴⁶

Правото да не се инкриминира првенствено се однесува на почитување на волјата на обвинетото лице да молчи во контекст на кривичната постапка и употребата на присилно добиените информации при кривичното гонење. Но, тоа само по себе не забранува употреба на законски мерки со кои се бара од лицата да дадат информации за нивните финансиски или деловни зделки. Битно е дали користењето на изјавите добиени под законска принуда или со закана од санкција за потребите на активна или антиципирана кривична постапка претставува неоправдана повреда која ја подрива самата суштина на ова право.¹¹⁴⁷

Оттука значајно е за што била барана изјава, дали била поведена или се антиципирало отпочнување казнена постапка и конечно дали била употребена во таква постапка, зашто не секое барање од инспекциските служби само по себе значи повреда на правото од чл. 6 ст. 1.

Вообичаено во вакви случаи Судот ги испитува 1) природата и степенот на принудата, 2) постоењето процедурални заштитни мерки и 3) како е употребен така добиениот материјал. Така во Алан иако немало физичка принуда, нашол повреда на правото на молчење и привилегијата против самоинкриминација бидејќи полицијата во иста ќелија со апликантот кој по совет на својот адвокат го користел правото на молчење, ставила долгогодишен полициски доушник со задача да извлече инкриминирачки информации од него. Таа го обучила и советувала доушникот како да добие информации, а признанијата кои наводно му ги дал апликантот и кои биле главниот или одлучувачки доказ против него на судењето, не биле спонтани доброволно дадени изјави, туку предизвикани од постојаното испитување, во околности што може да се сметаат како функционален еквивалент на испрашувањето, без никакви заштитни мерки вообичаено врзани за формално полициско интервју како присуство на адвокат и давање на вообичаените предупредувања.¹¹⁴⁸

Со еден збор секогаш кога властите користат трикови за да извлечат признанија или изјави со инкриминирачки карактер од осомничен кој избрал да молчи, а кои не можеле да ги добијат за време на испитувањето и кога ги употребуваат таквите изјави како доказ на судењето се доведува под знак прашање правото и привилегијата од чл. 6.

¹¹⁴⁶ Bayer, 1986, стр. 123 смета дека изјавите дадени од осомничениот, пресумптивните сведоци или вештаци на инспекциски, дисциплински органи се само докази во спознајна или неформална смисла и треба да се третираат аналогно како службените белешки составени од органите за внатрешни работи, имено да се издвојат од судските списи, а на нив да не може да се темели пресудата; Слично и Vasiljević/Grubač, 1987, стр. 147 кои во овој контекст го споменуваат ставот на Општата седница на ВС на Словенија од 7.4.1980 г.

¹¹⁴⁷ Saunders v. United Kingdom, A. no. 19187/91, 17.12.1996, § 69; Allen v. the United Kingdom, A. no. 76574/01, 10.9.2002, § 1 - обврската да се пријави имот во даночната служба не покренува прашање по чл. 6 ст.1, иако е предвидена казна за неуспехот да се стори тоа, бидејќи обврската за обелоденување на приходот и капиталот за целите на пресметката и процената на данокот е заедничка карактеристика на даночните системи на сите држави и би било тешко да се замисли тие да функционираат ефективно без него.

¹¹⁴⁸ Allan v. the United Kingdom, A. no. 48539, 5.11.2002, § 13, 44, 52-53 - иако е точно дека не постоел посебен однос помеѓу апликантот и доушникот и дека не се идентификувани фактори на директна принуда, Судот смета дека апликантот бил подложен на психолошки притисоци што влијаеле на „доброволноста“ на обелоденувањата, па во тие околности, информациите може да се смета дека се добиени во спротивност на волјата на апликантот и нивната употреба на судење го повредува на правото на апликантот на молчење и привилегијата против самоинкриминација, па има повреда на чл. 6 ст. 1; И Германскиот федерален суд ја поддржал одлуката за забрана за употреба на изјави добиени во слични услови како овдека - Jackson/ Summers, 2012, стр.177.

Проблемот е што овдека судот сметал дека е несоодветно да шпекулира каков би бил исходот од судењето во околности да ги немало тие докази, па проценил дека во тој поглед констатацијата за повредата претставува праведна сатисфакција.¹¹⁴⁹ Очигледно ова била карактеристична мана на неговите рани одлуки, која ја санирал во поновите, во кои јасно се гледа заложбата за повторување на постапката.¹¹⁵⁰

Никакви интереси, како што се сложеноста на делото или јавниот интерес за истражување и казнување на одговорните, не може да се земат предвид како основ да се подрие привилегијата, ниту може да оправдаат отстапување од еден од основните принципи на правична постапка.¹¹⁵¹

5.2.1. Законска принуда за давање информации

Веќе видовме од делот за САД, ова право генерално се поврзува со сведоштвата, односно изјавите со тестимонијален карактер и примарно се однесува на почитување на волјата на осомниченото лице да молчи,¹¹⁵² но не спречува употреба во кривична постапка материјални докази кои постојат независно од волјата на осомничениот, а кои може да се добијат од него со дозволени принудни мерки, како што се, документи прибавени со наредба, здив, крв, плунка, урина, коса или гласовни примероци и телесно ткиво за целите на ДНК тестирање.¹¹⁵³

Независно што принудното земање крв не влегува во сенката на правото на молчење, треба да се сметаат изјави на кои мора да се применат гаранциите, одговорите на прашањата од типот дали лицето е под дејство на алкохол, дали има поголема количина алкохол во крвта, дали е под дејство на наркотици и сл. бидејќи сите тие се вербални по природа и може да се употребат во идна судска постапка.

Во споредбената пракса постојат примери на екстензивно толкување на принципот против самоинкриминација. Пример, во Канада тој штити од принудно земање продукти од умот и телото.¹¹⁵⁴ Судечкиот совет на МТПЈ во предметот Делалиќ во одлуката од 19.1.1998 г. констатирал „фактот дека примерокот од ракопис е per se

¹¹⁴⁹ *Allan v. the United Kingdom*, A. no. 48539, 5.11.2002, § 50, 59; Слично и во *I.J.L. and Others v. the United Kingdom*, Application nos. 29522/95, 30056/96 and 30574/96, 19.9.2000, § 146-147.

¹¹⁵⁰ *Aleksandr Zaichenko v. Russia*, A. no. 39660/02, 18.2.2010, § 59-60, 65 - судот, исто така, повторува дека кога апликантот е осуден и покрај повредата на неговите права како што се загарантирани со чл. 6 од Конвенцијата, тој треба, колку што е можно, да биде ставен во позиција во која би бил доколку барањата од тоа одредбата не биле занемарени, и дека најсоодветната форма на обесштетување, во принцип, би била судењето *de novo* или повторното отворање на постапката, доколку тоа го побара засегнатото лице; Слично и во *Panovits v. Cyprus*, A. no. 4268/04, 11.12.2008, § 103.

¹¹⁵¹ Пр. во Алан предмет на истрага било к.д. убиство и разбојништво; *Saunders v. United Kingdom*, A. no. 19187/91, 17.12.1996, § 74-76 к.д. водење лажно сметководство, кражба и завера; *Heaney and McGuinness v. Ireland*, A. no. 34720/97, 21.12.2000, § 57-58 - бомбашки напад во кој загинале и биле повредени повеќе лица; *Quinn v. Ireland*, A. no. 36887/97, 21.12.2000, § 58-59 - обид за разбојништво и убиство на полициски службеник; *Shannon v. the United Kingdom*, A. no. 6563/03, 4.10.2005, § 38 - измама и водење лажно сметководство; *Vukov v. Russia*, A. no. 4378/02, 10.3.2009, § 93 - нарачано убиство; *Aleksandr Zaichenko v. Russia*, A. no. 39660/02, 18.2.2010, § 39 - кражба; *Panovits v. Cyprus*, A. no. 4268/04, 11.12.2008, § 7-11 - убиство и разбојништво.

¹¹⁵² *Weh v. Austria*, A. no. 38544/97, 8.4.2004, § 40.

¹¹⁵³ *Saunders v. United Kingdom*, A. no. 19187/91, 17.12.1996, § 69; *Tirado Ortiz and Lozano Martin v. Spain*, A. nos. 43486/98, 15.6.1999, § 1; *J.B. v. Switzerland*, A. no. 31827/96, 3.5.2001, § 68; *Schmidt v. Germany*, A. no. 32352/02, 5.1.2006, § 2; *Jalloh v. Germany*, A. no. 54810/00, 11.7.2006, § 102, 110, 112; Види и *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, A. no. 44787/98, 25.9.2001, § 59-60, 62, 80 - обезбедувањето гласовни примероци кои не вклучуваат инкриминирачки изјави не доведува до повреда на привилегијата, но претставува мешање во смисла на чл. 8 ст. 1 од ЕКЧП.

¹¹⁵⁴ *Choo*, 2012, стр. 247; *Jackson/ Summers*, 2012, стр. 254, 269 - и во двата случаи обвинетиот постапува спротивно на својата волја.

неутрален доказ не е под знак прашање. Ако примерокот од ракописот земен заедно со други докази претставува материјален доказ за докажување на обвинението против обвинетиот, тогаш судската наредба би принудила продукција на самоинкриминачки доказ“. Со други зборови не ја ограничил привилегијата само на сведоштвата, туку експанзивно ја толкувал и во полза на материјалните докази.¹¹⁵⁵ Во Индија привилегијата се активира при полиграфски тестови и кај т.н. „ВЕАР“ (brain electrical activation profile) тестови бидејќи за разлика од анализите на крв, урина и сл. овдека физиолошките реакции се директно поврзани со менталните капацитети на тестираното лице.¹¹⁵⁶

Дури и ЕСЧП на принципот на самоинкриминација му дал пошироко значење за да опфати случаи на принуда за предавање реални докази на властите,¹¹⁵⁷ а слично гледиште има и Европската комисија.¹¹⁵⁸

Давањето лажни информации, пак не ги активира гаранциите од чл. 6 ст. 1 и не доведува до повреда на правото на молчење и привилегијата против самоинкриминација.¹¹⁵⁹ Сметам дека правото прашање кое треба да се постави и последователно да се провери како е одговорено во праксата на ЕСЧП е, што се случува кога лицето ќе одбие да даде информации или кога дало точни информации?

Во основа внимателниот преглед на јуриспруденцијата покажува дека постојат два сета случаи во кои Судот утврдил повреда на ова право и трета линија слична на претходните каде не нашол таква:

а) првите, се случаи поврзани со законска принуда употребена со цел да се добијат информации што би можеле да го инкриминираат засегнатото лице во активна или идна очекувана кривична постапка против него, со други зборови во однос на к.д. за кое тоа лице е обвинето во рамките на автономното значење на чл. 6 ст. 1 (како Функе, Ј.Б., Хеини и Мек Гинис, Шенон);

б) вторите, се случаи на употреба во последователно кривично гонење на инкриминачки информации присилно добиени надвор од контекстот на кривичната постапка (како во Сандерс, И.Ј.Л и др.) и

в) третите, се случаи на лица кои биле казнети зашто не се покориле на наредбата за давање информации надвор од контекстот на кривичната постапка или пак дале лажни информации.

¹¹⁵⁵ Choo, 2012, стр. 248-249.

¹¹⁵⁶ Choo, 2012, стр. 247-248.

¹¹⁵⁷ Funke v. France, A. no. 10828/84, 25.2.1993, § 40 - обидот да се принуди апликантот да открие извештаи за сметки и заштеди во странски банки и сите документи поврзани со купување на недвижен имот во странство, поврзани со царинска истрага и со тоа да обезбеди докази за прекршоци што тој наводно ги извршил, го повредило неговото право на молчење и да не се инкриминира себеси; J.B. v. Switzerland, A. no. 31827/96, 3.5.2001, § 65-66, 71 - обидот на државните органи да го принудат апликантот да достави документи кои се однесуваат на фирмите во кои вложил пари и кои би дале информации за неговите приходи, а кои би можеле да дадат информации за даночно затајување е во спротивност со принципот против самоинкриминација; Shannon v. the United Kingdom, A. no. 6563/03, 4.10.2005, § 8-22, 41 - апликантот кој бил претседател на здружение на граѓани бил повикан на интервју од финансиски иследник за да одговори на прашања поврзани со сметководственото работење на здружението. Во меѓувреме бил обвинет за измама и неправилно сметководствено работење. Бидејќи одбил да се појави и да одговара на прашања од инспекторот бил прекршочно казнет. Судот утврдил дека тоа не е компатибилно со правото да не се инкриминира себеси, па нашол повреда на чл. 6 ст. 1.

¹¹⁵⁸ Green Paper The Presumption of Innocence, 2006, § 2.4 - пресумпцијата на невиност ја вклучува и привилегијата против самоинкриминација која се состои од правото на молчење и од правото против продукција на инкриминачки докази.

¹¹⁵⁹ Allen v. the United Kingdom, A. no. 76574/01, 10.9.2002, § 1 - апликантот бил осуден затоа што во даночната служба дал лажни податоци за состојбата на својот имот. Впрочем тоа бил прекршокот - давање неточни информации за имотот, а не присилна самоинкриминација за друг прекршок.

Во оваа трета група, постојат повеќе предмети во кој судот не нашол повреда на привилегијата против самоинкриминација. Така во Вех и Риг¹¹⁶⁰ позицијата на апликантите била дека се казнети зашто одбиле да обезбедат информации со кои би можеле да се инкриминираат и да бидат предмет на казнена постапка. Судот не нашол повреда на чл. 6 ст. 1 зашто ни во време кога биле барани податоците, ни потоа не била водена постапка за возење со недозволена брзина, па едноставно кажано случаите не се однесувале на употреба на присилно добиени информации во последователна кривична постапка. Од една страна, ништо не покажувало дека апликантите бил суштински погодени за да се смета дека се обвинети за прекршок за брзо возење во рамките на автономното значење¹¹⁶¹ на чл. 6 ст. 1, а од друга од нив се барало во својство на регистриран сопственик на автомобил да наведат само едноставен факт кој управувал со автомобилот што само по себе не било инкриминирачко. Врската помеѓу обврската на апликантите да го откријат возачот и можната кривична постапка за пребрзо возење против нив била далечна и хипотетичка, а во отсуство на доволно конкретна врска, употребата на присилните овластувања (т.е. наметнување парична казна) за добивање информации не покренува проблем во однос на правото на молчење и привилегијата против самоинкриминација.¹¹⁶²

Едноставно штом апликантите одбиле да ги обезбедат бараните информации немало кривична постапка, туку прекршочна заради давање некомплетни податоци.

Заклучокот на судот за „далечна и хипотетичка“ врска е сè само не спорен. Неслучајно Вех бил одлучен со сооднос 4:3 или Риг со 5:2.

Поради поделеноста, Судот во нова група предмети против Австрија¹¹⁶³ (ситуацијата е идентична со претходните) и Обединетото Кралство¹¹⁶⁴ (еден од апликантите се покорил на наредбата, признал дека го управувал возилото и бил осуден

¹¹⁶⁰ Weh v. Austria, A. no. 38544/97, 8.4.2004, § 11-23, 31 - возилото регистрирано на име на апликантот било фатено од радар поради брзо возење, па му бил доставен анонимен платен налог (налогот не се смета за обвинение и нема лек против него. Доколку изречената парична казна не се плати во рокот, автоматски станува неважечки и треба да се започне постапка против непознат сторител. Доколку се плати во рокот, нема да има последователно гонење, налогот не се запишува во ниеден регистар и не смее да се земе предвид при определување на казната за други прекршоци). Бидејќи не го платил, налогот станал невалиден, управниот орган повел постапка против непознато лице за управување возило со недозволена брзина и согласно Законот за моторни возила му наредил на апликантот да ги открие името, презимето и адресата на лицето што управувало со возилото. Бидејќи дал некомплетни податоци, прекршочно бил казнет со парична казна за непостапување по наредбата, но не бил гонет за брзото возење; Слично и Rieg v. Austria, A. no. 63207/00, 24.3.2005, § 7-18.

¹¹⁶¹ Автономната интерпретација овозможува да се надмине спротивставеноста на внатрешното право за да се обезбеди примена на гарантираното право... Техниката на создавање автономни поими како најголема последица носи суштинско ширење на полето на примена на одредбите на Конвенцијата - Сидр/Маргено/Адрианцимбазовина/Гутноар/Левине, 2013, стр. 43.

¹¹⁶² Weh v. Austria, A. no. 38544/97, 8.4.2004, § 49-51, 53-54, 56-57; Rieg v. Austria, A. no. 63207/00, 24.3.2005, § 30-32.

¹¹⁶³ Lückhof and Spanner v. Austria, A. nos. 58452/00 and 61920/00, 10.1.2008, § 7-29 - возилото регистрирано на едниот апликант било фатено на радар поради брзо возење, а на другиот било погрешно паркирано. Управниот орган им наредил да ги откријат името, презимето и адресата на лицето што го управувало, односно паркирало возилото. Бидејќи не ги дале потребните податоци, прекршочно биле казнети со парична казна, но не биле гонети за брзо возење или погрешно паркирање.

¹¹⁶⁴ O'Halloran and Francis v. the United Kingdom, A. nos. 15809/02 and 25624/02, 29.6.2007, § 9-24 - Возилата регистрирани на двата апликанти биле фатени на радар поради брзо возење. Полицискиот орган под закана од санкција им наредил да го откријат името, презимето и адресата на лицата што управувале со нив. Едниот апликант потврдил дека бил тој, по што бил прекршочно гонет за брзо возење. Во постапката повикувајќи се на чл. 76 и 78 од ЗПКД и чл. 6 од ЕКЧП неуспешно се обидел да го издвои признанието дека тој го управувал возилото, па бил осуден врз база на него и фотографиите направени од радарот. Другиот апликант не постапил по наредбата за што бил парично санкциониран.

на база на сопственото признание дадено под закана од парична санкција), ја испитувал присилата и нејзиното влијание врз засегнатото право на молчење и привилегијата против самоинкриминација низ призма на постоење процесни заштитни механизми како во Јалох, односно на видот и степенот на присилата употребена за да се добие доказот, постоење релевантни гаранции во постапката и начинот на кој бил употребен така добиениот материјал.¹¹⁶⁵

И во двата случаи утврдил дека чл. 6 е применлив бидејќи апликантите биле суштински погодени од наредбата за откривање на името на возачот во контекст на основниот прекршок и според тоа биле обвинети во рамките на автономното значење на овој термин.¹¹⁶⁶ Несомнено дека присила постоела. Таа наметнувала обврска лицето да даде изјава која може да се искористи во постапка против него и да доведе до негова осуда или казна за непочитување на наредбата.

Но, ни таму, ни таму не нашол повреда на чл. 6 ст. 1 од ЕКЧП поради:

а) степенот на принуда - принудата била директна, но законски заснована и оправдана со фактот што сопствениците или возачите на моторни возила се подложни на регулаторен режим кој вклучува одредени одговорности и обврски од една страна, а од друга запретените парични казни не биле така високи да може да се каже дека извршиле директен притисок врз апликантите.

б) постоење релевантни гаранции во постапката - информациите кои се барале биле од строго ограничена природа кои сами по себе не биле инкриминаторни,¹¹⁶⁷ не постои објективната одговорност бидејќи сопственикот на возилото не е по секоја цена виновен за недавање информации (пр. доколку тој успее да докаже дека не го знаел идентитетот на возачот на возилото и дека, и покрај вложените напори, не можел да го дознае истиот) и последно, ризикот од добивање несигурни признанија е занемарлив.

в) начинот на кој биле употребени изјавите - апликантите не ги дале информациите што властите ги барале од нив, следствено на што не била покрената казнена постапка против нив, па и не се покренува никакво прашање во однос на употреба на нивни изјави во казнена постапка. Додека признанието дадено од едниот апликант дека тој возел бил само еден од доказите во предметот недоволен само врз него да се донесе осуда, обвинетиот имал право да предлага свои докази, а тужителот имал обврска да го докаже делото надвор од секое разумно сомневање.¹¹⁶⁸

Ако направиме споредба на предметите во кои не нашол повреда на привилегијата со некој од тие каде имало ќе се види дека нема суштинска разлика.¹¹⁶⁹

¹¹⁶⁵ Jalloh v. Germany, A. no. 54810/00, 11.7.2006, § 118, 120-121; O'Halloran and Francis v. the United Kingdom, A. nos. 15809/02 and 25624/02, 29.6.2007, § 55; Lückhof and Spanner v. Austria, A. nos. 58452/00 and 61920/00, 10.1.2008, § 52.

¹¹⁶⁶ O'Halloran and Francis v. the United Kingdom, A. nos. 15809/02 and 25624/02, 29.6.2007, § 33-36; Lückhof and Spanner v. Austria, A. nos. 58452/00 and 61920/00, 10.1.2008, § 49.

¹¹⁶⁷ Судот не го објаснил посебно овој став, но логиката несомнено е дека возењето автомобил не претставува прекршок, па одговорот на вакво прашање не е инкриминирачки бидејќи не е доволен сам по себе за какво и да било гонење на осомничениот. Но, има логика и во тврдењето дека ако поединец признае дека го управувал автомобилот фатен на радар со повисока брзина е исто како да признал дека ги прекршил прописите за ограничување на брзината.

¹¹⁶⁸ O'Halloran and Francis v. the United Kingdom, A. nos. 15809/02 and 25624/02, 29.6.2007, § 56-63; Lückhof and Spanner v. Austria, A. nos. 58452/00 and 61920/00, 10.1.2008, § 51-59.

¹¹⁶⁹ Shannon v. the United Kingdom, A. no. 6563/03, 4.10.2005, § 38-40 - 1) овде апликантот не бил под ризик од постапка туку против него веќе била отпочната кривична истрага од страна на полицијата, 2) што се однесува до достапната процедурална заштита, ако присуствувал на интервјуто и последователно сакал да ја спречи употребата на дадените информации во кривичната постапка, финансискиот инспектор сепак можел нив да ги достави до полицијата и 3) информациите добиени при интервјуто можеле да бидат искористени на кривичното судење доколку апликантот се потпрел на докази што не се во согласност со

Зошто сметам така?

Во основа праксата на Судот за овој тип сообраќајни прекршоци е сложена и по мое мислење погрешна. Лицата несомнено биле ставени пред избор 1) да молчат и да бидат казнети за молчењето или 2) да одговорат и да бидат санкционирани за прекршокот. Да дале податоци би биле предмет на казнена постапка и токму тоа е она што ги прави слични со другите групи на постапки. Реалноста е таква што не може да се негира разумноста во очекувањето дека ќе бидат гонети по обезбедување на информациите кои со парична санкција се сакало да бидат изнудени од нив (така и било во О'Халоран и Френсис). За другите (Вех, Риг, Лухоф, Спанер) немало постапки за брзо возење или погрешно паркирање исклучиво само поради фактот што не се инкриминирале себеси, но биле парично казнети зашто одбрале да се ползуваат со своето право. Очигледно законската принуда за одговор под закана со казна била целно насочена за да ја подрие самата суштина на правото на молчење и на привилегијата против самоинкриминација.

Сосема прифатлив ми е ставот на ВСС дека, барањето лицето да се легитимира и да го открие идентитетот тогаш кога е застанато од полиција не се смета за испитување и не е спротивно на гаранциите од V амандман.¹¹⁷⁰ Овде може да направиме паралела со ситуациите кога полициските службеници со свои очи или со технички средства го забележале прекршокот, само бараат лицето кое го управувало возилото што го запреле да се идентификува. Тие го гледаат пред себе сторителот кој управувал со возилото што го застанале, кое нешто е сосема различно од ситуација кога не знаат кој го возел возилото и кој всушност го сторил прекршокот, како во предметите на ЕСЧП, па бараат сопственикот на возилото да се самопријави (што се коси со привилегијата против самоинкриминација) или евентуално да пријави нему блиско лице (што се коси со благодатот за несведочење).

Од друга страна, факт е дека возилата се корисно, но и опасно средство, а сообраќајните деликти широко распространети. Бездруго мора да се воспостави ред во сообраќајот, дури и со санкции онаму каде не постои сообраќајна култура за почитување на сообраќајните прописи. Но, тоа не треба да биде со нереални мисловни апстракции како во горните случаи, дека немало постапка, а ја немало само зашто сопственикот на возилото не дал податоци и бил казнет, инаку ќе ја имало.

Не е случајно тоа што Судот на заобиколен начин одбил да утврди повреда на правото на молчење и на привилегијата против самоинкриминација, иако по мене постоеле. Во повеќе предмети посочил дека тежината на делото не е основ за да се поткопа ова право, па ако се повикал на јавниот интерес за безбедност на патиштата и за гонење на сторителите, кои неспорно овде биле засегнати, ќе бил принуден во други постапки да одговори зошто тогаш правото на молчење не отстапува пред многу посериозни дела како што се тероризмот, киднапирањата итн. во кои постојат уште посилни јавни интереси.

Сложените решенија секогаш оставаат големи маргини за грешки. А, праксата во врска со привилегијата е премногу сложена, иако на повидок е многу поелегантно решение.

нив. Таквата употреба би го лишила од правото да одреди кои докази сака да ги изнесе пред судечкиот суд и би можело да значи прибегнување кон докази добиени со методи на принуда во спротивност на волјата на обвинетиот.

¹¹⁷⁰ *Hibel v. Sixth Judicial District Court of Nevada*, 542 U.S. 177-179, 186, 189-191 (2004); *Pennsylvania v. Muniz*, 496 US 582 (1990) - во САД при контроли на патиштата полицијата нема обврска да му ги каже Миранда правата на возачот пред да побара од возачот типично биографски податоци, како име, презиме, живеалиште, висина, тежина, боја на очи, година на раѓање, возраст и сл.

Судот во повеќе прилики укажал дека фактичките и правните претпоставки постојат во многу правни системи и дека Конвенцијата во начело не ги забранува сè додека се движат во разумни граници.¹¹⁷¹ Претпоставките се установи кај кои на основа на општото искуство се зема дека постои едно фактичко тврдење, кое непосредно не е докажано како вистинито. Правните претпоставки (предвидени со закон) значат слобода од докажување извесни факти под одредени услови.¹¹⁷²

Треба да се прави разлика помеѓу претпоставена кривична одговорност која би била спротивна на пресумпцијата на невиност (кривична одговорност на сопственикот на возилото) и фактичка претпоставка од поседувањето некаква ствар или предмет и парична одговорност што може да произлезе ако не се собори таквата логичка претпоставка (парична одговорност на сопственик за плаќање казна за прекршок сторен со употреба на негова ствар, пр. возило).

Затоа сметам дека едноставно решение за овој тип прекршоци нуди холандското право.¹¹⁷³ При погрешно паркирање или кај сообраќајните прекршоци за брзо возење кај кои постои електронски доказ од фотоапарат или камера треба да постои соборлива правна претпоставка дека сопственикот како одговорно лице за возилото управувал со него и е парично одговорен за плаќање на прекршочната глоба. Прекршокот да не влегува во никаква казнена евиденција, зашто спротивното може да доведе до повреда на пресумпцијата на невиност. На ваков начин полицијата, обвинителството и судовите ќе се ослободат од голем товар на едноставни но временски изискателни предмети. Ако сопственикот докаже дека тој не управувал со возилото ќе може наместо него друго лице да биде одговорно за плаќање на казната или да ги побарува од него парите пред граѓански суд. Онаму каде имало полиција во близина и постоела реална можност да го запре возилото, па го утврдила идентитетот на возачот, тогаш прекршочна постапка би се водела против конкретниот возач што го сторил прекршокот.

Ако се има во вид логиката во Крумхолц каде судот нашол повреда на чл. 6 ст. 2 од ЕКЧП сметам дека претходното гледиште е оправдано.¹¹⁷⁴

На ваков начин ќе се осигури јавниот интерес за безбедност на патиштата и прекршоците да не останат несанкционирани, нема да претставува товар за судските органи, засегнатото лице кое е одговорно за својот автомобил ќе понесе одговорност ако дозволи друго лице да го користи, нема да се смета за осудувано што е во духот на

¹¹⁷¹ Salabiaku v. France, A. no. 10519/83, 7.10.1988, § 13-14, 26, 28, 30; Krumpholz v. Austria, A. no. 13201/05, 18.3.2010, § 34.

¹¹⁷² Vasiljević, 1971, стр. 295.

¹¹⁷³ Falk v. the Netherlands, A. no. 66273/01, 19.10.2004 - постои законска, соборлива претпоставка на фактот дека регистрираниот сопственик на моторното возило го управувал возилото. Имено, кога прекршокот е направен од регистрирано моторно возило и идентитетот на вистинскиот возач не можел во моментот да се утврди, паричната казна му се изрекува на регистрираниот сопственик на возилото, освен ако покаже дека возило било користено од друго лице против негова волја и дека тој не можел да ја спречи оваа употреба, или дека возилото било комерцијално изнајмено за период не подолг од 3 месеци, или дека во времето на прекршокот веќе го продал возилото на друго лице на кое преминала одговорноста. Глобата не се запишува во кривичната евиденција.

¹¹⁷⁴ Krumpholz v. Austria, A. no. 13201/05, 18.3.2010, § 38-43 - властите не ја искористиле можноста да го казнат апликантот за неоткривање на идентитетот на возачот, туку го осудиле за сообраќајниот прекршок (брзо возење), иако австрискиот закон не содржел претпоставка дека сопственикот на моторното возило треба да се смета за возач освен ако не докаже поинаку, ниту пак утврдувал одговорност на сопственикот за сообраќајни прекршоци извршени со моторното возило. Апликантот не бил во државата кога се случил прекршокот, а властите освен документацијата дека е сопственик и радарскиот запис немале доказ кој потврдува дека тој бил сторителот на прекршокот, што значи осудувајќи го без да имаат докази кои бараат одговор недозволено врз него го пренеле товарот на докажување.

пресумпцијата на невиност, наместо да се подрива правото на молчење како што дозволува праксата на Судот во анализираниите случаи.

Би било лошо кога „правосуден систем, наменет за унапредување на човековите права, може да функционира на задоволителен начин само ако *sub rosa* ги занемари вредностите на кои се темели претпоставката на невиност – принцип која спаѓа во темелните човекови права“.¹¹⁷⁵

Заслужува да се спомене дека ЕСЧП досега не утврдил дали и правно лице има право на молчење, за разлика од Судот на правдата на ЕУ кој е на став дека правните лица немаат апсолутно право на молчење, тие мора да одговараат на прашања за фактите, но не смеат да се принудат да признаат повреда на правото,¹¹⁷⁶ односно правните лица немаат право да одбијат продукција на докази.¹¹⁷⁷

5.2.2. Неповолни заклучоци од молкот на обвинетиот

ЕСЧП во неколку свои предмети посочил дека правото да молчи и да не се инкриминира себеси не е апсолутно право и во тој контекст законските претпоставки или извлекувањето заклучоци од молкот на обвинетиот не се во принцип некомпатибилни со чл. 6. Конкретно во однос на неповолните заклучоци од молчењето треба да се имаат предвид сите околности на случајот, ситуацијата кога може да се извлечат, степенот на принуда својствен за неа и тежината што им ја придаваат националните судови во нивната проценка на доказите.¹¹⁷⁸

Меѓутоа молчењето не значи признавање спорни факти. Оттука, постои опасност, правото да молчи и да не се инкриминира себеси, да се деградира до степен кој не е компатибилен со него, ако се дозволи судот да влече штетни заклучоци за обвинетиот токму поради фактот што го искористил ова право. На таков начин преку инверзија на товарот на докажување ќе се бара обвинетиот да ја докаже сопствената невиност, наместо обвинителството неговата вина, што во крајна линија ја доведува под знак прашање и пресумпцијата на невиност.

Правото на обвинетиот да се смета за невин и да се бара обвинителството да го сноси товарот за докажување на наводите против него е дел од општиот поим за правична расправа.¹¹⁷⁹ Во поротните системи во кои поротата не ги објаснува причините за одлуката, лошото сумирање на предметот од судијата и нецелосното или неправилно дадените насоки во кој случај и како таа може да влече неповолни заклучоци од молчењето на обвинетиот, може да доведе до повреда на правото од чл. 6 ст. 1.¹¹⁸⁰ Затоа, да се бара обвинетиот да даде објаснување, иако владата не била во можност да оформи убедлив случај против него, а притоа молчењето да се употреби против него, претставува недозволено префрлање на товарот на докажување од обвинителството на одбраната и

¹¹⁷⁵ Damaška, 2008b, стр. 28.

¹¹⁷⁶ *Orkem v. Commission*, Case 374/87, ECR 3283, paras 34-35 во Green Paper The Presumption of Innocence, 2006, § 2.5; *Jackson/ Summers*, 2012, стр. 248 сметаат поинаку, дека оваа одлука им признала право против самоинкриминација на правните лица.

¹¹⁷⁷ *Mannesmannröhren-Werke v. Commission*, Case T-112/98, ECR 729, para 65; *Opinion of AG in Case C-301/04 P*, *Commission v. SGL* во Green Paper The Presumption of Innocence, 2006, § 2.6.

¹¹⁷⁸ *John Murray v. the United Kingdom*, A. no. 18731/91, 8.2.1996, § 47, 50-51; *Tirado Ortiz and Lozano Martin v. Spain*, A. nos. 43486/98, 15.6.1999, § 1; *Condrón v. the United Kingdom*, A. no. 35718/97, 2.5.2000, § 56; *Averill v. the United Kingdom*, A. no. 36408/97, 6.6.2000, § 44; *Heaney and McGuinness v. Ireland*, A. no. 34720/97, 21.12.2000, § 47; *Telfner v. Austria*, A. no. 33501/96, 20.3.2001, § 16; *Beckles v. the United Kingdom*, A. no. 44652/98, 8.10.2002, § 59; *Chadwick v. United Kingdom*, A. no. 54109/00, 18.11.2003, § 1; *Weh v. Austria*, A. no. 38544/97, 8.4.2004, § 46; *Krumpholz v. Austria*, A. no. 13201/05, 18.3.2010, § 32.

¹¹⁷⁹ *Laska and Lika v. Albania*, A. nos. 12315/04 and 17605/04, 20.4.2010, § 61.

¹¹⁸⁰ *Condrón v. the United Kingdom*, A. no. 35718/97, 2.5.2000, § 61-68; *Beckles v. the United Kingdom*, A. no. 44652/98, 8.10.2002, § 62-66.

повреда на пресумпцијата на невиност од чл. 6 ст. 2 од ЕКЧП.¹¹⁸¹ *Conditio sine qua non* е обвинителството да претстави *prima facie* случај на кој треба да се одговори,¹¹⁸² зашто би било некомпатибилно со правото на молчење ако осудата се заснова единствено или главно врз молчењето на обвинетиот, одбивањето да одговори на прашањата или самиот да понуди докази.¹¹⁸³

Во *common law* системите, одбраната пред да почне со претставување на своите докази може да побара судот да ја прекине постапката против обвинетиот ако обвинителството не дало сериозни докази за кои е потребен одговор, односно објективно не успеало да изгради случај против обвинетиот кој би барал објаснување од негова страна. Конечно ако претстави, инкриминаричките докази ќе бидат тие што ќе допринесат за осудата, а не негативните заклучоци за молчењето.

Негативните заклучоци не се некомпатибилни ни во континенталните системи во кои судовите вршат слободна оценка на доказите, сè додека тие не се базираат на молчењето *per se*, туку произлегуваат од здраворазумската логика дека кога се имаат во вид фактите што успеало да ги докаже обвинителството единствено разумно објаснување за молчењето е што обвинетиот нема одговор на нив.¹¹⁸⁴ Со други зборови, иако не е оправдано осудата да се заснова исклучиво или главно на молчењето на обвинетиот, на одбивањето да одговори на прашањата или самиот да даде докази, не значи дека молчењето не може да има негативни импликации кога судот ги оценува доказите. Напротив, судот може и смее во ситуации кои јасно бараат објаснување од обвинетиот, неговото молчење да го земе предвид при оценување на убедливоста на доказите изнесени од обвинителството.¹¹⁸⁵

5.2.3. Принципот на самоинкриминација и принудна екстракција на докази

Во основа малата неугодност која бездруго е својствена на методите за добивање биолошки примероци (крв, плунка, ДНК, вагинален брис и сл.) вклучува одредено мешање во приватноста кое сепак е дозволено согласно исклучоците од чл. 8 ст. 2 од ЕКЧП. Погоре видовме, таа не го тангира прашањето за самоинкриминација.

Дали истиот принцип ќе важи при екстракција на примероци кои не се биолошки, а се добиени со повреда на чл. 3 од ЕКЧП?

¹¹⁸¹ *Telfner v. Austria*, A. no. 33501/96, 20.3.2001, § 18, 20 - апликантот бил суден за небрежно загрозување на безбедноста во сообраќајот зашто со возило удрил пешак кој се здобил со лесна повреда. Пешакот го идентификувал возилото кое било во сопственост на мајката на апликантот, но не успеал да забележи дали лицето што го возело било машко или женско, а понекогаш го користела и неговата сестра.

¹¹⁸² *John Murray v. the United Kingdom*, A. no. 18731/91, 8.2.1996, § 51 - обвинителот мора прво да воспостави *prima facie* случај против обвинетиот, т.е. случај кој се состои од директни докази кои, доколку се уверливи и се комбинираат со легитимни заклучоци засновани врз нив, може правилно насочена порота да биде убедена надвор од разумно сомневање дека секој од суштинските елементи на делото се докажани... Прашањето во секој конкретен случај е дали доказите што ги изнело обвинителството се доволно силни за да бараат одговор. Националниот суд не може да заклучи дека обвинетиот е виновен само затоа што избрал да молчи. Само ако доказите против обвинетиот повикуваат на објаснение што обвинетиот треба да биде во позиција да го даде, недавањето какво било појаснување може како прашање на здрав разум да дозволи да се извлече заклучок дека не постои објаснување и дека обвинетиот е виновен. Спротивно на тоа, ако случајот презентира од обвинителството има толку мала доказна вредност што не бара одговор, неуспехот да се даде не може да оправда заклучок за вина; *Condron v. the United Kingdom*, A. no. 35718/97, 2.5.2000, § 56; *Averill v. the United Kingdom*, A. no. 36408/97, 6.6.2000, § 45, 51; *Beckles v. the United Kingdom*, A. no. 44652/98, 8.10.2002, § 58.

¹¹⁸³ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, § 138; Види и *Directive on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence*, 2016/343, § 6 и 7.

¹¹⁸⁴ *Telfner v. Austria*, A. no. 33501/96, 20.3.2001, § 17; *Krumpholz v. Austria*, A.no.13201/05, 18.3.2010, § 32.

¹¹⁸⁵ *John Murray v. the United Kingdom*, A. no. 18731/91, 8.2.1996, § 47.

Бидејќи на Јалох присилно му бил даден еметик за испирање на желудник за да поврати кесичка со дрога, Судот неспорно имал работа со материјален предмет, а не со вербален доказ, па на прв поглед случајот изгледа едноставен.¹¹⁸⁶

Ваков предмет во САД би се решавал низ призма на XIV, не и на V амандман. И јас сметам дека така е правилно. Присилната екстракција на доказ од телото на осомничениот по применетиот метод може да се каже дека е поблиска до претресите отколку со земањето изјави. Претресот има елементи на присила, какви што има и принудата некој да се самоинкриминира. Па, ако треба да направиме градација од подалечни кон поблиски дејствија кај кои подалечните немаат, а поблиските имаат правна врска со привилегијата против себеобвинување, тие би биле 1) претреси на лица, 2) принудна екстракција на биолошки материјал или други материјални докази од телото, 3) присила лицето само да даде материјални докази или документи и 4) принуда да одговора на прашања и да дава изјави.

Дејствијата под „1 и 2“ немаат контактни точки со привилегијата, тоа под „3“ има само при определени услови, додека под „4“ секогаш. Оттука, поприфатливо било Јалох да се реши без повикување на привилегијата. Судот да го имал како изграден став во својата пракса гледиштето од Гефген, тогаш кога го одлучувал Јалох лесно би го решил случајот без да треба да помирува работи кои ценам дека не се помирливи. Впрочем и неговата богата јуриспруденција е на став дека присилното земање крв и сл. не ја тангира привилегијата против самоинкриминација.

Екстракцијата на кесичката со дрога на опишаниот начин е постапување кое иако не достига до нивото на тортура го засега чл. 3. Бидејќи меурот со дрога како секундарен доказ бил добиен со нечовечко или понижувачко постапување и воедно бил единствениот доказ против него, што значи имал директно влијание врз исходот на постапката, требало да биде издвоен.¹¹⁸⁷

Но, со оглед да Јалох го одлучил 4 г. пред Гефген, очигледната неправичност која се случила со прифаќање докази прибавени на таков шокантен и запрепастувачки начин наместо да го реши со взаемно содејство на чл. 3 и 6, го одлучил со повикување на привилегијата против себеобвинување, кое повторувам според мене е погрешно.

¹¹⁸⁶ Jalloh v. Germany, A. no. 54810/00, 11.7.2006, § 3, 11-13, 19-20, 23-27, 82-83, 89, 107-108 - апликантот бил ситен дилер кого полицијата го забележала како во најмалку две прилики извадил ситна кеса од устата и ја предал на друго лице во замена за пари. Верувајќи дека кесичките содржеле дрога, тргнале да го апсат, по што овој проголтал друга што сè уште ја имал во устата. При претресот не нашле дрога кај него, па по наредба од ЈО го однеле во болница за да му дадат еметик. Бидејќи одбил да го земе доброволно, бил држен во неподвижна состојба за кое време доктор насилно му дал солен раствор и сируп за повраќање преку туба што му била внесена во стомакот од носот, а дополнително му вбризгал уште еден еметик. Како резултат на тоа, осомничениот повратил една кесичка со дрога. Ја оспорил употребата на така обезбедените докази, судовите не го прифатиле барањето за издвојување и бил осуден на условна казна затвор од 6 месеци. Во постапката пред ЕСЧП тврдел дека присилното давање еметик со цел да се добијат докази за прекршок за дрога претставува постапување забрането со чл. 3, додека употребата на незаконски прибавениот доказ на неговото судење, кој бил единствен доказ за негова осуда, го прекршила неговото право на правично судење од чл. 6. ЕСЧП оценил дека бил подложен на нечовечко и понижувачко постапување и утврдил повреда на чл. 3, а употребата на таквиот доказ го направило судењето неправично; Ваквата практика која била применувана во повеќе покраини, според доминантното мислење и јуриспруденција се сметала за дозволена. Но, одлуката на ЕСЧП во Јалох и ставил крај на присилната употреба на еметици во Германија - Резнер, 2012, стр. 40-41; Кај нас противник на оваа метода бил Кобе, 1974, стр. 653.

¹¹⁸⁷ Види го ставот во Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 178, 182; El Haski v. Belgium, A. no. 649/08, 25.9.2012, § 85.

Очигледно тогаш сè уште не бил подготвен барем малку да се дистанцира од сопствената догма.¹¹⁸⁸

Имено, бидејќи наркотиците скриени во телото на апликантот и добиени со присилна примена на еметици спаѓаат во категоријата на материјал кој постои независно од волјата на осомничениот, чија употреба генерално не е забранета во кривичната постапка, Судот како и во други ситуации до крајни граници ја усложнил својата пракса.

Утврдил повреда на привилегијата на самоинкриминација сфатена во нејзиното пошироко значење, правејќи паралела со 3 свои случаи,¹¹⁸⁹ па:

а) констатирал дека со администрацијата на еметици биле извлечени материјални докази во спротивност со волјата на жалителот, кое нешто не е спорно. Меѓутоа спорно е што поголема сличност нашол со оспорените мерки во Функе и Ј.Б. кои опфаќаат принудна продукција на документи, наместо со Саундерс кој зборува за телесен материјал добиен со принуда заради форензично испитување.

б) констатирал дека степенот на сила употребен во овој случај значително се разликува од степенот на принуда што вообичаено е потребен за да се добијат типовите на материјал наведени во Саундерс, дека предизвикал патолошка реакција во неговото тело, а постапката не била без ризик за здравјето на апликантот, што исто така не е спорно.¹¹⁹⁰ Меѓутоа никако земањето биолошки траги и материјални докази не може да се поврзе со привилегија која опфаќа вербални изјави со testimонијален карактер, освен ако не го прифатиме проширеното канадско и германско гледиште (*infra* VII 5. и 7.).

в) констатирал и дека доказите во овој случај биле прибавени со постапка која го повредила чл. 3,¹¹⁹¹ што исто така не е спорно.

Меѓутоа, ништо од претходното нема капацитет да го засегне принципот против самоинкриминација, зашто нема никаков умствен ангажман на обвинетиот, имено нема изјава, а нема ни свесна изнудена продукција на документи. Несомнено постоела принуда, само што принудата не е доволна за да се повикаме на повреда на правото на самоинкриминација. Мора да постои изнудена умствена активност, а не може да се каже дека таква активност претставува патолошката реакција на телото.

Сепак, Судот нашол дека било засегнато правото против самоинкриминација и за да испита дали било повредено оценувал четири фактори: 1) природата и степенот на принудата користени за да се добијат докази, 2) тежината на јавниот интерес во истрагата и казнувањето на предметното дело, 3) постоењето релевантни заштитни мерки во постапката и 4) користењето на така добиениот материјал. Констатирал повреда на чл. 6 ст.1 од ЕКЧП, бидејќи употребата на докази добиени со присилна администрација на еметици го прекршило неговото право да не се инкриминира себеси и го направило неговото судење како целина нефер.¹¹⁹²

¹¹⁸⁸ Дека чл. 6 не дефинира никакви правила во врска со прифатливоста на доказите... негова улога не е да одредува, како прашање на принцип, дали одреден вид докази пр. обезбедени на незаконит начин се прифатливи или не.

¹¹⁸⁹ Jalloh v. Germany, A. no. 54810/00, 11.7.2006, § 113-115.

¹¹⁹⁰ Има разлика од тоа да се поднесе мало мешање во физичкиот интегритет при земање материјал произведен од нормалното функционирање на телото (примероци од крв, урина, здив, влакна, глас) со предизвикување патолошка реакција на телото, која не е без ризик по здравјето.

¹¹⁹¹ Процедурата користена во случајот на апликантот е впечатлив контраст со постапките за добивање примерок од крв или алкотест. Постапките од вториот вид, освен во исклучителни околности, не го достигнуваат минималното ниво на сериозност за да го прекршат чл. 3. Покрај тоа, иако претставуваат мешање во правото на осомничениот на почитување на приватниот живот, овие постапки, генерално, се оправдани според чл. 8 ст. 2 како неопходни за спречување на к.д.

¹¹⁹² Jalloh v. Germany, A. no. 54810/00, 11.7.2006, § 116-123 - 1) Постоело значително попречување на физичкиот и менталниот интегритет, бил имобилизиран од 4 полицајци, преку нос му била внесена туба во стомакот и дадени хемиски супстанции за да го принудат да ги предаде бараните докази со патолошка

Ако се гледа изолирано Јалох, може да се изведе заклучок дека одлучувачки докази изнудени со третман кој е нечовечки, понижувачки и спротивен на чл. 3 и употребени за осуда за лесно дело кое не може да оправда прибегнување кон такво сериозно мешање во физичкиот и ментален интегритет на лицето ќе резултираат со неправично судење, и спротивно ако делото е тешко со правично судење. Односно, бидејќи Судот го решил Јалох со повикување на привилегијата, излегува дека принудата е принуда, а повредата на привилегијата против самоинкриминација е повреда само кога е во прашање лесно, а не и тешко дело. За сериозно дело дозволено е отстапување,¹¹⁹³ што ќе признаеме е несреќен заклучок кој логички се наметнува од погрешниот правен резон на судот, кој патем не наоѓа поткрепа во јуриспруденцијата по однос на чл. 6.

Парадоксот е очигледен и неслучајно Гефген го разрешил со дискрециско ексклузивско правило за чија примена веќе не е битна тежината на делото, туку дали доказот кој е одлучувачки е добиен со постапување кое иако не досега размери на тортура го повредува чл. 3.

5.2.4. Деривативни докази откриени со повреда на привилегијата

Прашањето за издвојување на доказите добиени со повреда на правото на молчење и на привилегијата против самоинкриминација било поставено во Гефген. Пред мнение за каква и да било санкција судот во Гефген со право испитувал две прејудициелни прашања, ја анализираше природата на конкретната повреда и степенот до кој истата била искористена за да се дојде до спорните докази.¹¹⁹⁴

Во поглед на директните докази, односно за изјавите добиени со тортура, нечовечко или понижувачко постапување кај Судот нема дилема дека се недопуштени. Нема дилема дека и деривативните докази индиректно добиени со тортура се недозволените,¹¹⁹⁵ но, постои нерешителност кога истите такви докази се добиени како резултат на нечовечко и понижувачко однесување најмногу поради тоа што

„не постои јасен консензус меѓу државите страни во Конвенцијата, судовите на другите држави и други институции за следење на состојбите со човековите права, околу точниот опсег на примена на правилото за исклучување докази“.¹¹⁹⁶

реакција. 2) Јавниот интерес за користење на доказите и за обезбедување на осуда не може да го оправда прибегнувањето кон такво сериозно мешање во физичкиот и ментален интегритет на уличен дилер кој нудел дрога за продажба во релативно мал обем и кој на крајот добил условна казна од шест месеци. 3) Законот пропишувал дека телесни упади мора да се вршат *lege artis* од лекар во болница и само доколку не постои ризик од влошување на здравствената состојба. Иако може да се каже дека домашното право општо предвидувало заштитни мерки против произволна или неправилна употреба на мерката, апликантот, потпирајќи се на своето право да молчи, одбил да се подложи на претходен лекарски преглед. Тој можел да комуницира само на лош англиски јазик, што значело дека е подложен на процедура без целосно испитување на неговата физичка способност да ја издржи. 4) Наркотиците обезбедени по давање еметици биле одлучувачки доказ за осуда за трговија со дрога. На жалителот му била дадена и ја искористил можноста да се спротивстави на употребата на овој доказ при неговото судење. Меѓутоа какво и да е дискреционо право кое можеби националните судови го имаа за да ги исклучат доказите не можеше да влезе во игра, бидејќи тие сметаа дека спорниот третман е одобрен со националното законодавство.

¹¹⁹³ Во литературата со право се тврди дека објаснувањето во Јалох имплицира дека за потешки к.д. или други случаи каде има поголем јавен интерес овие докази би можеле да бидат допуштени - Калајдиев, 2017, стр. 46; Калајдиев/ Арифи/ Маршавелски/ Божиновски, 2018, стр. 24.

¹¹⁹⁴ Се работи за изјава добиена со нечовечко постапување спорно по чл. 3 и постои причинско-последична врска меѓу така добиената изјава и материјалните докази (откривањето на телото, обдукцискиот извештај, трагите од гуми оставени од возилото на подносителот кај езерцето, ранецот и облеката на момчето, машината за пишување на подносителот), односно овие материјални докази биле обезбедени, како директен резултат на распит при кој бил прекршен чл. 3.

¹¹⁹⁵ *Jalloh v. Germany*, A. no. 54810/00, 11.7.2006, § 105.

¹¹⁹⁶ *Gäfgen v. Germany*, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 174.

Иако непостоењето консензус бездруго ја прави потешка одлуката што треба да се донесе, не треба да е пречка. Сепак се работи за ЕСЧП во кој седат судии кои не барале лесна работа и кои веројатно претпоставувале дека некогаш ќе одлучуваат за спорни, гранични и тешки случаи. Токму таквите случаи ја покажуваат големината, стручноста, правните и човечките квалитети на една личност за позицијата што ја има.

Според Судот, забранети се директни докази добиени со повреда на правото на молчење и на привилегијата против самоинкриминација.¹¹⁹⁷

Анализата пак, за деривативните материјални докази добиени со нечовечко постапување и со повреда на привилегијата против себеинкриминација ја почнал укажувајќи 1) на неспорното постоење на конкурентни права и интереси, 2) дека правото од чл. 3 е апсолутно недерогибилно право и 3) државата не може по цена на ова право или правото на правична постапка да обезбедува заштита на другите права од Конвенцијата.¹¹⁹⁸

Но, фактот што чл. 6 не гарантира апсолутно право, Судот сметал дека му дава право и поставува обврска да определи кои мерки ќе се сметаат за неопходни и доволни во кривичните постапки, во врска со доказите што се обезбедуваат како резултат на повреда на чл. 3, со цел, обезбедување ефективна заштита на правата загарантирани со

¹¹⁹⁷ Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 168 - во овој случај не нашол повреда на чл. 6 од други причини, спорните изјави биле издвоени од домашните судови, а новото признание дадено во суд било исчистено од сите претходни дамки; Поинаку Macula, 2019, стр. 54 - според која праксата на судот посочува дека повредата на привилегија може, но не бара задолжително ексклузија.

¹¹⁹⁸ Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 175-177 - 1) Од една страна, исклучувањето на (честопати веродостојни и уверливи) материјални докази во еден кривичен судски процес, ќе оневозможи ефективно процесирање на к.д. Нема сомнение дека жртвите на криминал и нивните семејства, како и јавноста, имаат интерес криминалците да бидат кривично гонети и казнети, а во овој конкретен случај, станува збор за еден многу важен интерес. Исто така, овој случај е посебен, по тоа што спорните материјални докази биле добиени со нелегален метод на испрашување, кој не бил насочен кон постигнување напредок во кривичната истрага, туку заради спречување на к.д. (во превентивни цели), поточно, заради спасување детски живот, а со тоа и заради заштита на едно друго суштинско право (правото на живот) загарантирано со Конвенцијата... Од друга страна, обвинетото лице во кривичната постапка, има право на правично судење, кое може да биде ставено под знак прашалник, доколку домашните судови користат докази, добиени како резултат на кршење на забраната за нечовечко постапување од Членот 3 – забрана, која е едно од клучните и апсолутни права загарантирани со Конвенцијата. За волја на вистината, постои и витален јавен интерес да се заштити интегритетот на судскиот процес, а со тоа и вредностите на цивилизираните општества, кои се темелат на владеење на правото. 2) Истовремено со земањето предвид на интересите во контекстот на Членот 6, Судот не може, а да не го нотира фактот, дека Членот 3 од Конвенцијата гарантира едно апсолутно право. Со фактот дека се работи за апсолутно право, истото не може да се става на вага со други интереси, како што се на пример, сериозноста на делото кое е предмет на истрага или јавниот интерес за постоење на ефективен кривичен прогон, затоа што на тој начин, би се нарушила неговата апсолутна природа... Според мислењето на Судот, ниту заштитата на човековиот живот, ниту обезбедувањето кривична осудителна пресуда, не смее да се добијат по цена на компромитирање на заштитата на апсолутното право да не се биде подложен на малтретирање, кое е забрането со Членот 3, затоа што на тој начин би се жртвувале овие вредности и би се дискредитирало правораздавањето. 3) Во овој контекст, Судот, исто така, го прима на знаење аргументот од Владата, дека таа била обврзана, согласно со Конвенцијата, да го примени кривичното законодавство против еден убиец и на тој начин да го заштити правото на живот. Конвенцијата бара од државите, кои истата ја ратификувале, да го штитат правото на живот... Меѓутоа, Конвенцијата не ги обврзува државите, правото на живот да го штитат однесувајќи се на начин, со кој се крши апсолутната забрана за нечовечко постапување од Членот 3 или на начин, со кој се крши правото на правично судење на секое обвинето лице, согласно со Членот 6... Судот прифаќа дека агентите на државата, во овој случај, дејствувале во тешка и стресна ситуација, обидувајќи се да спасат живот. Тоа меѓутоа не го менува фактот, дека агентите прибавиле материјални докази со кршење на Членот 3. Демократските општества треба да обезбедат почитување на правото на правично судење до највисок можен степен, токму во кривичните предмети каде се запрети најстроги казни.

чл. 6. Заклучил дека правичноста на постапката (чл. 6) и заштитата на апсолутното право (чл. 3), доаѓаат под знак прашалник, само ако повредата на чл. 3 имала влијание врз исходот на постапката против обвинетиот, односно, имала влијание врз неговата осуда или казна.¹¹⁹⁹

Да, заклучам овде судот не нашол повреда на привилегијата против себеинкриминација, ниту продолжено дејство на повредата од чл. 3 со користење на материјалните докази, поради фактот што домашниот суд пресудата ја засновал на:

а) новото целосно признание - дадено од обвинетиот во судот кое само или поткрепено со дополнителни неизвалкани материјални докази ја формирало основата за неговата осуда и казна, а било дадено откако обвинетиот бил информиран за неговото право да молчи и за фактот, дека ни една од изјавите што претходно ги дал во врска со обвиненијата не може да се употреби како доказ против него. Фактот што добил комплетно и целосно упатство значи дека било очистено од претходните флечи, а ситуацијата била вратена *status quo ante*, во која се наоѓала пред повредата на чл. 3.

б) другите независни и неизвалкани докази - тајното следење на полицијата, претресот во станот, сведочењето на сестрата на мртвото момче, текстот на уценувачкото писмо, најдените пари во станот, белешката со план за вршење на делото. За разлика од нив плодовите на првичното признание биле од секундарен карактер кои не биле искористени за да се докаже неговата вина или за одредување на висината на казната, туку да се провери вистинитоста на признание. Од тие причини, може да се каже дека во однос на спорните материјални докази, постои прекин во причинско-последичниот синцир, кој води од забранетите методи на истрага до осудителната пресуда и казната за подносителот.¹²⁰⁰

Во однос на прашањето за издвојување на материјалните (секундарните) докази откриени со повреда на привилегијата против самоинкриминација, Судот останал доследен на својата пракса за реалните докази.¹²⁰¹

5.3. Тајни агенти

Употребата на тајни агенти е легитимна истражна мерка во кривичните истраги. Тие не се *per se* забранети како специјален метод за откривање сторители на тешки к.д.¹²⁰² под услов да постојат соодветни заштитни мерки. И, не само тоа, туку без нив во комбинација со останатите п.и.м. организирани к.д. тешко би можеле да се спречат или откријат. Без нив државата не ќе е во можност да одговори на своите задачи, да ги штити општеството и граѓаните од ваков криминал.

Но, тајните агенти предизвикуваат проблеми во пракса. Едни од нив се к.д. за кои дознаваат во текот на прикриената активност, но не ги спречуваат, потоа тие кои ги вршат за да го зачуваат својот таен идентитет (пр. изнуда, киднапирање и сл.) кој би бил

¹¹⁹⁹ Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 178.

¹²⁰⁰ Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 179-182, 184.

¹²⁰¹ Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010, § 162-164 - дека а) чл. 6 не содржи правила за прашањето на допуштеност на доказите; б) судот не утврдува, како прашање на принцип, дали може да се допуштат одредени типови докази; в) прашањето на кое тој треба да одговори е дали постапката како целина била правична, вклучувајќи го и начинот на кој биле прибавени доказите, а за тоа е битно дали биле испочитувани правата на одбраната и ѝ била дадена можност да ја оспори автентичноста на доказите, да се спротивстави на употребата на истите, а мора да се земе предвид квалитетот на доказите и дали околностите во кои истите биле прибавени фрлаат сомнеж врз веродостојноста или точноста на доказите; Слично и во Jalloh v. Germany, A. no. 54810/00, 11.7.2006, § 96.

¹²⁰² Препорака П (2001) 11, § 19; Eurofinacom v. France, A. no. 58753/00, 7.9.2004; Khudobin v. Russia, A. no. 59696/00, 26.10.2006, § 128; Ramanauskas v. Lithuania, A. no. 74420/01, 5.2.2008, § 35, 50-51; Milinienė v. Lithuania, A. no. 74355/01, 24.6.2008, § 35; Bannikova v. Russia, A. no. 18757/06, 4.11.2010, § 35.

загрозен доколку одбијат наредба од врвот на криминалната организација или уште повеќе да го заштитат сопствениот живот кој сигурно би бил доведен во прашање ако бидат откриени. Но, ова иако битно кривично-правно прашање не е предмет на специфичниот интерес на овој труд.¹²⁰³

Нам од посебен интерес ни е доказната вредност на сознанијата на тајните агенти ако тие не може или не се сака да се сослушаат во кривична постапка. Често пати како оправдување ќе се користи потребата да се заштити нивниот таен идентитет, искористените истражни техники, а сè со цел и во иднина да продолжат да ја извршуваат својата задача која мора да признаеме е посебно битна во борбата со организираниот криминал. Од кривично-процесен аспект постојат неколку специфики во врска со користењето на оваа п.и.м., како што се прашањата: дали за тајните агенти важи општата обврска за поучување на осомничените пред испитување, дали тајните агенти може да се испитаат како сведоци или е доволно само да се прочита од нив подготвениот извештај, полициското поттикнување и правниот лек за тоа.

5.3.1. Тајните агенти и поуките за правата

Кога осомничениот стапува во контакт таен агент, комуницира со полициски службеник кој од него прибира усни информации (што имаат testimонијален карактер) без притоа да биде информиран за своите „Миранда“ права. Оттука, првото прашање е дали тоа ќе биде пречка во идна постапка да се употребат изјавите кои осомничениот сам ги дал. Мојот став е дека во вакви ситуации нелогично би било да се бара агентот на осомничениот да му ги каже неговите права, не зашто на таков начин би се осуетила работата на агентот (кое нешто секако е битно), туку зашто во нивната комуникација нема елементи на принуда. Видовме кога ја анализиравме Миранда, запознавањето на обвинетиот со неговите права е клучно за да се избегне елементот на принуда кој сам по себе постои кога тој се сослушува во притворско опкружување. Но, во комуникација со тајниот агент сторителот не е ранлив туку рамноправен, па таков елемент нема, а од друга страна тој нема загарантирано право државата да не го гони за стореното, односно таа да не се обиде да го открие и докаже неговото дело. Штом доброволно разговара со агентот, непринудено споделува информации, нема никаква правна пречка тие да се користат во идна постапка. Ако агентот сведочи за криминално однесување кое и онака без него би се случило не може да се стави никаква замерка.¹²⁰⁴

¹²⁰³ За нив види повеќе кај Škulić, 2005, стр. 661-690.

¹²⁰⁴ Во однос на ова сличен став зазеле англиските судови. Таков предмет е (Christou and Wright [1992] QB 979) кој инволвирал тајна операција во која агентите организирале лажна фирма што се занимавала со купување и продажба на накит со надеж да дојдат во посед на украдена роба при што разговарале со лицата кои нуделе накит без да им кажат кое е нивното својство - кај Мирфилд, 1997, стр. 149, 208-209 и кај Stone, 1995, стр. 6; Во друг случај (R v Bryce [1992] 95 Cr App Rep 320) истражителот се претставил како купувач на автомобил кој осомничениот го продавал по 10 пати пониска цена. На прашање колку е жежок овој одговорил дека поминале неколку дена од кражбата. Судот заклучил дека постапката на агентот не била преземена заради заобиколување на одредбите за испитување - кај Karas, 2012, стр. 137-138. Карас дополнува дека во Англија нема влијание фактот дали осомничениот претходно се бранел со молчење, односно дали потоа било одобрено прибавување информации преку прикриен истражител; И во Германија агентот нема обврска да даде поука, а кажаното може да се употреби на суд (Weigend, 2019, стр. 80). Но, не смее да се заобиколат гаранциите за поука, на начин што намерно ќе му се „залепи“ доушник на осомничениот заради разјаснување на претходно извршено (не тековно) к.д. За последново Бојлке на стр. 321 посочува предмет од 2007 г. во кој А бил осомничен за убиство на 15-годишно девојче. При сослушувањето го искористил своето право на молчење, а полицијата не располагала со докази против него. Додека бил во затвор за друго дело по нејзин налог со него се спријателил затвореникот Б. По излегувањето А бил згрижен во станот на Б и при еден нивни разговор му ја кажал вистината. Според Судот на правдата однесувањето на државата имало за последица забрана за користење на изјавата - Бојлке, 2009, стр. 96, 320-321; Во Австралија според одлуката на Врховниот суд од 1998 г. ако

Мојот став е на линија на повеќето доктринарни ставови цитирани кај Карас:¹²⁰⁵

„Во обичниот разговор со прикриениот истражител осомничениот нема впечаток дека го води со службеник на органите на власта, нема чувство на подреденост, ни обврска за одговарање... битно подруги се околностите во однос на согласноста за разговор, избор на темата за која ќе се разговара или обемот на одговорите. Прикриениот разговор не го доведува во непријатност, ниту го плаши лицето, а мал е ризикот за невините,¹²⁰⁶ непостоењето на однос на загрозеност како на формалното испитување се докажува со поголемата отвореност на осомничениот во изнесувањето на фактите што потврдува дека улогата на прикриениот истражител го смалува притисокот и стравот кој е присутен на формалните испитувања,¹²⁰⁷ не постои надеж за некакви погодности ако признае,¹²⁰⁸ правилата за испитување се наменети за заштита пред органите на власта кои користат притисок, а такви околности нема кога осомничениот не знае за прикриениот истражител,¹²⁰⁹ поуките за правата не треба да се даваат бидејќи не постои опкружување како при вистинско испитување во службени простории,¹²¹⁰ односно не се работи за ситуација како во службен разговор,¹²¹¹ а гаранциите за правото на молчење и бранител се наменети... за да се отклонат можностите за злоупотреба кога соговорниците не се на изедначено рамниште,¹²¹² што не постои во ситуација кога осомничениот мисли дека разговара со друг сторител,¹²¹³ така што би било апсурдно при ситуација да на осомничениот не му е познат статусот на прикриениот истражител по автоматизам да се применуваат правилата за дејствието испитување“.¹²¹⁴

Овде обвинетиот е во заблуда за вистинската професија на агентот, мисли дека е криминална, а таа всушност е полициска. Но, правото или ЕКЧП не им нудат заштита на обвинетите од нивните сопствени заблуди или индискреција. Битно е тоа што тој слободно комуницира со некој за кого погрешно мисли дека му е брат по криминал. Нема право да се жали на фактот што државата користи легални методи во спречување или откривање на криминалот, тој не може да бара државните агенти да ја свртат главата и да не го набљудуваат за време на незаконско постапување.

Поинаку погледнато ако е дозволено осомничениот со п.и.м. да се прислушува и снимките да се изведат како доказ, дотолку повеќе докажен статус треба да имаат изјавите дадени на прикриениот истражител со кого осомничениот волево разговара и е свесен дека тој може ја пренесе содржината од разговорот на трето лице.¹²¹⁵

Во суштина извидите и истрагата не бараат толку ферплеј колку што бара судската расправа. Да, треба да се спречи да не дојде до уништување на сржта на правото на осомничениот, но не треба да му се дадат привилегии со кои тој би го прикрил делото и би ја избегнал одговорноста (користам термин привилегии а не права, зашто нема такво право кое гарантира дека нема да одговара за своето дело).

осомничениот се бранел со молчење употребата на прикриен истражител заради добивање информации од него е дозволена за тешко дело (убиство), но не и за лесно дело (подметнување пожар). Осомничениот за пожарот после 2 г. бил осомничен за трговија со дрога. Судот сметал дека немало ништо неправилно во постапките на агентот во врска со истрагата за дрога, но ги пречекорил границите на дозволеното кога намерно барал информации за порано стореното лесно дело - Karas, 2012, стр. 139.

¹²⁰⁵ Karas, 2012, стр. 144-145.

¹²⁰⁶ Alschuler, Albert W., Constraint and Confession, Denver University Law Review, vol. 74, 1997, билј. 91.

¹²⁰⁷ Stuntz, William J., Miranda's Irrelevance: Miranda's Mistake, Michigan Law Review, vol. 99, стр. 980 и билј. 16.

¹²⁰⁸ Gudjonsson, Gisli H., The psychology of interrogations and confessions, u: Williamson, Tom (ur.), Investigative Interviewing, Willan, Devon, 2006, стр. 576.

¹²⁰⁹ Archbold, John F., Criminal Pleading, Evidence and Practice, Sweet and Maxwell, London, 1997, стр. 1478.

¹²¹⁰ Beulke, Werner, Strafprozeßrecht, Müller, Heidelberg, 2000., стр. 237; Слично и Vahle, Jürgen, Verdeckte Ermittlungen der Polizei zur Strafverfolgung und Gefahrenabwehr, Kriminalistik, vol. 60, br. 10/2006, стр. 641.

¹²¹¹ LaFave, Wayne R. i dr., Criminal procedure, Thomson West, St. Paul, 2009, стр. 406.

¹²¹² Keane, Adrian, The Modern Law of Evidence, Butterworths, London, 2000, стр. 68.

¹²¹³ Kamisar, Yale, Brewer v. Williams, Massiah and Miranda: What is "Interrogation"? When Does it Matter?, Georgia Law Journal, vol. 67, god. 1978.

¹²¹⁴ Mirfield, Peter, Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence, Oxford University Press, Oxford, 2003, стр. 149.

¹²¹⁵ Karas, 2012, стр. 148.

Романтичните и интимните односи како метод на прикриено истражување се особено спорни, бидејќи осетно ја намалуваат слободата на избор и одлучување на осомничениот. Како пример за ова често во литературата се споменува истрагата за убиството на Рејчел Никел кога агентката по налог на полицијата се зближила со осомничениот за убиството и од кого за време на романтичната врска успеала да извлече неповолни изјави.¹²¹⁶ Англискиот суд не го прифатил нејзиното сведочење при што се повикал на чл. 78 од ЗПКД која одлука се покажало сосема правилна, зашто во 2008 г. бил откриен вистинскиот сторител на делото.

5.3.2. Тајните агенти како сведоци

Агентот може да сведочи за она што го чул, видел, додека имал соработка со обвинетиот со примена на потребните мерки за заштита на овој вид сведоци.

Сепак, бидејќи нивната положба е поразлична од онаа на незаинтересиран сведок или жртва, зашто имаат обврска за послушност кон надредените и обично имаат врски со обвинителството, кон нивна употреба како анонимни сведоци треба да се прибегне само во исклучителни околности.¹²¹⁷

Слично е и кога како сведоци се сослушуваат затвореници на кои осомничениот/обвинетиот им се доверил во заедничката ќелија. Битно е тој изјавата да ја дал доброволно, да не бил намамен или присилен да зборува, а одбраната да има можност вкрстено да го испита сведокот, односно ако се изведува материјална снимка од нивен разговор да може да ја оспори употребата и автентичноста на таквиот доказ.¹²¹⁸

Ваквиот вид усни информации добиени од обвинетиот не се ништо поразлични од оние стекнати со п.и.м. како што е прислушувањето. За сите нив е битно да биле судски наложени и обвинетиот да има можност во судска постапка да ја оспори нивната кредибилност и автентичност, односно не може да се забрани *in abstracto* нивна употреба во судска постапка.

5.3.3. Полициско поттикнување

Употребата на тајните агенти е дозволена сè додека агентот пасивно ја истражува криминалната активност, без да провоцира криминално однесување кај обвинетиот, односно без тој да влијае на начин што ќе побуди желба и ќе го поттикне обвинетиот да стори к.д.

Или поинаку кажано, за разлика од пасивното истражување кое е легитимна истражна техника, наведувањето не е дозволено и по правило води до повреда на чл. 6 ст. 1.¹²¹⁹ Ова е така бидејќи задача на државата е да ги спречува к.д., а не да ги поттикнува или предизвикува.¹²²⁰

Така на пример нема наведување ако полицијата стапи во контакт со осомничен како што тоа би го сторил секој обичен клиент и кога одлучувачки фактор при извршувањето на к.д. било неговото волево однесување, а не незаконитото или произволно постапување на полицијата.¹²²¹ Но, недозволиво е полицијата да ги

¹²¹⁶ Karas, 2012, стр. 153-154.

¹²¹⁷ Bátěk and Others v. the Czech Republic, A. no. 54146/09, 12.1.2017, § 46.

¹²¹⁸ Allan v. the United Kingdom, A. no. 48539, 5.11.2002, § 43.

¹²¹⁹ Khudobin v. Russia, A. no. 59696/00, 26.10.2006, § 137; Constantin and Stoian v. Romania, A. nos. 23782/06 and 46629/06, 29.9.2009, § 54-55, 64; Furcht v. Germany, A. no. 54648/09, 23.10.2014, § 48.

¹²²⁰ Резнер, 2012, стр. 61.

¹²²¹ Volkov and Adamskiy v. Russia, A. nos. 7614/9 and 30863/10, 26.3.2015 во Билтен на ЕСЧП, Макавеј, 2016а, стр.21-22 - обвинетите спонтано презеле нелицензиран софтвер, а потоа го инсталирале на компјутерите на тајните агенти, без какво и да било незаконито поттикнување од страна на полицијата, потоа отворено ги информирале полициските службеници дека софтверот бил фалсификат и дека би било

експлоатира слабостите на човековата природа и да создава потенцијал за сторување некое дело, како на пр. оставање паричник во парк со идеја да ги фатат лицата кои ќе го земат за себе.¹²²²

Што ако дојде до последново? Има разлика помеѓу таен агент кој пасивно собира информации и агент провокатор кој провоцира, поттикнува друг да изврши к.д. Ако од гледна точна на правдата во начело нема проблем да се искористат докази обезбедени од првите, секако дека има кај овие вторите.

Што ако агентот создаде кај обвинетиот криминална намера која не постоела претходно, па овој така подбунат стори к.д. Дали во ваков случај 1) ќе постои злоупотреба на постапката (abuse of process) која ќе доведе до прекин на кривичното гонење на обвинетиот и отфрлање на сите обвиненија против него, 2) треба да се забрани употреба на изјавите од обвинетиот или тајниот агент во последователна постапка, или 3) само ќе влијае врз висината на казната ако има осуда. Ова не се едноставни прашања за кои може да се даде прост одговор, туку вклучуваат сериозни дилеми за начинот на кој државата ги користи сопствените ресурси во борбата против или за потхранување на криминалот. Одговорот ќе го дадам подолу (infra VI 5.3.5.).

5.3.4. Писмени извештаи како замена за усно сведочење

Што доколку агентот не сведочи, туку се сака во постапката против обвинетиот да бидат употребени негови писмени извештаи? Ваков предмет во кој низ призма на правичноста, анализираше постапка против обвинет за кого биле употребени информации добиени од таен агент, ЕСЧП разгледувал во 1992 г. и утврдил повреда на чл. 6 ст. 3 г. во врска со чл. 6 ст. 1 од ЕКЧП.

Таму Судот извел неколку клучни заклучоци како: а) иако не бил сослушан пред суд, тајниот агент се сметал за сведок, б) неговите писмени изјави, иако не биле единствените докази, одиграле улога во утврдување на фактите, кои довеле до осудителна пресуда, в) домашните судови одбиле да го повикаат тајниот агент да сведочи, со објаснување дека мора да се сочува неговата анонимност, иако неговиот физички изглед веќе му бил познат на обвинетиот (зашто имал можност да се сретне со него во пет прилики), г) обвинетиот и неговиот адвокат, во ниту еден момент во текот на постапката не добиле можност да го испитаат агентот и да се обидат да го оспорат неговиот кредибилитет, д) што сè заедно довело до тоа правата на одбраната да бидат ограничени до степен, кој значи дека обвинетиот немал фер и правично судење.¹²²³

Во основа ускратување докази од одбраната заради заштита на полициски извор автоматски не води кон повреда на чл. 6 ст. 1, само под услов постапките кои ги следат судските власти да претставуваат доволна противтежа преку соодветни заштитни мерки на ограничувања наметнати на одбраната.¹²²⁴

многу поскапо да се инсталира лиценциран; ВРСМ во два наши предмети правилно го одбил приговорот на одбраната дека имало полициско поттикнување. Квп.Кок2.бр.1/2019 од 25.12.2019 г. - осудените најпрво неовластено ја набавиле, а потоа ја транспортирале наркотичната дрога до домот на осудениот... каде дрогата била чувана заради натамошна продажба. Потоа нивната комуникација, како и околноста дека имале договорен купувач за истата... се факти и околности кои упатуваат на заклучокот дека кај осудените уште пред да стапат во контакт со сведокот... била формирана волја и одлука за сторување на к.д.; Квп2.бр.65/2016 г. од 19.6.2019 г. - фактот што заштитениот сведок прв му пришол на првоосудениот не значи дека презел дејствие на поттикнување, ако се има предвид содржината на нивната комуникација во рамките на која првоосудениот самиот му понудил на заштитениот сведок наркотична дрога на продажба.¹²²² Aldea, 2017, стр. 159.

¹²²³ Lüdi v. Switzerland, A. 12433/86, 15.6.1992, § 44, 47-50.

¹²²⁴ Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, § 145.

Ако навистина се утврди повреда на правото на правична постапка поради фактот што одбраната не била во можност во една контрадикторна постапка да го испита агентот, да го оспори неговиот кредибилитет и веродостојноста на неговите извештаи, сметам дека таа би можела да се исправи само со враќање на постапката во фаза во која одбраната ќе може вкрстено да го испраша. Во спротивно неговите извештаи не треба да се користат во доказни цели. Инаку, нема никаков правен проблем ако се употребат во оперативни (истражни) цели,¹²²⁵ за државата да стекне сознанија за идентитетот на можните сведоци против обвинетиот, локациите каде преку законски претреси би биле најдени и одземени материјални докази и сл.

Во тој контекст не е забрането ни користење на анонимни информатори како извор на информации за истражни цели. Но, нивната употреба во судски постапки и засновање на пресудите врз нив, ќе е прифатливо само доколку постојат соодветни и доволни заштитни мерки против евентуална злоупотреба, а особено јасна и предвидлива постапка за нивно одобрување, спроведување и надзор врз реализацијата на конкретните истражни мерки.¹²²⁶ Притоа потребна е особена претпазливост кога информациите ги дал полициски соработник или информатор, а не приватно лице кое нема посебни врски со неа.¹²²⁷ Во таков случај треба внимателно да се испита дали к.д. веќе било во тек во времето кога изворот почнал да соработува со полицијата (пр. службено лице прво побарало поткуп од приватно лице кое потоа се обратило за помош во полиција) или соработникот е тој којшто го поттикнал делото (пр. по налог на полиција побарал да купи наркотици од трето лице). Разликата е суштинска, зашто во првиот случај полицијата има обврска да дејствува, да превенира сторување к.д., а во вториот сама го создава делото.

Во суштина иако не претставува проблем користењето информации од информатори во полициска истрага, Судот свесен за опасностите поврзани со нив не прифаќа осуди засновани единствено или во претежна мера на вакви докази.¹²²⁸

5.3.5. Правен лек за полициското поттикнување

Судовите секогаш мора да ги испитаат наводите за полициско поттикнување. Дури ни признанието на вина не ги ослободува од оваа обврска.¹²²⁹

Што кога ќе констатираат наведување?

Status quo ante не бара запирање на постапката против обвинетиот и отфрлање на сите обвиненија против него, зашто така би се нашол во повластена позиција да не одговара за нешто што го сторил и за кое има доволно други докази. Некој може да забележи, ослободувањето сторител на к.д. би го довело во прашање интегритетот на судството, па затоа единствено треба да се исправат оние пропусти кои го подриваат легитимитетот на државната борба со криминалот.

¹²²⁵ Слично и *Teixeira de Castro v. Portugal*, 44/1997/828/1034, 9.6.1998, § 35.

¹²²⁶ *Ramanauskas v. Lithuania*, A. no. 74420/01, 5.2.2008, § 53; *Veselov and Others v. Russia*, A. nos. 23200/10, 24009/07 and 556/10, 2.10.2012, § 89; Според Комитетот за човекови права на ОН употреба на изјава од анонимен сведок на судење се смета за недозволена бидејќи би значела повреда на правото на обвинетиот да ги сослуша или да бидат сослушани сведоците против него - *Lawyers*, 2000, стр. 19; Во САД може да се сослуша сведок по слушање, но никогаш како анонимен сведок. Таму исказ на анонимен сведок не може да се користи во судска постапка. За разлика од САД во Англија дозволена е анонимизација на сведокот ако судот се увери дека сведокот е важен и е во опасност, откако испитал дека не постојат причини за негова пристрасност и само ако биде уверен дека со анонимното сведочење на одбраната нема да ѝ биде нанесена непримерна штета - *Damaška*, 2001, стр. 75-76.

¹²²⁷ *Veselov and Others v. Russia*, A. nos. 23200/10, 24009/07 and 556/10, 2.10.2012, § 91.

¹²²⁸ *Trechsel*, 2005, стр. 316-317.

¹²²⁹ *Bannikova v. Russia*, A. no. 18757/06, 4.11.2010, § 60.

Ситуацијата со поттикнувањето не е толку едноставна, зашто не може да се тврди дека е законито и легитимно прво да подбуцнеш некој кој немал намера да стори дело, а потоа да го казниш. Во таква ситуација државата наместо да превенира и штити од к.д., нив ги создава и тука нема ништо праведно. Во овие предмети често проблемот ќе е повеќе во целата операција како била обмислена, дозволена или спроведена отколку можеби во самата судска постапка. Тука се и тешкотиите во докажувањето, бидејќи поттикнувањето не се претпоставува, напротив претпоставка е дека државата и нејзините органи постапуваат правилно.

„Додека порастот на организираниот криминал несомнено бара да се преземат соодветни мерки, правото на правично спроведување на правдата сепак има такво истакнато место... што не може да се жртвува во корист на нужноста. Општите барања за правичност отелотворени во член 6 се применуваат на постапки кои се однесуваат на сите видови к.д., од оние наједноставните до оние најкомплексните“.¹²³⁰

Вака гледано, барањата за правично судење натежнуваат и спречуваат јавниот интерес во борбата против криминалот да оправда употреба на докази добиени како резултат на полициско поттикнување, бидејќи тоа би го изложило обвинетиот на ризик од самиот почеток да биде дефинитивно лишен од правично судење.¹²³¹ Или како што пишал Ешворт „правичноста не може да биде жртвувана на јавниот интерес“.¹²³² Тоа е на иста линија со препораката на Комитетот на министри на СЕ, секој одговор на криминалот да биде потврда на основните принципи на демократските држави преку владеењето на правото и почитувањето на човековите права, при што без оглед на сериозноста на состојбите во општеството во однос на криминалот, не се допуштени мерки кои имаат за цел да се справат со таквата состојба, а кои не ги земаат предвид демократските вредности, човековите права и владеењето на правото.¹²³³

Во друг предмет Судот иако ја отфрлил апликацијата, не исклучил во начело, дека употреба на докази прибавени со замка од страна на приватно лице може да ја направи постапката неправедна.¹²³⁴ Ова подразбира дека хоризонталното дејство во вакви случаи може да не е валидна одбрана за државите, за разлика од предметите со нелегални снимки направени од приватни лица.

Во овој поглед може да се направи паралела помеѓу забраната за поттикнување и забраната за тортура, бидејќи и кај двете Судот ставил апсолутна ограда за употреба на доказите прибавени со таков недозволен начин. Овој став навидум кристално јасен, треба да се доработи.

Како пример ќе ги земам повредите од чл. 3. Таму ситуацијата е појасна, обично имаме изјава добиена на недозволен начин и останати докази откриени благодарение на спорната изјава. Судот дал јасни насоки како да се постапи и со изворните и со секундарните докази.

¹²³⁰ Teixeira de Castro v. Portugal, 44/1997/828/1034, 9.6.1998, § 36; Furcht v. Germany, A. no. 54648/09, 23.10.2014, § 47.

¹²³¹ Teixeira de Castro v. Portugal, 44/1997/828/1034, 9.6.1998, § 36; Edwards and Lewis v. the United Kingdom, Applications nos. 39647/98 and 40461/98, 22.7.2003, § 49; Eurofinacom v. France, A. no. 58753/00, 7.9.2004; V. v. Finland, A. no. 40412/98, 24.4.2007, § 69; Ramanauskas v. Lithuania, A. no. 74420/01, 5.2.2008, § 48, 54; Malininas v. Lithuania, A. no. 10071/04, 1.7.2008, § 34; Gorgievski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 18002/02, 16.7.2009, § 48; Bannikova v. Russia, A. no. 18757/06, 4.11.2010, § 34; Veselov and Others v. Russia, A. nos. 23200/10, 24009/07 and 556/10, 2.10.2012, § 89; Morari v. the Republic of Moldova, A. no. 65311/09, 8.3.2016, § 30, 33 - прифаќањето на некои докази може да го направи судењето неправедно. Утврдено е дека таков е случајот, на пример... со докази добиени по пат на полициско поттикнување или намување... кога обвинетиот тврдел дека бил поттикнат да изврши к.д., кривичните судови мора внимателно да го испитаат материјалот во досието, бидејќи за судењето да биде правично во смисла на чл. 6 ст. 1 од Конвенцијата, сите докази добиени како резултат на полициско наведување мора да се издвојат.

¹²³² Ashworth, 2002, стр. 150.

¹²³³ Препорака П (1996) 8, § 1-2.

¹²³⁴ Shannon v. the United Kingdom (dec.), A. no. 67537/01, 6.4.2004.

Но, што е оригинерен, а што деривативен доказ кај поттикнувањето? Обично обвинетиот ќе биде фатен *in flagranti* или ќе има непосредни докази за неговото недело, како видео или аудио снимки, очевидци (тајниот агент или соработникот). Посредни би биле најдените обележани банкноти (кај поткупот), наркотичните средства (кај продажбата на наркотици) и сл. Дали сентенцата „јавниот интерес не може да го оправда користењето докази добиени како резултат на полициско поттикнување“ бара издвојување на сите докази или само на дел.

Во еден предмет во кој апликантот се жалел што во постапката против него биле употребени докази обезбедени со полициско поттикнување и сметал дека било повредено неговото право на фер и правично судење, Судот го задржал гледиштето дека не може да се оправда употребата на докази, обезбедени како резултат на полициско наведување или поттикнување, па бара

„За едно судење да биде фер и правично, во смисла на Членот 6 став 1 од Конвенцијата, мора да се отфрлат сите докази, обезбедени како резултат на полициско поттикнување“.¹²³⁵

Кога зборува сите, очигледно не прави разлика во однос на вербалните или материјалните докази, оригинерните или деривативните, туку ги вклучува сите нив.

Бидејќи во суштина сè е резултат на полициското поттикнување, сè ќе треба да се издвои. Ако е така, без докази нема обвинение, без обвинение нема постапка и тогаш најдобро е да се прифати решение со запирање на постапката поради злоупотреба на процесот (*abuse of process*). Судот претпазливо ги бира зборовите во одлуките и во ниедна нема таков изразен став, иако некаде како срамежливо да се насетува.

Во некои одлуки по јасната критика заради употребата на спорните докази сентенцата продолжува „бидејќи тоа би го изложило обвинетиот на ризик од самиот почеток да биде дефинитивно лишен од правично судење“.¹²³⁶ Или како пример да ги земам формулациите употребени во друг предмет кои сè уште посилен „списите во предметот укажуваат дека подносителот немало да биде затворен, доколку двајцата полициски службеници не постапеле, онака како што постапиле“.¹²³⁷

Зошто сметам дека овие одлуки како срамежливо да заговараат запирање на постапката при дејствија на тајните агенти што се надвор од моралот и правото?

Ако апликантот уште од самиот почеток бил дефинитивно лишен од правично судење, ако притворањето било директен резултат на употребата на доказите, кои биле некомпатибилни со чл. 6 и ако списите во предметот укажуваат дека тој немало да биде затворен, доколку полициските службеници не постапеле, онака како што постапиле, тогаш ваквото гледиште не може да се помири со ништо друго освен со најсилното профилактивно средство, а тоа е запирање на постапката. Како инаку би се конвалидирало, би се исчистило нешто кое од основата е гнило.

Има и поинакви гледишта. Тие поаѓаат од позицијата дека штом е казниво дејството на провокаторот (на тајниот иследник кој постапил како агент провокатор и некогаш поттикнувал да стори к.д.), мора да е казниво дејствието на поттикнутиот кој се обидел или извршил к.д., со самото тоа што законот не предвидува посебно издвојување

¹²³⁵ *Ramanauskas v. Lithuania*, A. no. 74420/01, 5.2.2008, § 60.

¹²³⁶ *Eurofinacom v. France*, A. no. 58753/00, 7.9.2004; *Ramanauskas v. Lithuania*, A. no. 74420/01, 5.2.2008, § 48, 54; *Bannikova v. Russia*, A. no. 18757/06, 4.11.2010, § 34; *Furcht v. Germany*, A. no. 54648/09, 23.10.2014, § 47.

¹²³⁷ *Teixeira de Castro v. Portugal*, 44/1997/828/1034, 9.6.1998, § 38-39, 48-49 - судот заклучува дека постапките на двајцата полициски службеници истапиле од рамките на дејствувањето што би било прифатливо за тајните агенти затоа што тие го поттикнувале извршувањето на делото и ништо не укажува на тоа дека без нивна интервенција тоа би било извршено. Таа интервенција и нејзината употреба во оспорената кривична постапка значат дека уште од самиот почеток, апликантот бил дефинитивно лишен од правично судење. Следствено, има повреда на член 6 § 1.

на записниците и доказите прибавени на таков начин.¹²³⁸ Околу издвојувањето битни се три работи. Прво, законите вообичаено познаваат општа одредба за ексклузија на доказите, така што не игра посебна улога фактот што нема специјална само за доказите на агент провокаторот. Второ, доказите не може да се издвојат во однос на агент провокаторот како што не можат да се издвојат ни против мачителот. Но, во однос на поттикнатиот прашање на принцип е кој став ќе превагне, дали тој за издвојување или оној за вклучување вакви докази.

Мора да се признае дека на прв поглед анализата на некои од одлуките кои ја тангираат оваа проблематика како да покажува дека праксата на судот во однос на доказите прибавени со недозволено наведување не е докрај конзистентна и остава простор за правна несигурност зашто дозволува различни решенија за справување со оваа повреда. Имено, ваков заклучок произлегува од друг сет одлуки во кои Судот укажал дека неговата функција според чл. 6 ст. 1 не е да утврди дали одредени докази се прибавени незаконски, туку да испита дали таквата незаконитост резултирала со повреда на друго право заштитено со Конвенцијата или дали постапката во целина била правична, за ако најде повреда да досуди нематеријална штета.¹²³⁹ За волја на вистината апликантите во овие 2 случаи не ни побарале ексклузија на доказите, но, тоа не требало да е пречка Судот да укаже која е најсоодветната форма за поправање на повредата, запирање на постапката (кога и во кои случаи), ексклузија на доказите (кои докази) или само надоместување на штетата (во какви ситуации). Добро е тоа што во поновите предмети, јасно зборува за повторување на постапката

„е на став дека, кога поединец, како во конкретниот случај, е осуден од суд во постапка што не го исполнила условот на Конвенцијата за правичност, повторно судење или повторно отворање на случајот, доколку се бара... начелно претставува соодветен начин за отстранување на повредата“.¹²⁴⁰

и конечно, за ексклузија на доказите

„Судот во својата добро утврдена судска пракса за случаите на полициско поттикнување со кои се повредува чл. 6 ст. 1 повторува дека јавниот интерес во борбата против тешките к.д. како што е криумчарењето наркотици не може да оправда употреба на докази прибавени како резултат на полициско поттикнување... Да би било судењето правично во смисла на чл. 6 ст. 1 од Конвенцијата, сите докази прибавени врз база на полициско поттикнување мора да се издвојат или мора да се примени постапка со слични последици“.¹²⁴¹

Во вакви случаи домашните судови ќе имаат обврска да утврдат евентуално постоење на наведување, но ако потврдат такво нешто нивната слободата завршува тука, бидејќи за да има фер судење доказите обезбедени со полициско поттикнување мора да се издвојат.¹²⁴²

¹²³⁸ Jovančević, 2006, стр. 1063 (пишува за Србија).

¹²³⁹ Vanyan v. Russia, A. no. 53203/99, 15.12.2005, § 45, 47, 49-50, 77 - полицијата го поттикнала делото... интервенцијата на полицијата и употребата на добиените докази во кривичната постапка против апликантот непоправливо ја нарушила правичноста на судењето. Според тоа, има повреда на чл. 6 ст. 1 од Конвенцијата... Судот... смета дека апликантот неспорно претрпел нематеријална штета, која не може да се надомести само со констатација на повреда; Constantin and Stoian v. Romania, A. nos. 23782/06 and 46629/06, 29.9.2009, § 54, 71.

¹²⁴⁰ Malininas v. Lithuania, A.no.10071/04, 1.7.2008, §3,36-39,43; L alas v. Lithuania, A.no.13109/04, 1.3.2011, § 3, 26, 46-48, 53; Veselov and Others v. Russia, A. nos. 23200/10, 24009/07 and 556/10, 2.10.2012, § 134.

¹²⁴¹ Furcht v. Germany, A. no. 54648/09, 23.10.2014, § 64.

¹²⁴² Khudobin v. Russia, A. no. 59696/00, 26.10.2006, § 133; Morari v. the Republic of Moldova, A. no. 65311/09, 8.3.2016, § 30, 33 - за судењето да биде правично во смисла на чл. 6 ст. 1 од ЕКЧП, сите докази добиени како резултат на полициско наведување мора да се издвојат; За споредба во САД постои тест од два чекори, прво, се испитува дали к.д. било испровоцирано од агент на владата и второ, дали обвинетиот бил предиспониран да стори такво дело, во смисла дали претходно бил сторител на такви дела, дали имало спремност и решеност кај него, а само чекал да му се пружи прилика - LaFave/ Israel, 1992, стр. 280; Во Нов Зеланд однесувањето на агент-провокакторот кој го охрабрувал и поттикнувал обвинетиот да набави наркотици било оценето како некоректно, па неговиот исказ не бил прифатен како доказ. Судот не ја

Не може наместо тоа како мерка осетно да се редуцира казната.¹²⁴³ Ова е класично ексклузивно правило дефинирано од судот. Меѓутоа, имајќи предвид од натамошниот текст на одлуката, дека за ЕСЧП се чини прифатливо значителното ублажување на казната, а како пропуст на германските судови го зел фактот што точното смалување на казната не било јасно утврдено во одлуките, а со тоа ни видливо ни мерливо,¹²⁴⁴ има простор да се верува дека во иднина би можел да ја прилагоди својата пракса и да дозволи примена и на ваков правен лек кај полициското поттикнување, доколку ублажувањето на казната е значително, јасно прецизирано, видливо и мерливо.

За крај, да предочам дека во ваквите ситуации постои двоен *onus probandi*. Прво обвинетиот со степен на веројатност, најмногу до претежност како што е во граѓанските предмети, треба да изнесе аргументирано тврдење за поттикнување, односно да покаже дека неговото тврдење не е целосно неверојатно, а потоа товарот преминува на обвинителството кое мора надвор од разумен сомнеж да докаже дека немало наведување. Ако тоа не успее, задача на судските власти е да ја утврдат вистината по однос на ова прашање, без која не смее да има осуда. Дури ни подоцнежното признание за сторено дело како резултат на поттикнување, не може да ги искорени ефектите од него, односно со други зборови судењето не може да се смета за фер и правично.¹²⁴⁵

5.4. Сведоци

Сведок може да биде лице кое било оштетено со к.д., но и неутрално што едноставно знае битни информации за расветлување на кривичниот настан. Проблем за правата на одбраната може да се јави во оние ситуации кога сведокот дал изјава пред судењето која потоа се користи во судска постапка. Најчесто тоа се ситуации кога сведокот починал или е недостапен па не може повторно да биде испитан (објективна пречка) или кога поради страв и други околности не сака да даде изјава пред суд (субјективна пречка). Во вакви ситуации судот може да дознае за содржината на неговата изјава ако била снимена, забележана во писмена форма или преку сведоци на кои отсутниот им се доверил.

Стремежот да се открие и казни сторителот на делото налага да се прифати ваквата можност, додека барањата за заштита на правата на обвинетиот токму спротивното, зашто одбраната не ќе има можност со прашања да ја тестира вистинитоста на она што сведокот го изјавил.

Со ваквите докази може да се постапи на различни начини. Еден од нив е *ex lege* да се наложи на судовите, без разгледување на посебностите на случајот да ги

третираше активноста на полицијата како основ за исклучување на одговорноста, туку како околност што има доказно значење - Milovanović, 1989, стр. 46 (R. v. Pethig, New Zealand law review, 1/1977, стр. 448); Во Англија полициската замка не се смета како валидна одбрана - Milovanović, 1989, стр. 34-35, Stone, 1995, стр. 2 и Но, 2019b, стр. 293.

¹²⁴³ Furcht v. Germany, A. no. 54648/09, 23.10.2014, § 64, 68-69 - при утврдувањето дали може значајното ублажување на казната да се смета како доволен надоместок за повредата на чл. 6 ст. 1 Судот го констатира следново. Спрема добро утврдената судска пракса... со чл. 6 ст. 1 од ЕКЧП не е дозволена употреба на докази прибавени со полициско поттикнување. За да биде правично судењето во смисла на оваа одредба, сите докази прибавени како резултат на полициско поттикнување мора да се издвојат или мора да се примени постапка со слични последици... Имајќи ја во вид таквата судска пракса мора да се заклучи дека секоја мерка со која таквите докази не се издвојуваат на судењето или доведува до слични последици исто така мора да се смета недоволна за соодветна надомест на повредата на чл. 6 ст. 1.

¹²⁴⁴ Furcht v. Germany, A. no. 54648/09, 23.10.2014, § 70.

¹²⁴⁵ Ramanauskas v. Lithuania, A. no. 74420/01, 5.2.2008, § 70, 72-73; Morari v. the Republic of Moldova, A. no. 65311/09, 8.3.2016, § 34-35; Во некои држави во САД постои слична распределба на товарот на докажување, додека во некои тој е на страна на обвинетиот - LaFave/ Israel, 1992, стр. 285-286.

издвојуваат изјавите од отсутните сведоци. Во контекст на ова би укажал дека апстрактно правило за ексклузија може да доведе до арбитражно исклучување уверливи докази, но исто такво правило за инклузија до вклучување прејудиирачки изјави. Правичноста како стандард би требало да може овој проблем казуистички да го разреши.

ЕКЧП во чл. 6 ст. 3 г. како општо правило бара на обвинетиот да му се овозможи самиот да ги сослуша или да бара сослушување на сведоците на обвинението. Ако ова се сфати како задолжителна обврска за државите, тогаш тие не смее во националните кривични постапки да дозволат сведоци по слушање или читање изјави од недостапни сведоци. Но, како што кажав така сфатено правилото би доведувало до арбитражно исклучување некогаш битни докази, што секако не ќе е во интерес на правдата. Оттука прашањето е како да се најде еден среден пат и решение кое нема да ја наруши легитимноста без да ја компромитира правичноста на судскиот процес.

ЕСЧП расправал и дал насоки за вакви ситуации. Тречсел смета дека правото на испитување на сведоците е релативна гаранција, а голиот факт што обвинетиот не добил можност да го испраша сведокот или и покрај неговото барање тој не бил повикан, не треба сам по себе да ја направи постапката неправична. Апсолутно правило би отворило врата за злоупотреби и саботажи и би претставувало непропорционална пречка во администрацијата на правдата. За разлика од правото на бранител кое ја афектира постапката во целина, изјавата на сведокот како и секој доказ треба да се гледа од аспект на квантитет, имено дали обвинителството понудило доволен квантум докази подобни да ја побијат претпоставката на невиност и да обезбедат сигурност на осудата. Ако понудило, изјавата на сведокот како еден од доказите ќе е ирелевантна, но ако не понудило тогаш може да биде аргументот кој натежнал кон постоење конвенциска повреда.¹²⁴⁶

Судот гаранциите од чл. 6 ст. 3 г. ги сфаќа како специфични аспекти на правото на фер судење кои мора да се земат предвид при секоја проценка на правичноста на постапките.¹²⁴⁷ Што значи нив не ги гледа како изолирани процедурални гаранции чија повреда мора да доведе до нарушување на правичноста на постапката. Тие иако се посебни гаранции не се цел сами за себе туку исклучиво имаат функција да ѝ служат на целината, а тоа е правичноста на постапката во глобала. Затоа е можно во многу ситуации дури и да постои првична, фазна неправичност таа да се конвалидира, исправи во подоцнежниот тек на постапката и севкупно постапката да биде фер.

Во основа став на Судот на кој не може ништо да му се забележи е дека сите докази во принцип треба да се изведат на јавна расправа, во присуство на обвинетиот, со цел да се обезбеди можност за изнесување противаргументи.¹²⁴⁸ Но, тоа не значи дека нема исклучоци и дека за да се употребат како докази, изјавите на сведоците мора секогаш да се дадат на јавна расправа, зашто несомнено ќе се јават ситуации кога ќе биде неопходно да се искористат изјавите добиени во некоја претходна фаза.

¹²⁴⁶ Trechsel, 2005, стр. 294-295.

¹²⁴⁷ A.M. v. Italy, A. no. 37019/97, 14.12.1999, § 23; P.S. v. Germany, A. no. 33900/96, 20.12.2001, § 20; Mika v. Sweden, A. no. 31243/06, 27.1.2009, § 33; Aigner v. Austria, A. no. 28328/03, 10.5.2012, § 34; Lučić v. Croatia, A. no. 5699/11, 27.2.2014, § 71; Horncastle and Others v. the United Kingdom, A. no. 4184/10, 16.12.2014, § 131; Asani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 27962/10, 1.2.2018, § 32.

¹²⁴⁸ Barberà, Messegué and Jabardo, A. no. 10590/83, 6.12.1988, § 78; Lüdi v. Switzerland, A. 12433/86, 15.6.1992, § 47; A.M. v. Italy, A. no. 37019/97, 14.12.1999, § 25; P.S. v. Germany, A. no. 33900/96, 20.12.2001, § 21; Kovač v. Croatia, A. no. 503/05, 12.7.2007, § 25; Romanov v. Russia, A. no. 41461/02, 24.7.2008, § 100; Mika v. Sweden, A. no. 31243/06, 27.1.2009, § 35; Dončev and Burgov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 30265/09, 12.6.2014, § 48; Horncastle and Others v. the United Kingdom, A. no. 4184/10, 16.12.2014, § 131.

Употребата на такви изјави сама по себе не е спротивна на чл. 6 ст. 3 г. од ЕКЧП¹²⁴⁹ под услов да се почитува правото на одбрана. Тоа според праксата на Судот до 2012 г. подразбирало

а) на обвинетиот да му се даде соодветна можност да ги испита сведоците против него тогаш кога сведокот ја дава својата изјава или во подоцнежна фаза и

б) осудата да не се заснова исклучиво или во пресудна мера, врз изјава на сведок кого обвинетиот немал можност да го испита при истрагата или на судењето.¹²⁵⁰

Првото барање не треба да се толкува во насока дека прашањата на сведокот мора да му ги постават непосредно и директно обвинетиот или неговиот адвокат, или да мора сведокот да даде изјава на расправа пред суд за да биде прифатена како доказ, туку на обвинетиот да му се даде соодветна и адекватна можност да го оспори и испраша непријателскиот сведок,¹²⁵¹ а тоа може да е со прашања поставени преку други лица (пр. судија, психијатар, доктор), како што е со малолетните жртви или жртвите на сексуални к.д. Второто барање е познато како правило за единствен и одлучувачки доказ. Притоа, првиот тип доказ треба да се сфати онака како што имплицира неговиот назив, како единствен доказ против обвинетиот. Вториот треба тесно да се толкува како доказ од такво значење или важност што веројатно ќе биде решавачки за исходот на случајот. Онаму каде што нетестираните докази на сведок се поткрепени со други докази, процената дали тие се одлучувачки ќе зависи од силата на придружните докази во смисла колку посилни се поткрепувачките докази, толку помала е веројатноста дека доказите на отсутниот сведок ќе се третираат како одлучувачки.¹²⁵²

Непоставувањето по горните две барања „а и б“ подразбирало повреда на чл. 6 ст. 3 г. и спротивно, почитувањето на дадените насоки дека нема таква.

Засновање на осуда на изјава на сведок кого обвинетиот немал можност во ниту една прилика да го испита вообичаено доведува до повреда на чл. 6 ст. 3 г. Тука централна улога игра фактот што во отсуство на доволно противтежни фактори со кои

¹²⁴⁹ Ваквиот став судот го прифатил кога станува збор за а) анонимни сведоци во *Kostovski v. The Netherlands*, A. no. 11454/85, 20.11.1989, § 41; *Windisch v. Austria*, A. no. 12489/86, 27.9.1990, § 26; *Doorson v. the Netherlands*, A. no. 20524/92, 26.3.1996, § 69; *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, A. nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 and 22056/93, 23.4.1997, § 52; *Birutis and Others v. Lithuania*, A. nos. 47698/99 and 48115/99, 28.3.2002, § 29; *Krasniki v. the Czech Republic*, A. no. 51277/99, 28.2.2006, § 76; б) во однос на сообвинет во *Lucà v. Italy*, A. no. 33354/96, 27.2.2001, § 39; *Gossa v. Poland*, A. no. 47986/99, 9.1.2007, § 56; в) ако се дадени од блиски роднини на обвинетиот во *Unterpertinger v. Austria*, A. no. 9120/80, 24.11.1986, § 31; г) оштетени во *Delta v. France*, A. no. 11444/85, 19.12.1990, § 36; *Romanov v. Russia*, A. no. 41461/02, 24.7.2008, § 97, 100.

¹²⁵⁰ *Unterpertinger v. Austria*, A. no. 9120/80, 24.11.1986, § 31, 33; *Kostovski v. The Netherlands*, A. no. 11454/85, 20.11.1989, § 41, 44; *Windisch v. Austria*, A. no. 12489/86, 27.9.1990, § 26; *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, A. no. 19874/92, 7.8.1996, § 51; *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, A. nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 and 22056/93, 23.4.1997, § 51, 54-55; *A.M. v. Italy*, A. no. 37019/97, 14.12.1999, § 25; *Lucà v. Italy*, A. no. 33354/96, 27.2.2001, § 39-40; *Solakov v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 47023/99, 31.10.2001, § 57; *P.S. v. Germany*, A. no. 33900/96, 20.12.2001, § 21, 24; *Birutis and Others v. Lithuania*, A. nos. 47698/99 and 48115/99, 28.3.2002, § 28; *Hulki Güneş v. Turkey*, A. no. 28490/95, 19.6.2003, § 86; *Krasniki v. the Czech Republic*, A. no. 51277/99, 28.2.2006, § 75-76; *Gossa v. Poland*, A. no. 47986/99, 9.1.2007, § 53-55; *Kovač v. Croatia*, A. no. 503/05, 12.7.2007, § 26, 30; *Romanov v. Russia*, A. no. 41461/02, 24.7.2008, § 100; *Demski v. Poland*, A. no. 22695/03, 4.11.2008, § 37; *Mika v. Sweden*, A. no. 31243/06, 27.1.2009, § 35; *D. v. Finland*, A. no. 30542/04, 7.7.2009, § 41-42; *Melnikov v. Russia*, A. no. 23610/03, 14.1.2010, § 65; *Khametshin v. Russia*, A. no. 18487/03, 4.3.2010, § 31-32; *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, § 118, 127; *Trampevski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 4570/07, 10.7.2012, § 44.

¹²⁵¹ *D. v. Finland*, A. no. 30542/04, 7.7.2009, § 41.

¹²⁵² *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, § 131; *Lučić v. Croatia*, A. no. 5699/11, 27.2.2014, § 73; *Horncastle and Others v. the United Kingdom*, A. no. 4184/10, 16.12.2014, § 134; *Schtschaschwili v. Germany*, A. no. 9154/10, 15.10.2015, § 123.

би се компензирал хендикепот на одбраната, единствен или одлучувачки доказ претставува неконфронтираната изјава, а не начинот како домашниот суд ја внесувал во доказниот материјал, дали со читање на писмениот записник во кој била забележана,¹²⁵³ преку сослушување како индиректни сведоци на полицискиот службеник¹²⁵⁴ и/или судијата на кои лицето им ја дало изјавата,¹²⁵⁵ односно со репродуцирање на видеоматеријалот на кој била снимена.¹²⁵⁶

Посебен ризик пак, претставуваат изјави од анонимни полициски службеници и соучесници, чија положба е различна од таа на сведоците или жртвите. Првите дури и конфронтирани се спорни бидејќи подлежат на генерална должност за покорност спрема извршната власт, вообичаено се поврзани со обвинителството и само од тие причини треба во исклучителни околности да се прибегнува кон нивно користење како анонимни сведоци,¹²⁵⁷ а кај вторите постои интерес да ја пренасочат вината од себе на друго лице, не сведочат под заклетва, односно без никаква потврда за вистинитоста на нивните изјави што би можело да ги направи подложни на санкција за лажно сведочење за намерно давање невистинити изјави.¹²⁵⁸ Дури и онаму каде државата го обезбедила соучесникот како сведок така што кај неа немало вина за неговото поведение, фактот што единствениот доказ за осудата била негова нетестирана изјава зашто апликантот немал можност во ни една фаза на постапката да го испита довело до повреда на чл. 6 ст. 1 и ст. 3 г. од ЕКЧП бидејќи хендикепот под кој работела одбраната не можел да се компензира со процедурални противтежни мерки.¹²⁵⁹

Тоа не значи дека анонимноста на сведокот, дури и кога е полициски службеник, е сама по себе спротивна на чл. 6, зашто државата има легитимен интерес да го заштити идентитетот на полицискиот службеник или тајниот агент со цел да може повторно да ги користи нивните услуги или методи на работа и во иднина. Меѓутоа, мора да постојат соодветни процедурални гаранции, а ако одбраната самата со своите постапки се лиши

¹²⁵³ *Unterpertinger v. Austria*, A. no. 9120/80, 24.11.1986, § 16, 19-20, 26, 28, 30-31, 33; *Birutis and Others v. Lithuania*, A. nos. 47698/99 and 48115/99, 28.3.2002, § 26-35; *Hulki Güneş v. Turkey*, A. no 28490/95, 19.6.2003, § 89, 92, 94-96; *Romanov v. Russia*, A. no. 41461/02, 24.7.2008, § 101-106; *Demski v. Poland*, A. no. 22695/03, 4.11.2008, § 14-15, 40-47; *Lučić v. Croatia*, A. no. 5699/11, 27.2.2014, § 6-7, 13-14, 34, 36, 39-40, 42, 48-49, 85-88; *Craxi v. Italy*, A. no. 34896/97, 5.12.2002 кај Лич, 2010, стр. 275.

¹²⁵⁴ *Windisch v. Austria*, A. no. 12489/86, 27.9.1990, § 11-14, 22, 26-32, 35; *Delta v. France*, A. no. 11444/85, 19.12.1990, § 11, 13, 34, 37.

¹²⁵⁵ *Kostovski v. The Netherlands*, A. no. 11454/85, 20.11.1989, § 15-19, 38; По одлуката за Костовски, холандскиот врховен суд морал да се откаже од стојалиштето кое дозволувало употреба на анонимни сведоци по слушање, а со измените од 1993 г. на холандскиот ЗКП била забранета употребата на анонимните сведоци - *Jackson/ Summers*, 2012, стр. 87.

¹²⁵⁶ *D. v. Finland*, A. no. 30542/04, 7.7.2009, § 6-7, 20-22, 25, 44-52.

¹²⁵⁷ *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, A. nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 and 22056/93, 23.4.1997, § 9-22, 25, 47, 56, 60-66.

¹²⁵⁸ *Lucà v. Italy*, A. no. 33354/96, 27.2.2001, § 16-17, 41, 43 - одлучувачки доказ била изјава дадена пред ЈО од сообвинет кој не бил испитан во присуство на бранителот или подоцна од страна на судија; *Romanov v. Russia*, A. no. 41461/02, 24.7.2008, § 102; *Melnikov v. Russia*, A. no. 23610/03, 14.1.2010, § 61, 73-76, 78-84 - одлучувачки доказ била изјавата на сообвинетиот кого апликантот или неговиот бранител немале можност да го испитаат. Освен тоа давањето на изјавата не било видео снимено, па ниту судечкиот суд не бил во можност го набљудува неговото однесување при испрашувањето и на тој начин да создаде свој впечаток за неговата веродостојност.

¹²⁵⁹ *Vidgen v. the Netherlands*, A. no 29353/06, 10.7.2012, § 42-48 - единствен доказ кој го вмешувал апликантот во к.д. трговија со наркотици била изјавата на сообвинетиот дадена на полициски службеници. Тој бил осуден за истото дело во друга држава, а кога бил повикан како сведок одбивал да одговара на прашањата и се повикувал на привилегијата против самоинкриминација.

од можноста да ја провери нивната ефикасност може да е доволна причина Судот да не најде повреда на чл. 6 ст. 3 г.¹²⁶⁰

И во останатите предмети, кога не утврдувал конвенциска повреда, Судот вообичаено се повикувал на фактот што со дејствијата што ги презел обвинетиот сам го довел во прашање сопствениот кредибилитет, се откажал од правото на конфронтација со сведоците или тоа што освен нивните изјави имало и други придружни докази.¹²⁶¹

Праксата на Судот во анализираните предмети во однос на неконфронтираните сведоци, таму каде наоѓал и онаму каде не наоѓал повреда, покажува дека за него централна вредност е епистемолошката. Оттука, правилно Редмејн пишува, има многу индикации дека ЕСЧП ја сфаќа конфронтацијата како чисто епистемолошка работа. Такви се потребата да се воочи однесувањето на сведокот кога дава исказ, да се тестира неговата веродостојност, барањето со изјавите на отсутните сведоци да се постапува претпазливо, вклучително и тестот за единствен и одлучувачки доказ.¹²⁶²

Има гледиште дека и претходно не постоел автоматски основ, туку дека на сите случаи се применувал пристапот на балансирање, само што кога станува збор за „решавачки доказ товарот на докажување дека правата на одбраната биле доволно обезбедени е многу висок, особено во случај на анонимен сведок“.¹²⁶³ Тоа може донекаде да се помири со праксата на Судот, според која 1) ако сведоштвото на анонимен сведок не било одлучувачко тогаш хендикепот на одбраната бил од помал обем, а 2) Конвенцијата бара можност за вкрстено испрашување на сведоците во ситуации кога сведочењето игра главна или одлучувачка улога во осудата.¹²⁶⁴

Горните одлуки покажуваат дека за Судот битна е суштината, а не формата. Формата има своја цел, инаку кога би била без цел би претставувала непотребен формализам кој кочи, ги ограничува материјалните односи наместо да ги заштити.

¹²⁶⁰ Dončev and Burgov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 30265/09, 12.6.2014, § 52, 56-58, 61 - анонимниот сведок бил сослушан во присуство на судија и ЈО, а одбраната била отстранета од судницата. По испитувањето и бил даден препис од записникот и ѝ било овозможено да му постави прашања на сведокот, но бранителот изречно одбил.

¹²⁶¹ Artner v. Austria, A. no 13161/87, 28.8.1992, § 17, 20, 23-24 - изјавата на оштетената не била единствен доказ против обвинетиот, тој бил недостапен 3 г. во кој период не можел да биде соочен со неа, а во постапката не инсистирал на нејзино сослушување; Asch v. Austria, A. no. 12398/86, 26.4.1991, § 9-10, 14-16, 23, 28-31 - изјавата на вонбрачната партнерка на обвинетиот дадена во полиција не била единствениот доказ против него, имено бил сослушан полицискиот службеник кој ја примил пријавата кому обвинетиот имал можност да му поставува прашања, биле изведени медицински докази за повредите, обвинетиот два пати претставил различна верзија на настанот што го намалил кредибилитетот на неговите изјави; Solakov v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 47023/99, 31.10.2001, § 57, 59, 62, 68 - адвокатите на жалителот биле повикани на сослушувањето на сведоците за кое ни тој ни тие не изразиле намера да присуствуваат, не дале прашања за нив, жалителот не ја оспорил содржината на нивните искази, независно што исказите на сведоците играле важна улога во осудата на жалителот; Gossa v. Poland, A. no. 47986/99, 9.1.2007, § 10, 57-65 - изјавата на сообвинетиот кого властите не можеле да го обезбедат за судењето бидејќи бил недостапен во странство, не била единствен или одлучувачки доказ против обвинетиот, туку била подржана од други придружни докази. Домашните судови на изјавата ѝ пристапиле со посебна внимателност. Од друга страна обвинениот иако можел на судењето да изложи своја верзија на настанот одбил да го стори тоа, а пак изјавите што ги дал во истрагата значајно се разликувале по однос на одредени клучни детали, што ја поткопале нивната кредибилност; Khametshin v. Russia, A. no. 18487/03, 4.3.2010, § 8-9, 34, 37-43 - апликантот бил осуден за напад на службени лица, врз основа на изјави кои тие ги дале за време на истрагата. Не биле обезбедени на судењето, па апликантот немал можност да ги испита во постапката. Но, тој одлучил да се брани сам без бранител, а се сложил со читање на нивните изјави кое според домашното законодавство значело дека нема потреба од нивно повторно повикување. Судот не нашол повреда бидејќи апликантот валидно се откажал од своето право според чл. 6 ст. 3 г.

¹²⁶² Redmayne, 2012, стр. 290.

¹²⁶³ Харис/ О'Бојл/ Варбрик, 2009, стр. 325.

¹²⁶⁴ Krasniki v. the Czech Republic, A. no. 51277/99, 28.2.2006, § 78-79.

Формата служи за да се обезбеди супстанцата, материјалното право, а не колку да се каже дека ја има. Ако сржта на правото од чл. 6 ст. 3 г. е обвинетиот да може да го испраша сведокот, а тој тоа свесно не го прави, или барем не покажува дека сака да го прави пр. со поднесување прашања, тогаш според правната логика на Судот не ни може оправдано да се жали дека претрпел повреда на своите права.

Вториот од двата услови „б“ конечно е изменет со одлуката за Ал-Каваја и Тахери.¹²⁶⁵ По неа, Судот во поновата пракса користењето неконфронтирана изјава која воедно е единствен или одлучувачки доказ не ја зема сама по себе како автоматски основ за повреда на правото на правична постапка под услов да постојат доволно противтежни фактори за фер и правилна проценка на веродостојноста на изјавата.¹²⁶⁶

На прв поглед, како во Ал-Каваја и Тахери Судот да направил целосен пресврт на сопствената пракса. Така изгледа, ако се знае дека го задржал гледиштето според кое употребата на претходни изјави сама по себе не е спротивна на чл. 6 ст. 3 г. од ЕКЧП под услов да се почитува правото на одбрана и на обвинетиот да му се даде соодветна можност да ги испита сведоците против него во некоја фаза од постапката, но решил да го коригира своето правило за единствен и одлучувачки доказ. Дотогаш постоело јасно праволиниско правило, ако пресудата се заснова во исклучителна или одлучувачка мера на исказ на сведок кој одбраната немала можност да го испита во ни една фаза на постапката ќе постои повреда на чл. 6 ст. 1 и ст. 3 г. од ЕКЧП.

Но, имајќи ги во вид клучните прашања кои ги разгледувал во овој предмет може да заклучиме дека не е така. Судот напротив решил да го испита сопственото ригидно правило, во интерес на епистемолошкиот принцип, кој отсекогаш бил носечки столб на неговата јуриспруденција. Тие прашања биле:

а) дали има добра причина за отсуство на сведокот (и за вклучување на изјавата од неконфронтиран сведок во доказниот материјал),

б) дали правило за единствен и одлучувачки доказ треба да се смета за апсолутно правило чија повреда автоматски води кон утврдување неправичност на постапката (во смисла *in abstracto* да се смета дека правата на одбраната биле ограничени до степен кој е некомпатибилен со гаранциите кои ги пружа чл. 6 ст. 1 секогаш кога осудата се заснова единствено или во одлучувачки степен врз сведоштво од лице кое обвинетиот немал можност директно или индиректно да го испраша).¹²⁶⁷

5.4.1. Неприсуство на сведок

Во однос на првото прашање судот е јасен дека сведокот по правило треба да биде присутен на судењето за да даде исказ, а обврска на државата е да ги вложи сите разумни напори за да го обезбеди тоа. Имено, пред да биде осуден, сите докази против обвинетиот вообичаено треба да се изведат во негово присуство на јавна и контрадикторна расправа. Исклучоци од овој принцип се можни, но не смеат да ги нарушат правата на одбраната.¹²⁶⁸

¹²⁶⁵ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, § 3 - и двата жалители сметале дека нивното судење било нефер зашто на поротата ѝ била прочитана нетестирана изјава од сведок кој починал пред судењето (првиот жалител), односно од сведок кој се плашел да присуствува на судењето (вториот жалител).

¹²⁶⁶ *Aigner v. Austria*, A. no. 28328/03, 10.5.2012, § 35; *Lučić v. Croatia*, A. no. 5699/11, 27.2.2014, § 72-73; *Horncastle and Others v. the United Kingdom*, A. no. 4184/10, 16.12.2014, § 131-132; *Schatschaschwili v. Germany*, A. no. 9154/10, 15.10.2015, § 105-106.

¹²⁶⁷ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, § 119.

¹²⁶⁸ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, § 118; *Dončev and Burgov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 30265/09, 12.6.2014, § 48; *Schatschaschwili*

Од спознајна гледна точка на ова не може да му се стави приговор. Судот најправилно и најцелосно ќе може да го оцени исказот на оној што пред него одговарал на прашањата од странките и во чие поведение, држење и однесување можел лично да се увери. Процесен механизам со кој може да се спроведе претходново во пракса е токму конфронтационата клаузула.

Затоа треба да постои добра причина за прифаќање изјава од отсутен сведок, а оценката на таквата причина е прелиминарно прашање кое мора да се испита пред да се разгледа дали доказот бил единствен или одлучувачки. Имено, отсутните, како и анонимните сведоци предизвикуваат слични проблеми, бидејќи ја подриваат можноста одбраната ефективно да ги оспори нивните докази. Таа треба да го знае идентитетот на сведокот за да може да го оспори неговиот интегритет и кредибилитет што не е можно кај анонимниот сведок и да биде во можност да ја тестира вистинитоста и веродостојноста на неговиот исказ што не е можно кај отсутниот сведок.

Анонимните докази карактеристични за тајни судења и постапки според Судот не се сами по себе неспоиви со демократските модерни општества во кои постои анимозитет дури и кон анонимните пријави. Јавноста на судењата како една од придобивките на Француската буржоаска револуција е вградена во ЕКЧП, па исклучоците како вид ограничувања на основното правило треба рестриктивно да се толкуваат и прифаќаат. Затоа дури и онаму каде доказот на отсутен сведок не бил единствен или одлучувачки Судот утврдил повреда на чл. 6 ст. 1 и 3 г. ако не била прикажана добра причина за неможноста да се испита сведокот.¹²⁶⁹

Може да заклучиме, Судот прифаќа дека се реални ситуации во кои сведокот нема да може да присуствува на главното судење, па ако се оправдани (пр. Солаков 2 страни погоре) тогаш отсуството нема да биде проблем, како што нема да биде проблем ни читањето негова изјава. Значи кога сведокот не дава *viva voce* исказ на судењето потребно е да се провери дали отсуството било оправдано, зашто ако не било многу веројатно е дека ќе има повреда на правата на одбраната.

Од таа причина, домашниот суд треба да ги преземе сите со закон достапни средства да го обезбеди сведокот, за недостапноста да не може да му се припише нему.¹²⁷⁰ Ова се однесува и на соучесниците (соизвршители, поттикнувачи, помагачи) кои веќе се правосилно осудени во претходна постапка, ако нивната поранешна изјава се употреби во постапка против друг и биде клучен доказ за негова осуда.¹²⁷¹

Меѓутоа, која и да е причината за отсуство на некој сведок, не е допустлива употреба на изјава на сведок кој не само што е отсутен туку е и анонимен.¹²⁷²

Кога недостапноста не може да им се припише на домашните органи?

5.4.1.1. Смртта како причина за отсуство

Може да има најразлични причини сведок да не даде исказ пред суд, како што се смрт, страв, заплашување, ранливост на жртви на семејно насилство или на сексуално злоупотребување итн. Ситуациите не се идентични, како што две исти дела во пракса не се исти бидејќи погодуваат различни луѓе и предизвикуваат различни последици.

v. Germany, A. no. 9154/10, 15.10.2015, § 103; Bátěk and Others v. the Czech Republic, A. no. 54146/09, 12.1.2017, § 37; Štulíř v. the Czech Republic, A. no. 36705/12, 12.1.2017, § 53.

¹²⁶⁹ Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, § 120.

¹²⁷⁰ Schatschaschwili v. Germany, A. no. 9154/10, 15.10.2015, § 139; Asani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no.27962/10, 1.2.2018, § 45 - судот не дал валидни причини за неприсуството на сведоците.

¹²⁷¹ Lutsenko v. Ukraine, A. no. 30663/04, 18.12.2008, § 3, 35, 43, 52-53 - бил осуден како извршител на нарачано платено убиство (што значи и за ЕКЧП тежината на к.д. за кое била водена постапка не игра улога во оцената дали постои или не постои повреда на конвенциското право).

¹²⁷² Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011 § 148.

Се подразбира дека смртта на сведокот е оправдана причина, бидејќи е објективна, па ако не се повикаме на поранешната изјава, не ќе може да го земеме предвид кажаното од негова страна. Претходново не го спори ни Судот кој не ја зема на одговорност државата во ваква ситуација,¹²⁷³ посебно ако општетената починала неколку дена по сторување на к.д., апликантот во тоа време не бил осомничен, па не можело негов бранител да присуствува тогаш кога давала изјава во полиција, неговиот кредибилитет бил спорен и постоеле повеќе придружни докази.¹²⁷⁴ Токму поради отежнатата можност за проверка на веродостојноста на изјавата од вакво лице, Судот како во претходниот случај проверува дали изјавата била единствен и одлучувачки доказ или имало доволно поткрепувачки докази, а посебно дали му била дадена можност на апликантот да ја оспори прифатливоста на доказот, да ја изложи својата верзија на настанот и да понуди противдокази.

Во пракса може да се јават и други слични причини како оваа. Секако неможноста лицето да сведочи поради медицинска состојба (кома, сенилност, психичка болест и сл.) е фактор кој не може директно ѝ да се припише на државата, туку казуистички ќе треба да се цени од случај до случај. Тука поголем проблем ќе се јави при оценката на веродостојноста на кажаното, отколку на прашањето за ексклузија на претходно дадената изјава.

5.4.1.2. Привилегијата за несведочење како причина за отсуство

Посебна група се предметите во кои одбраната немала можност да испита сведок кој се користел со привилегијата да не сведочи.

Привилегијата претставува право доделено од државата на одредени групи сведоци врз основа на кое тие може целосно да одбијат да сведочат или да одговорот на одредени прашања. Познати се семејната привилегија и професионалните привилегии (пр. адвокат, доктор, психијатар, свештеник, даночен советник, новинар).

Кај овие привилегии се огледа судирот помеѓу двата силни, а спротивставени интереси, едниот за гонење на сторителите на к.д. и другиот за заштита на семејниот живот и професионалните односи. Самото постоење на привилегијата укажува на предноста која му се дава на правото на почитување на приватните, семејните или професионалните врски наспроти обврската на државата за утврдување на вистината и санкционирање на сторителите на к.д. Зашто колку повеќе има привилегирани кои може да одлучат да не сведочат, толку помали се можностите државата во конкретен случај да допре до сржта на она што се случило.

Правото на блиските членови на семејството на обвинетиот да не сведочат пред суд не е некомпатибилна со чл. 6 ст. 1 и ст. 3 г.¹²⁷⁵ Но, бидејќи е исклучок од општата граѓанска должност за сведочење, треба да биде ограничена за да не опфаќа преголем круг на лица и условена да не може да се користи непречено. Зошто сметам вака?

Користењето со неа во суштина присутниот сведок го прави недостапен за прашањата од судот, обвинителството или одбраната. Често пати се случува такво лице спонтано да даде изјава на членови на итната служба (полиција, пожарна, брза помош) не со цел да снабди некого со докази за нечие гонење, туку за да отстрани итна, непосредна опасност од себе или други лица, потоа на медицински лица во болница (доктор, сестра), на советници во заштитни центри (психолог, педагог, социјален

¹²⁷³ Ferrantelli and Santangelo v. Italy, A. no. 19874/92, 7.8.1996, § 52; Horncastle and Others v. the United Kingdom, A. no. 4184/10, 16.12.2014, § 133.

¹²⁷⁴ Mika v. Sweden, A. no. 31243/06, 27.1.2009, § 3-4, 6-15, 27-28, 37-42.

¹²⁷⁵ Unterpertinger v. Austria, A. no. 9120/80, 24.11.1986, § 30; Hümmer v. Germany, A. no. 26171/07, 19.7.2012, § 41.

работник) и сл. Многу често се случува вакво лице доброволно да даде изјава во полиција, пред обвинител или суд во истражна фаза токму за потребите на гонење на сторителот, но по извесно време откога ќе спласне бранот подигнат со сторување на делото, да одбие да сведочи. Тогаш се поставува прашањето дали може да се сослушаат како сведоци по слушање оние лица пред кои ваквиот сега веќе недостапен сведок дал опис на настанот.

Судот смета дека ЕКЧП такво нешто начелно не забранува. Конвенциското право не е пречка како домашните прописи во многу држави кои забрануваат да се сослушаат пр. истражниот судија, јавниот обвинител или полицискиот службеник, за она што ним жртвата им го кажала. Привилегијата подразбира да не се користи нејзиниот исказ, меѓутоа таа привилегија нема сила да забрани трети лица да посведочат за она што го слушнале од некој кој бил поучен дека може, но не мора да зборува и кој доброволно решил да го стори тоа пред нив. Во вакви ситуации правилото е дека нема забрана за сослушување на сите овие лица. Но, казуистички од случај до случај ќе треба да се утврди важноста на изјавата дадена од лицето што не сака да сведочи, дали е единствен и одлучувачки доказ против обвинетиот, јачината на останатите докази, дали одбраната имала можност во некоја фаза од постапката да го сослуша ова лице, односно доколку немала противтежните фактори за хендикепот со кој се соочила. Ова е така, бидејќи независно што може да има повеќе лица кои ќе кажат што им пренела жртвата, тоа на крај на денот е пренесување нешто што чуле од друг, кое можеби е единствено нешто битно за расветлување на главните елементи на спорниот настан.

Па, онаму каде изјавата не била единствен доказ туку поткрепен со други придружни вербални и материјални докази и каде домашните судови презеле соодветни противтежни мерки за хендикепот со кој се соочила одбраната Судот не наоѓа повреда.¹²⁷⁶ Спротивно таму каде што изјавата имала одлучувачко значење за осудата, останатите докази биле споредни, а притоа заштитните мерки што ги презеле домашните судови биле недоволни ќе постои повреда и повторното судење во принцип претставува соодветен начин за отстранување на повредата.¹²⁷⁷

Во државите вообичаено ваква привилегија им се дава на брачниот или вонбрачниот другар, неограничено на роднините во права линија, односно во странична или по сватовство до одреден степен.¹²⁷⁸ Некои држави бараат вонбрачната заедница

¹²⁷⁶ *Asch v. Austria*, A. no. 12398/86, 26.4.1991, § 28-31; *N.K. v. Germany*, A. no. 59549/12, 26.7.2018, § 6, 12, 57-63 - сопругата на обвинетиот користејќи ја сопружничката привилегија не сведочела на судењето, но веднаш по настанот штом побегнала од својот дом плашејќи се за својот живот ја опишала случката на повеќе сведоци и тоа соседите кај кои побегнала, полициски службеници кои по пријава дошле на местото на настанот, советничка во заштитен центар, а дала изјава и во постапка пред истражен судија, кои сите сведочеле за она што таа им го кажала. Обвинетиот можел да претстави своја верзија на настанот, можел да ги испита сведоците на обвинителство, а кредибилноста и веродостојноста на изјавата на сопругата се потврдувал преку повеќе други силни вербални и материјални докази.

¹²⁷⁷ *Hümmer v. Germany*, A. no. 26171/07, 19.7.2012, § 7-8, 12, 15, 43-44, 55-56 - мајката, братот и сестрата на апликантот ја информирале полицијата за минат инцидент во семејната кука кога тој се обидел да ја задави сестра сѐ и со секира го нападнал брат му, пред да биде совладан од родителите. Била покрената постапка за обид за убиство во која сведоците го повториле пред истражен судија и во присуство на полициски службеник она кое претходно го пријавиле. Апликантот страдал од епилепсија, немал сеќавања за случката, не бил информиран за сослушувањето, а не му бил поставен ни бранител. На судењето единствените директни сведоци на настанот се повикале на привилегијата да не сведочат. Таткото не сакал да поднесе пријава, не дал изјава и не учествувал во ниеден дел на постапката. Осудата главно се засновала на исказот на истражниот судија за она што во постапката му било кажано од сведоците и полицискиот службеник кој ја примил пријавата.

¹²⁷⁸ Старото *common law* правило поаѓало од 4 причини за ваквата привилегија: сопружниците имале заеднички правен идентитет, избегнување непомирлив раздор и неслога помеѓу мажот и жената, суровоста да се принуди едниот брачен другар да сведочи против другиот и јавниот интерес во одржување стабилни

барем да е регистрирана за да важи привилегијата, некои не. Заклучно со 18.5.2011 г. состојбата по ова прашање во 46 држави членки на СЕ била таква што: а) во 44 сопружниците не биле обврзани да сведочат во кривична постапка во која другиот брачен другар е осомничен, б) регистрираниот партнер на осомничениот бил ослободен во 13 држави, в) лицето што е свршено со осомничениот во 16 држави, г) додека вонбрачните другари (кои живеат заедно, но не се во брак, свршени или во регистрирано партнерство) во 23 држави.¹²⁷⁹

Судот по ова прашање оставил широка маргина или слобода на одлучување за државите. Може да изненади, но кога станува збор за лица со кои обвинетиот има лична врска има и случај во кој не утврдил повреда на правото на семеен живот од чл. 8 во ситуација кога партнерката на обвинетиот со кого 18 г. била во нерегистрирана вонбрачна заедница и имала 2 деца одбила да сведочи против него, заради што со судски налог била приведена и затворена 13 дена.¹²⁸⁰

Прифатливо ми е гледиштето на Судот дека во вакви ситуации станува збор за два конкурентни јавни интереси, првиот за гонење на тешки к.д. и вториот за заштита на семејниот живот од мешање на државата и дека и двата се важни, имајќи го предвид општото добро. Несомнено стои и тоа дека при балансирање на овие конкурентски интереси државата проценила дека јавниот интерес за заштита на семејниот живот натежнува над јавниот за кривично гонење, со самиот факт што ја познава привилегијата за несведочење. Иако, некои држави поставиле ограничување кога побарале формално признавање на семејниот однос како услов за да се дозволи привилегијата (брак или регистрација на вонбрачна врска). Прифатлив ми е ставот дека барањето да се регистрира заедницата како услов за користење на привилегијата за несведочење ги ослободува судовите од потребата во мноштво поединечни случаи да ја проценуваат природата на нерегистрираните вонбрачни односи. Но, не ми е прифатливо гледиштето дека не постои конвенциски проблем во ситуација во која државата востановила привилегија за регистрираните заедници, за поранешните сопружници и поранешните регистрирани

бракови. Според Ален, Цереми Бентам бил против ова правило кое на брачниот однос му дало специјален третман во споредба со другите меѓучовечки односи, вклучително и на аргументот за суровоста кој всушност сопругот требало да го има предвид пред да стори к.д. - Allen, 2011, стр. 43-45; Калајџиев, 2004, стр. 31 - исто така посочува дека Бентам бил противник на сопружничката привилегија, на привилегијата адвокат-клиент, на привилегијата против самообвинување и правото на молчење; Кгарас, 1995, стр. 79-80 - освен сопружничката, ја споменува и привилегијата помеѓу адвокат и клиент, но пишува дека англиското право не познава привилегија за докторите и свештените лица за она што во доверба го дознале од своите пациенти или верници; Според Данаška, 1971, стр. 62 - привилегијата да не сведочат блиските сродници може да се следи наназад до изворите на римското право, со тоа што за разлика од сега причината тогаш била поинаква, имено нивниот исказ се сметал како опасност за дознавање на вистината.

¹²⁷⁹ Van der Heijden v. the Netherlands, A. no. 42857/05, 3.4.2012, § 8, 31-36 - а) Во ниту една земја-членка сопружниците не се обврзани да сведочат во кривична постапка во која другиот брачен другар е осомничен (со исклучок на Франција и Луксембург). Сопружникот може сам да одлучи дали ќе го искористи тоа право, освен во Белгија, Малта и Норвешка каде издвојувањето на изјавите е автоматско. б) Можноста формално да се регистрира партнерство постои во 20 држави, од кои некои дозволуваат таква регистрација само ако страните се од ист пол, додека други засегнати земји-членки обезбедуваат регистрација на партнерство како алтернатива на бракот кога страните се маж и жена. Од овие 20 земји, 13 се подготвени да го ослободат регистрираниот партнер на осомничениот од давање докази, 2 не ја прошируваат привилегијата на регистрираните партнери, додека 2 воопшто не даваат привилегија за сведочење. в) 16 држави го ослободуваат лицето што е свршено со осомничениот од должноста да дава докази, но 7 од нив го квалификуваат ослободувањето со доказ за постоење врска слична на бракот, како што е стабилна кохабитација (заеднички живот) или дете родено од врската. г) 23 држави ги ослободуваат вонбрачните другари (кои живеат заедно, но не се во брак, свршени или во регистрирано партнерство) од давање исказ, од кои безусловно во 4 држави, додека 19 бараат доказ за брачната природа на врската, обично во форма на деца родени од неа, докажливи финансиски аранжмани или должина на заедничкиот живот.

¹²⁸⁰ Van der Heijden v. the Netherlands, A. no. 42857/05, 3.4.2012, § 3, 11-18, 38, 59-61, 76-78.

партнери, но не и за нерегистрираната долготрајна фактичка заедница на партнерите кои патем имаат и 2 деца.¹²⁸¹

Тука судот методолошки отстапил од својата пракса за сведоците. Имено, тој во својата пракса не ја прифаќа логиката на ВСС за конфронтационата клаузула како процесно дефиниран начин за проверка на исказот на сведокот по принципот без вкрстено испрашување нема употреблива изјава на сведок, туку зазема материјален, супстанцијален пристап. Но, во овој конкретен предмет и за тука анализираното прашање зазел строго формален пристап кој мора да признаеме нема блискост со суштината, зашто и кај вакво лице несомнено постои трилемата од изборот 1) да сведочи вистинито и со тоа да го наруши личниот однос со осомничениот, 2) да сведочи неvistинито со цел да го заштити таквиот однос, но со можност самото да одговара за лажно сведочење или 3) да не сведочи за што може да биде казнето за непочитување на судот. Ако веќе смислата на привилегијата е да се заштитат семејните врски и интереси, не треба да игра улога формалниот елемент дали заедницата била регистрирана или не, туку реалниот факт дали таква заедница постоела или не.¹²⁸²

Затоа практичната потреба да се „ослободат судовите од потребата во мноштво поединечни случаи да ја проценуваат природата на нерегистрираните вонбрачни односи“ не треба да биде главно мерило, бидејќи уште поголема тешкотија судовите имаат при утврдување на вистината со самото постоење на привилегијата, но тоа не е никаква пречка за нејзиното натамошно опстојување. *Argumentum a maiore ad minus* кога поголемата пречка не е проблем, не треба да биде ни помалата.

Одлуката била донесена со сооднос 10 спрема 7 гласови, при што 3 судии од мнозинството посочиле дека можеби би одлучиле поинаку ако сведокот бил затворен подолго.¹²⁸³ Поделеноста на судот значи дека праксата може да се измени во иднина, но ваква каква што е сега дозволува некоја држава да ја земе предвид при измена на сопственото законодавството ставајќи акцент на јавниот интерес за гонење на криминалот во споредба со јавниот интерес за заштита на семејниот живот, а притоа ЕСЧП да не најде повреда на некое конвенциско право, пр. на правото на почитување на приватниот и семејниот живот.

Прифатлив ми е ставот на судиите кои изразиле несогласувачко мислење,¹²⁸⁴ но не би се задржал повеќе на овој случај бидејќи излегува надвор од предметот на овој

¹²⁸¹ Van der Heijden v. the Netherlands, A. no. 42857/05, 3.4.2012, § 62, 65, 69, 71, 76-78.

¹²⁸² И Баер смета дека привилегиите за несведочење (мисли на блиските роднини и верскиот исповедник) се дадени заради заштита на човековите права на лицата од чии искази се состои доказот. Овие лица се ослободени од должноста за сведочење од хумани причини, да се заштитат од тешката морална дилема да зборуваат вистинито и со својот исказ да наштетат на блиска личност (обвинетиот) или лажно да сведочат со што би ја повредиле општествената обврска и би се изложиле на опасност од казна - Baer, 1986, стр. 111-112, а слично и Матовски/ Бужаровска-Лажетиќ/ Калајџиев, 2009, стр. 212; Се согласувам дека се работи за нивен интерес штом тие имаат право да се повикаат на привилегијата. Меѓутоа ако е во прашање само нивниот интерес тогаш зошто доколку се премислиле по давањето исказ, во некои држави се бара согласност од обвинетиот да се читаат нивните искази. Штом повлекувањето не зависи само од нив, туку и од обвинетиот може да се каже дека во основата на привилегијата лежи желбата на општеството да се заштитат воспоставените меѓучовечки односи на блиските роднини. Оттаму нелогично е формалното попречување како во анализираниот случај, нерегистрираниот партнер да не може ја користи привилегијата и наспроти тоа формалното признавање за брачен другар со кого не е во добри односи. Таков пример се предметите со семејно насилство. Таму веќе е нарушен брачниот соживот, но сепак привилегијата важи, а не важи онаму каде иако не е формализиран, де факто има соживот, дури подобар, похармоничен од овој другиот.

¹²⁸³ Van der Heijden v. the Netherlands, A. no. 42857/05, 3.4.2012 (concurring opinion of judge Costa, joined by judges Hajiyev and Malinverni), § 9.

¹²⁸⁴ Van der Heijden v. the Netherlands, A. no. 42857/05, 3.4.2012 (joint dissenting opinion of judges Tulkens, Vajić, Spielmann, Zupančić and Laffranque), § 3, 6, 8, 14, 16 - во случајот на жалителот, оваа единствена

труд. Имено, вонбрачната партнерка не дала исказ, така што не може да стане збор за повреда на конвенциско право на осомничениот пример од чл. 6 кое би дошло предвид ако не можел да ја испита.

Само би укажал дека начинот како Судот одлучил е неконзистентен и со друга негова одлука по која интересот потенцијалниот брачен другар на осомничениот да биде повикан како сведок сам по себе не е доволен да го потисне правото на брак, гарантирано со чл. 12 од ЕКЧП.¹²⁸⁵ Тоа значи дека државата не може да спречи две лица да стапат во

ситуација произлезе од... ЗКП... со кој беа изземени одредени лица, вклучително и „(поранешниот) брачен другар или (поранешен) регистриран партнер“ на осомничениот, од обврската да сведочи или да одговори на одредени прашања... Не е спорно дека причината за постоењето на ова ослободување лежи во заштитата на семејните односи. Законодавецот се обиде да обезбеди дека засегнатите нема да мора да се соочат со „морална дилема со тоа што треба да направат избор помеѓу сведочење, а со тоа загрозување на нивниот однос со осомничениот или давање лажни докази со цел да се заштити тој однос“ (став 25 од пресудата)... Судот го заснова своето образложение на почетна точка што ја сметаме за погрешна, бидејќи ја превидува структурата на конвенциското право за кое станува збор. Според чл. 8, Судот смета дека овој случај вклучува два спротивставени интереси, имено интересот за заштита на семејниот живот од мешање на државата и интересот за гонење на сериозно к.д., и двата важни, имајќи го предвид општото добро (став 62 од пресудата). Ова претставување е едноставно спротивно на духот и словото на чл. 8 од Конвенцијата. Почитувањето на семејниот живот не е само интерес, туку и право загарантирано со чл. 8 ст. 1. Спречувањето на криминалот, од своја страна, е интерес вклучен меѓу исклучоците од уживањето на правото во чл. 8 ст. 2. Додека правото мора да се толкува широко, исклучоците мора да се толкуваат тесно. Затоа, не е точно, во конкретниот случај, да се наведе дека ова се два конкурентни интереси кои мора да се балансираат. Прецизно гледано процената на неопходноста од мешањето мора да биде проследена со испитување на нејзината пропорционалност... Единствената разлика помеѓу апликантот и лицата кои биле ослободени од обврската да сведочат лежи во фактот дека таа не била во брак или регистрирано партнерство, што на тој начин повлекува третман заснован на дискриминација, како што ќе биде прикажано подолу во врска со чл. 14 од Конвенцијата земена заедно со чл. 8 (подолу, §§ 13 и понатаму). Земајќи го само чл. 8, иако е разбирливо ослободувањето да им се додели на поранешните сопружници и поранешни партнери, особено поради потребата да се заштитат сите деца што можеби ги имале заедно, не изгледа логично за оние кои одржувале стабилен семеен живот со лицето против кое се бара да сведочат да му се одбие таквото ослободување само со образложение дека нивната врска е од *de facto* природа... Како што беше наведено претходно, образложението на привилегијата за сведочење произлегува од вродената неправедност да се обврзуваат животните партнери да сведочат еден против друг поради длабоката морална дилема што ја предизвикува. Суштинската цел на привилегијата е заштита на „семејниот живот“, кој има важна општествена вредност во општеството и постои без оглед на формалната регистрација. Оваа општествена вредност (и човеково право) се смета за толку важна што во речиси секој судски систем членовите на семејството се изземени од давање докази едни против други, дури и ако тоа е штетно за процесот на утврдување на вистината. Дали тогаш заштитата на оваа привилегија треба да зависи од формалната регистрација; *Van der Heijden v. the Netherlands*, A. no. 42857/05, 3.4.2012 (joint dissenting opinion of judges Casadevall and López Guerra), § - 4, 5, 7 - ЗКП се однесува на... широка категорија на лица... Да се стават различни роднини (чичковци, тетки, внуци и внуки, без разлика дали се поврзани со крв или брак) во привилегирана положба во споредба со лицата кои живеат заедно и имаат деца е целосно неконзистентно со самиот поим за семеен живот како што го разви Судот. На горенаведената широка категорија на лица... мора да се додадат поранешните сопружници и поранешните регистрирани партнери. Така прикажано, може да се запрашаме каков „вид“ семеен живот сè уште ќе постои меѓу две лица по разделбата или разводот! Со други зборови, холандскиот закон предвидува привилегија за сведочење кога станува збор за поранешни сопружници и поранешни регистрирани партнери - лица кои веќе не се во брак или во регистрирано партнерство (ситуација споредлива со онаа на апликантот) и кои, логично гледано, повеќе не живеат заедно (за разлика од апликантот) или може, сепак, сè уште да живеат заедно (што би ги ставило во слична ситуација како онаа на апликантот), а кои можеби дури и немале деца заедно (апликантот има две). Спротивно на тоа, таа привилегија не му е овозможена на жалителот, чија ситуација е совршено споредлива. Таа разлика во третманот, која е и неконзистентна и неоправдана, сосема јасно го вклучува чл. 14 во врска со чл. 8.

¹²⁸⁵ *Frasik v. Poland*, A. no. 22933/02, 5.1.2010, § 3, 8-9, 15-17, 21, 24-25, 29-30, 34-42, 67, 78, 88-100 - апликантот се пожалил на повреда на чл. 12 од ЕКЧП поради одбивањето судот да му дозволи да се ожени во затвор. Тој бил осомничен за силување и упатени закани на партнерката со која сакал да стапи во брак и со која 4 години биле во врска која прекинала неколку месеци пред спорниот настан. Партнерката

браќ, како би оневозможила идниот сопружник да се повика на привилегијата за несведочење, но може да казни некој кој долги години бил во заедничка врска со друг и има 2 деца со него, ако се повика на неа. Сепак, ова е многу поразличен контекст од законите за имиграција по кои од оправдани причини, државите имаат право да спречат бракови од интерес, склучени само заради обезбедување предност за имиграција.¹²⁸⁶

Новинарот нема обврска да дава доказ и како сведок да го идентификува изворот на информацијата, а наредбата да го направи тоа,¹²⁸⁷ казните за евентуално непостапување,¹²⁸⁸ налогот за лишување од слобода¹²⁸⁹ или претресите на неговиот дом или работно место¹²⁹⁰ со цел да се идентификува изворот на доверливи информации претставуваат мешање во и се спротивни на слободата на изразување од чл. 10 ст. 1 од ЕКЧП. Ограничувањата на правото според ст.2 мора да се пропишани со закон, да следат една или повеќе легитимни цели и да се неопходни во едно демократско општество за да се постигнат тие цели.

Ни потребата да се заштити интегритетот на полицијата, ни позитивната обврска државата да обезбеди правично судење на обвинетиот не може да оправда принуда врз новинар за да го открие изворот на информациите.¹²⁹¹ Што значи тој нема општо право да не сведочи, туку само во ограничен опсег, односно во однос на идентификација на изворот на информации. Но, кога не станува збор за откривање извор, судскиот налог за предавање на истражувачките материјали на новинар може да биде оправдан заради спречување криминал.¹²⁹² Во тој контекст така обезбедените докази би биле прифатливи против лицата кои биле истражувани во рамките на новинарската истрага, а новинарот под закана со казна би бил должен да ги предаде.

Освен од семејни причини, привилегијата за ускратување исказ може да се користи и од професионални причини, од лица кои не се семејно, туку професионално поврзани со обвинетиот, како на пр. негов бранител или адвокат (во кривичен или други видови предмети), лекар, психолог, свештено лице и сл.

За Судот се валидни, но не и апсолутни овие причини. Државата може да ги предвиди во своето законодавство, но може и да ги заобиколи при постоење силни и оправдани потреби. Во еден фински случај сопругата се повикала на сопружничката, а лекарите на професионалната привилегија како оправдување да не сведочат, по што со судски налог било побарано лекарите да дадат медицински податоци за неа и за обвинетиот нужни за негово кривично гонење, а кога овие одбиле бил нареден претрес и

првично одбивала да сведочи неуспешно повикнувајќи се на привилегијата и била парично казнувана за попречување на судењето, за конечно да даде исказ дека не смета дека била силувана.

¹²⁸⁶ *Frasik v. Poland*, A. no. 22933/02, 5.1.2010, § 89; *Jaremowicz v. Poland*, A. no. 24023/03, 5.1.2010, § 49.

¹²⁸⁷ *Sanoma Uitgevers B.V. v. the Netherlands*, A. no. 38224/03, 14.9.2010, § 3, 10-26, 49, 59-63, 71-72, 89-90.

¹²⁸⁸ *Goodwin v. the United Kingdom*, A. no. 17488/90, 27.3.1996, § 11-19, 27-28, 39-46.

¹²⁸⁹ *Voskuil v. the Netherlands*, A. no. 64752/01, 22.11.2007, § 3, 7-27, 45, 49, 67, 71-74.

¹²⁹⁰ *Roemen and Schmit v. Luxembourg*, A. no. 51772/99, 25.2.2003, § 3, 9-12, 15-18, 43, 47, 52-60; *Tillack v. Belgium*, A. no. 20.477/05, 27.11.2007, § 3, 6-16, 36-37, 56-57, 60-68.

¹²⁹¹ *Voskuil v. the Netherlands*, A. no. 64752/01, 22.11.2007, § 66-67.

¹²⁹² *Nordisk Film & TV A/S v Denmark*, no 40485/02 кај Харис/ О'Бојл/ Варбрик, 2009, стр. 467 - новинар со скриен идентитет се инволвирал во здружение на педофили за да сними документарен филм за педофилијата во Данска. Бил издаден судски налог за компанијата да ги предаде неемитираните снимки и белешки за да се дојде до докази за случај на сериозна злоупотреба на дете. Според Судот на компанијата не ѝ било наредено да го открие својот извор на новинарски информации, туку да предаде дел од истражувачкиот материјал. Бидејќи најголемиот број учесници во програмата ниту му асистирале на печатот со знаење, ниту дале согласност да бидат снимани, тие не се сметале за извори на новинарски информации во класична смисла на зборот; *Vidi и Stichting Ostade Blade v. Netherlands (dec.)*, no. 8406/06, 27.5.2014, § 65, 69-71 кај McBride, *Coercive Measures*, § 76 (нема повреда за судски налог за предавање на оригинално писмо пратено до магазинот од наводниот сторител).

заплена на медицински досиеја од болницата. Судот оценил дека тоа претставувало мешање во правото на приватност, но не и повреда на чл. 8 од ЕКЧП.¹²⁹³

5.4.1.3. Стравот како причина за отсуство

Во однос на стравот судот препознава две ситуации:

- а) страв кој може да се припише на закани или други постапки на обвинетиот или оние кои постапуваат во негово или нејзино име и
- б) страв кој може да се припише на погенерален страв од она што ќе се случи ако сведокот даде докази на судење.

Во првата ситуација, став на судот е дека треба се дозволи изјавата на тој сведок да се изведе на судењето без потребата сведокот да сведочи или да биде испитан од обвинетиот или неговите застапници - дури и ако таквиот доказ бил единствениот или одлучувачки доказ против обвинетиот. Спротивното би било некомпатибилно со правата на жртвите и сведоците, а ќе се наруши и интегритетот на постапката,¹²⁹⁴ со коешто мора да се согласам. Во основа тука постои судир помеѓу правото на конфронтација на обвинетиот од чл. 6 со правата на лична сигурност и заштита на приватниот живот на сведоците од чл. 5 и 8 од ЕКЧП. Сметам дека американското гледиште е премногу ригидно и не ја има предвид ваквата можност што во пракса може да се случи, зашто не секогаш конфронтацијата е избор помеѓу право на обвинетиот и јавниот интерес за гонење на криминалот.

Според Ален логиката на конфронтациското правило може да се објасни на два начини, 1) да не се даваат докази против обвинетиот зад негов грб и 2) можноста обвинетиот да ги испитува сведоците го максимизира неговото учество во сопственото судење кое што го промовира легитимитетот на одлуката во неговите очи и во очите на пошироката јавност.¹²⁹⁵ Вака гледано обвинетиот сам се лишува од правото да го испита

¹²⁹³ Z v. Finland, A. no. 22009/93, 25.2.1997, § 70, 96-97, 102, 105-108, 110, 114 - против обвинетиот била отпочната истрага за повеќе силувања. За постапката особено значајно било да се утврди моментот кога дознал дека бил ХИВ позитивен, сè со цел неговите дејствија правилно да бидат супсумирани како стек на силувања или обид за убиство на повеќе лица (намерно пренесување неизлечива заразна болест). Бидејќи неговата сопруга била таа која прва заболела, нужно било да се добијат медицински податоци како за неа, така и за обвинетиот кој бил нејзин сопруг. Судот бил свесен дека откривањето вакви податоци може драматично да се одрази на приватниот и семејниот живот, општествениот статус и нејзиното вработување во ситуација кога таа и не била ни обвинета, а би ги поткопало и превентивните напори на општеството бидејќи би ги обесхрабрило луѓето да бараат дијагноза и третман, па затоа интересот за заштита на овој тип податоци треба да превагне при процената дали мешањето било сразмерно на законските цели, освен во конкуренција на поважен јавен интерес. Значи на една страна се интересите на пациентот и општеството за заштита на тајните медицински податоци, а на друга интересите на истрагата и кривично гонење, при што Судот во ситуација кога сопругата се повикала на својата привилегија оценил наредбите до докторите и заплена на медицинските досиеја биле засновани на битни јавни интереси при што постоела пропорционалност помеѓу мерките и целта поради која биле преземени (за целите на кривичната постапка дури откако сопругата и докторите одбиле да сведочат, мерките биле рестриктивни, доказите биле изведени на нејавна расправа, а информациите и во иднина требало да останат тајни). Оттука наредбата за сведочење упатена спрема лекарите и заплена на медицинските досиеја откако овие одбиле да сведочат не претставувала повреда на чл. 8.

¹²⁹⁴ Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, § 123 - да му се дозволи на обвинетиот да влече полза од стравот што го всадил кај сведоците би било некомпатибилно со правата на жртвите и сведоците. Не може да се очекува од ниту еден суд да дозволи интегритетот на постапката да се наруши на ваков начин. Како последица, обвинет кој постапил на ваков начин се смета дека се откажал од своите права на испрашување на такви сведоци согласно чл. 6 § 3 г. Истиот заклучок мора да важи ако заканите или постапките кои довеле до тоа сведокот да се плаши да сведочи доаѓаат од оние кои постапуваат во име на обвинетиот или со негово знаење и одобрување; Види и *Horncastle and Others v. the United Kingdom*, A. no. 4184/10, 16.12.2014, § 133.

¹²⁹⁵ Allen, 2011, стр. 54.

сведокот, ако тој лично или друго лице по негов налог го спречи на кој било начин сведочењето, а од друга страна токму дозволувањето на таквите нечесни намери е подобно повеќе да го сруши легитимитетот на постапката, отколку читањето на изјавата од отсутниот сведок.

Но, има и друго објаснување. Ако немало влијание врз сведокот тој би сведочел на предлог на државата. Со одбивањето да сведочи зашто бил заплашен, обвинетиот дошол во подобра позиција. За да не биде така и да не биде доведена државата во полоша позиција отколку што би била да не било заплашувањето, прифатливо е да се читаат писмени изјави од лице кое обвинетиот немал можност да го испраша. Така ќе има *status quo ante*, државата да се стави во позиција во која би била ако не постоело недозволеното дејствие на обвинетиот или оној што работел во негов интерес.

По аналогија, кога ова е вака во полза на државата, нема правна причина истата логика да не важи во сите ситуации кога државата како резултат на недозволено дејствие на органите на гонење се стекнала со подобра позиција отколку што би ја имала да не било незаконитото дејствие. Зашто ако ексклузијата не е опција за полициските злоупотреби туку се бара нивно санкционирање во посебна постапка, тогаш ни воведувањето писмени изјави не треба да биде опција, туку државата треба да гони за заплашување сведоци, попречување на правдата и сл. во посебни постапки. Освен ако наспроти сите тие меѓународни конвенции, декларации и уставни текстови за човекови права, едноставно кажано поголема тежина има јавниот интерес за гонење наспроти заштитата на неотуѓивите човекови права.

Вториот вид е т.н. генерален страв од сведочење, кој е почест во пракса и кој не може се припише на закани дадени од обвинетиот или негови извршители (пр. страв поради озлогласеноста на обвинетиот или неговите соработници). Дури и кај ваков страв којшто не е директен резултат на акт на обвинетиот, сведокот може да биде ослободен од сведочење на судењето, само што судот не смее да се задоволи со постоење субјективен страв кај сведокот, туку мора да спроведе соодветна истрага за да утврди прво, дали имало објективен основ за тој страв или не, и, второ, дали тие објективни основи се поткрепени со докази. Ова затоа што отсуството на сведокот неповолно влијае врз правата на одбраната и пред сведокот да може да биде ослободен од сведочење по основ на страв, судот мора да биде уверен дека сите достапни алтернативи, како што се анонимност на сведокот и други специјални мерки, би биле несоодветни или неспроведливи.¹²⁹⁶

Кај анонимните сведоци Судот е ригорозен, во смисла мерки кои би биле доволни за отсутен, не се доволни за анонимен сведок.¹²⁹⁷

¹²⁹⁶ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, § 124-125; *Horncastle and Others v. the United Kingdom*, A. no. 4184/10, 16.12.2014, § 133; *Asani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 27962/10, 1.2.2018, § 39 - секој субјективен страв на сведокот, кој не треба да се припише директно на заканите од страна на обвинетите, со цел тој сведок да биде ослободен од сослушување на судењето, нема да биде доволен и судовите мора да спроведат соодветни истраги со цел да се утврди, прво, дали има објективни причини за тој страв или не, и второ, дали тие објективни основи се поддржани со докази.

¹²⁹⁷ *Asani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 27962/10, 1.2.2018, § 42 - иако можноста да се постават писмени прашања на сведоците (по добивањето копија од нивните изјави) индиректно преку судот... претставува значајна заштитна мерка понудена на одбраната во врска со испитувањето на отсутен сведок, тоа може да не биде доволно во поглед на сведоците со прикриен идентитет. За нив природата и опсегот на прашањата се значително ограничени поради одлуката да се зачува анонимноста, па можноста понудена на жалителите да им поставуваат писмени прашања на сведоците со прикриен идентитет, не може да се смета како доволна процедурална заштитна мерка за да се урамнотежат ограничувањата со кои се соочуваат во остварувањето на нивното право на одбрана.

Во ситуација каде домашните судови не испитале дали стравот кај сведокот од јавно сведочење и со тоа доделената анонимност навистина биле оправдани (имено дали постоел конкретен страв од дејствија преземени од обвинетиот или од други во негово име, а не апстрактен) не нашол за потребно дополнително да испитува дали процедурите воведени од страна на правосудните органи можеле доволно да ги балансираат тешкотиите со кои се соочила одбраната како резултат на анонимноста на сведоците, туку веднаш ако станува збор за единствен или одлучувачки доказ Судот наоѓа повреда на чл. 6 ст. 1 и 3 г. од ЕКЧП.¹²⁹⁸

Стравот од смрт или повреда на сведокот или друго лице е една работа. Стравот од финансиска загуба веројатно би барал многу строги критериуми и исклучителни ситуации за да се дозволи користење претходна изјава на сведок наместо сведочење *in vivo*.

5.4.1.4. Жртви на дела против половата слобода и морал

Постапките за овие к.д. се посебно сензитивни за жртвите на сексуалните престапи, кои како и обвинетите, имаат права. Мора да се урамнотежи интересот на жртвата наспроти тој на обвинетиот. Повеќекратното испитување може да доведе и вообичаено доведува до натамошна виктимизација на сведокот, зашто тоа значи повторно и повторно пред други да го повторува трауматското искуство.

Судот знаел да го санкционира низ призма на чл. 3 или 8 од ЕКЧП недоволното внимание, а некаде и негрижата на домашните истражни и судски органи чија одговорност е да обезбедат почитување на личниот интегритет на жртвата, посебно кога е малолетна, и соодветно да ја заштитат за време на истрагата и на судењето.¹²⁹⁹

Судот цени дека има случаи во кои принципите на правично судење подразбираат да се направи своевиден баланс помеѓу интересите на одбраната во однос на сведоците или жртвите повикани да сведочат, особено кога се загрозени нивниот живот, слобода, безбедност или интересите што спаѓаат во доменот на чл. 8 од ЕКЧП. Меѓутоа рестрикциите на правата на одбраната мора да бидат строго неопходни и прилагодени за и покрај нив да се осигури дека обвинетиот ќе добие правично судење. Па, за сметка на тешкотиите предизвикани со ограничување на правата на одбраната мора да има доволно противтежни мерки во судската постапка.¹³⁰⁰

Што значи законодавството треба да предвиди различни механизми со кои од една страна ќе се заштити достоинството на жртвата, нејзиниот психички и физички интегритет и право на приватен живот, а од друга страна нема да се подрие правото на обвинетиот на правично судење. Правото жртвата да одбие да сведочи на судењето произлегува од искуството дека барањето детално да раскажува за сексуалниот напад претставува посебен товар кој мора да се сведе на апсолутен минимум. Кривичните постапки за сексуални престапи се товар и тешко искушение за жртвата, особено кога таа неволно се соочува со обвинетиот, кои карактеристики се поизразени во случаи со

¹²⁹⁸ Krasniki v. the Czech Republic, A. no. 51277/99, 28.2.2006, § 76, 80-86.

¹²⁹⁹ B v. Russia, A. no. 36328/20, 7.2.2023, § 46, 47, 50, 55, 60, 62, 67, 68, 69, 71, 72 - поради секундарна виктимизација Судот утврдил повреда на чл. 3 од ЕКЧП. Жртвата која на почетокот од истрагата имала 12 г., морала да учествува во период од 1 г. и 7 м. во повеќекратни интервјуа (12 на број) за нејзината сексуална злоупотреба, да ги повторува нејзините изјави на местата каде што наводно била извршена злоупотребата, лично да ги идентификува и да се соочи со сторителите (по грешка на истражителите за време на една идентификација осомничениот влегол во просторијата во која била) и повторно да биде испрашувана на судскиот процес против еден од нив. За време на постапката нејзината состојба толку се влошила што ѝ биле дијагностицирани посттрауматско стресно растројство, абнормална физичка слабост и недостаток на енергија, анксиозност, депресија, ризик од самоубиство и самоповредување.

¹³⁰⁰ P.S. v. Germany, A. no. 33900/96, 20.12.2001, § 22-23.

малолетни лица. Во оценката на прашањето дали во таква постапка обвинетиот добил правично судење или не, мора да се земе предвид правото на почитување на приватниот живот на наводната жртва.

Затоа, Судот прифаќа дека во кривичната постапка за сексуална злоупотреба може да се преземат одредени мерки заради заштита на жртвата, под услов таквите мерки да се усогласат со соодветно и ефективно остварување на правата на одбраната. Во тој контекст тој не нашол повреда кај оние држави во кои постапката е така уредена да жртвата може да одбие повторно да биде сослушана за делото, а била испитана во претходна постапка, нејзиниот исказ бил видео снимен, обвинетиот или неговиот бранител имале можност барем еднаш да ѝ постават прашања било директно, било преку другите учесници во постапката.¹³⁰¹ Со ваквиот пристап согласен е и Тречсел.¹³⁰²

Потребно е балансирање на интересите на обвинетиот и на жртвата. Така, само видео снимањето на нејзиниот исказ и неговото прикажување на судењето не се смета за доволна противтежна мерка, зашто без да ѝ се овозможи на одбраната барем посредно да ѝ постави прашања, обвинетиот се лишува од правото на правично судење.¹³⁰³ Спротивно на претходното, пристапот кој го имале домашните органи каде жртвата повеќекратно била испрашувана за настаните од полиција, истражен судија, од бранителот на обвинетиот и самиот обвинет, не води сметка за нејзиниот личен интегритет и заштита на нејзините права и интереси по чл. 8 од ЕКЧП.¹³⁰⁴

Посебно внимание треба да се посвети таму каде осудата се заснова исклучиво или во одлучувачки степен на доказ од лице кое обвинетиот немал можност да го испита во ниедна фаза на постапката, бидејќи токму во такви ситуации правата на одбраната би биле ограничени до мера некомпатибилна со гаранциите од чл. 6. Па, ако противтежните мерки не се преземени¹³⁰⁵ или тие што се преземени се незадоволителни¹³⁰⁶ ќе има повреда на чл. 6 од ЕКЧП.

Нашиот ЗКП во чл. 54 дава можност за посебна процесна заштита на дете кое било жртва на трговија со луѓе, насилство или сексуална злоупотреба или кога има потреба од посебна грижа и заштита, сè со цел тоа да се заштити од секундарна виктимизација, а воедно и да се почитува правото на правична постапка на обвинетиот. Така со одлука на

¹³⁰¹ Aigner v. Austria, A. no. 28328/03, 10.5.2012, § 7-8, 13, 32, 37, 39, 42, 45-46.

¹³⁰² Trechsel, 2005, стр. 322.

¹³⁰³ D. v. Finland, A. no. 30542/04, 7.7.2009, § 50-52.

¹³⁰⁴ Y. v. Slovenia, A. no. 41107/10, 28.5.2015, § 101, 105-116.

¹³⁰⁵ A.M. v. Italy, A. no. 37019/97, 14.12.1999, § 7, 9, 13-14, 26-28 - апликантот бил осуден за полов напад на малолетник и непристојно однесување на јавно место на база на писмени изјави на посредни сведоци (мајката и психотерапевтот на детето) добиени со меѓународна правна помош, кои претставувале единствен доказ за осудата. Одбраната немала прилика да ги испита сведоците во ниедна фаза на постапката; Kovač v. Croatia, A. no. 503/05, 12.7.2007, § 30-33 - апликантот бил осуден зашто сторил друго полово дејствие врз дете, а единствен доказ бил исказот на жртвата даден пред истражен судија. Тој немал можност ни за време на истрагата ни на судењето да ја испита жртвата сам или преку трето лице, а не му било овозможено ни да го следи начинот на испитување на детето додека тоа се одвивало. Бидејќи не било снимано ниту тој ниту расправниот суд не биле во состојба да го посматраат испитувањето за самите да стекнат сопствен впечаток за нејзината веродостојност, записникот од испитувањето не претставувал автентична верзија на исказот на жртвата пренесена со нејзините сопствени зборови, туку верзија која со свои зборови ја составил истражниот судија и која по стил не може да го одразува начинот како се изразува жртвата, па не можел да пружи целосна и вистинска слика ни на расправниот судија ни на жалбениот суд.

¹³⁰⁶ P.S. v. Germany, A. no. 33900/96, 20.12.2001, § 24-32 - повреда на чл. 6 ст. 1 и 3 г. бидејќи осудата се засновала на посредни одлучувачки докази, исказот од мајката на осумгодишното девојче за она што ѝ го кажало девојчето и за нејзиното однесување по настанот, жртвата на сексуална злоупотреба не била испитана од судија, одбраната во ниту една прилика немала можност посредно да ѝ постави прашања, ниту да го посматра нејзиното држење за време на испитувањето, вештиот наод за кредибилноста на нејзиниот исказ бил изготвен 18 месеци по настанот.

суд неговиот исказ може видео и тонски да се снимат и потоа да се користи како доказ во постапката. Своевидна гаранција се смета учеството на судот, бидејќи направената видео-тонска снимка од даден исказ пред ЈО, без претходна одлука на суд, е незаконит доказ, кој не може да се употреби во судска постапка.¹³⁰⁷

Реално овие предмети претставуваат проблем за правдата. Се работи за сериозни дела кои може да имаат уништувачки психолошки ефект врз жртвите (особено ако се малолетни) со несогледливи последици врз нивниот живот во иднина.¹³⁰⁸ Затоа и не случајно санкциите се високи. Но, последново јасно укажува колкави се ризиците од погрешни осуди, кои исто така се девастирачки за невино осудено лице.

Од една страна се признава дека „вкрстеното испрашување е најнефективниот начин за утврдување на веродостојноста на доказот на сведокот“ и дека „е заведувачки лесно да се заклучи дека не може да има одговор на случај на кој сте ја слушнале само едната страна“.¹³⁰⁹ Од друга страна прифаќаме посебен третман на жртвите кој секако е исправен, бидејќи освен што штитиме јавен интерес за гонење, заштитуваме и посебно право од чл. 8 кај нив. Затоа не смееме да останеме само на пароли од типот постапките треба да вклучуваат „мерки заради заштита на жртвата, под услов таквите мерки да се усогласат со соодветно и ефективно остварување на правата на одбраната“ без да дадеме некои практични идеи.

Кај овие дела често пати не постојат материјални докази, а ни сведоци, па одлуката на судот која нималку не е лесна, се сведува на тоа кому повеќе ќе му верува, на наводната жртва или на наводниот сторител. Колку е поголема важноста на доказот, толку е поголема потенцијалната неправедност по обвинетиот ако се дозволи сведокот да биде отсутен од судењето, и е поголема потребата заштитните мерки да осигураат правилна проверка и оценка на веродостојноста на доказот.¹³¹⁰ Оттука, ако ја исфрламе конфронтационата клаузула од судењето, можеби е добро да се размисли барем во фазата на истрага на доброволна основа да дозволиме полиграфското тестирање.¹³¹¹ Впрочем и

¹³⁰⁷ АС Скопје КЖ.бр.499/17 од 5.6.2017 г. (потврдено решение за издвојување К-80/17 од 13.4.2017 г. на ОС Велес); Под ревиктимизација се подразбира изложување на опасност лицето да биде жртва на повеќе инкриминирачки дејствија во текот на определен период, додека секундарна виктимизација подразбира виктимизација која не се јавува како директен резултат на к.д., туку преку одговорот, односот, третманот на институциите и поединците спрема жртвата - Калајџиев/ Лажетик/ Неделкова/ Денковска/ Тромбева/ Витларов/ Јанкуловска/ Кадиев, 2018, стр. 159-160.

¹³⁰⁸ Во тој контекст оправдана е одлуката да не се сослуша непосредно на главниот претрес малолетната оштетена, силувана од повеќе лица, бидејќи според наодот на лекар специјалист освен тешките телесни повреди претрпела и тешка психичка траума, па со повикувањето повторно да сведочи за настанот нејзината состојба уште повеќе би се влошила - ВС Србија Кж. I 829/74 од 19.2.1974 г. кај Vasiljević/ Grubač, 1987, стр. 539. Коментаторите посочуваат уште еден предмет на полово насилство и укажуваат дека во ситуации кога исказот на сведокот е важен, а траењето на пречката временски ограничено треба да се одложи претресот, наместо да се чита претходно дадениот исказ.

¹³⁰⁹ Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, § 115, 142.

¹³¹⁰ Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, § 139.

¹³¹¹ Слично и Marina, 1971, стр. 658-659; Полиграфските тестови се потпираат на хипотезата дека човековото тело физиолошки дава различни симптоми кога некој лаже. Кога се спроведува полиграфски тест, механички апарат ги снима физиолошките промени на субјектот, а лицето што го спроведува испитувањето ги толкува податоците. Техниките за мерење на физиолошките промени се разликуваат во нивните фокуси, кои може да вклучуваат дишење, крвен притисок, кардиоваскуларна функција и отпорност на кожата. Полиграфскиот апарат ги снима промените на една или повеќе точки на интерес, а техничар потоа ги анализира резултатите за да заклучи дали одговорот бил вистинит - Bush, 2006, стр. 540, 543, 546. Посочува дека 27 држави и Дистриктот Колумбија забрануваат доказ со полиграф. Во овој дистрикт е и првиот судски случај воопшто во кој во 1923 г. бил исклучен доказ со полиграф. Судовите во Цорџија не прифаќаат полиграфски докази на судење, освен ако и двете странки поинаку не се договорат. Од 1980 г. во САД постои тренд на либерализација на сведочења поврзани со научни практики и како пр.

чл. 52 (чл. 143) од ЗИД/04 на ЗКП/97 дозволуваше полиграфско испитување на осомничениот со негова писмена согласност, а Законот за полиција (чл. 28 т.20, 65-а, 65-б, 65-в, 128 ст.1 ал.11) сè уште дозволува. Често пати истрагата не е имуна ни на незаконити докази, така што не би претставувало проблем од гледна точка на правдата ако се обидеме со дополнителни средства да ја откриеме вистината за еден пријавен настан. Што се однесува за судењето, резултатите во прво време може да не се користат за докажување на главниот случај, туку за дискредитација или проверка на кредибилитетот.¹³¹²

Полиграфите предизвикуваат главно два проблеми. Првиот е структурен, имаат тенденција да го заменат судот кој всушност треба да ја донесе одлуката за фактите. Вториот е епистемолошки, имаат одредена маргина на грешка и можат да дадат неверодостојни резултати.¹³¹³ Но, ако тоа се основните причини да не се прифатат на судење, тие не се пречка во рамките на истрагата да ги поттикнат истражните органи со особено внимание и претпазливост да ја проверат верзијата која не го поминала тестот (пр. кога осомничениот негира дека сторил к.д. и поминал на полиграф, посебно внимание треба да се посвети на оној што го обвинил). Впрочем сведочењата и препознавањата се докажано најранливи доказни средства од гледна точка на нивната точност, па во недостиг на подобри сè уште се користат. Оттаму вистинското прашање не е дали доказот е подложен на грешка, бидејќи нема безгрешни докази, туку дали стапката на грешка е прифатлива.

Фактот што полиграфските тестови не се 100% прецизни, не треба да е пречка резултатите да ги анализираме низ призма на принципот *in dubio pro reo*.¹³¹⁴ Баер истакнува уште еден приговор, дека со ваквото испитување се навлегува во интимната сфера на обвинетиот од кој не се добива слободен исказ, бидејќи освен што се регистрира изјавата која слободно ја дава, се добиваат податоци на темел на неговите несвесни реакции кои тој не сакал да ги даде.¹³¹⁵ Меѓутоа така гледано, би требало да се забранат сите дијагностички методи кои присилно се преземаат спрема обвинетиот, како што се анализа на крв, ДНК и сл. секогаш кога тој нема да сака доброволно да се подложи на нив. И побитно, обвинетиот може слободно, волево и интелегентно да се откаже од

ја цитира одлуката на *BCC Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987) која отфрлил, по уставна основа, доказни правила што забранувале сведоштво добиено по хипноза.

¹³¹² Пример, ако обвинетиот даде свој исказ во кој го спори делото, а пред тоа паднал на тестот кој сам го барал. Или кога обвинетиот сведочи дека не го сторил делото, а владата во вкрстеното испрашување го оспорува неговиот кредибилитет повикувајќи се на поранешни дела, тогаш тој може да го поддржи сопствениот кредибилитет со употреба на полиграфски докази; Воените случаи се особено уникатни во оваа област бидејќи Конгресот и дал изречно овластување на војската да спроведува полиграфски тестови на својот персонал, па воените судови биле помалку склони да ги отфрлаат овие докази како неверодостојни. Тие дури ги прифаќале резултатите од полиграфот како доказ за вистинитоста на обвинетиот за време на полиграфското испитување - *Bush*, 2006, стр. 548 (цитира одлуки од 90-те години на XX век во овој контекст); Судечкиот совет на МТПЈ во предметот *Налетилиќ и Мартиновиќ* на 27.11.2000 г. одлучил дека обвинетиот нема право да бара да биде подвргнат на полиграфско тестирање - *Кгарас*, 2012b, стр. 189 (според коментаторите причина за таквото стојалиште биле сомнежите во сигурноста на полиграфот како средство на вистината).

¹³¹³ Националната академија на науките во САД во извештај од 2003 г. констатирала дека полиграфските докази се веродостојни во многу околности - *Bush*, 2006, стр. 553.

¹³¹⁴ *Grubiša*, 1966, стр. 335 - секој сомнеж во поглед на постоењето на фактите ќе се одрази на начин поповолен за обвинетиот. Сите факти кои одат на негова штета мора да бидат извесно утврдени, а ако не се утврдат така (ако постои сомнеж околу нивното постоење) ќе се земе дека не постојат. Напротив, сите факти кои одат во корист на обвинетиот, ако се појават како можни, а таа можност не се успее извесно да се исклучи, мора да се земат дека постојат.

¹³¹⁵ *Bayar*, 1986, стр. 84, за полиграфското испитување види повеќе на стр. 79-89.

своето право. Овде се откажува од правото да молчи и од правото другите да немаат увид во неговите несвесни реакции.

Тречсел е противник на употребата на полиграфи од две причини. Смета дека присилувањето некој да оди на полиграф е деградирачко постапување и второ, иако не исклучува ситуации некој кој тврди дека е невин сам да побара тестирање за да го зајакне кредибилитетот на сопствената одбрана, цени дека не треба да се прифати барањето, поради можноста неповолно да се одрази во други случаи, имено ако обвинет не побара сам такво нешто да се толкува на негова штета.¹³¹⁶ Баер не се согласува со овој втор приговор и цени дека ако сме доследни треба да го забраниме и испитувањето на обвинетиот, бидејќи подразбира пресија врз него да зборува иако има право да молчи. Смета дека полиграфското тестирање на обвинет или сведок може да се користи само со нивна согласност исклучиво како помошно истражно средство, а не и во доказни цели (имајќи ја во вид несигурноста во самиот метод и во толкувањето на резултатите).¹³¹⁷

5.4.2. Правило за единствен и одлучувачки доказ

Ако пресудата се заснова на исказ на лице кого обвинетиот самиот или преку бранител немал можност да го сослуша, а таквиот исказ бил клучен доказ за осуда, несомнено е дека правата на одбраната биле ограничени и во однос на ова нема логика да се спори.

Прашањето е дали ваквиот хендикеп 1) автоматски ја прави осудата неправична, што би се рекло потребно е апсолутно ексклузивско правило или 2) не ја прави во начело неправедна, туку напротив можеби апсолутна ексклузија би ги подрило легитимитетот на судот и праведноста на постапката која треба да обезбеди невините да бидат слободни, но и виновните да одговараат.

До Ал-Каваја и Тахери во однос на недостапните сведоци праксата била следна:

а) ако не постои добра причина за неможноста да се испита сведокот, дури и онаму каде доказот на отсутен сведок не бил единствен или одлучувачки ќе постои повреда на чл. 6 ст. 1 и 3 г. (ова правило како да било мотивирано од дисциплински причини, зашто ако сведокот не бил единствен или одлучувачки доказ, тогаш од епистемолошка гледна точка и не бил толку битен).

б) ако не постои добра причина или нема оправдување да не се повика, идентификува или испита засегнатиот сведок, онаму каде доказот на отсутен сведок бил единствен или одлучувачки ќе постои повреда на чл. 6 ст. 1 и 3 г. (имено, штом е така за понезначаен доказ за одлуката „а“ дотолку повеќе ќе е така за релевантен - и во ваков

¹³¹⁶ Trechsel, 2005, стр. 350.

¹³¹⁷ Bayer, 1986, стр. 85-88. На стр. 88-89 го изнесува своето гледиште дека ниту Уставот ниту ЗКП не забрануваат МВР да се ползува со овој метод како помошно истражно средство и со согласност на лицето што се испитува; Марина, 1978, стр.243 - исто така смета дека не треба да се забрани употребата на полиграф, дека податоците добиени со него не се доказ, туку упатуваат на изворите на сознанија кои можат да бидат докази; Слично и Матовски, 2005, стр.29-32 цени дека резултатите од полиграфското тестирање сами за себе не се доказ во постапката, туку индиција која упатува на други докази; Vasiljević, 1971, стр. 302-303, 448-449 - е против ова средство поради малата доказна вредност и што одбивањето може да се толкува како индиција за вина, резултатите од полиграфското тестирање не претставуваат доказ во кривичната постапка, но може да се користат како помошно средство во откривање на к.д.; За Kobe, 1974, стр. 651-652 - е неприфатлив бидејќи процесно дејство може да има само оној исказ кој е израз на самоопределување, релативно самоконтролиран, свесен, волев и без посредство на модерни техники и методи кои доведуваат до дехуманизација во процесните односи; За споредба и во Германија не е дозволено испитување на обвинет со помош на детектор на лаги - Bradley, 1983, стр. 1050.

случај треба да се обезбеди и сослуша сведокот или да се издвои доказот од отсутниот сведок).¹³¹⁸

в) дури и кога има оправдување да не се повика сведокот за да се испита *viva voce* и е преземена противтежна процедура за да се компензира хендикепот на одбраната, осудата не треба да се заснова единствено или во одлучувачка мера на доказ од анонимен сведок (овој став го зазел Комитетот на Министри на СЕ,¹³¹⁹ а и Судот го прифатил во Дорсон¹³²⁰ каде сепак не нашол повреда на чл. 6 од ЕКЧП зашто имало други поткрепувачки докази).

Последниот став под „в“ Судот конечно го напуштил во Ал-Каваја и Тахери. Па, во случаи на оправдано недостапен клучен сведок, чиј исказ е единствен и одлучувачки за предметното обвинение повеќе не прифаќа апсолутно ексклузивско правило како ВСС. Воедно го изменил и ставот под „а“.

Фактички „ЕСЧП го востановил правилото за единствен и одлучувачки доказ како тест за испитување на допуштеноста на доказот на претпоставката дека осудата, која во целост или во одлучувачка мерка се темели на исказот на сведокот кој одбраната лично не го испитала, не би била сигурна, а со тоа ни согласна со Конвенцијата, бидејќи нетестираните докази општо се несигурни и опасни“.¹³²¹ Оваа констатација која е неспорна и точна, само го потврдува она што погоре го заклучив за материјалните докази добиени со повреда на чл. 8, дека за Судот битна е веродостојноста на доказите, односно правичноста сфатена како материјално-правно начело (праведност од аспект на точноста на исходот). Ова уште повеќе се воочува од анализата на одлуките на Судот кои по Ал-Каваја и Тахери ја менуваат и допрецизираат јуриспруденцијата во однос на недостапните сведоци.

Така со право е допрецизиран ставот под „а“ зашто не секоја повреда предизвикува ист ефект во постапката. Отсуството на добра причина за неприсутност на сведокот, не може само по себе да биде доказ за неправично судење, но е многу важен фактор кој треба да се мери во рамнотежата при оценката на целокупната правичност на судењето и нешто кое би можело да предизвика нерамнотежа во корист на утврдување на повреда.¹³²² Пример, недостатокот на добра причина за отсуство на сведок на обвинителството не ќе се смета решавачки за неправедноста на судењето, ако сведочењето на тој сведок очигледно не било важно за исходот на случајот.

Целосно е напуштен ставот на судот под „в“ па во иднина допуштањето да се изведе на судењето изјава по слушање која е единствен или одлучувачки доказ против обвинетиот, нема по автоматизам да резултира со повреда на чл. 6.¹³²³ Се смета дека не би било коректно кога се прегледуваат прашања на праведност правилото за единствен или одлучувачки доказ да се примени на нефлексибилен начин, со игнорирање на

¹³¹⁸ *Trampevski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 4570/07, 10.7.2012, § 44-45, 49-50 - судот нашол повреда на чл. 6 ст. 3 г. бидејќи осудата била заснована во пресудна мера на изјавите на сведоци кои обвинетиот немал можност да ги испита; Како позитивен пример заслужува да се наведе дека по разгледување на оваа одлука кривичниот оддел на АС Битола се обратил до сите судови во рамките на своето апелационо подрачје со барање истражните судии во иднина без исклучок да овозможат осомничениот и бранителот да присуствуваат на испитувањето на сведоците за на таков начин да се овозможи правото на соочување со сведоците - Билтен за 2012, АС Битола, 2012, стр. 24-26.

¹³¹⁹ Препорака II (2005) 9, § 21.

¹³²⁰ *Doorson v. the Netherlands*, A. no. 20524/92, 26.3.1996, § 76, 83.

¹³²¹ УСРХ У-I-448/2009 од 19.7.2012, § 150.

¹³²² *Schatschaschwili v. Germany*, A. no. 9154/10, 15.10.2015, § 113; *Bátěk and Others v. the Czech Republic*, A. no. 54146/09, 12.1.2017, § 39; *Štulíř v. the Czech Republic*, A. no. 36705/12, 12.1.2017, § 55, 62; *Asani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 27962/10, 1.2.2018, § 46.

¹³²³ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, § 147; *Hümmer v. Germany*, A. no. 26171/07, 19.7.2012, § 45; *Schatschaschwili v. Germany*, A. no. 9154/10, 15.10.2015, § 106.

спецификите на засегнатиот правен систем и неговите доказни правила, зашто така би се трансформирало во тап и неселективен инструмент кој делува спротивно на традиционалниот начин на којшто Судот му пристапува на прашањето на генералната праведност на постапката, имено да се одмерат на вага конкурентските интереси на одбраната, жртвата, сведоците, и јавниот интерес за ефективно правосудство.¹³²⁴

Што ќе рече, апсолутното и облигаторно ексклузивско правило кое според прецедентното право на Судот постоеше за ваквите изјави сега е спуштено еден степен подолу и трансформирано во условно, при што прифаќањето ваков доказ казуистички ќе треба да се одмери, извага наспроти процедуралните заштитни мерки и другите противтежни фактори.

Па, наместо нефлексибилниот и неселективен пристап кој го заговарал во Дорсон, а кој *in abstracto* повикувал на ексклузија на единствениот или одлучувачки доказ од отсутен сведок, судот во иднина при вакви случаи ќе се води од неколку принципи кои ако добро се согледаат овозможуваат голема пропустливост.

Откако прво ќе се испита 1) дали постоела добра причина за неприсуството на сведокот и за прием на негови нетестирани изјави и 2) дали тој доказ бил единствен или одлучувачки основ за осудата, треба да се одговори 3) дали имало доволно противтежни фактори, вклучително силни процедурални заштитни мерки, за да се компензира хендикепот предизвикан на одбраната како резултат на признавањето на непроверени докази и да се обезбеди дека судењето како целина, било праведно.¹³²⁵

Тие противтежни фактори во суштина треба да овозможат правична и правилна проценка на веродостојноста на доказите.¹³²⁶ Треба да се земе предвид начинот на кој постапката како целина се водела од домашните органи, како биле применети законските заштитни мерки (пр. кај анонимните сведоци)¹³²⁷ и дали за евентуалните отстапки на правата на одбраната пред јавниот интерес и биле дадени процедурални можности да им се спротивстави на хендикепите под кои работела.¹³²⁸

Противтежните фактори доволни да се компензира хендикепот за одбраната при прифаќање нетестирани докази од недостапен сведок сумирани, поедноставени и појаснети во понов случај се: а) пристапот на домашниот суд, б) достапност и тежина на други инкриминирачки докази и в) процедурални мерки преземени за да се компензира неможноста одбраната вкрстено да го испраша сведокот.¹³²⁹

¹³²⁴ Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, § 146.

¹³²⁵ Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, § 119-147; Lučić v. Croatia, A. no. 5699/11, 27.2.2014, § 73; Horncastle and Others v. the United Kingdom, A. no. 4184/10, 16.12.2014, § 139; Schatschaschwili v. Germany, A. no. 9154/10, 15.10.2015, § 107.

¹³²⁶ Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, § 147; Schatschaschwili v. Germany, A. no. 9154/10, 15.10.2015, § 125.

¹³²⁷ Ова подразбира постоење посебна верификациона постапка во која одбраната ќе има прилика да ја оспори потребата од анонимизација на сведокот пред судот да донесе одлука за начинот на негово сослушување, а и потоа за оспорување на кредибилитетот и веродостојноста на сведокот. Во РСМ според чл. 400 ст. 1 од ЗКП пресудата не смее да се заснова само врз исказ на ваков сведок; Слично и во Црна Гора види кај Rakočević, 2006, стр. 1126-1127.

¹³²⁸ Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, § 143-145.

¹³²⁹ Како примери кои Судот ги дал во Schatschaschwili v. Germany, A. no. 9154/10, 15.10.2015, § 126-131, 145 - се: за пристапот на домашниот суд - а.1) судот треба со претпазливост да пристапи кон ваквите докази, а.2) да покаже свесност дека неговите изјави имаат помала тежина, а.3) да даде детално образложение зошто нив ги смета за веродостојни, притоа имајќи ги предвид и другите достапни докази, а.4) да се прикаже на судењето видео снимка од сослушувањето на отсутниот сведок во фаза на истрага, со цел да им се овозможи на судот, обвинителството и одбраната да го набљудуваат однесувањето на сведокот што се испитува и да формираат свој сопствен впечаток за неговата веродостојност; за достапност и тежина на други инкриминирачки докази - б.1) сведоштва од лица на кои отсутниот сведок ги пријавил настаните веднаш по нивното случување, дополнителни материјални докази обезбедени во врска со делото

Да сумирам, Судот не прифаќа автоматско ексклузивско правило за изјавите дадени од недостапните сведоци, како што е тоа со изјавите добиени со повреда на чл. 3 од ЕКЧП. Во овој сегмент *ex iudicio* ќе треба да се оценуваат повеќе околности за да се утврди дали е направен правилен баланс помеѓу правото на правична постапка на обвинетиот со потребата на општеството да ги гони сторителите на к.д. На овој начин, со новото поимање на правилото за единствен или одлучувачки доказ од недостапно лице, Судот очигледно смета дека ќе се постигне потребната рамнотежа помеѓу од една страна интересите на жртвата и општеството сторителот да не биде имун од осуда ако сведокот оправдано не може *viva voce* да даде изјава и од друга страна барањето за правична или фер постапка.

Мора да се согласам со гледиштето на Судот, зашто во суштина праведна постапка не е таква која ќе доведе до слобода на виновен сторител благодарение на за него среќна околност (настан кој не зависи од државата како што е починат или недостапен сведок), туку која ќе му овозможи фер судење во кое со примена на сите гаранции надвор од разумно сомневање ќе се утврди неговата вина. Дури и да се скрати некаде, да се земе малку од некое право од одбраната, ако тоа се надомести уште повеќе во ликот на друго право или на друга страна повторно би се вратил балансот на вагата и не би се нарушила правичноста. Затоа во делот на конфронтационата клаузула, правилен начин за проверка дали биле применети сите гаранции и соодветен лек во случај да не биле, не е преку *ex lege* туку по пат на *ex iudicio* ексклузивско правило. Мерките ќе треба да се оценуваат казуистички од случај до случај.

Може да се каже дека Судот напуштајќи го правилото за единствен или одлучувачки доказ кое секако е на штета на одбраната, решил да не ја отежне уште повеќе нејзината положба. Тоа се воочува од линијата на размислување во поновите случаи. Имено ако се споредат сите противтежни фактори, и тоа на една страна а) пристапот кој го имал домашниот суд во оцената на ваквите докази и б) достапноста на други инкриминирачки споредни докази, а на друга в) процедуралните мерки преземени за да се компензира неможноста одбраната вкрстено да го испраша сведокот, на тасот како да натежнува последново.¹³³⁰ Изјавата од неконфротиран сведок треба да се користи само како последно средство. Од една страна точноста никогаш не била тестирана преку вкрстено испитување, а од друга испитувањето на полициските

(пр. форензички докази, ДНК докази, експертски мислења за повредите или кредибилитет на жртвата), б.2) важен фактор кој ја поддржува изјавата на отсутен сведок би било постоењето големи сличности помеѓу описот на отсутниот сведок за наводното дело извршено против него и описот даден од друг сведок со кој немало докази за дослух, за споредливо дело извршено од истиот обвинет, дотолку повеќе ако вториот сведочел на судењето и веродостојноста на неговото сведоштво била тестирана со вкрстено испитување и за процедурални мерки преземени за да се компензира неможноста одбраната вкрстено да го испраша сведокот - в.1) можноста одбраната да го испраша сведокот во фазата на истрага, за да се спречи ризикот ако клучниот сведок не биде достапен да даде исказ на судењето, в.2) можноста одбраната во текот на судењето индиректно да му поставува прашања на отсутниот сведок, пр. во писмена форма, в.3) обвинетиот мора да има можност да даде своја верзија на настаните и да фрли сомнеж во веродостојноста на отсутниот сведок, укажувајќи на каква било недоследност или контрадикторност (неусогласеност, противречност) со изјавите на другите сведоци и в.4) онаму каде што идентитетот на сведокот ѝ е познат на одбраната, да ѝ се даде можност да ги идентификува и истражи сите мотиви што сведокот може да ги има за лажење за ефективно да го оспори неговиот кредибилитет.

¹³³⁰ *Schatschaschwili v. Germany*, A. no. 9154/10, 15.10.2015, § 40, 161-165 - постоеле придружни докази, домашниот суд со особена внимателност пристапил при оценка на кредибилноста и веродостојноста на исказите на отсутните сведоци, покрај што биле прочитани нивните изјави, бил сослушан истражниот судија и 3 полициски службеници пред кои тие ги дале изјавите, а на околност дека сведоците биле кредибилни, апликантот имал можност да претстави своја верзија на настаните, но сепак Судот утврдил повреда на чл. 6 ст. 1 и ст. 3 г. од ЕКЧП.

службеници или судијата пред кој недостапното лице неа ја дало е далеку од доволна противтежна, компензирачка мерка за таквиот недостаток.

Веродостојноста при репродуцирањето на изјавата на отсутен сведок преку сведок по слушање, покрај од проблемите кои постојат во однос на основниот сведок, дополнително е зависна и од дарбата за сфаќање на личноста која слушала, нејзината вистинољубивост, способност за паметење и верно репродуцирање. Сведокот по слушање не може да репродуцира повеќе од она што му е кажано. Дури и за тоа не може да каже дали е вистинито.¹³³¹ Буквално да го повтори слушнатото само по себе е многу тешко, поверојатно е да ја каже смислата на слушнатото. Но, смислата со која му е кажано може да е подруга од смислата со која го чул. Ако не успее точно да го репродуцира, ако каже нешто повеќе или поинаку, тоа ќе биде свесно или несвесно додадено или изменето од него на база на неговата имагинација, сфаќања, емоции, субјективни вредности со кои го обработил слушнатото.

Што да се каже за сведоците по слушање, кога резултатите од истражувањата и за основните сведоци, како експериментот спроведен од познатиот теоретичар Франц фон Лист на Правниот факултет во Берлин покажале голем степен на неверодостојност на исказите на сведоците со она што реално се случило.¹³³² Од поновите студии треба да се спомене таа на американската професорка Ненси Комбс во 2010 г. за изведувањето на доказот со сведочење пред МКТП и интернационалните трибунали за Сиера Леоне (SCSL) и Источен Тимор (UNTAET SCP) во која дошла до загрижувачки емпириски резултати за веродостојноста на овој најзначаен доказ на кој се темелеле пресудите пред тие судови „дека повеќе од 50% од сведоците во сите тие случаи на расправите дале различен исказ од претходните изјави и искази“.¹³³³ Дјук, Ли и Пејџер не се согласуваат со широко распространетото верување на научниците и практичарите дека најчеста причина за погрешните осуди се неточните препознавања. Тие се честа причина, што се покажало од т.н. ДНК ослободувања, меѓутоа како доказно средство се користат во мал број предмети. За разлика од нив сведоштвата кои опишуваат минати разговори или нечии изјави се докази безмалку во сите предмети, а главни во предметите што вклучуваат измами, поткуп, закани и сл. Анализирале повеќе научни трудови и истражувања, посебно од областа на психологијата, и дошле до заклучок дека токму ваквите конвенционални сведочења како најчесто користени докази, имаат уште поголема веројатност да доведат до погрешни заклучоци кај поротниците кои се склонили да им веруваат.¹³³⁴

„Денес е создаден сигурен и доволно проучен заклучок, дека исказот на сведок поради грешките во перцепцијата, сеќавањето и репродукцијата, поради евентуалната небрежност или поради недоволната упатеност на судијата во неговата оценка е сосема несигурно и опасно средство. Недостатоците на сведоците не само што се согледуваат се повеќе, туку и објективно растат се повеќе“.¹³³⁵ „Виновникот и недобронамерниот сведок сакаат да излажат, совесниот сведок често несвесно изнесува невестина, додека материјалната индиција по правило е, објективна, реална, без страсти, афекти, интереси, намери и субјективизми“.¹³³⁶

¹³³¹ Водинелиќ, 1985, стр. 629-631 - посочува автори кои се залагаат за недопуштеност на ваков доказ; Повеќе вреди еден сведок кој видел, отколку десет што слушнале (*Pluris est oculátus testis unus quam aurítí decem*) - Plaut., Truc. 410 кај Vilhar, 1991, стр. 218.

¹³³² Bayer, 1986, стр. 177-178; Водинелиќ, 1985, стр. 918 - посочува истражување објавено во дело од Криминалистиката од 1938 г. во кое според направени испитувања било утврдено дека од сите сведочења 70% се делумно неточни, а останатите изразито погрешни.

¹³³³ Combs, N. A., *Fact-Finding Without Facts*, 2010, стр.105, кај Крпач, 2012b, стр.190-191.

¹³³⁴ Duke/ Lee/ Pager, 2007, стр. 1-2, 6-7, 12, 14-17, 21, 37, 45.

¹³³⁵ Vasiljević, 1971, стр. 359.

¹³³⁶ Водинелиќ, 1985, стр. 721, 723, 729 - сепак признава дека и материјалната трага (секоја материјална промена настаната при извршување на к.д.) може да измами, односно да биде фингирана, симулирана,

Сето ова укажува на ризикот којшто постои од прифаќање доказ по слушање.¹³³⁷ Но, премногу би било en bloc да се отфрли зашто постојат ситуации кога на ваквиот доказ не ќе може да му се оспори веродостојноста (жртва од сообраќајка пред да почине кажала на друг каква марка, боја или регистрација било возилото што ја удрило и сл.).

Не можеме да негираме дека сведоците се едно од најчесто користените доказни средства¹³³⁸ и дека без нив практично би се откажале од гонење на многу к.д., што секако не е од интерес на никого, а најмалку на чесните граѓани кои од државата очекуваат да ги заштити нивните уставни и законски слободи и права.

Што би било најправилно? Да се прифати доказ од нетестиран сведок, а само по исклучок да се отфрли или да се отфрли, а само по исклучок да се прифати. Едното со другото не е исто, а одлуката кое од овие две би го прифатиле ќе наложи различни решенија во пракса. Во првиот случај товарот би го имала страната која ќе треба да го убеди судот во неприфатливоста на доказот што во начело е прифатлив, а во вториот товарот ќе е на страната која бара употреба на доказот. Таа ќе треба да објасни зошто, поради кои посебни, специфични околности и причини доказ кој по правило не е прифатлив треба да се вклучи во доказната зграда баш во тој конкретен случај.

Јас сум за втората варијанта. Инаку, барањето за споредба на противтежните фактори и посебните процедурални мерки би било само една форма лишена од секаква смисла. Само така исклучокот ќе се применува рестриктивно, како што и треба.¹³³⁹ Во спротивно правилото ќе стане исклучок, а исклучокот ќе го проголта правилото. Дотолку повеќе што кога граматички се гледа чл. 6, одредбата не познава ограничување на конфронтационата клаузула.¹³⁴⁰

наместена, инсценирана, подметната... делумно уништена. На страни 865-866 посочува примери од пракса за начините како криминалците сакале да ги доведат во заблуда истражните органи, пр. еден осуденик сакајќи да ја нападне научната вредност на дактилоскопијата на свој „колега“ кој излегувал од затвор му дал скршено стакло со свој отпечаток. Овој при провална кражба кај скршеното стакло го подметнал и тоа што му било дадено. Фингирањето било откриено на тој начин што стаклото било нешто подебело од тоа на скршениот прозор.

¹³³⁷ Дури ни инквизиторната постапка не ги прифаќала сведоците по слушање. Во прв ред причината била што изворниот сведок не положил заклетва, а таа од XII век била најважната гаранција за вистинитоста. Другата била што судот преку сведокот по слушање не бил во можност да го следи сведочењето на изворниот сведок. Имено тогаш при испитувањето се воделе два записници, еден во кој ги наведувале одговорите на сведокот и друг записник за гестикации и мимики во кој се забележувале невербалните комуникации на сведокот, пр. се зацврвил на конкретното прашање и сл. Тоа не било можно со деривирани докази - Damaška, 2001, стр. 46-47.

¹³³⁸ Pavišić, 2008, стр. 565 - најзастапен и практично најважен доказ; Uputstva za Nemački krivični postupak, 2013, стр. 224 - изведувањето на доказ со сослушување на сведокот претставува едно од најважните доказни средства.

¹³³⁹ Bayet, 1988, стр. 77 - одредбите кои пропишуваат исклучоци од правилото, треба да се толкуваат рестриктивно; Слично и Dimitrijević, 1981, стр. 53.

¹³⁴⁰ Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011, (Joint partly dissenting and partly concurring opinion of Judges Sajó and Karakaş) - треба да се нагласи дека чл. 6 ст. 1 и 3 г. егзистира во контекст на вродената нерамнотежа на моќ меѓу обвинетиот и Државата. Силата двигател зад чл. 6 е премисата дека интересот на правдата нема правилно да го заштити обвинетиот од опасноста од неправедно судење и неправилна осуда. Бидејќи обвинителската власт е подложна на злоупотреба како и на бирократски притисок да издвои и да казни починител, одбраната не треба непримерно да е попречена во оспорување на наводите на Државата. Понекогаш се вели дека правата на обвинетите мораат да се „балансираат“ наспроти јавниот интерес при делењето правда, а особено наспроти правата на жртвите и сведоците согласно Конвенцијата. Но заштитата на правата на одбраната, вклучувајќи го правото да ги испрашува сведоците на спротивставената страна, е веќе вградено како фундаментално за праведно судење при делењето правда, пред таквите размисли. Кога Конвенцијата ги издвои правата од ст.3, тоа значеше дека овие основни права на одбраната се неопходни како противтежа на доминантната моќ на обвинителството, во интерес на праведноста. Да се балансираат овие права по втор пат против интересот

5.4.3. Правен лек при повреда на конфронтациската клаузула

Постои разлика помеѓу старата и новата пракса по прашањето кој е соодветниот правен лек за утврдена повреда на чл. 6 ст. 3 г. од ЕКЧП.

Првично тоа бил надоместокот на нематеријална штета,¹³⁴¹ а повторувањето на постапката било дел на издвоените судиски мислења.¹³⁴²

Некаде апликантите не барале ново судење туку само паричен надомест на штета и Судот одлучувал по него.¹³⁴³ Во случаи во кои воопшто не поставиле барање по чл. 41 од ЕКЧП, *sua sponte* не посочувал што според него би бил соодветен начин на санирање на повредата.¹³⁴⁴ Но, добро е да се знае дека постојат и ситуации кога не се чувствувал ограничен заради фактот што апликантот не побарал обесштетување, па Судот *proprio iure* предпочил дека најсоодветна форма на правна заштита би претставувало судење *de novo* или повторување на постапката доколку тоа се побара.¹³⁴⁵

Во поновите одлуки, при ситуација кога лице е осудено со повреда на неговите права од чл. 6, Судот цени дека таа може да се санира ако лицето се стави во позиција во која би било да не се случела повредата, односно доколку не биле занемарени барањата од оваа одредба. Бидејќи ситуацијата треба да се врати *status quo ante*, најсоодветната форма на надомест е судење *de novo* или повторување на постапката доколку такво се бара.¹³⁴⁶ Притоа, ако целта на повторувањето не е само про форма да се обнови постапката, туку да се санира повредата и државата да не ја повтори истата грешка, повеќе од јасно е дека ќе биде потребно да се издвои изјавата и непосредно да се сослуша сведокот.

Овде природата на повредата сама по себе налага издвојување после повторување. Инаку не е секаде и секогаш така. Така без оглед што Судот нашол повреда на чл. 6, во предмети во кои било повредено правото на пристап до суд, а не правото на молчење, на бранител или на конфронтациската клаузула, соодветен лек би бил повторување на

на правосудството... значи да им се даде на обвинителството и интересот на правосудството (имено да се казни) очигледна предност.

¹³⁴¹ *Unterpertinger v. Austria*, A. no. 9120/80, 24.11.1986, § 35-36; *Delta v. France*, A. no. 11444/85, 19.12.1990, § 43; *Windisch v. Austria*, A. no. 12489/86, 27.9.1990, § 35; *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, 55/1996/674/861-864, 30.10.1997, § 18; *A.M. v. Italy*, A. no. 37019/97, 14.12.1999, § 32; *Lucà v. Italy*, A.no.33354/96, 27.2.2001, §48; *Kovač v. Croatia*, A.no.503/05, 12.7.2007, §37.

¹³⁴² *Lucà v. Italy*, A. no. 33354/96, 27.2.2001 (Partly concurring opinion of Judge Zupančič) - во внатрешното право постојат два главни можни правни лекови за поправање на процедуралните повреди на човековите права, во зависност од тоа кој ги извршил повредите и во која фаза од кривичната постапка. Овие два правни лекови се 1) правилото за исклучување и 2) повторното судење на целиот случај. Ексклузивното правило, *alter ego* на привилегијата против самоинкриминација, се применува најмногу во ситуациите во предистражна фаза каде што прекршувањето е извршено од полицијата. Правниот лек за судење *de novo* се применува во ситуации кога првостепениот суд, а не полицијата, го сторил она што во континенталното право понекогаш се нарекува „апсолутно суштествена процедурална грешка“. Овие грешки често се преклопуваат со процедуралните прекршувања на човековите права... Ако не е почитувана ексклузијата, постапката мора повторно да се отвори *ab initio* и последователно строго да се спроведе исклучувањето на загадените докази. *A fortiori*, каде што процедуралната грешка, како што е одбивањето да се сослушаат сведоците, фатално ја нарушува функцијата за откривање на вистината во кривичната постапка, треба да има судење *de novo*.

¹³⁴³ *Lučić v. Croatia*, A. no. 5699/11, 27.2.2014, § 92.

¹³⁴⁴ *P.S. v. Germany*, A. no. 33900/96, 20.12.2001, § 34; *Birutis and Others v. Lithuania*, A. nos. 47698/99 and 48115/99, 28.3.2002, § 37-38; *Vidgen v. the Netherlands*, A. no 29353/06, 10.7.2012, § 50.

¹³⁴⁵ *Duško Ivanovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 10718/05, 24.4.2014, § 61-64.

¹³⁴⁶ *Krasniki v. the Czech Republic*, A. no. 51277/99, 28.2.2006, § 91-94; *Romanov v. Russia*, A. no. 41461/02, 24.7.2008, § 118; *Demski v. Poland*, A. no. 22695/03, 4.11.2008, § 51; *Lutsenko v. Ukraine*, A. no. 30663/04, 18.12.2008, § 60; *Melnikov v. Russia*, A. no. 23610/03, 14.1.2010, § 109; *Hümmer v. Germany*, A. no. 26171/07, 19.7.2012, § 55-56; *Kaste and Mathisen v. Norway*, A. nos.18885/04 and 21166/04, 9.11.2006, § 61.

постапката,¹³⁴⁷ но не и ексклузијата која треба да се користи само при проблем со прибавувањето или употребата на доказите.

5.5. Препознавања и идентификации

Кога се споменуваат идентификациите, обично се смисли на визуелните кај кои сведокот прво ги опишува битните карактеристики на лицата или предметите, за потоа преку смотра или со покажување фотографии од разни лица, тој да го покаже сторителот на к.д. Постојат и аудитивни препознавања кога сведокот не го видел сторителот (маскиран, завртен со грб, темно и сл.), па го препознава лицето според бојата и карактеристиките на гласот. За последниве постојат големи резерви,¹³⁴⁸ иако кога го претставив овој доказ во САД видовме дека ни визуелните идентификации не се имуни на грешки. Во БиХ осомничениот пред гласовното препознавање мора да се поучи на правото да молчи и да одбие да учествува, а во спротивно извршеното препознавање се смета незаконит доказ.¹³⁴⁹

Вообичаено поаѓајќи од позицијата дека не е суд од IV инстанца, ЕСЧП прашањето за оценка на доказите, нивната веродостојност и воопшто утврдувањето на фактичката состојба го третира како прашање за домашните судови. При оценка на целокупната правичност на постапката испитува дали обвинетиот имал контрадикторна постапка во која биле почитувани неговите процесни права на начин што можел рамноправно и под еднакви услови со обвинителот да ја оспори употребата и валидноста на доказите.¹³⁵⁰

Кога се во прашање идентификациите бара да биде присутен бранител на осомничените со цел да ги штити нивните права, бидејќи дефектот од погрешното истражно дејствие може да биде толку голем што нема да може да го санира ниту контрадикторниот карактер на подоцнежната судска постапка.¹³⁵¹ Тоа правило се однесува на смотрите, а не и при препознавањето со фотографии, што може да се заклучи од одлуката во која Судот не нашол повреда на чл. 6 ст. 1 и 3.¹³⁵²

¹³⁴⁷ *Sejdovic v. Italy*, A. no. 56581/00, 1.3.2006, § 126 - осуден во отсуство; *Demerdžieva and Others v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 19315/06, 10.6.2010, § 28, 32-33 - судот погрешно ја отфрлил жалбата како ненавремена.

¹³⁴⁸ Jokić, 2018, стр.118-124. Посочува став на повеќе автори според кои ваквото препознавање е склоно на грешки, со многу сиромашни резултати, исклучително непрецизно, кое веројатно ќе доведе до лажни идентификации. Тука не мисли на вештачењата за автентичноста на снимката и идентификацијата на говорникот кои со оглед на развиената техника и современите апарати за снимање (телефони, диктафони и сл.) се доста прецизни доказни средства, туку на класичните препознавања кои ги прави сведокот онаму каде гласот на сторителот не е снимен на надворешен носач. Прикажува како се реализираат ваквите препознавања во различни држави со цел да се намали можноста за грешка.

¹³⁴⁹ ВС на Федерацијата БиХ 01 0 K 004696 11, Кж 2 од 3.8.2011 г. кај Jokić, 2018, стр. 123.

¹³⁵⁰ *Laska and Lika v. Albania*, A. nos. 12315/04 and 17605/04, 20.4.2010, § 57-62.

¹³⁵¹ *Mehmet Şerif Öner v. Turkey*, A. no. 50356/08, 13.9.2011, § 21 - судот забележува дека кога апликантот бил во полициски притвор, тој учествувал во идентификациона парада и бил идентификуван од страна на сведоците како лицето кое учествувало во вооружените грабежи... Судот понатаму забележува дека при осудата на жалителот, судечкиот суд во голема мера се потпира на резултатот од оваа идентификациона парада. Така, апликантот несомнено бил засегнат од ограничувањата за негов пристап до адвокат во текот на прелиминарната истрага. Ниту помошта дадена последователно од страна на адвокат, ниту контрадикторната природа на постапката што следеше не можеа да ги санираат дефектите што се случија за време на притворот; Види и *Directive covering the right of access to a lawyer*, 2013/48/EU, § 3.

¹³⁵² *Doorson v. the Netherlands*, A. no. 20524/92, 26.3.1996, § 8, 10, 20, 25-26, 31, 34, 83 - органите на прогонот во 1987 г. презеле акција поради проблемите предизвикани во Амстердам од трговијата со дрога. Полицијата имала составено комплети фотографии на лица за кои постоело сомневање дека се дилери на дрога. Тие им биле покажани на околу 150 наркозависници со идеја да соберат изјави од нив... Во секој сет на фотографии имало едно лице за кое се знаело дека е невино, за изјави од лица кои ја идентификувале

Кога има очигледни нерегуларности Судот отстапува од својот начелен став дека не е жалбен суд и прави сопствена оценка на прибавениот доказ. Така во еден предмет во кој клучниот доказ за поддршка на случајот на обвинителството биле изјави на очевидци прибавени за време на идентификациона парада, ЕСЧП оценил дека според начинот на кој била спроведена парадата, таа била еднаква на отворена покана до сведоците да го покажат прстот на вина кон апликантите како сторители на к.д., поради што нашол повреда на чл. 6 ст.1 од ЕКЧП. Утврдил дека правото на апликантите на правично судење било така сериозно прекршено од домашните власти, што соодветна форма на репарација е да бидат доведени во положба во која би биле да не се случела повредата и доколку бараат да им се овозможи повторно отворање на постапката.¹³⁵³

Во горниов случај *status quo ante* единствено може да се воспостави со бришење на ефектите од парадата, односно со издвојување на доказот од списите од предметот. Генерално, секаде каде незаконито или неправично прибавениот доказ е спорен од спознајна гледна точка и има можност за потфрлање на правдата со осуда на невино лице, ЕСЧП бара судење *de novo* и доведување на лицето кое претрпело повреда на конвенциското право во положба во која би било ако не се случела.

Точно не појаснува што е тоа што треба државата да го направи за да дојде до *restitutio in integrum*. Идната пракса треба да покаже. Инаку, само со повторно отворање на постапката, повредата автоматски, сама по себе не се санира. Може да се каже дека ефектот од повредата е далекосежен, па во вакви ситуации соодветен правен лек би бил издвојување на

а) изворниот незаконит доказ (записникот од идентификацијата), но и на
б) вербалните деривативни докази (неможност да се сослушаат како сведоци официјалните лица кои присуствувале на парадата, па дури и издвојување на судската идентификација ако таа е резултат на издвоената незаконска претсудска идентификација).

Ако за оригинерните докази може да се каже дека ексклузиското правило е обигаторно, за деривативните како што е судската идентификација, е дискреционо и зависи од околностите на случајот.

6. Правото на бранител и ексклузијата на доказите

Правото на правна помош е едно од минималните права потребни за обезбедување правична постапка и него ЕКЧП го гарантира во чл. 6 ст. 3 в. Тоа е најважно или основно за концептот на фер судење,¹³⁵⁴ но и едно од најчесто прекршуваниите.¹³⁵⁵

Во бројни правни системи полицијата не смее формално да испитува осомничен кому не му била дадена можност да се советува со бранител (Германија од 1964 г., Италија од 1971 г., Англија од 1984 г., Франција од 1993 г.),¹³⁵⁶ САД од 1966 г. итн.

Референтната одлука на ЕСЧП за правото на бранител била донесена во 2008 г. Предмет на оценка било влијанието што недавањето пристап до адвокат на

таа фотографија како наркодилер да се сметаат за несигурни и да бидат отфрлени. Голем број наркозависници ја посочиле фотографијата на жалителот како некој кој им продавал дрога.

¹³⁵³ *Laska and Lika v. Albania*, A. nos. 12315/04 and 17605/04, 20.4.2010, § 13-14, 63-72, 74-77 - било побарано апликантите на смотрата да носат бела и сина волнена качулка какви што имале сторителите на разбојништвото, а останатите учесници црна.

¹³⁵⁴ Schomburg, 2010, стр. 919; Green Paper Procedural Safeguards for Suspects and Defendants, 2003, § 2.5 - иако сите права што го сочинуваат концептот на фер судење се важни, некои права се толку основни што треба да им се даде приоритет... Најпрво меѓу нив е правото на правен совет и помош.

¹³⁵⁵ *Lawyers*, 2000, стр. 5

¹³⁵⁶ *Krapac*, 2007, стр. 190.

осомничениот додека бил задржан во полиција го имало врз правичноста на постапката. Според Судот чл. 6 ст. 3, може да биде релевантен пред случајот да дојде до судење, доколку е можно правичноста на судењето да биде сериозно засегната од првичното пропуштање да се постапи согласно неговите одредби. Правото на секој обвинет да биде ефективно бранет од адвокат, иако не е апсолутно, е една од основните одлики на правичното судење.¹³⁵⁷

Па, ако националното право наметнува последици за обвинетиот од полициското испитување кои се одлучувачки за изгледите на одбраната во последователната кривична постапка, тогаш чл. 6 вообичаено ќе бара обвинетиот да има полза од помош на адвокат веќе во почетната фаза од полициското испитување. Такви последици би биле можноста судовите да носат негативни заклучоци од молчењето на обвинетиот¹³⁵⁸ или кога инкриминирачките изјави дадени за време на полицискиот распит без пристап до адвокат се користат за негово осудување.¹³⁵⁹

Присуството на полициски службеник во просторијата во која се одвива средбата на осомничениот со бранителот може да доведе до повреда на чл. 6 ст. 3 в., зашто ако адвокатот не е во можност да се консултира со својот клиент и да добива доверливи упатства од него без надзор, неговата помош би изгубила голем дел од својата корисност, а намерата на Конвенцијата е да гарантира права кои се практични и делотворни.¹³⁶⁰ Бранителот треба да биде присутен за време на разговорите на осомничениот со полицијата и при последователните испитувања со цел да осигури да се почитуваат процесните права, бидејќи на таков начин осомничениот ќе има делотворна и практична, а не апстрактна помош.¹³⁶¹ Правни трикови од типот првично да се даде поблаг третман на настанот за кој одбраната не е задолжителна, за по добивање признание во отсуство

¹³⁵⁷ *Salduz v. Turkey*, A. no. 36391/02, 27.11.2008, § 50-52; Слично во *Imbrioscia v. Switzerland*, A. no. 13972/88, 24.11.1993, § 36, 38; *John Murray v. the United Kingdom*, A. no. 18731/91, 8.2.1996, § 62; *Magee v. the United Kingdom*, A. no. 28135/95, 6.6.2000, § 41, 44; *Brennan v. the United Kingdom*, A. no. 39846/98, 16.10.2001, § 45; *Öcalan v. Turkey*, A. no. 46221/99, 12.5.2005, § 131; *Yaremenko v. Ukraine*, A. no. 32092/02, 12.6.2008, § 85; *Panovits v. Cyprus*, A. no. 4268/04, 11.12.2008, § 64; *Shabelnik v. Ukraine*, A. no. 16404/03, 19.2.2009, § 52-53; *Pishchalnikov v. Russia*, A. no. 7025/04, 24.9.2009, § 65-66; *Melnikov v. Russia*, A. no. 23610/03, 14.1.2010, § 79; *Aleksandr Zaichenko v. Russia*, A. no. 39660/02, 18.2.2010, § 36; *Martin v. Estonia*, A. no. 35985/09, 30.5.2013, § 77-78; *A.T. v. Luxembourg*, A. no. 30460/13, 9.4.2015, § 62-63; *Schatschaschwili v. Germany*, A. no. 9154/10, 15.10.2015, § 104; *Dvorski v. Croatia*, A. no. 25703/11, 20.10.2015, § 76; *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, A. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016, § 253; *Simeonovi v. Bulgaria*, A. no. 21980/04, 12.5.2017, § 112, 114; Општо за чл. 6 види во *Lisica v. Croatia*, A. no. 20100/06, 25.2.2010, § 47; *Horvatić v. Croatia*, A. no. 36044/09, 17.10.2013, § 76; *Layijov v. Azerbaijan*, A. no. 22062/07, 10.4.2014, § 65; *Duško Ivanovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 10718/05, 24.4.2014, § 41; *Sakit Zahidov v. Azerbaijan*, A. no. 51164/07, 12.11.2015, § 49; Види и *Basic Principles on the Role of Lawyers*, 1990, § 1, 5 и 7, како и *Directive covering the right of access to a lawyer*, 2013/48/EU, § 1-3.

¹³⁵⁸ *John Murray v. the United Kingdom*, A. no. 18731/91, 8.2.1996, § 63, 66 - апликантот бил соочен со дилема, доколку одлучи да молчи против него согласно законот можеле да се извлечат негативни заклучоци, а од друга страна доколку зборува се соочува со ризикот да ѝ нанесе штета на сопствената одбрана. Затоа, под вакви околности концептот на правичност налага да може да се користи со правна помош уште во почетната фаза од истражната постапка; *Averill v. the United Kingdom*, A. no. 36408/97, 6.6.2000, § 59-60.

¹³⁵⁹ *Salduz v. Turkey*, A. no. 36391/02, 27.11.2008, § 54-55; *Panovits v. Cyprus*, A. no. 4268/04, 11.12.2008, § 66-67; *Shabelnik v. Ukraine*, A. no. 16404/03, 19.2.2009, § 53; *Pishchalnikov v. Russia*, A. no. 7025/04, 24.9.2009, § 67, 70; *Šebalj v. Croatia*, A. no. 4429/09, 28.6.2011, § 250; *Dvorski v. Croatia*, A. no. 25703/11, 20.10.2015, § 77-78, 80.

¹³⁶⁰ *Brennan v. the United Kingdom*, A. no. 39846/98, 16.10.2001, § 58-63; *Öcalan v. Turkey*, A. no. 46221/99, 12.5.2005, § 133.

¹³⁶¹ *Beuze v. Belgium*, A. no. 71409/10, 9.11.2018, § 134.

на бранител, обвинителот да го преквалификува настанот со потешка правна класификација не се дозволени и водат кон повреда на чл. 6 ст. 3 в.¹³⁶²

Имајќи ги во вид претходните одлуки, очигледно е дека и покрај јасната назнака на чл. 6 ст. 1 кој бара да се обезбеди правично судење од страна на трибунал (не од полиција или ЈО), Судот дал телеолошко толкување на оваа одредба со цел правото кое се гарантира да биде ефективно и остварливо (не илузорно и теоретско), па ги применил гаранциите од ст.3 и на полициската постапка која претходи на судењето. Сè со една единствена цел, да не се случи првичното лишување од правото и примарниот дефект од полициската постапка да не може да го поправи ни подоцнежната асистенција на адвокат, ни контрадикторната природа на судската постапка.

По правило секој осомничен треба да има пристап до адвокат веднаш штом ќе биде притворен, независно дали е или не е испитуван од полицијата. Тој често се наоѓа во особено ранлива позиција во истражната фаза имајќи ја во вид тенденцијата процесното законодавство да станува сè покомплексно, посебно во однос на правилата за собирање и употреба на доказите. Адвокатот може да му помогне на осомничениот со цел спектар на услуги, да овозможи да се почитува неговото право на молчење и да не се инкриминира, да ја организира одбраната и да го подготви случајот, при собирањето докази, во подготовката за испрашување, при проверката на условите во притвор, да спречи погрешна примена на правото, да обезбеди еднаквост на оружјето помеѓу истражните органи и осомничениот итн.¹³⁶³ Затоа доктрината Салдуж се применува дури и тогаш кога осомничениот кој бил без бранител се бранел со молчење, па резултатите од испитувањето и не ни можеле да се користат против него во судската постапка,¹³⁶⁴ но имало препознавање кое било клучен доказ за неговата осуда.¹³⁶⁵

Горново не подразбира дека лицето не може да се одрече од своите права од чл. 6, напротив може под услов откажувањето независно дали било изречно или прекутно, да било слободно и недвосмислено, со други зборови доброволно, волево и интелегентно.¹³⁶⁶ А, бидејќи правото на бранител е базично право меѓу оние кои го сочинуваат поимот за правично судење зашто обезбедува вистинско остварување на останатите гаранции предвидени со чл. 6 од ЕКЧП, тоа е и одличен пример за оние права кои бараат посебна заштита на стандардот интелегентно откажување, со целосно разбирање на последиците од тоа.¹³⁶⁷ Затоа, постапките на органите треба да бидат прилагодени на личноста на осомничениот, зашто некаде нема да биде доволен пасивен пристап и усна информација (дека нема обврска да зборува освен ако не сака и дека се

¹³⁶² Yaremenko v. Ukraine, A. no. 32092/02, 12.6.2008, § 9, 87-91 - апликантот бил испитуван од полицијата под сомнение за тешка телесна повреда со смртна последица за кое дело одбраната не била задолжителна, за по признанието да биде обвинет и осуден за убиство. Свкупниот однос на истражните органи кај Судот создал силно сомневање за постоење задна цел во првичната класификација на делото.

¹³⁶³ Pishchalnikov v. Russia, A. no. 7025/04, 24.9.2009, § 69; A.T. v. Luxembourg, A. no. 30460/13, 9.4.2015, § 64-65; Beuze v. Belgium, A. no. 71409/10, 9.11.2018, § 125-128.

¹³⁶⁴ Ivičević Karas/ Burić/ Bonačić, 2016, стр. 42.

¹³⁶⁵ Mehmet Şerif Öner v. Turkey, A. no. 50356/08, 13.9.2011, § 21.

¹³⁶⁶ Barberà, Messegué and Jabardo, A. no. 10590/83, 6.12.1988, § 82; Öcalan v. Turkey, A. no. 46221/99, 12.5.2005, § 136; Sejdovic v. Italy, A. no. 56581/00, 1.3.2006, § 86; Salduz v. Turkey, A. no. 36391/02, 27.11.2008, § 58-59; Panovits v. Cyprus, A. no. 4268/04, 11.12.2008, § 68 (за малолетен осомничен); Pishchalnikov v. Russia, A. no. 7025/04, 24.9.2009, § 77; Aleksandr Zaichenko v. Russia, A. no. 39660/02, 18.2.2010, § 40; Khametshin v. Russia, A. no. 18487/03, 4.3.2010, § 37; Mader v. Croatia, A. no. 56185/07, 21.6.2011, § 155; Šebalj v. Croatia, A. no. 4429/09, 28.6.2011, § 255; A.T. v. Luxembourg, A. no. 30460/13, 9.4.2015, § 66; Dvorski v. Croatia, A. no. 25703/11, 20.10.2015, § 100; Haxhia v. Albania, A. no. 29861/03, 8.10.2013, § 133; Mulosmani v. Albania, A. no. 29864/03, 8.10.2013, § 126; Simeonovi v. Bulgaria, A. no. 21980/04, 12.5.2017, § 115; Види и Directive covering the right of access to a lawyer, 2013/48/EU, § 9.

¹³⁶⁷ Pishchalnikov v. Russia, A. no. 7025/04, 24.9.2009, § 77-78.

што ќе каже може да биде забележано и искористено како доказ против него), туку вистинска грижа дека осомничениот ги сфатил своите права и бил во состојба интелегентно и изречно на недвосмислен начин да се откаже од нив свесен за последиците од таквиот чин.¹³⁶⁸

Од самиот факт дека апликантот бил поучен за правото да молчи и за правна помош и го потпишал формуларот во кој се наведуваат неговите права не може да се влечат заклучоци дека свесно, експлицитно и интелегентно се откажал од нив, кога покрај првичното повикување на правото на бранител, почнал да одговара на прашањата од истражните органи. Напротив, според Судот кога обвинетиот ќе се повика на своето право да му помага бранител за време на испитувањето, не може да се утврди валидно откажување од тоа право со тоа што државата ќе покаже дека тој одговорил на понатамошно испрашување иницирано од полицијата. Таков обвинет кој изразил желба да учествува во истрагата само преку бранител, не треба да биде предмет на дополнително испитување од страна на властите додека бранителот не биде достапен за него, освен ако самиот обвинет не иницира понатамошна комуникација, размена или разговор со полицијата или обвинителството.¹³⁶⁹

Судот во Салдуж едногласно нашол повреда на правото на правична постапка поради недостиг на правна помош додека обвинетиот бил во притвор и ја критикувал употребата на тогаш дадената спорна изјава како доказ против него. Во повеќе постапки истакнал дека правата на одбраната во принцип ќе бидат неповратно засегнати кога инкриминирачките искази дадени за време на полициско испитување без пристап до адвокат,¹³⁷⁰ или резултатите од извршено препознавање во кое осомничениот немал адвокат,¹³⁷¹ бидат употребени за осуда, па ниту подоцнежната асистенција на адвокат, ниту контрадикторната природа на постапката која следи може да не бидат во состојба да го исправат дефектот кој се случил за време на полицискиот притвор.

Судот во повеќе наврати ја нагласил важноста на истражната фаза за подготовката на кривичните постапки со оглед дека доказите добиени за време на оваа фаза ја одредуваат рамката во која делото за кое се обвинува ќе биде разгледано за време на судењето. Па, правичноста на постапката може да биде повредена и ако полицијата со своите постапки свесно придонесе осомничениот при првичното полициско постапување кога го признал делото, да не биде застапуван од бранителот што го избрало неговото семејство, кој тој го знаел од претходно и имал доверба во него, туку од друг.¹³⁷² Во Салдуж и предметите

¹³⁶⁸ *Panovits v. Cyprus*, 4268/04, 11.12.2008, § 67-77 - ранливоста на 17 г. малолетник, неурамнотежениот однос на моќ под кој бил подвргнат со самата природа на кривичната постапка, бара откажувањето од така значајното право да се прифати само ако било изречно дадено на недвосмислен начин откако властите ги презеле сите разумни мерки да обезбедат дека бил свесен за своите права и можел да ги сфати последиците од своите постапки. Во случајов ни апликантот ни неговиот татко не биле адекватно информирани за правото на бранител пред сослушувањето, ни татко му ни некој друг кој би бил во позиција да му помогне да ја сфати постапката не бил повикан на почетното испитување, а апликантот не бил информиран за можноста да се сретне со адвокат пред полициското испитување и давањето писмена изјава. Пречките за делотворно остварување на правото на одбрана можеле да бидат совладани доколку домашните власти активно осигурале тој да разбере дека има право на бесплатна помош доколку е потребно, што исто не направиле, така што Судот сметал дека апликантот малку веројатно бил во состојба разумно да ги сфати последиците од сослушувањето без помош од бранител.

¹³⁶⁹ *Pishchalnikov v. Russia*, A. no. 7025/04, 24.9.2009, § 79.

¹³⁷⁰ *Salduz v. Turkey*, A. no. 36391/02, 27.11.2008, § 55, 58, 62-63; *Pishchalnikov v. Russia*, A. no. 7025/04, 24.9.2009, § 93; *Aleksandr Zaichenko v. Russia*, A. no. 39660/02, 18.2.2010, § 37; *Haci Özen v. Turkey*, A. no. 46286/99, 12.4.2007, § 103-105; *Levința v. Moldova*, A. no. 17332/03, 16.12.2008, § 104; *Mader v. Croatia*, A. no. 56185/07, 21.6.2011, § 153-154; *A.T. v. Luxembourg*, A. no. 30460/13, 9.4.2015, § 63; *Beuze v. Belgium*, A. no. 71409/10, 9.11.2018, § 171.

¹³⁷¹ *Mehmet Şerif Öner v. Turkey*, A. no. 50356/08, 13.9.2011, § 21.

¹³⁷² *Dvorski v. Croatia*, A. no. 25703/11, 20.10.2015, § 103-113.

кои следат по него јасно укажал дека соодветен лек кој би ја санирал повредата е *status quo ante* и повторување на постапката (доколку жалителот го побара тоа) со ексклузијата на добиената изјава како примарен доказ¹³⁷³ со што ја променил својата поранешна пракса во делот кој нас не интересира.¹³⁷⁴ Ако во повторената постапка домашниот суд не ги издвои сите спорни докази, туку новата одлука ја базира и на дел од нив, тогаш ќе ја повтори повредата на која претходно укажал ЕСЧП во првата пресуда и државата повторно ќе се најде на удар на меѓународното право.¹³⁷⁵

Во Шебаљ дури посочува дека ниту помошта која ја пружил бранителот во натамошниот тек на постапката, ниту контрадикторниот карактер на остатокот од постапката не може да го исправат недостатокот кој се случил при првото полициско испитување. Апликантот дури и да имал прилика на судењето или покасно во жалбата да ги побива доказите против него, прифаќањето двојбени докази во судските списи влијаело на правото на правично судење во мера неспоива со барањата на чл. 6 од ЕКЧП. Ставот на Судот бил јасен во поглед на тоа дека изјавата дадена во полиција без присуство на бранител бездруго морала да биде издвоена од списите, а повикувањето на неа во осудата довело до повреда на конвенциското право. Судот и тука посочува дека ваква пресуда на тужената држава ѝ наметнува не само обврска за плаќање паричен надомест за претрпената штета, туку и обврска да ја санира повредата на начин што ќе ја повтори постапката и состојбата ќе ја врати *status quo ante*.¹³⁷⁶ Употребата на признание прибавено од уапсен осомничен во отсуство на бранител е спротивно на чл. 6 ст. 3 в. дури и кога доказот е обезбеден од странска држава.¹³⁷⁷

Но, и тука има неконзистентност на судската пракса. Во некои одлуки изречно се залагал за издвојување на изјавата или ги критикувал домашните судови што не размислиле за издвојувањето како можен начин да ја исправат повредата.¹³⁷⁸

Во други како да ретерира, па наместо со наредбодавен почнува да се обраќа со помек тон. Зборува за евентуално повторување без да шпекулира за исходот на постапките,¹³⁷⁹ додека ексклузијата како опција се споменува во согласувачките мислења.¹³⁸⁰

¹³⁷³ *Salduz v. Turkey*, A. no. 36391/02, 27.11.2008, § 73; *Shabelnik v. Ukraine*, A. no. 16404/03, 19.2.2009, § 57-60, 64; *Shabelnik v. Ukraine (No. 2)*, A. no. 15685/11, 1.6.2017, § 56, 61-62; *Pishchalnikov v. Russia*, A. no. 7025/04, 24.9.2009, § 99; *Mađer v. Croatia*, A. no. 56185/07, 21.6.2011, § 154, 156-158, 176; *Mehmet Şerif Öner v. Turkey*, A. no. 50356/08, 13.9.2011, § 27; *Martin v. Estonia*, A. no. 35985/09, 30.5.2013, § 82, 96-97.

¹³⁷⁴ *Magee v. the United Kingdom*, A. no. 28135/95, 6.6.2000, § 55 - судот не може да шпекулира дали исходот од судењето на апликантот би бил поинаков доколку тој добиел пристап до адвокат на почетокот на неговото испрашување. Тој се согласува со Владата дека констатацијата за повреда на Конвенцијата, сама по себе, претставува доволна праведна сатисфакција за целите на чл. 41.

¹³⁷⁵ *Yaremenko v. Ukraine (No. 2)*, A. no. 66338/09, 30.4.2015, § 64-67, 71-72.

¹³⁷⁶ *Šebalj v. Croatia*, A. no. 4429/09, 28.6.2011, § 257, 261-265, 272-273.

¹³⁷⁷ *Stojkovic v. France and Belgium*, A.no.25303/08, 27.10.2011, § 51-57 во *Vitkauskas/ Dikov*, 2012, стр. 90.

¹³⁷⁸ *A.T. v. Luxembourg*, A. no. 30460/13, 9.4.2015, § 73, 75.

¹³⁷⁹ *Dvorski v. Croatia*, A. no. 25703/11, 20.10.2015, § 77-78, 80, 117 - наодот дека имало повреда на чл. 6 ст. 1 и 3 в. во актуелниот случај не значи дека жалителот бил неправедно осуден; *Martin v. Estonia*, A. no. 35985/09, 30.5.2013, § 107.

¹³⁸⁰ *Dvorski v. Croatia*, A. no. 25703/11, 20.10.2015 (concurring opinion of judge Zupančič), § 6 - прашањето, значи, е ексклузиското правило. Во новото судење, за правото на бранител да има какво било значење, претходно прибавените контаминирани докази - „контаминирани“ затоа што се прибавени во отсуство на легитимен бранител - треба совесно да се испуштат од досието што се однесува на апликантот и, згора на тоа, новиот суд кој се занимава со случајот не треба да има никакво знаење за контаминирани докази на кои може да се потпре во текот на последователното судење; *Dvorski v. Croatia*, A. no. 25703/11, 20.10.2015 (joint concurring opinion of judges Kalaydjieva, Pinto De Albuquerque and Turković) § 18, 21 - очигледно ист став имаат и овие судии бидејќи тие сметаат дека дури и повредата на правото на избор на бранител треба

Во трети пак укажува дека и повторувањето е работа на домашните судови, а не на ЕСЧП.¹³⁸¹

Сметам дека ексклузијата и тука се подразбира, бидејќи како би се санирала повредата ако постапката се повтори со употреба на доказите кои првично ја направиле неправична. Сепак, загрижува помирливиот тон на Судот.

На прв поглед може да се каже дека Салдуж вовел автоматско ексклузиско правило во однос на признанието дадено во полиција со повреда на правото на бранител. До ваков заклучок може да се дојде кога студиозно се чита ова одлука, со што се согласуваат и други практичари и теоретичари.¹³⁸² Истиот заклучок се изведува ако се видат некои кратки одлуки на Судот донесени после Салдуж во кои по автоматизам лишувањето од правото на бранител дури и при препознавање доведува до повреда на чл. 6 од ЕКЧП.¹³⁸³

Но, проблемот со правото е што не е математика во која секогаш (2 + 2) сè 4. Во математиката не може (2 + 2) да дадат друг резултат, независно дали се гледаат изолирано или во контекст на посложено равенство. Во правото тоа е можно и затоа нешта кои многу години, па и векови биле дозволени, законити, како на пр. тортурата, сега се нехумани и закачени на сидот на срамот. Во средниот век судиите како Карпцов се гордееле со бројот на смртни осуди добиени со тортура, сега неговите наследници со чувство на одбивност и гадење отфрлаат таква можност.

Така, навидум апсолутното Салдуж правило Судот го ограничи по два основи, по мене еден оправдан, а еден не. Тестот за проценка дали ограничувањето на пристапот до адвокат е компатибилно со правото на правично судење го перципира двофазно. Прво испитува 1) дали постоеле убедливи причини за ограничувањето и 2) потоа ја оценува штетата кое ограничувањето на правото на правна помош ја предизвикало врз правата на одбраната.¹³⁸⁴

Првото барање е она на кое и јас гледам со наклоност. Несомнено во случајот што го анализирав постоеле а) убедливи, итни, неодложни причини и исклучителна ситуација

да доведе до автоматска ексклузија на признанието. Ако е вака за полесната повреда, несомнено треба да е така за потешката.

¹³⁸¹ *Beuze v. Belgium*, A. no. 71409/10, 9.11.2018, § 199-200 - иако ова може да се смета за важен аспект на извршување на неговите пресуди, повторување на постапката не е единствен начин за извршување на пресудите на Судот. Упатноста од користење на оваа можност во овој случај ќе ја оцени, согласно потребата, Касациониот суд земајќи ги во обзир домашното право и посебните околности на случајот... На националните тела, а не на Судот е да го решат ова прашање.

¹³⁸² Слично и *Beuze v. Belgium*, A. no. 71409/10, 9.11.2018 (Joint concurring opinion of judges Yudkivska, Vučinić, Turković and Hüseinov), § 3-14, 18, 20, 25-27 - во § 9 посочуваат повеќе пресуди на ЕСЧП донесени помеѓу 2010-2016 г. во кои Судот по автоматизам нашол конвенциска повреда поради ограничување на правото на бранител без да ја испитува целокупната правичност на постапката, а во § 26 дека токму пресудата Салдуж отпочнала или довела до реформи во државите како Франција, Белгија, Шкотста, Ирска и Холандија кои долго се спротивставувале на целосна примена на правото на пристап до бранител во разговорите со полицијата; Ölçer, 2008, стр. 90-91, 127 анализира 46 одлуки на Судот донесени од јануари до декември 2009 г. и заклучува: судот неодамна го додаде правото на правна помош пред судење во каталогот на многу тешки повреди. На прекршувањата на ова право се надоврзува речиси апсолутно ексклузиско правило; Thaman, 2010, стр. 368 - јазикот е со еднакво значење како да формира судски востановено правило за издвојување на секоја таква изјава; Paul de Hert, *European Human Rights Law and the Regulation of European Criminal Law, Lessons Learned from the Salduz Saga*, *New Journal of European criminal Law*, br. 3/2010, стр. 289 кај Valković, 2013, стр. 531 - помеѓу ноември 2008 и октомври 2010 г. Судот донел 55 истоветни одлуки; Thaman, 2011, стр. 716 - под влијание на Салдуж во Белгија и Франција во 2011 г. било овозможено осомничениот да контактира со бранител пред првото полициско испитување.

¹³⁸³ *Mehmet Şerif Öner v. Turkey*, A. no. 50356/08, 13.9.2011, § 21-23, 27 – пресудата има само 7 страни.

¹³⁸⁴ *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, A. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016, § 257; Види и Directive covering the right of access to a lawyer, 2013/48/EU, § 3 и 8.

која оправдувала ограничување на правото, б) соодветни *ex ante* заштитни мерки или пред да биде ограничено правото, в) но и *post factum* зашто домашниот суд направил соодветна оценка на сите околности, па донел одлука да не ги издвои изјавите, така што неслучајно ЕСЧП во однос на првите три апликанти не нашол повреда на чл. 6 од Конвенцијата.¹³⁸⁵

Во вакви ситуации изгледа сосема оправдано откако ќе се провери дали постоеле убедливи причини за ограничување на правото, кое патем мора да биде само во исклучителни ситуации, привремено и прилагодено на конкретните околности, да се испита дали постапката во целина била правична. Бидејќи и оправданото ограничување на правото во еден краток период може толку штетно да се одрази врз натамошниот тек на постапката, што таа во целина да биде неправична.

Претходно видовме и ВСС (*supra* V 8.3.4.) прифатил сличен исклучок од Миранда правата заради јавна безбедност. Кај ваквите исклучоци очигледно мотивот на полицијата игра важна улога. Нејзина цел не е да осигури докази за идно обвинение, туку да спречи поголема штета. Таков пример е и Гефген, зашто спасувањето живот на киднапирано дете (чл. 2 од ЕКЧП), ослободување од состојба и средина кои несомнено психолошки и физички се трауматски и измачувачки за него ако било живо (чл. 3 од ЕКЧП) треба да биде доволна причина за примена на овој исклучок не само кога е во прашање јавната безбедност, туку и кај спасувачките ситуации.

Меѓутоа, проблемот од аспект на правата од чл. 6 не е во мотивот на полицијата, туку во употребата на доказите, зашто секогаш таа може да ги искористи информациите за благородна цел, а да не ги употреби потоа во судската постапка.

Штом е разумен исклучокот заради јавна безбедност, бидејќи државата не постои само заради обвинетиот и неговите права, туку првенствено за заштита на животот, достоинството, безбедноста и имотот на сите, очигледно проблемот не е во него. Прашањето е зошто да се испитува дали постоела убедлива причини за ограничување на

¹³⁸⁵ Ibrahim and Others v. the United Kingdom, A. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016, § 258-259; 275-279, 281-284, 286 - а) во случајов убедливите причини за одлагање на правната помош произлегле од потенцијалот за загуба на животи во голем обем, итната потреба да се добијат информации за планираните напади и сериозните практични ограничувања под кои дејствувала полицијата. Имено, во Лондон на 7.7.2005 г. биле извршени самоубиствени бомбашки напади на 3 метроа и автобус во кои загинале 52 луѓе, повеќе биле повредени и била нанесена материјална штета. Кога трите апликанти и уште едно лице на 21.7.2005 г. поставиле бомби во други 3 метроа и автобус, било неизбежно полицијата да заклучи дека Обединетото Кралство станало цел на бран од терористички напади. Фактот што бомбите не експлодирале бил само среќна случајност. Неуспехот на бомбите да експлодираат значело дека извршителите на нападот сè уште се на слобода и можат да активираат други бомби, можеби успешно. Откривањето на петтата, неексплодирана бомба два дена по нападите, како и пронаоѓањето огромно количество хемикалии на адресата поврзана со осомничените, му дадоа дополнителна доверба на овој многу реален страв, полицијата работела под огромен притисок и нивниот главен приоритет бил, сосема правилно, итно да се добијат информации за какви било натамошни планирани напади и идентитетите на оние кои се потенцијално вклучени во заговорот. б) Можноста за ограничување на правото на бранител била предвидена во домашното право, опсегот за примена на ограничувањата бил тесно регулиран, ограничувањето се засновало на индивидуална проценка на конкретните околности на случајот, ограничувањето било од привремен карактер, апликантите биле информирани за правото на молчење и причините поради кои се ограничува пристапот до бранител. в) На *voir dire* на кое апликантите можеле да дадат свои докази во поглед на начинот како било изведено испитувањето, судот утврдил дека целта на безбедносните интервјуа (да се добијат информации неопходни за заштита на јавноста) била строго почитувана, ги испитал околностите што преовладувале во полициската станица, специфичните околности на апсењето и испрашувањето на секој апликант и влијанието на ограничувањето на правниот совет врз секој апликант. Анализирал домашна и пракса на ЕСЧП, дал јасни причини за своите наоди дека ограничувањата биле оправдани и не резултирале со неправедност, па во смисла на чл. 78 од ЗПКД не ги издвоил изјавите. Апликантите имале можност на судењето да ги коментираат изјавите и во жалба да ги изнесат своите приговори во однос на одлуката за прифаќање на доказите.

правото на правна помош, кога став на Судот е дека дури и да не постоела, тоа иако значајно, само по себе не е доволно за постапката да добие третман на неправична. Државата има *onus probandi*, па недокажувањето убедлива причина носи своја тежина која при процената може да ја наруши рамнотежата и тасот да натежне на страната на повредата, но во секој случај пристапот на судот е холистички.¹³⁸⁶

Правата од чл. 6 ст. 3 често се именуваат како „минимум права“.¹³⁸⁷ Впрочем целта на меѓународните извори во врска со кривичната постапка е да осигурат калеидоскоп на минимални права без кои постапката не би можела да се нарекува правична. Тоа е минимален стандард кој во секоја постапка мора да се почитува,¹³⁸⁸ долен праг за заштита на обвинетиот во спорот со обвинителот кој не смее да се снижи, а притоа битно да не се наруши рамнотежата помеѓу странките и правната сигурност.¹³⁸⁹ Тоа се јасно оцртани, конкретни гаранции во рамки на аморфната одредба кои ако не се почитувани го прават судењето неправично, а секоја натамошна дискусија излишна.¹³⁹⁰ Во тој контекст Тречсел ја критикува како незадоволителна праксата на Судот во одредени предмети каде наоѓа дека постапката во целина била правична, иако некои од минималните гаранции не биле исполнети. Поради неволноста јасно да ги примени гаранциите од ставот 3, пишува Судот го остава членот 6 во облаци на нејасност,¹³⁹¹ што според некои коментатори со кои се согласува не само што е спротивно на зборото, туку и на духот на оваа одредба.¹³⁹²

Правата од чл. 6 ст. 3 се минималните, а не оптималните права кои треба да ги има секој обвинет за да може објективно да ја подготви својата одбрана и да се брани од обвинението што му се става на товар. Правичноста и таксативно наброените права се во однос од општо кон посебно, што не мора да значи дека кога сите поединечни права се обезбедени како краен резултат секогаш се добива правична постапка, зашто тоа е минимумот кој нема секогаш да е доволен. Ако минимумот не е исполнет нема правична постапка, но неговото исполнување не ја прави истата по автоматизам таква, бидејќи може да има други аспекти кои ќе водат до поинаков резултат и таа во целина сè уште да не ги задоволува барањата за правичност. Така повеќето го сфаќаат двоклучниот пристап на ЕСЧП.¹³⁹³

¹³⁸⁶ Ibrahim and Others v. the United Kingdom, A. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016, § 260, 262-265; Simeonovi v. Bulgaria, A. no. 21980/04, 12.5.2017, § 118; Beuze v. Belgium, A. no. 71409/10, 9.11.2018, § 144-145.

¹³⁸⁷ Харис/ О'Бојл/ Варбрик, 2009, стр. 306.

¹³⁸⁸ Kalajdziev, 2005, стр. 834; Škulić, 2006, стр. 741.

¹³⁸⁹ Крпач, 2012а, стр.170-171; Слично и Матовски, 2003, стр. 137.

¹³⁹⁰ Trechsel, 2005, стр. 86.

¹³⁹¹ Trechsel, 2005, стр. 87 - ги споменува Asch v. Austria и Doorson v. Netherlands.

¹³⁹² Rzepka, D., Zur Fairness im deutschen Strafverfahren (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2000, стр. 104 кај Trechsel, 2005, стр. 88.

¹³⁹³ Trechsel, 2005, стр. 86; Mole/ Harby, 2001, стр. 52; Lawyers, 2000, стр. 12; CoE, Fair Trial, стр. 7; Крпач, 2012а, стр. 156-157 - судот прво атомистички испитува дали бил повреден некој од посебните елементи од чл. 6 ст. 2 и 3, за ако бил автоматски да најде повреда на правото на правична постапка, а доколку не бил продолжува во вториот круг со холистичкиот пристап и анализа на конкретната оспорена постапка низ призма на општите елементи на поимот правична постапка од чл. 6 ст. 1; Rittossa, 2003, стр. 84-85 - ако во конкретниот случај Судот утврдил дека дошло до кршење на правата на обвинетиот од ст.2 и 3, нема потреба да се впушта во дополнително разгледување дали бил прекршен и ст.1 бидејќи нема можност да е прекршено некое право од ст.2 или 3, а да не е истовремено прекршен и ст.1; Рајчиќ/ Valković, 2012, стр. 755 - ако се утврди повреда на чл. 6 ст. 2 или 3 постапката се смета неправична и секое натамошно испитување во однос на чл. 6 ст. 1 е одвишно. Но, ако се утврди дека биле почитувани сите права од ст.2 или 3 тоа не значи само по себе дека постапката била правична, бидејќи е можно да се утврди повреда на некој друг аспект од начелото на правичност.

Но, според новите одлуки на ЕСЧП испаѓа дека не е така. Второто барање на Судот да се испитува во секоја ситуација дали имало или немало штета врз правата на одбраната како резултат на ограничувањето на правото на правна помош го деградира ова право, ја лишува неговата смисла и постоење. Тогаш подобро е чесно да се употребат вистинските зборови и да се каже дека тие не се минимум под кој не може да се оди, туку илустрација на прашања, описно дадени гаранции кои треба да се земат предвид при севкупната оценка на правичноста на постапката.

Токму проблемот според мене, е второто барање кое *de facto* доведе до релативизација на Салдуж правилото. Разводнувањето на правото како и обично се прави така што веќе не се гледа атомистички како минимално барање кое постапката мора да го исполни и без кое нема фер третман пред суд, туку се оценува холистички во сиот кош на факти, постапки и интереси.¹³⁹⁴

Зашто ако правото од чл. 6 е неквалификувано право, што ќе рече не трпи ограничувања (освен јавноста под одредени услови), а гаранциите од ст.3 се минимални права како што сам пишал судот, како може после нивното ограничување, постапката сè уште да биде правична.¹³⁹⁵

Како може гледиштето дека правото на правична постапка не трпи ограничувања и дека гаранциите од ст.3 се минимални права, да се помири со одлуката на Судот во која не нашол повреда на чл. 6 ст. 1 и 3 в. од ЕКЧП кога користејќи го холистичкиот пристап заклучил дека целокупната правичност на кривичната постапка против апликантот не била неповратно нарушена од отсуството на правна помош додека тој бил во полициски притвор,¹³⁹⁶ иако

¹³⁹⁴ Спореди го начинот на одлучување во *Çarkçı v. Turkey* (no. 2), A. no. 28451/08, 14.10.2014, § 42-46, 61 во која Судот утврдил дека осомничениот дал изјава без присуство на бранител, таа била изведена како доказ, домашниот суд се потпрел на неа за осудата заради што нашол повреда на чл. 6 ст. 3 в. во врска со чл. 6 ст. 1 без да го оценува импактот на повредата врз целокупната постапка, а за која повреда соодветен лек е да се повтори постапката со поновата *Beuze v. Belgium*, A. no. 71409/10, 9.11.2018 која означува целосен пресврт во праксата во однос на пристапот и во однос на правниот лек за утврдена повреда.

¹³⁹⁵ *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, A. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016, §§ 250-251 - правото на правично судење според чл. 6 ст. 1 е неквалификувано право. Меѓутоа, она што претставува правично судење не може да биде предмет на едно непроменливо правило, туку мора да зависи од околностите на конкретниот случај... Примарната грижа на Судот според чл. 6 ст. 1 е да ја оцени севкупната правичност на кривичната постапка. Усогласеноста со барањата за правично судење мора да се испитува во секој случај имајќи го предвид развојот на постапката како целина, а не врз основа на изолирано разгледување на еден конкретен аспект или еден посебен инцидент, иако не може да се исклучи дека специфичниот фактор може да биде толку одлучувачки што ќе овозможи правичноста на судењето да се оцени во порана фаза од постапката... При оценувањето на целокупната правичност на постапката, Судот ќе ги земе предвид, доколку е соодветно, минималните права наведени во чл. 6 § 3, кој ги прикажува барањата за правично судење во однос на типични процесни ситуации кои се јавуваат во кривични предмети. Според тоа, тие можат да се гледаат како специфични аспекти на концептот на правично судење во кривичната постапка во чл. 6 § 1... Меѓутоа, тие минимални права не се цели сами по себе: нивната внатрешна цел е секогаш да придонесат за обезбедување правичност на кривичната постапка во целина.

¹³⁹⁶ *Simeonovi v. Bulgaria*, A. no. 21980/04, 12.5.2017, § 129-145 - 1) не биле прибавени и вклучени во списите на предметот докази што можеле да се употребат против апликантот, 2) не била земена изјава од него, 3) не бил вклучен во какви било други истражни мерки во тој период, како на пр. идентификациска смотра или земање биолошки примероци, 4) фактот што не дал каква било изјава немало влијание врз следните фази на кривичната постапка, 5) две недели откако бил формално обвинет доброволно признал. При оценувањето на доброволната природа на тоа признание, Судот го имал предвид фактот дека веќе бил испрашуван во два наврати со помош на адвокат кога молчел, така што кога признал веќе бил информиран за процесните права, особено тоа да не се инкриминира, 6) никогаш не била поставена причинско-последична врска, ниту пред домашните судови ниту пред Судот, помеѓу отсуството на адвокат и признание две недели потоа во присуство на адвокат по негов избор. Отсуството на адвокат за време на полицискиот притвор во никој случај не го нарушило неговото право да не се инкриминира, 7) апликантот активно учествувал во сите фази во кривичната постапка, ги повлекол своите првични изјави, презентирал

- а) не постоеле убедливи причини за ограничување на правото на бранител,
- б) домашното право не предвидувало исклучоци од правото на бранител,
- в) таквата практика на властите тешко би се помирила со владеењето на правото.

Прифаќам дека признанието било правилно обезбедено, доброволно и без никакви процедурални пропусти, па нема збор за евентуално издвојување или потреба од повторување на судската постапка. Но, тоа не значи дека можам да се согласам со ставот дека немало повреда на чл. 6 ст. 3 в. кога било ограничено едно од круцијалните права нужни за фер постапување, без да постојат убедливи причини или основ во домашното право. Очигледно може да се оди и под минимумот и притоа да не се засегне правичноста на постапката, односно таа да не се удави во неправичност.¹³⁹⁷

Во друг предмет укажувајќи дека мора да се спроведе строга контрола онаму каде не постоеле убедливи причини за ограничување на правото на бранител, нашол повреда на чл. 6 ст. 1 и 3 в. од Конвенцијата, бидејќи казнената постапка гледана во целина не успеала да ги исправи процесните недостатоци од предрасправната фаза.¹³⁹⁸

Правилата треба да се јасни и едноставни. Она што Судот го бара од домашното право во случаите од чл. 8, да е јасно, прецизно, предвидливо за да може луѓето да го усогласат своето однесување и разумно да предвидат што е она што правото го предвидува, независно што некогаш ќе им треба и правна помош, треба да важи и за одлуките на Судот.

Тоа не значи дека судската пракса треба да биде скаменета, еднаш за секогаш дефинирана и да не може да претрпи промени заедно со развојот на правната и воопшто општествената култура. Иако, предвидливоста е битна, ако вкоренетото право во вид на изменетите општествени околности станува неправо тоа треба да се промени. Меѓутоа, промените треба да се јасни.

Постоењето на некакво право кое трпи деградација бидејќи има исклучоци, кои по исклучок може да се применат ако одредени други исклучоци не постојат е сè, само не јасна пракса. Последнава реченица, можеби малку неразбирлива, одговара на постоечката судска пракса, па затоа да ја појаснам.

поинаква верзија на настаните, а неговите бранители прибавиле ослободителни и ги оспориле инкриминирачките докази, 8) осудата не се засновала исклучиво на неговото признание кое тој го дал во присуство на адвокатот што го избрал, туку на цела група конзистентни докази, вклучително и изјави на голем број сведоци, резултати од балистички, технички и сметководствени вештачења, медицински и психијатриски мислења, физички и документарни докази, 9) случајот бил испитуван во три инстанции, сите судови ги зеле предвид сите достапни докази, а нивните одлуки биле соодветно образложени во фактичка и правна смисла.

¹³⁹⁷ Во интерес на научната коректност и вистината ќе предочам дека и Комитетот за човекови права на ОН имал слично гледиште како и ЕСЧП. Така и Комитетот бил на став дека правната помош треба да биде можна не само во фазата на судење, туку и во сите фази на постапката, вклучително и за време на полициското испрашување, но сепак во отсуство на каква било истражна мерка во периодот кога осомничениот немал пристап до адвокат, чл. 14 ст. 3 б. од Пактот не бил прекршен од властите - посочено во *Simeonovi v. Bulgaria*, A. no. 21980/04, 12.5.2017, § 71.

¹³⁹⁸ *Beuze v. Belgium*, A. no. 71409/10, 9.11.2018, § 193, 195 - 1) постоеле широки ограничувања на правото на пристап до бранител, осомничениот бил испитан додека бил во полициски притвор пред да може да се советува со адвокат, а во текот на судската истрага бранителот не присуствувал на испитувањата или другите истражни дејствија, 2) во такви околности без претходни информации за правото на молчење, дал детални изјави додека бил во полициски притвор, а потоа изнел различни верзии кои значајно влијаеле на неговата положба, 3) поротниот суд сите изјави ги прифатил како доказ без да ги испита околностите во кои биле дадени, 4) Касацискиот суд не се сосредоточил на оценка на последиците во однос на правата на одбраната од отсуството на бранител за време на полициското испитување, испитувањето од истражниот судија и другите истражни дејствија, 5) изјавите играле важна улога во обвинението и 6) поротниците не добиле никакви упатства или насоки како треба да ги оценат изјавите на апликантот и нивната доказна вредност.

Постои минимално право на бранител (право кое важи во сите фази од постапката), кое иако е неквалификувано може да се ограничи (дозволен е исклучок од минималното право), под услов да постојат убедливи причини (основ за примена на исклучокот), но и ако не постојат убедливи причини (исклучок од основот за примена на исклучокот), судењето не мора во целина да биде неправично (ограничувањето на минималното право не е сериозно прашање) под услов повредата на правото во одредена фаза (изолирање на повредата во стаклено своно од остатокот на постапката) да не нанела штета на правата на одбраната (се дозволува конвалидирање на повредата).

„Нема оправдување политиката на Судот на замаглување на примената на ставовите 1 и 3 од чл. 6“.¹³⁹⁹

Ваквите одлуки наместо да ја направат попристапна праксата на Судот, ја прават неразбирлива и сложена. Овде мора да се признае дека Судот прави обиди да ја поедностави, откога претходно до крајни граници ќе ја усложни. Затоа како помош при испитување на правичноста на постапката како целина со цел да се процени влијанието на процедуралните пропусти претставил неисцрпна листа на фактори, што соодветно треба да се земат предвид.¹⁴⁰⁰

Во Салдуж и другите одлуки, нема насетување кое би било судското мнение по однос на деривативните докази најдени врз основа на признание дадено без помош од бранител. Затоа треба да претпоставиме, дека би било идентично како и при повреда на правото на самоинкриминација. Оваа претпоставка уште повеќе се засилува ако ја имаме во вид новата пракса во однос на правото на бранител и изјавите добиени со повреда на ова право. Правичноста на постапката би дошла предвид само ако доказите добиени со повреда на правото на бранител имале непосредно влијание врз осудата или казната за обвинетиот.

7. Информација за правата

За да може да ги користи своите права, лицето веднаш штом е уапсено или задржано од полицијата треба да биде информирано за нив.¹⁴⁰¹ Впрочем ваква обврска

¹³⁹⁹ Trechsel, 2005, стр. 88.

¹⁴⁰⁰ Ibrahim and Others v. the United Kingdom, A. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016, § 274 - а) дали апликантот бил особено ранлив, на пр. поради неговата возраст или ментална способност; б) правната рамка со која се уредени постапувањата пред судењето и прифатливоста на доказите на судењето, и дали тие биле почитувани; кога се применува ексклузивното правило, особено е малку веројатно постапката како целина да се смета за нефер; в) дали апликантот имал можност да ја оспори автентичноста на доказите и да се спротивстави на нивната употреба; г) квалитетот на доказот и дали околностите во кои е прибавен фрлаат сомнеж во неговата веродостојност или точност, земајќи го предвид степенот и природата на секоја принуда; д) онаму каде што доказите се прибавени незаконски, предметната незаконитост и, каде што произлегува од повреда на друг член од Конвенцијата, природата на утврдената повреда; ё) во случај на изјава, природата на изјавата и дали таа била навремено повлечена или изменета; е) употребата на доказите, а особено дали доказите сочинуваат составен или значаен дел од доказната база врз која е заснована пресудата, и силата на другите докази во случајот; ж) дали утврдувањето на вината го извршиле професионални судии или поротници, а во случајот со вторите содржината на насоките за поротата; з) тежината на јавниот интерес во истрагата и казнувањето на конкретното дело во прашање; с) други релевантни процедурални заштитни мерки дадени со домашното законодавство и практика.

¹⁴⁰¹ Ibrahim and Others v. the United Kingdom, A. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016, § 272 - судот смета дека е вродено (инхерентно) во привилегијата против самоинкриминација, правото на молчење и право на правна помош дека лицето „обвинет за к.д.“ за целите на чл. 6 има право да биде известено за овие права; Simeonovi v. Bulgaria, A. no. 21980/04, 12.5.2017, § 127-128 - нема доказ дека бил информиран за неговите процесни права... примањето такви информации од страна на обвинетото лице е една од гаранциите што му овозможуваат да ги оствари своите права на одбрана и им дозволуваат на властите да обезбедат, особено, дека секое откажување од страна на обвинетиот од правото на правна

државите имаат според меѓународните и домашните акти.¹⁴⁰² Видовме обвинетиот може да се откаже од некои од своите права, а за да биде доброволна, свесна и интеллигентна одлуката тој најпрво треба да знае дека го има конкретното право. Од правата кои досега ги разгледувавме, ова се однесува на правото на адвокат, правото на молчење, привилегијата против самоинкриминација и на конфронтациската клаузула, а не на правото да не биде подложен на тортура, нехумано и понижувачко однесување. Последново е апсолутно кое не трпи исклучоци ни ограничувања, така што не може некој валидно ни да се откаже од него, што ќе рече нема опција државата да тврди дека обвинетиот се сложил против него да се применат постапки спротивни на чл. 3.

Иако во принцип не може да има оправдување осомничениот да не се извести за своите права, постапката не станува по автоматизам неправична, бидејќи на пр. ако осомничениот веднаш добил правна помош од адвокат кој можел да му даде информации за процесните права, отсуството на официјално известување само по себе не се одразило штетно по него. Меѓутоа, кога пристапот до адвокат бил одложен, неизвестувањето ќе ѝ отежне на државата да го убеди Судот дека постапката како целина била фер.¹⁴⁰³

Оправдан е ваквиот пристап на судот, бидејќи нема знак за еднаквост помеѓу информацијата и самото право. Таа служи за негово остварување и ако со сигурност се докаже дека осомничениот на друг начин бил информиран за своите права, а не по пат на официјална информација, тогаш правото кое треба да се штити со информацијата не било засегнато. Оттука, издвојувањето доказ поради недадена информација би довело до прекумерна заштита во ситуации каде навистина за тоа нема никаква потреба. Сепак, во постапка против лице кое има психички пречки во развојот, душевна болест или е малолетник несомнено треба да важат построги правила зашто не ќе се смета за адекватна само гола информација за правата и пасивен однос од органите на прогонот, посебно во однос на правото на стручна помош и можноста да се сретне со адвокат пред полициското испитување.¹⁴⁰⁴

Посебно прашање е кога лицето првично се третира како сведок, за во текот на истрагата или разговорот со полицијата да пораснат сомнежите против него и да стане осомничен за некое конкретно дело. За Судот, тоа е моментот кога вакво лице се смета суштински погодено од дејствијата преземени како резултат на сомневање против него и мора да добие информација за своите права.¹⁴⁰⁵

Во спротивно полицијата ќе може да држи некое лице во заблуда во однос на неговиот статус и правата што ги има, па третирајќи го како сведок кој е должен да зборува вистина на заобиколен пат со одбивање да го промени неговиот формален статус би му ги ускратила процесните права кои ги има секој осомничен, како правото да молчи или правото на правна помош. Во ваков случај навременото давање информација оди во

помош е доброволно, свесно и интеллигентно... тие информации ја гарантираат ефективната можност за остварување на тоа право и - уште повеќе - валидноста на секое откажување според Конвенцијата... Според тоа, дури и ако се претпостави дека апликантот изречно не побарал помош од адвокат додека бил во полициски притвор... тој не може да се смета дека имплицитно се откажал од правото на правна помош, бидејќи не добил такви информации веднаш по неговото апсење. Затоа му било ограничено правото на правна помош; *Beuze v. Belgium*, A. no. 71409/10, 9.11.2018, § 129.

¹⁴⁰² Види табела 2 (*supra* III 2.), како и Directive on the right to information in criminal proceedings, 2012/13/EU, § 1-4, 6.

¹⁴⁰³ *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, A. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016, § 273; *Beuze v. Belgium*, A. no. 71409/10, 9.11.2018, § 130.

¹⁴⁰⁴ Види погоре *supra* note 1369, *Panovits v. Cyprus*, A. no. 4268/04, 11.12.2008, § 70, 73-74.

¹⁴⁰⁵ *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, A. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016, § 270, 276.

насока на заштита на основното право, а без неа ќе има премала, подзаштита на правото, бидејќи условно кажано откажувањето од него нема да биде свесно и интелегентно.

Во случајот кој го анализирав претходно во овој труд, таква била ситуацијата со четвртиот апликант. Полицијата првично го третираше како сведок, но во текот на разговорот почнал да се инкриминира, па службениците кои го испитувале направиле прекин во тој момент за да побараат совет од надредените дали да го информираат за правата. Им било кажано да продолжат со распитот без да му укажат на правото да молчи или на правна помош и подоцна неговиот исказ бил употребен против него во судската постапка. Немало ургентни причини како кај првите три апликанти времено да му се ограничи правото на бранител, немало основа во домашното право за таквиот начин на постапување, па судот нашол повреда на чл. 6 ст. 1 и 3 в. Како и во други случаи советува евентуално повторување на постапката.¹⁴⁰⁶

Џексон и Самерс сметаат, откако обвинетиот ќе биде информиран за неговите права на молчење и бранител, тајното следење ако го имало мора да престане. Продолжувањето би било спротивно на адверсијарната постапка, правото на фер судење и слободата обвинетиот сам да одлучи дали ќе им помогне или не на органите на прогонот.¹⁴⁰⁷ Иако изгледа примамливо не се согласувам со ова гледиште кое меша различни работи, од едноставна причина што не постои и не треба да постои човеково право, да не се биде истражуван од органите на прогонот.

8. Резиме

Проблемот со ЕСЧП е што неговите одлуки немаат автоматско касационо дејство спрема одлуките на домашните судови.¹⁴⁰⁸ Тој не е суд од IV инстанца и нема надлежност како ВСС да нареди постапката да се повтори без спорните докази.

За да се надмине ваквиот недостаток судиите во издвоените мислења предлагаат, во оперативниот дел од одлуката да се вметне задолжение за одговорната држава одредено време по конечноста на пресудата и на барање на жалителот да ја повтори постапката и да ја исправи повредата согласно правилото *restitutio in integrum*.¹⁴⁰⁹

Во вакви случаи паричното надоместување на повредата на правото на правична постапка не е ефикасен, ниту соодветен правен лек. Се согласувам дека најдобар начин за санирање на повредите сторени спрема обвинетиот со употреба на незаконити докази или преку ограничување на негови суштински права е *status quo ante*. За таа цел судот во оперативниот дел на одлуката може да побара такво нешто, притоа и да го услови со висок надомест на штета. Високата казнена штета што ќе треба да ја надомести државата ако не ја повтори постапката и не ја исправи повредата, верувам би бил доволен поттик.¹⁴¹⁰

Аристотел на престапот гледа како на нешто со кое се повредува еднаквоста, бидејќи едниот нанесува а другиот трпи неправда. За него не се битни моралните

¹⁴⁰⁶ *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, A. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016, § 298311, 315.

¹⁴⁰⁷ Jackson/ Summers, 2012, стр. 187-188.

¹⁴⁰⁸ Škulić, 2006, стр. 743; Шкарик, 2015, стр. 558.

¹⁴⁰⁹ *Salduz v. Turkey*, A. no. 36391/02, 27.11.2008, (Joint concurring opinion of judges Rozakis, Spielmann, Ziemele and Lazarova Trajkovska); Слично за повреда на конфронтационата клаузула *Romanov v. Russia*, A. no. 41461/02, 24.7.2008, (joint concurring opinion of judges Spielmann and Malinverni) и *Melnikov v. Russia*, A. no. 23610/03, 14.1.2010, (concurring opinion of judge Spielmann).

¹⁴¹⁰ Како пример за ваква пракса во *Romanov v. Russia*, A. no. 41461/02, 24.7.2008 (joint concurring opinion of judges Spielmann and Malinverni) посочени се одлуките на ЕСЧП во *Claes and Others v. Belgium*, A. nos. 46825/99, 47132/99, 47502/99, 49010/99, 49104/99, 49195/99 and 49716/99, 2.6.2005) и *Lungoci v. Romania*, A. no. 62710/00, 26.1.2006.

особини на напаѓачот и оштетениот, дали некој од нив е добар или лош, туку повторно да се воспостави еднаквост, а со самото тоа и праведност.¹⁴¹¹ Ако се примени ова гледиште, еднаквоста, а со тоа и праведноста, најдобро би се обезбедиле преку *restitutio in integrum* или ставање на страните во состојба во која тие би биле да не дошло до повредата.

Колку е поголема повредата, толку поголеми ќе се барањата доказот да биде издвоен. Употребата на докази добиени како резултат на повреда на едно од основните права гарантирани со чл. 3 од ЕКЧП, секогаш покренува сериозни прашања во однос на правичноста на постапката. Судот вовел апсолутно и целосно ексклузивско правило на изворните и секундарните докази добиени како резултат на тортура. Тие не смее да се користат без оглед на нивната доказна вредност. Секаков друг заклучок само би делувал во насока на индиректно легитимирање на оној вид морално погрешно однесување кое авторите на ЕКЧП имале намера да го забранат. Ако домашните судови се потпреле на докази добиени со тортура, целото судење е неправично и соодветен лек е да се повтори постапката без спорните докази.

При воспоставување на ова правило кај тортурата судот во преден план го имал интегритетот и легитимитетот на судската постапка, да не се дозволи бруталност под плаштот на законот и така да се дискредитира правораздавањето. При вакви случаи ексклузијата е *ex lege*, па домашниот суд штом утврди дека дејствието претставувало тортура должен ќе е безусловно да ги издвои доказите, без да спроведува балансирачки тестови или да го проценува влијанието на доказите во конкретниот случај.

Останало неодговорено прашањето дали истото правило покрај за материјалните секундарни докази ќе важи и за вербалните, пр. сведок за кого органите разбрале од изјавата на обвинетиот добиена по пат на тортура. Дали ни сведокот не ќе може да се испита во идна постапка против обвинетиот? Причините кои судот ги посочил како оправдување на ексклузијата во ситуациите со тортура наложува да заклучиме дека иста би била судбината и со ваков доказ. Државата не ќе може да добие изјава со доказна вредност од сведок чиј идентитет го дознала со помош на тортура.

Судот вовел апсолутно и целосно ексклузивско правило на оригинерните вербални докази, односно изјавите добиени како резултат на нечовечко или понижувачко постапување, зошто во спротивно нивната употреба би го направило судењето неправично. И овде во преден план го ставил легитимитетот на судската постапка. За разлика од нив употребата на секундарните докази добиени со нечовечко или понижувачко постапување (исто така забрането со чл. 3) не е *ex lege* недопуштена. Правичноста на постапката доаѓа под знак прашалник само ако повредата на чл. 3 има влијание врз исходот на постапката против обвинетиот, односно, има влијание врз неговата осуда или казна. Со други зборови, само во таков случај секундарните докази добиени преку нечовечко или понижувачко постапување треба да бидат издвоени, но, не и кога има прекин во причинско-последичниот синџир, кој води од забранетите методи на истрага до одлуката.

Според Судот неприфатлива е употребата на доказите прибавени како резултат на полициско поттикнување. Користењето вака добиени докази би го изложило обвинетиот на ризик од самиот почеток да биде дефинитивно лишен од правично судење, па соодветен лек во вакви ситуации е повторување на постапката без спорните докази. Моето мислење е дека во одредени ретки околности и запирањето на постапката ќе е соодветно решение за да се исправи ваквиот проблем, а најчесто доволно ќе биде само осетно ублажување на санкцијата. Сепак, лицето без оглед што било наведено сторило

¹⁴¹¹ Ivošević, 1970, стр. 705.

дело и треба да одговара за тоа. Многумина не потклекнуваат на слабостите. Мнозина доведени од судбината до сид не вршат к.д. Секому своето. Со неказнување го изедначуваме поттикнатото лице со сите чесни и одговорни лица. Тоа би било лицемерие во име на правдата и затоа кај полициските поттикнувања кои несомнено резултирале со к.д. од осудениот, доволно е знатно намалување на казната, зашто на таков начин би го уважиле фактот дека бил наведен да стори дело од некој чија задача е да спречува, а не да поттикнува други да вршат к.д. Задолжително во такви случаи треба да се поведе казнена и дисциплинска постапка спрема службеното лице кое било одговорно за недозволеното наведување, зашто инаку не би можеле да го одвратиме од идно слично поведение.

Понатаму, забранети се директни докази добиени со повреда на правото на молчење и на привилегијата против самоинкриминација, кои според Судот се општопризнати меѓународни стандарди, што лежат во основата на она што значи правична судска постапка. И покрај тоа, во определени околности дозволени се негативни заклучоци од молчењето.

Во однос на прашањето за издвојување на материјалните секундарни докази индиректно прибавени со повреда на привилегијата против самоинкриминација Судот останал доследен на својата пракса за реалните докази. Тие по правило се прифатливи ако биле испочитувани правата на одбраната и ѝ била дадена можност да ги оспори автентичноста и квалитетот на доказите и да се спротивстави на нивната употреба.

Вообичаено дозволени се како докази информации добиени со кршење на правото на приватност. Терминот „вообичаено“ се користи за да се укаже дека ваквите докази по правило се дозволени и постапката покрај повредата на чл. 8 не се смета за неправична во смисла на чл. 6. Исклучок има во две ситуации, едната, одбраната да немала можност да ја оспори автентичноста и квалитетот на доказот или да се спротивстави на неговата употреба, и другата, ако самиот начин на прибавување предизвикал разумен сомнеж во поглед на веродостојноста на доказот (поради околностите под кои доказот бил пронајден била доведена во прашање неговата веродостојност или точност).

А, штом по правило нема издвојување на оригинерните докази произлезени од повредата на чл. 8, не може ни да се разговара за издвојување на деривативните. За да има секундарна повреда, мора да има примарна, бидејќи без примарна не постои секундарната.

Оттука, ако како основ за некаков заклучок ја земеме праксата на Судот, може да констатираме дека таа го негира заклучокот на Олчер дека моделот на ЕКЧП за исклучување на доказите не е поврзан со други права, туку има своја основа во чл. 6 од ЕКЧП,¹⁴¹² зашто Судот очигледно не гледа така на ова прашање. Напротив за него услов за примена на ексклузивското правило е врската со другите права, како на пр. тоа од чл. 3 од Конвенцијата.

Табелата на ексклузијата и аналогно на инклузијата на доказите кај ЕСЧП изгледа вака:

¹⁴¹² Öçer, 2008, стр. 83.

засегнато право	оригинерен доказ	деривативен доказ
Забрана за тортура - чл. 3	безусловна ексклузија (вербален доказ)	безусловна ексклузија (материјален или вербален доказ)
Забрана за нечовечко или понижувачко постапување - чл. 3	безусловна ексклузија (вербален доказ)	условна ексклузија (материјален или вербален доказ)
Забрана за полициско поттикнување - чл. 6	безусловна ексклузија (вербален или материјален доказ)	безусловна ексклузија (материјален или вербален доказ)
Право на молчење и привилегија против самоинкриминација - чл. 6	безусловна ексклузија (вербален доказ)	прифатлив
Конфронтациска клаузула - чл. 6	условна ексклузија (писмени изјави, сведоци по слушање, снимки)	прифатлив
Идентификации - чл. 6	условна ексклузија (записник од препознавање, сведоци на препознавањето)	условна ексклузија (судска идентификација)
Право на бранител - чл. 6	условна ексклузија (вербален доказ)	прифатлив
Право на приватност - чл. 8	прифатлив (ретко ексклузија)	прифатлив

Табела 7

ГЛАВА VII

ДОКАЗНИ ЗАБРАНИ И НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ ВО ДРУГИТЕ ДРЖАВИ

По САД и ЕСЧП, а пред да се задржам на Македонија, да видиме каква е состојбата во други држави. Идејата не е да се добие на квантитет и да се даде опис на статусот на ексклузивното правило во што повеќе земји, туку да се видат нијансите што ги прават нивните решенија посебни. Сите имаат некакво ексклузивно правило, а според пристапот на Монтескје клучно од овој следен дел е „не да го пронајде заедничкото - туку да го согледа различното“.¹⁴¹³ Ако е точно дека „интелектуалниот и научниот напредок се состои од замена на парадигмите кои веќе не можат да ги објаснат новите или новооткриените факти со нови парадигми кои нудат поуспешни објаснувања“¹⁴¹⁴ тогаш за да успееме во обидот да го подобриме македонското решение, најпрво мора да обезбедиме податоци за туѓите и да видиме како таму се објаснува и оправдува она што нас не интересира. Туѓите гледишта може да ни помогнат да го обликуваме сопственото.

Во однос на другите држави, методолошкиот пристап е следен. Главно анализата на правилото за ексклузија е претставена преку осврт на научни и стручни трудови и збирки на судски одлуки, а поретко со изворна студија на судски одлуки и прописи, како што беше случај со САД, ЕСЧП или како што ќе биде со Македонија.

Се прифаќа како реалност дека постојат разлики во однос на тоа кој ја води и спроведува истрагата и кој дава овластување за посебните доказни дејствија како што се прислушувањата, тајните снимања и следења, употребата на тајни агенти, претресите, испитувањата на сведоци и сл.

Некаде истрагата ја спроведува полицијата,¹⁴¹⁵ некаде јавното обвинителство,¹⁴¹⁶ а ретко судот.¹⁴¹⁷ Без резерви може да се каже дека кај државите постои тенденција на заменување на судската истрага како застарен модел,¹⁴¹⁸ но сè уште судот е тој кој

¹⁴¹³ Мухиќ, 2001, стр. 110.

¹⁴¹⁴ Хантингтон, 2010, стр. 33.

¹⁴¹⁵ Во Англија, Ирска, Италија, Швајцарија, Сингапур Словачка (кај претходните самостојно, независно од ЈО, при што во Англија и во Словачка самостојно поднесува и обвинение), во САД (самостојно на државно ниво, а во координација со ЈО на федерално ниво), во Финска (прима упатства од ЈО само ако осомничен е полициски службеник), Франција (прима упатства од ЈО), во Полска и Тајван (може и ЈО), Данска, Шведска, Холандија, Полска, Кипар, Тајван.

¹⁴¹⁶ Во сите меѓународни трибунали анализирани во глава IV истрагата била/е во рацете на обвинителот и неговите истражни тимови. Потоа во Хрватска, Босна и Херцеговина, Србија, Италија, Германија (кај претходните ЈО може да ја довери на полицијата), Холандија, Полска, Кипар, Тајван (кај претходните може и полицијата), Франција (за најлесните дела може и полицијата, а за најтешките е во рацете на истражен судија), Јужна Кореја, Македонија.

¹⁴¹⁷ Во Франција (само за најтешките к.д., а за другите полицијата или ЈО), Шпанија (за тешките к.д. за кои е пропишана казна затвор над 6 г.), Белгија, Луксембург - извори за овие три фусноти: За повеќето посочени држави кај Pavišić, 2008, стр. 496-510, 515, 535; За Данска и Шведска кај Pavišić, 2007, стр. 331-332; За Франција, Белгија, Германија, Италија и Англија кај Spencer, 2005c, стр. 625; За Англија кај Spencer, 2005b, стр. 150, 165, 198, кај Perrodet, 2005b, стр. 418, кај Mathias, 2005, стр. 469-470 и кај Бужаровска/ Pe/ Карнава, 2010, стр. 38; За Холандија кај Sellier/ Weyembergh, 2018, стр. 23-24; За Словачка кај Vnukova, 2013, стр. 853-854; За Тајван кај Lin/ Wang/ Chen/ Tsai-Chen/ Tsai, 2019, стр. 134; За Сингапур кај Ho, 2019a, стр. 215 и кај Knickmeier, 2019, стр. 341; За САД кај Iontcheva Turner, 2019, стр. 94, 96; За Германија кај Juu-Birmann, 2005, стр. 305, 312-313, 318 и кај Weigend, 2019, стр. 67-69, 72; За Франција кај Dervieux, 2005, стр. 250; За Италија кај Perrodet, 2005a, стр. 352, 361-362, 376; За Франција и Белгија кај Salas, 2005, стр. 506-507; За Германија и Белгија кај Tulkens, 2005, стр. 656; За Јужна Кореја кај Cho, 2002, стр. 381; За Швајцарија кај Macula, 2019, стр. 24, 27.

¹⁴¹⁸ Германија 1974/1975, Данска 1978, Италија 1988/1989, Полска 1997, БиХ 2003/2004, Естонија 2004, Хрватска 2008, Австрија 2008, Швајцарија 2010, Црна Гора 2011, Македонија 2013, Србија 2013/2014 - извори за оваа фуснота: за Германија, Италија, Полска, Естонија, Австрија, Швајцарија кај Pavišić, 2008,

одлучува за потешките форми на ограничување на правата и слободите, односно на приватноста, неповредливоста на домот, преписката и информациите, слободата на движење и сл. Целта нема да биде да се претстави комплетно организациската шема на државите. Тоа иако битно ќе е непрактично (нема потреба да анализираме кој и какви п.и.м. овластува во секоја од државите), па затоа ќе бидат наведени само главните карактеристики. Основното ќе биде да се види каква е во овие држави судската реакција кога истражните органи не се придржувале до правилата за прибавување на доказите.

На ниво на ЕУ досега не е донесен правен акт со кој би се имплементирало униформно ексклузивско правило за незаконски или неправилно прибавени докази,¹⁴¹⁹ коешто можевме да го констатираме и преку анализата на јуриспруденцијата на ЕСЧП.

1. Англија

Прва карактеристика за Англија е што истрагите главно ги спроведува полицијата, таа има законска автономија во однос на ЈО кое не може да ѝ дава наредби, за разлика од континентот каде формално е зависна, но *de facto* ужива реална слобода.¹⁴²⁰ Притоа нема обврска да го информира обвинителот, ни да бара одобренија од него за преземање одредени истражни дејствија. И, не само тоа, освен што целосно и самостојно ја спроведува истрагата, полицијата поднесува обвинение. Дури тогаш ЈО го презема случајот и може да одлучи да ја продолжи постапката пред суд или да го повлече обвинението.¹⁴²¹

Втора е што големо значење имаат вербалните докази, посебно признанијата дадени во полиција, па не случајно таму има развиена пракса и голем број научни и стручни трудови што се однесуваат на признанијата, правото на молчење и прифатливоста на вербалните докази.

Третата е што за разлика од повеќето други држави нивното право познава одредени ограничувања на правото на молчење и можност да се влечат неповолни заклучоци за обвинетиот ако тој не спомне некој значаен факт на првото испитување во полиција, туку прв пат се повика на него подоцна или во текот на судењето.

Четвртата, можеби најбитната е што главна причина за евентуално исклучување на доказот е неговата неверодостојност, односно можноста да пружи неточни информации и да го поведе оценувачот на фактите во погрешна насока. Штом е така, веднаш станува јасно дека бодежот на ексклузивското правило најмногу ги допира вербалните докази зашто токму кај нив методот на прибавување може да влијае на веродостојноста, за разлика од материјалните кај кои незаконитоста при обезбедувањето по правило не влијае на нивните својства.

стр. 497-498, 500-501, 503, 535; За Германија, Данска, Италија кај Матовски, 2004, стр. 39; За Германија, Италија, Австрија кај Кгарас, 2007, стр. 188; За Австрија кај Крапац/ Камбовски/ Калајџиев/ Бужаровска, 2007, стр. 44, кај Бужаровска, 2007, стр. 344, кај Pavišić, 2007, стр. 334 и кај Đurđević, 2010, стр. 10, 12-13; За Хрватска кај Đurđević, 2010, стр. 15 и кај Đurđević, 2011, стр. 316-317; За БиХ и Црна Гора кај Radulović, 2012, стр. 13, 19; За БиХ кај Bubalović, 2008, стр. 1129, 1133-1134; За Србија кај Bošković/ Pavlović, 2016, стр. 190-192 и кај Илиќ, 2015, стр. 232; За Италија кај Salas, 2005, стр. 495; За Германија кај Маркоски, 2015, стр. 135; За Македонија види ЗКП/10. Кај државите кај кои има два датуми, поедини автори го посочуваат датумот кога биле усвоени законските измени, а други кога тие стапиле во сила.

¹⁴¹⁹ Sellier/ Weyembergh, 2018, стр. 61.

¹⁴²⁰ Освен полицијата за одредени видови дела истрага води и поднесува обвинение даночната управа, царината, бирото за сериозни измами, директоратот за здравство и социјални услуги - види кај Spencer, 2005b, стр. 151-152; Perrodet, 2005b, стр. 41; Mathias, 2005, стр. 470, 476 и Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 260-262.

¹⁴²¹ Кгарас, 1995, стр. 50; Spencer, 2005b, стр. 149, 198; Perrodet, 2005b, стр. 418, 442; Mathias, 2005, стр. 470-471, 475.

Овие карактеристики природно ја обликуваат и јуриспруденцијата за незаконитите докази.

За Англија битни правни правила во делот што ни е предмет на интерес се обичајното право, ЗПКД од 1984 г. и Законот за кривична правда и јавен ред од 1994 г.

Пред парламентот да го донесе ЗПКД кој регулира прашања релевантни за предметот на овој труд, тие биле уредени исклучиво со правилата на обичајното право. Оттука сè она што како правило датира пред 1984 г. е уредено со common law прецедентите, а потоа и со законските прецеденти. Овде ни ми е целта минуциозно да го простудирам англиското законодавство туку одредбите кои се најбитни за предметот на овој труд. Такви од ЗПКД се чл. 76 кој носи наслов „признанија“, чл. 78 насловен како „издвојување на неправични докази“ и чл. 82 „интерпретации“.

Барањата за издвојување по чл. 76 и 78 се поднесуваат пред доказите да бидат изведени на судењето, додека по чл. 82 може и откога биле изведени, а за да се спречи неправда.¹⁴²²

По прашањето на *onus probandi*, секако не е исто дали ќе се бара од обвинителството да докаже дека доказите се законито обезбедени или обратно од одбраната дека се незаконити. Во common law државите тоа е решено на начин што откога ќе го изнесе одбраната прашањето за незаконитост на доказите, товарот се префрла на обвинителството, кое треба да го убеди судот надвор од разумно сомневање (Англија, Канада и Нов Зеланд) или со степен на претежност (Австралија и САД) дека доказите се прибавени на законит начин.¹⁴²³ Пример, во САД вообичаено кај барањата за издвојување истакнати во федералните судови врз основа на IV амандман, товарот е на обвинетиот ако доказите биле прибавени со судски налог (имено неутрален суд веќе утврдил дека има веројатен основ за претрес), односно кај обвинителството за оние обезбедени без налог (да го убеди судот дека претресот бил разумен и во границите на дозволените исклучоци).¹⁴²⁴ Кај признанијата обврска на обвинителството е да докаже дека биле дадени Миранда правата и дека изјавите биле доброволни (V амандман), односно дека обвинетиот доброволно се откажал од правото на бранител при вонсудската идентификација (VI амандман).¹⁴²⁵

Одлуката по предлогот за ексклузија ја носи судија на *voir dire*¹⁴²⁶ и ако го исклучи доказот поротата како оценувач на фактите нема да знае за него, но ако го прифати таа ќе ја цени тежината и вредноста што ќе му ги припише. Одбраната и неа може да ѝ укаже на околностите под кои бил прибавен и поради кои смета дека неговата доказна вредност е мала, но не за да обезбеди поротна одлука со која ќе се издвои доказот, туку за таа нему да му даде мала доказна вредност.¹⁴²⁷ Ако по некоја случајност пред поротата бил изведен доказ што не смеело, тогаш судот мора да ја опомене да не води сметка за него

¹⁴²² Biçak, 1995, стр. 144.

¹⁴²³ Mirfield, 1997, стр. 48; Krapac, 1995, стр. 75; LaFave/ Israel, 1992, стр. 508-510.

¹⁴²⁴ LaFave/ Israel, 1992, стр. 504-505 - додека кај државите прашањето е решено различно, во некои е на страна на обвинителството, а во некои кај одбраната.

¹⁴²⁵ LaFave/ Israel, 1992, стр. 507-508.

¹⁴²⁶ Рочиште во рамки на рочиште, каде судот во отсуство на поротата ги испитува доказите.

¹⁴²⁷ Првично судот бил должен во напатствијата да ѝ укаже на поротата ако смета дека признанието не било доброволно да го занемари, но според поновите важечки прецеденти од 1967 г. веќе не, таа може да осуди некого и врз основа на признание за кое верува дека било обезбедено под принуда сè додека смета дека е вистинито - Mirfield, 1997, стр. 52.

или ако смета дека таквата опомена нема да помогне да ја распушти по што на обвинетиот ќе му суди нова порота.¹⁴²⁸

Во Англија поротните одлуки се општи и необразложени, така што странките или жалбениот суд немаат увид во причините кои ја убедиле поротата да одлучи на еден, а не на друг начин. Оттука основ за жалба против осудата не може да биде погрешно утврдена фактичка состојба, а на ослободителна одлука обвинителството нема право да се жали. Затоа постојат два жалбени основи против осудата, еден, заради погрешна одлука на судијата по предлогот за издвојување на доказите во смисла ако недопуштениот доказ имал неповолно влијание така што без него, а само врз основа на другите докази не би била донесена иста одлука и друг, заради погрешно сумирање на предметот.¹⁴²⁹

1.1. Ексклузија на материјалните докази

Кога се во прашање доказите, во Англија долго време важело правилото на обичајното право според кое сите веродостојни и релевантни докази биле прифатливи во суд независно од начинот на нивното прибавување.¹⁴³⁰ Незаконитоста во прибирањето на доказот не играла улога за одлуката за негово прифаќање сè додека не влијаела на неговата точност. Затоа по правило не биле исклучувани материјалните докази, зашто и од досегашниот дел на трудот видовме дека ретко кога начинот на обезбедување влијае врз нивната веродостојност.

Потребата да се дисциплинира полицијата или да се заштитат осомничените не играла никаква улога. Тоа се гледа од ставот на судиите во неколку познати одлуки од XIX и XX век,¹⁴³¹ која тенденција продолжила и по донесувањето на ЗПКД.¹⁴³²

Доказите најдени при незаконит претрес генерално се прифатливи,¹⁴³³ а тоа важи и за останатите добиени со повреда на чл. 8 од ЕКЧП (прислушувања, амбиентални снимања). Материјалните докази не треба да се издвојат само заради фактот што биле прибавени на неправилен начин,¹⁴³⁴ туку ако поради неправилниот начин на

¹⁴²⁸ Krapac, 1995, стр.34, 68, 145 - обвинителот не смее во воведниот говор да се повика на доказите за кои одбраната посочила дека ги смета за незаконити и за кои има намера да бара судот на посебно рочиште да одлучи за нивната допуштеност.

¹⁴²⁹ Krapac, 1995, стр. 67.

¹⁴³⁰ Bradley, 2001, стр. 375; Thaman, 2011, стр. 694; Amar, 1994, стр. 789 - ексклузијата не е и никогаш не била британско правило.

¹⁴³¹ Leatham (1861) 8 Cox CC 498, at 501 - „не е битно како си ги добил доказите, и да си ги украде, тие би биле прифатливи како докази“; Jones v. Owen (1870) 34 JP 759, at 760 - „Мислам дека би била опасна пречка во спроведувањето на правдата ако држиме бидејќи доказите биле прибавени со нелегални средства тие да не може да бидат употребени против страната обвинета за к.д.“ (прибавени со незаконит претрес) или Sang [1980] AC 402 - „во однос на изјави и признанија и генерално во однос на докази прибавени од обвинетиот по сторување на делото, нема дискреција да одбие да прифати релевантен доказ со образложение дека тој бил прибавен со неправилен или неправеден средства. Судот не го засега како тие биле прибавени“ - сите цитирани кај Mirfield, 1997, стр. 109, 116, 120, првата одлука кај Amar, 1994, стр. 789, Stone, 1995, стр. 2, Bradley, 2001, стр. 375, Spencer, 2005c, стр. 603-604, Jackson/ Summers, 2012, стр. 153, Jackson, 2012, стр. 121 и Ho, 2019b, стр. 290, првата и втората кај Viçak, 1995, стр. 49, 104 и Belanger, 2016, стр. 86-87, а втората кај Gautam, 2017, стр. 158.

¹⁴³² Mason [1988] AC 402, at 436 - „судот не е место за дисциплинирање на полицијата“; Oliphant [1992] Crim.LR 40 - „не е работа на судот да ги едуцира или дисциплинира полициските службеници“ и други одлуки кај Mirfield, 1997, стр. 139; Слично и McEwan, 2007, стр. 600.

¹⁴³³ Mirfield, 1997, стр. 109-110, 119; Milovanović, 1989, стр. 31-32; Krapac, 1995, стр. 123; Gautam, 2017, стр. 158; Stone, R. Entry, Search and Seizure, London: Sweet and Maxwell, 1997, стр. 29 кај Karas/ Štrk, 2013, стр. 192 и кај Mešanović, 2018, стр. 73.

¹⁴³⁴ Spencer, 2005c, стр. 605; Cooke [1995] 1 Cr.APP.R 318 - се однесува на ДНК доказ од влакно на обвинетиот во постапка за силување, за кој судот укажал дека начинот на прибавување, дури и да било

прибавување била изменета нивната суштина.¹⁴³⁵ Мирфилд и Спенсер ја споменуваат одлуката за Кан¹⁴³⁶ каде снимката била направена со неовластено влегување во станот на трето лице (тривијална повреда споредено со сериозноста на к.д. криумчарење голема количина хероин, зашто службениците не постапиле арбитражно туку влегле согласно тогаш важечките подзаконски правила).

Тривијалноста на повредата секако треба да оди во прилог на прифаќање на доказот. Имено, потешката повреда има повеќе шанси негативно да се одрази врз правичноста на постапката, отколку полесната. Меѓутоа, не сметам дека во случајот со Кан повредата на чл. 8 од ЕКЧП има тривијален карактер. Ако тоа се прифати би значело дека Конвенцијата нуди заштита на безначајни права.

Правниот лек треба да е соодветен на повредата која има за цел да ја санира. Во овој контекст, пр. не се согласувам ни со Ешворт кој се залага за поништување на осудата на обвинет кому не му било судено во разумен рок.¹⁴³⁷ Правото на судење во разумен рок секако не е безначајно, но повредата поправилно може да се санира со ублажување на санкцијата, наместо со ставање на виновниот сторител во поповолна позиција отколку што би бил да не било повредено ова негово право. По аналогија и на ексклузијата гледам како на метод што овозможува враќање на status quo позицијата, имено државата да не дојде во поповластена позиција благодарение на повредата која самата ја направила.

Во Англија според обичајното право судот ја користи дискрецијата да исклучи одредени докази, само во ситуации во кои веродостојноста на доказот е доведена во прашање, односно штетното влијание е поголемо од неговата доказна вредност, па не би било безбедно да се остави поротата да ја оценува неговата доказна сила.¹⁴³⁸ Во овој контекст, како метод преку кој се промовира точноста на исходот, може да се сфатат првите ексклузивски правила во Англија што се однесуваат на сведоците по слушање и карактерните докази.

Како водечко правило, правична се смета секоја постапка во која поротата може да ги чуе сите релевантни докази на кои странките сакаат да се повикаат, а по исклучок може да стане неправедна ако, на пр. на едната страна ѝ е дозволено да изведе релевантни докази што не може правилно да се оспорат, или кога имало злоупотреба на процесот бидејќи доказите биле прибавени со намерна повреда на поставените процедури.¹⁴³⁹ Според англиските врховни судии дискрецијското правило не може да се користи во случаите на полициските замки. Нивната правна логика е што ценат дека ексклузивското правило може да се примени во однос на доказите незаконито прибавени од обвинетиот по сторување на делото, а кај замката тие се обезбедуваат пред и за време на actus reus. Ваквиот став автоматски исклучува можност за примена на правилото и кај прислушувањата.¹⁴⁴⁰ Иако, чл. 78 од ЗПКД вовел можност за издвојување на сите докази

незаконски на ниеден начин не влијае врз точноста и јачината на доказот - кај Mirfield, 1997, стр. 213, 237 и кај Allen, 2011, стр. 117.

¹⁴³⁵ R v. Chalkley [1998] 2 All ER 155 кај Karas/ Štrk, 2013, стр. 192 и кај Simović, M./ Simović, M./ Simović, V., 2015, стр. 2-3.

¹⁴³⁶ Mirfield, 1997, стр. 110, 153-154, 211-213, споменати се и други авторитети според кои англиските судови не ги издвојуваат вака добиените докази; Spencer, 2005c, стр. 605.

¹⁴³⁷ Ashworth, 2002, стр. 67.

¹⁴³⁸ Sang [1980] AC 402 кај Mirfield, 1997, стр. 112, 116, кај Yeo, 1981, стр. 33-34, кај Milovanović, 1989, стр. 34-35, кај Stone, 1995, стр. 2, кај Jackson/ Summers, 2012, стр. 38 и кај Ho, 2019b, стр. 291; Selvey v. D.P.P. [1970] A. C. 402 кај Biçak, 1995, стр. 189-190.

¹⁴³⁹ R v. Quinn, [1990] Crim L.R. 581, 583 кај McEwan, 2007, стр. 601.

¹⁴⁴⁰ Biçak, 1995, стр. 109-110.

(вербални и материјални), вклучително и на тие приборани со полициска замка, таквата можност во однос на овие докази во Англија не се користи.¹⁴⁴¹

1.2. Ексклузија на вербалните докази

Со вербалните докази работата била поинаква. Изјавите дадени во полиција биле прифатливи само ако биле доброволни, зашто се сметало дека отсуството на слободна волја можело да ја направи неточна. А, неверодостојна изјава може да биде основ за погрешна пресуда што од своја страна влијае врз правичноста на постапката. Отсекогаш во Англија правичноста се гледала како правило чија цел е обезбедување правилна одлука сфатена во материјално правна смисла, а не како независен процедурален принцип. Без оглед како биле прибавени доказите, постапката ќе е правична ако одлуката е исправна, така што докази обезбедени и со к.д. не ја прават неправична ако фактите што ги сервираат се вистински одраз на реалноста.

Во тој контекст според обичајното право прифатливоста на вербалните докази зависи од доброволноста, имено „признанијата не смее да се прифатат како докази освен ако се доброволни“.¹⁴⁴² А, доброволноста подразбира да не се добиени со принуда, закана или ветување од полициските служби насочени кон добивање на изјавата. Ако има обвинување за такво нешто, обвинителството е тоа кое треба да докаже дека принудата не играла улога во обезбедување на изјавата.¹⁴⁴³

ЗПКД може да се каже го доразработил старото обичајно правило. Чл. 76 предвидел забрана за прифаќање изјави на обвинет во постапка против него а) кои се дадени под принуда независно што може да се точни или б) кои се дадени како последица на нешто кажано или направено што веројатно, во околностите во кои биле дадени, ќе го направи секое признание неверодостојно. Практично чл. 76 препознава две ексклузивски правила, едно, облигаторно *ex lege* за изјавите дадени под принуда (чл. 76 ст. 2 а) и второ, дискреционо *ex iudicio* за изјавите дадени како резултат на закана, ветување и сл. ако поради таа закана или ветување може да не се веродостојни (чл. 76 ст. 2 б).¹⁴⁴⁴

¹⁴⁴¹ Viçak, 1995, стр. 125.

¹⁴⁴² Viçak, 1995, стр. 233, 245-246 ги посочува White (1741) 17 How. St. Tr. 1079 или R. v Warickshall (1783) 1 Leach C. C. 263 - признанието изнудено од умот преку надежта од ласкањето или стравот од тортурата е толку сомнително кога треба да се смета како доказ за вина што никаква вредност не треба да му се признае (цитат од Варикшал); Втората одлука и кај Langbein, 1996, стр. 1197.

¹⁴⁴³ Mirfield, 1997, стр. 76-77, 113 - одлуката во која судот ги формулирал овие принципи е Ibrahim [1914] AC 599, at 609; Кгарас, 1995, стр. 53 - ја споменува оваа одлука, а воедно укажува на судските правила од 1912 г. според кои за да биде употреблива како доказ на суд изјавата дадена во полиција, полицискиот службеник требало да го поучи осомничениот дека не е должен ништо да зборува, а сè што ќе каже може да биде употребено како доказ на неговото судење.

¹⁴⁴⁴ Чл. 76 (1) Во која било постапка, признанието дадено од обвинето лице може да биде дадено како доказ против него, доколку тоа е релевантно за кое било прашање што е предмет на постапката и не е издвоено од страна на судот во согласност со овој дел. (2) Ако, во постапка во која обвинителството предложи како доказ признание дадено од обвинето лице, се изложи пред судот дека признанието било или можело да биде прибавено – (а) со принуда врз лицето кое го дало; или (б) како последица на било што кажано или направено, што веројатно, во постојните околности би го направило неверодостојно кое било признание што би можело да биде дадено од лицето како последица на посоченото, судот нема да дозволи признанието да се даде како доказ против него, освен доколку обвинителството не му докаже на судот надвор од разумно сомневање дека признанието (без оглед што може да е точно) не е прибавено како горенаведено. (3) Во секоја постапка во која што обвинителството предлага како доказ признание од обвинето лице, судот може по сопствена иницијатива да бара од обвинителството, како услов да го дозволи тоа, да докаже дека признанието не е прибавено како што е споменато во потточка (2) горе.

За првите судот има слобода само во делот на оценката дали во конкретниот случај станува збор за принуда или не,¹⁴⁴⁵ при што ако утврди нејзино постоење должен е да го издвои признанието, освен ако обвинителството не го убеди дека не било обезбедено со принуда.¹⁴⁴⁶

Кај вторите испитува дали постои нешто кажано или направено што било недозволено, но и дали тоа било подобно да доведе до неверодостојност на признанието. Овде прашањето е хипотетичко, зашто не треба да се гледа дали признанието *in concreto* било точно, туку дали она што било кажано или направено од полицијата *in abstracto* секое признание би го направило неверодостојно.¹⁴⁴⁷ Пример, за недозволено влијание од полицијата е ветувањето дека осомничениот ќе биде пуштен на слобода со кауција ако признае.¹⁴⁴⁸

Со цел судот да има увид во околностите во кои осомничениот ја дал својата изјава испитувањата на осомничените во полициските станици во Англија се снимаат, освен за дела на тероризам, шпионажа и оние кои се судат во скратена постапка. Со оглед да при сомнеж обвинителството го има товарот да докаже дека немало ништо спорно во начинот на прибавување на изјавата, отсуството на снимка или нецелосната снимка (со прекини) може да го оневозможи докажувањето и следствено на тоа да доведе до издвојување на признанието.¹⁴⁴⁹

Во англиското право основен принцип дури и кај издвојувањата е заштита на веродостојноста на доказот. Затоа кај вербалните докази може (не мора) да се признае индиректен ефект на повредата и да се издвои второто признание. Има ретки примери кога незаконитоста на полицијата била основ за издвојување не само на првото признание (нејзин директен резултат), туку и на другото иако дадено во второ законски спроведено испитување, што е пример за ограничено дејство на теоријата плодови од

¹⁴⁴⁵ Принудата по чл. 76 ст. 8 од ЗПКД вклучува тортура, нечовечко или понижувачко однесување или употреба на закана со насилство, додека според чл. 134 ст. 1 и 3 од Законот за кривична правда тортура може да врши јавен службеник или лице кое дејствува во службена должност, при што не е битно дали болката или страдањето е физичка или ментална и дали е предизвикана со сторување или пропуштање.

¹⁴⁴⁶ R. v. Harvey [1988] Crim. L. R. 241 кај Виџак, 1995, стр. 243.

¹⁴⁴⁷ Cox [1991] Crim.LR 276 цитирана кај Mirfield, 1997, стр. 99-100, 285 - судот на *voir dire* и покрај приговорот на бранителот го прифатил признанието зашто обвинетиот потврдил дека било вистинито. Апелациониот суд ја укинал сметајќи дека правото прашање не било дали конкретното признание е точно или веродостојно, туку дали било прибавено како последица на нешто што може да го направи неверодостојно, при што товарот да докаже дека не било прибавено така лежи на обвинителството (обвинетиот бил ментално хендикепиран и сугестибилен до таа мера што веројатно би го потврдил она што сака да го чуе тој што го испитува); Слично и Виџак, 1995, стр. 237-238; Види и McEwan, 2007, стр. 602-603 - фактот што на *voir dire* се утврдило дека признанието дадено во полиција било точно (пр. обвинетиот ја признал вината на *voir dire*), не смее да се користи од обвинителството на судењето зашто се смета дека така ќе се ограничи слободата на обвинетиот да даде докази или да укаже на неправилното постапување на полицијата за време на испитувањето. Обвинителот не може ниту при вкрстеното испрашување да предочи на неусогласеностите помеѓу она што обвинетиот го кажал на *voir dire* и на сведочењето пред поротата.

¹⁴⁴⁸ Mirfield, 1997, стр. 105; Виџак, 1995, стр. 258 - посочува случај (R. v Fulling [1987] All. E. R. 65) во кој немало никаква повреда на правилата од полицијата. Жена со коефициент на интелигенција понизок од нормалниот во состојба на психички слом од сознанието дека нејзиниот љубовник го признал делото, следниот ден дала признание. Апелациониот суд ја поништил осудата сметајќи дека во дадените околности нејзиното признание било дадено со цел да го заштити, односно постоеле околности подобни да го направат неверодостојно.

¹⁴⁴⁹ Виџак, 1995, стр. 321, 323, 326 - R. v Delaney (1989) 88 Cr. App. R. 343 во кој Апелациониот суд ја укинал пресудата поради нецелосно снимање на испитувањето. Бидејќи како сослушување се сметаат не само прашањата и одговорите дадени во станица, туку и во полициско возило или на улица, се предлага во такви случаи службениците да го снимаат разговорот со рачни снимачи; Според него во Турција не постои законска обврска за снимање на испитувањата.

отровно дрво кај вербалните докази.¹⁴⁵⁰ Меѓутоа ова не е автоматско правило со кое се прифаќа теоријата, туку од случај до случај се гледа дали имало и каква била врската помеѓу првичната повреда и второто законски спроведено полициско интервју.

За разлика од вербалните докази кај кои се признава продолжено дејство на повредата, истиот принцип не важи за материјалните. За нив погоре видовме начинот на прибавување не влијае на нивната точност, веродостојност, доказна сила. Оттука во Англија правило и по *common law*¹⁴⁵¹ и според ЗПКД¹⁴⁵² е дека се прифатливи материјалните докази откриени преку издвоеното признание, со исклучок на фактот дека до нив било дојдено на база на недопуштено признание.¹⁴⁵³

Нема дилеми дека признанието добиено со тортура е неприфатливо, без оглед дали е добиено од домашни или странски агенти, но се чинело не докрај јасно дали тоа важи и за материјалните докази за кои се дознало од информации прибавени со тортура.¹⁴⁵⁴ Од една одлука која ја анализираше МекЕван произлегува дека информацијата може легитимно да се употреби за истражни и други полициски активности, а без разлика колку отровно било дрвото не постоел ентузијазам меѓу некои од Лордовите да ги исклучат физичките докази добиени како последица на изнудено признание.¹⁴⁵⁵

Сметам дека новата јуриспруденцијата на ЕСЧП ги разреши сите дилеми по ова прашање. Веројатно и пред тоа, тие би биле издвоени врз основа на чл. 78 ст. 1 од

¹⁴⁵⁰ McGovern (1990) 92 Cr.App.R 228 - осомничената на која ѝ било ускратено правото на бранител на првото интервју дала инкриминирачки одговори. За второто имала бранител, но нему не му било кажано дека првата изјава ја дала со повреда на правото на бранител, кој ако знаел за тоа ќе проценел дека првото признание е спорно и многу веројатно немало да го дозволи второто испитување; Canale (1989) 91 Cr.App.R 1 - првото признание било издвоено бидејќи полициската намерно не го снимила целосно испитувањето во кое било дадено, а направила и други повреди на правилникот Ц. Потоа правилно спровела 2 интервјуа, но Апелациониот суд и тие снимки ги издвоил бидејќи без целосна снимка на првото не можел да знае дали обвинетиот првото признание го дал поради полициски трик, дали дамката сè уште постои и што го мотивирало да ги даде другите признанија; Neil [1994] Crim.LR 441 - обвинетиот се чувствувал обврзан со првото признание бидејќи околностите во второто интервју биле недоволни да му дадат сигурна и уверлива можност да го повлече признанието; Wood [1994] Crim.LR 222 - обвинетиот го видел бранителот само 20 минути помеѓу првото и второто интервју кога менталната способност била таква да тој не бил во позиција да му посочи на бранителот што го навело да го даде првото признание - сите кај Mirfield, 1997, стр. 106-107, 147-148, првата одлука (McGovern) и кај Allen, 2011, стр. 106-107, Bradley, 1993, стр. 189, Thaman, 2001, стр. 612-613 и Thaman, 2010, стр.368, втората (Canale) и кај Viçak, 1995, стр. 328.

¹⁴⁵¹ Warickshall (1783) 1 Leach CC 263, 168 ER 234 (признанието било издвоено зашто било добиено со недозволено ветување, но украдените предмети најдени преку него биле прифатени во постапката) - кај Mirfield, 1997, стр. 222, кај McEwan, 2007, стр. 603-604 и Jackson/ Summers, 2012, стр. 153.

¹⁴⁵² ЗПКД - чл. 76 (4) Фактот дека признанието е целосно или делумно издвоено во согласност со овој дел нема да влијае на допуштеноста на доказите - (а) за какви било факти откриени како резултат на признанието; или (б) кога признанието е релевантно за да се покаже дека обвинетиот зборува, пишува или се изразува на одреден начин, онолку колку што од признанието е неопходно за да се покаже дека го прави тоа. (5) Доказите дека факт на кој се однесува овој пододдел е откриен како резултат на изјава дадена од обвинето лице нема да бидат прифатливи освен ако доказите за тоа како е откриено се дадени од него или во негово име. (6) Се применува пододделот (5) погоре - (а) за кој било факт откриен како резултат на признание што е целосно исклучено во согласност со овој дел; и (б) за кој било факт откриен како резултат на признание кое е делумно исклучено, ако фактот е откриен како резултат на исклучениот дел од признанието.

¹⁴⁵³ Така и Krapac, 1995, стр. 86-87; Carić, 2006, стр. 1017; Zander, Michael, Police and Criminal Evidence Act 1984, Sweet and Maxwell, London, 1985., стр. 120 во Karas/ Jukić, 2009, стр. 618-619; McEwan, 2007, стр. 609-610 - дури и за материјални докази за кои се дознало од информации добиени со тортура.

¹⁴⁵⁴ Roberts, 2012, стр. 170, 191; McEwan, 2007, стр. 598.

¹⁴⁵⁵ A v. Secretary of State for the Home Department [2005] UKHL 71, [2006] 2 A.C. 221 (H.L. 2005) кај McEwan, 2007, стр. 598-599, 609-610.

ЗПКД,¹⁴⁵⁶ кој за разлика од чл. 76 којшто се однесува само на вербалните, предвидел дискрециско правило што се однесува на сите видови докази.

Чл. 78 регулира издвојување на нефер докази, а во нив според Бичак може да влезат докази прибавени со повреда на закон, обичајно правило, полициски кодекс на постапување, постапување на нефер или неетички начин.¹⁴⁵⁷ Така на пр. подложно на издвојување е признанието добиено од осомничениот со повреда на неговото право на бранител како едно од најбитните основни права на граѓаните.¹⁴⁵⁸ Свесното давање неточни информации на бранителот на осомничениот, како на пр. дека отпечатоци од осомничениот биле најдени на парчињата стакло што биле во бомбата е доволно за дискрециско издвојување на признанието бидејќи ако обвинетиот има право на правна помош тоа не смее да се поткопа, срози со намерно давање лажни информации на бранителот.¹⁴⁵⁹ Логиката е дека намерното лажење, сериозните измами, односно лошата волја кај полицијата во случаи како последниов се подобни да создадат негативен ефект врз правичноста на судењето.¹⁴⁶⁰ Меѓутоа, ако полицијата не го поучи осомничениот за правото да молчи или на бранител судот може, но не мора по секоја цена да го издвои признанието.¹⁴⁶¹

Во теоријата постои несогласување кое е основното ratio на одредбата од чл. 78.

Мирфилд смета дека дискрецијата и овде е поврзана со веродостојноста, бидејќи доказот што има поголемо штетно влијание отколку доказен ефект е подобен да има негативно влијание врз правичноста на постапката, а од друга страна текстот на чл. 78 ст. 1 тешко може да се спои со дисциплинскиот принцип, зашто како и да се сфати или што и да сугерира „правичноста на постапката“ фокусот е ставен врз конкретната

¹⁴⁵⁶ Во која било постапка, судот има право да ги одбие доказите предложени од обвинителството, доколку, земајќи ги предвид сите околности, вклучувајќи ги и околностите во кои се обезбедени таквите докази, прифаќањето на доказите би имало таков негативен ефект врз правичноста на судењето, што судот не би требало истите да ги допушти; Сличен став за чл. 78 има и Allen, 2011, стр. 117; Но, види и Tapper, C. Cross and Tapper on Evidence, Oxford University Press, Oxford, 2007, стр. 309 кај Karas/ Štrk, 2013, стр. 192 и кај Mešanović, 2018, стр. 74 каде е посочен предмет во кој судовите не го искористиле дискрециското правило за издвојување во ситуација кога осомничениот бил гушен за да го исплука предметот што го скрил од истражителите.

¹⁴⁵⁷ Viçak, 1995, стр. 129-130; Mirfield, 1997, стр. 141 - така на пр. со оваа одредба може да се издвојат признанија кои би биле допустливи по чл. 76 како во (Brine [1992] Crim.LR 122) каде осомничениот страдал од форма на параноидна психоза поради која било веројатно можно да даде лажни признанија, така што неговата изјава не требало воопшто да дојде до поротата.

¹⁴⁵⁸ Samuel [1988] QB 615, at 630 - судот погрешил кога го прифатил признанието на обвинетиот дадено во полиција која го испитала 4 пати без да му биде овозможен пристап до бранител; Sanusi [1992] Crim.LR 43 - прифаќањето на доказот прибавен со повреда на правото на бранител имало негативен ефект врз правичноста на постапката имајќи во вид дека се работело за странец кој не бил осудуван и не ги знаел своите права; Поинаку во Alladice (1988) 87 Cr.App.R 380 - полицијата го оневозможила правото на осомничениот на правна помош, но тој можел да се справи и да одбие да одговори на прашањата кога ценел дека тоа е во негов најдобар интерес, така што присуството на адвокат не би додало ништо друго (ги знаел своите права и барал адвокат не за да биде советуван на сослушувањето туку само за да провери дали полицијата постапила правилно) - првата, втората и третата одлука кај Mirfield, 1997, стр. 137, 145-146, 180, само првата кај Spencer, 2005b, стр. 155 и Thaman, 2001, стр. 609, првата и третата кај Stone, 1995, стр. 7-9, втората и третата кај Viçak, 1995, стр. 307-308.

¹⁴⁵⁹ Mason [1988] 1 WLR 139 кај Mirfield, 1997, стр. 130 и кај Stone, 1995, стр. 4.

¹⁴⁶⁰ Viçak, 1995, стр. 192-193, 280 - во овој контекст може да се согледа (R. v Barker [1941] 2 K. B 381) - на осомничен кој заедно со друг сторил даночно затајување му бил ветен имунитет од кривично гонење ако даде целосна изјава. Заради добиеното ветување ги обезбедил сите финансиски книги, но бил обвинет и осуден. Апелациониот суд не се сложил со ставот на основниот суд да се прифатат ваквите писмени докази предложени од обвинителството и ја укинал осудата со укажување дека материјалните докази биле обезбедени врз основа на ветувањето дека ќе му биде даден имунитет од гонење.

¹⁴⁶¹ Karas, 1995, стр. 119; Во овој контекст и Alladice (1988) 87 Cr.App.R 380 споменат претходно.

постапка, а не идното однесување на полицијата.¹⁴⁶² Сепак, однесувањето на полицијата во конкретната постапка има влијание врз одлуката на судот, во смисла ако таа намерно, со лоши намери ги прекршила прописите при обезбедување на доказите нема да претставува тешкотија за судот да донесе одлука за издвојување на така прибавените докази и спротивно ако постапувала со добри намери судот ќе треба дополнително да процени дали прифаќањето на доказот би имало негативен ефект врз правичноста на постапката,¹⁴⁶³ што ја потврдува горната теза на Бичак.

Кога зборуваат за правичноста на постапката англиските судови, според Мирфилд, ги земаат во вид интересите на двете страни, но не посочуваат кои фактори валоризираат во оценката.¹⁴⁶⁴ За разлика од него, Стоун од начинот како го применуваат дискреционото правило по чл. 78, издвојува три главни фактори кои хиерархиски ги подредува: 1) лоша волја кај полицијата, 2) ефектот на повредата врз исходот на постапката и 3) неправилноста, незаконитоста во постапувањето.¹⁴⁶⁵

Така, постоењето лоша волја практично доведува до ексклузија бидејќи таа автоматски го прави доказот неправичен, без оглед на влијанието врз крајниот исход на постапката. Поради ова заклучува дека веродостојноста сепак не е доминантен принцип, бидејќи на овој начин се издвојуваат докази кои се точни и релевантни (Matto и Mason, на претходната страна), но оди во прилог на заштита на интегритетот и добрата репутација на правосудството, дисциплинирање на полицијата и правичноста сфатена како ферплеј натпревар (стр. 14-15, 17).

Ако повредата не создала негативен ефект, односно не била подобна да влијае на исходот на постапката, тогаш неиздвојувањето на доказот не резултирало со неправичност спрема обвинетиот и осудата по правило не се поништува. Важноста на оваа причина според него може да се објасни само преку правичноста сфатена како ферплеј натпревар, а не и преку другите принципи (стр. 16-17).

И конечно, неправилноста во постапката на полицијата која не е резултат на лоша волја, сама по себе не ќе е доволна за доказот да биде издвоен, освен ако суштински не штети на законски загарантираните права на обвинетиот. Овој фактор според него не може целосно да се оправда преку веродостојноста бидејќи преку неа може некои докази да се прифатат, а други да се одбијат, ниту преку дисциплинскиот пристап бидејќи тогаш сите докази добиени незаконски би требало да се издвојат, а најдобро се објаснува преку принципите за заштита на интегритетот и добрата репутација на правосудството и правичноста сфатена како ферплеј натпревар (стр.15-18).

На крај заклучува дека единствен принцип кој, иако не е ексклузивен, е доминантен и конзистентен со трите фактори врз кои англиските судови го ставаат тежиштето кога одлучуваат по барањата за издвојување на доказите (кој важи во сите ситуации, а не како другите само во некои) е правичноста сфатена како ферплеј натпревар (стр.17-18).

¹⁴⁶² Mirfield, 1997, стр. 121, 130-131, 139, 142.

¹⁴⁶³ Matto v. Wolverhampton Crown Court [1987] RTR 337 - полицијата направила алкотест на осомничениот за возење под дејство на алкохол откако свесно и намерно незаконски влегла во неговиот приватен имот (издвојување); Raphaie [1996] CrimLR 812 - многу од гаранциите за обвинетиот важат од неговото задржување во полициска станица. Пролонгираното држење без оправдана причина надвор од станица со цел полицијата за тоа време да го интервјуира било основ за издвојување на така добиеното признание - кај Mirfield, 1997, стр. 140, 188-189, а првиот кај Bradley, 1993, стр. 189 и Stone, 1995, стр. 5.

¹⁴⁶⁴ Mirfield, 1997, стр. 142-143.

¹⁴⁶⁵ Stone, 1995, стр. 4, 10, 14-15, 17-18.

1.3. Негативни заклучоци од молчењето

Осомничениот мора да добие поука за привилегијата против самоинкриминација и за правото на молчење пред да започне неговото испитување.¹⁴⁶⁶ Она што го прави посебен англискиот правен систем е можноста судот или поротата да влечат негативни заклучоци од молчењето на обвинетиот (ако не одговори на прашањата или не понуди докази) дадена со чл. 34, 36 и 37 од Законот за кривична правда и јавен ред од 1994 г.¹⁴⁶⁷

Ова не значи дека неговата вина може да се утврди врз база на молчењето, коешто се гледа од начинот како се конципирани законските одредби со кои е регулирана горната можност. *Opus probandi* и понатаму останува кај обвинителот кој треба да го докаже случајот надвор од разумно сомневање, само што молчењето индиректно ја засилува верзијата на обвинителството бидејќи не се дава разумен контрааргумент, а директно ја слабеа верзијата на одбраната бидејќи првичното молчење може законски да доведе до оспорување и негација на постоењето на некој поволен факт на кој обвинетиот подоцна одлучил да се повика во своја одбрана. *De jure* и *de facto* ова е ограничување на правото на молчење, бидејќи од една страна законски е дозволено, а од друга надоврзува негативни последици на молчењето.

Обвинителот најпрво мора да претстави случај на кој треба да се одговори за потоа да може да се влече негативен заклучок од одбивањето да се одговори на прашање на кое невино лице разумно би можело да даде одговор,¹⁴⁶⁸ при што заклучоците може да бидат користени за зајакнување на случајот на обвинителството или за уривање на случајот на одбраната.¹⁴⁶⁹

Обвинетиот треба да биде предупреден, во спротивно не може да се влечат негативни заклучоци. Притоа тој не мора да молчи, може да зборува и пак судот да има право да извлече негативен заклучок од „пропустот да спомене... некаков факт на кој ја заснова својата одбрана“.¹⁴⁷⁰ Пример, може да одговара на прашањата на полицијата, а да не каже дека бил на друго место во времето на сторување на делото, ни да го спомене лицето кое може да му даде алиби. Не би постоел проблем невиното лице да ги спомене овие работи при првото испитување, а пропустот може да повлече штетен заклучок, не дека обвинетиот е виновен за делото (тоа обвинителството треба да го докаже), туку дека алибито е лажно, односно фабрикувано подоцна кога обвинетиот бил пуштен на слобода и можел да ја договори одбраната со лицата кои биле спремни да му помогнат.

Ешворт горната можност за судовите ја нарекува форма на индиректна принуда, а посочува и примери кога и невино лице избира да молчи, пр. да заштити роднина, пријател, да сокрие факт кој е срамен, компромитирачки за него, но не и релевантен од кривично-правен аспект.¹⁴⁷¹

Одбраната не смее да сугерира причини за молчењето кои не се поткрепени со докази.¹⁴⁷² Ако осомничениот молчел по совет на својот бранител, повторно судот може да извлече негативен заклучок ако процени дека не бил советот тој којшто го мотивирал молчењето, туку немањето одговор на прашањата. Адвокатот може да му ја објасни на

¹⁴⁶⁶ Thaman, 2001, стр. 596-598 (без оглед дали е во притвор или на слобода).

¹⁴⁶⁷ Ова не било дозволено со правилата на *common law* - Allen, 2011, стр. 102; Повеќе види кај Илиќ Димоски, 2018, стр. 3-14; Spencer, 2005c, стр. 613-614 - кој додава дека и во Франција судијата и поротниците може при формирањето на нивната одлука да извлечат заклучок од молчењето, за разлика од САД или Германија каде не е дозволено.

¹⁴⁶⁸ Mirfield, 1997, стр. 247; Ashworth, 2002, стр. 23; Allen, 2011, стр. 144-145, 157, 168.

¹⁴⁶⁹ Илиќ Димоски, 2018, стр. 7.

¹⁴⁷⁰ Ова јасно се согледува од текстот на чл. 34 од Законот за кривична правда и јавен ред, а го потврдува и Мирфилд на стр. 249.

¹⁴⁷¹ Ashworth, 2002, стр. 25.

¹⁴⁷² Allen, 2011, стр. 145, 157.

судот причината за таквиот совет, пр. дека полицијата не му ги открила своите докази, но тогаш ќе мора да се откаже од привилегијата адвокат-клиент, да сведочи при што ќе може да му се поставуваат прашања за она што нему му го кажал неговиот клиент.¹⁴⁷³

Претходно во делот за ЕСЧП разгледаваме неколку вакви случаи од кои можеме да заклучиме дека од конвенциска гледна точка во начело не е спорен начинот како е уредено ова прашање. За разлика од ЕСЧП, Комитетот на ОН за човекови права смета дека англиското законодавство кое дозволува влечење негативни заклучоци од молчењето на обвинетиот, крши повеќе провизии од чл. 14 од МПГПП.¹⁴⁷⁴ Германскиот уставен суд во 2016-2017 г. имал прилика да одлучува по приговор на осомничен кој ја оспорувал екстрадицијата во Англија со образложение дека тамошниот поротен суд може да влече негативни заклучоци за вината од молчењето, кое различно е уредено во германскиот правен поредок. Судот укажал дека екстрадицијата не би била дозволена само ако биде доведено во прашање јадрото на правото против самоинкриминација, кое инаку е инхерентен елемент на правото на достоинство на личноста. Тоа би биле оние ситуации кога обвинетиот со елементи на принуда се присилува да се инкриминира себеси. Спротивно, суштината на привилегијата не се доведува во прашање ако под одредени околности молчењето се толкува на штета на обвинетиот, па да се одбие екстрадицијата од оваа причина би било премногу радикален чекор.¹⁴⁷⁵

2. Шкотска

Шкотска не е дел од common law традицијата, таа има континентален правен систем, но со порота.¹⁴⁷⁶

До 1950 г. шкотските судови скоро без резерви ги прифаќале доказите прибавени на незаконит начин, сè до моментот кога Високиот суд на правдата го востановил ексклузивското правило кое бара издвојување на доказите што се прибавени како резултат на незаконитост или неправилност, освен ако таа може умесно да се оправда.¹⁴⁷⁷

Правилото се однесува на материјалните и вербалните докази.¹⁴⁷⁸ Незаконитите докази се исклучуваат, освен ако обвинителството не даде оправдана причина зошто треба да се прифатат, во смисла зошто нерегуларноста треба да се оправда. За тоа секако влијание ќе има природата на нерегуларноста и околностите под кои била сторена. Пример тенденција за прифаќање на доказите постои, а нерегуларноста може да се оправда во случаи на итност или нужда доказот да биде уништен ако не биде обезбеден, ако неправилноста не е намерна туку резултат на грешка или превид, ако грешката е од

¹⁴⁷³ R v. Bowden, (1999) 4 All E.R. 43, 48 кај McEwan, 2007, стр. 601-602.

¹⁴⁷⁴ Jackson/ Summers, 2012, стр. 263-264 - ја посочуваат HRC, ICCPR, A/50/40 vol. I (1995) 72, para. 424.

¹⁴⁷⁵ Sellier/ Weyembergh, 2018, стр. 62.

¹⁴⁷⁶ Roberts/ Hunter, 2012, стр. 4 - погрешно ја споменуваат и Шкотска како една од водечките земји на common law јурисдикцијата во кои ги набројуваат уште: Австралија, Канада, Англија и Велс, Хонг Конг, Малезија, Нов Зеланд, Северна Ирска, Ирска, Сингапур, Јужна Африка и САД.

¹⁴⁷⁷ Lawrie v. Muir [1950] JC 19 кај Mirfield, 1997, стр. 339, Yeо, 1981, стр. 35, Duff, 2004, стр. 77, 81-82 и Milovanović, 1989, стр. 35-36 (докази обезбедени со претрес за кој полицијата немала овластување).

¹⁴⁷⁸ Mirfield, 1997, стр. 353-354 - посочува два случаи на Високиот суд според кои најдената дрога требало да се издвои и тоа Graham v. Orг 1995 SCCR 30 (при незаконит претрес на возило), односно Wilson v. Brown 1996 SCCR 470 (обезбедувањето на забава задржало лице за кое верувало дека има дрога, но го претресле пред да дојде полицијата. Задржувањето било легално, но не и претресот бидејќи воопшто не се сомневале дека има оружје кај себе); Milovanović, 1989, стр. 36 и Duff, 2004, стр. 82-83 споменуваат случај (M'Govern v. H. M. Advocate J. C., 33, 1950) во кој полицијата имала налог за претрес на домот на осомничениот, но не и за него, па обезбедените траги од под ноктите на осомничениот и хемиската анализа направена врз нив биле издвоени како незаконити (делото било тешка кражба, обивање сеф со експлозив). Главна причина за издвојувањето според судот била таа што полицијата со леснотија можела да ги следи правилата и законски да го обезбеди доказот.

тривијален или технички карактер (налог за претрес издаден на една, а извршен од друга агенција, при судски одобриениот претрес на компјутерите на осомничениот на полицијата ѝ помагало цивилно лице, пребарување други предмети кои не се опишани со налогот не е оправдливо, освен ако полицијата при законит претрес за едно к.д. случајно најде докази за друго дело).¹⁴⁷⁹

Во однос на вербалните докази, за разлика од САД или Англија, во Шкотска постои реч се правило според кое полициските службеници немаат право притворски да ги испитуваат осомничените, а нивните изјави дадени во полиција кои се последица на такво испрашување не се прифатливи како доказ во судска постапка.¹⁴⁸⁰ Правилото не спречува осомничениот самоиницијативно и доброволно да признае дело или со свои зборови да го опише настанот, туку полицијата не смее по примерот на вкрстеното испрашување него да го распрашува за да го добие она што од него го сака, бидејќи признанието добиено како резултат на такво распрашување е недозволно. Како последица на ова за докажување на случаите органите на прогонот во Шкотска, како и кај нас, не се потпираат толку на признанија за разлика од САД и Англија.

Освен тоа признанието не е доволно за спогодба или осуда, туку мора да биде поддржано и од други придружни докази.¹⁴⁸¹

Ексклузиското правило во Шкотска се базира на дисциплинскиот принцип и принципот на судски интегритет,¹⁴⁸² како и на заштитниот и принципот на веродостојност,¹⁴⁸³ па природно има поголема примена отколку во Англија, во смисла докази кои таму би биле прифатливи во Шкотска се подобни за издвојување.

Во суштина шкотските судови немаат дискреција во вистинска смисла на зборот како во Англија да прифатат или одбијат доказ, зашто ексклузиското правило е диктирано од законот и потребна е само негова правилна примена.¹⁴⁸⁴

3. Ирска

Генерално сите држави со слична правна традиција како Англија имале слични правила за прифатливост на доказите. И тука во однос на материјалните докази се применувало старото обичајно правило (ако се релевантни се прифатливи, дури и да се украдени), додека за вербалните тестот за доброволност дефинитивно прифатен во 1864 г. според кој признанието дадено на лице со службено својство со сила, закани и ветувања е недозволно. Неспорно, главна улога играла веродостојноста, зашто се сметало дека таквото признание не е сигурно.¹⁴⁸⁵

За вербалните докази сè уште се применува волунтаристичкиот тест, додека ситуацијата по однос на материјалните докази делумно е слична со онаа од Шкотска, со таа разлика што во Ирска се прави дистинкција дали станува збор за повреда на уставно загарантирано право на осомничениот или за незаконито дејствие.

Кај првото ексклузијата е правило. Постои автоматско ексклузиско правило при повреда на уставно право, освен кога актот со кој било повредено правото бил ненамерен или инцидентен, или постоеле посебни опростливи околности кои го оправдуваат прифаќањето на прибавениот доказ и покрај повредата како што се изгледното или

¹⁴⁷⁹ Mirfield, 1997, стр. 355; Milovanović, 1989, стр. 36-37; Duff, 2004, стр. 87-89, 92-93, 96-97.

¹⁴⁸⁰ Chalmers v. HM Advocate [1954] JC 66 или Codona v. HM Advocate 1996 SCCR 300 кај Mirfield, 1997, стр. 339-343.

¹⁴⁸¹ Connolly v. HM Advocate 1958 SLT 79 кај Mirfield, 1997, стр. 348.

¹⁴⁸² Mirfield, 1997, стр. 354.

¹⁴⁸³ Duff, 2004, стр. 82, 98.

¹⁴⁸⁴ Duff, 2004, стр. 79.

¹⁴⁸⁵ Jackson, 2012, стр. 125 како авторитет за вербалните докази го споменува R v Johnston (1864) 15 ICLR 60 (важел за сите common law држави кои тогаш биле во рамките на кралството).

неизбежно уништување значајни докази или потребата да се избави жртвата од опасност.¹⁴⁸⁶

За незаконитите дејствија со кои не е повредено уставно право судовите имаат дискреција. При оцената дали јавниот интерес подобро ќе се заштити со прифаќање или со одбивање на неправилно прибавениот доказ, предвид се земаат 1) природата и степенот на нерегуларноста, 2) дали постапката на полицијата била намерна или ненамерна, а ако била намерна дали била *ad hoc* одлука или смислен облик на однесување, 3) дали се работи за тривијална или техничка неправилност или сериозна повреда на правата, 4) дали постоеле околности кои налагале итно постапување, пр. вонредни околности и сл.¹⁴⁸⁷

За Мирфилд, ирското право поставува поголеми пречки за обвинителството во обидот да го оправда вклучувањето на доказот отколку шкотското, кое не бара опасноста од губење на доказот да е претстоечка, неизбежна. Добрата волја со која постапувал полицискиот службеник, или сериозноста на делото што го истражувал не се фактори кои би влијаеле во насока на прифаќање на доказите прибавени со повреда на уставно загарантирано право.¹⁴⁸⁸

И во Ирска предмет на ексклузија може да бидат материјалните и вербалните докази. Ексклузиското правило со оглед на апсолутната заштита која се дава на уставно загарантираните права се базира на заштитниот принцип. Основна задача на судот е да ги штити и брани правата и да го доведе лицето во позиција во каква што би било тие да не биле нарушени.¹⁴⁸⁹

4. Австралија

Правилото за ексклузија на доказите во Австралија било слично на англиското. Материјалниот доказ можел да биде предочен на судот без објаснувања за начинот како бил прибавен.¹⁴⁹⁰

Така било сè до одлуката од 1978 г. на Високиот австралиски суд кога направило приближување до шкотското и ирското право. По оваа одлука дискрецијата на судот да прифати или одбие материјални докази ќе зависи од незаконитоста на дејствието со кое тие биле обезбедени, а кај вербалните било од незаконитоста било од неправичноста спрема обвинетиот ако се употреби доказот имајќи во вид како тој бил прибавен. Во однос на причините за ексклузија нема униформно гледиште, имено постои разногласие помеѓу судиите, при што некој од нив се повикува на заштитниот принцип, некој на дисциплинскиот, најмногу на оној за заштита на судскиот интегритет, а дел од нив одбиваат да бидат ограничени од еден принцип.¹⁴⁹¹ Во секој случај судот треба да

¹⁴⁸⁶ Mirfield, 1997, стр. 355-356, 358 се повикува на *The People v. Kenny* [1990] 2 IR 110 и *Larkin v. O’Dea* [1995] 2 ILRM 1; Слично и *EU Network, Opinion on the status of illegally obtained evidence*, 2003, стр. 18-19; *Sellier/ Weyembergh*, 2018, стр. 48-49; *Jackson/ Summers*, 2012, стр. 155; *Roberts/ Hunter*, 2012, стр. 11; *Jackson*, 2012, стр. 131-132; *Karas/ Štrk*, 2013, стр. 199 како и *Mešanović*, 2018, стр.82; *Milovanović*, 1989, стр. 38-39, 48 пр. за ненамерна грешка која не претставува основ за издвојување е грешката во наведувањето на адресата во наредбата за претрес (*People v. Madden, I. R.*, 336, 1977), за разлика од САД каде техничката грешка била основ за ексклузија на доказите најдени при претресот (*Michigan v. Conner*, 441 U.S. 943, 1979). Во наредбата за претрес стоело „11641 East Vernon“, наместо „11643 East Vernon“, а сите други податоци биле точни.

¹⁴⁸⁷ *Milovanović*, 1989, стр.38 (*People v. O’Brien, I.R.*, 142, 1965); Слично и *Jackson*, 2012, стр.130.

¹⁴⁸⁸ *Mirfield*, 1997, стр. 358.

¹⁴⁸⁹ *Mirfield*, 1997, стр. 357 (*The State (Trimbole) v. The Governor of Mountjoy Prison* [1985] IR 550 и *The People v. Kenny* [1990] 2 IR 110); Слично *Jackson*, 2012, стр.132 и *Iontcheva Turner/ Weigend*, 2019, стр.276.

¹⁴⁹⁰ *Milovanović*, 1989, стр. 42 се повикува на *McLean v. Cahill, South Australia sate review*, 1932, стр. 359.

¹⁴⁹¹ *Mirfield*, 1997, стр. 358-360 ја анализира *Bunning v. Cross* (1978) 141 CLR 54; Слично и *Milovanović*, 1989, стр. 43-44 кој како идеен претходник на оваа одлука ги споменува *R v. Ireland, Commonwealth law*

балансира помеѓу јавниот интерес за осуда на сторителите на к.д. со јавниот интерес за заштита на индивидуите од незаконски и нефер третман.

И покрај оваа одлука, полицијата главно ги игнорирала правилата за претрес, бидејќи сè до 1990 г. Високиот суд не издвоил доказ прибавен со незаконски претрес.¹⁴⁹² Ова впрочем е потврда на напишаното правило, дека нема право без правен лек, односно дека не е пропишувањето тоа кое го создава дисциплинскиот ефект, туку доследната примена на ексклузиското правило.

Законот за докази од 1995 г. предвидел 8 фактори кои судот треба да ги има предвид во процесот на балансирање: 1) дали незаконитоста била намерна или небрежна, 2) доказната вредност на доказот, која не треба да биде фактор за прифаќање на доказот ако повредата била намерна или крајно небрежна, бидејќи во спротивно само од неа би зависела прифатливоста што би засилило погрешно гледиште дека ако доказот е толку осудувачки тоа би било сосема доволно да надомести за незаконитоста каква и да била таа, 3) значењето на доказот за постапката, 4) предметното к.д., 5) тежината на незаконитоста или повредата сторена при обезбедувањето на доказот, 6) дали незаконитоста или повредата е во колизија со одредено право на осомничениот гарантирано со МПГПП, 7) дали освен ексклузијата постои друг правен лек за санирање на повредата, 8) тешкотијата да се обезбеди доказот без незаконитоста или повредата.¹⁴⁹³

Во однос на вербалните докази состојбата е таква што изнудените изјави облигаторно се издвојуваат, а по дискреција на судот ако се прејудицирачки, изгледаат неверодостојно, се резултат на нефер или незаконска полициска постапка.¹⁴⁹⁴

Обвинетиот има право на молчење, а негативни заклучоци од молчењето, како во Англија, не се дозволени.¹⁴⁹⁵ Меѓутоа пропустот да се дадат поуките за правото на молчење и на бранител не доведува по автоматизам до ексклузија на изјавата, туку е само еден од факторите кој треба да се земе предвид. Затоа пак испитувањата треба да бидат снимени (во 4 од 8 држави и територии), а пропустот да се направи тоа многу веројатно може да резултира со издвојување.¹⁴⁹⁶

5. Канада

Како и сите земји на common law традицијата така и Канада долго време се водела по правилата на обичајното право. За материјалните докази како што пишуваат некои коментатори „судиите ги затворале очите пред полициските злоупотреби“. ¹⁴⁹⁷ Вербалните не биле дозволени само кога биле прибавени со принуда, измама и недозволени видови на влијание (ветување нешто ако признае и сл.).¹⁴⁹⁸

Што значи доказните правила резултирале со пристрасност во насока на прифаќање на сите релевантни, веродостојни и сигурни докази независно од начинот на нивното прибавување. Главно мерило била веродостојноста, централното прашање не

review, 126/1970, стр.321, 325 и Merchant v. R., Commonwealth law review, 126/1971, стр.417-418; Види и Bradley, 2001, стр. 380 - кој ја анализира Ridgeway v. The Queen (1995) 184 C.L.R. 19 и пишува за јавниот интерес за зачувување на интегритетот на судството и обезбедување почит спрема правото и минималните стандарди за исправност од оние на кои им е дадена моќта за спроведување на законите.

¹⁴⁹² Bradley, 2001, стр. 381.

¹⁴⁹³ Mirfield, 1997, стр. 363-365.

¹⁴⁹⁴ Bradley, 1993, стр. 191-192.

¹⁴⁹⁵ Bradley, 1993, стр. 195; Boyle/ Cunliffe, 2012, стр. 95-96.

¹⁴⁹⁶ Bradley, 2001, стр. 381-382.

¹⁴⁹⁷ Adam Parachin “Compromising on the Compromise: The Supreme Court and Section 24(2) of the Charter” (2000) 10 Windsor Review of Legal and Social Issues 7 kaj Skinnider, 2005, стр. 6; Слично Parfett, 2002, стр. 303-304.

¹⁴⁹⁸ Се сметало дека ваквите изјави може да бидат неточни, неверодостојни - Parfett, 2002, стр. 304 (ја посочува R. v. Towler, (1969) 2 C.C.C. 335 at 337).

било дали се обезбедени со постапка која не била коректна, туку дали имале поголем штетен отколку докажен ефект.¹⁴⁹⁹

Во статутарното право Канада вовела ексклузивско правило со чл. 24 од Повелбата за правата и слободите која е составен дел на Уставниот акт од 1982 г.¹⁵⁰⁰

Станува збор за дискрециско *ex iudicio* ексклузивско правило,¹⁵⁰¹ за чија примена потребно е да бидат исполнети два кумулативни услови, прв, доказите да се прибавени со повреда или негација на некое право од повелбата и втор, прифаќањето на така обезбедените докази да го обезбести администрирањето на правдата. Веројатно поголема слобода судовите би имале при оценката дали дејствието го прави злогласно правораздавањето во конкретниот предмет отколку дали постои или не повреда на уставно гарантираното право. Очигледно е дека императив за ексклузијата, не се заштитниот, дисциплинскиот или принципот за веродостојност на доказите, туку оној за заштита на судскиот интегритет.

Мирфилд упатува на различна пракса на Врховниот суд, една во која горната одредба се гледа како *ex lege* ексклузивско правило без дискрециона можност на судот да не издвои доказ при постоење на двата услови и друга во која е оставен значаен степен на слобода на судовите во поглед на вториот услов.¹⁵⁰² Кај теоретичарите на крај претежно гледањето за *ex lege* ексклузивско правило или „фактички развиено како квази автоматско ексклузивско правило“.¹⁵⁰³ Имено, ако дискрецијата се сфати како можност судот да одлучи на еден или друг начин, тој строго гледано нема на располагање некаков избор, бидејќи ако процени дека доказите биле прибавени со повреда на право од повелбата, а начинот на прибавување би ја довел администрацијата на правдата на лош глас мора да го издвои доказот.¹⁵⁰⁴

Според Канадскиот врховен суд „веродостојноста не е веќе клучна. Повелбата ги направи правата на поединецот, правичноста и интегритетот на судскиот систем првостепени“.¹⁵⁰⁵ Парфет посочува дека правото на правично судење во контекст на *common law* било сфатено како процедурално право (право на процедурални заштитни мерки), а не материјално право. Повелбата го подигнала на позиција на квази-материјално право, која промена негативно влијаела на потребата за барање на вистината во процесот на судење.¹⁵⁰⁶

Правилото во Канада не е лек за полициската злоупотреба, во смисла да изискува издвојување само поради неа. Целта е да спречи спроведувањето на правдата дополнително да се обезбести поради прием на неуставни докази во постапката. Тоа ќе се случи ако прифаќањето на доказите би го лишило обвинетиот од правична постапка или ако се сфати како судско одобрување на неприфатливото однесување на истражните органи. Но, при користењето на судската дискреција мора да се внимава и на

¹⁴⁹⁹ Milovanović, 1989, стр. 39-41 (R v. Wray, 2 Ontario, 3, 1970); Слично и Yeo, 1981, стр. 33-35; Skinnider, 2005, стр. 6.

¹⁵⁰⁰ (1) Секој чии права или слободи, загарантирани со оваа Повелба, се повредени или прекршени, може да поднесе барање до надлежен суд за да добие правен лек што судот го смета за соодветен и праведен согласно околностите. (2) Кога, во постапката од параграф (1), судот ќе заклучи дека доказите се прибавени на начин што повредил или негирал некои права или слободи гарантирани со оваа Повелба, доказите ќе бидат исклучени доколку се утврди дека, имајќи ги предвид сите околности, нивното прифаќање во постапката би го довело спроведувањето на правдата на лош глас.

¹⁵⁰¹ Исто и Bradley, 1993, стр. 196, 199; Слично Parfett, 2002, стр. 311, 330.

¹⁵⁰² Mirfield, 1997, стр. 366, 311.

¹⁵⁰³ Parfett, 2002, стр. 300, 303, 317-318, 331.

¹⁵⁰⁴ Mirfield, 1997, стр. 366-367 во оваа смисла се повикува на Therens [1985] 1 SCR 613.

¹⁵⁰⁵ Skinnider, 2005, стр. 8 во овој контекст ја посочува R v Hebert [1990] 2 S.C.R. 151 at 178.

¹⁵⁰⁶ Parfett, 2002, стр. 305.

потенцијалниот негативен ефект од исклучувањето на доказите, зашто тоа не би било конзистентно со целта на чл. 24 ст. 2.¹⁵⁰⁷

Во однос на прашањето чие гледиште треба да се земе предвид за процената дали би го направило злогласно спроведувањето на правдата ако се прифати спорен доказ постојат исто така две линии на размислување, една, дека треба да се има предвид ставот на пошироката јавност, и друга, на хипотетички разумно, добро информирано и објективно (непристрасно) лице.¹⁵⁰⁸ Бидејќи „Повелбата е дизајнирана да го заштити обвинетиот од мнозинството, спроведувањето на Повелбата не смее да се остави на тоа мнозинство“.¹⁵⁰⁹ Впрочем „толпата го одредува праведното и неправедното според сопствените задоволства и интереси“.¹⁵¹⁰

Така, судот прифатил дека угледот на спроведувањето на правдата ќе се зависи од гледиштето на разумен човек, кој е непристрасен и целосно запознаен со околностите на случајот, при што таквиот разумен човек би бил просечен член на заедницата кога расположението на заедницата е разумно.¹⁵¹¹

Обвинетиот има право на молчење, признанието е прифатливо само ако е доброволно, а негативни заклучоци од молчењето, како во Англија, не се дозволени.¹⁵¹²

Ако осомничениот се повика на правото на молчење, не смее да биде „испитан“ од таен агент или доушник, а во спротивно изјавата и материјалните докази осознани преку неа ќе се издвојат, но дозволено е користење изјави дадени на вистински затвореник, пасивен агент или добиени со амбиентално снимање.¹⁵¹³ Ако осомничениот побара бранител полицијата е должна да му овозможи телефонски повик, но штом се консултирал со адвокатот, за разлика од САД, може да продолжи со испитувањето без да го чека неговото пристигнување.¹⁵¹⁴ Секундарните докази, вербални и реални, добиени со повреда на привилегијата против самоинкриминација и правото на бранител се издвојуваат.¹⁵¹⁵

За разлика од другите јурисдикции, привилегијата против самоинкриминација во Канада се толкува екстензивно. Освен што во неа како и секаде влегува правото осомничениот да не биде принуден вербално да се инкриминира, тамошниот Врховен суд и дава поширок опфат на начин што го вклучува и секој самоинкриминачки доказ прибавен со прекршување на Повелбата, ако е произлезен од обвинетиот или добиен со негово учество. Така употребата на доказ прибавен со повреда на некое право од Повелбата, а кој не би можел да биде обезбеден без учество на обвинетиот (пр. препознавање со повреда на право на бранител и сл.) ќе има тенденција да го направи судењето нефер.¹⁵¹⁶ Со други зборови преку проширување на дефиницијата самоинкриминачки докази, Врховниот суд го проширил дометот на ексклузивското правило, бидејќи докази кои се добиени со повреда на правата од повелбата, а притоа и

¹⁵⁰⁷ R. v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265 кај Gautam, 2017, стр. 174-175 и кај Parfett, 2002, стр. 309 која смета дека ваквиот став го гледа интегритетот на системот како *ratio* за издвојувањето.

¹⁵⁰⁸ Mirfield, 1997, стр. 368-370.

¹⁵⁰⁹ R. v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265 кај Parfett, 2002, стр. 321

¹⁵¹⁰ Mop, 2013, стр. 98.

¹⁵¹¹ Parfett, 2002, стр. 320.

¹⁵¹² Boyle/ Cunliffe, 2012, стр. 85, 88; Thaman, 2001, стр. 597-598; Thaman, 2010, стр. 369 и Thaman, 2011, стр. 729 - пишува дека полицијата не е уставно обврзана да го поучи осомничениот за правото на молчење пред да почне да го испитува, но затоа мора да го информира за правото да контактира со адвокат пред да биде испитан.

¹⁵¹³ Bradley, 2001, стр. 384.

¹⁵¹⁴ Bradley, 2001, стр. 384.

¹⁵¹⁵ Skinnider, 2005, стр. 15.

¹⁵¹⁶ Parfett, 2002, стр.313-314 (R. v. Leclair and Ross [1989] 1 S.C.R. 3,46 C.C.C. (3d) 129, online:QL CRIM).

се самоинкриминирачки по правило се издвојуваат, за разлика од другите кои вообичаено се прифаќаат.¹⁵¹⁷

Според канадскиот врховен суд ексклузиското правило се води од 3 цели, прва, компензирање на жртвите на повредата така што ќе бидат ставени во ситуација во која би биле да немало повреда, втора, идна превенција на уставни прекршувања (одвраќање) бидејќи прифаќањето на доказите значи премолчено согласување со полициските злоупотреби и трета, зачувување на интегритетот на судскиот систем и одбегнување судско опростување на полициските злоупотреби.¹⁵¹⁸

Критика на првото гледиште е дека ексклузијата не може да ја надомести загубената приватност или чест, ни да го заштити правото бидејќи доаѓа отпосле,¹⁵¹⁹ таа е несразмерна бидејќи доведува до наткомпензација,¹⁵²⁰ односно има други правни лекови како што е надоместокот на штета. Второто гледиште кое има повалидно ratio ако навистина одвраќа од полициски злоупотреби¹⁵²¹ се критикува како општествено прескапо. Социјалниот трошок на одвраќањето е неоправдан поради загубените осуди на фактички виновни лица во ситуација кога има други методи за одвраќање кои не вклучуваат издвојување релевантни докази.¹⁵²² Третото се отфрла со објаснување дека јавноста повеќе е загрижена за ситуациите кога се издвојуваат доказите наместо кога се прифаќаат,¹⁵²³ зависи од личната перцепција на судијата за тоа како интегритетот на системот е афектиран од издвојувањето на доказите и дека не е полицијата таа која трпи тогаш кога се издвојуваат доказите туку жртвата и заедницата.¹⁵²⁴

6. Нов Зеланд

Нов Зеланд во 1992 г. вовел ексклузиско правило блиско на првобитното американско кое преферирало ексклузија на незаконски прибавените материјални докази, за во 2002 г. под влијание на еден случај да прифати дискрепско налик на Англија.¹⁵²⁵ Меѓутоа и пред и потоа, основен принцип за ексклузијата е заштита на повреденото право на обвинетиот, а не полициското одвраќање како во САД.¹⁵²⁶

Привилегијата против самоинкриминација се приврзува само на изјава или мислење кое треба да се даде вербално или во однос на документ креиран како одговор

¹⁵¹⁷ Parfett, 2002, стр. 317, 331; Врховниот суд поништил осуда зошто лекарот во болницата каде бил третиран осомничениот по сообраќајната несреќа зел примерок од крв без налог или согласност со помош на која било утврдено возење под дејство на алкохол - *The Queen v. Dymont* 66 C.R.(3d) 348 (1988) кај Bradley, 1993, стр. 199; Слично *Pohoretsky v The Queen* [1987] 1 S.C.R. 945 кај Skinnider, 2005, стр. 13.

¹⁵¹⁸ Skinnider, 2005, стр. 9-10; Kenneth. Jull, „Remedies for Non-Compliance with Investigative Procedures: A Theoretical Overview“ (1985) 17 *Ottawa L. Rev.* 525 at 536 кај Parfett, 2002, стр. 305-306; Но види и Bradley, 1993, стр. 199-200 според кој иако понекогаш може да има таков ефект, целта на ексклузиското правило во Канада не е дисциплинирање на полицијата, туку правдата да не се најде на лош глас.

¹⁵¹⁹ Parfett, 2002, стр. 306.

¹⁵²⁰ Steven Penney “Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence under Section 24(2) of the Charter” (2004) 49 *McGill Law Journal* 105 кај Skinnider, 2005, стр. 9.

¹⁵²¹ Parfett, 2002, стр. 306.

¹⁵²² Richard Fraser and Jennifer Addison “What’s Truth Got to Do with It? The Supreme Court of Canada and Section 24(2)” (2004) 29 *Queen’s Law Journal* 823 кај Skinnider, 2005, стр. 9.

¹⁵²³ Steven Penney “Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence under Section 24(2) of the Charter” (2004) 49 *McGill Law Journal* 105 кај Skinnider, 2005, стр. 10.

¹⁵²⁴ Parfett, 2002, стр. 308, 310, 331-332.

¹⁵²⁵ Karas/ Štrk, 2013, стр. 195-196 го споменуваат *R v Shaheed* [2002] 2 NZLR 377 - полицијата привела маж зашто се заканувал на девојче на патот кон училиштето и незаконски му зела ДНК. Со споредба со податоците од базата на нерешени случаи било утврдено дека тој бил сторителот што претходната година киднапирал и силувал девојче на истиот пат до школото; Исто и Mešanović, 2018, стр. 74-75; Види и Simović, M./ Simović, M./ Simović, V., 2015, стр. 3.

¹⁵²⁶ Thaman, 2010, стр. 350-351; Thaman, 2011, стр. 719.

на барање да се даде одредена информација. Таа не ги опфаќа телесните примероци и предметите што се земаат од обвинетиот, како и документите што постоеле пред барањето за продукција.¹⁵²⁷

Нов Зеланд ја познава теоријата плодови од отровно дрво во однос на вербалните и материјалните докази.¹⁵²⁸

7. Германија

Законски со истрагата раководи ЈО, а полицијата е негова оперативна поддршка. Но, практиката е поинаква. Полицијата независно ја спроведува истрагата и по нејзиното завршување го предава предметот во обвинителството.¹⁵²⁹

Она што во САД се нарекува ексклузивско правило, во Германија се именува како доказна забрана или забрана за оценка на доказите.¹⁵³⁰ Процесно-правната теорија оваа проблематика ја става во групата најважни прашања за казнената постапка,¹⁵³¹ а една од главните разлики помеѓу ексклузивското правило и доказните забрани се огледа во тоа што во Германија спорните докази не се издвојуваат како во САД, туку остануваат во списите од предметот без можност судот да ги користи за образлагање на својата одлука.¹⁵³²

Како генерално поимање, според германскиот уставен суд од начелото на правична постапка не може да се изведе правило по кое секоја повреда на доказните забрани секогаш би доведувала до неважност на прибавениот доказ, стојалиште кое како што наведува Крапац „германските коментатори со право го критикуваат како етички парадокс бидејќи доведува до тоа барањето на вистината, кое само по себе е етички неспорна цел на кривичната постапка, со прифаќање на валидноста на незаконски прибавениот доказ, да се претвори во средство за неетичка легитимација на законските повреди извршени од страна на правосудните тела како носители на државната власт на штета на граѓаните“.¹⁵³³

Германското право прашањето за незаконитоста на доказите го уредило на два начини. Прво, постојат спорни методи за прибавување кои секогаш доведуваат до неупотребливост на доказите, а главно се однесуваат на вербалните докази. Тие се забранети со чл. 136а од ЗКП и во нив спаѓаат на пр. испитување на обвинет или сведок со тортура, принуда, измама, под преголем замор, хипноза, наркотици, закани и сл.¹⁵³⁴

Забраната на изјавите добиени со физичка и психолошка злоупотреба на приведените од полицијата била воведена во 1950 г. како реакција на нацистичкиот систем и болното искуство од минатото, а дури подоцна дисциплинскиот *ratio* бил заменет со уставниот принцип за гаранција на човековото достоинство,¹⁵³⁵ односно за држава управувана преку владеење на правото, чија цел е да се зачува чистотата на

¹⁵²⁷ Choo, 2012, стр. 244.

¹⁵²⁸ Karas, Ž., *Zakonitost redarstvenih postupaka u prikupljanju dokaza za potrebe kaznenog postupka*, Magistarske radnje branjene na Pravnom fakultetu u Zagrebu, 2006 кај Obradović/ Župan, 2011, стр. 122.

¹⁵²⁹ B. Elsner/ J. Peters, *The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System* во J. Jehle/ M. Wade (Eds.), *Copying with Overloaded Criminal Justice Systems - The Rise of Prosecutorial Power across Europe*, Göttingen, 2006, стр. 228 кај Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 256.

¹⁵³⁰ Vojanić/ Đurđević, 2008, стр. 974.

¹⁵³¹ Крапац, 2010, стр. 1208.

¹⁵³² Bradley, 1983, стр. 1063; Bradley, 2001, стр. 389-390; Karas/ Štrk, 2013, стр. 194; Mešanović, 2018, стр. 82-83; Weigend, 2019, стр. 75 - судот треба да заборави на нив, иако ги има во досието.

¹⁵³³ Крапац, 2010, стр. 1214-1215.

¹⁵³⁴ Spencer, 2005c, стр. 607; Thaman, 2011, стр. 703; Jackson/ Summers, 2012, стр. 167; Pakter, 1985, стр. 15; Weigend, 2019, стр. 73, 76, 82-83; Слични се решенијата и во Франција, Холандија, Канада, Англија, Швајцарија - Jackson/ Summers, 2012, стр. 168.

¹⁵³⁵ Pakter, 1985, стр. 16-17.

судскиот процес.¹⁵³⁶ Вајгенд посочува ново воведени стриктни законски ексклузивски правила по 2000 г. чија цел е заштита на срцевината на приватноста (комуникацијата помеѓу интимните партнери - чл. 100е од ЗКП) или доверливите комуникации (клиент - адвокат - чл. 160а од ЗКП) кои предвидуваат издвојување на ваквите суштински приватни разговори дури и ако се обезбедени со валиден судски налог.¹⁵³⁷

Ако првиот начин е јасен, вториот треба подобро да се појасни. Онаму каде нема повреда за која издвојувањето е задолжително, судот испитува дали прифаќањето на доказот ќе го повреди уставно заштитениот интерес на приватност на обвинетиот. Па кога индивидуалниот интерес за приватност натежнува над општествениот за презентирање на сите релевантни докази тогаш доказите ќе бидат издвоени.¹⁵³⁸ За таа цел се применува балансирачкиот тест на Сојузниот уставен суд, кој ја развил идејата за 3 правни круга или сфери (службена или социјална, приватна и интимна).¹⁵³⁹ Логиката на ова доктрина е методите употребени во борбата со криминалот да бидат пропорционални со сериозноста на к.д., степенот на сомневање и уставниот интерес кој е во прашање, така што она што е оправдано во едни случаи, нема да е во други.¹⁵⁴⁰

Вака погледнато, може да се каже дека во Германија полициската неправилност не е факторот за ексклузија, барем не кога станува збор за вториот принцип (во смисла ако претресот е незаконит доказот да мора да се издвои). Напротив, тој ќе биде издвоен само ако од спроведеното балансирање произлезе дека интересите за приватност на поединецот повеќе тежат на вагата од општествените. А, бидејќи интересите се различни во различни ситуации постои теоријата за трите правни круга. Тие се:

а) интимен круг во кој влегуваат интимниот живот, внатрешната сфера и психичките процеси на личноста која е неприкосновена и е исклучена од секаква државна интервенција (пр. интимен брачен живот, разговори кои сопругниците ги водат во спалната соба).¹⁵⁴¹

¹⁵³⁶ Bradley, 1983, стр. 1034, 1049.

¹⁵³⁷ Weigend, 2019, стр. 73 – но, не постои законска обврска за издвојување на доказите откриени на база на овие доверливи комуникации.

¹⁵³⁸ Bradley, 1983, стр. 1034, 1042.

¹⁵³⁹ Бојлке, 2009, стр.310-311; Pakter, 1985, стр. 43-44; Šelih, 1981, стр. 200-201 - слична теорија на приватноста развила и Швајцарија на 1) интимна област во која влегуваат случувањата кои поединецот сака да ги скрие од другите или да ги подели само со точно определена личност, 2) приватна област која ги опфаќа меѓучовечките односи со тие со кои е близок (семејство, роднини, пријатели, соработници) и која се дели на два дела еден кој не е достапен за блиските без ограничувања и друг кој е достапен за блиските без ограничувања и 3) општа област кое е подрачје на јавно делување на поединецот каков што се прикажува кон другите и е достапно за сите.

¹⁵⁴⁰ Bradley, 1983, стр. 1041; Пр. во одлуката на Федералниот уставен суд од 1973 г. која ја востановила идејата за 3 сфери, тајно направените снимки од соговорниците (2 круг) не требало да се прифатат во конкретната постапка за даночно затајување, измама, фалсификување, туку во потешки случаи кои инволвираат загуба на живот, тешки телесни повреди или закани за демократскиот поредок - посочена кај Pakter, 1985, стр. 43-44.

¹⁵⁴¹ „Заштитата на приватната сфера... е тематски и просторно определена. Од една страна, таа заштита опфаќа околности кои поради својата информативна содржина се категоризираат како типично ‘приватни’, бидејќи се смета дека е неумесно да се разгледуваат и прикажуваат во јавноста, затоа што нивното објавување предизвикува чувство на непријатност или негативни реакции на околината, на пример, кога станува збор за лични записи во дневници (Одлука на Сојузниот уставен суд 80, 367), за доверлива комуникација помеѓу сопругници (Одлука на Сојузниот уставен суд 27, 344), за прашања на сексуалноста (Одлука на Сојузниот уставен суд 47, 46, 49, 286), за социјално девијантно однесување (Одлука на Сојузниот уставен суд 44, 353) или за заболувања (Одлука на Сојузниот уставен суд 32, 373). Доколку за овие случаи не би постоела заштитата од дознавање такви информации, тогаш саморефлексијата, непречената комуникација помеѓу блиски лица, сексуалниот развој или користењето лекарска помош би биле загрозувани или оневозможени, иако тие се начелно заштитени начини на однесување. Оваа заштита се однесува и на просторот во кој поединецот може да се повлече, да се одмори и да се однесува како што

б) приватен круг кој ги опфаќа приватните разговори и случувањата во рамките на приватните настани (пр. приватни разговори при прошетка). Записите од оваа сфера стекнати незаконски може под определени услови да се искористат во доказни цели. Судот и тука како и секаде, прво мора да утврди дали некои факти се утврдени со незаконски прибавени/изведени докази, по што ги става на вага јавниот интерес за казнување на сторителот на конкретното дело (ефикасноста на прогонот) и интересот на граѓаните за заштита на нивните слободи и права (вклучително и правата на одбраната). Со други зборови „во процената, од една страна, се поставува тежината на обвинението и неопходноста од доказниот материјал, како и рангот на засегнатите фундаментални права и тежината на интервенцијата, од друга страна“.¹⁵⁴²

в) во службената (деловна) или социјална сфера претежно влегуваат деловните разговори и човековата активност во јавност кои не уживаат посебна заштита бидејќи се дел од јавната комуникација (така и во САД нема разумно очекување за приватност за она што се прави во јавност).¹⁵⁴³

Според германското упатство за кривичната постапка овој тест се базира на уставното начело на сразмерност и пропорционалност кое мора да се има предвид при зафатите на уставно загарантираните права како што се неповредливост на домот, слобода на личноста, тајност на писмата, пратките и другите видови комуникации и сл. и во секој поединечен случај внимателно да се извага јавниот интерес за ефикасен кривичен прогон со легитимните интереси на осомничениот за заштита на неговите уставно загарантирани права.¹⁵⁴⁴

Да сумирам, во начело употребата на незаконитите докази произлезени од интимната сфера „а“ е забранета, од приватната сфера „б“ можна, а од службениот или социјален круг „в“ дозволена. Меѓутоа, исклучоци има и таму и таму.

Така записите во личен дневник кои се однесуваат на интимната сфера на авторот не смеат, да се употребат како доказ во кривичната постапка, ни непосредно ни посредно преку испитување на лицето на кое му е позната содржината на тие белешки, а исто е и со незаконските снимки од приватните разговори.¹⁵⁴⁵ За разлика од ова, забрането е да се

сака. Факт е дека во тој простор поединецот може да се однесува како што сака зашто тоа не треба да ја засега јавноста, а доколку го набљудуваат или прикажуваат трети лица, тоа кај него може да предизвика чувство на непријатност или негативни последици. Во основа, станува збор за простор во кој поединецот има можност да се однесува слободно, без наметнатото чувство на самоконтрола и далеку од очите на јавноста, што не мора да значи дека во тој простор се однесува поинаку отколку во јавноста. Кога не би постоеле вакви можности за повлекување, поединецот би бил психички оптоварен, затоа што постојано би морал да внимава како го гледаат другите и дали се однесува правилно. Тој не би имал периоди на спокој и хармонија, што се потребни за развојот на личноста, а недостигот на вакви периоди би можел негативно да влијае на развојот на личноста... Во таа смисла, домашната сфера претставува заштитено подрачје. Меѓутоа, поради нејзината важност за развојот на личноста, сферата на повлекување не смее да се ограничи само на домот... Границите на заштитената приватна сфера надвор од домот не може да се утврдат начелно и апстрактно. Тие можат да се определат само врз основа на соодветните карактеристики на местото на кое се наоѓа засегнатиот. Мерадавен е фактот дали поединецот ќе се најде во ситуација или ќе создаде таква ситуација во која може основано да смета дека не е изложен на очите на јавноста, и која треба да е препознатлива и за трети лица“ - Одлука на Сојузниот уставен суд 101, 361 во Избрани одлуки на Сојузниот уставен суд на СР Германија, 2009, стр. 85-86.

¹⁵⁴² Резнер, 2012, стр. 7.

¹⁵⁴³ Повеќе види кај Кгарас, 2012а, стр. 443-444; Шредер, 2010, стр. 80-95; Бојлке, 2009, стр. 310-314; Војаниќ/ Ђурдевиќ, 2008, стр. 980-982; Сариќ, 2010, стр. 844; Тупанчески/ Кипријановска, 2015, стр. 191-194; Калајциев/ Арифи/ Маршавелски/ Божиновски, 2018, стр. 15-16; Pakter, 1985, стр. 38-45.

¹⁵⁴⁴ Uputstva za Nemački krivični postupak, 2013, стр. 27, 218.

¹⁵⁴⁵ Spencer, 2005c, стр. 607; Bayer, 1986, стр. 215, 230-231; Слично во Англија приватните дневници не смее да се одземат дури и при законит претрес - Кгарас, 1995, стр. 124; За разлика од Германија каде некои видови писмени документи како што се приватните дневници никогаш не може да се користат како докази,

чита претходната изјава на привилегираниот сведок кој на судењето се повикал на привилегијата, но затоа може да се сослуша истражниот судија пред кого тој ја дал.¹⁵⁴⁶

Значи приватноста на лицето во интимниот круг „а“ не смее да се наруши и тука не игра никаква улога дали дневникот е одземен законито или незаконито. Сепак, дневникот може да се употреби за докажување тешко к.д. (убиство) зашто во таков случај правото на личноста мора да отстапи пред интересот за функционално спроведување на правдата, но не и за полесно дело (наркотици).¹⁵⁴⁷

Кај вторите „б“, иако секој има право сам да одлучи кој може да ги сними неговите зборови или пред кого да ги пушти, не е исклучена можноста во случаи кога тоа го налагаат интересите на јавноста (потребата од делотворна примена на правото) да се запостави интересот на обвинетиот (уставно загарантираното право на слободен развој на личноста) и сепак да се употреби тајната снимка во кривичната постапка.¹⁵⁴⁸ Ова е така од причина што прописите кои го регулираат добивањето на доказите се однесуваат на државните органи. Оттука доказите добиени од физички лица на незаконски начин (пр. кражба, снимка со која жртвата тонски го снимила ученувањето) се начелно употребливи во судска постапка. И тука се врши балансирање, па според јуриспруденцијата не може да се употребат приватните тонски снимки за докажување полесно к.д. (пр. даночно затајување) зашто постои несразмер помеѓу повредата на доброто и тежината на делото, а била прифатена снимка за к.д. подметнување пожар.¹⁵⁴⁹ Ова не важи за оние прибавени со повреда на човековото достоинство (признание добиено со тортура или други методи забранети со чл. 13ба) ако биле иницирани од агент на државата.¹⁵⁵⁰

Во Германија главен акцент се става на материјалната вистина како основ за праведен, фер исход на секој кривичен случај.¹⁵⁵¹ Од таа причина доминантното гледиште го отфрла американското учење за плодови од отровно дрво, освен ако доказите се добиени благодарение на забранети методи за сослушување, пр. тортура.¹⁵⁵² Затоа, доказните забрани ретко се користат кај незаконските претреси и тоа само кај најтешките пропусти.¹⁵⁵³ Единствен забележан случај до воведување на ексклузивското

во САД тоа не е така. Претходно го анализиравме Хабел во делот кај присилната продукцијата на писмената (*supra* V 8.1.1.). Може да забележиме дека помеѓу разните докази кои ги барал обвинителот едни од нив биле и приватни дневници и белешки - види *United States v. Hubbell*, 530 U.S. 47-48 (2000) (Appendix to opinion of the Court).

¹⁵⁴⁶ Juy-Birmann, 2005, стр. 323.

¹⁵⁴⁷ Записите во приватниот дневник може да се користат за тешки к.д. како убиство, шпиунажа и сл., а би било непримерно нивното користење за докажување лесни дела, пр. за лажно сведочење, случај со наркотици - Крарас, 2012а, стр. 444, Bradley, 1993, стр. 211-213, Bradley, 2001, стр. 389, Pakter, 1985, стр. 42-43; Thaman, 2001, стр. 608; Thaman, 2011, стр. 732; Bradley, 1983, стр. 1042-1044 - тука се гледа контрастот помеѓу американскиот и германскиот систем. Во САД законски прибавениот дневник е употреблив во суд, а во Германија не е, освен за најтешки дела. Во САД незаконски одземените пиштол не е употреблив пред суд, а во Германија е, освен при брутални повреди на првиот уставен принцип.

¹⁵⁴⁸ Одлука на Сојузниот уставен суд 34, 238 во Избрани одлуки на Сојузниот уставен суд на СР Германија, 2009, стр. 69-71; Слично и EU Network, Opinion on the status of illegally obtained evidence, 2003, стр. 16.

¹⁵⁴⁹ Шредер, 2010, стр. 83, 171; Бојлке, 2009, стр. 313; Thaman, 2010, стр. 349-350; Weigend, 2019, стр. 66; Bradley, 1993, стр. 213-214; Bradley, 1983, стр. 1044-1045.

¹⁵⁵⁰ Бојлке, 2009, стр. 317-318; Weigend, 2019, стр. 77.

¹⁵⁵¹ Weigend, 2019, стр. 62.

¹⁵⁵² Бојлке, 2009, стр. 101, 323-325; Thaman, 2010, стр. 364 - вербалните или материјалните докази откриени преку изјава добиена со повреда на германскиот пандан на миранда поуките се употребливи пред суд; Но, види и Weigend, 2019, стр. 75, 84-85, 87-88 - кој освен за доказите добиени со тортура, смета дека и забранетите информации (осомничен - бранител) не може да бидат база за натамошни истражни мерки.

¹⁵⁵³ Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, Beck, München, 1998, стр. 299 и Wetterich, Paul i Plonka, Helmut, *Beweis und Beweisverbote*, Boorberg, Stuttgart, 1985, стр. 98 кај Karas/ Jukić, 2009, стр. 618; Слично и Bradley,

правило во 1950 г. (кое се однесува на вербалните докази), што го споменува Пактер во кој германски суд забранил употреба на докази прибавени со незаконски претрес датира од 1889 г.¹⁵⁵⁴ Фактот што бил единствен и не бил повторен потоа, потврдува дека Германија немала важечко, општо применливо ексклузивско правило пред САД. Дека овој мој заклучок е точен, зборува фактот што следниот случај кој тангира докази добиени од незаконски претрес за кој пишува дека е еден од првите такви е од 1980 г.¹⁵⁵⁵

Правото *nemo tenetur se ipsum accusare* во Германија е уставен принцип, обвинетиот мора да биде поучен, а од неговото молчење не смее да се влечат негативни заклучоци, зашто во спротивно тој индиректно би бил принуден да не ги користи своите права.¹⁵⁵⁶ Според германската пракса и доктрина привилегијата не е ограничена само на вербалните изјави, туку се протега на која било форма на активност, пр. учество во тестирања, обезбедување примероци од ракопис, дување во алкотест и сл.¹⁵⁵⁷ Осомничениот мора да добие поука дека има право да се консултира со бранител пред првото полициско испитување, кој може и да присуствува на него, а недавањето ваква поука е основ да не се прифати изјавата.¹⁵⁵⁸ Меѓутоа, се до одлуката на Врховниот суд од 1992 г., изјавите добиени од непоучените осомничени не се издвојувале. Од тогаш, па наваму изјавата добиена без дадена поука за правото на молчење се издвојува, освен ако осомничениот знаел за тоа право или бил застапуван од бранител кој не приговорил на употребата.¹⁵⁵⁹ За разлика од САД каде мора да е задржан или притворен, во Германија доволно е лицето да биде осомничено за властите да имаат обврска да го поучат. Германскиот врховен суд Миранда правата ги интерпретира како суштински елемент за зачувување на процесната позиција на обвинетиот, а нивната цел е заштита на достоинството и личните права на осомничениот, па нивната повреда доведува до ексклузија на добиената изјава.¹⁵⁶⁰

Да резимирам, во Германија постои ексклузивско правило во однос на изјавите на обвинетиот добиени со повреда на неговото достоинство (физичка и психичка злоупотреба, употреба на хипноза, измама, закани и незаконски учени), доказите до кои

2001, стр. 391; Одлуки кои дозволуваат користење резултати на неуставен претрес се дадени кај Thaman, 2010, стр. 376 и Pakter, 1985, стр. 38-39 кој посочува дека Германија историски давала отпор кон издвојувањето докази добиени со незаконски претрес, а се повикува на случаи од 1971, 1978 и 1980 г.; Но, види и кај Bradley, 1993, стр. 207-208 кој предочува одлука на Уставниот суд од 1991 г. во која утврдил дека судскиот налог со кој била овластена полицијата да изврши претрес во домот на осомничениот под сомнение за убиство без да ги изнесе основите на сомнение е неуставен и наредил да бидат издвоени сите докази најдени при претресот.

¹⁵⁵⁴ Pakter, 1985, стр. 5, 17-18 - германскиот суд во 1913 г. зазел поинаков став, така што до законските промени од 1950 г. (кои се однесувале на вербалните докази) во Германија не само што немало друг ексклузивски случај, туку пр. во Баварија во 1948 г. од 50.033 претреси, дури 42.228 биле спроведени без судски налог; Но, и за подоцна, проценките се дека во Германија до 2000 г. само околу 10% од претресите биле овластени со судски налог - Thomas Weigend, 'Germany' in Craig M Bradley, ed, *Criminal Procedure: A Worldwide Study*, 2d ed (Durham, NC: Carolina Academic Press, 2007) at 250 кај Thaman, 2011, стр. 709; Веројатно за ваквата пракса во Германија влијание има фактот што судовите скоро никогаш не ги издвојуваат материјалните докази прибавени со незаконит претрес, слично и Thaman, 2011, стр. 725.

¹⁵⁵⁵ Pakter, 1985, стр. 46-47 - пишува за растечкиот тренд во 70-те години на XX век во научната и стручната фела која се повеќе барала издвојување незаконски прибавени материјални докази.

¹⁵⁵⁶ Бојлке, 2009, стр.87,309,330; Thaman, 2001, стр.594, 598, 600-601, 614-615; Weigend, 2019, стр.70, 79.

¹⁵⁵⁷ Weigend, 2019, стр. 79.

¹⁵⁵⁸ Weigend, 2019, стр. 85.

¹⁵⁵⁹ Spencer, 2005c, стр. 607-608; Bradley, 1993, стр. 215; Слично и Thaman, 2001, стр. 607-608; Weigend, 2019, стр. 86 - кога осомничениот дава изјава во присуство на бранител може да се претпостави знаењето за правото на молчење, но тоа не може да се заклучи од фактот дека осомничениот претходно бил гонет или осуден.

¹⁵⁶⁰ Thaman, 2010, стр. 361-362.

се дошло со повреда на интимната сфера, како и за информациите кои подлежат на професионална тајна (адвокат, доктор, свештеник).¹⁵⁶¹

Целта на ексклузиското правило не е дисциплинирање на полицијата како во САД, туку заштита на човековото достоинство и на судскиот интегритет,¹⁵⁶² односно заштита на интересот за приватност на поединците и општествениот интерес за гонење сериозни к.д. која се остварува преку процесот на балансирање.¹⁵⁶³ Затоа во Германија согласно двата уставни принципи може да се издвојат и докази што ги прибавило приватно лице. Таму не е битно кој ги прибавил туку дали нивната употреба пред суд води кон повреда на некој од двата принципи.¹⁵⁶⁴

Пактер укажува дека слабоста на германското решение за „правно недостапните докази“ е што не делува демотивирачки врз полицијата или обвинителството. Имено, пред да може да се издвојат доказите, службеното лице треба да ги добие и прегледа. Оттаму не само што е повредено заштитеното право од страна на службеното лице кое ги разгледува доказите, туку полицијата или обвинителите може да се чувствуваат принудени да добијат докази за да одлучат дали се употребливи. Така, тие може да се одвратат од употребата на доказите, но не и од нивното барање.¹⁵⁶⁵

8. Грција

Грција има систем најблизок до апсолутно издвојување на незаконитите докази. Ексклузиските правила развиени под влијание на уставната доктрина и пракса во однос на материјалните и вербалните докази се апсолутни и автоматски. Првата одлука на грчкиот Касациски суд која забранила употреба на неуставно прибавени докази датира од 1871 г. и до 1991 г. кога парламентот ја презел работата во свои раце ексклузиското правило практично се развивало преку судска интерпретација.¹⁵⁶⁶

Грчкиот парламент првично во 1991 г. во чл. 370а од КЗ предвидел кривична одговорност за тајно снимање разговори кои не биле водени јавно, дури и од страна на учесникот во разговорот и забранил таквите снимки да се користат како докази во судска постапка (претходно не било забрането соговорникот да го снима разговорот и таа т.н. празнина судовите ја користеле како основ за прифатливост на снимките како докази). Во 1993 г. го укинал ваквото ексклузиско правило врзано со конкретната одредба од КЗ, за потоа прво во 1996 г. да внесе одредба во грчкиот ЗКП (чл. 177) со која забранил употреба на докази прибавени со к.д. (освен во постапки за дела за кои е предвидена казна доживотен затвор), и потоа во 2001 г. во чл. 19 од Уставот да вгради автоматско и апсолутно ексклузиско правило (за повреди на правата на тајност на кореспонденцијата, неповредливост на домот и на приватниот и семеен живот).¹⁵⁶⁷

Бидејќи Уставот важи подеднакво за сите, ова ексклузиско правило се применува на сите видови постапки, важи независно од тоа дали повредата ја сторило приватно лице

¹⁵⁶¹ Sellier/ Weyembergh, 2018, стр. 49.

¹⁵⁶² Weigend, 2019, стр. 83-84, 88 - но, посочува одлука на Сојузниот суд на правдата од 2007 г. според кој издвојувањето е потребно за да се осигура дека полицијата нема намерно да ги занемари законските барања, поради што заклучува дека постои тренд на претпазливо проширување на опсегот на правилото.

¹⁵⁶³ Bradley, 1983, стр. 1035-1036, 1044, 1047; Bradley, 1993, стр. 213; Слично и Thaman, 2001, стр. 612.

¹⁵⁶⁴ Bradley, 1983, стр. 1048; Во САД видовме претходно ако приватно лице незаконски дојде до доказ тоа не го активира ексклузиското правило (supra V б.1.).

¹⁵⁶⁵ Pakter, 1985, стр. 45.

¹⁵⁶⁶ Giannouloupoulos, 2007, стр. 182, 187-188.

¹⁵⁶⁷ Giannouloupoulos, 2007, стр.187-188,191, 195-196. На стр. 197-198 ја критикува како тесна одредбата од чл. 19 од Уставот бидејќи го штити правото на приватност како квалифицирано право, а не ја споменува забраната за тортура која е апсолутна. Затоа смета судовите треба со взаемна примена на чл. 19 од Уставот и чл. 177 од ЗКП безусловно да ги издвојуваат неуставно и незаконски прибавените докази.

или службеник на државата и без оглед дали било повредено уставно право на обвинетиот или на трето лице.¹⁵⁶⁸

Меѓутоа праксата вовела исклучоци за тешките к.д. ЗКП бара издвојување на оние докази за чие прибавување службените лица сторите к.д., а не само повреда на некоја процесна формалност, меѓутоа и тука можни се исклучоци како претходно,¹⁵⁶⁹ кое нешто е во склад со ставот на мнозинството грчки процесуалисти кои ја поддржуваат германската теорија на балансирање и дискрециониот пристап.

Во Грција е прифатен заштитниот принцип, односно целта на правилото (по чл. 177 од ЗКП или чл. 19 од Уставот) е протективна, заштита на индивидуалните фундаментални човекови права за сметка на интересот за утврдување на вистината.¹⁵⁷⁰ Оттаму, прифатена е и теоријата плодови од отровно дрво,¹⁵⁷¹ а доктрината смета дека употреба на незаконитите докази е дозволена *in favorem* обвинетиот.¹⁵⁷²

9. Италија

Dominus litis на истрагата е ЈО, кој заедно со полицијата ги собира доказите и ги обавува истражувачките активности.¹⁵⁷³ Ако кажеме само дека доказите што тие ги прибавиле со кршење на законските забрани се неупотребливи во судска постапка на што внимава судот по службена должност во сите стадиуми од постапката,¹⁵⁷⁴ може да бидеме заведени во погрешна насока.

Италија како и Франција го познава институтот ништовност (*nullities*). Како што се сфаќа, тој примарно се однесува на процесните акти, а не и на доказите кои тие ги продуцираат, што е несфатливо за американската теорија.¹⁵⁷⁵

Оттука, карактеристично за италијанската пракса е што дејствија кои се природно поврзани ги согледува посебно, па може претходната незаконитост да не влијае врз подоцнежното прибавување на доказот. Бидејќи истражни дејствија преземени заедно и со иста цел судовите ги третираат одвоено, може да се случи без оглед што претресот бил незаконит, одземените предмети да се употребат во судската постапка (во склоп на

¹⁵⁶⁸ Giannouloupoulos, 2007, стр. 196-197, 207; EU Network, Opinion on the status of illegally obtained evidence, 2003, стр. 16-18.

¹⁵⁶⁹ Karas/ Štrk, 2013, стр. 197-198; Simović, M./ Simović, M./ Simović, V., 2015, стр. 6.

¹⁵⁷⁰ Giannouloupoulos, 2007, стр. 192, 197, 205-206.

¹⁵⁷¹ Giannouloupoulos, 2007, стр. 191-192, 196.

¹⁵⁷² Giannouloupoulos, 2007, стр. 199-200 - дури и по воведувањето на уставното ексклузивско правило, зашто се смета дека попречувањето обвинетиот да употреби докази (дури и незаконити) со кои може да се докаже неговата невиност ќе го наруши сеопфатното уставно право за почитување на човековото достоинство.

¹⁵⁷³ Salas, 2005, стр. 495; Лажетик-Бужаровска/ Калајчиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 253.

¹⁵⁷⁴ EU Network, Opinion on the status of illegally obtained evidence, 2003, стр. 19; Лажетик-Бужаровска/ Калајчиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 142.

¹⁵⁷⁵ Thaman, 2011, стр. 699. На стр. 725-726 прво, појаснува дека тоа е доктрина цврсто вкоренета во Италија и прифатена од судовите во Германија дека заплена на дрога, на пр. не е плод на неуставниот претрес, дури и кога целта на претресот бил да се пронајдат истите тие наркотици. Според италијанските судови ЗКП бара од полицијата да ги одземе *corpus delicti* на к.д. (т.е. плодови, предмети и недозволена стока), па оваа законска заплена не може да биде поткопана со претходниот неуставен претрес. Претресите и запленима имаат различни правни претпоставки и функции и не можат да се сметаат за поврзани поради нивната конвергенција во реалноста, па критички заклучува, со одвојување на незаконскиот претрес, кој е алатка за наоѓање докази употребени во к.д., од својот предмет (доказите што ги бара), италијанските и германските судови го игнорираат јасното значење на нивната уставна забрана за неоправдани претреси со цел по секоја цена да се осуди виновниот, што веќе не е единствена цел на кривичната постапка. Јасно е дека забраната на повредата на приватноста во домот не е само вкоренета во заштитата на приватноста, туку претставува и ограничување на капацитетот на државата да собира информации или заплени докази во тој простор. Претресот и одземањето не може логички да се поделат на различни дејствија со различни побуди.

неустановен претрес може да се спроведе законско одземање на предмети, пр. на дрога зашто тоа е законска обврска за органите на прогонот). Со други зборови, таму е дозволено преземање законско дејствие на база на податоци од претходното што било незаконско.¹⁵⁷⁶ Ваквото вештачко гледиште, природно води кон заклучок дека во Италија не е прифатено американското правило плодови од отровно дрво.¹⁵⁷⁷

Од друга страна „обвинителот не може да ги користи доказите што ќе се прибават по истекување на рокот за истрагата“.¹⁵⁷⁸ Бидејќи ова правило очигледно не штити никакво граѓанско право, во негова одбрана може да се каже дека евентуално е воведено за да се дисциплинираат органите на прогонот за да ги завршуваат истрагите во законските рокови. На ист начин може да се гледа и на барањето претресите да се вршат законски. Меѓутоа, ако кај последниве со вештачката поделба на дејствијата, ништовноста оди по линијата на crime control моделот, правилото за анулирање на доказните ефекти од задоцнетата истрага се движи по сосема обратна насока, што нема некоја логика.

За вербалните докази карактеристично е што обвинетиот мора во секоја фаза од постапката, почнувајќи од почетокот на истрагата да има избран или именуван бранител.¹⁵⁷⁹ Затоа, изјавите кои осомничениот ги дал во полиција и пред ЈО ќе имаат доказна сила само ако претходно бил поучен за правата на молчење и за правна помош и ако бил присутен бранител кога ги дал.¹⁵⁸⁰ Оттука, ако обвинетиот спонтано почне да дава изјава, тој мора да биде прекинат и поучен за своите права, а во секој случај мора да му се обезбеди бранител, бидејќи признание дадено во отсуство на бранител не се признава како доказ во судска постапка. Таквите изјави се вадат од досието и може да се користат само во истражни цели или за дискредитација, а нема забрана за употреба на деривативните докази откриени преку нив.¹⁵⁸¹

Во однос на сведоците вреди да се каже дека е забрането на расправа да се читаат записници со исказите кои ги дале во полиција, на ЈО или кај судија на претходна постапка.¹⁵⁸² Имено, конфронтациското правило во Италија е уставно правило и обвинетиот не може да биде осуден на база на вонсудски даден исказ од лице кое тој не можел вкрстено да го испраша, освен во три случаи, 1) ако со противправен акт го оневозможил сведокот да даде исказ пред суд, 2) ако сведокот од објективни причини не може да сведочи (смрт, болест, недостапен) и 3) ако обвинетиот се согласи со употреба на таквиот исказ.¹⁵⁸³

¹⁵⁷⁶ Karas/ Štrk, 2013, стр.198; Thaman, 2010, стр.375; Thaman, 2011, стр.725-726; Првите забележани случаи на издвојување докази прибавени со незаконски претрес во Италија се од 1973 г. - Pakter, 1985, стр. 50.

¹⁵⁷⁷ Слично и Bradley, 2001, стр. 393; Thaman, 2010, стр. 354, 372 - corpus delicti или недозволен предмет не се издвојуваат дури и да се резултат на неустановен претрес; Поинаку Pakter, 1985, стр. 33; За споредба во Канада доволно е да има темпорална а не и директна каузална врска, во смисла доволно е повредата на некое право од повелбата временски да претходи на прибавувањето на доказот за да се размислува за примена на ексклузивното правило - Parfett, 2002, стр. 317-319.

¹⁵⁷⁸ Бужаровска/ Ре/ Карнавак, 2010, стр. 47.

¹⁵⁷⁹ Chiaavario, 2005, стр. 565; Бужаровска/ Ре/ Карнавак, 2010, стр. 49.

¹⁵⁸⁰ Бужаровска/ Ре/ Карнавак, 2010, стр. 49, 56 - разговорот се снима на аудио и видео лента; Но види и Thaman, 2001, стр. 592-593, 604 - неинформирањето за правото на молчење нужно не води кон ексклузија, ако обвинетиот имал бранител.

¹⁵⁸¹ Bradley, 1993, стр. 217-219; Bradley, 2001, стр. 393; Thaman, 2010, стр. 365, 367; Thaman, 2011, стр. 714; Thaman, 2001, стр. 592-593, 601, 613, 620 - смета дека вреди да се размисли за италијанското решение, па и да се воведо во САД; За разлика од сега во 70-те г. на минатиот век спонтаните изјави добиени во отсуство на бранител биле прифатливи во судските постапки - Pakter, 1985, стр. 24.

¹⁵⁸² Perrodet, 2005a, стр. 388.

¹⁵⁸³ Damaška, 2006, стр. 6, 10-11; Perrodet, 2005a, стр. 388-390, 392.

10. Франција

Во Франција сè уште постои истражниот судија, меѓутоа најголем дел од истрагите ги спроведува полицијата сама (кај полесните дела) или под директен надзор на ЈО, за по завршувањето да го предаде досието на јавното обвинителство. Судската истрага е задолжителна само за најтешките дела, додека за останатите, опционална и ретка, исклучиво на барање на ЈО.¹⁵⁸⁴

Државните органи при прибирањето на доказите треба да ја почитуваат законски предвидената постапка зошто во спротивно доказите ќе немаат доказна вредност.¹⁵⁸⁵ Меѓутоа француското право не го користи терминот ексклузија туку ништовност.¹⁵⁸⁶ Познава два вида ништовност, формална кога ЗКП точно посочува дека повредата на конкретното правило доведува до ништовност на преземеното дејствие и материјална кај која законот е тивок, меѓутоа судовите сметаат дека правилото е толку битно што неговата повреда оправдува ништовност.¹⁵⁸⁷

Карактеристично за ништовноста, како и во Италија е што се анулира актот кој резултирал од незаконското дејствие (пр. записникот за претрес), додека доказите (најдени при претресот) може да се употребат.¹⁵⁸⁸

Затоа, и покрај што Пактер споменува одлуки од 1866, 1882, 1894 или 1910 г. за прекршоци, односно од 1926, 1935 и 1953 г. за к.д. во кои судовите утврдиле ништовност на претресите,¹⁵⁸⁹ прашање е дали нивниот ефект може да го изедначиме, како што тој прави, со ексклузија на доказите посебно што на стр. 55 и самиот признава дека процедурата е сложена, со практични бариери и тешко спроводлива (истражниот судија не може да донесе одлука за издвојување, ако смета дека доказот треба да се издвои тој, а не одбраната, треба да побара таква одлука од кривичниот совет).

Докази прибрани на незаконит начин од приватни лица судот може да ги земе предвид при донесување на одлуката. Признанието на обвинетиот или исказите на сведоците добиени со примена на сила или некои замајувачки средства не претставуваат докази во постапката.¹⁵⁹⁰

Куриозитет е што дури со реформите од 2000 г. полицијата добила законска обврска да го информира осомничениот за причините за приведувањето и неговото право да молчи.¹⁵⁹¹ Осомничениот долго време немал право ни на бранител за време на полициското испитување, иако претходно можел да се консултира со него. Но, под влијание на Салдуж пресудата (и *Brusco v. France*, 1466/07, 14.10.2010) воведени се

¹⁵⁸⁴ Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 258-259.

¹⁵⁸⁵ Dervieux, 2005, стр.233,262,269-270; Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр.107.

¹⁵⁸⁶ Karas/ Štrk, 2013, стр. 195 и Меѓановиќ, 2018, стр. 80-81 за него пишуваат дека теоретски не е разработен бидејќи ретко се користи.

¹⁵⁸⁷ Spencer, 2005c, стр. 605-607.

¹⁵⁸⁸ Spencer, 2005c, стр. 605, 609; Langbein/ Weinreb, 1978, стр. 1554 - судовите во Франција ретко навлегуваат во испитување на легалноста на полициското постапување, и иако тие имаат овластување да го нулираат нелегалниот акт, ретко го прават тоа преку ексклузија на нелегално прибавените докази.

¹⁵⁸⁹ Pakter, 1985, стр. 4-5, 34-36 - помеѓу 1953 и 1980 г. немало други пријавени случаи на нелегални претреси.

¹⁵⁹⁰ Elliot, C. *French Criminal Law*, Willan Publishing, Devon, 2001, стр. 28 кај Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 111; Dervieux, 2005, стр. 262-263

¹⁵⁹¹ Dervieux, 2005, стр. 238; Chiavario, 2005, стр. 557; Thaman, 2001, стр. 595-596; Spencer, 2005c, стр. 611-612 - а во Белгија ниту тогаш, па не се поставувало ни прашање за издвојување на изјавата дадена без претходна поука за правото на молчење; Но, види и кај Pakter, 1985, стр. 13, 25 кој посочува случај од 1975 г. во кој францускиот касационен суд ја нулирал осудата базирана на докази добиени пред осомничениот да биде информиран за правото против самоинкриминација. Според законот од 1897 г. осомничениот мора да биде информиран за правото на молчење кога ќе биде изведен пред истражен судија или Bradley, 1993, стр. 205 според кој осомничениот пред испитувањето мора да добие поука за правата, зашто во спротивно неговата изјава ќе биде недозволена (но не и доказите најдени благодарение на неа).

реформи по кои тој има право на бранител при полициското испитување, како и на аудио-видео снимање на испитувањето.¹⁵⁹²

11. Шпанија

Во Шпанија доказите обезбедени со повреда на уставните слободи и права и доказите произлезени од нив се недозволиви во судска постапка.¹⁵⁹³ Ексклузивското правило било воведено со одлука на Уставниот суд од 1984 г. кој го оправдал издвојувањето со барањата за обезбедување правичност на постапката, еднаквост на оружјето (и одбраната не смее да го прекрши правото за да обезбеди доказ) и заштита на пресумпцијата на невиност (лицето се смета невино, но според шпанскиот суд таа опфаќа и барање да биде огласено виновно на база на законски обезбедени докази). Се применува само при повреда на уставните права, не и за процесни повреди кои значат неправилност, а не и незаконитост во преземеното дејствие.¹⁵⁹⁴ Меѓутоа досегот на ексклузијата е ограничен поради примена на принципот на ништовност како во Франција или Италија. Имено, се анулира само актот кој е резултат на нерегуларноста, пр. записникот за претрес, а не и резултатите од него. Така предмети може законски да се одземат и при ваков претрес, а фактот како, каде, од кого биле одземени може да се докажува со сослушување на полициските службеници кои присуствувале на претресот (пр. ако имало судски налог за претрес, но на претресот не присуствувал судијата што по закон бил должен, но не и во ситуации кога воопшто немало налог за претрес).¹⁵⁹⁵

Привилегијата против самоинкриминација и правото на молчење се признат стандард, осомничениот мора да биде поучен за нив пред да се почне со негово испитување, зашто спротивното води кон ексклузија на изјавата.¹⁵⁹⁶

12. Хрватска

Dominus litis на истрагата е ЈО, кој ги презема истражните дејствија сам или со помош на истражители.¹⁵⁹⁷ Во случај на незаконски спроведени истражни дејствија, предмет на издвојување може да бидат како вербалните така и материјалните докази.¹⁵⁹⁸

На полицијата заради остварување на нејзините превентивни активности овозможено ѝ е преземање одредени дејствија за кои не е потребен претходен судски налог. Така таа *ex lege* може да прегледа возило или лице, но претресот без налог извршен спротивно на прописите кои дозволуваат таков или без присуство на два пресумптивни сведоци е незаконито истражно дејствие, а така прибавените докази незаконити докази.¹⁵⁹⁹

¹⁵⁹² Ivičević Karas/ Burić/ Bonačić, 2016, стр. 44.

¹⁵⁹³ EU Network, Opinion on the status of illegally obtained evidence, 2003, стр. 24.

¹⁵⁹⁴ Thaman, 2010, стр. 373; Thaman, 2011, стр. 718; Karas/ Štrk, 2013, стр. 198-199.

¹⁵⁹⁵ Thaman, 2010, стр. 372-373; Thaman, 2011, стр. 707-708.

¹⁵⁹⁶ Thaman, 2001, стр. 590, 593-594, 599, 605.

¹⁵⁹⁷ Лажетиќ-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 268-270; Novosel/ Pajčić, 2009, стр. 445-446, 449-450; Tripalo/ Đurđević, 2011, стр. 471-472.

¹⁵⁹⁸ Одлуки на ВСРХ и тоа: I Кж-599/04 и I Кж-1077/03 (за искази на сведоци) или I Кж-1077/03 и I Кж-396/04 (за материјални докази најдени при незаконит претрес и вештачењата направени врз тие предмети, вклучително и искази на вештаците) кај Kos, 2005, стр. 34-35.

¹⁵⁹⁹ Kos, 2004, стр. 11-12; Кгарас, 2012а, стр.312, 319-320, 324, 446-447 - Судот во Бјеловар Кв 277/1999 од 28.10.1999 г. - сообраќајната полиција застанала возило поради сомнеж за управување под дејство на алкохол. Направиле алкотест на возачот и утврдиле дека е трезен, по што сомневајќи се дека употребувал дрога извршиле претрес на возилото во чиј багажник нашле вреќичка марихуана кој била прогласена како незаконит доказ, односно ВСРХ II Кж 495/01 од 11.7.2001 г. - се работи за дозволен преглед наоѓањето на дрогата која била прицврстена помеѓу каишот и пантолоните на прегледуваното лице; Peana/ Josipović, 2000, стр. 47-48, 50 - ВСРХ I Кж-15/00 од 26.1.2000 г. - недозволен претрес (а не преглед) е доведувањето

Изјавите на граѓаните во полиција немаат карактер на исказ на сведок, за разлика од оние прибавени во обвинителската истрага.¹⁶⁰⁰ Во тој контекст службените белешки имаат само спознајна вредност и мора да се издвојат од списите со завршувањето на истрагата, бидејќи на нив не смее да се заснова судската пресуда.¹⁶⁰¹ Не може ни индиректно таквите сознанија да се внесат во доказната база преку испитување на полициските службеници како сведоци,¹⁶⁰² но затоа доказите до кои се дошло како резултат на сознанијата добиени при информативните разговори се валидни докази на кои може да се заснова судска одлука.¹⁶⁰³

За разлика од сведоците, изјавите кои осомничените ги дале во полиција, а во присуство на нивен бранител може да се користат како докази во судска постапка.¹⁶⁰⁴ Исто така полициските службеници може да се сослушаат како сведоци за текот на истрагата, личните сознанија во однос на к.д., сторителите и сл., сè додека не се работи за пренесување на она што ним им го кажеле пресумптивните сведоци или осомничените (без бранител).¹⁶⁰⁵ Освен кога биле случајни сведоци на разговорот за чија содржина може како и останатите граѓани да бидат пресумптивни сведоци,¹⁶⁰⁶ зашто спротивното и би немало некоја логика.

Во Хрватска според законските решенија до 2005 г. кои се однесувале на постапката за гонење на делата од организираниот криминал и корупција, прикриениот агент или лицето од доверба можеле да се сослушаат како сведоци, но само за текот на спроведувањето на мерката, а не и за она што им го соопштило лицето врз кое била применета мерката.¹⁶⁰⁷ Ова решение се водело од премисата дека припадниците на МВР

на осомничената во полициска станица за информативен разговор (не била уапсена) и наоѓањето на дрогата во нејзините чорапи, односно ВСРХ I Кж-435/98 од 8.9.1998 г. - дозволено дејствие е одземањето на пакетчето со дрога кое трето лице го подало на возачот кој штом забележал полиција го фрлил на видно место на подот од возилото; Kos, 2005, стр. 25-28 (недавањето на налогот, отсуството на сопственикот или спроведувањето на претресот ноќе не доведуваат до автоматска незаконитост на претресот како неприсуството на двајца сведоци, туку судот треба да обрати посебно внимание при оценката на доказот); Carić, 2006, стр. 1004-1005 - укажува дека соленитетните сведоци мора да присуствуваат на претресот, зашто во спротивно тој би бил незаконит. За разлика од нив држателот на станот како што може да даде согласност за претрес, така може и да не присуствува на самиот претрес. Меѓутоа тој не може да биде и соленитетен сведок. Воедно посочува судска пракса според која незаконито започнатиот претрес (како дејствие кое го карактеризира единство во времето и просторот) не може процесно да се конвалидира, пр. со накнадно доаѓање на сведоците.

¹⁶⁰⁰ Лажетик-Бужаровска/ Калајчиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 167, 178.

¹⁶⁰¹ Ivičević Karas/ Kos, 2011, стр. 466-467.

¹⁶⁰² Kos, 2005, стр. 17-18; Carić, 2006, стр. 1009.

¹⁶⁰³ Ivičević Karas, 2015, стр. 374, 381.

¹⁶⁰⁴ ВСРХ I Кж-650/00 кај Kos, 2005, стр. 17; Крапац не е приврзаник на идејата полицијата или обвинителството да имаат право формално да го испитуваат осомничениот, туку како во Италија таа активност смета дека треба да е судска - Кгарас, 2007, стр. 190.

¹⁶⁰⁵ ВСРХ I Кж-4/00, I Кж-364/03, I Кж-794/04, I Кж-339/01, I Кж-37/03 кај Kos, 2005, стр. 18-20, а дел и кај Carić, 2006, стр. 1009; Во Германија полицискиот службеник може да се сослуша како сведок за она што го кажал, признал обвинетиот. Логиката на ова решение е дека обвинетиот е во различна позиција од привилегираните сведоците кои може да одбијат да сведочат и така да го поништат претходното сведочење - Бојлке, 2009, стр. 268-269. Доброволното признание не може формално да се поништи, но германското решение не забранува да се докажува суштинска повреда како присила и сл. при чие постоење тоа секако би било ништовно.

¹⁶⁰⁶ ВСРХ I Кж 767/04-3 од 1.9.2004 кај Karas, 2012, стр. 142.

¹⁶⁰⁷ ВСРХ I Кж-777/01/3 од 8.11.2001, I Кж-316/02 од 23.4.2002 и I Кж-595/02-9 од 23.1.2003 кај Ljubanović/ Kralj/ Gluščić, 2008, стр. 871-872 и кај Karas, 2012, стр. 140; ВСРХ I Кж-529/04 и првата кај Kos, 2005, стр. 20-22, а само првата и кај Sabljar, 2008, стр. 807; Kos, 2004, стр. 8-9; Лажетик-Бужаровска/ Калајчиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 169; Според Šikman, 2017, стр. 155 - такво решение сè уште постои во Србија. Така според Врховниот касационен суд во Кзз 80/14 од 27.2.2014 г. во конкретниот случај полицискиот

не може граѓаните да ги испитуваат како осомничени, сведоци или вештаци, разговорите имаат карактер на информативен разговор, па тоа што од нив го дознале не смеело (ни посредно ни непосредно) да се користи како доказ, туку само за оперативно-истражувачки цели,¹⁶⁰⁸ односно ако се допушти испитување на прикриениот истражител на такви околности по заобиколен пат ќе се внесе во доказниот материјал исказот кој осомничениот го дал без поуки или бранител.¹⁶⁰⁹

Во 2005 г. за прикриениот истражител, а во 2008 г. и за лицето од доверба конечно е напуштено таквото гледиште.¹⁶¹⁰ Тоа со право е сторено, бидејќи претходното и немало некоја правна логика, ако се знае дека тајниот агент или лицето од доверба, иако постапува во име и за сметка на државата, во комуникацијата со истражуваното лице не дејствува од позиција на сила и државна власт, туку на исто, а во некои случаи и на пониско рамниште од него. Токму тоа е разликата со притворските испитувања и барањето како услов за нивна легалност да биде дадена поука, а изјавите да бидат слободни.

Мојот став изгледа уште поисправен ако се знае дека паралелно со прикриениот истражител законот овозможувал да се преземе тајната мерка технички надзор и снимање, а судската пракса дозволувала употреба на така направените снимки, но не и на исказот на истражителот.¹⁶¹¹ Имено, ако претходните решенија биле исправни тогаш ниту снимката од разговорите не би смеела да се користи за докажување.¹⁶¹²

За разлика од законски дозволените п.и.м., тајните снимки направени без судски налог или одобрение од лицето кое е снимено, без разлика дали се направени од приватно лице или државен агент, од лице на кого разговорот му бил наменет или не, се сметаат за незаконити докази и не смее да се користат во судска постапка.¹⁶¹³ Карас со право критички е настроен спрема таквата судска пракса. Смета дека не е правилна, бидејќи граѓаните звучните снимки ги направиле самостојно, со употреба на достапни технички уреди во рамки на доброволните социјални контакти, надвор од каква било службена активност и без вмешаност на државните власти во создавањето на доказите. Тие слободно може да располагаат со содржината на разговорот, немало повреда на приватноста бидејќи разговорот бил доброволен, а во некои прилики и обвинетите го иницирале, впрочем ни судовите не забрануваат истите тие граѓани во својство на сведоци да ја изнесат неговата содржина. Смета дека тие снимки не се однесувале на личниот живот и интимата, туку биле ограничени на к.д., не биле користени за да се наруши некому угледот, туку за значајни општествени потреби како што е гонењето на к.д. Крајно, не се согласува со судското гледиште дека граѓаните така постапувајќи презеле дејствие што претставува п.и.м. за кое не биле исполнети формалните законски услови поради што снимките претставуваат незаконит доказ.¹⁶¹⁴

службеник не говорел за податоци и факти кои му ги дале осомничените (на такви податоци не може да се заснова судска одлука), туку само и исклучиво за своите лични забележувања.

¹⁶⁰⁸ Карас, 2012а, стр. 343-344.

¹⁶⁰⁹ Carić, 2006, стр. 1000; Ljubanović/ Kralj/ Gluščić, 2008, стр. 872; Karas/ Jukić, 2009, стр. 624; ВСРХ Кзз 2/04-2 од 17.8.2004 кај Рајчиќ, 2005, стр. 41-42 и кај Карас, 2012, стр. 140.

¹⁶¹⁰ Karas/ Jukić, 2009, стр. 624; Karas, 2012, стр. 143.

¹⁶¹¹ ВСРХ I Кж-529/04-3 од 24.6.2004 кај Карас, 2012, стр. 141-142.

¹⁶¹² Така и Bayer, Vladimir, Kazneno procesno pravo: Uvod u teoriju kaznenog procesnog prava, (priređio Krapac, Davor), MUP, Zagreb, 1995 стр. 361 кај Карас, 2012, стр. 141.

¹⁶¹³ ВСРХ I Кж-222/01 од 11.4.2001 г. кај Carić, 2006, стр. 1001; ВСРХ Кзз 38/11 од 14.11.2013 г., I Кж-Ус 31/12 од 25.9.2012 г. кај Карас, 2015, стр. 348; ВСРХ I Кж-981/02, I Кж-172/01 и I Кж-808/02 кај Kos, 2005, стр. 32-33; Слично и Kos, 2004, стр. 13 - според кој иако ваквиот став може да се подвргне на критика зашто може да се изгубат значајни докази, кај судот превагнал интересот за заштитата на граѓанските права.

¹⁶¹⁴ Karas, 2015, стр. 349-350, 352; За споредба во Србија фотографии и видео снимки кои не се резултат на п.и.м. може да се користат како доказ под услов да не настанале со сторување на к.д. Ако на нив е ликот

Ако се знае дека сè до стапување на сила на новиот ЗКП од 2008 г. и случајните докази прибавени со п.и.м. биле сметани за незаконити во однос на лицето спрема кое не била наложена мерката¹⁶¹⁵ или за дела кои не биле опфатени со налогот,¹⁶¹⁶ може да се каже дека не зачудува таквата премногу либерална пракса на судовите. Ставот на ВСПХ бил ако лицето спрема кое била издадена мерката не било лоцирано при тајното следење, тогаш доказите од тајното следење не може да се користат во однос на друго лице за кое не била издадена таквата мерка и обратно може ако било видено заедно со истражуваното лице како учествува во сторување на предметното к.д., ако било фатено како разговара со него при законското прислушување и сл.

Одредбите за спроведување на п.и.м. според ВСПХ мора да се толкуваат рестриktivно, строго во склад со законскиот текст, бидејќи во спротивно на недозволен начин би се ширела зоната на привремено ограничување на уставните права и слободи на граѓаните.¹⁶¹⁷

Во чл. 10 од хрватскиот ЗКП од 2008 г. законодавецот прифатил верзија на теоријата на балансирање според која доказите нема да се сметаат за незаконити, иако прибавени без судски налог или согласност за снимање од обвинетиот, ако се однесуваат на тешки к.д. за кои интересот за гонење натежнува над интересот за заштита на конкретното човеково право.¹⁶¹⁸ Ваквото решение наметнува двојби, бидејќи уставната забрана за употреба на докази прибавени на незаконит начин од чл. 29 ст. 4 е целосна, апсолутна и усмерена на исклучување на таквите докази од кривичната постапка, а не на некоја друга цел каква што е спречување на злоупотребата на власта и сл.¹⁶¹⁹ Одредени автори сметаат дека законското решение во суштина е исправно, со него се допрецизира уставниот поим за незаконити докази, зашто мора да се направи соодветен баланс бидејќи не може секое кршење на процесната форма со која се штитат темелните права да се смета за незаконит доказ¹⁶²⁰ и предлагаат употребата на доказите настанати со повреда на темелните човекови права да се ограничи само на тешките или најтешките к.д., а не на сите за кои се води редовна постапка.¹⁶²¹ Не штети ако се потсетиме на констатацијата што ја дава Дамашка кога пишува за кривичната постапка за време на

на обвинетиот тие и без негова согласност може да се употребат кога а) друго лице што е на снимката дало согласност за нејзина употреба, б) се направени на јавни површини (улицы, паркиралишта), во јавни објекти (болници, аеродроми, згради на државни органи, училишта, спортски стадиони, автобуски и железнички станици и на поврзаните отворени површини со овие објекти) или во објекти под видео надзор (банки, менувачници, продавници) или в) се направени како облик на безбедносни мерки од сопственик на дом или со негова согласност, вклучително и во дворно место или други отворени површини во сопственост на тоа лице - Лажетиќ-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 214 и Бејатовић, 2010, стр. 360-361.

¹⁶¹⁵ Освен ако се затекнало во сферата на криминалната активност на лицето спрема кое била насочена мерката и под услов криминалната активност на тоа лице да влегува во остварување на битието на к.д. за кое таа била наложена - ВСПХ I Кж-573/03-3 од 3.7.2003 г., I Кж-111/05 од 10.5.2005 г., I Кж-Ус-13/09 од 19.5.2009 г. кај Nakić/ Rogić, 2016, стр.545-546, а првата и кај Ljubanović/ Kralj/ Gluščić, 2008, стр.872-873.

¹⁶¹⁶ Karas/ Jukić, 2009, стр. 623-624.

¹⁶¹⁷ Во оваа смисла судот како незаконит го издвоил разговорот воден помеѓу обвинетиот и Н.Н. лице додека овој неуспешно чекал да се воспостави телефонската врска, зашто судскиот налог бил издаден само за надзор и техничко снимање на телефонските разговори - ВСПХ I Кж-Ус-45/10 од 4.11.2010 кај Nakić/ Rogić, 2016, стр. 546-547.

¹⁶¹⁸ ВСПХ I Кж-Ус 6/14 од 21.1.2014 г. кај Karas, 2015, стр. 353-354 и Калајџиев/ Арифџи/ Маршавелски/ Божиновски, 2018, стр. 43-44; Види и Vozinovski, 2021, стр. 15-16 кој смета дека хрватскиот законодавец ја прифатил германската доктрина на балансирање.

¹⁶¹⁹ Pavišić, 2008, стр. 528-530.

¹⁶²⁰ Carić, 2010, стр. 862-863.

¹⁶²¹ Vojanić/ Đurđević, 2008, стр. 1003; Martinović/ Kos, 2016, стр. 336-337; Slivar, 2020 стр. 519.

ancien régime: „видовме ерозија на стандардите на правна заштита во прогонот на к.д. кои воспоставениот поредок ги сметал за најголема опасност“.¹⁶²²

Законодавецот не дал одговор кои дела се тешки, а за чие гонење може да се употребат незаконити докази, туку оставил тоа прашање да го реши судската пракса.¹⁶²³

Целта на ексклузиското правило во Хрватска е дисциплинирање на полициските службеници.¹⁶²⁴ Урнек за правилото е американското, меѓутоа може да се каже дека ученикот го надминал учителот.

Така во Хрватска за разлика од САД, не се применуваат познатите исклучоци од ексклузиското правило кај вкрстеното испрашување, ни во однос на активната легитимација. Имено, во Хрватска доказите се исклучуваат во однос на сите обвинети, а не како во САД само спрема оној чие уставно право било повредено.¹⁶²⁵

Како резиме, во Хрватска не е битно дали разговорот е приватен, деловен или службен (како во Германија), дали го снимило приватно лице или полициски службеник (како во САД). Ако нема наредба за п.и.м. или согласност од снименото лице со аудио или видео снимката се врши повреда на уставно загарантираните права. Таквата снимка е незаконит доказ, која по правило е подобна за издвојување, освен за тешки к.д. за чие докажување е дозволена употреба. Тоа е единственото нешто кое судовите може да го стават на вага, и воедно е уште една разлика со американската пракса во која е дискредитирана поделбата на тешки и лесни к.д. како претходен услов за примена на правилото.

13. Србија

Во последно време е модерно државите кои биле дел од континенталната правна традиција во своите кривични постапки да внесуваат елементи од англосаксонскиот систем или пак целосно да ги заменуваат со некој облик на адверсијарна постапка. Прва целосна замена во Европа направила Италија во 1988 г., а потоа БиХ во 2003 г., Хрватска во 2008 г., Македонија во 2013 г. Битни промени иако како база го задржале континенталниот систем направила Германија со укинувањето на истражниот судија во 1975 г., Франција, Холандија, Белгија и сл.

¹⁶²² Damaška, 2013, стр. 200.

¹⁶²³ Според јудикатурата, за докази добиени со незаконско снимање (видео или аудио снимки снимени без наредба за п.и.м. или согласност од сите учесници) предлозите за издвојување биле одбиени 1) ВСПХ Кжм-12/20 од 23.4.2020 г. за видеоснимката од домот која родителите на оштетената приватно ја обезбедиле и потоа ја доставиле во полиција како доказ против обвинетиот за тешко к.д. полов напад и искористување на дете помладо од 15 г. (девојче родено во 2007 г. кое поради психичките и физички недостатоци емотивно и интелектуално функционираше како дете од 1 г., па имало потреба од постојана грижа), 2) ВСПХ I Кж-278/14 од 10.7.2014 г. за аудиозаписот снимен од страна на оштетената (девојче од 11 г.) при разговорот со сторителот (нејзиниот дедо) на две к.д. во стек, полов напад и искористување на дете помладо од 15 г. и родосквернавање, 3) ВСПХ I Кж-Ус-72/16 од 2.3.2017 г. за видео запис од „youtube“ за к.д. кое вклучувало формирање група високо позиционирани членови на хрватското МВР, МНР и од амбасади и конзулати во БиХ, Србија и Брисел за изработка на фалсификувани патни исправи и лични карти на членови од криминалното милје надвор од РХ, 4) ВСПХ I Кж-Ус-77/19 од 22.8.2019 г. за аудио запис од разговор на кој член на хрватското собрание понудил поткуп на новинар со цел овој да не ја извести јавноста за имотните (не)прилики, 5) ВСПХ Кж-Ус-6/14-4 од 21.1.2014 г. за гонење на трговија со пратенички и советнички маднати кое се смета за тешко к.д; но биле издвоени 1) ВСПХ I Кж-54/17 од 23.2.2017 г. аудио снимка од разговорот на оштетената со сторителот за к.д. силување, 2) I ВСПХ-Кж-Ус-2/16 три аудио записи на кои службено лице било снимено како бара поткуп за да изврши службено дејствие што би морал да го изврши - сите кај Slivar, 2020, стр. 509-512, 514-518, а дел и кај Dika, 2016, стр. 16-17.

¹⁶²⁴ Đurđević, 2006, стр. 1171.

¹⁶²⁵ Karas/ Štrk, 2013, стр. 201.

Ни Србија не била исклучок. Таму долго време успевал да се задржи стариот систем сè до 2014 г. кога на сила стапил нов адверсијарен ЗКП кој вовел обвинителска истрага.¹⁶²⁶

Може да се каже дека има една заедничка одлика која ги краси повеќето, ако не и сите овие држави. За разлика од старите, типични адверсијарни системи во кои полицијата има право да го сослушува осомничениот (пр. САД, Англија) и каде неговата изјава дадена пред полицијата има доказна вредност, во новите како по правило не е така. А, штом не е така, правото на директна самоинкриминација не е под толкав ризик, па не е ни чудно што нема богата јуриспруденција за ова прашање. Имено, ако полицијата не може да прибави изјава од осомничениот која ќе има доказна вредност и што ќе може да се користи против него пред суд, тогаш нема море од пракса во која се оценувало дали изјавата била доброволна, интелегентно дадена и сл. Едноставно каква и да е, таа не смее да се употреби. Треба да разгледаме што е причината за ова, за да може да укажеме дали *de lege ferenda* кај нас, каде е исто, треба да се промени овој однос или пак да остане по старо.

Во Србија можеби улога играл фактот што проблемот со тортурата, нечовечкото и понижувачкото постапување бил долго присутен, па и во XXI век случаите на полициско мачење заради изнуда на признанија биле чести.¹⁶²⁷ На легислативен план чл. 226 од ЗКП/01 и чл. 257 од ЗКП/06 вовеле низа забрани со кои се гарантира поповолна положба на граѓаните во однос на полицијата, бидејќи таа не може нив да ги сослушува во својство на осомничен, сведок или вештак. Тоа не значи дека таа не може да собира известувања од граѓаните, туку дека информациите немаат доказен карактер. Секако принудата е забранета при нивното собирање, граѓанинот нема правна должност да дава известувања, а разговорот мора веднаш да биде завршен ако каже дека не знае ништо или дека не сака да даде никакво известување. Наспроти необврзноста граѓанинот да даде известување, стои необврзноста на полицијата да го поучи за доброволноста на чинот давање информации.¹⁶²⁸ Освен што нема обврска за давање информации, граѓанинот нема ни правна обврска за давање вистинити известувања, па лажните информации дадени на полицијата при прибирањето на известувањата не претставуваат к.д. лажно сведочење.¹⁶²⁹

Горниов став иако точен, морално е дискутабилен. Би додал дека лажното товарење друг дека сторил к.д., претставува к.д. лажно пријавување. Кај горните проблем би се јавил не со изјавата како директен доказ, зашто таа очигледно на таков начин не смеела да се користи, туку со дериватите од неа во смисла дали тие би можеле да се понудат како докази на суд.

Српското законодавство според Шкулиќ долго време не го регулирало изречно прашањето што со доказите кои во основа се валидни, но до кои се дошло благодарение на податоци претходно прибавени на незаконит начин (пр. осомничениот под принуда признал убиство и полицијата на основа на тоа признание го пронашла лешот). Со самиот факт што постоела правна празнина, а теоријата плодови од отровно дрво не била законски изречно ни прифатена ни отфрлена, постоеле различни научни толкувања, а решението било препуштено на судската пракса. Но, укажува дека чл. 18 ст. 2 од ЗКП/01 го прифатил функционалниот поим на нелегален доказ, кој се дефинира како забранет

¹⁶²⁶ ЗКП бил усвоен во 2011 г., но имал *vacatio legis* до 2014 г. - Ilić, 2015, стр. 232.

¹⁶²⁷ *Ljudska prava u Srbiji i Crnoj Gori* 2003, Beograd, 2004, стр. 27, 263, 265, 267, 357-359 и *Ljudska prava u Srbiji i Crnoj Gori* 2005, Beograd, 2006, стр. 31, 358-359 кај Veković, 2006, стр. 917.

¹⁶²⁸ Banović/ Lajić, 2006, стр. 791-792, 797-798.

¹⁶²⁹ M. Grubač, *Krivično procesno pravo, posebni deo, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Službeni glasnik, Beograd, 2002, стр. 26 кај Banović/ Lajić, 2006, стр. 798.

основ за донесување судски пресуди. Па, незаконити се доказите кои 1) сами по себе или 2) според начинот на прибавување се спротивни на ЗКП, некој друг закон, Уставот или меѓународното право.¹⁶³⁰

Првите се директни, а вторите индиректни незаконити докази. Токму вторите се плод на некаква друга незаконитост или докази кои сами по себе се законити, но кај кои начинот на прибавување ги проблематизира и спречува да бидат основ за судска одлука.¹⁶³¹

Во 2009 г. биле направени промени во српскиот ЗКП со кои полицијата добила овластување да сослушува граѓани во својство на осомничени, при што за да биде валидна изјавата и да може да се употреби како доказ во постапката треба да биде добиена со согласност на осомничениот и во присуство на бранител.¹⁶³² Во спротивно таа ќе има само неформален карактер и ќе може да се употреби за оперативни, а не и во доказни цели.

Главната критика под која се подвргнува новиот ЗКП е што од една страна предвидува обвинителска истрага, а од друга можност сите докази кои ги прибрал ЈО како несудски орган да се користат на главниот претрес, слично како по примерот на поранешната судска истрага. Тука посебно се мисли на исказите на сведоците, кои во одредени случаи може да бидат испитани од обвинителот во отсуство на бранителот и осомничениот, како што е за делата од организираниот криминал на кој начин законски дозволената пракса може да се најде под удар на ЕСЧП.¹⁶³³

Обвинетиот како и во другите демократски држави ужива привилегија против себеобвинување, има право на молчење и низа гаранции кои се сметаат минимум под кој државите не треба да одат, зашто во спротивно на добиениот исказ не ќе може да се заснова судска одлука.¹⁶³⁴

Но, што е со оние ситуации кога нема забранет начин за прибирање доказ (сила, закана, измама, ветување и сл.), туку полицијата собира известувања од лица кои пред суд би биле привилегирани сведоци или од осомничен за кого од криминалистичко-тактички причини не му е посочено дека станал тоа. Таа од вакви лица би можела да добие битни информации кои подоцна ќе може да ги искористи за да прибави валидни докази, пр. ќе дознае име на некој сведок, место каде се наоѓа плен од к.д., предмет со кој е извршено к.д. итн. Сè се тоа деривативни информации, плод на добиеното известување од лице кое ниту било информирано дека нема обврска да даде известување (привилегиран сведок) или дека има право на молчење и привилегија против самоинкриминација (осомничен).

Поради ова не се согласувам со оние кои сметаат дека положбата на осомничениот не би била загрозена со самиот факт што се работи за неформално дејствие со кое не се прибира материјал со доказна сила.¹⁶³⁵ Секако би била, па вистинското прашање е дали овие информации се подложни на исклучување како плод на отровно дрво. Не би биле сè дотогаш до кога полицијата при нивното прибавување не прекршува никаков закон. А по закон таа има право да собира известувања. Но, неинформирањето и со тоа држењето во заблуда било на осомничениот кој веќе станал тоа или на привилегираниот сведок за кого исто така полицијата може да знае дека станал

¹⁶³⁰ Škulić, 2006, стр. 748-751; Шкулић, 2015б, стр. 68, 77-79; Исто и во чл. 18 ст. 2 од ЗКП од 2009 г.

¹⁶³¹ Поинаку за ова Obradović/ Župan, 2011, стр. 123-124.

¹⁶³² Бејатовић, 2010, предговор и стр. 310, 316-317, 396, 402; Исто и по новиот ЗКП од 2011 г. - Бејатовић, 2013, стр. 20 и Delibašić/ Mikić/ Marinkov/ Orović, 2019, стр. 16-18.

¹⁶³³ Шкулић, 2015а, стр. 37, 53.

¹⁶³⁴ Veković, 2006, стр. 920; Бејатовић, 2010, стр. 312, 314-315; Ђурђић, 2013, стр. 87-88.

¹⁶³⁵ Vanović/ Lajić, 2006, стр. 799.

привилегиран во оној момент кога ја насочила истрагата кон нему блиско лице, претставува повреда на правото на фер третман кое мора да добие некаков правен епилог.

Некои сметаат, иако законот не пропишува никакви ограничувања во поглед на фактите, полицијата не би смеела да прибавува известувања на штета на државна, службена или воена тајна.¹⁶³⁶ Тогаш по истата логика не би било во ред ни да собира известувања по пат на измама и со подривање на правото на молчење на осомничениот или на правото на слободен избор на привилегираниот сведок дали сака да даде изјава против нему блиско лице.

Српскиот ЗКП како сите досегашни закони што важеа на просторот на СФРЈ познава група на лица кои не може да бидат сведоци и кои се ослободени од должноста за сведочење.¹⁶³⁷ Ако тие не се соодветно поучени или поуките не се внесени во записник, ако привилегираните сведоци не бидат повикани на главен претрес или го промениле ставот и повеќе не сакаат да сведочат, тогаш записниците со исказите се издвојуваат од списите на предметот и врз нив не може да се заснова судска одлука.¹⁶³⁸ Меѓутоа, по барање на одбраната судот може да ги сослуша лицата кои не може да бидат сведоци, од што произлегува заклучокот дека српскиот законодавец зазел позиција дека исклучувањето на сведоците е правило востановено во корист на обвинетиот.¹⁶³⁹

Вкрстеното испрашување за сведоците често е агресивен и непријатен начин на испитување. Притоа дозволени се покрај обични и сугестивни прашања. Во таа насока Шкулиќ е во право кога го критикува законодавецот кој не вовел исклучок од вкрстеното испитување за малолетните сведоци, посебно децата кои не навршиле 14 г. за кои психологијата докажала дека се посебно осетливи, сугестивни и подложни на влијанија. А, ако се и оштетени таквото испитување ќе доведе и до дополнителна траума и секундарна виктимизација.¹⁶⁴⁰ Ни во Германија не е дозволено вкрстено испрашување на сведоци кои се деца (нив обично ги испитува судијата), а во Италија нив ги испрашува судијата, а не странките.¹⁶⁴¹ Во таа насока добро е да се размисли за промена и на нашиот ЗКП и да се забрани поставување вкрстени прашања на малолетните сведоци независно дали се или не се оштетени со делото.

П.И.М. (како пр. надзор и снимање на телефонските и други разговори или комуникации, прикриен истражител и др.) се спроведуваат врз основа на судски налог. Ако нивната примена се одвивала без налог или спротивно на судскиот налог прибавените податоци не смее да се користат во судска постапка. Прибраниот материјал со извршување на налогот кој се однесува на друго дело или сторител кои не биле опфатени со наредбата (случајни наоди), ќе може да се користи како доказ само ако спаѓа во делата за кои може да се одреди специјална истражна мерка.¹⁶⁴²

¹⁶³⁶ Т. Vasiljević, M. Grubač, Komentar Zakonika o krivičnom postupku, sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2002, стр. 427 кај Banović/ Lajić, 2006, стр. 792.

¹⁶³⁷ Кои лица влегуваат во овие групи види кај Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 211 и Бејатовић, 2010, стр. 323; Според Vučković, 2006, стр. 1098-1099, 1101 - за соработниците на правдата (поранешни припадници на криминалната организација кои станале сведоци бидејќи нивниот исказ бил значаен за откривање, докажување или спречување на другите дела од таквата организација) не важи привилегијата да не сведочат против обвинет кој им е роднина или друго блиско лице, ниту може да бидат ослободени од давање одговор на одредени прашања кога е веројатно дека со тоа себеси или блиско лице би изложиле на тежок срам, материјална штета или кривичен прогон.

¹⁶³⁸ Бејатовић, 2010, стр. 323-324.

¹⁶³⁹ Ђурђић, 2013, стр. 91-92; Delibašić/ Mikić/ Marinkov/ Orović, 2019, стр. 59.

¹⁶⁴⁰ Шкулиќ, 2015б, стр. 69-70.

¹⁶⁴¹ Spencer, 2005c, стр. 630.

¹⁶⁴² Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр.219; Суботић, 2013, стр.127-129, 133-134.

Ваквото законско решение е во ред зашто кога би можеле да се искористат и за други дела сторителот би бил гонет со докази прибрани на начин кој законот за полесните и средните к.д. не го дозволува.

14. Кина

Правилото за ексклузија на доказите било воведено во 1998 г. со одлука на Врховниот суд на Кина и се однесувало само на вербалните докази. Според оваа одлука признанијата добиени со полициска тортура, закана, лажно ветување, измама и други незаконски средства не можат да се користат како основа за осуда.¹⁶⁴³ Судот немал право *ex officio* да ги издвои доказите, туку било потребно барање од одбраната. Таа првично требала да понуди докази кои создаваат разумен сомнеж (низок стандард) сè со цел да се избегнат невтемелени барања за издвојување, да нема непотребно одлагање на судењето и трошење на судските ресурси, по што товарот преминувал на обвинителството и во рамките на посебна истрага за кое време се прекинувало расправањето за главната работа судот ја проценувал (не)прифатливоста на признанието дадено во полиција.¹⁶⁴⁴

Судската пракса следните 10-тина години покажала дека ова правило воопшто не заживеало и не било ништо освен мртва буква на хартија.¹⁶⁴⁵ Кина ниту е првата ниту последната држава во која ќе се јави диспропорција помеѓу прокламираното (кодификуваното, прогласеното) и реално оствареното.

Руихуа со право ќе напише дека пропишувањето некое правило не е исто што и спроведувањето. Правилата од книгите, посебно трансплантите од различни средини се соочуваат со низа тешкотии и предизвици во процесот на имплементација додека да станат реални правила. Вредносните системи, правното расудување и професионалната обука на судиите, како и правосудната средина може да влијаат врз развојот на ексклузиското правило.¹⁶⁴⁶ Слично и Тречсел според кој постоењето нормативен текст не значи нужно негово влијание врз она што во пракса се случува, а како пример ги дава комунистичките држави кои имале завидно ниво на ратификувани меѓународни инструменти за човекови права, а реалноста била сосема друга.¹⁶⁴⁷ Патем, Кина сè уште го нема ратификувано МППП.¹⁶⁴⁸

Затоа со правилата донесени заеднички од Врховниот суд, Јавното обвинителство, Министерствата за јавна безбедност, за државна безбедност и за правда и законодавните реформи по 2010 г. поттикнати од неколку погрешни осуди што ја шокирале тамошната јавност, а кои биле резултат на полициски злоупотреби, било воведено облигаторно ексклузиско правило за незаконски прибавените вербални докази, а дискреционо за материјалните (физички, документарни) докази. Последниве треба да се добиени со јасно кршење на законските одредби коешто може да влијае на

¹⁶⁴³ Ruihua, 2011, стр. 230; Lewis, 2011, стр. 653-654.

¹⁶⁴⁴ Lewis, 2011, стр. 665; Zhiyuan, 2017, стр. 19; Lan/ Zuo, 2019, стр. 311-312; Исто и Ruihua, 2011, стр. 231, 239 која дополнува дека е поинаку при спор за легалноста на писмените изјави на отсутните сведоци, за кои товарот секогаш е на страната која се повикува на ваквиот доказ.

¹⁶⁴⁵ Lewis, 2011, стр. 654-655.

¹⁶⁴⁶ Ruihua, 2011, стр. 230, 232, 241; Слично и Lan/ Zuo, 2019, стр. 323.

¹⁶⁴⁷ Trechsel, 2005, стр. 4; Така и кинескиот ЗКП од 1979 г. забранувал тортура, закани, измами како методи на испитување, што не значи дека нив во пракса ги немало. Два типични примери од 90-те г. на XX век се извршената смртна казна на Ни Шубин (Nie Shubin) кој во 1995 г. бил обвинет и осуден за силување и убиство врз основа на изнудено признание во полиција. Вистинскиот сторител на делото бил откриен во 2005 г., но ниту еден полициски офицер не бил санкциониран за добиеното признание. Или осудата на Ше Чанглин (She Xianglin) на 15 г. затвор за убиство на неговата сопруга на база на добиено признание после 5 дневно негирање на делото. По 11 г. издржана казна сопругата се појавила жива и здрава (еден од истражителите се самоубил, а други не биле санкционирани) - Lan/ Zuo, 2019, стр. 309.

¹⁶⁴⁸ Jiang, 2019, стр. 171.

правичноста на пресудата, при што судот мора прво да нареди обвинителството да ја исправи повредата или да даде разумно објаснување, за ако не го стори тоа да ги исклучи доказите.¹⁶⁴⁹ Карактеристично е што во Кина полицијата за претрес не треба да прибави судски налог, туку е ограничена со интерните полициски процедури.¹⁶⁵⁰

Се издвојуваат само признанијата изнудени со сила, а не и оние добиени со закани, измами, ветувања, лишување од сон и други слични методи.¹⁶⁵¹ Независно што општоприфатено гледиште од обичната и стручната јавност во Кина е дека главна причина во скоро сите познати случаи на погрешни осуди се незаконски прибавените докази,¹⁶⁵² неколку години по овие реформи, познати се само мал број случаи на издвоени докази и тоа исклучиво на признанија, а не и на материјални докази. Коментаторите главната причина за тоа ја гледаат во неволноста судовите да го применуваат ексклузивното правило бидејќи не сакаат да ги нарушат односите со ЈО и полицијата,¹⁶⁵³ која пак има комплетна контрола во истрагите.¹⁶⁵⁴

Главните критики во однос на ЗКП се заради непропишан временски лимит за притворското испрашување (иако постои за непритворското)¹⁶⁵⁵ и непостоење на право на молчење во Кина. Осомничениот нема право на бранител за време на полициското испитување,¹⁶⁵⁶ а е должен вистинито да одговара на прашања.¹⁶⁵⁷ Со измените на ЗКП од 2012 г. воведена е обврска за видео и аудио снимање на испитувањата на осомничените за к.д. за кое може да се изрече смртна казна. Меѓутоа како по правило, снимките се нецелосни, осомничените немаат законско право на правна помош на првото испитување, а нивните бранители дури на судењето за прв пат имаат можност да ги видат тие снимки.¹⁶⁵⁸ Правилото за плодови од отровно дрво не е прифатено ниту од судската, ниту од законодавната власт во Кина.¹⁶⁵⁹

Последиците од претходниве решенија се следни. Осомничените вообичаено повеќе пати се испрашувани од полицијата, а потоа и од обвинителството при што

¹⁶⁴⁹ Ruihua, 2011, стр. 232-233; Zhiyuan, 2017, стр. 2-3 - главна причина бил случајот на еден фармер Жао Жуохај (Zhao Zuohai) осуден за убиство на свој соселанец Жао Жаншанг (Zhao Zhanshang) врз основа на полициски добиено (читај изнудено) признание. По меѓусебната караница жртвата исчезнала, а брзо потоа било пронајдено обезглавено тело. Полицијата неколку недели применувала физичка и психичка тортура врз него сè додека не признал. Одлежал 11 г. затвор и бил ослободен откако наводната жртва се појавил жива во селото; Lan/ Zuo, 2019, стр. 310-311 - споменуваат случај на Ду Пеиву (Du Peiwu) полициски службеник обвинет за убиство на сопругата и нејзиниот љубовник, кои исто така биле полициски службеници. Ги признал двете убиства после 11 дневна тортура и бил осуден на смрт иако одбраната пред судот како доказ ја доставила окрвавената затворска кошула. Добро што казната не била извршена, зашто полицијата неколку месеци подоцна уапсила сериски убиец кај кого бил пронајден пиштолот со кој било извршено двојното убиство.

¹⁶⁵⁰ Lewis, 2011, стр. 664; Lan/ Zuo, 2019, стр. 319.

¹⁶⁵¹ Jiang, 2019, стр. 187, 191, 194.

¹⁶⁵² Xie Peng: The Transformation of Informatisation in the Criminal Public Trial, *Zhongguo Xingshifa Zazhi*, 2012-12, 65-75 кај Jiang, 2019, стр. 182.

¹⁶⁵³ Zhiyuan, 2017, стр. 4-5.

¹⁶⁵⁴ Ira Belkin, China, in *Criminal Procedure: A Worldwide Study* 91, 103 (Craig M. Bradley ed., 2d ed. 2007) кај Lewis, 2011, стр. 689.

¹⁶⁵⁵ Lewis, 2011, стр. 672 - дури 85% од кривичните случаи вклучуваат притвор, при што долгите периоди на задржување се чести.

¹⁶⁵⁶ Jiang, 2019, стр. 169-170, 174, 179; Lan/ Zuo, 2019, стр. 319.

¹⁶⁵⁷ Zhiyuan, 2017, стр. 8-9, 14.

¹⁶⁵⁸ Jiang, 2019, стр. 180, 196-197; Види и Lan/ Zuo, 2019, стр. 323 - наводите за полициска тортура се во нагло опаѓање, иако сè уште обвинетите пред суд се жалат за лишувања од сон при испитувањата.

¹⁶⁵⁹ Ruihua, 2011, стр. 231; Gless/ Richter, 2019, стр. 7; Jiang, 2019, стр. 164, 187-188, 190, 203, 205 - ни во однос на доказите откриени преку изнудени признанија; Zhiyuan, 2017, стр. 15, 29 - се залага за негово воведување, зашто смета дека без него е безначајно издвојувањето на оригиналните незаконити докази (моја забелешка поради последователните испитувања и признанија на осомничените).

неколку пати го признаваат к.д. Ако првото признание е изнудено, а следните негов затруен плод, фактот што судот може да го издвои само првото, а не и останатите е само јалова, пирова победа која не влијае врз исходот на постапката.¹⁶⁶⁰

Гледано на хартија главните оправдувања на ексклузиското правило во Кина се ограничувањето на државната моќ, заштитата на човековите права и остварување на процедуралната правда,¹⁶⁶¹ односно точноста на утврдувањето на фактите, одвраќање на полициските злоупотреби и одржување на судскиот интегритет.¹⁶⁶²

Причината зошто во Кина во пракса нема ексклузија на материјалните докази, а не е прифатена ни теоријата плодови од отровно дрво е што таму главен стремеж е остварување на материјалната права и обезбедување веродостојност на пресудата, а не некаква процедурална правда.¹⁶⁶³

15. Австрија

Во Австрија недавањето поука на уапсениот осомничен не го доведува под знак прашање даденото признание. Таму не се применува правилото плодови од отровно дрво, така што начелно е дозволена употребата на материјалните докази прибавени со незаконито постапување на службените лица (пр. незаконит претрес) или приватните лица (пр. неовластено снимени разговори).¹⁶⁶⁴ Како оправдување на ваквото гледиште (во однос на материјалните докази) легислативата и судската пракса се повикуваат на ставовите на ЕСЧП (пр. Шенк), а во теоријата е прифатена германската догматика за поделбата на правни кругови.

16. Швајцарија

Швајцарија дури во 2011 г. донела заеднички ЗКП за сите 26 кантони. Тој останал доследен на дотогашната правна традиција според која примарна цел на постапката е откривање на материјалната вистина.¹⁶⁶⁵

Таму слично како во Австрија се врши балансирање на различни интереси, не се прифаќа издвојување за формални повреди, ниту правилото дека е потребно да се издвои секој доказ кој е прибавен со к.д. или со непочитување на законот.¹⁶⁶⁶ Индиректните докази по правило не се издвојуваат, а постои наклоност на Швајцарскиот врховен суд во однос на прифатливоста и на оригинерно прибавените незаконити докази.¹⁶⁶⁷ Последново не се однесува на доказите прибавени со тортура, изнуда, измама, закана, ветувања, на изјавите дадени од осомничениот пред да ги добие поуките, како и од недозволените тајни операции за кои постои експлицитно апсолутно ексклузиско правило.¹⁶⁶⁸ Во случај на други повреди кои не влегуваат во кругот на првите правилото е релативно, при што доказите не се издвојуваат во постапки за сериозни к.д.,¹⁶⁶⁹ која

¹⁶⁶⁰ Zhiyuan, 2017, стр. 14-15.

¹⁶⁶¹ Jiang, 2019, стр. 187

¹⁶⁶² Lewis, 2011, стр. 679.

¹⁶⁶³ Zhiyuan, 2017, стр. 15; Lewis, 2011, стр. 664; Jiang, 2019, стр. 194.

¹⁶⁶⁴ EU Network, Opinion on the status of illegally obtained evidence, 2003, стр. 9-10.

¹⁶⁶⁵ Macula, 2019, стр. 15-16.

¹⁶⁶⁶ Karas/ Štrk, 2013, стр. 194-195; Исто и Mešanović, 2018, стр. 80.

¹⁶⁶⁷ Macula, 2019, стр. 16-17, 37-38, 42, 51.

¹⁶⁶⁸ Macula, 2019, стр. 20, 22, 46-48.

¹⁶⁶⁹ Macula, 2019, стр. 37-38.

пракса наишла на критики од стручната јавност, луцидно сумирана во една реченица „колку поголем криминал, толку помала шанса за правично судење“.¹⁶⁷⁰

Новиот ЗКП е значаен чекор напред во обезбедување на процедуралните права на осомничените. Така вовел право осомничениот насамо да се консултира со адвокат пред полициското испитување, кој може и да присуствува на него, нешто што пред тоа го познавале прописите само на неколку кантони.¹⁶⁷¹ Предвидел задолжителна ексклузија на изјавите добиени на база на нецелосни поуки налик на Миранда поуците.¹⁶⁷² Освен ексклузиското правило, правни лекови кои му стојат на располагање на оштетениот при незаконски преземено дејствие од полицискиот службеник се дисциплинска или кривична постапка против службеникот и тужба за надомест на штета против државата (не и лична против службеникот).¹⁶⁷³ Во Швајцарија коегзистираат три оправдувања на ексклузиското правило, потребата за заштита на процедуралните правила (вклучително и на индивидуалните права), утврдување на материјалната вистина и дисциплинирање на органите за гонење.¹⁶⁷⁴

17. Белгија

Белгија во 1990 г. вовела апсолутно правило за издвојување на материјалните докази кое Касациониот суд го напуштил во 2003 г. со образложение дека носи диспропорционални резултати. Ексклузијата е нужна само во исклучителни ситуации ако станува збор за процесен пропуст кој доведува до ништовност, ако е нарушена веродостојноста на доказот или правичноста на целото судење.¹⁶⁷⁵ Според коментаторите судот не може да ја базира одлуката на доказ кој бил прибавен незаконски со повреда на професионална тајна, кражба на документи, незаконско прислушување, незаконски претрес на недвижност или лице, ниту на докази кои се плод на полициско поттикнување.¹⁶⁷⁶

Се гарантира правото на молчење, а неприфатливи се признанија дадени под принуда, со помош на хипноза или медицински средства со кои се влијае на слободното формирање волја кај осомничениот. Правилото има само вертикално дејство, така што докази незаконски прибавени од трето лице без учество или помош од државните органи, може да се користат на суд. Незаконски прибавени докази може да се користат *in favorem* обвинетиот,¹⁶⁷⁷ што покажува дека праксата таму гледа на правилото како на заштитен механизам воспоставен во полза на обвинетиот.

¹⁶⁷⁰ Thommen, Marc/ Samadi, Mojan, 'The Bigger the Crime, the Smaller the Chance of a Fair Trial? Evidence Exclusion in Serious Crime Cases Under Swiss, Dutch and European Human Rights Law', (2016) 24 European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 65–86 at 85 kaj Macula, 2019, стр. 39.

¹⁶⁷¹ Macula/ Gless, 2019, стр. 359 - посочуваат дека ова право е воведено со новиот ЗКП после неколкуте одлуки на ЕСЧП во кои утврдил повреда на чл. 6 од ЕКЧП.

¹⁶⁷² Macula, 2019, стр. 21-22, 28.

¹⁶⁷³ Macula, 2019, стр. 30-31.

¹⁶⁷⁴ Macula, 2019, стр. 35-36.

¹⁶⁷⁵ Karas/ Štrk, 2013, стр. 195-196; Исто и Mešanović, 2018, стр. 81 и Simović, M./ Simović, M./ Simović, V., 2015, стр. 5 - случајот Антигон бил резултат на полициска акција во која осомничениот бил предмет на незаконски претрес. Во себот од јакната, полицајците нашле клуч со кој го отвориле возилото и пронашле пиштол. Касациониот суд утврдил дека неправилноста во постапката за претрес немала влијание врз веродостојноста на откриените докази (клучот и пиштолот) и дека истата не била намерно и тешко нарушување на интересите на обвинетиот; Поинаку Spence, 2005c, стр. 609-610 кој набројува 5 ситуации во кои издвојувањето е obligatorно, но се повикува на труд од 1999 г. кој бил напишан пред одлуката од 2003 г.; Во Белгија доказните забрани биле познати и на почетокот на XX век. Така има одлуки кои забранувале да се базираат пресудите на нелегални истраги и претреси - Braas, Précis d'Instruction Criminelle, 291, citing Liège, 28 Mai 1910, B.J. 1910, 733 kaj Jackson/ Summers, 2012, стр. 66.

¹⁶⁷⁶ Pesquié, 2005, стр. 122-123.

¹⁶⁷⁷ EU Network, Opinion on the status of illegally obtained evidence, 2003, стр. 10-11.

18. Данска

Во Данска судската пракса разработила неколку правила во однос на незаконски прибавените докази. Тие се неприфатливи ако повредата на правилата за нивно прибавување значајно ја намалила нивната веродостојност. Во спротивно ако повредата била од формален карактер на начин што не влијаела на нивната веродостојност судот е должен да ги прифати, посебно ако се одлучувачки за исходот на предметот, ако можеле законски да се обезбедат и ако делото кое се гони е сериозно к.д. Ако пак полицијата намерно ги заобиколила правилата за прибавување на доказите, кои на законски начин не би можеле да се обезбедат, тогаш доказите ќе бидат неприфатливи без оглед што нивната веродостојност не е доведена под знак прашање. Слично и кога незаконски преземеното дејствие на полицијата повредува некој значаен интерес, како што е привилегијата од самоинкриминација. Конечно може да се користат незаконски прибавени докази *in favorem* обвинетиот.¹⁶⁷⁸

Во начело докази обезбедени од приватни лица се употребливи. Исклучок има кога е повреден некој витален заштитен интерес (пр. неовластено снимање на вработените на работното место). Меѓутоа и тогаш ако станува збор за сериозно к.д., а доказот е одлучувачки за осуда, судовите благонаклоно гледаат на него и се склони кон негово прифаќање.¹⁶⁷⁹

19. Јужна Африка

Во Јужна Африка до паѓање на апартхејдот, првите слободни избори во 1995 г. и донесување на новиот Устав од 1996 г. владеел правниот позитивизам според кој единствен критериум за правичноста на судењето било формалното почитување на прописите. Се толерирал неограничен притвор без судење, а начинот на прибавување немал поголемо значење врз прифатливоста на доказите. Решението кое го пропишал новиот устав во чл. 35 е слично на канадското. Вовел општо ексклузивско правило на доказите прибавени со повреда на некое уставно право ако нивното прифаќање може да го направи судењето неправично или поинаку да му наштети на администрацијата на правдата.¹⁶⁸⁰

Според старите обичајни правила ако ЈО докажало *prima facie* случај, молчењето на обвинетиот можело да се смета како фактор плус при утврдување на вината. Новата јуриспруденција во влечењето негативни заклучоци од молчењето гледа индиректен притисок врз обвинетиот да сведочи и негација на уставното право на молчење, па затоа повеќе не го третира како независен доказ. Меѓутоа бидејќи е предвидливо да дојде до осуда штом обвинителството докаже *prima facie* случај, молчењето подразбира прифаќање на ризикот дека лицето може да биде осудено врз база на неоспорените докази на обвинителството.¹⁶⁸¹

Под влијание на американската пракса присилното земање крв, отпечатоци од прсти или од стапала, гласовни примероци и др. телесни и физички примероци од обвинетиот се смета за прифатливо постапување кое не е во спротивност со максимата

¹⁶⁷⁸ EU Network, Opinion on the status of illegally obtained evidence, 2003, стр. 12-13.

¹⁶⁷⁹ EU Network, Opinion on the status of illegally obtained evidence, 2003, стр. 13.

¹⁶⁸⁰ Schwikkard, 2012, стр. 25, 29; Bradley, 2001, стр.396-397 - наведува два случаи од 1998 г. Еден во кој полицијата на судот му дала лажни информации во барањето за прислушување. Судечкиот судија ги издвоил доказите бидејќи тоа би го направило судењето неправично и би штетело на интересите на правдата. И друг во кој го информирала бранителот дека ќе го испитува осомничениот во 14:00 часот, а кога овој дошол пред тој термин со интенција насамо да разговара со клиентот го известила дека веќе го признал делото, кое нешто судот го оценил како неправично и ја издвоил изјавата.

¹⁶⁸¹ Schwikkard, 2012, стр. 35-36.

nemo tenetur se ipsum prodere.¹⁶⁸² Меѓутоа изнудените признанија се неприфатливи и по старото обичајно право и според новите уставни правила.¹⁶⁸³

Судовите неволно ја доведуваат во прашање правичноста на судењето со употреба на материјални докази кои постојат независно од повредата (иако има и такви случаи кога докази најдени со повреда на правото на приватност може да го направат судењето неправично). Но, како правило се прифаќа ексклузијата ако за нив се дознало благодарение на повреда на привилегијата против самоинкриминација (пр. ако без неа деривативните докази не би биле најдени) или ако се плод на тортура.¹⁶⁸⁴

Ексклузијата на доказите игра “интегрална улога во обезбедувањето уставен и судски интегритет на системот на кривична правда како целина, како и во поттикнувањето уставно однесување кај полицијата и обвинителството“.¹⁶⁸⁵ Ако ги сумирам основите што Швиккард ги наведува како оправдување на ексклузијата во одлуките на тамошните судови¹⁶⁸⁶ може да заклучам дека главно го прифаќаат одвраќачкиот принцип.

20. Тајван

Тајван дури во 2009 г. го инкорпорирал МПГПП.¹⁶⁸⁷ Таму со демократизацијата на општеството и како резултат на обидите за дистанцирање од претходниот авторитарен систем ексклузиското правило прво било воведено со одлука на Врховниот суд од 1998 г., а потоа и легислативно прифатено со реформите на ЗКП по 2001 г. Воведено е дискреционо правило според кое судот може да ги издвои доказите ако верува дека нивното прифаќање би било штетно за правдата и правичноста, притоа водејќи сметка за заштитата на човековите права и јавниот интерес за борба со криминалот.¹⁶⁸⁸

Во Тајван сè уште на откривањето на вистината се гледа како на позначајна вредност од заштитата на човековите права на обвинетиот.¹⁶⁸⁹ Коментаторите наведуваат дека прашањето за товарот на докажување, не е решено како принцип, освен кај признанијата, каде во случај на тврдење дека е обезбедено со нелегални методи, ЈО е должно да докаже дека истото е дадено доброволно, а во спротивно облигаторно се издвојува.¹⁶⁹⁰

¹⁶⁸² Schwikkard, 2012, стр. 39-40.

¹⁶⁸³ Schwikkard, 2012, стр. 41-42.

¹⁶⁸⁴ Schwikkard, 2012, стр. 50-51, 53 - во однос на привилегијата пишува дека судовите во ЈАР ја следат канадската пракса.

¹⁶⁸⁵ Schwikkard, 2012, стр. 49.

¹⁶⁸⁶ Schwikkard, 2012, стр. 52-53 - 1) Доказите треба да се издвојат ако нивното прифаќање би ги охрабрило агентите да ги игнорираат или превидат уставните гаранции за граѓаните. 2) Оттука отсуството на добра волја и разумност во полициското постапување претставува бариера за прифатливоста. 3) Обрато, добрата волја нема да е доволна за да се премине преку неуставното однесување ако тоа е резултат на системски лоша пракса произлезена од дефектни обуки, практики или службени директиви. 4) Но, може да биде оправдание при итни ситуации. 5) Ако имало алтернативен законски начин да се обезбедат доказите на повредата ќе се гледа помалку благонаклоно. 6) Ако доказите постоеле пред повредата и без оглед на неа ќе биле обезбедени, нивното прифаќање не би штетело толку на администрацијата на правдата, 7) освен кога станува збор за ситуации на тортура.

¹⁶⁸⁷ Gless/ Richter, 2019, стр. 8.

¹⁶⁸⁸ Lewis, 2011, стр. 648-649; Lin/ Wang/ Chen/ Tsai-Chen/ Tsai, 2019, стр. 141, 146; Ова е така онаму каде не е предвидено облигаторно издвојување како кај изнудените признанија и прислушуваниите комуникации без судски налог и нивните плодови.

¹⁶⁸⁹ Lin/ Wang/ Chen/ Tsai-Chen/ Tsai, 2019, стр. 138.

¹⁶⁹⁰ Lin/ Wang/ Chen/ Tsai-Chen/ Tsai, 2019, стр. 135-136, 142-144, 147-150, 154 - под нелегални методи се мисли на тортура, закана, ветувања, исцрпувачко испитување, дадено при незаконски притвор, а според праксата на Врховниот суд дури и ноќното испитување е забрането, освен ако на тоа не се согласи осомничениот, а во таков случај ЈО мора да докаже дека била дадена согласност.

Осомничениот го штитат пресумпцијата на невиност, привилегијата против самоинкриминација, правото на молчење и правото на бранител, за кои мора да добие соодветни поуки.¹⁶⁹¹

Прислушуваните комуникации без судски налог облигаторно се издвојуваат, бидејќи на таквиот чин се гледа како на груба злоупотреба на полициските овластувања и повреда на правото на приватност. Дополнително се издвојуваат и информациите прибавени на база на незаконски прислушуваните разговори и ова е единствен сегмент во кој во Тајван е прифатена теоријата плодови од отровно дрво.¹⁶⁹²

Како цели на кои им служи ексклузиското правило во Тајван се споменуваат заштитата на човековото достоинство, зачувување на слободата на одлучување на обвинетиот, заштитата на интегритетот на судскиот систем, правото на правична постапка, како и одвраќањето од нелегални истражни активности.¹⁶⁹³

21. Јужна Кореја

И во Јужна Кореја, по падот на авторитарниот режим во 1987 г. и демократските промени кои ја зафатиле државата, со новиот Устав биле воведени пресумпцијата на невиност, привилегијата против самоинкриминација, ексклузиско правило за незаконски прибавените признанија и други права за осомничените.¹⁶⁹⁴

Со неколку одлуки на Врховниот суд од почетокот на 90-те г. на XX век воведена е корејска верзија на Миранда правата, обврска обвинителите и полицијата пред испитувањето да го поучат осомничениот за правото на молчење, зашто во спротивно дадената изјава ќе се издвои дури и да е доброволна. Ќе се издвои и изјавата добиена со повреда на правото на бранител, со таа дистинкција која постои во однос на повеќето други правни системи, што на осомничениот мора да му се дозволи да контактира со бранител пред испитувањето, но тој нема право да присуствува на него.¹⁶⁹⁵

Ексклузиското правило не ги зафаќа материјалните докази (пр. тие обезбедени со незаконит претрес) бидејќи од главен интерес е веродостојноста на доказот, а неправилноста не влијае на квалитетот на овие докази.¹⁶⁹⁶ Чо ја критикува ваквата празнина на Уставот и корејскиот ЗКП, притоа укажувајќи дека сличното легислативно решение во Јапонија не било пречка тамошниот Врховен суд во 1978 г. прифаќајќи го принципот на одвраќање да воведат ексклузиско правило за доказите прибавени со незаконит претрес. Затоа предлага Јужна Кореја да го следи јапонскиот пристап или законодавецот да воведат слична одредба како чл. 78 ст. 1 од англискиот ЗПКД.¹⁶⁹⁷

22. Сингапур

Сингапур не е страна на МПГПП или Конвенцијата против тортура, а кривичната постапка има изразени црти на *crime control* моделот. Осомничениот има право на молчење, а не може да биде принуден ни да предложи докази, меѓутоа судот може да влече негативни заклучоци од неговото молчење за време на полициското испитување и

¹⁶⁹¹ Lin/ Wang/ Chen/ Tsai-Chen/ Tsai, 2019, стр. 137, 144, 147, 153.

¹⁶⁹² Lin/ Wang/ Chen/ Tsai-Chen/ Tsai, 2019, стр. 145, 150-151 - не и за доказите до кои е дојдено како резултат на признание кое не е дадено доброволно или преку претрес извршен без судски налог.

¹⁶⁹³ Lin/ Wang/ Chen/ Tsai-Chen/ Tsai, 2019, стр. 132, 148-149, 153.

¹⁶⁹⁴ Cho, 2002, стр. 377-380 - дотогаш, а по воениот удар од 1961 г. авторитарниот режим преку полицијата како негова алатка против политичките дисиденти нашироко применувал разни облици на тортура, незаконити претреси, апсења и притвори. Изнудените признанија и незаконски прибавените докази вообичаено биле прифаќани во судовите.

¹⁶⁹⁵ Cho, 2002, стр. 383-384, 391-392.

¹⁶⁹⁶ Cho, 2002, стр. 393; Karas/ Štrk, 2013, стр. 203.

¹⁶⁹⁷ Cho, 2002, стр. 393-394.

изборот да не даде докази во своја одбрана. Независно што го има ова право, полицијата која ја води истрагата нема обврска пред да го испита осомничениот да го поучи за правата на молчење и на бранител, ниту да му овозможи контакт со роднина или пријател, нема обврска да сочека со испитувањето додека дојде бранителот ако овој сам ангажирал таков, ниту пак бранителот може да присуствува на испитувањето кое го врши полицијата. Што значи, изјавите добиени на ваков начин се прифатливи во суд.¹⁶⁹⁸

Единствено подложни на задолжително издвојување се оние добиени со сила, закана или ветување.¹⁶⁹⁹ При оспорување на признанието, обвинителството има товар да докаже дека било слободно дадено според стандардот надвор од разумно сомневање.¹⁷⁰⁰ Во однос на останатите неправилности постои дискрециско правило кое бара балансирање помеѓу интересот на поединецот да биде заштитен од незаконски инвазии на неговите слободи и права со тој на државата да обезбеди докази за к.д. кои се неопходни за правдата да биде спроведена и кое може да се примени само тогаш кога штетниот ефект од незаконски прибавените докази ја надминува нивната доказна вредност.¹⁷⁰¹

Основно мото е правилно утврдување на фактичката состојба. Оттука, доктрината плодови од отровно дрво не е прифатена во Сингапур. Дисциплинскиот принцип експлицитно е отфрлен како оправдување на правилото, а ни принципот за заштита на судскиот интегритет не се прифаќа како идеја која може да послужи за проширување на доменот на ексклузивското правило.¹⁷⁰²

23. Хонг Конг

Хонг Конг до 1997 г. бил под британски суверенитет, па врховна судска институција бил судскиот комитет на Кралскиот совет, така што сосема логична претпоставка е дека ја следел англиската линија на одлуки кога се во прашање незаконитите докази. Оттука, овдека е битно да видиме каков пат одбрал откога потпаднал под кинески суверенитет. Според Јанг најмногу уставни идеи позајмил од ЕСЧП, вклучително и по прашањето за прифатливост на доказите обезбедени со прислушување, снимање и сл. Појаснува дека тамошните судови применуваат балансирачки тест кој фаворизира прифаќање спорни докази за сериозни дела. Дополнува дека Хонг Конг отстапил од англискиот третман на молчењето, без оглед колку логичен изгледа штетниот заклучок.¹⁷⁰³

24. Малезија

Малезија не е потписник на МПГПП или на Конвенцијата против тортура, па нејзиното право што се однесува до методите за прибирање докази не било директно под

¹⁶⁹⁸ Но, 2019а, стр. 220, 225-226, 230-232, 242-243, 245-246 - за да се спречат злоупотребите со осомничените за време на полициските испитувања доктрината предлага задолжително да се овозможи контакт на осомничениот со бранител пред испитувањето, а самото тоа видео и аудио да се снима.

¹⁶⁹⁹ Но, 2019б, стр. 297-298; Но, 2019а, стр. 235-237, 239 - така на пр. судот како изнудено го ценел признанието добиено по 4 дена испитување во кои осомничениот немал адекватно време за одмор, а дадено после 18 часа испитување прекинати со само 1 час пауза. Но, не и во друг случај во кој осомничениот 7 часа бил лишен од храна и вода.

¹⁷⁰⁰ Но, 2019б, стр. 298; Но, 2019а, стр. 238 - според коментаторот обвинителите, во пракса, полесно го достигнуваат овој стандард отколку што на прв поглед се чини, бидејќи се сведува на зборот на обвинетиот против оној на полицијата.

¹⁷⁰¹ Gless/ Richter, 2019, стр. 8; Но, 2019а, стр. 239-240 и Но, 2019б, стр. 301-302 според кој, поаѓајќи од ова гледиште, полициските замки кои во суштина обезбедуваат веродостојни докази не се причина за издвојување на доказите.

¹⁷⁰² Но, 2019а, стр. 240, 242; Но, 2019б, стр. 300, 302.

¹⁷⁰³ Young, 2012, стр. 55, 64, 67, 76.

влијание на концептите за човекови права (без оглед на нивниот фундаментален карактер). Судовите биле на став дека обвинетите немаат право на бранител за време на полициските испитувања, па неслучајни се наодите на Кралската комисија од 2005 г. за примена на тортура и физичка злоупотреба врз приведените од страна на, практично од никого, неконтролираната полиција.¹⁷⁰⁴

Независно што по 1979 г. обвинетите немаат право на правен лек до судскиот комитет на кралскиот совет, малезиските судови и понатаму кога се во прашање доказите продолжиле да го следат старото обичајното право според кое сите веродостојни и релевантни докази се прифатливи во суд независно од начинот на нивното прибавување.¹⁷⁰⁵

25. Индија

Уставот, Законот за докази од 1872 г. и ЗКП од 1973 г. немаат одредби кои забрануваат употреба на нелегални докази, освен заштитата од принудна самоинкриминација која има уставна основа во чл. 20 од индискиот устав.¹⁷⁰⁶ Во Индија, како бивша британска колонија долго време важело старото common law правило по кое сите релевантни и веродостојни докази се прифатливи во суд, независно од начинот на нивното прибавување.¹⁷⁰⁷ Сепак иако недоизградена, во одлуките на индискиот Врховен суд, тој препознава судски востановена доктрина која дозволува судечкиот судија по сопствена процена да ги издвои незаконски прибавените докази ако нивното прифаќање делува неправедно спрема обвинетиот. Така, индиски суд прв пат во 1999 г. прифатил верзија на ексклузивско правило според која прифаќањето докази прибавени со незаконит претрес би го направило судењето нефер, па затоа мора да бидат издвоени. Овој предмет е пресвртна точка во која судот ја напуштил crime control позицијата и покажал поголема наклоност кон заштитата на човековите слободи и права.¹⁷⁰⁸

26. Други држави

Во Естонија, Литванија и Романија не се посветува посебно внимание на издвојувањето на доказите, додека Полското и Чешкото уредување не е усмерено кон издвојување на материјалните докази, туку на вербалните изнудени искази.¹⁷⁰⁹

Холандското право дозволува употреба на доказите прибавени со повреда на правото на приватност сторена од приватни лица без учество или помош на полицијата. Во ситуациите кога таквите докази ги обезбедиле службените лица на судовите им стојат на располагање неколку можности, помеѓу кои намалување на санкцијата, издвојување на доказот или во крајни случаи отфрлање на обвинението ако полицијата погрешно го информирала судот за начинот на кој ги обезбедила доказите или сторила тешка повреда на правата на обвинетиот.¹⁷¹⁰

Финска до 2016 г. немала законски пропишани стандарди за прифатливост на доказите, туку ова прашање било предмет на оценка на Врховниот суд од случај до

¹⁷⁰⁴ Farrar, 2012, стр. 103-105.

¹⁷⁰⁵ Авторитет под влијание на *Kuruma v R.* претставува *Public Prosecutor v Seridaran* [1984] 1 *Malayan Law Review* 141 - кај *Roberts/ Hunter*, 2012, стр. 10 и кај *Farrar*, 2012, стр. 107-108.

¹⁷⁰⁶ *Gautam*, 2017, стр. 152-153.

¹⁷⁰⁷ *Gautam*, 2017, стр. 154-155 се повикал на *Y. S. Nagree v. State of Maharashtra*, AIR 1968 SC 147 - судот го сослушал службеникот кој оперирал со апаратот за снимање, но сакајќи доказ што ќе го поддржи неговото сведочење ги прифатил нелегалните снимки на кои обвинетиот бил снимен како нуди мито.

¹⁷⁰⁸ *Gautam*, 2017, стр. 148-149, 162-163, 182 (*State of Punjab v. Baldev Singh*, (1999) 6 S.C.C. 172).

¹⁷⁰⁹ *Karas/ Štrk*, 2013, стр. 206-207.

¹⁷¹⁰ EU Network, *Opinion on the status of illegally obtained evidence*, 2003, стр. 21-22; *Thaman*, 2010, стр. 348-349; *Thaman*, 2011, стр. 700-701.

случај. Врз база на изградената судска пракса законот вовел ексклузиско правило за доказите добиени со тортура, со повреда на правото против самоинкриминација и со повреда на правото на правично судење.¹⁷¹¹ Меѓутоа, Финска не познава ексклузиско правило за доказите прибавени со повреда на правото на приватност, туку ваквата повреда може да повлече кривична или отштетна одговорност. Слично и во Шведска овој тип докази се прифатливи во суд.¹⁷¹²

За разлика од нив доказите прибавени со повреда на правото на приватност не се прифатливи во Кипар,¹⁷¹³ Луксембург или Португалија.¹⁷¹⁴

Во Израел основен интерес е утврдување на вистината и крајниот исход на постапката, па како принцип не се прифатени издвојувањето на материјалните докази и теоријата плодови од отровно дрво, туку судот има дискреција да издвои персонален доказ посебно во случаи кога е добиен со принуда,¹⁷¹⁵ како и при незаконско прислушување.¹⁷¹⁶

Словенија нормирала апсолутно ексклузиско правило и во овој контекст Карас и Штрк посочуваат случај со меѓународен картел за дистрибуција на дрога, при што истите докази биле прифатени во судовите во Србија за осуда на српскиот дел од групата, но биле издвоени во постапката која во Љубљана се водела против словенскиот крак со образложение дека не биле исполнети условите за примена на п.и.м.¹⁷¹⁷

Аргентина од 80-те години на минатиот век почнала да користи дискрециско правило според кое судот е овластен да ги издвои материјалните докази добиени со незаконит претрес или за кои се дознало од изнудено признание. Меѓутоа според Бредли прашање е колку судовите ја користат ваквата можност во пракса, имајќи ја во вид долгогодишната традиција на прифаќање незаконити докази.¹⁷¹⁸

Новелата на турскиот ЗКП од 1992 г. предвидува доказите прибавени од истражните власти со повреда на законот да не може да бидат земени како основ за пресуда, која науката ја толкува како облигаторна забрана за употреба на незаконито прибавените докази независно од нивната доказна вредност, намерите на службениците (добра или лоша верба) и сл.¹⁷¹⁹ Иако судот може да ги издвои доказите и по службена должност, судиите во Турција непријателски се поставени спрема ексклузиското правило, а нивната наклонетост кон истражното начело и утврдувањето на вистината оди дотаму што по правило ги прифаќаат доказите независно од начинот како биле прибавени (пр. докази добиени со незаконско прислушување), но ексклузијата на присилните признанија е облигаторна.¹⁷²⁰ Ако се имаат во вид многуте пресуди на ЕСЧП против Турција кои ги разгледаваме претходно, последново може да се стави под знак прашање.

¹⁷¹¹ Sellier/ Weyembergh, 2018, стр. 50.

¹⁷¹² EU Network, Opinion on the status of illegally obtained evidence, 2003, стр. 13-15, 24.

¹⁷¹³ EU Network, Opinion on the status of illegally obtained evidence, 2003, стр. 12 - според одлука на кипарскиот врховен суд од 1983 г.

¹⁷¹⁴ EU Network, Opinion on the status of illegally obtained evidence, 2003, стр. 20, 22 - во овие две држави независно дали повредата е сторена од службени или приватни лица.

¹⁷¹⁵ Karas/ Štrk, 2013, стр. 204; Види и Iontcheva Turner/ Weigend, 2019, стр. 271-272.

¹⁷¹⁶ Bradley, 2001, стр. 391.

¹⁷¹⁷ Karas/ Štrk, 2013, стр. 207-209.

¹⁷¹⁸ Bradley, 2001, стр. 379-380.

¹⁷¹⁹ Biçak, 1995, стр. 113-114, 136-137, 148-149, 151.

¹⁷²⁰ Biçak, 1995, стр. 103, 143, 148.

27. Резиме

Ако го следиме развитокот на ексклузиските правила може да заклучиме дека тие прво се развиле во однос на вербалните докази. Се сметало дека изјавите добиени со сила, закана или ветување се несигурни, со големи шанси да бидат неточни, па ако одлуката се базира на нив може да дојде до големо потфрлање на правдата. Првите познати одлуки во системот на common law кои ги исклучувале изнудените признанија како неверодостојни датираат од средината на XVIII век. Во тој временски период многу од споменатите држави (Англија, САД, Ирска, Австралија, Нов Зеланд, Канада, Индија, Јужна Африка, Сингапур, Хонг Конг, Малезија) биле дел од ист правен систем.

Принципот за веродостојност или сигурност на доказите бил водечки принцип преку кој првично се оправдувало ексклузиското правило. Впрочем тоа било причината за воведување на првите забрани за доказите по слушање и за склоноста на лицето за вршење к.д. И првите и вторите поради предубедувачката моќ што ја поседувале, можеле да ја заведат поротата да им даде поголема вредност одошто заслужуваат, па во ситуација кога поротните одлуки не се образлагале, како решение било прифатено нивното издвојување од професионалните судии. Тие не биле замислени како пречка на вистината, туку да бидат штит против невистината.

Би било нелогично, за материјалните докази да важел друг принцип. Токму поради фактот што нивниот карактер не се менувал со начинот на прибавувањето (кражба, измама, незаконит претрес и одземање) во време кога единствен важечки принцип бил тој за веродостојноста несомнено овие докази бил прифатени без оглед на начинот како биле добиени.

Во САД во 1914 г., а во другите држави подоцна почнале да се одбиваат релевантните материјални докази. Тоа се случило паралелно со појавата или поточно речено благодарение на другите принципи со кои се сакало да се објасни и оправда ексклузиското правило (заштита на судскиот интегритет, заштита на правата, одвраќањето). Тогаш судовите почнале да се занимаваат не само со начинот како доказите се користат на самото судење, туку и како се дошло до нив. Веќе не биле битни само релевантноста и веродостојноста, туку и методот со кој биле обезбедени.

Состојбата во светот сега е таква што тортурата и другите облици за добивање признание спротивно на волјата на осомниченото лице нормативно се забранети. Во сите анализирани држави, доказите прибавени со вакви методи се издвојуваат.

Привилегијата против самоинкриминација и правото на молчење се општоприфатени и признати стандарди во сите анализирани правни системи. Исклучок е Кина каде осомничениот е должен да одговара вистинито на прашањата на полицијата. Во Канада и Германија привилегијата се толкува екстензивно. Освен што како и секаде во неа влегува правото осомничениот да не биде принуден вербално да се инкриминира, во Канада го вклучува и секој самоинкриминирачки доказ прибавен со прекршување на Повелбата, ако е произлезен од обвинетиот или добиен со негово учество, пр. препознавање со повреда на право на бранител, додека во Германија се протеза на која било форма на активност, пр. учество во тестирања, обезбедување примероци од ракопис, дување во алкотест и сл. Негативни заклучоци од молчењето може да се влечат во Англија, Франција и Сингапур.

За да може да ги ползува своите права обвинетиот во повеќето држави мора да биде поучен за нив пред почетокот на испитувањето. Таква обврска нема полицијата во Сингапур, а во Кина нема право ни да молчи. Меѓутоа недавањето поука не претставува секаде основ за издвојување на изјавата, како на пр. во Сингапур или во Австрија, потоа во Германија (ако осомничениот знаел за правото на молчење или бил застапуван од бранител кој не приговорил на употребата), во Италија (ако обвинетиот имал бранител),

во Австралија (пропустот да се дадат поуките не доведува по автоматизам до ексклузија на изјавата, туку е само еден од факторите кој треба да се земе предвид) или во Англија (судот може, но не мора по секоја цена да го издвои признанието).

Штом ги напуштиме вербалните може да забележиме зголемена пропустливост на незаконито прибавените материјални докази. Финска, Шведска, Израел, Малезија, Јужна Кореја, Полска, Чешка, Естонија, Литванија, Романија не познаваат ексклузиско правило за материјалните докази.

Во другите држави воведувањето временски одело вака: САД 1914 г., Шкотска 1950 г., Ирска 1965 г., Германија 1973 г., Италија 1973 г., Австралија 1978 г. (игнорирано до 1990 г.), Јапонија 1978 г., Аргентина по 1980 г., Франција по 1980 г., Канада 1982 г., Кипар 1983 г., Шпанија 1984 г., Белгија 1990 г., Грција 1991 г., Нов Зеланд 1992 г., Турција 1992 г., Јужна Африка 1996 г., Хрватска 1997 г., Македонија 1997 г., Тајван 1998 г., Индија 1999 г., Србија 2001 г., Кина 2010 г.

И конечно голем број држави воопшто не ја прифаќаат теоријата плодови од отровно дрво. Такви се Италија, Франција, Шпанија, Австрија, Швајцарија, Кина, Израел, Сингапур.

Ограничено дејство оваа теоријата има во Англија кај вербалните докази (признание произлезено од изнудено признание или добиено со повреда на правото на правна помош), потоа во Германија за доказите добиени благодарение на забранети методи како тортура, а во Тајван за информациите прибавени на база на незаконски прислушувани разговори.

Со голема доза на сигурност може да се каже дека под влијание на праксата на ЕСЧП сите држави членки на СЕ, вклучително и горните европски држави, мора безусловно да ги издвојуваат дериватите од забранетите начини на прибавување докази како што се тортурата и полициското поттикнување, а во зависност од околностите на конкретниот случај и на доказите прибавени спротивно на забраната за нечовечно и понижувачко постапување.

Теоријата плодови од отровно дрво наоѓа примена во правните системи на САД, Хрватска, Македонија, Грција, Србија, БиХ, Нов Зеланд.

ГЛАВА VIII ДОКАЗНИ ЗАБРАНИ И НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ ВО МАКЕДОНИЈА

1. Општи напомени

Четири претходни глави дадоа приказ на мапата на незаконитите докази во меѓународните рамки. Некаде таа беше многу прецизна, а за некои земји содржеше сумарни информации. Сепак, и со толку компаративниот дел зафати многу простор, а неизбежно мора да се види состојбата и кај нас. На крај за да не биде сè една шарена мешавина ќе треба да се генерализираат и систематизираат сознанијата, да се изнесат заклучоците и предлозите.

Македонија како една од шесте рамноправни републики беше дел од Југославија од 1944 г. до осамостојувањето во 1991 г. Карактеристично за овој период е што кривичното процесно законодавство беше исклучиво сојузна материја и се уредуваше со федералните ЗКП, независно што републиките имаа свои уставни и КЗ. До дисолуцијата на федерацијата сите републики беа дел од иста држава, следеа иста правна традиција, применуваа исти ЗКП, што ќе рече споделуваа исти правни сфаќања и гледишта. Затоа ставовите на сите републички и покраински врховни судови, на федералниот и воениот врховен суд се релевантни за материјата која ја разгледувам, ако не по 1991 г., барем за периодот дотогаш.

Во Југославија беа донесени три кривични процесни закони во 1948, 1953 и 1977 г., а во Македонија по осамостојувањето уште два од 1997 и 2010 г. Општо за нив имам пишувано на друго место.¹⁷²¹ Тука ќе се задржам само на неколку главни тези и брзо ќе продолжам со анализа на легислативата и праксата битна за предметот на овој труд.

Во магистерскиот труд дадов споредбен приказ на поголем број процесни права и принципи со цел сликвито да прикажам кога биле вградени во законите. Таму целта ми беше преку историско-споредбениот метод да покажам колку и кои од правата што сега ги има одбраната датирале од порано и дали некои нови биле воведени под притисок на праксата на интернационалните судови, меѓународните договори, другите правно необврзувачки акти или духот на новото време. Бидејќи сите не се битни за темата на овој труд овде ќе ја преземам во скратена форма.¹⁷²²

вид на признато право	ЗКП 1948	ЗКП 1953	ЗКП 1977	ЗКП 1997	ЗКП 2010
правично судење	/	/	/	4	1, 5
јавно судење	12, 197	270	287	4, 279	5, 353
судење во разумен рок	/	/	14	4, 13, 284	6
судење пред независен и непристрасен суд	/	/	/	4	5
	чл. 116 ¹⁷²³	чл. 136 ¹⁷²⁴	чл. 219 ¹⁷²⁵ , чл. 270 ¹⁷²⁶		
пресумпција на невиност	/	3	3	2	2
		чл. 1 (3) од ЗИД/65			
да биде детално известен за природата и причините на обвинението	124, 129, 158, 191	4, 158	4, 218	3,4, 210	70, 205

¹⁷²¹ Трпеноски, 2014, стр. 77-98.

¹⁷²² Комплетната табела може да се види кај Трпеноски, 2014, стр. 77-78.

¹⁷²³ Устав на ФНРЈ, (Службени лист ФНРЈ 10/46).

¹⁷²⁴ Устав на СФРЈ, (Службени лист СФРЈ 14/63).

¹⁷²⁵ Устав на СФРЈ, (Службени лист СФРЈ 9/74).

¹⁷²⁶ Устав на СРМ, (Службен весник на СРМ 7/74).

неопходно време и услови за подготвување на одбраната	191	7, 264	11	4	70
да се брани самиот или со помош на бранител по свој избор	3, 49,	4, 7, 66, 74	4, 11, 67	3, 4, 63, 71, 308	69, 70, 71, 161, 205, 380
на бранител поставен по службена должност или на сиромашен обвинет	50, 51	7, 69, 70	11, 70, 71	4, 66, 67	70, 74, 75, 161
слободно, во приватност да општи со својот бранител	54	73, 302	74	70	71, 80, 161, 205
да ги сослуша или да бара сослушување на сведоците на обвинението	217	296, 308	168, 232, 281, 282, 314, 327	4, 161, 306, 319	70, 380
да му се обезбеди повикување и сослушување на сведоците на одбраната под исти услови како тие на обвинението	/	/	/	/	70
на заштита од себеоптужување	/	212, 298	218, 316	3, 4, 10, 210, 308	69, 70, 159, 205, 380
на ефективен правен лек	262, 263, 264	341, 342	363, 364, 427	354, 355, 413	414, 415, 465

Табела 8

Ниту еден од македонските уставни експлицитно не го инкорпорирал во себе правото на правична постапка,¹⁷²⁷ како на пр. хрватскиот во чл. 29.

Во делот за правата признати со меѓународните акти и пред меѓународните судови беше посочено дека е потребен определен фонд на минимални права без кои постапката не би можела да се нарекува правична. Беше укажано дека тоа се основните кои мора да бидат обезбедени, но чие обезбедување од друга страна не мора да значи дека постапката во пракса ќе биде правична. Оттука, иако постарите закони не го препознавале терминологички правото на правично судење, ако сепак прифатиме дека тоа се обезбедува преку минималните стандарди кои генерално биле обезбедени заедно со цела редица други права, може да се каже дека за свое време обезбедувале некаква правичност.

Од она што за нас е битно, обвинетиот и по ЗКП/48 имал право да се брани самиот или со помош на избран или именуван бранител, вклучително и да се соочи со сведоците против него, забрането било од него да се прибавуваат изјави со сила, закана и сл., а правото на приватност нормативно било заштитено повеќе отколку сега. Имено, дури и најстарите закони барале налози за претрес, а сè до 2004 г. не можело да се применуваат п.и.м. (прислушувања, амбиентални снимања итн.). Правото на заштита од себеоптужување во пракса влегло во законот од 1953 г. заедно со пресумпцијата на невиност, така што со споредба на табелите 2 и 8 може да се забележи дека поголем број од правата гарантирани со меѓународните акти биле познати и за постарите закони кои важеле на овие простори, иако не сите закони гледано низ денешна призма важат за правични. Но, тоа е така зашто стандардот за правичност се менува во време и простор. Она што некогаш било доволно за да биде правична една постапка, сега веќе не е.

¹⁷²⁷ Weigend, 2019, стр. 64-65 - така е и во германскиот, меѓутоа тамошниот федерален уставен суд во повеќе наврати оценил дека тоа има уставен статус бидејќи е инкорпорирано во уставниот концепт на правната држава (држава базирана на владеење на правото). Како посебни аспекти на правото на фер судење од страна на германските судови се посочени: правото на молчење, на бранител уште во почетната истражна фаза, конфронтационата клаузула и да не се биде предмет на полициска замка.

Едноставното споредување на правата содржани во конвенциите и законите може да нè заведе во размислувањето и да нè поведе кон неточен заклучок дека постапката уште од 1948 или 1953 г. па наваму била демократска, а во неа се правеле козметички измени кои ги налагале новото време и променетите услови во борбата со криминалот. Дека не е така се гледа од анализата која ја направив во магистерскиот труд на сите ЗКП кои важеле на овие простори од средината на минатиот век досега, и приказот на карактерот на постапката, како таа низ времето се менувала преку додавање на различни институти, коригирање на постоечките, па дури и укинување на дел од нив.¹⁷²⁸ Таму може да се види кон каде инклинирала постапката во вечниот дуел на двете нејзини спротивставени цели - ефикасната борбата со криминалот преку откривање, гонење и осудување на сторителите на к.д. (crime control) и заштитата на правата на обвинетото, а невиното до правосилна одлука лице (due process). Зашто таков дуел постоел отсекогаш, прашањето е како се разрешувал. Таквите анализи ја надминуваат темата на овој труд, така што овде нема да ги изложам, само накратко ќе се задржам на некои главни поенти.

ЗКП/48 г. бил донесен под директно влијание на советското право. Може да се каже дека бил посебно наклонет кон ЈО кое било исклучиво надлежно да спроведува истрага, а заедно со МВР да води и извиди, можело да нареди притвор, покрај судот да определи гаранција или истражен затвор, да дава наредба за претрес на стан или други простории, да бара задржување и предавање на поштенските и др. пратки, да определува вештаци и сл. Генерално анализиран тоа бил закон во кој обвинетиот бил дискриминирана странка кој немал право да вложи ниту приговор на обвинителниот акт.

Со ЗКП/53 постапката направи драстичен пресврт, ЈО изгуби многу од надлежностите што го ставаа во апсолутно поповолна позиција спрема одбраната, кои ги презел судот замислен како објективен и непристрасен истражувач кој ќе гарантира дека во постапката ќе се дојде до материјалната вистина, а притоа и ќе се штитат правата и слободите на обвинетото лице (се разбира во рамките на тогашните стандарди). Така истрагата се префрли во рацете на судот, по негов налог определени истражни дејствија можел да преземе и МВР, кој можел да врши и извиди, но ЈО веќе немал надлежност ни за едното ни за другото. Истражен затвор можел да определи исклучиво суд, главно негова работа станал притворот, гаранцијата, наредбата за претрес на стан или други простории, но овие можел да ги определи/нареди и МВР што укажува на реалната (паралелна) моќ на овој орган во постапувањето до обвинување. ЗКП/1953 за прв пат ја вовел пресумпцијата на невиност, генерално ја променил позицијата на обвинетиот во однос на ЈО, ја подобрил споредено со претходно, но сè уште не до таа мера потребна за да постои рамноправност помеѓу овие две странки. Суштински измени законот доживеа во 1967 г. за кои нема да биде грешка ако се каже дека го правеа костурот на ЗКП/77 и ЗКП/97.

Тоа што базичните решенија беа исти од 1967 до декември 2013 г. кога почна со примена последниот ЗКП, не значи сонливост на законодавецот во полето на процесното право, зашто тој сето ова време не мирувал, туку дека чекорите што ги преземал не значеле остар рез со минатото, туку главно задржување на постојниот правец, иако со променлив успех, зашто не сите решенија биле добри.

ЗКП/77 вовел новини споредено со претходно, некои изразито негативни решенија како овластувањето ЈО по објава на ослободителна пресуда да се одрече од правото на жалба и веднаш да поднесе друг обвинителен акт (чл. 355) што било класично прекршување на принципот *ne bis in idem* и повластување на страната на обвинителството со можност на втора шанса за обезбедување осуда. Секако имаше и

¹⁷²⁸ Повеќе кај Трпеноски, 2014, стр. 77-98.

сосема оправдани решенија како тоа да се продолжи рокот за приговор на обвинителниот акт на 8 дена или тој за жалба на пресуда на 15. Од битните за нас за прв пат беше воведена обврска за издвојување на списи и неможност под одредени услови да се заснова одлука на исказ на обвинет заедно со посебен жалбен основ за тоа. Беше воведен нов вонреден правен лек барање за вонредно преиспитување на правосилна пресуда за обвинет осуден на безусловна казна затвор како пандан на правото на обвинителството да вложува барање за заштита на законитоста. Не треба да се заборава ни решението рокот за изјавување правен лек или одговор на жалба да тече од денот на доставување на писменото до бранителот, кое дефинитивно е подобро од она во сега важечкиот (помодерен) ЗКП. Последново покажува дека не секогаш поновото е и подобро решение.

ЗКП/97 на почетокот многу наликувал на неговите претходници. Така било сè до измените и дополнувањата од 2004 г. кои доведоа до промена на повеќе од една третина законски текст и го сменија карактерот на законот. Промени доживеа секоја фаза од постапката, најмногу истрагата, при што тежиштето се стави врз остраницата на копјето со новите мерки за откривање на сторителите на к.д. и нивно приведување кон правдата.¹⁷²⁹ Не е грешка да се каже дека ако остраницата на копјето ја претставува борбата против криминалот, тогаш на штитот се правата со кои се гарантира фер судење на обвинетиот. Меѓутоа иако дополнувањата од 2004 г. се оправдуваа преку двете функции зголемување на ефикасноста во борбата со криминалот (crime control) и зголемување на заштитата на правата на обвинетиот во постапката (due process) споредбата го потврди фактот дека остраницата станала многу остра, а штитот слаб. Во 2008 г. уште повеќе сјај доби остраницата на копјето преку можноста п.и.м. да се определат заради обезбедување податоци и докази неопходни за успешно водење на кривичната постапка, но сега и кога постојат основи на сомневање дека се подготвува, во тек е извршување или е сторено к.д.¹⁷³⁰

И не ќе претставуваше тоа некоја голема грижа, ниту праксата ќе беше каква што е сега, ако судот беше на нивото на задачата која му беше дадена. Но, мора да се каже дека дополнително загрижува констатацијата која како да е дадена за нашата држава „За жал, токму во земјите каде што потребата од заштита на правата и основните слободи е најголема, судовите одвај имаат моќ да го сторат тоа“.¹⁷³¹

ЗКП/10 направи пресвртница во македонската кривично-правна процедура, бидејќи воведо повеќе драматично поинакви решенија споредено со претходно, преку кои барем нормативно се обиде да го истисне инквизиторниот елемент кој во голема мера беше присутен во дотогашната постапка. Најзначајна новост е тоа што овој закон го врати решението од 1948 г., па повторно ЈО раководи со предистражната постапка, донесува наредба за и ја спроведува истрагата. Ја замени судската истрага со јавно-обвинителска, па судот повеќе нема да истражува, туку само ќе одлучува.

¹⁷²⁹ Тоа свртување на тежиштето врз зголемување на ефикасноста на казненоправниот систем го отвори прашањето дали кривичната постапка во РМ претставува урамнотежена конструкција на тенденцијата за ефикасност и тенденцијата за заштита на правата на граѓаните, бидејќи рамнотежата на тие две тенденции директно се одразува врз положбата на обвинетите во постапката - Крапац/ Камбовски/ Калајџиев/ Бужаровска, 2007, стр. 11.

¹⁷³⁰ Спореди чл. 142-б ст. 1 од ЗИД/04 со чл. 142-б ст. 1 и 2 од ЗИД/08 на ЗКП/97 - ова значи дека степенот на сомнение потребен за определување на овие крајно интрузивни, но сепак супсидијарни, ultima ratio мерки, наместо да се зголеми се намали на основ на сомнение, иако дури и истрагата започнува ако постои повисок степен на сомневање (основано), додека од друга страна се дозволи нивно определување дури и ако постои основ на сомнение дека само се подготвува некое к.д., што не е во доменот на кривичната постапка, туку на превентивната полициска активност и полициското право. Практично истото решение е преземено со чл. 253 и 255 од новиот ЗКП/10.

¹⁷³¹ Калајџиев, 2004, стр.273.

Исказот на обвинетиот е вметнат во главата доказни средства за разлика од претходно, каде таа започнуваше со сведоците, а акузаторниот карактер на постапката се гледа во начинот на предлагање и изведување на доказите. Странките ги собираат и предлагаат доказите. ЈО може да преземе увид, да одреди реконструкција или да нареди вештачење, ЈО секогаш присуствува на препознавањето, одбраната како и ЈО може да именува технички советници. ЈО може да го испита лицето пред донесување наредба за истражна постапка, наместо претходно обврската на истражниот судија за такво нешто, но должен е тоа да го стори до нејзиното завршување, што значи се овозможува доколку не се оди со зафаќање на правото на слобода на осомничениот да се спроведе донекаде тајна истрага без никакво сознание кај него за неа. Но, освен ЈО и одбраната има право да води свои истраги, да повикува лица и да прибира информации од нив, а со помош на судот да влегува во приватни простории заради обезбедување докази. Зајакната е непосредноста со фактот што се бара согласност на странките за да се читаат исказите на сведоците или вештаците (наместо да се сослушуваат повторно), ако се изменил составот на советот или судијата поединец. Значи има многу напредни решенија кои се во линија со најновите трендови во процесната теорија и пракса. Но, тоа не значи дека треба апологетски да се гледа на овој нов закон, бидејќи ако од една страна има добри новини за одбраната, има и многу порестриктивни и построги решенија од претходно кои во корелација со досегашната судска пракса и гарантирана „објективност“ може да изродат постапка покритикувана од кога и да било досега.¹⁷³²

Проблемот со новиот, сега важечки ЗКП е што „нема добро разработен систем на доказни правила“.¹⁷³³

2. Вистина или правичност

Претходно пишав, во старите научни трудови приматот го имало начелото на материјална вистина, а правото на правична постапка се наметнало подоцна. Тоа се гледа и со споредба на постарите и поновите процесни закони. Правото на правична постапка или правично судење прв пат може да се сретне во ЗКП/97 (чл. 4) до кога воопшто не се споменувало како термин за потоа удобно да се вдоми во ЗКП/10 (чл. 1, 5, 278, 415, 465). Обратно е со материјалната вистина. Ова начело не се споменува во најновиот ЗКП, а било предвидено во ЗКП/48 (чл. 2, 14, 198, 224, 236 и 244), ЗКП/53 (чл. 9, чл. 275), ЗКП/77 (чл. 15) и ЗКП/97 (чл. 14) како должност за судот да ја пронајде вистината, да ги утврди

¹⁷³² Трпеноски, 2014, стр. 97-98 - Од генезата на македонските закони за кривична постапка може да се заклучи дека во 1948 г. беше донесен закон со кој тужителот имаше далеку поголеми права наспроти другата странка. Во 1953 г. тасот на вагата започна да се придвижува на друга насока, но никако да се најде на средина. Измените од 1967 г. направија закон кој наликува на досегашниот, што само по себе како факт може да значи дека навистина тој закон бил своевремено модерен кога и после 30 години од тогаш, во демократска држава бил донесен нов сличен на него. Но, генерално гледано во текот на сите овие години од кога првично се намалија правата на обвинителството, јасна тенденција е повторно доделување на сè поголема моќ на овој орган. Факт е дека има одредени новини кои се од голема полза на одбраната, но исто така факт е дека има и други небитни кои служат само да се одвлече вниманието од зголемувањето на реалната моќ на обвинителството. Може да се забележи дека генерално најголемите промени, дополнувања и доуредувања се правеа во истрагата, што сосема добро покажува дека таа *de facto* беше најважниот дел на казнената постапка. Главниот претрес кој од теоријата се прикажуваше како централен (најбитен) дел на постапката, во кој до полн израз доаѓа контрадикторноста, доживеа промена дури со законот од 2010 г., кој се донесе како резултат на една поголема компаративна студија на модерното процесно право и праксата на ЕСЧП. Оваа анализа покажа дека не главниот претрес, туку истрагата досега била централен стадиум на постапката во која се фиксираа доказите, најчесто сите, после што се произведуваа, обично со читање на писмените записници, на главниот претрес. Таа неконзистентност помеѓу она што теоријата го претпоставувала, а праксата реализирала треба да се разреши со новиот закон кој скоро стапи на сила.

¹⁷³³ Lažetić-Bužarovska/ Kalajđiev, 2015, стр. 120.

вистинито и целосно фактите што се важни за донесување законита одлука, а некаде засилена со обврска сите други да му помогнат во остварување на таквата цел.

Патот до вистината за тешките дела не можела да го попречи ни повредата на правото на правна помош, па под определени околности и исказите дадени во отсуство на бранител можеле да се употребат во судската постапка (чл. 84 ст. 1 т. 2 од ЗКП/77).

Ова е битно за институтот незаконити докази, бидејќи тој по правило го попречува целосното и правилно утврдување на фактичката состојба. Зашто и незаконитите докази се докази, само што овој институт забранува пресудата да се темели на нив (а некаде и да се користат во спознајни цели). Оттаму, природно е да се очекува дека закон кој го става тежиштето на материјалната вистина нема да содржи многу ексклузивски одредби кои би го оддалечиле од неа. Од историската анализа на законите ќе видиме дали ваквата хипотеза е точна.

Другата хипотеза која овде ќе ја провериме е дали ексклузијата е вообичаен правен лек само за постапките каде прибавувањето на доказите е странечка, а не судска работа. Видовме дека истрагата била во надлежност на ЈО во најстариот ЗКП/48, како што е сега и со најновиот, па ако хипотезата е точна тогаш издвојувањето нормативно би било предвидено и практично повеќе би го имало во времето на примена на овие закони, а би стоело срамежливо по страна во периодите на судска истрага.

И последно, иако не помалку значајно, ако е точна тезата дека „судот... потфрла не само како учесник во постапката, туку и од аспект на неговата улога во системот на поделба на власта во демократското општество и правната држава - да ги заштити граѓаните од неоснованото упаѓање на органите на прогонот во приватноста и слободата“, а „судиите се повеќе сојузници на полицијата и обвинителството во борбата против криминалот (олицетворен во обвинетите), отколку заштитници на процедуралната правда“¹⁷³⁴ тогаш бездруго ќе наоѓа начини да ги афирмира и незаконитите докази во постапката.

Делот за Македонија ќе го продолжам по истиот методолошки принцип како и досега. Најпрво ќе пишувам за ексклузијата на материјалните докази, потоа на вербалните и последно поврзана со повредата на правото на бранител.

3. Ексклузија на материјалните докази - генерални констатации

Фактот што начелото на материјална вистина бил водечки принцип во првите процесни закони ни навестува каков можел да биде третманот на незаконито прибавените материјални докази. Едноставно кажано со ЗКП/48, ЗКП/53 и ЗКП/77 не било предвидено издвојување на незаконито прибавените материјални докази. А, штом е така за изворните уште повеќе ќе е за деривативните (плодови на отровно дрво).

3.1. Низ призма на ЗКП/48

Со анализа на одредбите од ЗКП/48 може да се констатира дека иако ЈО ја спроведува истрагата кој воедно бил и една од странките во постапката, законот не ја предвидувал ексклузијата која е вообичаен правен лек онаму каде прибавувањето на доказите е странечка, а не судска работа. Нема незаконити докази *ex lege*, *ex iudicio*, ниту плодови на отровно дрво. Имено, уреден е начинот кога може да се изврши претрес на недвижни, подвижни ствари и на лице (по добиен налог) и како (со претходна најава, присутни сведоци), но нема правен лек во ситуација тоа да не било изведено така.

Нема ниту посебен жалбен основ за незаконитите докази во оној за суштествените повреди на одредбите на постапката. Еден дозволувал пресудата да се побива заради

¹⁷³⁴ Калајџиев, 2014, стр. 74, 76.

повреди на прописите на кривичната постапка направени на главниот претрес, иако ни е познато дека прибавувањето на материјалните докази (претреси, увиди и сл.) обично се врши многу порано. Што значи законитоста на претресите и третманот на доказите и информациите добиени со спорен метод на прибавување веројатно се ценел преку одредбата за релативните повреди, имено дали повредите на прописите на кривичната постапка можеле битно да влијаат на разгледувањето на случајот и донесувањето на правилна одлука.¹⁷³⁵

Бидејќи ќе ги споменувам накратко да предочам која е разликата помеѓу апсолутните и релативните суштествени (битни) повреди на одредбите на кривичната постапка. Кај апсолутните се претпоставува причинската врска помеѓу повредата и манливоста на одлуката, па повисокиот суд штом ја констатира мора да ја укине одлуката, додека кога е сторена релативна повреда повисокиот суд откако ја констатира, мора да провери дали таа влијаела врз законитото и правилно пресудување, за во случај да било така да ја укине одлуката. Во спротивно доволно е да ја констатира повредата, но не треба да ја поништи нападнатата одлука.

Со самото тоа што водечко начело било тоа за материјална вистина, па под правилна одлука се сметала онаа во која целосно и правилно била утврдена фактичката состојба може да се заклучи дека доказите биле прифатливи независно од начинот и методите на прибавување под услов да биле релевантни и веродостојни. Видовме каква била праксата на судовите во западните држави во средината на XX век, така што може да се каже дека југословенското решение не отстапувало од тоа на другите држави, па ни од тоа на САД ако се земе предвид фактот дека таму ексклузивното правило за државите станало применливо дури во 1961 г.

3.2. Низ призма на ЗКП/53

Ситуацијата била слична, и овде не постоел посебен жалбен основ за незаконитите докази. Постојниот препознавал повреда на одредбите на постапката сторена додека судот го подготвувал претресот, за време на претресот или при донесување на пресудата, во смисла да не применил или неправилно да применил некоја одредба од законот или да го повредил правото на одбрана, а тоа да влијаело или да можело битно да влијае на законитото и правилното донесување на пресудата.¹⁷³⁶ Објаснувањето е исто. Законот од една страна не санкционирал повреда сторена во извидот или истрагата, а од друга врховното начело пресликано и во текстот на релативната повреда дозволувало употреба на релевантните и веродостојни докази независно од начинот и методите на прибавување. Едноставно материјалните докази прибавени со незаконит претрес или одземени противправно биле прифатливи под услов да биле релевантни, веродостојни и подобни да доведат до правилна одлука во материјално правна смисла.¹⁷³⁷

3.3. Низ призма на ЗКП/77

ЗКП/77 е првиот кој предвидел 1) апсолутно суштествена повреда на постапката ако пресудата се заснова врз доказ врз кој според одредбите на ЗКП не може да се заснова, 2) обврска второстепениот суд по службена должност да внимава на ваква повреда 3) која е основ и за поднесување вонреден правен лек.

¹⁷³⁵ Види чл. 262 ст. 1 т. 1, чл. 263 и чл. 264 од ЗКП/48.

¹⁷³⁶ Види чл. 342 од ЗКП/53.

¹⁷³⁷ Како доказ може да се употребат и исправи прибавени на незаконит начин - Vasiljević, 1971, стр. 362.

Овие решенија идентично се задржани во ЗКП/97 и ЗКП/10.¹⁷³⁸ Како повредите не би влијаеле врз судијата кој ќе треба мериторно да одлучува во спорот, кај некои теоретичари постојат заложби за безусловно изземање на тој што дошол во допир со незаконитите докази и избор на нов судечки совет кој ќе го суди предметот по укинување на пресудата.¹⁷³⁹ Фактот што во три степени се внимава на ваква повреда укажува на значењето кое нашиот законодавец му го дал на законитото прибавување на доказите. Тој ја поставил во редот на апсолутно суштествените повреди, веројатно за да ја акцентира важноста, доказите да се обезбедуваат на законит начин. Меѓутоа, несомнен факт е дека оваа повреда нема ист третман како другите апсолутни повреди, кај кои по констатација дека постојат, повисокиот суд мора да ја укине пресудата независно дали таа влијаела или не, врз правилното донесување на одлуката. Апсолутните повреди се такви кај кои не судот, туку законодавецот *ex lege* прифаќа дека во секоја ситуација имаат таков негативен ефект што одлуката нужно треба да се укине. Во случајот со незаконитите докази законското решение овозможува одредено релативизирање, бидејќи оставен е простор судот *ex iudicio* да провери дали имајќи ги во вид другите докази е очигледно дека и без нив би била донесена иста пресуда, во каков случај пресудата нема да се укине. Оттука, констатирањето на спорниот доказ во одлуката не значи сам по себе сторена суштествена повреда на процесните правила ако пресудата не се заснова на него.¹⁷⁴⁰

Слични решенија како македонското имаат Англија,¹⁷⁴¹ Србија¹⁷⁴² и БиХ,¹⁷⁴³ а различно Хрватска.¹⁷⁴⁴

Очигледно постои разлика помеѓу именувањето на повредата како апсолутна и нејзиниот во пракса релативен карактер. Таа по местото каде што е ставена е апсолутна, а по содржината релативна повреда. Логиката е веројатно како во САД (*harmless error*) да не се даде простор одлуката да се укине и да се пролонгира непотребно постапката заради поправање грешка која во суштина ништо битно во делот на одговорноста и вината нема да промени. Прифатливо ми е таквото гледиште бидејќи во крајна линија процедурата има своја цел, па ако одреден дефект не влијае врз правилноста на одлуката

¹⁷³⁸ Види чл. 364, 376, 427 од ЗКП/77, чл. 355, 367 и 413 од ЗКП/97 и чл. 415, 427 и 465 од ЗКП/10.

¹⁷³⁹ Carić, 2006, стр. 1025, 1029, 1031.

¹⁷⁴⁰ За релативниот карактер на повредата види во одлуки на АС Скопје КЖ.бр.1107/15 од 10.9.2015 г.; ВСМ Кж.бр.47/76 од 18.2.1976 г. во ЗСО 1975-1979, ВСМ, 1980, стр. 162; ВСМ Квп.бр.178/86 од 6.11.1986 г. во ЗСО 1985-1989, ВСМ, 1992, стр. 38-39; АС Гостивар КЖ.бр.458/11 од 16.11.2011 г. (потврдена со ВСРМ Квп.бр.37/2012 од 2.5.2012 г.) во Билтен бр.2, АС Гостивар, 2014, стр. 16-17.

¹⁷⁴¹ Viçak, 1995, стр. 197 се повикува на *R. v. Okofor* 127(1994) 99 Cr. App. R. 97 - во патната торба на обвинетиот кој со авион пристигнал во Англија бил откриен кокаин. Службениците прекутеле сакајќи да ги одведе до соучесниците. Меѓутоа разговорот со царинскиот службеник се сметал за испитување бидејќи овој знаел за дрогата која била скриена во торбите на патникот. Одбраната приговарала и барала издвојување на содржината на разговорот бидејќи не добил поуки за правото на молчење, на бранител, ниту разговорот бил снимен како што налагале правилата, Апелациониот суд ја одбил жалбата против осудата, со укажување дека иако интервјуто погрешно било прифатено како доказ, тоа не довело до неправичност, бидејќи во дадените околности (најдена дрога во негова торба) и да било издвоено тешко дека поротата би донела друга одлука.

¹⁷⁴² Во Србија со новиот ЗКП од 2011 г. законскиот основ за жалба против одлуката кога таа се заснова на незаконити докази е префрлен од апсолутните, во релативните повреди - види кај Илиќ, 2012, стр. 254; Бејатовиќ, 2013, стр. 37; Киурски/ Лазиќ, 2013, стр. 345-346; Ткалац/ Лазиќ, 2015, стр. 132.

¹⁷⁴³ Нема повреда на правото на правична постапка, ако осудата се заснова на взаемно дејство на другите докази, а не и на незаконите - Уставен суд на БиХ АП 5409/10 од 27.2.2014 г. кај Šikman, 2017, стр. 147.

¹⁷⁴⁴ Marijan/ Fumić, 2019, стр. 8 - во хрватскиот ЗКП не постои делот што ја релативизира забраната „освен ако истата одлука би била донесена и без тој доказ“. Според судската пракса пресудата се темели на незаконит доказ ако тој бил изведен на расправата, независно од квалитетот на другите докази (се повикуваат на одлуки на ВСРХ III Кр-14/11, I Кж-655/11, I Кж-874/12).

нема потреба таа да се укине колку само да се отстрани. Доволно и корисно е повисокиот суд да укаже на него, за пониските во иднина да не го повторат, а пресудата да остане на сила.

За да бидам доследен на научната вистина мора да укажам дека постојат поинакви гледишта. Едно го критикува правилото за безопасна грешка,¹⁷⁴⁵ а друго, решението во ЗКП/77, зашто се сметало дека санкцијата кај случаите на повреда на доказните забрани со кои се штитат основните права на граѓаните, мора да биде чиста, како што треба да биде етички чисто секое кривично правосудство кое претендира на легитимитет. Заложбата била да се исфрли условот и оваа повреда да стане вистински апсолутна со што би се постигнал и саканиот ефект, таа да не биде *ex post facto* санкција туку да има превентивно дејство врз органите на кривичната постапка за тие да се однесуваат според пропишаниот модел на однесување кој ги штити правата на граѓаните (предвидувајќи штетни последици од отстапување од таквиот модел).¹⁷⁴⁶ Имајќи го ова во вид може да заклучиме дека целта на доказните забрани според Крапац, е заштита на основните права на граѓаните, постоење етички чисто правосудство и превентивно делување спрема органите на прогонот.

Карактеристика за ЗКП/77 е што доказните забрани ги поврзува само со вербалните докази. Во тој контекст повредата на прописите при прибавувањето на материјалните докази не претставувало акутен проблем за судовите што морал да се реши ако не влијаел врз правилноста на одлуката во материјално правна смисла. Оттаму ВСРМ погрешил кога нашол дека второстепениот суд сторил суштествена повреда од чл. 364 ст. 1 т. 8 бидејќи неговата одлука се засновала врз писмени докази кои не биле изведени на главен претрес.¹⁷⁴⁷ Моето мислење е дека овој тип на повреди што ги прави понискиот суд кога заснова пресуда на докази што не биле изведени на главен претрес/расправа не треба да се перципира низ призма на незаконитите докази, бидејќи станува збор за неизведување или погрешно изведување законити докази, што е сосема различно од незаконитоста во создавањето или прибирањето на доказот. Овде станува збор за релативна повреда на правилата на кривичната постапка, а не за апсолутна, како што правилно се произнел судот во друга своја одлука.¹⁷⁴⁸

Баер укажувајќи дека начинот како доказот бил создаден може да претставува правна пречка за негова употреба во кривичната постапка посебно кога исказот на обвинетиот или сведокот е добиен со сила, закана или други забранети средства, зазел сличен став и во однос на реалните докази, во смисла „иако ЗКП не содржи пропис дека техничките снимки добиени со к.д. не може да се употребат како докази во кривичната постапка, сепак сметаме дека таквото становиште е во духот на нашиот закон“.¹⁷⁴⁹ Дека ЗКП не предвидувал такво нешто по однос на материјалните докази, може да се види од новелата која била во изработка во 1990 г., а која од општо познати причини

¹⁷⁴⁵ Дершовиц, 2010. стр. 139 - во основа тоа е судско осигурување дека скоро се може да се толерира во поглед на очигледен виновник. Доколку обвинетиот е очигледно виновен, тогаш било каква злоупотреба од страна на обвинителот не прави разлика помеѓу обвинителна и ослободителна пресуда.

¹⁷⁴⁶ Кгарас, 1990, стр. 56-57.

¹⁷⁴⁷ ВСРМ Квп.бр.27/94 од 17.3.1994 г. во ЗСО 1990-1996, ВСРМ, 1997, стр. 109-110 - спорните докази биле писмени документи кои датирале по завршување на главниот претрес, биле доставени со жалбата и второстепениот суд на нив ја засновал својата одлука.

¹⁷⁴⁸ ВСМ Кж.бр.16/80 од 11.4.1980 г. во ЗСО 1980-1984, ВСМ, 1985, стр. 109-110 - судот записнички констатирал дека ги прочитал, без навистина да ги прочита записниците од претходното сослушување на сведоците со што го повредил начелото на непосредност.

¹⁷⁴⁹ Вауер, 1986, стр. 227. Од начинот како објаснува (стр. 105-108) кога треба да се смета дека пресудата се темели на незаконити докази и последиците од таквата околност, може да заклучам дека тој не е противник на правилото „плодови од отровно дрво“ и дека според него дури и ЗКП/77 давал можност пресудата да се укине поради влијанието на првобитната повреда.

(десолуцијата на Југославија) никогаш не беше донесена. Имено, таа во чл. 215а предвидувала п.и.м. надзор и техничко снимање на телефонски и други разговори врз основа на наредба издадена од истражен судија и невалидност на оригиналните и деривативните докази прибавени со незаконско прислушување.¹⁷⁵⁰

За волја на вистината Васиљевиќ и Грубаќ пишуваат за процесни и материјално-правни последици од незаконито или неправилно извршен претрес. Кривично-правните последици се предвидени во КЗ, а од процесна гледна точка незаконитоста доведува до ништовност на процесното дејствие.¹⁷⁵¹ Меѓутоа тоа значи невалидност на записникот за претрес, а не и ексклузија на материјалните докази најдени при таквиот претрес. Се залагаат при решавање на ова прашање во иднина (мислат на прислушувањето, тајното снимање и фотографирање), да се прифати пристапот на балансирање, односно онаму каде законот не исклучил изречно некој доказ, да се води сметка за к.д. што се суди и општествениот интерес за негово гонење наспроти зачувување на тајноста на комуникацијата и личниот живот. Од нивна гледна точка издвојувањето на веродостојни, но незаконито прибавени докази може да доведе до потешки повреди на јавниот морал отколку нивното прифаќање, поточно до ослободување обвинети за многу тешки к.д., без оглед што нивната кривична одговорност е целосно докажана. За нив нема дилема дека треба да бидат дозволени доказите прибавени на основа на незаконито прибавените докази, што значи тие биле против институтот „плодови од отровно дрво“.¹⁷⁵²

Накратко, за Југославија во тоа време кога станувало збор за материјалните докази, треба да се каже дека постоела разлика со начинот како прашањето било решено во САД и сличност со тоа како ЕСЧП пристапувал кон овој проблем.

3.4. Низ призма на ЗКП/97

ЗКП/97 е првиот што во македонското процесно законодавство вовеле забрана незаконито прибавените материјални докази да бидат дел од доказната зграда и кој во кривичната постапка го внесе правилото „плодови од отровно дрво“. Дури може да се каже дека востанови правило во поригидна варијанта отколку што тогаш се применувало во САД. Чл. 15 ст. 2 од ЗКП/97 и чл. 12 ст. 2 од ЗКП/10 се идентични, па кажаното за првиот, *mutatis mutandis* ќе важи и за вториот. Пропишуваат 1) доказите прибавени на незаконит начин 2) или со кршење на слободите и правата утврдени со Уставот, законот и меѓународните договори, 3) како и доказите произлезени од нив, 4) не можат да се користат и 5) врз нив не може да се заснова судската одлука.

Ваквата доказна забрана се нарекува начело на законитост на доказите¹⁷⁵³ и се однесува на сите видови одлуки. Според Калајџиев јасното отфрлање на употребата на незаконитите докази и строгото воведување на ексклузиското правило се должи на либералната атмосфера во која се пишувало новото законодавство, а со основна цел да се оневозможи резултатот на казнената постапка да се одлучи врз основа на надмоќта на државата над поединецот.¹⁷⁵⁴ Се работи за „прилично строга форма, без какви било исклучоци“, ¹⁷⁵⁵ чија идеја била да се овозможи

„безусловна ексклузија на правно невалидните докази... на овој начин се настојува да се добие целосно чиста концепција во законот, според која, во кривичната постапка како доказен материјал може да се употреби само оној што е набавен со почитувањето на основните процесни форми и гаранции на

¹⁷⁵⁰ Крапас, 1990, стр. 59-60.

¹⁷⁵¹ Vasiljević/ Grubač, 1987, стр. 369.

¹⁷⁵² Vasiljević/ Grubač, 1987, стр. 529-530.

¹⁷⁵³ Благојевиќ, 2005, стр. 55-57.

¹⁷⁵⁴ Калајџиев, 2004, стр. 260.

¹⁷⁵⁵ Калајџиев, 2017, стр. 43.

правата на граѓаните, и од страна на овластен орган“,¹⁷⁵⁶ „ексклузијата на доказите кај нас е поставена апсолутно, во смисла на недопуштеност на сите докази прибавени на начин којшто законот го предвидува за забранет или пак со кршење на законските, уставните и правата предвидени со меѓународните договори, а не со релативизирање односно балансирање на ова правило преку воведување на принципот на сразмерност на повредата и тежината на к.д., односно условување на допуштеноста на користење на доказот во постапката со дополнителни критериуми, покрај фактот дека исказот е прибавен на недозволен начин“.¹⁷⁵⁷

Легислативата на овој начин зазела страна. Показала дека и други интереси се значајни, можеби и позначајни во кривичната постапка отколку утврдувањето на вистината (по секоја цена) и казнувањето на сторителите на к.д. Доказите, посебно материјалните, се издвојуваат не поради проблемите околу нивната автентичност, веродостојност, релевантност и точност, туку за да се обезбедат гаранциите за човековите права вградени во Уставот и меѓународните акти.

Законското решение е на иста линија со Препораката од 2000 г. на Комитетот на Министри на СЕ, ЈО да не употребува против осомничените докази за кои знае или претпоставува дека се прибавени на начини спротивни на законот.¹⁷⁵⁸ Целта на вака поставеното ексклузивско правило е „да ги дисциплинираме државните органи со посебни овластувања и да ги одвркаме од намерни злоупотреби и пречекорувања“.¹⁷⁵⁹ Калајџиев смета дека доказната забрана од чл. 15 има три цели 1) да обезбеди заштита на правата, 2) да обезбеди заштита на интегритетот на казнено-правниот систем од повреди на правата и законите од страна на полицијата и другите органи на државната власт и 3) да ги дисциплинира државните органи и да ги одврати од намерни злоупотреби и пречекорувања.¹⁷⁶⁰

3.5. Низ призма на ЗКП/10

Најновиот закон во делот на ексклузијата на доказите го продолжи и надгради трендот поставен со ЗКП/97.

ЗКП/10 (исто и ЗКП/97) познава три групи незаконити докази: 1) прибавени на незаконит начин (тоа се *ex lege* незаконити докази прибавени спротивно на забраните од ЗКП за прибавување докази), 2) прибавени со кршење на слободите и правата утврдени со Уставот, законот и меѓународните договори (тоа се *ex iudicio* незаконити докази прибавени со повреда на некое материјално право на граѓаните) и 3) доказите произлезени од нив (тоа се плодови од отровно дрво, односно во начело законити докази кои произлегле од „1 и 2“).

При анализа на првиот тип треба да се каже дека не секоја процесна повреда може да доведе до незаконитост на доказот. Крапац смета дека незаконити се само оние докази за чие прибавување или изведување се повредени заштитните форми, односно процесните форми наменети за заштита на одредени лични слободи и права на граѓаните или правото на одбрана на обвинетиот во кривичната постапка.¹⁷⁶¹

¹⁷⁵⁶ Matovski, 2001, стр. 218; Матовски, 2003, стр. 135; Матовски, Меѓународни стандарди, стр. 9-10.

¹⁷⁵⁷ Илиќ Димоски, 2014, стр. 328, 331 - таа целосно се согласува со ваквата поставеност кога пишува за новиот ЗКП кој содржи иста одредба како и ЗКП/97. На стр. 329 добро забележува еден парадокс. Некои од повредите на правата значат остварување на битието на одредени к.д., па да се дозволи употреба на така прибавениот доказ би било во спротивност со чл. 449 од ЗКП/10 кој дозволува повторување на постапката во корист на осудениот ако се докаже дека до пресудата дошло поради к.д. на лице кое ги вршело истражните дејствија.

¹⁷⁵⁸ Препорака П (2000) 19, § 28.

¹⁷⁵⁹ Калајџиев, 2017, стр. 49.

¹⁷⁶⁰ Калајџиев, 2018, стр. 18.

¹⁷⁶¹ Крапас, 2012а, стр. 442; Исто Nakić/ Rogić, 2016, стр. 556 и Carić, 2006, стр. 995-996; Иста позиција зазел и ВСРХ во I Кж-25/2010-3 кај Obradović/ Župan, 2011, стр. 137-138; Такво гледиште има и германскиот врховен суд - види кај Thaman, 2011, стр. 707.

За вториот тип некои теоретичари сметаат дека доказот ќе е незаконит ако е добиен со постапки на државните власти со кои се повредува некое темелно уставно право на граѓаните, кои истовремено претставуваат к.д. против слободите и правата на граѓаните, односно ако дејствието на прибавување не е к.д., тогаш доказот не е незаконит.¹⁷⁶² Постојното законско решение не е вакво бидејќи не го бара условот к.д.

Карактеристично за материјалните, освен што по правило се веродостојни, е што не се незаконити докази *per se*, како на пр. изјавите добиени со тортура. Предвидени сè со ЗКП и кога би биле обезбедени на законит начин не би имало никаква пречка да се употребат во постапка пред судот.¹⁷⁶³ И обратно нивното незаконито прибавување ги прави незаконити доказни предлози кои судот е должен да ги одбие.¹⁷⁶⁴

Да се послужиме со Дворкиновата поделба на правила, принципи и политики.¹⁷⁶⁵ Ако појдеме од нашиот Устав, владеењето на правото и заштитата на човековите слободи и права се посакувана политика или цел во нашето општеството. Тој наш стремеж може да го оствариме помеѓу другото и со строго почитување на начелото на законитост во прибавувањето на доказите. Како би ја оствариле јасно дефинираната политика со чл. 8 од Уставот, преку принципот пропишан во чл. 12 од ЗКП/10, треба да ги почитуваме правилата кои дефинираат што смее да прави државата и како може да го прави она што смее. И обратно, одејќи од поединечните правила до општите цели, непочитувањето на правилата водат кон негирање на принципот и отфрлање во пракса на уставно зацртаната политика.

Следно, ако го прифатиме гледиштето дека телеолошкото толкување на правото е одлучувачко, зашто тоа треба да оствари некаква општествена или државна цел,¹⁷⁶⁶ тогаш бездруго треба да се согласиме со Матовски дека целта на горното правило е да се добие целосно чиста концепција која забранува употреба на незаконити докази. Штом е така при решавање на дилемата дали може и треба, односно не може и не треба да се употребат невалидните докази, треба да го имаме пред себе ваквиот *ratio legis*, зашто спротивното би било во колизија со духот на позитивното право такво какво што е.

Ние можеме да се согласуваме или да не се согласуваме, да ни се допаѓа ваквото законско решение или да не ни се допаѓа, зашто очигледно ексклузивното правило е способно целосно да ги попречи или барем да ги пролонгира напорите на државата во откривањето и казнувањето на криминалот. Но, што би рекол ВСС ова е „прашање на политика. Конгресот можеби сметал дека е помалку важно ако некои прекршители останат на слобода отколку полицајците да прибегнат кон методи за кои се смета дека не се во согласност со етичките стандарди и се деструктивни за личната слобода“.¹⁷⁶⁷

Со други зборови претпоставка за правична судска постапка онака како што ја замислил нашиот законодавец е сите предистражни и истражни дејствија што ги

¹⁷⁶² Крапас, D., *Kazneno procesno pravo, prva knjiga: Institucije*, Zagreb, 2000, стр. 267 афирмативно кај Carić, 2006, стр. 998 и Pisarić, 2010, стр. 371; Лажетик, 2017, стр. 23 - исто смета дека доказите прибавени со кршење на одредбите на казненото процесно законодавство ќе се сметаат за противзаконити само ако нивното прибавување исполнува битие на определено к.д. против слободите и правата.

¹⁷⁶³ Калајџиев/ Лажетик/ Неделкова/ Денковска/ Тромбева/ Витларов/ Јанкуловска/ Кадиев, 2018, стр. 66 - забранител од чл. 15 ст. 2 од ЗКП/97, односно чл. 12 ст. 2 од ЗКП/10 се нарекуваат доказни забрани од релативен карактер бидејќи се работи за дозволен и законски доказни средства, меѓутоа доказите добиени од нив не се вреднуваат како *подобни* за користење во кривичната постапка и се исклучуваат, поради тоа што при нивното прибавување се направени одредени тешки грешки поради невнимание или нестручност или тие биле прибавени со злоупотреба на субјектите во постапката.

¹⁷⁶⁴ Види и чл. 347 ст. 1 т. 1 од ЗКП/10 и чл. 341 ст. 1 т. 1 од ЗКП/97.

¹⁷⁶⁵ Dworkin, 1967, стр. 22-23.

¹⁷⁶⁶ Pihler, 1970, стр. 688.

¹⁷⁶⁷ *Nardone v. United States*, 302 U.S. 383 (1937).

преземаат органите на прогонот да бидат во склад со законот. Тоа во суштина го бара и владеењето на правото како една од темелните вредности на нашиот уставен поредок.

Правилата за незаконитите докази може да се во вид на однапред дадени стандардизирани критериуми за секој да знае какви се или казуистички да се дефинираат во секој случај во светлината на неговите факти и околности.

Една варијанта е како нашата, да се воведо апсолутно правило. Втора би била комбинираниот пристап, за некои повреди да има апсолутно правило (пр. тортура), за некои дискрециско (пр. повреди на приватноста). Трет начин е само со дискрециското правило да се даде неограничена слобода на судовите, а четврт слободата да се ограничи, насочи со одредени законски правила (пр. да се користи ексклузијата само кога веродостојноста е доведена во прашање, кога треба да се одврати полицијата и сл.). Петтата, која прифаќа секакви докази би била најнепопуларна. Кое е моето гледиште, за што би било најдобро да се определиме ќе наведем во заклучоците на крајот од трудот.

Видовме што било предвидено во законите. Сега да видиме каква била праксата на судовите кај нас од аспект на (не)прифатливост на незаконито прибавените материјални докази, бидејќи мала е вредноста од либералните прописи, ако тие се применуваат конзервативно.¹⁷⁶⁸

4. Ексклузијата според видовите материјални докази

Досега веќе видовме кои докази спаѓаат во групата материјални, тие секаде се исти, па нема потреба да се задржувам повеќе на тоа прашање. Бездруго незаконит начин на прибавување би бил незаконит претрес, незаконито прислушување и сите други противправни начини на обезбедување докази со повреда на уставно или конвенциски загарантираните права како што се правото на неповредливост на домот, правото на приватност, со повреда на процесните норми како што е одземањето предмети што не може да се одземат и сл. Тие во сите вакви случаи би требало да бидат издвоени. Впрочем така бара апсолутната одредба за ексклузија пропишана во чл. 12 ст. 2 од ЗКП/10 (претходно во чл. 15 ст. 2 од ЗКП/97).

Разлика има во времето кога некој вид на доказ започнал да се користи во кривичната постапка. Така на пример резултатите од прислушувањето во САД се употребувале како докази од 20-те години на XX век (Олмстед), додека во Македонија од почетокот на XXI, па сосема природно во САД правилата за нивна инклузија или ексклузија се појавиле 80 г. порано од кај нас.

Друга разлика е во однос на субјектот што може да ги обезбеди доказите или да го овласти нивното прибавување. Така многу автори потенцираат дека во common law државите полицијата е таа која ги прибира доказите, за разлика од континенталните во кои тоа било работа на судот. Ако се гледа само номинално на органот што ја спроведува истрагата ова несомнено било точно (иако сега и во многу вакви држави судската истрага е заменета со обвинителска). Меѓутоа сметам дека така многу би ги поедноставиле работите, бидејќи и на континентот полицијата била и е оперативен орган а судот и обвинителството кабинетски, па таа главно прва доаѓа на лице место, ја обезбедува околината и ги собира материјалните докази некогаш заедно со судот или ЈО,

¹⁷⁶⁸ Кај нас искуствата од одлучувањето по барањата за претреси, притвор и сл. покажуваат исто така низок степен на критичност на судството... Колку и да сакаме да биде поинаку, мора да признаеме дека судството кај нас сè уште нема сфатено дека заштитата на правата на граѓаните од државата се негова примарна задача, туку напротив, себеси се гледа повеќе како дел од системот на ефикасна примена на законите; Повеќе како партнер на полицијата и обвинителството отколку како нивен контролор - Калајциев, 2004, стр. 239 и Матовски/ Бужаровска-Лажетик/ Калајциев, 2009, стр. 287-288.

а некогаш самостојно. Пример за тоа се сообраќајните к.д. кај кои истражниот орган по правило не излегува на терен, туку увидот го отстапува на полицискиот орган.

Така што на овој или на оној начин полицијата обично е замешана во обезбедување на доказите, само што во common law јурисдикциите тоа го прави сама, а во другите под номинална или реална контрола на ЈО или судот.

Прашањето за незаконитите докази во Македонија го анализираме од 1948 г. кога бил донесен првиот ЗКП досега со цел историски и споредбено да ги прикажеме релевантните промени во постапката. Кривичната постапка кај нас, порано и сега, може да се подели на три главни стадиуми, претходна постапка која ги опфаќа 1) пријавувањето или дознавањето на к.д., извидите, истрагата и обвинувањето, 2) главниот претрес или расправата и 3) постапката по правни лекови. Од 1953 г. пред главниот претрес додадена е меѓуфаза во која судски се испитува обвинението, но таа нема големо значење за темата на овој труд, а ни воопшто со оглед на тоа како судот ја практикува.

Претходната фаза со нејзините две потфази можеби е најзначајна, зашто тогаш главно се собираат доказите. Имено по сознание или постоење основи на сомнение дека е сторено к.д. почнуваат активностите на органите за да се испита дали вистина е така, ако е да се обезбедат доказите и да се утврди за кого постои основано сомнение дека е сторител на делото. За таа цел по потреба се врши увид на лице место, претреси, одземање на предмети и други докази, телесни и медицински прегледи, вештачења, испитување на осомничен, сведоци или вештаци, реконструкција итн. Сите овие истражни дејствија се преземаат во претходната постапка, некои само во истрагата, а некои и за време на извидите.

Одговорен орган на претходната постапка во периодот 1948-2024 г. кај нас само 16 г. бил ЈО (ЗКП/48 и ЗКП/10), а цели 60 г. судот (ЗКП/53, ЗКП/77 и ЗКП/97).¹⁷⁶⁹

За разлика од САД, каде делувањето е уредено со судски прецеденти, во Македонија како држава која припаѓа на континенталниот систем за сè постојат строги законски правила, од тоа кој може да нареди одредено истражно дејствие, кој да ја изврши наредбата, начинот како треба да ја изврши, времето на извршување, вклучително и санкциите за повреда на процесните норми.

Во јуриспруденцијата на ВСС и ЕСЧП видовме дали се предвидени санкции за повреда на правилата за прибавување на материјалните докази и какви, па сега на ред е нашата држава.

4.1. Истражни дејствија

„Средствата и начинот на барањето и утврдувањето на вистината во кривичната постапка не се произволни ниту инцидентни. Напротив, можат и смеат да се употребуваат само оние средства што се предвидени во ЗКП и само низ форми утврдени со закон... Истражните дејствија како и сите процесни дејствија се преземаат под законски утврдени услови, во пропишана форма и со определена содржина. Од една страна тоа е предуслов дејствието да ги произведе правните последици поради кои е преземено, а од друга претставува гаранција за правната сигурност“.¹⁷⁷⁰

Материјалните докази најчесто се обезбедуваат преку увид, претрес, преглед и одземање. Овие самите не се докази, туку истражни дејствија што се преземаат за да се дојде до докази.

Увид се врши врз телото на обвинетиот или на други лица, на предмети или на местото каде што е сторено к.д. со цел органот преку сопствено забележување да утврди факти битни за кривичната постапка. Увидот го врши ЈО како истражен орган, а по негово овластување и МВР. За увид не е потребен судски налог, полицијата ex lege е

¹⁷⁶⁹ Чл. 35 и 129 од ЗКП/48, чл. 155 и 159 од ЗКП/53, чл. 159 и 161 од ЗКП/77, чл. 152 и 154 од ЗКП/97 и чл. 39, 291 и 292 од ЗКП/10.

¹⁷⁷⁰ Матовски/ Бужаровска-Лажетиќ/ Калајџиев, 2009, стр. 16, 55, 179.

овластена да пристапи на местото каде е извршено к.д.¹⁷⁷¹ Но, не смее недозволения претрес да се замаскира (претстави) како увид, зашто во таков случај прибавените докази при увидот (читај неовластениот претрес) ќе бидат недозволен докази.¹⁷⁷²

Пред да продолжам да потенцирам дека ништо од ова што го наведувам во оваа глава не се однесува на дипломатските мисии во РСМ. Тие потпаѓаат под одредбите на меѓународното, а не на домашното право. Така недозволен се претреси на просториите во кои е сместена странската мисија, возилата, дипломатската пошта, приватниот дом на дипломатските претставници, што значи никакви докази не би можеле присилно да се одземат, да се користат, ни да се води кривична постапка без согласност на странската држава или шефот на странската мисија,¹⁷⁷³ слично и за странските воени превозни средства или бази во кои се стационирани странски трупи.¹⁷⁷⁴ Тоа не значи дека дипломатите не може да бидат сведоци во некоја постапка или дека од нив не смее да се побара материјален доказ, туку дека државата нема право спрема нив да ги користи мерките на присилба како против своите граѓани.¹⁷⁷⁵

4.1.1. Претреси

Со претресот детално се истражуваат простории, лица и предмети ако постои веројатност таму да се најдат траги¹⁷⁷⁶ на к.д., предмети важни за кривичната постапка или лица по кои се трага, а со одземањето подвижните предмети се одземаат со или без судска наредба. Со претресот затворените простори недостапни за окото стануваат видливи. Освен она што јасно се подразбира дека влегува тука како што се отворање и пребарување недвижности (со сè мебелот во нив), подвижни ствари (вклучително и нивно расклопување) или лица (облека, обувки, ранци, ташни кои ги носи), тука спаѓаат и проверките на телесните шуплини, како и снимање на телото со медицински технички средства (пр. рендген апарати при влез во јавни установи, аеродроми и сл.).

Претресот на дом покрај пребарување на просториите во домот опфаќа и пребарување на лицата затекнати таму, вклучително и нивните подвижни предмети. Сепак безбедносниот претрес на присутните лица во домот е нешто различно од претресот кој се врши на лице за кое постои наредба за претрес. Со првиот се бара оружје кај лицето ако постои сомнеж дека го носи со себе, додека вториот вообичаено се презема кога постои веројатност дека кај него ќе се пронајдат траги или предмети важни за кривичната постапка. Се претресуваат облеката, обувките, површината на телото, подвижните предмети што ги носи лицето или се во негово владение, просторот во кој е затечено лицето за време на претресувањето и средството за превоз кое се користи во време на претресувањето. Употребата на рендген апарати за внатрешно пребарување на предмети (торби, куфери и сл.) или лица исто така претставува претрес.

¹⁷⁷¹ Чл. 193 и 233 од ЗКП/10; Претходно тоа бил истражниот судија или МВР при опасност од одлагање - чл. 29 (142) од ЗИД/67, чл. 154 од ЗКП/77, чл. 147 од ЗКП/97; Исто во Србија - Бејатовиќ, 2010, стр. 302, 349.

¹⁷⁷² Таква пракса постои во Хрватска, ВРСХ I Кж-549/1999-3 од 2.3.2000 г., I Кж-119/1999-3 од 16.3.1999 г., I Кж-306/04-3 од 8.4.2004 г. кај Ivičević Karas, 2008, стр. 951.

¹⁷⁷³ Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961, чл. 22, 27, 30.

¹⁷⁷⁴ Vasiljević, 1971, стр. 46-47.

¹⁷⁷⁵ На дипломатот не му се праќа покана или наредба во образец кој вообичаено се користи, туку посебен документ во кој му се укажува дека не потпаѓа под власта на државата која го кани, му се предочува предметот на интерес, за што се бара негова изјава, документ и сл. и се замолува доколку сака писмено или усно да се изјасни за тоа - Uputstva za Nemački krivični postupak, 2013, стр. 143-145.

¹⁷⁷⁶ Под овој поим се подразбира секоја видлива или со голо око невидлива материјална промена, настаната на лице место, на жртвата или на извршителот, во врска со извршеното к.д., односно секој оној отпечаток или белег кој останува при допирот на едно лице со определена материја, или на еден предмет со друг - Матовски, 2003, стр. 370 и Матовски/ Бужаровска-Лажетиќ/ Калајчиев, 2009, стр. 274.

За претресот тргнувајќи од општо кон специфично битни се две работи, овластувањето за претрес и начинот како се врши. За да може полицијата легално да направи претрес треба да има овластување. Овластувањето неа и го даваат судот или законот и сè додека го има нема ништо спорно. Но, што кога го нема? Што со доказите пронајдени при неовластен претрес? Второто прашање е што кога полицијата која има овластување, го изврши претресот на начин спротивен на законот. Дали и тогаш треба да има некаква санкција, зашто на крајот на краиштата таа имала право да навлезе во туѓиот простор.

4.1.1.1. Овластување за претрес

Ако направиме споредба на процесните закони кои важеле кај нас, ќе заклучиме дека освен по првиот кој тоа го оставил во надлежност на ЈО и МВР, според сите други судот наредува претрес на стан, други простории и лица.¹⁷⁷⁷ Имено неповредливоста на домот има уставен ранг, се штити преку материјалните казни норми, па нивно ограничување според новите правни текови може да одобри само суд.¹⁷⁷⁸

Од аспект на привилегијата против самоинкриминација проблематична е должноста што под закана со санкција ја има лицето кое го користи компјутерот или уредот и има пристап до него, ако тоа е осомничениот, да овозможи пристап до нив, да ги даде потребните известувања за непречено остварување на целта на претресот и да преземе мерки со кои се спречува уништување или менување на податоците (чл. 184 од ЗКП/10). Тој не треба да се противи или да го попречува претресот дозволен со судски налог. Меѓутоа не смее да му се наложи обврска активно да помага во него ако тоа може да доведе до сопствена инкриминација.

Освен судот и законот во строго ограничени и оправдани ситуации ја овластува полицијата да изврши претрес на дом или лице без судска наредба. Според ЗКП/10 тие ситуации се 1) ако држателот на домот се согласува со тоа, 2) ако таму се наоѓа лице кое по наредба на суд треба да се притвори или присилно да се доведе, 3) поради лишување од слобода на сторител кој е затечен при извршување на к.д. кое се гони по службена должност и 4) на место каде што е извршено к.д. заради вршење увид.¹⁷⁷⁹

Овластувањето под „1“ е логично и оправдано, бидејќи лицето може слободно да се откаже од правото што го има. Впрочем секој по своја волја може да прими лица во својот дом или возило.

Овластувањата под „2 и 3“ исто така се оправдани зашто кај првото полицијата има судско овластување да уапси сторител на к.д., а кај второто законско овластување да превенира к.д., штети врз имоти и повреди на лица, односно да фаќа сторители затечени *in flagranti* како вршат к.д. Притоа имам две резерви или критики на

¹⁷⁷⁷ Види чл. 146 и 147 од ЗКП/48, чл. 200 и 201 од ЗКП/53, чл. 47 (201) од ЗИД/67, чл. 206 и 207 од ЗКП/77, чл. 199 од ЗКП/97 и чл. 181, 188 и 294 од ЗКП/10 (плус и за пребарување на компјутери).

¹⁷⁷⁸ Чл. 26 од Уставот; чл. 145 и 146 од КЗ; ОС Гевгелија К.бр.60/19 од 8.5.2019 г. - претрес без налог кога не се исполнети законските услови за претрес без налог е к.д. противзаконито вршење претрес.

¹⁷⁷⁹ Види чл. 193 од ЗКП/10; И во Англија е дозволен претрес без налог по овие основи (Кгарас, 1995, стр. 122-123), а слично е законското решение и во Србија (Delibašić/ Mikić/ Marinkov/ Orović, 2019, стр. 64); Само за споредба, ЗКП/48 не содржеше одредби за претрес на дом без налог, а моја претпоставка е зашто ЈО и МВР имаа овластување покрај судот сами да издадат наредба за претрес. ЗКП/53 и ЗКП/77 покрај во случаите под „1, 2 и 3“ дозволуваа претрес без налог кога некојвикал за помош и ако било очигледно дека инаку не би можеле да се обезбедат докази. Оправдано новиот закон не ги познава овие основи. Повикот за помош значи барање некому да му се помогне во итна ситуација која не мора да е предизвикана со к.д., туку и од несреќен случај (пожар, здравствен проблем и сл.). Дури и да е резултат на к.д. сè што не е безбедносен претрес не би било дозволено. Последното го правело премногу ранливо правото на неповредливост на домот на проценката на службеникот на терен.

постоечкото законско решение, кое може да го санира судската пракса или да претрпи промени во иднина.

Сметам дека во овие два случаи, би било оправдано да се изврши безбедносен претрес на лицето¹⁷⁸⁰ и на просторот што бил во дофат на неговите раце. Меѓутоа неприфатлива е можноста за претрес на другите простории од домот кој и не мора да е на осомничениот, зашто овозможува арбитрано ограничување на уставно загарантираното право без судски налог или согласност на држателот на станот. Полицијата во таков случај може да го обезбеди просторот и да побара судски налог за претрес на целата недвижност.

Претходно видовме праксата во САД прави разлика помеѓу судска наредба за претрес и наредба за приведување. Треба да се спомене дека и во судскиот прирачник за кривична постапка на Косово се укажува дека во вакви случаи (кои безмалку се идентични како тие од ЗКП/10) не е дозволен општ претрес, туку ограничен кој би одговарал на специфичната, вонредна ситуација заради која законот дозволил полицијата без налог за претрес да влезе во туѓ дом.¹⁷⁸¹

Исклучокот под „3“ според мене дозволува влез во дом само заради апсење на лице затечено при извршување на к.д. (пр. сторителот е забележан како по сторување на делото бега во нечиј дом), а не на лице за кое полицијата смета дека порано сторило к.д. За последново потребен е налог за приведување како законско оправдување за влез во туѓ дом без согласност на држателот.

Законското овластување под „4“ исто е во ред, под услов увидот да се врши непосредно по сторување на делото, а не денови и месеци подоцна.¹⁷⁸²

Ако полицијата немала овластување да влезе некаде, таа не требала да биде таму. Кога не би била, не би ги нашла доказите кои ги одзела при неовластеното влегување во туѓ простор.

Разгледуваните закони не познаваа усна наредба за претрес, дури ни ЗКП/10 на кого погрешно се повикуваше праксата кај нас.¹⁷⁸³ Посебната одредба во ситуации на итност дозволува усно да се побара претрес, но доволата за претрес никогаш не е усна.¹⁷⁸⁴ Ваквото законско решение е малку ригидно зашто не одговара на реалноста. Видовме и во САД постојат ситуации кога не може да се чека писмен налог за претрес (исклучоците за возила). Во тој контекст би било добро да се размисли за германското решение, каде независно што налозите за претрес ги издава судот, во итни ситуации усна наредба може да издаде ЈО или полицијата.¹⁷⁸⁵ Делот за полицијата е спорен, но може да се промени уставната и легислативната рамка и да се дозволи во итни ситуации налог за

¹⁷⁸⁰ Така било и според чл. 26 (204) ЗИД/65, чл. 210 од ЗКП/77 и чл. 202 од ЗКП/97; ЗКП/97 (чл. 147 и 202) во случајот под „2“ дозволувал полициски службеници само да влезат, но не и да претресуваат во домот.

¹⁷⁸¹ Hyseni/ Shala, 2015, стр. 40; За споредба во Хрватска делот од законската одредба кој дозволувал претрес на просторот каде што е најдено лицето со одлука на УСПХ У-I-448/2009 од 19.7.2012 г. е прогласен како неуставен и спротивен на чл. 8 од ЕКЧП бидејќи отвора можност под условите за претрес на лице да се претресе и простор кој се смета за дом ако во него било затечено лицето што се претресува - Крарас, 2012а, стр. 323.

¹⁷⁸² Во Хрватска претресот без налог може да се спроведе ако увидот се презема во рок од 8 часа од откривање на делото, но не и во простории за кои важат посебни услови за претрес, како на пр. адвокатска канцеларија - Državno odvjetništvo Republike Hrvatske, Priručnik, 2011, стр. 347.

¹⁷⁸³ ВРСМ Вкж2.бр.34/2019 г. од 25.12.2019 г.; АС Битола КЖ.бр.184/18 г. од 1.11.2018 г.; ОС Велес К.бр.113/19 од 7.10.2019 г.; ОКС Скопје I КОК.ПП.бр.449/19-6 од 19.2.2020 г.; За споредба во Австралија дозволено е издавање усен налог за претрес - Bradley, 1993, стр. 196-197.

¹⁷⁸⁴ Исто и ВРСМ Кзз.бр.1/23 од 22.2.2023 г.; АС Скопје КЖ.бр.738/21 г. од 7.12.2021 г.; АС Скопје КЖ.бр.844/22 г. од 17.10.2022 г.; АС Скопје КЖ.бр.848/22 г. од 17.10.2022 г.; АС Скопје КЖ.бр.961/22 г. од 28.2.2023 г.; АС Скопје КЖ.бр.966/22 г. од 13.2.2023 г.; УСПМ У.бр.168/12 од 25.9.2013 г., §.

¹⁷⁸⁵ Bradley, 1983, стр. 1038.

претрес да издаде ЈО кој задолжително ќе треба судот да го испита во рок од 48 часа со овластување да го потврди или поништи, при што во вториот случај веднаш ќе донесе решение за издвојување на така најдените докази. Фактот што докази биле најдени не смее да влијае врз судската оценка за исполнетоста на условите за претрес. Штом за ЕСЧП е прифатливо во ургентни ситуации да се прислушува без судски налог,¹⁷⁸⁶ кое секако е поинтрузивно дејствие споредено со претресот на возилото, помал проблем ќе е моето предложено решение.

Битно е судот да го испита, па и отпосле, бидејќи владеењето на правото подразбира дека секое мешање на извршната власт во правата на поединецот треба да биде предмет на ефикасен судски надзор,¹⁷⁸⁷ а токму судијата е најдобриот чувар на правичноста на постапката.¹⁷⁸⁸

4.1.1.2. Правила за вршење претрес

Независно кој го овластил претресот, по правило го извршува МВР. Во САД видовме проблем со доказите генерално настануваше во оние ситуации кога претрес бил извршен без судски налог, но не и ако биле повредени правилата што го дефинираат начинот како требало да се изврши претресот (претходна најава и сл.). Кај ЕСЧП пак утврдивме дека претресот без налог иако проблематичен од аспект на чл. 8 од ЕКЧП не резултира со издвојување на доказите. Но, затоа може начинот како бил спроведен да фрли сомнеж врз веродостојноста на доказите (посебно околу можноста за нивно подметнување) и да ја доведе во прашање правичноста на постапката.

Од анализата на процесните закони кои важеле на овие простори забележително е дека најцелосни и најпрецизни процедури и правила за претрес има ЗКП/10. Друга констатација која може да се даде е дека постепено се надградувала зградата на доказното право. Најсумарен бил првиот ЗКП/48, попрецизен од него следниот од 1953 г. чии измени од 1967 г. практично се пренесувале идентично, без некои битни промени во законите од 1977 и 1997 г.¹⁷⁸⁹

Полициските службеници не треба едноставно насила да упаднат во домот кој имаат намера да го претресуваат. Тие треба да се најават и да го покажат овластувањето што им дозволува влез во туѓ имот без согласност на држателот. Тоа се прави со предавање на наредбата за претрес пред започнување со претресот.

Меѓутоа има ситуации кога е дозволено влегување без претходна најава и предавање на наредбата. Тоа се 1) случаи во кои не би било оправдано да се стави на коцка безбедноста на службениците зашто се очекува вооружен отпор, 2) има потреба претресот да се изврши ненадејно, 3) се врши во јавни простории кои не се приватна сопственост, 4) се стравува од уништување или прикривање на трагите на к.д. или предметите важни за кривичната постапка, 5) се врши претрес на дом кој иако е приватна

¹⁷⁸⁶ Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria, A. no. 62540/00, 28.6.2007, § 16, 82.

¹⁷⁸⁷ Klass and others v. Germany, A. no. 5029/71, 6.9.1978, § 55; Rotaru v. Romania, A. no. 28341/95, 4.5.2000, § 59.

¹⁷⁸⁸ Cuscani v. the United Kingdom, A. no. 32771/96, 24.9.2002, § 39; Chadwick v. United Kingdom, A. no. 54109/00, 18.11.2003, § 1; Timergaliyev v. Russia, A. no. 40631/02, 14.10.2008, § 59.

¹⁷⁸⁹ Ова многу добро се гледа од правилата за претрес, па така во ЗКП/48 постојат два исклучоци кога може да се влезе некаде без предавање на наредбата, овие останале практично исти до ЗКП/10, во меѓувреме во 1977 г. бил додаден трет кој останал и натаму, за во 2010 г. да се додаде уште некој. Двата предвидени сведоци на претресите се пресликувале од 1948 г. па натаму, барањето претрес на женско лице да врши само женско од 1953 г. па досега, со тоа што во најновиот закон додадени се и други правила на постојните. Слично е и со можноста претрес да се врши без присуство на сведоци.

сопственост очигледно е напуштен или празен б) или ако наредбата изречно овластува да се влезе без претходна најава.¹⁷⁹⁰

Во овие случаи полицијата има овластување да биде во туѓ простор. Но, може отпосле да се покаже дека немало потреба од толкава претпазливост (пр. стравот од вооружен отпор бил преувеличен и сл.) и дека всушност правилно било најпрво да ја предаде наредбата и потоа да започне со претресот. Во ваква ситуација ќе има прекршување на правилата за претрес. Меѓутоа сметам дека тоа не треба да игра никаква улога врз прифатливоста на доказите, бидејќи тие и така ќе биле најдени (исклучок неизбежно откритие). Ова е сосема различна ситуација од таа во која полицијата нема судски налог или законско овластување да влезе во туѓ имот.

Според сите постари закони на претресот требало да присуствува држателот на станот и двајца сведоци.¹⁷⁹¹ Сведоците беа замислени како гаранции за тоа дека доказите биле навистина откриени при претресот, а не подметнати од полицијата. Инаку тие како лаици и не би знаеле кои се овластувањата на полицијата при вршење претрес.¹⁷⁹²

Што ако полицијата не повика сведоци на претресот? Постојат неколку можни варијанти. Една е апсолутното гледиште дека присуството на соленитетните сведоци е услов претресот да се цени како законит и обратно ако нив ги нема тој ќе е незаконит, а сите дејствија ништовни.¹⁷⁹³ Ако претресот бил извршен без сведоци не може место нив во постапката да се сослушаат лицата кои го вршеле, ниту на нивниот исказ може да се заснова пресудата.¹⁷⁹⁴ Друга е таа на босанскиот врховен суд кој не ги издвоил доказите од оваа причина со образложение дека тие и онака ќе биле најдени независно од тоа кој присуствувал на претресот.¹⁷⁹⁵ Трета е релативното гледиште на ЕСЧП, според кое во некои ситуации во кои е доведена во прашање веродостојноста на доказите, начинот како бил извршен претресот може да влијае врз правичноста на постапката.

ЗКП/10 на прв поглед како да нуди помали гаранции од постарите закони, зашто ги исфрлил соленитетните сведоци од равенката.¹⁷⁹⁶ Дал можност да присуствува држателот на домот,¹⁷⁹⁷ меѓутоа при конфликт околу тоа што точно се случило, не треба многу размислување кому судот би му верувал, на обвинетиот или на полициските службеници како сведоци. Сепак, ако се знае дека сега лицето кај кое или врз кое ќе се врши претресот има право на бранител при претресот за коешто мора да биде и поучено, несомнено ќе се заклучи дека тоа во начело има повеќе гаранции отколку порано зашто со својата стручност бранителот ќе биде во можност да му обезбеди поголем степен на

¹⁷⁹⁰ Чл. 191 од ЗКП/10; Од постарите закони „1 и 2“ биле предвидени во чл. 147 од ЗКП/48 и чл. 201 од ЗКП/53, додека „1, 2 и 3“ во чл. 207 од ЗКП/77 и чл. 199 од ЗКП/97.

¹⁷⁹¹ Чл. 150 од ЗКП/48, чл. 202 од ЗКП/53, чл. 208 од ЗКП/77 и чл. 200 од ЗКП/97.

¹⁷⁹² Според Платон, стр.466 - тој што пребарува туѓа куќа треба да биде гол или во неопашана кошула (веројатно така сметал дека домаќинот ќе биде заштитен од подметнување, нешто кое модерното право го обезбедува со присуство на соленитетните сведоци).

¹⁷⁹³ Така АС Скопје КЖ-2046/10 од 31.1.2011 г. во Билтен бр.1, АС Скопје, 2011, стр. 20; Исто и во БиХ - Dodik, 2012, стр. 35.

¹⁷⁹⁴ Vasiljević/ Grubač, 1987, стр. 373 (ВСМ Впп. 15/81 од 2.4.1981).

¹⁷⁹⁵ Karas/ Štrk, 2013, стр. 208.

¹⁷⁹⁶ И постарите закони во некои ситуации даваа можност претресот да се изврши без сведоци и тоа: ако е неопходно за фаќање на сторителот на к.д., заради безбедност на луѓето и имотот и ако е очигледно дека поинаку не би можеле да се обезбедат докази во кривичната постапка - чл. 26 (204) од ЗИД/65, односно ако не е можно веднаш да се обезбеди нивно присуство, а постои опасност од одлагање - чл. 48 (204) од ЗИД/67, чл. 210 од ЗКП/77 и чл. 200 од ЗКП/97.

¹⁷⁹⁷ Тоа може да биде и осомниченото лице (ако е држател на домот) во каков случај нема потреба да се повикуваат други лица - ВРСМ Квп1.бр.120/2016 г. од 15.2.2017 г.

заштита отколку соленитетните сведоци.¹⁷⁹⁸ Овде би можел да се јави проблем во ситуациите кога не мора да се предаде наредбата за претрес, зашто тогаш полицијата не мора да го повика лицето доброволно да ги предаде предметите или да го поучи дека има право да земе бранител. Добро е во ваков случај стриктно да се почитува законската можност и да се повикаат неутрални сведоци што ќе присуствуваат на претресот.

Во коментарот на ЗКП/10 кон чл. 191 (правила за претрес), од коментаторите е изнесен став дека секое непридржување на правилата дефинирани со тој член ги прави обезбедените докази незаконити.¹⁷⁹⁹ Оваа констатација по мое мислење е пресилна. Прво треба да се види причината за пропишаното правило за потоа да се оцени дали ексклузијата е соодветен лек. Не би било во склад ни со владеењето на правото ако се примени претешка санкција на банална повреда. Така, на пр. наредбата се предава за да се избегне непотребно трошење време, бидејќи лицето по приемот може само да го предаде она што од него се бара. Но, со непредавањето полицијата не стекнува некаква предност или погодност, како на пр. тогаш кога претресува без воопшто да има овластување за претрес. Таа било да ја предала или да не ја предала наредбата кога веќе ја има кај неа, законски го врши претресот и законски ги одзема предметите пронајдени со него.

Ексклузиското правило не доаѓа предвид при повреда на секоја процесна одредба, туку само на таква која претставува заштитна форма за право битно за кривичната постапка. Во тој контекст оправдано судот не го прогласил незаконит царинскиот претрес на возилото кој бил спроведен согласно законските прописи без судска наредба и не ги издвоил одземените предмети, само зашто царинските службеници не ги примениле одредбите од Законот за употреба на јазиците и Законот за општа управна постапка, бидејќи разговорот со патниците не се вршел преку судски преведувач, туку го водел цариник кој го знаел албанскиот јазик¹⁸⁰⁰ или кога записникот од законито наложениот и спроведен претрес немал печат, но бил доставен во оригинал и со пропратно писмо на кое имало печат на истиот орган,¹⁸⁰¹ односно кога во домот во кој требало да се изврши претрес било влезено со употреба на сила.¹⁸⁰²

Од друга страна ако полицијата изврши претрес без да го поучи осомничениот за правото на бранител ќе се смета дека претресот бил незаконски, а врз најдениот доказ не ќе може да се заснова пресуда.¹⁸⁰³ Правото на бранител е едно од основните, минимални права кое е дадено за да се обезбеди заштитата на сите останати. Така што непочитувањето на вакво базично право секако дека треба да доведе до ексклузија на доказите. Меѓутоа, како и од повеќето права, осомничениот може да се откаже и од ова. Во таков случај претресот на дом извршен без присуство на бранител е законит.¹⁸⁰⁴

Доказите одземени во законит претрес спроведен врз основа на судски налог со почитување на условите од налогот и законските одредби може да се користат во

¹⁷⁹⁸ Види чл. 191 од ЗКП/10; Во Грција претресот на дом задолжително се врши во присуство на судија што е уште поголема гаранција - Giannoulouropoulos, 2007, стр. 211.

¹⁷⁹⁹ Калајчиев/ Лажетиќ/ Неделкова/ Денковска/ Тромбева/ Витларов/ Јанкуловска/ Кадиев, 2018, стр. 455.

¹⁸⁰⁰ ОС Куманово К.бр.390/17 од 29.9.2017 г.; Поинаку за вербални докази, ВСМ Кж.бр.293/72 од 21.9.1972 г. во ЗСО, ВСМ, 1976, стр. 197 - постои релативна повреда ако судот ја засновал пресудата на доказ кој не требало да го земе предвид, а тоа имало влијание врз законитото и правилно пресудување. Таков е исказот на обвинет кој не го знае македонскиот јазик, а е сослушан преку незаконнат преведувач. Од таквиот исказ судот не требало да утврдува факти.

¹⁸⁰¹ АС Скопје КЖ.бр.36/19 од 27.3.2019 г.

¹⁸⁰² ВРСМ Вкж2.бр.47/2019 г. од 11.12.2019 г.

¹⁸⁰³ АС Штип КЖ.бр.173/15 од 13.5.2015 г.

¹⁸⁰⁴ ВРСМ Вкж2.бр.47/2019 г. од 11.12.2019 г.; АС Штип КЖ.бр.122/18 од 30.8.2018 г. потврдена со ВРСМ Квп2.бр.30/2019 г. од 11.12.2019 г.; ОС Велес К.бр.87/19 од 6.5.2019 г.; АС Скопје КЖ.бр.659/17 од 14.9.2017 г. (потврдено Решение на ОС Куманово К.бр.607/16 од 2.5.2017 г.).

судската постапка или да бидат предмет на вештачење.¹⁸⁰⁵ Меѓутоа ако полицијата го пречекори законскиот рок за извршување на наредбата за претрес, претресот ќе се смета ништовен.¹⁸⁰⁶

Непридржувањето на правилото претресот да го врши и сведоци да бидат само лица од ист пол може да доведе до проблем со прифатливост на доказите.¹⁸⁰⁷ Ако ваквиот претрес е понижувачки,¹⁸⁰⁸ според праксата на ЕСЧП за чл. 3 од ЕКЧП, најдените доказите доколку се битни за осуда треба да се издвојат. Затоа добро е што законот бара изречно судско одобрение за претрес на интимните делови на телото или телесните отвори, а интимните претреси да ги врши медицинско лице.

Овде е добро место да се спомене дека постои колизија помеѓу правилата за претрес на адвокатска канцеларија во Законот за адвокатурата и ЗКП/10. Според чл. 21 од првиот претресувањето на канцеларија на адвокат може да се врши само во присуство на адвокатот и овластен претставник на Адвокатската комора. ЗКП/10 во чл. 191 пак бара присуство на претставник на комората само ако е отсутен адвокатот чии канцеларии се претресуваат, но и без него ќе може да се спроведе претресот ако не дојде во рок од 3 часа откако бил повикан. Во ваква ситуација истражните органи најдобро ќе биде да ја применат одредбата од Законот за адвокатурата од две причини, една по принципот *lex specialis derogat lex generali* и втора зашто е поблиска до праксата на ЕСЧП според која постоечките мерки од ЗКП/10 изгледаат недоволни. Во оваа смисла сметам дека ќе биде добро решението од ЗКП *de lege ferenda* да се усклади со тоа од Законот за адвокатурата, односно да се уреди така што ќе предвиди обврска секојпат да се повикува претставник на адвокатската комора, независно дали адвокатот чија канцеларија се претресува е присутен или не на претресот. Бидејќи вознемирувањето на членовите на правната професија го погодува срцето на системот на конвенцијата¹⁸⁰⁹ добро е да се воведат обврска отпечатувањето на запленилите документи да го врши судија на претходна постапка кој би имал механизми да наложи враќање на оние со кои се нарушува привилегијаниот однос адвокат-клиент или се небитни за истрагата за тековното дело.

4.1.2. Заплени, одземања на предмети

Целта на претресот е да се одземат предмети што според КЗ треба да се одземат (пр. наркотици) или такви што може да послужат како доказ во кривичната постапка (пр. книговодство документација). Судот е тој кој во сите ситуации треба да даде наредба за одземање.¹⁸¹⁰

Меѓутоа, постојат исклучоци: 1) МВР може ако постои опасност од одлагање и без наредба привремено да одземе предмети за кои постојат основи за сомневање дека се предмети на к.д.¹⁸¹¹ и 2) во итни случаи и ЈО може да нареди на банка или на друга финансиска институција да му достават документација и податоци за банкарски сметки

¹⁸⁰⁵ ОС Прилеп К.бр.260/15 од 10.7.2018 г.; ОС Прилеп К.бр.498/15 од 31.8.2017 г.; ОС Куманово К.бр.607/16 од 7.5.2018 г.; АС Скопје КЖ.бр.745/17 од 14.9.2017 г.

¹⁸⁰⁶ Чл. 190 од ЗКП/10 (15 дена); Во Србија претресот не смее да се изврши по рокот даден во наредбата, а доказот прибавен по истек на рокот за претрес ќе се смета дека е прибавен незаконит начин - Ѓурѓиќ, 2013, стр. 119, 121; Во Хрватска рокот за извршување на налогот е 3 дена, после што се поништува, а за претрес е потребен нов налог - *Državno odvjetništvo Republike Hrvatske*, Priručnik, 2011, стр. 359.

¹⁸⁰⁷ Чл. 185 од ЗКП/10; Според постарите закони ова правило го штитело само женскиот пол - чл. 202 од ЗКП/53, чл. 208 од ЗКП/77 и чл. 200 од ЗКП/97.

¹⁸⁰⁸ Ако лицето се принуди да се соблече во јавност или пред лица од спротивен пол, или кога интимниот претрес е спроведен без почит спрема туѓото достоинство - McBride, *Coercive Measures*, § 58.

¹⁸⁰⁹ *Elci and Others v. Turkey*, A. nos. 23145/93 and 25091/94, 13.11.2003, § 669.

¹⁸¹⁰ Покрај судот такво право по чл. 152 од ЗКП/48 имале ЈО и МВР, а по чл. 205 од ЗКП/53 МВР.

¹⁸¹¹ Чл. 194 и 196 од ЗКП/10; Претходно вакво овластување давале чл. 29 (142) и 49 (205) од ЗИД/67; чл. 151, 154 и 211 од ЗКП/77 и чл. 142, 147 и 203 од ЗКП/97.

и други финансиски трансакции и работи на осомничено лице, да му овозможат пристап до приватен сеф, да го следат платниот промет, да запрат извршување на одредена финансиска трансакција или работа и одземање на имот.¹⁸¹²

Ако се покаже дека одземањето или наредбата не биле оправдани, а судот дополнително не ги одобрил, ЗКП/10 бара одземените предмети или податоци веднаш да му се вратат на лицето или банката од кои се одземени и да не се користат како доказ во кривичната постапка. Иако изречно не предвидел, логички би било податоците во ваков случај да не може ни индиректно да се користат. Впрочем на тоа алудира делот од законската одредба според која ЈО е должен да ги врати податоците без претходно да ги отвори.

Потполно иста е ситуацијата и со писмата, телеграмите и поштенските пратки, чие привремено одземање може да нареди суд, а во случај на итност и ЈО. Ако судот не ја потврди наредбата од ЈО, тие не ќе може да се користат како доказ во постапката.¹⁸¹³

Сепак, некои предмети колку и да се битни за кривичниот прогон не смее да се одземат или ако се одземат не смее да се користат како доказ во постапката. Ваква ограда немало во постарите закони од 1948, 1953, 1977 и 1997 г. Прв пат е ставена во 2004 г. и идентично пренесена во 2010 г.¹⁸¹⁴ Имено, со судска наредба не може да се одземат: 1) списи и други исправи на државните органи со чие објавување би се повредило чувањето на државна или воена тајна, се додека надлежниот орган поинаку не одлучи, 2) писмени обраќања на обвинетиот спрема бранителот или лицата ослободени од обврската да сведочат, освен ако обвинетиот доброволно не ги предаде, 3) технички снимки што се наоѓаат кај лицата ослободени од обврската да сведочат, а кои тие ги направиле за факти за кои се ослободени од должноста за сведочење, 4) записи, изводи од регистар и слични исправи кои се наоѓаат кај лицата ослободени од обврската да сведочат, а кои ги направиле за факти за кои тие во вршењето на своето занимање ги дознале од обвинетиот и 5) записи за факти што ги направиле новинари и нивни уредници во средствата за јавно информирање од изворот за известување и податоците за кои дознале во вршењето на своето занимање и кои се употребени во текот на уредувањето на средствата за јавно информирање, кои се наоѓаат во нивно владение или во редакцијата во која се вработени.

Идејата очигледно била целосно да се заштитат информациите заштитени како државна и воена тајна „1“, тие од привилегираните сведоци „2, 3 и 4“ и изворот на медиумите „5“.¹⁸¹⁵ Попречена е можноста законските забрани вметнати во деловите за

¹⁸¹² Чл. 200 од ЗКП/10.

¹⁸¹³ Чл. 199 од ЗКП/10; За споредба ЈО или МВР издавале наредба по чл. 153 од ЗКП/48, судот по чл. 208 од ЗКП/53, чл. 214 од ЗКП/77 и чл. 206 од ЗКП/97, а пратките се отварале во присуство на 2 сведоци.

¹⁸¹⁴ Спореди чл. 197 од ЗКП/10 со чл. 85 (203-а и 203-в) од ЗИД/04. Забраната за одземање не важи во три ситуации. За две од нив законодавецот чувствувал дека е потребно изречно да ги пропише иако по логиката на нештата сами по себе се подразбираат. Ако постои основано сомневање дека бранителот или лицето ослободено од обврската за сведочење му помагале на обвинетиот во вршење на к.д., му давале помош по извршување на к.д. или постапувале како прикривачи, тие се сторители на к.д., а не потенцијални сведоци ослободени од обврската за сведочење. Во ваков случај нивниот статус кој е различен од оној на сведоците овозможува спрема нив да се преземат истражни дејствија. Втората ситуација опфаќа предмети кои според КЗ мора да се одземат (оружје, наркотици), а не исправи што служат за доказни цели. Поради посебната заштита што им се дава на малолетниците сосема оправдано ограничувањето не важи за предметите, исправите и техничките снимки во однос на к.д. сторени на штета на деца и малолетници.

¹⁸¹⁵ Слично и во Хрватска, со тоа што записите од привилегираните сведоци треба да бидат за факти за кои овие лица се ослободени од должноста за сведочење, а не деловни записи (во случајот за приходи од продадени влезници при гостувања на разни музичари во ноќен клуб) - ВСПХ I Кж-Us 3/17-4 кај Marijan/Fumić, 2019, стр. 42-43; Според една одлука од 1889 г. која сè уште е валидно право во Германија, забрането е одземање писмена комуникација водена помеѓу обвинетиот и привилегираните сведоци, дури и ако тоа

сведоците да се премостат со читање нивни исправи или писмена и така посредно да се внесе во постапката сознанието за кое сведокот не може или не сака да сведочи.¹⁸¹⁶ Делот за медиумите пак е во корелација со праксата на ЕСЧП.

Меѓутоа постои проблем со новото решение, независно што одредбата во 2004 и 2010 г. суштински е иста. Разликата е што дел од лицата кои со ЗКП/97 биле ослободени од обврската за сведочење, со ЗКП/10 се префрлени во групата лица кои не може да сведочат (види *infra* VIII 5.2.1. и 5.2.2.). За нив оградата е тргната и тие по барање на суд би биле обврзани да ги дадат бараните документи, бидејќи од стариот во новиот закон пренесена е само забраната да се одземат исправи на државните органи со чие објавување би се повредило чувањето на државната или воената тајна, а спомената група лица (верски исповедник, адвокат и лекар) не влегува во дефиницијата на државен орган, ниту располага со информации кои се државна или воена тајна. Овој законски дефект мора да се исправи зашто ја руши идејата која стои во позадина на забраната за сослушување на овие лица. Имено, истите информации кои не смее да се добијат преку нивно сведочење може да се дознаат од исправите кои ги составиле за тие работи и кои по наредба од судот мора да ги достават. Затоа *de lege ferenda* треба да се дополни делот под „1“.

4.1.3. Извиди (прегледи, земање отпечатоци и сл.)

Полицијата кај нас по добиено сознание за сторено к.д. кое се гони по службена должност, законски е должна да ги преземе потребните мерки за пронаоѓање на сторителот или соучесникот (за да не се скријат или побегнат), за да се откријат и обезбедат трагите на к.д. и предметите што можат да послужат како доказ, како и да ги собере сите известувања што би можеле да бидат од корист за успешно водење на кривичната постапка. Така на МВР не ѝ треба наредба од суд или од ЈО за 1) да изврши потребен преглед на превозни средства, патници и багаж, 2) да го ограничи неопходно потребно време движењето на одреден простор, 3) да преземе потребни мерки во врска со утврдувањето на идентичноста на лица и предмети, 4) во присуство на одговорно лице да изврши преглед на одредени објекти и простории на државни органи, институции што вршат јавни овластувања и други правни лица да оствари увид во нивна документација, 5) да распише потрага за лица и ствари.¹⁸¹⁷

За разлика од претресот кој е формално истражно дејствие што се презема под строго определени услови и на строго определен начин со цел откривање предмети важни за кривичната постапка, прегледот е неформално, често превентивно дејствие.

Преглед „1 и 4“ може да се изврши врз лица, возила, багаж и простории, и подразбира нивна проверка исклучиво со помош на сетилата за вид, слух и мирис, без да се отвораат предметите и затворените површини за да се направи видливо нешто што не е.¹⁸¹⁸

е само за цели на споредба на ракописот на обвинетиот, а не за испитување на содржината на писмената - Bradley, 1983, стр. 1061-1062.

¹⁸¹⁶ Види и чл. 4 од Законот за адвокатурата кој забранува комуникацијата меѓу адвокатот и неговата странка, независно на кој начин се остварува, да се прегледува, копира проверува, одзема, односно да се користи како доказ пред суд и пред другите државни органи.

¹⁸¹⁷ Чл. 276 од ЗКП/10; За споредба сите посочени дејствија МВР можела да ги преземе по чл. 151 од ЗКП/77 и чл. 142 од ЗКП/97, а сите освен тоа под „5“ и според чл. 7 (140) од ЗИД/73.

¹⁸¹⁸ ВС на БиХ бр.040K003843, Кжк од 17.2.2015 г. - прегледот на внатрешноста на патничкото моторно возило со цел да се пронајдат траги од к.д. и предмети важни за кривичната постапка кое се врши со отворање на возилото од страна на овластените службени лица претставува дејство на претрес и за законитост во спроведувањето е потребна судска наредба - кај Калајџиев/ Лажетик/ Неделкова/ Денковска/ Тромбева/ Витларов/ Јанкуловска/ Кадиев, 2018, стр. 442.

Заради утврдување на идентичноста на лица и предмети „3“ и за обезбедување на траги од к.д. полицијата според чл. 277 од ЗКП/10 може да го фотографира осомниченото лице, да земе негови отпечатоци од папиларните линии од прстите и дланките, да земе негов биолошки материјал за ДНК анализа, но и да зема отпечатоци од папиларните линии од прстите и дланките и биолошки материјал за ДНК анализа од лица за кои постои веројатност дека дошле во допир со одделни предмети.¹⁸¹⁹

Таа кај нас генерално има *ex lege* овластување за зафатите во човековото тело кои не значат повреда на привилегијата против себеобвинување (телесен преглед на обвинет или други лица, земање крв и други лекарски дејствија, земање примероци за спроведување на ДНК анализа).¹⁸²⁰ За нив не е потребно судско одобрение ни согласност на лицето и истото е на линија со праксата во САД или ЕСЧП.

Произлегува дека прегледите, земањето крв, ДНК или други лекарски дејствија може да се преземат не само спрема обвинетиот, туку и спрема жртвите и потенцијалните сведоци, вклучително и од сведоците ослободени од сведочење.¹⁸²¹ Слични решенија има српското¹⁸²² и хрватското право со тоа во Хрватска лицето ослободено од должноста за сведочење има право да одбие да даде биолошки материјал заради ДНК анализа, заради што ова мора да се поучи и од него да се побара согласност за земање примерок.¹⁸²³ Не е докрај јасно на што се заснова ваквата определба во хрватското и германското решение кога се знае дека биолошкиот материјал постои независно од волјата на лицето и нема сведочки карактер, а од друга страна дозволен е претрес и на лицата ослободени од сведочење. Ваквите решенија се штит за обвинетите каков што немаат ни во земјата која го интернационализирала ексклузивното правило. А, сета суштина на правилото за издвојување не е закрила на криминалците, туку заштита на човековите права. Секогаш кога од заштита преминуваме на теренот на закрила постои веројатност дека сме отишле предалеку.

Горните дејствија кои може да ги преземе полицијата не се спорни. Спорна е можноста за нивна употреба во доказни цели. Така, во еден дел доктринарни трудови генерално на полициските извиди им се негира доказна вредност. Теоријата ги смета за неформални активности чија цел се откривање информации во спознајна смисла вредни за идно покренување на кривичната постапка, а не процесни дејствија кои би резултирале со докази на кои во иднина може да се темели судска одлука.¹⁸²⁴

¹⁸¹⁹ За споредба сите дејствија освен земањето биолошки материјал за ДНК анализа, МВР можела да ги преземе и според чл. 29 (140) од ЗИД/67, чл. 152 од ЗКП/77 и чл. 143 од ЗКП/97; И во Германија ЈО или полицијата можат без одлука на суд да го фотографираат обвинетиот, да му земат отпечатоци од прсти, да воспостават идентитет - Крапац/ Камбовски/ Калајџиев/ Бужаровска, 2007, стр. 40.

¹⁸²⁰ Чл. 249 од ЗКП/10; За споредба само земањето примероци за спроведување на ДНК анализа претставува новина во ЗКП/10, додека другите на идентичен начин биле пропишани во чл. 247 од ЗКП/53, чл. 259 од ЗКП/77 и чл. 251 од ЗКП/97. Во ЗКП/48 не било споменато ниту едно; АС Штип КЖ.бр.328/19 од 4.12.2019 г. - не е незаконито земањето примероци од осомничениот заради ДНК анализа и нивно споредување со биолошките траги земени од жртвата на к.д. силување без за тоа да постои наредба од ЈО или одлука на суд; За споредба во Австрија за земање крв од осомничен (пр. по собраќајна незгода) нужна е негова согласност. Тоа создава проблеми во пракса бидејќи забрането е земање крв за криминалистички цели од несвесно лице, па ваквото законско решение се критикува од научната јавност - Schmoller, 2004, стр. 254-255.

¹⁸²¹ Така и Vasiljević/ Grubač, 1987, стр. 446 (ВС Хрватска, 612/61 и 460/70).

¹⁸²² Delibašić/ Mikić/ Marinkov/ Orović, 2019, стр. 63.

¹⁸²³ Крапац, 2012а, стр. 350-351 и Državno odvjetništvo Republike Hrvatske, Priručnik, 2011, стр. 379; И во Германија привилегираниот сведок може да одбие телесен преглед со кој ќе може да се обезбедат докази против обвинетиот и мора да биде поучен за ова свое право - Bradley, 1983, стр. 1060.

¹⁸²⁴ Цитирани повеќе хрватски автори (Jemrić Mato, Tomašević Goran, Krapac Davor, Gluščić Stjepan, Pavišić Berislav, Modly Duško) кај Karas, 2006, стр. 64-66, 76; Исто и Državno odvjetništvo Republike Hrvatske, Priručnik, 2011, стр. 119.

Меѓутоа законодавецот, а посебно судската пракса како да имаат друга замисла. Точно е дека полициските извиди прво што треба да обезбедат се информации битни за насочување на истрагата за одредено дело кон конкретно лице, но тоа не ги лишува доказите, посебно материјалните од употребна вредност. Полицијата *ex lege*, значи без судски налог е овластена да врши прегледи на превозни средства, патници, багаж или простории на државни органи и доколку при тоа најде доказ за к.д. тој бездруго ќе може да се употреби во последователната постапка. Притоа законот дозволил што таа може, а што не може да прави без судски налог. Така што она на што ја овластил не може да се смета за незаконито дејствие, а прибавениот доказ незаконит доказ. Битно е полицијата да ја почитува законски дозволената процедура по основ (кога може нешто да прави) и по обем (начинот како треба тоа да го прави). Исто е и со фотографиите од осомниченото лице, земените отпечатоци или биолошки материјал од него и од други лица, примероци од крв, гласовни примероци и сл. Сите овие примероци собрани на начин дозволен со закон може да се користат, впрочем врз нив се изработуваат разни лабораториски анализи и вештачења.

Полицијата сè уште во многу држави не може да испитува лица во својство на осомничени, сведоци или вештаци, но тоа не е пречка службениците да посведочат за личните забележувања кои ги имале при преземањето на активностите сè додека тоа не се изјави од овие групи лица. Дури и тука има исклучоци, па ако овие лица доброволно изразат желба да зборуваат пред полицијата, таа не треба да затвори очи и уши, ниту да ѝ биде забрането, перцепцијата да ја сподели со ЈО или со судот. Да, тоа би било сведочење по слушање, неговата доказна вредност по правило е помала отколку со изворниот сведок, но не претставува забранет доказ. Како што постои тенденција за напуштање на судската истрага и премин кон обвинителска, постои тенденција и за почесто прифаќање на резултатите од полициските извиди во судските постапки. Едноставно со зголемување на професионалноста на полицијата се зголемува и довербата во неа. Затоа не се согласувам со горниот доктринарен став и сметам дека е правилно спротивното гледиште заземено од други автори.¹⁸²⁵

Кај нас сè уште постои забрана полицијата да сослушува лица во својство на обвинети, сведоци или вештаци за која може да полемизираме.¹⁸²⁶ Во однос на притворското испрашување постојат грижите на кои укажал ВСС во предметот Миранда. Од друга страна факт е дека веднаш по настанот може да се добијат најсвежи и најточни податоци. Затоа може да се уважи стравувањето од Миранда и да се овозможи полициско испитување чии резултати би имале вредност во судска постапка само во присуство на бранител, трајно зачувано со видео техника.

4.1.4. Посебни истражни мерки

Извидите и истражните дејствија јасно покажуваат дека обвинетиот покрај субјект е и објект во кривичната постапка. Имено, без негова согласност нему лично или врз неговите недвижни и подвижни предмети може да се изврши претрес или преглед, да се земат биолошки материјали од него, да биде предмет на препознавање, да се присили да облече одредена облека за да се види дали му одговара, да се соблече за да се изврши преглед на неговото тело итн.

Тој освен на отворено истражување (прегледи, претреси) може да биде предмет и на тајно набљудување и опсервирање. Како изразито интрузивен метод и начин на

¹⁸²⁵ Бужаровска/ Ре/ Карнавас, 2010, стр. 18.

¹⁸²⁶ За споредба во Германија полицијата може да ги испитува граѓаните, па ако од важни причини сведокот не може да се појави на расправата дозволено е читање на полицискиот записник со неговиот исказ - Damaška, 2001, стр. 76-77.

прибирање докази, прислушувањата како една од п.и.м. до измената на чл. 17 од Уставот со Амандманот XIX и не можеле да бидат дел од кривичната постапка. Прв пат биле воведени во 2004 г., а дополнети и надградени во 2010 г.¹⁸²⁷

Специјалните истражни техники не смее да поттикнат извршување на к.д. Добиените податоци, известувања, документи и предмети прибавени со нивна правилна примена може да се користат како доказ во кривичната постапка. Лицата што учествувале во спроведувањето на мерките (пр. тајните полициски агенти) од една страна нема да се гонат за дејствија на помагање ако се сторени заради обезбедување на податоци и докази за успешно водење на кривичната постапка и од друга може да се испитаат како заштитени сведоци, при што нивниот идентитет претставува службена тајна. Дел од п.и.м. ги наредува ЈО, а дел судот, па ако биле преземени без наредба, со пречекорување на овластувањата дадени со наредбата¹⁸²⁸ или спротивно на законските одредби, доказите до кои се дошло со нив не може да се употребат во кривичната постапка.¹⁸²⁹ Дополнително дури и ако биле законито спроведени, изјави добиени со примена на п.и.м. од лица кои се ослободени од обврската за сведочење не може да се користат како доказ во постапката.¹⁸³⁰

Специјалните истражни техники може да се користат само кога постои доволна причина да се верува дека се подготвува или е извршено сериозно к.д. зашто неопходно е да постои пропорционалност помеѓу ефектите од нивното користење и идентификуваната цел. Кога се одлучува за нивна примена мора да се направи проценка во однос на сериозноста на делото и нивната наметлива природа за да се осигури примена на помалку наметливи истражни методи доколку тие овозможуваат откривање на делото и гонење на осомничените. Крајно нужно е да постои законска процедура која ќе го регулира прибавувањето и прифатливоста на доказите со п.и.м. и ќе ги заштити правата на обвинетите за чесно судење.¹⁸³¹

Бидејќи п.и.м. се поинтрузивни од другите методи на прибирање докази може да се применат при истражување на заокружена листа потешки к.д.¹⁸³² Често се случува истрагата да се води за повеќе дела, а подоцна во текот на постапката да отпадне токму тоа за кое ЗКП дозволил нивна примена. Во таков случај ако имало судска наредба, ако таа била издадена за к.д. за кое законот дозволувал посебна мерка, ако мерката била извршена прописно и во рокот даден со наредбата нема спор околу начинот на прибирање на доказот или самиот доказ. Спорниот момент настанува нешто подоцна,

¹⁸²⁷ Чл. 51 (142-б, 142-в, 142-г) од ЗИД/04 и чл. 252-271 од ЗКП/10.

¹⁸²⁸ Во судскиот прирачник за кривична постапка на Косово како пр. за ова се наведува ситуација кога полицијата извршила две симулирани купувања иако со наредбата била овластена да изврши едно, но и ситуации кога самата наредба е фалична (во неа не е потенцирано времето на примена на прикриените мерки, не е констатиран основаниот сомнеж или дури и ако барањето на обвинителството не содржело факти кои го поткрепуваат основаното сомневање - Hyseni/ Shala, 2015, стр. 37.

¹⁸²⁹ Исто и во Србија. Ако повредата настанала при проширување на надзорот (во однос на други лица, броеви и сл.) тогаш незаконити ќе бидат доказите собрани со проширениот надзор, а не и оние добиени врз база на надзорот извршен со основниот налог - Delibašić/ Mikić/ Marinkov/ Orović, 2019, стр. 66.

¹⁸³⁰ Последнаво е новина во чл. 259 од ЗКП/10 споредено со уреденото во чл. 51 (142-д) од ЗИД/04.

¹⁸³¹ Препорака П (2005) 10, § 4-7.

¹⁸³² Во Австрија пр. степенувана е можноста за примена на различни п.и.м. согласно тежината на делото што се истражува. Така според Schmoller, 2004, стр. 254 - за к.д. за кое е запрета казна затвор над 1 г. може да се преземат увид во банкарски документи, следење и прикриени извиди од подолго траење, отворање на писмата и надзор над телефонските и други средства за комуникација, за к.д. со пропишана казна над 3 г. може да се склучат симулирани правни работи, да се преземе „мало“ прислушување (видео и акустичен надзор на изјавите дадени на прикриениот истражител), автоматско срамнување на податоци кои телата на казниот прогон самостојно ги прибавиле, а за она за кое законскиот минимум е 10 г. „големо“ прислушување (оптички и акустичен надзор без присуство на прикриен истражител), автоматско срамнување на податоци со влез во надворешни банки на податоци.

ако ЈО се откаже од гонење на делото за кое може да се определи п.и.м., а продолжи да гони за некаталошко дело. Вака доаѓаме до сложена правна ситуација, поради отпаѓање на делото заради кое првично биле определени п.и.м. собраните докази да бидат лишени од законскиот основ кој дозволувал специјален начин за нивно прибавување.

Скратено, дилемата е дали законито прибраните докази, подоцна може да станат незаконити? Врховниот суд одговорил позитивно на ова прашање кога оценил дека доказите прибавени со примената на п.и.м. мора да бидат издвоени од списите на предметот, а судовите да не можат врз нив да ги засноваат своите одлуки.¹⁸³³

Издвојувањето на вака законски прибавените докази не може да се оправда преку 1) принципот на веродостојност зашто тие имаат силна доказна вредност, 2) со оној за одвраќање на полицијата, зашто таа работела законито, имала налог и постапила во склад со него, 3) ниту преку заштитата на судскиот интегритет, зашто не може да се каже дека судот со прифаќање на доказите за некаталошко дело одобрува незаконито постапување кога тоа не било такво. Тогаш кое би било оправдувањето за ваквата пракса. Објаснување може да даде единствено заштитниот принцип кој не дозволува узурпација на правата и мешање во приватноста за откривање и гонење лесни и средни к.д.

Во овој контекст и случајните наоди се дозволени само ако се однесуваат на каталошки определено к.д. Во нив влегуваат други докази кои биле откриени при спроведувањето на п.и.м., како и други лица случајно фатени со мерките, а кои не биле опфатени со судската наредба за нивно одобрување (пр. лица кои учествувале во разговорот со она против кое била издадена наредбата).¹⁸³⁴

Судската пракса во Хрватска за случајните наоди е порестриктивна. И таму доказот прибавен со п.и.м. освен спрема лицето за кое мерката била наложена може законито да се употреби и 1) против секое трето лице кое се затекнало во сферата на криминалната активност на лицето против кое мерката била насочена, 2) ако криминалната активност на третото лице влегува во битието на к.д. за кое може да се нареди п.и.м., 3) под услов третото лице да учествувало во реализација на делото на лицето против кое некоја од п.и.м. законито била наложена.¹⁸³⁵ Така ако против некое лице е издадена п.и.м. поради сомнеж дека е дел од организација која се занимава со препродажба на наркотични средства, доказите ќе може да се применат и спрема други лица кои учествувале пр. во продажба, пакување, превоз на дрогата иако против нив не била издадена п.и.м. Но, нема да може да се користат како докази за некое друго дело, пр. примање или давање поткуп (и покрај што е каталошко), бидејќи тоа дело не влегувало во сферата на криминалната активност на лицето за кое бил издаден налог за п.и.м. Значи снимките од прислушуваниите разговори нема да може да се употребат како

¹⁸³³ ВСРМ Квп.бр.97/2010 од 7.7.2010 г. и ВСРМ Квп.Кок1.бр.3/2013 од 8.4.2014 г. и двете во ЗСО 2004-2014, ВСРМ, 2015, стр. 151-155, 200-202; Исто и Калајџиев/ Лажетик/ Неделкова/ Денковска/ Тромбева/ Витларов/ Јанкуловска/ Кадиев, 2018, стр. 586, 820; Андонова/ Божиновски/ Гогов/ Димовска/ Јовчески/ Каровска-Андоновска/ Крстик/ Петровиќ-Арсовска/ Саити/ Сарамандова, 2019, стр. 51-52, 66 се повикуваат и на АС Скопје КЖ-1619/08 од 3.2.2009 г.; Исто и во Косово - Hyseni/ Shala, 2015, стр. 37.

¹⁸³⁴ Исто и Калајџиев/ Лажетик/ Неделкова/ Денковска/ Тромбева/ Витларов/ Јанкуловска/ Кадиев, 2018, стр. 590; Исто и во БиХ - Šikman, 2017, стр. 151; Во Германија случајните докази добиени со п.и.м. може да се употребат за каталошки к.д. Бредли посочува случај од 1978 г. во кој Федералниот суд зазел став дека тие не може да се користат за натамошно истражување на некаталошко дело, ниту смеат да му се предочат на осомничениот при испитување за друго дело. Судот укинал осуда базирана на законски прислушувани разговори наредени за каталошко дело, а кои откриле докази само за некаталошко и признание дадено од осомничениот откако во полиција му биле предочени снимените разговори - Bradley, 1983, стр. 1055-1056; Но, види и Бојлке, 2009, стр. 315-316 - според кој може да се искористат и за некаталошки дела само кога овие биле во непосредна врска со делото за кое била издадена наредбата.

¹⁸³⁵ ВСРХ I Кж-573/03 и IV Кж-109/03 кај Kos, 2005, стр. 29-31; Слично и Kos, 2004, стр. 13.

доказ против овие трети лица, туку како основ врз база на кој заедно со други докази ќе може против нив да се отвори истрага и да се наредат п.и.м.

Според друга одлука на хрватскиот врховен суд, овој вид докази иако не може да се користат во доказни цели во постапка која се води за некаталошко дело, нема пречка да се користат при испитување на осомничениот во истрагата на ист начин како што се употребуваат службените белешки (да му се предпочат основите за сомневање кои постојат против него и да се праша што има да каже за нив).¹⁸³⁶

4.1.4.1. Масовното прислушување и употребата на неговите резултати

Погоре видовме, законските решенија се прецизни и исклучувачки. Ако п.и.м. биле преземени без судска наредба, со пречекорување на овластувањата дадени со наредбата или во спротивност со законските одредби, доказите до кои се дошло со нив не може да се употребат во кривичната постапка. Специјалните истражни мерки може да се применат само во однос на точно определени к.д., па ако истрагата се водела за повеќе дела, но отпаднало она за кое каталошки можеле да се определат тогаш доказите иако законски прибавени, не ќе може да се користат во судска постапка.

Може да се каже дека нашиот закон е порестриктивен отколку што дозволува праксата на ЕСЧП по која пресретнување на комуникации може да се нареди и во однос на сведок,¹⁸³⁷ бидејќи овозможува примена на п.и.м. само спрема лице кое на некој начин учествува во реализација на криминалниот чин (подготвува, презема дејствие, сторува к.д. или помага - чл. 255 ст. 1 и 2 од ЗКП/10). Притоа чл. 12 од ЗКП/10 не допушта вагање како германското право.¹⁸³⁸

Дел од доктрината е против ваквото решение и се залага за релативизирање на забраната за тешки облици на к.д. по примерот на Германија и Хрватска,¹⁸³⁹ за балансиран пристап и решение кое ќе овозможи употреба на незаконито прибавените материјални докази кога објект на постапка се тешки к.д. (казна затвор од 5 г. или потешка),¹⁸⁴⁰ односно за менување и дополнување на македонското решение по примерот на хрватското, релативизирање на забраната при повреда на правото на приватност, чест и углед и наспроти него преовладување на јавниот интерес.¹⁸⁴¹

Овие заложби потврдуваат дека постоечкото законско решение не е такво. Со други зборови, она што сакал законодавецот тоа го пропишал, она што не го сакал го прекутел. Оттука не е јасно од кој законски основ произлегува поинаквиот заклучок на нашиот Уставен суд.¹⁸⁴²

Доктрината во САД, пак е против селективност на правилото, тоа да не се применува за тешки дела, а да важи за останатите поради можноста обвинителството

¹⁸³⁶ ВСПХ Кзз 3/2004 од 17.8.2004 г. кај Petković/ Pajčić, 2011, стр. 431-432.

¹⁸³⁷ Roman Zakharov v. Russia, A. no. 47143/06, 4.12.2015, § 244 - судот претходно одлучи дека мерките за пресретнување во однос на едно лице кое не било осомничено за никакво дело, но може да поседува информации за такво дело, може да биде оправдано согласно чл. 8 од Конвенцијата.

¹⁸³⁸ Исто Калајчиев/Лажетик/Неделкова/Денковска/Тромбева/Витларов/Јанкуловска/Кадиев, 2018, стр. 67.

¹⁸³⁹ Тупанчески/ Кипријановска, 2015, стр. 198-199.

¹⁸⁴⁰ Камбовски, 2017, стр. 4-5.

¹⁸⁴¹ Калајчиев, 2018, стр. 23; Калајчиев/ Ариф/ Маршавелски/ Божиновски, 2018, стр. 62.

¹⁸⁴² УСРСМ У.бр.22/20 и У.бр.231/20 од 10.5.2023 г. § 3 - при одлучувањето на допуштеноста на незаконските докази во кривичната постапка, судската практика инсистира на целосна проценка на пропорционалноста на правото на одбрана на обвинетиот и интересот на кривичниот прогон. При одлучување за допуштеноста на некој доказ, судовите се водат од одредени критериуми како сериозноста на к.д., сериозноста на процедуралните повреди во контекст на собирање на доказите и намерата за заобиколување на доказните правила пред судот. Ако во секој поединечен предмет судот утврди дека правата на обвинетиот преовладуваат над интересите на кривичниот прогон, во тој случај доказите собрани на незаконит начин не може да се користат во кривичната постапка.

свесно да гони осомничени за тешки к.д. во која постапка би се прифатил неуставно прибавениот доказ наместо за објективно сторените полесни облици на исто дело за кои не би бил прифатен и обвинетиот би бил ослободен.¹⁸⁴³

Масовното прислушување како непобитен факт, несомнено влијаеше врз македонските судови во однос на толкувањето на апсолутните законски одредби за безусловна ексклузија на прибавените изворни докази (прислушуваниите разговори) и плодовите од нив? Ова несомнено беше вонстандардна ситуација.

Меѓутоа ако „тест за квалитетот на една цивилизација е нејзиниот третман кон обвинетите за криминал“,¹⁸⁴⁴ ако системите за кривична правда се „барометри на социјалниот развико“,¹⁸⁴⁵ „ако кривичното право и кривичната постапка се огледало на состојбите во едно општество“,¹⁸⁴⁶ а кривичното процесно право „сеизмографот за уставните права и слободи“¹⁸⁴⁷ на граѓаните во една држава, тогаш праксата не требаше да отстапува од вообичаениот став како да се постапува со материјали од незаконско прислушување спроведено без судски налог и за некаталожка група на к.д.

Законите се средства за постигнување одредени ефекти што законодавецот ги смета за општествено пожелни.¹⁸⁴⁸ Па, ако нашето право ја прифатило американската верзија дури и во поширок обем отколку што практиката таму ја применува, значи дека нашиот законодавец вовел повисок степен на заштита од оној прифатен во многу држави, со што барем нормативно повеќе ги заштитил граѓаните од незаконитите дејствија на органите на прогонот. Ефектот што сакал да го постигне е очигледен, обвиненијата и осудите да се засноваат само на законити докази и никако поинаку.

И за разлика од другите држави кај кои и да постои повреда на некое уставно или меѓународно признато право судот е тој којшто 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 к.д.

За масовното прислушување се осврнав во два мои труда. Во едниот споредував навидум неспоредливи институти како тортурата, поротата и незаконитите докази, и го поставив прашањето дали и кај нас се повторило во пракса истото како со легалната доказна теорија и поротниот систем.¹⁸⁴⁹

За проверка анализирав повеќе одлуки на апелациониот суд донесени по жалби на СЈО против решенија на основниот суд со кои биле издвоени докази.¹⁸⁵⁰

¹⁸⁴³ Kamisar, 1987, стр. 13-14.

¹⁸⁴⁴ Schaefer, *Federalism and State Criminal Procedure*, 70 *Harv. L. Rev.* 1, 26 (1956) во *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 480 (1966); Marcus/ Markman, 1988, стр. 23.

¹⁸⁴⁵ Roxin, Claus/ Schünemann, Bernd, *Strafverfahrensrecht*, 28. Aufl., München 2014 at. 9 кај Gless/ Richter, 2019, стр. 1.

¹⁸⁴⁶ Трпеноски, 2021, стр. 23.

¹⁸⁴⁷ Кгарас, 1990, стр. 44 (пренесува навод на Клаус Роксин).

¹⁸⁴⁸ Марјановиќ, 1998, стр. 204.

¹⁸⁴⁹ Трпеноски, 2021, стр. 22-23 - 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 заради почитување строги формални правила кои во прв ред се осмислени да го заштитат обвинетиот... Општествата ги заобиколиле пресилните гаранции кои 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.

¹⁸⁵⁰ Види Трпеноски, 2021, стр. 17-19; Кратенката СЈО се однесува на Јавно обвинителство за гонење на к.д. поврзани и кои произлегуваат од содржината на неовластеното следење на комуникациите.

Заклучив дека Апелациониот суд во Скопје при инцидентно решавање на прашањето за неприфатливост на доказите кои потекнуваа од прислушуваниите материјали независно од составот на советите во сите решенија прифатил унисон став,¹⁸⁵¹ подоцна пресликуван во одлуки и на други судови.¹⁸⁵²

Видно од одлуките, Апелациониот суд го прифатил правниот став изнесен во пресудата од предметот познат како „Шпион“ каде акцентот се става врз прибавувањето, а не врз создавањето на доказите, па како во прецедентното право таа одлука ја цитира во втората, тие две во третата одлука итн.¹⁸⁵³ Веднаш би истакнал дека нема ништо негативно кога судот се повикува на претходно изнесени ставови. Впрочем така судската пракса би била предвидлива, во насока на јакнење на правната сигурност како еден од трите елементи на правдата. Не случајно Законот за судовите во чл. 3 како една од целите и функциите на судската власт го поставува и обезбедувањето правна сигурност врз основа на владеење на правото. Крајно прецедентите веќе се дел од нашиот правен поредок.¹⁸⁵⁴

Во нашата доктрина не постои согласност што влегува во зборот прибавени употребен во чл. 12 од ЗКП/10. За едни под изразот прибавени докази може да се подразберат создавање доказ или доаѓање до доказ на друг начин.¹⁸⁵⁵ Други ја прифаќаат дистинкцијата што се прави помеѓу создавањето и прибавувањето на доказот. Според вторите дикцијата на чл. 12 упатува на заклучок дека доказите обезбедени со тортура или

¹⁸⁵¹ КЖ-729/17 од 4.8.2017 г.; КСЖ-465/17 од 18.9.2017 г.; КСЖ-534/17 од 1.11.2017 г.; КСЖ-544/17 од 3.11.2017 г.; КСЖ-540/17 од 3.11.2017 г.; КСЖ-548/17 од 7.11.2017 г.; КСЖ-590/17 од 28.11.2017 г. - 1) Чл. 12 ст. 2 од ЗКП го регулира начинот на прибавување на доказите, а не начинот на нивното создавање или на нивната содржина. 2) Без оглед како доказот е создаден, ако истиот е прибавен на законит начин, во конкретните случаи предаден на обвинителството на начин предвиден во ЗКП со чл. 287, во постапка на прибирање на 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. 3) 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“. 4) Во сите одлуки (освен во првите две КЖ.бр.729/17 и КСЖ.бр.465/17) 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 к.д., 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 РМ, 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, кој принцип претставува темелна вредност на уставниот поредок на Република Македонија. 5) Со донесување на споменатиот Закон за СЈО за овој суд аудио - записите од телефонските разговори се внесени во правниот поредок на РМ и врз нивна основа СЈО истражува к.д. и гони сторители и истите стануваат дел од доказниот материјал.

¹⁸⁵² Ос.с.Ск.І КОК.бр.59/17 од 23.5.2018 г. и КОК.бр.21/18 од 8.10.2018 г.; АС Скопје КОКЖ.бр.23/18 од 4.10.2018 г.; ОКС Скопје К.бр.238/18 од 4.7.2019 г.; ВСРСМ Квп2.бр.114/2019 г. од 23.9.2020 г.

¹⁸⁵³ За волја на вистината дел од научната струка како и нашиот Уставен суд благонаклонето гледаат на ова стојалиште - види Арифи, 2017, стр. 67-68 и УСРСМ У.бр.22/20 и У.бр.231/20 од 10.5.2023 г., § 3.

¹⁸⁵⁴ Чл. 18 ст. 5 и 6 од Законот за судовите - Судот во конкретните случаи непосредно ги применува конечните и извршни одлуки на ЕСЧП, на МКС или на друг суд, чијашто надлежност ја признава РМ. Судот при одлучувањето е должен да ги применува ставовите изразени во конечни пресуди на ЕСЧП.

¹⁸⁵⁵ Камбовски, 2017, стр. 4; Види и Виџак, 1995, стр. 3 - терминот прибавени сугерира некаква конекција помеѓу неправилното однесување и откривањето на доказот, при што не е неопходна директна каузална врска или да се покаже дека доказот не ќе бил обезбеден да не била неправилноста, туку доволно е да постои придонес на неправилното однесување за достапноста на оспорените докази.

изнуда се забранети и недозволиви како од аспект на нивното создавање, така и од аспект на нивното прибавување, за разлика од оние обезбедени со повреда на правото на приватност кои независно што може да се незаконски создадени, се прифатливи ако се прибавени на законит начин со почитување на одредбите на ЗКП.¹⁸⁵⁶

Како пр. се наведува случај ако едно лице незаконски набави оружје и со него убие друго лице, кое при законит претрес со налог е најдено, судот не само што нема да го прогласи за незаконско туку покрај за убиството ќе одговара и за набавката на оружјето.¹⁸⁵⁷ Овде се губат од вид две работи, прво, и во хипотетички поставениот случај доказот е најден законски со налог, а не без него (што е битна разлика) и второ, никој нема право незаконски да набавува оружје, но секој има уставно и конвенциско право на приватност (кое за волја на вистината може да биде ограничено, под тесно определени исклучоци).

Основно при повикувањето на прецеденти е одлуката на која се повикуваме да се однесува на иста или слична правна ситуација како новиот случај. А, правната ситуација од предметот „Шпион“ не беше 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 пракса во овој дел, одлуката да се прифатат снимките како доказ била правилна, но не од причините кои ги навел нашиот суд. На располагање имал многу поприватливо, поедноставно и поелегантно решение. Американската пракса 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 „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, вклучително и 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, по истата правна логика не е пречка под претпоставка да го снимил разговорот 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 против себеобвинување.¹⁸⁵⁸

Но, во предметите произлезени од масовното прислушување ситуацијата не беше таква како кај „Шпион“, едниот од соговорниците да го снимил меѓусебниот разговор.

¹⁸⁵⁶ Арифи, 2017, стр. 63-64; Калајџиев/ Арифи/ Маршавелски/ Божиновски, 2018, стр. 18-19, 50-51; Бубевски/ Јакимовска/ Јакимовски, 2017, стр. 235.

¹⁸⁵⁷ Арифи, 2017, стр. 63; Калајџиев/ Арифи/ Маршавелски/ Божиновски, 2018, стр. 50-51.

¹⁸⁵⁸ Во споредбеното право конкретно во Канада, постои разлика ако полицијата го снима разговорот со согласност на еден од учесниците или ако полициски службеник е еден од учесниците во разговорот. Во таков случај согласно канадскиот врховен суд потребен е судски налог - R v. Duarte (1990) 1 S.C.R. 30 кај Lai, 2007, стр. 68. Според Лаи логиката на судот кој не го прифаќа американското гледиште е дека говорникот кој му се доверува на слушателот го носи ризикот слушателот да ја повтори информацијата на трето лице. Но, говорникот не треба да го носи ризикот додека разговара со слушателот, државата истовремено да прислушува и да прави постојан електронски запис од разговорот без судско овластување. Првото можеби е разумно нарушување на приватноста, но второто е неразумно; И во Германија не е дозволено учесникот во разговорот тајно да го снима соговорникот, така што снимката вообичаено не е прифатлив доказ во кривичната постапка - Thaman, 2010, стр. 371.

Овдека полицијата користејќи апарати за прислушување пресретнувала туѓи телефонски разговори што не ѝ биле наменети и правела снимки од нив. Првиот е случај на самоиницијативно снимање сторено од физичко лице без вмешаност на државата, а другите на масовно прислушување и енормно кршење на човековите слободи и права од страна на полициски службеници со полициска апаратура.

Намерното и систематско кршење на меѓународното и домашното право за прибавување информации релевантни за кривично гонење може да се најде под удар на ЕСЧП.¹⁸⁵⁹ Дури ни разликата која ја прават некои држави помеѓу вертикално и хоризонтално дејство на повредата овде не игра улога, бидејќи повредата е вертикална. Спротивно на ставот на ВРСМ за кого „сè уште не е утврдено дали се создадени од поединец или институција“¹⁸⁶⁰ општопознато е дека во нивното прибирање биле употребувани системите за прислушување на МВР.

Учеството на полициски службеници и употребата на полициски системи ја прави небитна разликата помеѓу создавањето и прибавувањето на доказите, а која видно од образложението на одлуките очигледно била многу значајна. Па, така правната логика на судот од „Шпион“ употребена во суштински различни ситуации доведува до апсурдни решенија каде 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?

Прво, резонот по кој се воделе македонските судови би можел да се најде под критика од ЕСЧП. Судот за сосема друга правна работа оценил дека домашните власти не можат да бидат ослободени од нивната одговорност за постапките на службените лица, едноставно оправдувајќи се со тоа дека тие дејствувале на приватна иницијатива, зашто така би дошло до злоупотреби и произволност со овозможување важечките начела да се заобиколат и избегнат преку приватизација на полициските техники.¹⁸⁶¹

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

Според горните одлуки на Апелациониот суд „незаконски создадените, а законски прибавените докази секогаш се применливи и дозволени во кривичната постапка заради фактот што акцентот на законодавецот е ставен врз прибавувањето, а не врз создавањето на доказите“.¹⁸⁶²

Една од задачите на полицијата е да спречи вршење к.д. и прекршоци, откривање и фаќање на нивните сторители и преземање други со закон определени мерки за гонење на сторителите на тие дела (чл. 5, 11, 14, 28, 36, 42, 51-а, 57, 60, 60-а, 61, 63-а, 65, 66, 68 од Законот за полиција). Според овде посочените одредби, а и погоре анализирани кај делот на извидите, таа може ех lege да презема дејствија без да чека наредба од обвинителството или од судот.

¹⁸⁵⁹ K.S. and M.S. v. Germany, A. no. 33696/11, 6.10.2016, § 23, 52 - во овој случај немало таква злоупотреба од германските власти, па ЕСЧП не нашол повреда на чл. 8 од ЕКЧП.

¹⁸⁶⁰ ВРСМ Квп.КОК2.бр.6/2019 од 17.9.2020 г.; ВРСМ Квп.КОК2.бр.7/2019 од 17.9.2020 г.

¹⁸⁶¹ Ramanauskas v. Lithuania, A. no. 74420/01, 5.2.2008, § 63-64.

¹⁸⁶² Арифџи, 2017, стр. 68; Калајџиев/ Арифџи/ Маршавелски/ Божиновски, 2018, стр. 54.

Ако се примени правната логика дека „акцентот на законодавецот е ставен врз прибавувањето, а не врз создавањето на доказите“ со која некои се согласуваат,¹⁸⁶³ ќе нема пречка полицијата секогаш да го виктимизира и да го прислушува без судски налог. Може да претресува без налог, да повикува, 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 органи сè на истата страна на медалот и сè дел од истиот систем на кривична репресија. Тоа се коси и со општо прифатеното теориско гледиште во поглед на фазите низ кои преминуваат доказите во една постапка, „прибавување -> предлагање -> изведување -> оценка на доказите“.

За да може да се предложи, доказот мора да се прибави (може да се предложи и доказ кој дополнително треба да се прибави, пр. судот да прибави доказ кој странката сама не може да го обезбеди, но тоа е исклучок). Сè што е пред предлагањето е прибавување и делува вештачко таа прва фаза да се дели на создавање и прибавување. Така би доаѓале до апсурди, полицијата нелегално да обезбеди доказ, а потоа ЈО со барање да го прибави од неа и сето тоа формално да биде законски. Нешто тука стрчи, не чини.

Прифаќањето на гледиштето „кога јавниот интерес е во прашање, фактот што еден доказ навлегува во ограничувањето или прекршувањето на индивидуалните права на поединецот не го прави тој доказ недозволен во судската постапка“¹⁸⁶⁴ би не вратило во постапките од средниот век во кои барањето на вистината и осудата на сторителот биле единствена цел на постапката. Како што тогаш немало потреба од бранители и други одбранбени права, ни сега ако јавниот интерес кој секогаш го има во кривичните постапки не го прави незаконито прибавениот доказ недозволен нема поента да се вградуваат во законите правила кои го уредуваат начинот на откривањето, прибавувањето, прифаќањето и вреднувањето на доказите. Синтагмата „јавниот интерес пред сè“, наликува на „државата пред сè“ и другите слогани од периодите на тоталитарните системи.¹⁸⁶⁵

Прислушувањето е забрането со чл. 151 од КЗ. Кај дозволеното прислушување противправноста е исклучена со посебни прописи. Тие кај нас се Законот за следење на комуникациите и ЗКП/10. Ова подразбира дека полицијата нема право да прислушува надвор од пропишаните услови (писмен судски налог и сл.), ниту тоа може да се оправда преку заштитата на некое правно добро.¹⁸⁶⁶

Според инаквото гледиште, доволно ќе е ЈО на редовна база врз основа на чл. 287 од ЗКП/10 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 како тоа ги прибавило, а не од кого и како првиот дошол до нив. Правната сигурност ќе стане мисловна именка во новата реалност која прави вештачка разлика помеѓу создавањето и обезбедувањето на доказот. А, сè со една цел, последново артифициелно да го вклопи во „прибавувањето“ кое како термин го избрал законодавецот, и на ист таков начин да го исфрли првото.

Чл. 12 од ЗКП/10 е јасен, а јасните норми не се толкуваат (*clara non sunt interpretanda*). Кога законодавецот ги вовел во нашиот правен поредок чл. 15 ст. 2 од

¹⁸⁶³ Арифи, 2017, стр. 63-64, 68; Калајџиев/ Арифи/ Маршавелски/ Божиновски, 2018, стр. 18-19, 50-51, 54, 62.

¹⁸⁶⁴ Калајџиев/ Арифи/ Маршавелски/ Божиновски, 2018, стр. 57.

¹⁸⁶⁵ Карактеристика на социјалистичкиот концепт на човековите права беше принципот на приоритет на јавните интереси пред индивидуите. Во случај на конфликт меѓу јавните интереси и индивидуалните права надвладувал јавниот интерес, потребите и правата на индивидуите се сметаа како секундарни во однос на државните и колективните - Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 232.

¹⁸⁶⁶ Така и Novoselec/ Martinović, 2019, стр. 146.

ЗКП/97 или чл. 12 ст. 2 од ЗКП/10 сигурно ги имал предвид различните конкурентни интереси. На една страна, се утврдувањето на вистината и гонењето на криминалците и за таа цел користа судот пред себе да ги има сите релевантни докази независно од начинот како биле прибавени. На друга страна, се уставните гаранции за човековите слободи и права, пресумпцијата на невиност и потребата осудата да се обезбеди во фер постапка и со законски прибавени докази. Ако законодавецот *ex ante* и *in abstracto* направил баланс на различните уставни вредности и решил примат да даде на почитувањето на човековите слободи и права и на законитоста на доказите токму со воведувањето на посочените две законски одредби, тогаш не е дозволено судот *in concreto* од случај до случај повторно да ги вага истите тие вредности за да му даде примат на јавниот интерес за гонење на криминалот. На ваков начин судот би ја заобиколил јасно изразената законодавна волја и наместо неа би наметнал своја.¹⁸⁶⁷

Притоа се заборава фактот дека штом некое право добило уставна гаранција, тогаш неговата заштита истовремено претставува и државен интерес или како што пишал Уставниот суд „уставната гаранција на слободата и неповредливоста на комуникацијата е добро од општ интерес со јавно значење кое е дел од основните слободи и права на човекот и граѓанинот во Републиката“.¹⁸⁶⁸ Ако законот заштитил некакво право или забранил одредено однесување значи дека кај него постои некакво „нормативно очекување... однесувањето да... се одвива спрема барањата на нормата“.¹⁸⁶⁹ Штом правото добило свое место во Уставот, штом повредата претставува к.д. пропишано со КЗ, штом „исклучувањето на незаконито прибавените докази претставува еден од клучните елементи на правичното судење“¹⁸⁷⁰ и затоа употребата на доказот прибавен на таков начин е забранета со ЗКП, тогаш од кој акт извира јавниот интерес што го негира сето претходно.

Кај нас постои расчекор помеѓу уставно прокламираните цели и праксата, помеѓу посакуваната и вистинската стварност. Бидејќи прашањата за целите се прашања за тоа кои нешта се посакувани,¹⁸⁷¹ да видиме кои нешта се посакувани во нашата држава.

Ако Уставот како прва, основна норма појаснува што е целта, односно каква треба да биде во пракса нашата држава, тогаш темелните вредности се јадрото, нуклеусот. Нив може да ги согледаме како основна, сушта цел, а се друго како метод, средство или начин за нивно остварување. Преамбулата на нашиот Устав како програмски водич за сè што следи по неа ги вградила во себе владеењето на правото и човековите слободи и права. Тие се темелни вредности на нашиот уставен поредок, што ќе рече сите правни акти почнувајќи од највисокиот па до најнискиот и сите материјални дејства на тие што се должни да ги применуваат овие акти мора да бидат во хармонија со нив. Некој може ќе праша, како знаеме дека владеењето на правото и човековите права се посакувана цел кај луѓето. Едноставно, за тоа не ни е потребно метафизичко филозофирање, ниту треба дедуктивно да се обидуваме да докажеме од општо кон посебно, туку доволен е индуктивниот метод. Доволно е едноставно да видиме што сакаат луѓето, а тие сакаат повеќе од сè правда, владеење на право, еднаквост на сите, заштита на нивното достоинство, слободи и права. Впрочем меѓународните декларации се своевиден каталог на желбите и минималните потреби на модерните луѓе.

Доктрината пишува

¹⁸⁶⁷ За автори кои застапуваат поинакво и автори кои застапуваат слично доктринарно гледиште како моето види кај Giannouloupoulos, 2007, стр. 185-186.

¹⁸⁶⁸ УСРСМ У.бр.22/20 и У.бр.231/20 од 10.5.2023 г., § 3.

¹⁸⁶⁹ Кгарас, 2012а, стр. 148.

¹⁸⁷⁰ УСРСМ У.бр.22/20 и У.бр.231/20 од 10.5.2023 г., § 3.

¹⁸⁷¹ Мил, 2014, стр. 37.

„Правата се... задолжителни и се од висок приоритет“,¹⁸⁷² „државната власт е во функција на граѓанинот, без право на мешање во неговата приватна сфера, надвор од уставот и законот“,¹⁸⁷³ „Владеењето на правото вклучува внатрешна моралност на правото, супрематија на правото, еднаквост пред законот, гарантирање на човековите права, а го исклучува арбитражното владеење.“¹⁸⁷⁴

Зборовите треба да значат нешто. Сè кажува дека нашиот устав

„тргнува од човекот и граѓанинот и неговите слободи и права, како темел на демократскиот политички систем“,¹⁸⁷⁵ „Владеењето на правото се засновува врз неколку постулати: прво, примарно значење на човековите слободи и права; второ, постоење на ограничена државна власт; трето, поделба на власта на законодавна, извршна и судска; четврто, постоење на независно судство и петто, правна сигурност на човекот и граѓанинот“,¹⁸⁷⁶ „законот е истовремено гарант за човековите слободи и права и заштитник од злоупотребите на власта“¹⁸⁷⁷ и конечно дека „Правната сигурност значи постоење на процесни гаранции и на правни лекови за заштита на правото во случај на негова повреда. Процесните гаранции се позначајни за владеењето на правото отколку постоењето на правни норми. Побитни се правните постапки (due process of law) и правните лекови (remedium), од правните норми: правото постои само таму каде што постојат правни лекови (ubi jus ubi remidium)“.¹⁸⁷⁸

Штом човековите слободи и права се уставна категорија со неприкосновен карактер, ако законодавецот ги дерогира или извршната власт ги ограничува надвор од уставно дозволеното, а судот тоа не го санкционира, сите три власти излегуваат од уставната положба. Едни пречекорувајќи ја, други неизвршувајќи ги обврските што им се зададени со највисокиот правен акт.

Уставниот карактер на човековите слободи и права препознава уставна вредност во нив. Штом ги регулира Уставот, парламентот нема можност со законите да ги ограничи надвор од овластувањата кои уставот му ги дава. Ако е така за собранието во една парламентарна демократија, кое законски може да го организира целокупниот живот на општеството, уште повеќе треба да е за извршната власт која е само спроведувач на уставот и законите или за судската чија основна грижа е токму заштитата на тие човекови слободи и права.

Бездруго, прописите треба да осигураат единство на правниот поредок. Според Баер тоа единство потребно е да се осигури во два правци, 1) сите прописи да претставуваат единствена смислена целина, во која нема противречности, односно сите прописи од некој закон да бидат во меѓусебна согласност, а сите прописи од понизок ранг да се во склад со прописите од повисок ранг и 2) потребно е да се осигури единствено толкување на правните прописи, во смисла, не може да постои единство на правниот поредок ако различни државни органи кои применуваат некој правен пропис него го толкуваат различно.¹⁸⁷⁹

Но, не може да постои единство на правниот поредок кога исти органи, пр. судови истите прописи ги толкуваат различно во различни времиња и постапки. Енрико Фери кажал „Законите вредат онолку колку што вредат луѓето кои се повикани да ги применуваат“.¹⁸⁸⁰ Во вакви предмети можеме да видиме колкава е разликата помеѓу нас и развиените демократии во кои навистина се почитуваат човековите слободи и права кои не се без причина вградени во уставите, во кои судството има интегритет посебно во однос на политиката и мислењето на толпата и е на нивото на задачата што му е дадена, бескомпромисно да се грижи правото да владее. Така во Канада,

¹⁸⁷² Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 61.

¹⁸⁷³ Шкариќ/ Силјановска-Давкова, 2009, стр. 347.

¹⁸⁷⁴ Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 38.

¹⁸⁷⁵ Шкариќ/ Силјановска-Давкова, 2009, стр. 173; Шкариќ, 2015, стр. 225.

¹⁸⁷⁶ Шкариќ/ Силјановска-Давкова, 2009, стр. 321; Шкариќ, 2015, стр. 407.

¹⁸⁷⁷ Kambovski, 2005, str. 707.

¹⁸⁷⁸ Шкариќ/ Силјановска-Давкова, 2009, стр. 322; Шкариќ, 2015, стр. 408.

¹⁸⁷⁹ Bauger, 1988, стр. 94.

¹⁸⁸⁰ Бејатовиќ, 2010, предговор на делото.

„јавноста не ја цени важноста на основните права и слободи и затоа на судовите е да ги заштитат тие права и слободи преку ексклузивното средство“,¹⁸⁸¹ „во секоја ситуација во која Врховниот суд можеше да одлучи во корист на пошироките општествени интереси, наместо тоа избра да го заштити поединецот. Овој процес на одлучување го осигури триумфот на либерализмот и губењето на било каков балансиран пристап кон издвојувањето на доказите“.¹⁸⁸²

Пред да завршам со овој дел, сосем кратко морам да го посочам мојот став во однос на прислушуваниите разговори, за да не се претпостави погрешно дека тој е снимките од прислушуваниите разговори да не смеело да се користат во ни една постапка. За тоа веќе пишував кога прв пат во 2015 г. беше донесена одлука за издвојување на материјалите од незаконското прислушување каде се спротивставив на тогашниот судски резон. 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 се релевантни од кривично правен аспект.¹⁸⁸³

А, образложенијата на Апелациониот суд во анализираните одлуки оставаат простор да се помисли дека судскиот став е дека тоа е можно. Зашто секогаш јавниот интерес за откривање на вистината и казнување на виновниците како што објаснува судот ќе предначи пред приватниот интерес за заштита на приватноста. Тој дури прифаќањето на незаконските докази го толкува во функција на владеењето на правото што е бесмислица и пишува за зајакнување на демократскиот дух на државата, иако судовите не се место за промовирање демократија, туку на право и правда.¹⁸⁸⁴

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“.¹⁸⁸⁵

Во право е судот кога пишува дека постои јавен интерес за откривање на вистината и казнување на виновниците и тука нема ништо спорно.

Спорно е што наспроти нив го гледа само приватниот интерес за заштита на слободите и правата на лицето на кое се повредени, иако „целосното почитување на човековите права и слободи... не е интерес само на поединецот, туку е општ општествен интерес“.¹⁸⁸⁶ Кога се прави споредба сè што е битно треба да се стави на вагата, бидејќи во спротивно резултатите ќе се нецелосни и грешни. А, на грешни премиси се носи грешен заклучок.

Тука повеќе интереси сè во прашање и не е само државата таа која ги претставува јавните интереси.

Имено, ако владата е најпогодна за да го изрази јавниот интерес за безбедност од криминалот, тогаш одбраната најсоодветно го артикулира јавниот интерес за безбедност од прекумерната државна моќ.¹⁸⁸⁷

Јавниот интерес за законитост (на доказите) налага до доказите да се дојде строго на законит начин. Овде не е во прашање формална повреда на техничко правило, туку потребата од судски налог е заштитна одредба внесена во ЗКП за заштита на уставните

¹⁸⁸¹ D.M. Paciocco, "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule" (1990) 32 Crim. L.Q. 326 at 345 kaj Parfett, 2002, стр. 321.

¹⁸⁸² Parfett, 2002, стр. 321.

¹⁸⁸³ Види Трпеноски, 2017, стр. 213-222.

¹⁸⁸⁴ „со афирмирањето на јавниот интерес се зајакнува демократскиот дух на државата, како гарант на функционирање на владеење на правото, кој принцип претставува темелна вредност на уставниот поредок на Република Македонија“.

¹⁸⁸⁵ Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Vol. I, 374 (1981) kaj Thaman, 2008, стр. 362.

¹⁸⁸⁶ Калајџиев, 2017, стр. 40.

¹⁸⁸⁷ Kerr, 2011a, стр. 1089.

слободи и права. Последново има поврзаност и со јавниот интерес за владеење на правото, што значи правото мора да го почитуваат не само граѓаните, туку и полицијата. Првенствено таа, зашто адресат на одредбите за законито преземање п.и.м. е токму таа, а не граѓаните.

Јавниот интерес за зачувување на интегритетот на судот некогаш налага приватниот интерес за заштита на приватноста да се најде на иста страна на вагата со јавниот интерес за почитување на човековите слободи и права, а спротивно на тој за откривање на вистината и казнување на виновниците. Сè зависи од тоа какво дело се гони, ако делото е сериозно и тешко тогаш за да се зачува интегритетот на судството може и да се занемари некоја процесна повреда од помал карактер, но не и кога се разгледува лесно или средно к.д. А, СЈО што е за право водеше постапки по обвинителни предлози за дела за кои пропишаната казната беше до 5 г. затвор.

Дел од научната и стручна јавност е на став дека не постоела законска пречка за употреба на прислушуваниите материјали,¹⁸⁸⁸ слично како и нашиот Врховен суд.¹⁸⁸⁹

Не се согласувам со овие гледишта и сметам дека целосно се на погрешен пат. Ако законот цели во лево, а судските одлуки во десно, нешто не е во ред. Законот за СЈО беше донесен со единствена цел да се формира ново обвинителство зашто постоечкото беше заробено од политиката, немоќно и неволно да ги гони к.д. кои се насетуваа од прислушуваниите разговори. Меѓутоа, новиот закон не воведо нови доказни правила што значи во овој сегмент обврзувачки беа и останаа одредбите на ЗКП/10, вклучително и таа за незаконитите докази. Крајно зошто тогаш важечкиот Закон за следење на комуникациите во чл. 6 на лицето чија комуникација била следена му дал право да ја оспорува 1) автентичноста на собраните податоци и 2) законитоста на постапката за следење на неговите комуникации, ако од таквото оспорување не би имало никаков ефект. Очигледно овој инцидентен правен лек со кој било овозможено да се спори законитоста на постапката за следење требало да доведе до неупотребливост на доказите обезбедени спротивно на законот. Поинаку да се мисли значи да се негира врската помеѓу чл. 12 од ЗКП/10 и чл. 6 од овој закон.

Видовме и погоре, дел од доктрината кај нас е против македонското решение¹⁸⁹⁰ кое е оценето како премногу строго со оглед на фактот што не дозволува оценка на претежноста на интересите во случај кога сериозно е засегнат јавниот интерес на штета на граѓаните.¹⁸⁹¹

Токму заложбите за поинакво решение, покажуваат дека Матовски и Илиќ-Димоски биле во право, односно дека нашето законско решение не е такво да дозволува балансирање различни елементи при оценка на потребата од ексклузија на незаконито прибавениот доказ. Дури може да се каже дека пред откритието на масовното незаконско прислушување едногласно беше гледиштето на нашата научна јавност по ова прашање. Штом е така може да се каже дека одлуките кои овозможуваат безрезервна, безусловна употреба на незаконски прислушуваниите материјали за доказни цели се погрешни.

¹⁸⁸⁸ Арифи, 2017, стр. 76; Бубевски/ Јакимовска/ Јакимовски, 2017, стр. 235-237.

¹⁸⁸⁹ ВРСМ Квп.КОК2.бр.7/2019 од 17.9.2020 г. - со самото донесување на Законот за СЈО, истите добиваат системска законска поткрепа, како легални докази во кривичната постапка и за к.д. кои произлегуваат од тие разговори, потврдувајќи го приоритетот на јавниот интерес за гонење на сторителите на к.д. од опсегот на овој Закон, наспроти загарантираната приватност на граѓаните... Законот... беше донесен токму со цел овие аудио материјали да се користат како докази во судски постапки. Следствено на тоа, ЈО... немало пречка согласно одредбите од ЗКП неовластено прислушуваниите разговори да ги прими на соодветен начин и да ги користи како доказ во понатамошната постапка, заедно со други докази; Слично и ВРСМ Квп.КОК2.бр.6/2019 од 17.9.2020 г.

¹⁸⁹⁰ Арифи, 2017, стр. 75.

¹⁸⁹¹ Лажетик, 2017, стр. 34.

Немав и немам дилема дека материјалите можеле да служат во предистражна и истражна постапка како информативно помагало при прибирање легални докази спрема лицето кое овој доказ го идентификува како сторител на к.д.¹⁸⁹² Впрочем полицијата е должна да ги следи информациите за сторено к.д. Таа не смее да затвора очи и уши заради претпоставката дека тие можеби биле обезбедени на незаконит начин. Ова не значи дека се залагам за незаконито работење на полицијата, туку прифаќам дека нејзин прв импулс е, и треба да е откривање на сторителот на к.д. за кое дознала и обезбедување законити докази за негова осуда.

Главниот предмет кој требаше да биде темелот на сите други предмети на СЈО, посочи дека прислушуваните материјали се разговори кои ги прибирале поединци од Управата за безбедност и контраразузнавање со знаење и дозвола на високи јавни личности заради нивна можна употребна вредност во политичка борба со неистомисленици, економско преземање на приватни фирми, закани, уцени, едноставно да се знае што мисли и планира другиот и сл. При ваква ситуација апсолутно нема никаков простор да се зборува за незаконити докази, туку за 1) сторено к.д. Неовластено прислушкување и тонско снимање од чл. 151, Злоупотреба на службената положба и овластување од чл. 353, Злосторничко здружување од чл. 394 или некое друго дело од лепезата на КЗ од поединци или групи зависно од тоа за што биле наменети или употребени прислушуваните материјали (закана, уцена, економско преземање на друштва и сл.) и 2) предмети (ЦД-а и транскрипти) што настанале од извршување на к.д. кои мора да се одземат (чл. 100-а ст. 1 од КЗ).¹⁸⁹³

Штом се работи за вакви предмети тогаш тоа се докази кои може законито да се користат против сторителите како во постапка за конкретното к.д. од кое настанале, така и во постапки поведени врз база на тие докази, а за други к.д. Ако се тоа *corpora delicta* од сторено к.д., правно невозможно е тие кои го сториле делото да бараат правосудните органи да не ги користат предметите кои настанале од самото тоа дело. Оттука во однос на извршителите на масовното прислушување, нивните поттикнувачи, помагачи и прикривачи донекаде прифатлив е ставот на Лажетиќ или Камбовски.¹⁸⁹⁴

¹⁸⁹² Види повеќе кај Трпеноски, 2017, стр. 213-214; Поинаку Манев, 2017, стр. 141-142, 146.

¹⁸⁹³ Трпеноски, 2017, стр. 214-217.

¹⁸⁹⁴ Лажетиќ, 2017, стр. 26-27 - токму правната несигурност и погазувањето на владеењето на правото поради масовното противзаконско следење на комуникациите беа основна причина за формирање на СЈО, и вон логика е истите овие правни стандарди да бидат користени како своевидно образложение зошто снимките треба да бидат издвоени од списите во предметите; Камбовски, 2017, стр. 15-16 - по исклучок треба да се земе, поаѓајќи од вредностите на демократијата, владеењето на правото, правдата и другите вредности на правото, дека случај на апсолутна нужда постои кога постои основано сомневање дека се сторени тешки к.д., или дека постои системска корупција, дела на организиран криминал и системска повреда на човековите права, извршени со злоупотреба на власта. Таквите состојби на масовни злоупотреби ја одземаат вистинската смисла на доказните забрани, первертирајќи ги во алатки за заштита на криминалот на власта или „под заштита на законот“, така што ги ставаат на испит смислата и дејството на доказните забрани и во однос на прибавувањето на докази и во однос на нивните натамошни прохибитивни консеквенции низ „плодовите на затруеното дрво“. Во случај на апсолутна нужда, предизвикана од незаконито постапување на државните органи, токму отстапувањето од доказните забрани за докажување на криминалот на власта соодветствува со нивната изворна државно-правна смисла, што се состои во заштита на поединецот од злоупотребите на власта. Стриктната недопуштеност на доказите, прибавени и на незаконит начин, во таква ситуација се судира со јавниот интерес на демократското општество и начелото на владеење на правото, како повисоки начела на кои власта мора да биде подредена, а обезбедувањето на какви било докази против нејзините злоупотреби е во функција на етаблирање на владеењето на правото. Правото на граѓанинот да се спротиставува на власта што ги пречекорува своите овластувања извира од неговото основно право на отпор против злоупотребите на власта, стекнато како уште од Француската револуција. Тоа (*argumentum a maiore ad minus*) подразбира право на прибавување докази за сторени злоупотреби на кој и да е начин.

Бездруго ако некој се огрешил треба и да одговара за тоа. Не може луѓето да прават сè и сешто, зашто тоа ќе е вовед во анархија, а не правна држава во која владее сигурноста преку правото.

Меѓутоа тоа не дава право прислушуваниите материјали да се користат спрема сите други, па и за некаталошки к.д. Некој може ќе каже тоа не се производ од к.д. на полицијата при откривање и гонење на сторители на к.д., за какви случаи се воведува институтот незаконити докази. И да е така, злоупотребени се техниката и можностите за прислушување на полицијата, нешто што не смеело да се случи. Едно е изолиран случај, а друго е масовно прислушување над 20.000 разговори. Да се користат материјалите спрема лица кои немаат ништо со незаконското прислушување значи нивна ревиктимизација, еднаш кога биле незаконски прислушувани и втор пат кога плодовите од првата незаконитост се користат за нивна осуда. Ако првото е тортура врз нивната приватност, второто е тортура врз правичноста.

Употребата за некаталошки к.д. пак може да доведе и до друг проблем. Правото да не се биде дискриминиран (чл. 14 од ЕКЧП) е повредено кога 1) се третираат различно лица во аналогни ситуации без да постои објективна и разумна оправданост и 2) кога нема да се третираат различно лицата чии ситуации се значително различни.¹⁸⁹⁵

Оттука, оправдано е спрема сторители на потешки к.д. да се применат п.и.м. Тоа е во согласност со принципот на пропорционалност според кој дозволени се поголеми зафаќања во правата, при истражување посериозни дела. Впрочем и ЗКП/10 бара да постои пропорционалност помеѓу употребените средства и целта што се сакала да се постигне (п.и.м., мерки за обезбедување присуство и сл.). Меѓутоа да се употребат докази добиени од недозволени п.и.м., уште и за некаталошки дела, кога е забранета употреба кај вакви дела дури и на докази добиени со судски налог, е дискриминирачка постапка која судот ја презел наместо да ја санкционира.

Можеби била природна реакцијата на Апелациониот суд кој со начинот на толкување ја ограничи во пракса пресилната законска норма за ексклузија на доказите. Илјадници извикуваа „нема правда нема мир“, општеството беше на раб на судир и не можеше да поднесе на слобода да останат виновници за сериозни к.д., за чија незаконитост сите слушнаа преку медиумите. А, можеби се работи и за психологијата на оние кои судат и ставањето акцент на материјалната над процедуралната правда, како што некои коментатори го објаснуваат спориот развиток на ексклузиското правило во Кина.¹⁸⁹⁶ Но, има разлика помеѓу општествено оправдана и уставно и законски заснована одлука. Општествената оправданост на судските одлуки е очигледна,¹⁸⁹⁷ таа можеби ги прави оправдани и заложбите за промена на законско решение од чл. 12 од ЗКП/10, но судската одлука не треба да е само општествено оправдана, таа пред сè треба да е уставно и законски заснована. Такви не се одлуките кои овдека ги анализирав.

Впрочем во еден друг предмет жалбениот суд го укинал решението на основниот суд (кој за одлуката со која го одбил барањето на одбраната за издвојување на доказите обезбедени со п.и.м. спровел балансирачки тест), со образложение дека клучно е прашањето дали доказите биле обезбедени во законска процедура со почитување на одредбите на ЗКП.¹⁸⁹⁸ Ова Впрочем е потврда на ставот дека нашиот ЗКП не ја познава теоријата за балансирање. Погрешно е гледиштето дека во вакви случаи треба директно

¹⁸⁹⁵ Thlimmenos v. Greece, A. no. 34369/97, 6.4.2000, § 43.

¹⁸⁹⁶ Zhiyuan, 2017, стр. 28 - состојба на штрек и координирана соработка помеѓу полицијата, обвинителството и судот (наречени како железниот триаголник) сè со цел да биде одбиен предлогот за издвојување на доказите.

¹⁸⁹⁷ Трпеноски, 2021, стр. 22.

¹⁸⁹⁸ АС Скопје КОКЖ-55/17 од 25.12.2017 г.

да се примени ЕКЧП и праксата на ЕСЧП, бидејќи домашното законодавство може, а и во многу други држави дава поголеми права по овие прашања отколку Конвенцијата. Онаму каде домашната легислатива обезбедува помали гаранции мора да се примени конвенциското право и обратно таму каде нуди поголема заштита применливо е домашното право и тоа не може да се сфати како повреда на конвенциското.

Оваа одлука и другите не ги двој големо временско растојание за да се објаснат со разлики во праксата до кои можеби дошло како резултат на надворешно влијание (осуди од ЕСЧП), туку 1 или неколку месеци, што укажува на фактот дека судот не одлучувал врз бара на Устав и закон, туку веројатно поведен од тогашната општа состојба во државата која навивачки очекуваше прифаќање докази во едни постапки, а одбивање во други, иако суштински процесната подлога беше иста и таму и таму, зашто ни таму ни таму немаше судски налог за употребените п.и.м.

Таа погодност за која пишува Мил,¹⁸⁹⁹ веројатно била желбата за исконска правда до која можело најлесно да се дојде на таков начин, со користење незаконити докази. Меѓутоа не може да има правда преку неправда.¹⁹⁰⁰ Правдата како општ општествен интерес не треба да толерира власт на неправото. Независно што златното правило на етиката „она што не сакаш да ти се случи, не прави му го на друг“¹⁹⁰¹ дозволува да му правиш некому исто што тој тебе ти прави, гледано од аспект на државата не е во ред бидејќи „Праведните треба да се раководени од принципите на праведност, а не од фактот дека неправедните не можат да се жалат“.¹⁹⁰²

Почитувањето на правилата на казненото процесно право се во функција на зајакнување на владеењето на правото како една од темелните вредности на секое демократско општество. Законското постапување на органите инспирира исто такво постапување кај луѓето. Не може да се бара од луѓето да ги почитуваат законите или да бидат казнети, а држава да не мора да ги почитува сопствените закони и притоа да не одговара. Дволичноста не инспирира чесно однесување.

Ако не е така, ќе треба да се помириме со познатата мисла на Тукидит (V пр. н. е.) дека силните го прават тоа што го можат, а слабите се присилени да се потчинат.¹⁹⁰³ На кого ќе може да му се пожалат граѓаните¹⁹⁰⁴ ако и судовите се соучесници во државната неправда.

4.1.5. Електронски докази

Сите снимки не се докази обезбедени со п.и.м., како на пр. снимките од камери поставени од безбедносни причини на приватни или јавни објекти кои снимаат јавни

¹⁸⁹⁹ Мил, 2014, стр. 65-66 - се смета дека сите луѓе имаат *право* на еднаков третман, освен кога некој признаен општествен интерес не го бара спротивното. И оттука, сите општествени нееднакости што престанале да се сметаат за погодни добиваат карактер не на едноставна непогодност, туку на неправда, и изгледаат толку тирански што луѓето, веројатно, се прашуваат како воопшто можело да бидат толерирани - заборавајќи дека самите тие, можеби, толерираат други нееднакости под еднакво погрешна идеја за погодност, чие исправање би го направило она што сега го одобруваат еднакво страшно, како и она што, конечно, научиле да го осудуваат.

¹⁹⁰⁰ *Ex injuria ius non oritur* (на база на неправда не смее да се изрекува правда) - Крарас, 2012b, стр.130.

¹⁹⁰¹ Кампанела, 2011, стр. 79; Facetus, 13 и Vulgata, Tob. 4, 16 кај Vilhar, 1991, стр. 173, 243, 245.

¹⁹⁰² Роулс, 2002, стр.250.

¹⁹⁰³ Шкарик, 2015, стр. 146-147; Никој не е доволно обезбеден од моќните (*Contra potentes nemo est munitus satis*) - Phaedr., II 6, 1 или Законите се носат за моќните да не можат да прават што сакаат (*Inde leges datae, ne firmior omnia posset* - Ovid. Fast. III 279 кај Vilhar, 1991, стр.59, 131.

¹⁹⁰⁴ Нормите за заштита на човековите права во суштина настанале како последица на злоупотребите на државите над своите граѓани, односно на основа на потребата граѓаните да се заштитат од насилството кое државата го организира или спонзорира - Крарас, 2012b, стр. 44 цитира Пресуда од 20.2.2001 г. на првостепениот совет на МКТЈ во предметот Кунарац, § 470-471.

површини. Тука не може да се каже ни дека постои повреда на правото на приватност, бидејќи очекувањата за приватност се мали за она што се прави во јавност.¹⁹⁰⁵

Со право ВСРМ по поднесено БЗЗ утврдил дека пониските судови го повредиле законот во корист на обвинетиот кога од судските списи издвоиле ЦД со вакви снимки.¹⁹⁰⁶ Поновите одлуки се водат од неговите насоки, па докази како што се репродукција на снимки од видео надзор од поставени камери на приватни куќи¹⁹⁰⁷ или банкомати¹⁹⁰⁸ се прифатливи на суд. Иста е праксата и во Хрватска за снимки пр. од ресторан на чиј влез има известување дека објектот е под видео надзор,¹⁹⁰⁹ како и од јавни места кај кои нема такво известување како на пр. мостови, тунели, наплатни куќарки на автопат или бензински пумпи.¹⁹¹⁰

Освен горните примери, може да се каже дека и приватните видео или аудио снимки, текстуалните или графички пораки, фејсбук комуникацијата и сл. спаѓаат во групата електронски докази чија употреба законски е дозволена под услов доброволно да ги предала страната во комуникацијата.¹⁹¹¹ Овде не спаѓаат плодовите од тајното набљудување, снимање, прислушување преземено од државата, зашто тоа токму се п.и.м. за кои важи кажаното во претходната потточка. Но, има случај кога наш суд одбил законит електронски доказ токму погрешно третирајќи го како п.и.м.¹⁹¹² Во посочената одлука судот фејсбук комуникацијата доставена од приватниот тужител водена помеѓу него и сопругата на обвинетиот, ја третирал како доказ којшто може да се прибави само со п.и.м. Очигледно погрешно ја изедначил со мерката увид во остварени телефонски и други електронски комуникации,¹⁹¹³ иако комуникацијата снимена од еден од учесниците не е п.и.м. Разликата е што п.и.м. значи увид во туѓа (а не своја) комуникација

¹⁹⁰⁵ Perry v. the United Kingdom, A. no. 63737/00, 17.7.2003, § 40 - употребата на безбедносни камери на јавните места и улици, пр. трговски центри, полициски станици каде служи за легитимни и предвидливи цели, сама по себе не предизвикува проблеми по чл. 8 ст. 1 од ЕКЧП.

¹⁹⁰⁶ ОС Битола К.бр.122/07 од 27.3.2008 г. од списите на предметот издвоил компакт диск со снимка од безбедносната камера на зградата во Поштата во Битола на која бил снимен обвинетиот како отпочнал со извршување на к.д. за кое бил обвинет. АС Битола КЖ.бр.292/08 од 12.5.2008 г. потврдил. ВСРМ оценил дека видео снимката од безбедносната камера поставена во Поштата во Битола, а која снимила и дејствија на обвинетиот во близината на објектот може да се користи како доказ во судската постапка и на неа да се темели судска одлука - Билтен за 2011, АС Битола, 2011, стр. 10-11.

¹⁹⁰⁷ АС Скопје КЖ-1353/15 од 12.1.2016 г. со кој став се согласил ВСРМ Квп1.бр.52/16 од 10.4.2018 г. - Билтен бр.11, АС Скопје, 2019, стр. 19.

¹⁹⁰⁸ АС Штип КЖ-254/17 од 4.10.2017 г. потврдена со ВСРМ Квп.1 бр.11/18 од 20.3.2019 г. (ја има и во Билтен бр.12, АС Штип, 2019, стр. 21-22); Hufstetler, 2016, стр. 863-864 - во САД се прифатливи како докази снимките од банкомати и безбедносните системи на банките (неговиот текст главно се однесува на сателитските снимки од Гугл и условите под кои тие би можеле да се прифатат како доказ во суд).

¹⁹⁰⁹ ВСРХ I Кж-Ус 94/13 од 3.4.2014 г. кај Karas, 2015, стр. 357-359. Карас смета дека и да немало известување за снимање повторно не би имало проблем, бидејќи се работи за видео (не и звучно) снимање на делот во кој се служи храна кој е јавен простор и до кој пристап имаат повеќе лица, а не на тоалетот или гардероберот каде постојат очекувања за приватност.

¹⁹¹⁰ ВСРХ III Кр-144/08 од 5.11.2008 г. и I Кж-450/09 од 3.6.2009 г. кај Karas, 2014, стр. 283-284.

¹⁹¹¹ Поинаку Андонова/ Божиновски/ Гогов/ Димовска/ Јовчески/ Каровска-Андоновска/ Крстиќ/ Петровиќ-Арсовска/ Саити/ Сарамандова, 2019, стр. 89; Правилна пракса која прифаќа вакви докази во смисла на чл. 250 од ЗКП без примена на одредбите за п.и.м. - ВСРМ Вкж2.бр.11/2020 г. од 7.5.2020 г. (за СМС пораки, пораки пратени преку Facebook-Messenger); ОС Гевгелија К.бр.216/16 од 2.2.2016 г. и ОС Скопје I КОК.бр.23/08 од 12.6.2008 г. (СМС пораки), односно ОС Скопје I К.бр.3574/15 од 26.1.2016 г. потврдена со АС Скопје КЖ-397/16 од 10.5.2016 г. (видео снимки од приватен дом направени од држателот на домот) кај Неделкова, 2017, стр. 173-177.

¹⁹¹² ОС Велес К.бр.328/16 од 12.1.2017 г.

¹⁹¹³ Се врши преку интернет, со помош на посебни форензички компјутерски програми (remote forensic software). На овој начин може да се врши увид во сите телефонски разговори водени преку интернет, како и на сите облици на електронски комуникации (e-mail; Voice over Internet Protocol; Facebook; chat и сл.) - Калајчиев/ Лажетик/ Неделкова/ Денковска/ Тромбева/Витларов/Јанкуловска/Кадиев,2018, стр.573.

и што таквиот увид ако не е одобрен со судски налог би претставувал к.д., каков што не е увидот во сопствената комуникација. Оттука ценам дека овде немало законска пречка една од страните на разговорот да ја достави во електронска форма комуникацијата водена преку социјалната мрежа „Facebook“ или „Messenger“ ако таа можела да послужи како доказ во постапката. Во вакви ситуации кога се работи за доброволна комуникација помеѓу две лица по пат на телефон, СМС или ММС пораки, електронски пораки, фејсбук комуникација и сл. нема к.д. Повреда на тајноста на писмата и или други пратки (чл. 147 од КЗ) бидејќи не станува збор за туѓа електронска пошта, нема к.д. Неовластено прислукување и тонско снимање (чл. 151 од КЗ) бидејќи не може да се каже дека изјавата „не му е наменета“ на учесникот во разговорот или за органите на прогонот дека се „неповикано лице“, односно нема к.д. Неовластено снимање (чл. 152 од КЗ) ако нема повреда на приватноста со фотографските, филмските или видео снимките.

Во вакви случаи доказот може да не е прифатлив ако не е понуден во прописна форма, пр. СМС пораките не се прилагаат во електронска форма, туку само како пишан документ.¹⁹¹⁴

4.2. Нужно потребна форма или неодмерен формализам

Може да се каже, дека ЗКП/10 непотребно го формализирал предлагањето на материјалните докази. Предвидел тие да мора да се достават во оригинал, заверен препис или заверена копија (чл. 392), а судовите тоа го толкуваат како забрана во кривичната постапка да се користи писмен доказ во обична копија.¹⁹¹⁵ Ако пак е употребен некои ценат дека пресудата се заснова на доказ на кој според одредбите на ЗКП не смее да се заснова (чл. 415 ст. 1 т. 8),¹⁹¹⁶ а други дека тоа е релативна повреда (чл. 415 ст. 2).¹⁹¹⁷

Претходно по сите други ЗКП документите можеа да се достават во копија и такви се прифаќаа како докази. Иако имало случаи кога доказот бил решавачки за постоење на делото (пр. медицинска документација за телесна повреда), па судот отсуството на оригиналот го третираше како релативна повреда на одредбите на постапката.¹⁹¹⁸ Но, ова било исклучок за да не се утврди погрешно фактичката состојба, а не како што е сега пречка за доаѓање до вистината.

Се работи за фетишизирање на континенталното начело на непосредност или на правилото од обичајното право за најдобар доказ (best rule evidence). Суштината на едното и другото е судот или поротата да дојдат во допир со оригиналниот извор на информации, односно да ги добијат информациите од најдобриот доказ. Тоа вообичаено се оригинерните докази, особено непосредните сведоци очевидци. Кај нас никогаш и немало забрана за сведоците по слушање. Едноставно се сметало дека судот кој не е лаик, туку професионален правник со искуство ќе знае дека на посредните докази треба да им

¹⁹¹⁴ ОС Скопје I К.бр.168/16 од 31.5.2017 г.

¹⁹¹⁵ Одлуки во кои е одбиен доказ во копија на овластен тужител - АС Битола КЖ.бр.94/18 од 12.7.2018 г., АС Битола КЖ.бр.323/19 од 22.10.2019 г., АС Гостивар КЖ.бр.370/17 од 7.6.2018 г., АС Гостивар КЖ.бр.301/19 од 28.11.2019 г., АС Скопје ПРКЖ.бр.1743/18 од 9.11.2018 г., АС Скопје КЖ.бр.120/19 од 10.4.2019 г., АС Штип КЖ.бр.158/19 од 14.5.2019 г., односно на одбраната - АС Битола КЖ.бр.48/19 од 16.5.2019 г., ОС Велес К.бр.394/17 од 18.5.2018 г., ОС Велес К.бр.494/17 од 20.6.2019 г.; ОС Велес К.бр.124/18 од 28.1.2019 г., ОС Велес К.бр.296/18 од 27.2.2019 г., ОС Велес К.бр.11/19 од 11.2.2019 г., ОС Велес К.бр.109/19 од 24.6.2019 г., ОС Скопје I К.бр.365/17 од 28.3.2018 г.

¹⁹¹⁶ АС Битола КЖ.бр.323/19 од 22.10.2019 г., АС Гостивар КЖ.бр.301/19 од 28.11.2019 г.; Вака и Калајчиев/ Лажетик/ Неделкова/ Денковска/ Тромбева/ Витларов/ Јанкуловска/ Кадиев, 2018, стр. 804-805 кои во тој контекст се повикуваат на АС Битола КЖ бр.612/15 од 13.1.2016 г.

¹⁹¹⁷ АС Штип КЖ.бр.158/19 од 14.5.2019 г.

¹⁹¹⁸ АС Скопје КЖ-550/11 од 7.4.2011 г. во Билтен бр.2, АС Скопје, 2011, стр. 14.

пристапи со резерва, за разлика од поротата која може да биде заведена и да им даде на нивните искази поголема тежина отколку што заслужуваат.¹⁹¹⁹

Меѓутоа и во државите на обичајното право кои го применуваат ова правило постојат мноштво исклучоци и можност да се сослушаат сведоци по слушање. Такви исклучоци има и кај нас (чл. 388 од ЗКП/10). Оттука зачудува фактот што законодавецот им дал построг третман на материјалните докази споредено со решението кое го пропишал за отсутните сведоци. Нема безгрешни докази, бидејќи како што може да се даде лажен исказ, така може да се фалсификува и подметне материјален доказ.¹⁹²⁰ Меѓутоа материјалните докази по правило се посигурни и прифатливо би било да се бара оригинал во оние ситуации кога постои сомнеж околу нивната автентичност. Впрочем тоа би било на иста линија и со гледиштето на ЕСЧП кој не бара осудата по секоја цена да се заснова на писмени докази во оригинал, туку кога се спори автентичноста на некој битен писмен доказ тој да биде приложен кон судските списи.¹⁹²¹

Нелогично е што постојат исклучоци од начелото на непосредна оценка на вербалните, а не и за материјалните докази.¹⁹²² Оттука, по секоја цена да се бара оригинал, во ситуација кога тоа не се прави ни со вербалните докази е преголем формализам кој спротивно на конвенциското право го ограничува правото обвинетиот да претстави своја одбрана.¹⁹²³ Генерално оваа одредба ја хендикепира одбраната, бидејќи државните органи, јавните институции, правните и физички лица повеќе се склони доброволно или принудно да дадат докази на ЈО отколку на одбраната, иако за волја на вистината и обвинителството трпи од ваквото решение. Сметам дека истото *de lege ferenda* треба да се промени.

5. Ексклузија според видовите вербални докази

Од досега напишаното, видовме вербални докази се изјави на обвинет, сведок или вештак. Нивниот статус е различен. Обвинетиот сега може да одбере дали ќе зборува или

¹⁹¹⁹ Сулејманов, 2002, стр. 264-265 е на став дека посредното сведочење начелно не се допушта, односно исказите на сведоците по слушање по правило, немаат сопствена доказна вредност. Таквите искази не се дури ни индикации... доколку се докаже дека трето (на судот недостапно) лице дало изјава, од тоа не смее да се изведе заклучок за нејзината содржинска вистинитост. Заклучокот кој би се извел од тоа дека изјавата е точна, зашто е дадена на сведок по слушање би бил недопуштен... таа изјава, по правило, останува само некој вид криминалистичка „трага“, која треба да ги ориентира органите за внатрешни работи. Нашето право не забранува утврдување на факти и врз основа на сведок по слушање, меѓутоа по самата природа на работите, овде станува збор за несигурно доказно средство. Кон тоа се надоврзува и правилното стојалиште за забрана за користење на полициски службеници како сведоци по слушање кои своите искази пред судот ги даваат врз основа на тоа што чуле од нивните анонимни информатори.

¹⁹²⁰ Во 20-30 години на XX век во науката за кривичната постапка и криминалистиката многу се прошири стојалиштето дека стварните докази се надмоќни над персоналните докази, до таа мера што се фетишизираат „немите сведоци“ - Водинелиќ, 1985, стр. 917-918. Но, постојат и случаи во кои невини луѓе биле осудени врз база на материјални докази за кои се сметало дека се непогрешливи. Таков пример споменува на стр. 922. Некоја млада госпоѓа била осудена во Финска на 20 г. затвор за убиство на својата мајка. Ормарите во станот биле испретурени, секаде имало капки крв, но лешот на мајката не бил најден. Осуденичката издржала 18 г. затвор. Во една прилика ја сретнала својата мајка на улица и тогаш навистина ја убила (оваа по станот ја имала испрскано сопствената крв по што исчезнала за да предизвика осуда на омразената ќерка).

¹⁹²¹ Georgios Papageorgiou v. Greece, A. no. 59506/00, 9.5.2003, § 37-40.

¹⁹²² Така на пр. немало законска пречка па судот ја засновал одлуката (помеѓу другите докази) и на исказот на ќерката на оштетената како сведок по слушање за она што мајка ѝ пред да почине неа ѝ го кажала во врска начинот како била сторена тешката кражба - ОС Кочани К.бр.45/17 од 14.3.2018 г.

¹⁹²³ Во МКТЈ и МКТР не е забрането докажување со копии од писмени докази. По приговор од спротивната странка се утврдува нејзината автентичност (се гледа нејзиниот облик, содржина, целта заради која била составена, дали ја издало надлежно тело, дали е потпишана, заверена дали има печат и сл. - Крапас, 2012b, стр. 199.

не, за разлика од порано кога немал таква слобода на избор бидејќи со тортура бил принудуван да зборува (средновековна континентална постапка) или молчењето било рамно на самоубиство (средновековна англиска постапка). Сведокот пак има обврска да зборува. Ако одбие може да биде затворен или парично казнет. Исклучок се лицата кои не може да бидат сведоци и оние кои имаат право на избор, односно привилегија на несведочење. Секој сведок може да одбие одговор на прашање со кое себеси или блиско лице би го довел до кривична одговорност. Фактички на овој начин се штити самиот или нему блиското лице, со што се ефектуираат привилегиите против самоинкриминација и за несведочење.

Во оваа група влегуваат, како што Баер ги именува, забранетите начини за прибавување докази, кои инаку (како вид на докази исказ на обвинет, сведок, вешто лице) сами по себе се дозволени.¹⁹²⁴

5.1. Обвинет

ЕКЧП уште во 1950 г. забрани мачење, нечовечко и понижувачко однесување. Ни југословенскиот законодавец не заостанувал, зашто уште оттогаш кај него постоел јасно изразен став спрема обвинетиот да не се употребува сила, закана, измама или слична мерка како би се дошло до негова изјава или признание. Овие забрани се задржале до ден денес. Сега треба да провериме дали оградата ставена кон ваквите методи воедно значела и забрана за употреба на доказите добиени со нејзино заобиколување. Притоа посебно е интересно да се види како се доуредувале и дополнувале одредбите, па за да ги забележиме нијансите пред текстуалниот дел ќе дадам табеларен приказ.

предмет на анализа	ЗКП	одредби
обвинет		
а) обвинетиот не може да се принудува да одговара на прашањата. б) спрема осомничениот не смее да се употреби сила, закана, измама или слична мерка како би се дошло до негова изјава или признание.	1948	157, 221
а) забрането и казниво е од обвинетиот да се изнудува признание или друга изјава. б) спрема него не смее да се употреби сила, закана, измама или слични дејства за да се дојде до негова изјава или признание. в) не е дозволено спрема обвинетиот или сведокот да се применат медицински интервенции или да им се даваат такви средства со кои би се влијаело врз нивната волја при давањето исказ.	1953	6, 212, 247
а) исто како под а (1953), а покрај обвинетиот додадено е „или друго лице“. б) исто како под б (1953) без „измама“. в) исто како под в (1953). г) ако е постапено противно на а, б и в, врз исказ на обвинетиот не може да се заснова судската одлука. д) спрема обвинетиот не смее да се употреби измама за да се дојде до негова изјава или признание.	1977	10, 218, 219, 259
исто како под а, б, в, г и д (1977)	1997	10, 210, 211, 251
исто како под а, б, в, г и д (1977)	2010	12, 208, 210, 249

Табела 9

Законодавецот уште одамна сфатил дека изнудената изјава е претпоставено неверодостоен доказ. Нема никакви гаранции дека е дадена зашто е точна, а не заради притисокот што бил извршен врз оној кој ја дал. Затоа ваквите методи не се прифаќаат

¹⁹²⁴ Bayer, 1986, стр. 77-78.

ни во јурисдикциите во кои главно начело на постапката е откривање на материјалната вистина.¹⁹²⁵

Од табелата може да се види дека сите ЗКП што важеле во нашата држава од 1948 г. досега, забранувале од обвинетиот да се изнудува признание или друга изјава, односно спрема него да се употребува сила, закана или слични дејства за да се дојде до негова изјава или признание.¹⁹²⁶ Ова е тоа што било идентично во овој временски период од над 75 години, меѓутоа повеќе може да ни открие она што било различно.

ЗКП/53 бил првиот кој забранил спрема обвинетиот или сведокот да се применуваат медицински интервенции или средства со кои би се влијаело врз нивната волја при давањето исказ и таквата забрана опстојува до денес. Бидејќи одредбата од 1953 г. досега е иста, кажаното за еден *mutatis mutandis* важи за сите закони.

Под медицински интервенции со кои би се влијаело врз волјата на обвинетиот или сведокот при давањето исказ се мисли на лоботомија и сл. хируршки методи, додека под давање средства се мисли на инјектирање серум на вистината кој ја отстранува способноста за автоцензура (наркоанализа).

Серумот на вистината всушност е лек кој ја потиснува моќта за расудување на лицето без да влијае на меморијата и говорот, поради што тој може да се натера да ја кажува вистината. Логиката е дека човекот може да лаже кога ја користи својата имагинација. Ако таа се неутрализира и субјектот се доведе во полусвесна состојба тој не би бил во позиција свесно да зборува, ни да манипулира со своите одговори, но ќе може да одговара на прецизни и едноставни прашања за факти кои ги знае. Наркоанализата претставува испитување на обвинетиот во таква наркотична состојба со цел утврдување на кривичната одговорност (дали го сторил делото), а наркодијагнозата е вештачење со кое се утврдува пресметливоста на обвинетиот (дали симулира психичка болест).¹⁹²⁷ Постои и трет тест за проверка на електричната активност на мозокот (ВЕАР тест), кој со мерење на активноста во мозокот кога е изложен на одредени стимули открива дали поединецот е запознаен со некои значајни информации, пр. дали во мозокот се зачувани информации од местото на злосторството.¹⁹²⁸

¹⁹²⁵ Доказните забрани од чл. 12 ст. 1 од ЗКП/10 се од апсолутен карактер бидејќи таквите методи никогаш не може да бидат дозволени доказни средства - Калајчиев/ Лажетик/ Неделкова/ Денковска/ Тромбева/ Вигларов/ Јанкуловска/ Кадиев, 2018, стр. 65.

¹⁹²⁶ Што се подразбира под сила во смисла на оваа одредба е фактичко прашање. Така според една постара одлука дури и врзувањето на малолетникот кој прво не признавал дека го сторил делото, а подоцна откога бил врзан во полициска станица признал, се сметала за недозволена употреба на сила - ВСМ Кж.бр.112/77 од 7.4.1977 г. во ЗСО 1975-1979, ВСМ, 1980, стр. 180; Чиниш изнудата на изјави од осомничен со употреба на сива сила е реликт на минати времиња и дека оваа одредба е само потсетник на нешто кое го имало порано но го нема сега. Но, дека не е така пример е осудата на полициски службеници кои со тепање во полициска станица во 2014 г. се обиделе да изнудат признание од осомничен за к.д. тешка кражба - ОС Струга К.бр.248/16 од 2.4.2018 г.

¹⁹²⁷ ВСЈ рано зазел став по однос на ова средство. Според него оваа метода е спротивна на основните начела на кривичната постапка и не може да се смета за дозволено средство дури ни во случај кога тој метод го применуваат здравствените органи - Кж-8/58 од 11.6.1958 г. кај Simić-Jekić, 1973, стр. 113.

¹⁹²⁸ Во Белгија наркоанализата не е дозволена ни со согласност на обвинетиот - Pesquié, 2005, стр. 123; Во Швајцарија не е дозволена наркоанализата, а ни употребата на детектор на лаги - Macula, 2019, стр. 49; Во Индија наркоанализа, полиграф или ВЕАР тестот се применуваат само со согласност на осомничениот. Давањето на лековите се врши во болница во присуство на доктор бидејќи погрешната доза може да доведе до кома или смрт. Дадената изјава не може да се користи во доказни цели бидејќи субјектот нема свесна контрола врз своите одговори, но затоа нема пречка да се користат деривативните докази откриени со така дадената изјава - Singh, 2017, стр. 84-88.

Процесуалистите генерално се на став дека се недопуштени,¹⁹²⁹ освен некои во однос на наркодијагнозата.¹⁹³⁰ Се согласувам дека 1) законското решение е такво, 2) дека медицинските интервенции се апсолутно недопуштени, бидејќи трајните и тешки последици од нив со ништо не може да се оправдаат и 3) дека наркоанализата не е дозволена дури ни со согласност на обвинетиот. Но, сметам дека вистинското прашање е дали ако наркоанализата дава веродостојни резултати треба *de lege ferenda* да се дозволи врз основа на согласност на обвинетиот. Точно е дека таа е подобна да ја подрие привилегијата против самоинкриминција, меѓутоа прифатен став е дека обвинетиот може слободно, волево и интеллигентно да се откаже од некои свои права. Ако тој има право да го признае делото, односно да се инкриминира себеси и така да придонесе за својата осуда, нема ли исто такво, дури и појако право да се согласи со наркоанализа ако оваа е подобна да спречи неправедна осуда. Сметам дека треба да има, и во врска со ова мојот став е идентичен како и за полиграфот (*supra* VI 5.4.1.4.).

ЗКП/77 направил неколку позначајни промени споредено со претходно кои останале во важност до денес. Исправно забранил и од сведок да се добие изјава со принуда, зошто ефектот од принудата врз сведокот е ист како и ефектот врз обвинетиот. Никој не може да гарантира дека така добиената изјава ќе е точна. Тежиштето го ставам врз веродостојноста, а не на правичноста, бидејќи одредбата ја анализирам од тогашна гледна точка. Начелото на материјална вистина било главен принцип на постапката, а правичноста не се ни спомнувала. Вовел изречна забрана пресудата да се заснова на признание или изјава на обвинет добиена со изнуда, сила, закана или слични дејства, односно со медицински интервенции и наркоанализа „г“ (табела 9). Дотогаш, овие методи законски биле забранети, но не било изречно забрането изјавите добиени со нивна примена да се употребат во судска постапка. ЗКП/77 вовел апсолутна забрана за ползување на ефектите од примена на вакви недозволенни методи.¹⁹³¹

Со споредба може да се види дека ЗКП/77 ја третира измамата во посебен чл. 219 (а не заедно со силата како порано во чл. 157 од ЗКП/48 и чл. 6 од ЗКП/53) веројатно свесно за ваквата изјава да не потпадне под изречната забрана „г“. Така е и со ЗКП/97 и ЗКП/10. Таа не претставува исказ изнуден со сила кој осомничениот немало доброволно да го даде, туку повеќе измамена изјава кое лицето свесно и доброволно ја дало. Оправдувањето веројатно се гледа во фактот што измамениот исказ има поголема веројатност да е вистинит споредено со насилно изнудениот, па измамничкиот метод на прибавување можел да се помири со постапка во која примат имало начелото на материјална вистина. Крапац го оправдува ваквото решение и низ призма на поновите закони. Тој смета дека изнудата ја погодува честа и човековото достоинство, а измамата не. Измамата не го ограничува начелото на правична постапка исто како изнудата. Изнудата целосно ја срзува положбата на обвинетиот како странка, додека измамата само го смалува угледот на телата на казнената постапка, но ништо не менува во положбата на обвинетиот како странка.¹⁹³²

Сето ова не значи дека измамата е дозволен метод на прибирање докази во постапката. Туку дека законот оставил дискреција на судот кој треба од случај до случај да оцени каков ефект ќе ѝ даде на ваквата изјава (каква што нема слобода со изнудената

¹⁹²⁹ Bayer, 1986, стр. 90-92, 94; Vasiljević, 1971, стр. 301-302, 321.

¹⁹³⁰ Марина, 1979, стр. 26.

¹⁹³¹ Во тој контекст ВСМ Кж.бр.322/77 од 27.10.1977 г. во ЗСО 1975-1979, ВСМ, 1980, стр. 134-135 - ако сам се посомнева дека признание е изнудено или тоа го истакне одбраната судот мора таквиот факт да го испита и утврди. Врз признание или изјава земени со сила, закана или други слични средства не може да се заснова судската пресуда. Таквата изјава треба да се запечати така што содржината да остане недостапна за учесниците во донесувањето на одлуката.

¹⁹³² Крапас, 2012а, стр. 465.

изјава). Решението не стрчи, бидејќи вакви одредби генерално постојат во сите законодавства кои на судовите им ја препуштаат оценката кои полициски трикови се дозволени, а кои не. Така, како неприфатливи се сметаат изјавите добиени со ветувања и погодности спротивни на законот, за кои органите уште во старт кога ги давале биле свесни дека не ќе можат да ги исполнат.¹⁹³³

Баер смета дека измамата не е дозволена бидејќи е недостојно средство за државните органи. Ако обвинетиот види дека органот на кривичната постапка не бира средства за постигнување на целта, тоа може да го зацврсти неговиот антисоцијален став и за секоја своја криминална активност да најде некоја оправдана цел (прехрана на семејството, постигнување повисок животен стандард итн.).¹⁹³⁴ Тој во оваа смисла прави разлика помеѓу 1) правно невалиден доказ под кој мисли на исказ добиен од обвинет или сведок спротивно на забраната за употреба на сила, закана и недозволени медицински интервенции и средства врз кој не може да се заснова пресуда и 2) останатите случаи на прибавување исказ од обвинет или сведок на забранет начин со измама, сугестивни и капциозни прашања во каков случај законот не пропишува правна последица поради што оваа повреда не е сама по себе битна повреда на процесното право заради која треба да се укине одлуката, туку за успешно побивање треба да се докаже дека употребата на таквиот доказ во утврдувањето на фактите била или можела да биде од битно влијание за законито и правилно пресудување.¹⁹³⁵

5.1.1. Поуки за правата

Обвинетиот може и да не знае кои се неговите права. Посебно тоа важи ако тој до одредена фаза нема бранител како што било според ЗКП/48 и ЗКП/53 при првото испитување или при испрашувањето по повод барањето за притвор (види *infra* VIII 7.). Затоа нужни се поуките за неговите права. Овде изгледа како наопаку да ги претставувам работите. Прво пишувам за забранетите начини на прибавување исказ или правото на молчење, а потоа за поуките, иако без поука лицето не би ни знаело дека има некое право. Тоа е така само зашто и со законите прво биле дадени правата, а дури подоцна вградени и поуките.

предмет на анализа	ЗКП	одредби
поуки		
-нема поука за право на молчење, само информација зошто се обвинува по што ќе се праша што има да наведе во своја одбрана	1948	158
-нема поука за право на молчење, само информација зошто се обвинува и кои се основите на обвинението	1953	4, 212
а) информација зошто се обвинува, кои се основите на сомнението што стојат против него и ќе се поучи за правото на молчење.	1967	52 (212)

¹⁹³³ Бојлке, 2009, стр. 92-96, 99 - во Германија дозволени се трик прашања, но не и големи измами спрема обвинетиот. Пр. на методи кои судовите ги оцениле како забранети се: оневозможување да спие 30 часа, одведување до телото на својот тригодишен син кој особено го сакал за да признае како го сторил делото, свесно изложување лажни факти (дека соучесникот е уапсен или веќе признал, дека бил набљудуван обвинетиот како го сторил делото, дека молчењето значи признавање на вина), полицијата сослушува осомничен за наводно исчезнато лице иако веќе го нашла телото, ставање друг затвореник како шпион во ќелијата на притворениот, ветување поволности кои не се предвидени во законот (пуштање од притвор, запирање на постапката); Macula, 2019, стр. 37-38, 53 - посочува швајцарски случај во кој осомничениот признал откако од органите му била предочена инкриминирачка видео снимка, без да биде известен дека незаконски била снимена и како таква неупотреблива во судска постапка; Viçak, 1995, стр. 115, 209 - во Турција изјави издејствувањето со измама се оние кои се добиени со ветувањата од властите спротивни на законот (кои не можат да ги исполнат).

¹⁹³⁴ Bayer, 1986, стр. 139-140.

¹⁹³⁵ Bayer, 1986, стр. 95-96.

б) ако е постапено противно на оваа одредба или ако предвидените предупредувања и изјави не се забележени во записник, врз исказ на обвинетиот не може да се заснова судската одлука.		
-исто како под а (1967)	1977	4, 218
-исто како под а (1967)	1997	3, 210
-исто како под а и б (1967)	2010	69, 206

Табела 10

Од табелата може да видиме дека обврската да се информираат обвинетите за нивните права датира од 1967 г., што коинцидира со одлуката на ВСС во Миранда (1966 г.), додека претходно таква должност за истражните органи или судот немало. Оттогаш обвинетиот морало да биде поучен за правото на молчење и да не се инкриминира себеси, а предупредувањата да се забележени во записник.

Што доколку органот не постапел вака? Според ЗКП/48 и ЗКП/53 немало обврска да се даде поука, а со ЗКП/77 и ЗКП/97 не биле предвидени последици за недавање поука. Ова не значи дека според ЗКП/48 и ЗКП/53 немал право да молчи. Тој го имал тоа право, зашто уште тогаш било забрането да се добие негов исказ со сила, закана, измама и други недозволени средства, само што никој не бил должен да го информира за правото. Според ЗКП/77 и ЗКП/97 пак имал незаштитено право.¹⁹³⁶

Само со ЗИД/67¹⁹³⁷ и сега со ЗКП/10 изречно е предвидено врз таквиот исказ да не може да се заснова судската одлука.

Одредбата сама по себе е јасна. Она што не е докрај јасно е што сè спаѓа во однесување на обвинетиот кое потпаѓа под заштитата на привилегијата против самоинкриминација и правото на молчење. Тоа треба праксата да го дефинира, во смисла дали само негови изјави (усни или писмени) или и одредени конклюдентни дејствија. Овде не мислам на споредбено-правно прифатените како што се да облече блуза, ракавици и сл. за да се види дали му се точни. Во такви ситуации нема умствена дилема дали да зборува или не, зашто тие едноставно му се или не му се точни. Мислам на еден наш предмет кој судот погрешно го решил и во кој покрај противењето на одбраната прифатил како докази на обвинителството фотографии направени од овластени службени лица на кои биле покажани обвинетите како го посочуваат местото на кражбата, од каде било влезено во затворената куќа и сл. Доказите не ќе биле спорни ако осомничените најпрво биле поучени за правото на молчење и на бранител. Елемент на привилегијата против самоинкриминација е обвинетиот не само со зборови, туку да не биде принуден и со конклюдентни дејствија да обезбеди докази против себе. Секако такви претставуваат опишаните фотографии кои нужно требало да бидат издвоени.¹⁹³⁸

¹⁹³⁶ За споредба, во Турција правото на молчење било вградено во Уставот од 1982 г., а поуката за него со законските амандмани од 1992 г. Овие права не важеле за делата на тероризам, учество во нелегални организации, трговија со наркотици, ширење идеи со кои се загрозува уставниот поредок и единството на државата - Виџак, 1995, стр. 36-37.

¹⁹³⁷ Интересно е што ваква одредба имало ако предупредувањата не биле забележани во записник, но во измените не бил опфатен делот од одредбата за сила, закана, измама и сл. во смисла и врз така добиената изјава да не може да се заснова одлуката. Веројатно тоа требало да се подразбира само по себе.

¹⁹³⁸ ОС Битола К.бр.2/19 од 23.4.2019 г. Чест проблем во одлуките на нашите судови, како што е и оваа е што воопшто не го перцепираат приговорот (како да не постои). Судот очигледно не го прифатил штом ги извел доказите, меѓутоа не можеме да знаеме дали имал оправдани причини за тоа и ако имал кои биле тие. Според ЕСЧП на одбраната мора да ѝ се даде можност инцидентално да ја оспори употребата на доказот. Нашиот ЗКП дава повеќе такви можности, но што полза има од нормата ако судовите не ја применуваат како што треба; Vasiljević/ Grubač, 1987, стр. 147 посочуваат пракса според која се издвојуваат фотографиите од реконструкцијата на настанот спроведена од МВР на кои е фотографиран сторителот кој покажува како е извршено делото (Окружен суд во Бјеловар, Кж. 261/84 од 12.4.1984).

Суштината на правото на молчење би се довела под знак прашање и ако обвинетиот кој одлучил да молчи биде соочен со друг обвинет или сведок. Така тој присилно би бил доведен во ситуација некако да реагира на директни напади кон него, што би го подрило правото што го има. Сметам дека е правилно становиштето да не се соочува ваков обвинет, евентуалното соочување би било незаконско процесно дејство, а резултатите од соочувањето незаконит доказ.¹⁹³⁹

Ако обвинетиот пред судот реши да се брани со молчење, а во истрага дал исказ, тој може да биде изведен како доказ на расправата (чл. 391). Штом обвинетиот бил поучен дека ако даде изјава таа ќе може да се користи во постапката против него (чл. 206) и тој доброволно и интелегентно решил да зборува, не може да се стави приговор на ваквото законско решение, кое е оправдано и не е во спротивност на праксата на ЕСЧП.¹⁹⁴⁰ Треба да се каже дека првично кај судовите имало мала конфузија, бидејќи сметале дека само снимените изјави на обвинет дадени пред ЈО со апарат за видео-тонско снимање може да се користат на расправа (ако овој на неа не сака да даде исказ или го измени),¹⁹⁴¹ за подоцна да се искристализира гледиштето дека е дозволена употреба и на изјави кои само записнички се констатирани.¹⁹⁴²

5.2. Сведоци

Може да се каже дека југословенското процесно право од своите почетоци имало јасно изграден став одредени лица да не може да бидат повикани да сведочат, а некои да имаат право по нивна одлука да бидат ослободени од таа должност. Основите ги поставил ЗКП/48 кој ја вградил и поуката за ваквата привилегија, а поновите закони само ја дополнувале листата со уште понекое такво лице, при што старите останувале. Во тој поглед ЗКП/10 е најсеопфатен и најлиберален бидејќи познава најширок круг лица кои не може да бидат сведоци или се ослободени од должноста да сведочат.

Овие две главни групи сведоци не се туку така дадени во законите, зашто за нив важат специјални правила кои мора да се почитуваат. Така судот не ќе може да ја заснова својата одлука на исказ на лица кои 1) не можело да се сослушаат како сведоци зашто надлежниот орган не ги ослободил претходно од обврската за чување тајна и 2) не биле поучени дека се ослободени од должноста за сведочење, не се откажале изречно од тоа право или поуката или откажувањето не биле забележени во записник.¹⁹⁴³

5.2.1. Лица кои не може да бидат сведоци

Оваа група покажува дека иако според најстарите закони начелото на материјална вистина било врховно начело на постапката, и тоа морало да отстапи пред некои други интереси. Еден од нив бил интересот да се зачува државната, воената или службената тајна дури и по цена фактичката состојба да не се открие целосно, а другиот привилегираниот однос помеѓу обвинетиот и неговиот бранител.

¹⁹³⁹ Спротивен принцип заговара Водинелиќ кој смета дека дури и обвинетиот ништо вербално да не каже, често „посликвито ќе зборуваат“ мимиките и гестикациите кои ќе му овозможат на судот да стекне или да го зацврсти својот суд - Водинелиќ, 1985, стр. 594.

¹⁹⁴⁰ Така и заклучок од работната средба на кривичните оддели на четирите апелациони судови - Билтен бр.10, АС Скопје, 2018, стр. 9; Во иста насока е прецизирано законското решение во БиХ, после првични различни доктринарни толкувања и поделби во праксата - Sijerčić-Čolić, 2015, стр. 59-60; Поинаку АС Штип КЖ-31/16 во Билтен бр.10, АС Штип, 2018, стр. 11.

¹⁹⁴¹ АС Битола КЖ.бр.508/17 од 26.12.2017 г.

¹⁹⁴² ВРСМ Вкж2.бр.1/2018 г. од 20.11.2019 г.

¹⁹⁴³ Чл. 220 и 221 од ЗКП/53, чл. 228 од ЗКП/77, чл. 220 од ЗКП/97 и чл. 215 од ЗКП/10; ЗКП/48 иако ги познавал овие две групи сведоци, немал пропишано забрана одлуката да се заснова на нивни искази.

предмет на анализа	ЗКП	одредби
сведоци		
не може да се испита како сведок		
а) лице кое со својот исказ би повредило државна тајна, освен ако надлежниот орган не го ослободи од нејзино чување; б) бранителот на осомничениот за она што овој му го доверил како на свој бранител.	1948	164
а) исто, за службена или воена тајна. б) исто како под б	1953	220
а) исто како под а (1953) б) исто како под б, дополнето освен ако самиот обвинет го бара тоа в) малолетно лице што со оглед на возраста и душевната развиеност не е способно да го сфати значењето на правото дека не мора да сведочи, освен ако обвинетиот бара	1977	226, 227
исто како под а, б и в (1977)	1997	218, 219
а) исто, за државна или воена тајна, б) исто како под б (1977) в) исто како под в (1977) г) лице кое со својот исказ би ја повредило должноста за чување деловна тајна во однос на тоа што го дознало во вршењето на своето занимање (верски исповедник, адвокат и лекар), освен ако е ослободено од таа должност со посебен пропис или со писмено, односно со дадена изјава на записник на лицето во чија корист е востановено чувањето тајна, односно со таква изјава на неговиот правен наследник. д) лицето кое поради својата душевна или телесна болест, односно својата возраст воопшто не е во состојба да сведочи.	2010	213

Табела 11

Во првата група лица кои не можат да се испитаат како сведоци се оние кои како резултат на работните задачи што ги извршувале дознале некоја информација битна за постапката која воедно е државна, воена или службена тајна. За информациите кои не претставуваат ваква тајна тие може да сведочат пред суд под општите правила што важат за сите сведоци. Но, тајните информации може да ги споделат само ако надлежниот орган ги ослободи од нивно чување. Од табелата може да се види дека сите закони го познавале овој исклучок, разликата е каква тајна заштитувале.

Следен во групата лица што не смее да бидат сведоци е бранителот на осомничениот за она што овој му го доверил како на свој бранител. Професионалната тајна ги опфаќа сите елементи во доменот правна помош и судско застапување. Во неа влегуваат консултациите, кореспонденцијата, работните белешки, документацијата во досието, имињата на клиентите, податоците за финансиското договарање.¹⁹⁴⁴ Должноста за чување на тајната е трајна, не престанува со откажување на полномошното, ниту со завршување на кривичната постапка.¹⁹⁴⁵

Одредбата сама по себе е разбирлива. Ако ја нема ова ограда правото на правна помош би било сведено на чиста форма. Тоа би било ограничено до таа мера што би изгубило секакво значење, зашто обвинетиот поради стравот бранителот да се јави како сведок против него, неволно би споделувал информации нужни за сопствената одбрана. Од 1977 г. па наваму оставена е можноста бранителот да се јави како сведок ако обвинетиот сам тоа го бара. Логиката на ова е да не се случи право востановено во корист на обвинетиот да биде на негова штета, пр. ако бранителот има информации кои би довеле до негово ослободување или до осетно намалување на казната.

Во теоријата постои гледиште дека бранителот може да биде сослушан како сведок за факти кои тој ги дознал на друг начин (не преку обвинетиот), со тоа што треба

¹⁹⁴⁴ Карнавак, 2016, стр. 61, 64-65; Не само што бранителот не смее да биде повикан како сведок, туку во негова адвокатска канцеларија не е допуштено лишување од слобода, преземање п.и.м. или истражни дејствија над странка која се обратила за правна помош - чл. 22 од Законот за адвокатурата.

¹⁹⁴⁵ Калајциев/ Лажетик/ Неделкова/ Денковска/ Тромбева/ Витларов/ Јанкуловска/ Кадиев, 2018, стр. 507.

да ја откаже натамошната одбрана.¹⁹⁴⁶ Се согласувам со овој став бидејќи ако постои законска пречка бранителот да се јави како сведок за она што му го предочил обвинетиот поради потребата од заштита на професионалната тајна, таква нема за други негови согледувања. Така на пр. при оспорување на даденото признание, може да се јави потреба бранителот да сведочи за односот на истражните органи спрема обвинетиот кога овој давал исказ, за приговорите кои ги дал како бранител а не влегле во записник, за со неговото сведочење да се констатира постоење забранет или недостоен метод на испрашување (сила, закана, измама) кое во крајна линија би довело до издвојување на признанието како незаконит доказ.

Меѓутоа тоа треба да биде исклучиво слободен избор на обвинетиот, а не наметнато од надвор.¹⁹⁴⁷ По ист принцип како со бранителот, ни обвинителот не може истовремено да биде сведок во предметот во кој постапува.¹⁹⁴⁸

Горните две групи биле дел од сите закони. Со ЗКП/77 била додадена и трета, малолетно лице кое со оглед на возраста и душевната развиеност не е способно да го сфати значењето на правото дека не мора да сведочи. Штом не е во состојба да го сфати значењето на привилегијата не може ни да донесе интелегентна и слободна одлука дали да сведочи. Од судските пресуди кои датираат пред овој период може да се заклучи дека новите законски одредби од ЗКП/77 само ја потврдиле праксата која постоела од претходно.¹⁹⁴⁹ ВСЈ следејќи го духот на законот и смислата на привилегијата за несведочење дури и без изречен пропис како чл. 227 од ЗКП/77 бил против употреба на искази од вакви лица во постапката. Кое малолетно лице е, а кое не е способно да го сфати значењето на правото и тогаш и сега било фактичко прашање, што не може *in abstracto* да се реши, туку *in concreto* од случај до случај.¹⁹⁵⁰

Но, и кога се работи за вакво лице оставен е простор на барање на обвинетиот да се јави како сведок, што само по себе покажува дека оваа привилегија на сведоците е *de facto* во негова полза. Ако малолетникот може да го сфати значењето на привилегијата, тогаш тој сам ќе одлучи дали ќе сведочи и доколку одбие, согласноста на обвинетиот не ќе има никакво правно релевантно значење.

¹⁹⁴⁶ Марина, 1979, стр.231.

¹⁹⁴⁷ АС Штип КЖ.бр.683/12 од 22.11.2012 г. во Билтен бр.7, АС Штип, 2013, стр. 2-4 - укинал решение на основен суд кој поради предлогот на ЈО да се сослуша како сведок бранителот на обвинетите, го оневозможил да врши стручна одбрана во конкретниот предмет.

¹⁹⁴⁸ АС Битола КЖ.бр.690/13 од 31.10.2013 г. во Билтен за 2013, АС Битола, 2014, стр. 12 - пресудата не може да се заснова на изјава на застапникот на обвинението на главен претрес кој изјавил дека го познавал обвинетиот од други предмети и го опишал неговиот изглед, па го препознал обвинетиот на видео снимки репродуцирани на главниот претрес. Во таков случај постои суштествена повреда на одредбите на кривичната постапка, изведување како доказ на изјава односно сведочење или препознавање на застапникот на обвинението, согласно одредбите од ЗКП не е дозволен, а други докази дека токму обвинетиот го извршил предметното к.д. не се изведени на главен претрес.

¹⁹⁴⁹ ВСЈ Кж 8/58 од 11.6.1958 г. - дете под 10 г. не е во состојба да го сфати значењето на установата ослободување од сведочење, така што иако било поучено, изјавата дека сака да сведочи не може да се земе како свесно откажување од правото да ускрати сведочење, па на неговиот исказ не може да се заснова судска одлука; Исто и ВСЈ Кз 50/65 од 15.6.1965 г. и двете кај Simić-Jekić, 1973, стр. 100-102; ВСЈ Кж-25/70 од 3.7.1970 г. - 7-годишното дете со оглед на возраста не било во состојба да го сфати значењето на процесната привилегија, неговиот исказ даден пред истражен судија морал да се издвои од списите, кое нешто нужно мора да се стори пред предметот во новата постапка да се даде на судење пред друг судски совет - кај Damaška, 1971, стр. 61-64 (кој се согласува со ова гледиште).

¹⁹⁵⁰ ОС Битола К.бр.122/17 од 3.8.2017 г. - 12 годишната жртва била исклучително зрела личност за својата возраст, со високо просечно ниво на интелигенција, па била во состојба да ја разбере поуката за несведочење (се согласил и ВСРСМ Квп2.бр.4/2018 г. од 3.4.2019 г.); ОС Кратово К.бр.30/18 од 9.4.2019 г. - малолетната 7 годишна ќерка која што според мислење на вештите лица може да креира фантастични приказни не може да биде извор на докази.

Постои гледиште, дека ако се испита вакво лице како сведок исказот би бил незаконит доказ, но може неговите сознанија да се искористат како доказ преку сослушување на стручните или други лица со кои тој бил во контакт.¹⁹⁵¹ Во ваква ситуација нема да е занемарлив проблемот со конфронтациската клаузула кој ќе се решава според други правила. Од аспект на привилегијата ако изјавата ја дало малолетното лице во истражна или судска постапка против сродникот тогаш сослушувањето на посредните сведоци ќе значи нејзино подривање. Тука проблем е самата привилегија која ценам дека треба да се ограничи во постапки на малолетни жртви. Додека ја има забрането е сослушување на сведоците по слушање. Таа може да се ограничи и во постапки во кои оштетени се полнолетни лица, што е прашање на процесна политика, какви што всушност се сведочките привилегии. Имено, со нив наспроти интересот за кривично гонење се штитат некои други интереси како добрите семејни, брачни односи и сл. Ако пак изјавата малолетното лице ја дало на лекар, учител, сосед и сл. пред поведување кривична постапка или самоиницијативно без да биде распрашувач за цели на собирање докази против некого, тогаш би го прифатил горниот став на Кос.¹⁹⁵²

Кобе го критикувал законското решение за малолетниците, затоа што не ги опфатило и возрасните лица во иста состојба. Сметал дека не треба да се решава по пат на *analogia legis*, туку законски да се доуреди, зашто може судовите со чисто граматичко толкување да не ја уважат забраната.¹⁹⁵³ Ова разумно укажување не е прифатено во ниту еден од поновите закони. Според ЗКП/10 не може да се испита лице кое поради својата душевна или телесна болест, односно својата возраст воопшто не е во состојба да сведочи „д“ (табела 11). Исто како погоре и ова е фактичко прашање кое мора да се решава од случај до случај.¹⁹⁵⁴ Но, ова е лице (полнолетно или малолетно) кое не е воопшто способно да сведочи. Разбирливо е да не се дозволи вакво лице да дава исказ во постапка, бидејќи исказот би немал никаква спознајна вредност и би можел да донесе повеќе штета отколку корист. Меѓутоа, укажувањата на Кобе се во друг правец, за лице кое е способно да ги пренесе (репродуцира) настаните од минатото, но не и да го сфати значењето на благодатот за несведочење.

ЗКП/10 решил да ја отстрани службената тајна од „а“ истовремено дефинирајќи три групи на лица (верски исповедник, адвокат и лекар) кои не смее да сведочат бидејќи со тоа би ја повредиле должноста за чување деловна тајна, освен ако не ги ослободи од обврската за чување посебен пропис или лицето во чија корист е востановено чувањето тајна „г“ (табела 11). Оваа одредба не може екстензивно да се толкува и да се применува на професии што не се опфатени со неа.¹⁹⁵⁵

Според старото решение судовите прашањето на лекарска тајна го подведувале под одредбата за службена тајна. Разликата е значајна, зашто во таква ситуација нив од обврската за чување на тајна можела да ги ослободи медицинската установа каде што

¹⁹⁵¹ Kos, 2004, стр. 7 и Kos, 2005, стр. 15 (пишува за Хрватска).

¹⁹⁵² Види и Vasiljević/ Grubač, 1987, стр.401 - според ВС Словенија Кж. 642/63 од 21.12.1963 г. лекарот кој при лекарскиот преглед од пациентката разбрал дека нејзиниот татко полово ја искористува, не ја повредил лекарската тајна кога го пријавил кај надлежните органи.

¹⁹⁵³ Kobe, 1977, стр. 183.

¹⁹⁵⁴ ВСРМ Квп.бр.77/91 од 25.10.1991 г. во ЗСО 1990-1996, ВСРМ, 1997, стр. 98-99; АС Штип КЖ-268/17 со која се согласил ВСРМ во Квп.2 бр.33/18 во Билтен бр.12, АС Штип, 2019, стр. 17-18; ОС Велес К.бр.233/19 од 27.12.2019 г.

¹⁹⁵⁵ ВСРМ Квп1.бр.70/2015 г. од 11.1.2018 г. - книговодителите не се изземени од должноста за сведочење. Тие иако имаат обврска да ја почитуваат доверливоста на информациите во врска со работите кои се стекнати во текот на обезбедувањето на услугите, немаат обврска за чување деловна тајна во однос на тоа што го дознале во вршењето на своето занимање; За споредба во САД со одлуките на ВСС воспоставена е апсолутна привилегија во односите клиент - адвокат, психијатар, психолог, социјален работник, медијатор - Kirkpatrick, 1998, стр. 367.

работеле, а не лицето кое го лекувале, прегледувале и кое единствено има право на тајност над неговите медицински податоци.¹⁹⁵⁶

Новото решение е оправдано. Дури може да се каже компаративно гледано други држави опфаќаат поголем круг на лица кои со своето сведочење би ја повредиле обврската за чување деловна тајна. Така, во Хрватска во оваа група влегуваат нотарите и даночните советници (во склад со законската обврска за чување на тајна), односно адвокатите, лекарите, стоматолозите, психолозите и социјалните работници (за она што го дознале од осомничениот при извршување на својата дејност),¹⁹⁵⁷ а во Германија ослободени од сведочење се лекари, стоматолози, адвокати, даночни советници кои мора да бидат поучени за ова нивно право, зашто во спротивно нивната изјава може на барање на обвинетиот да биде издвоена.¹⁹⁵⁸

5.2.2. Лица кои се ослободени од должноста за сведочење

Во оваа група влегуваат лица кои поради блискиот семеен или деловен однос со обвинетиот се ослободени од обврската за сведочење. Правото на избор е нивно, а не на обвинетиот, зашто само од нив зависи дали ќе сведочат во постапката која се води против него. Ова е уште еден пример во кој потребата за утврдување на материјалната вистина отстапува пред заштитата на други интереси кои законодавецот ги смета за позначајни.

Од законските одредби кои се однесувале на овие сведоци евидентно е дека само ЗКП/48 ја ограничил привилегијата за к.д. против народот и државата што е разбирливо за периодот непосредно по Втората светска војна. Сите останати не само што не познавале вакво ограничување, туку ја прошириле и во однос на другите обвинети со кои сведоците немаат семејна или деловна врска, ако нивниот исказ според природа на работите не може да се ограничи само на сообвинетиот.

предмет на анализа	ЗКП	одредби
сведоци		
ослободени од должноста за сведочење		
а) брачниот другар на осомничениот. б) неговите роднини во крв по права линија, а по странична заклучно до втор степен. в) посвоителот или посвоеникот.	1948	165
а) брачниот другар на обвинетиот. б) неговите роднини по крв во права линија, во странична линија до трет степен, а по сватовство заклучно до втор степен. в) посвоеник и посвоител на обвинетиот. г) верски исповедник за она што му го исповедил обвинетиот.	1953	221
исто како под а, б, в и г (1953).	1977	227
исто како под а, б, в и г (1953); д) адвокатот, лекарот, социјалниот работник, психологот или некое друго лице за фактите за кои што дознале при вршењето на својата работа во однос на кои се однесува обврската да го сочуваат како тајна тоа што го дознале при вршењето на својата професија.	1997	219
исто под а, б, в (1953).	2010	214

Табела 12

¹⁹⁵⁶ Окружниот суд во Славонска Пожега Кж. 272/71 од 31.8.1971 г. зазел став дека лекарот не може да се сослуша како сведок за тоа што го дознал од лицето доведено во болница заради пружање лекарска помош после извршен недозволен абортус, додека не биде ослободен од чување на службената тајна од надлежниот орган, односно установата каде што работел - Vasiljević/ Grubač, 1987, стр.401.

¹⁹⁵⁷ Pavišić, 2008, стр 566.

¹⁹⁵⁸ Bradley, 1983, стр. 1060.

Табелата покажува дека сите закони признавале ваква привилегија, разликата е кој можел со неа да се ползува. Првите три групи се најстабилни, ги познаваат сите закони од 1948 г. досега и практично од 1953 г. се идентични без никаква промена.

Дел од останатите лица на кои постарите закони им го давале правото да одбијат сведочење, како верскиот исповедник (ЗКП/53, ЗКП/77, ЗКП/97), односно адвокатот и лекарот (ЗКП/97) со најновото законско решение од 2010 г. се префрлени во групата лица кои не смее да сведочат. Навидум полиберално, тоа всушност е понаклонето кон *stare decisis* моделот. Прво, зашто во новото решение ги нема социјалниот работник, психологот или некое друго лице и второ, со преместувањето на верскиот исповедник, адвокатот и лекарот тие веќе не се дел од групата лица од кои не смее да се одземат одредени предмети (*supra* VIII 4.1.2.). Ова е спротивно на тенденцијата која постои во другите јурисдикции бројот на лицата ослободени од сведочење да се проширува, а не да се намалува.

За да се повика на привилегијата сведокот треба да знае дека има право да не сведочи. Обврската судот пред испитувањето да го поучи за ова право, а одговорот задолжително да го внесе во записник била предвидена со сите закони. Разликата била таа што само најстариот немал пропишано последици од повреда на правилото за поуките.¹⁹⁵⁹ Според сите останати на исказот на привилегираните сведоци не може да се заснова судската одлука ако тие го искористиле благодатот на несведочење,¹⁹⁶⁰ ако не биле поучени првиот или секој следен пат кога давале исказ,¹⁹⁶¹ ако не се откажале изречно од правото¹⁹⁶² или ако поуката и откажувањето не биле забележени во записник.¹⁹⁶³ И обратно доказот е законит ако била дадена поука, сведокот се откажал од привилегијата да не сведочи, а поуката и откажувањето биле внесени во записник.¹⁹⁶⁴

Непоученото лице не врши ни к.д. давање лажен исказ бидејќи за постоење на делото потребно е исказот да може да се користи како доказ во постапка, а во таков случај таа претпоставка не била исполнета, односно се смета дека исказ воопшто не бил даден.¹⁹⁶⁵ Меѓутоа ако било поучено и дало лажен исказ, пр. лажно алиби на обвинетиот, тогаш може да одговара за к.д. давање лажен исказ.¹⁹⁶⁶

Карактеристично за Германија е дека изјавата нема да може да се користи по овој основ ако недавањето на поуката била причина привилегираното лице да сведочи. Во таков случај даден е избор на обвинетиот дали ќе бара нејзино издвојување или не. Ако побара нема балансирање, туку изјавата мора да се издвои.¹⁹⁶⁷ Меѓутоа, ако се утврди дека тоа знаело за ова негово право, па и покрај тоа дало изјава, тогаш чинот на давање на изјава не може да се потпре на пропуштената поука.¹⁹⁶⁸

Правото за несведочење е процесна привилегија, така што за неа не е битно кога било извршено к.д. За да може сведокот да се повика на неа, врквата (пр. брачна) помеѓу него и обвинетиот треба да постои за време на сведочењето, што значи не е релевантно

¹⁹⁵⁹ Чл. 165 од ЗКП/48, чл. 221 од ЗКП/53, чл. 227 и 228 од ЗКП/77, чл. 219 и 220 од ЗКП/97, чл. 214 и 215 од ЗКП/10.

¹⁹⁶⁰ ВСХ Кж 204/56 од 16.2.1956 г. кај Simić-Jekić, 1973, стр. 103.

¹⁹⁶¹ ВСХ Кж 1693/57 од 23.7.1957 г.; ВС Војодина Кж 1046/56 од 28.11.1956 г.; ВС БиХ Кж 81/56 од 12.3.1956 г. сите кај Simić-Jekić, 1973, стр. 105-108, 272.

¹⁹⁶² АС Битола КЖ.бр.273/19 од 16.10.2019 г.

¹⁹⁶³ ВС Словенија Кж 215/58 од 2.4.1958 г. кај Simić-Jekić, 1973, стр. 103-105.

¹⁹⁶⁴ АС Скопје КЖ.бр.447/15 од 14.7.2015; ВСРСМ Квп1.бр.184/2015 г. од 1.12.2016 г.

¹⁹⁶⁵ ВСХ Кж 607/55 од 10.3.1955 г. кај Simić-Jekić, 1973, стр. 108-109.

¹⁹⁶⁶ ВС Србија Кж 1332/57 од 8.9.1957 г. кај Simić-Jekić, 1973, стр. 109.

¹⁹⁶⁷ Bradley, 1983, стр. 1059-1060.

¹⁹⁶⁸ Бојлке, 2009, стр. 305.

дали постоела претходно, таа може да настане и по извршување на к.д.¹⁹⁶⁹ Во оваа смисла привилегијата за брачните другари и по сватовство престанува со развод на бракот.¹⁹⁷⁰

Привилегијата е право на сведокот. Судот не смее да влече неповолни заклучоци од фактот што сведокот се повикал на неа и одбивањето да сведочи да го употреби во пресудата како доказ за вината на обвинетиот, не смее ни отсуството на сведокот од главната расправа да го цени на штета на обвинетиот, а не смее ни по заобиколен пат да го употреби исказот на привилегираниот сведок, пр. со сослушување на истражниот судија како контролен сведок на судењето.¹⁹⁷¹ Подлога на пресудата од истата причина не смее да биде ни исказ на друго лице пр. лекар кое присуствувало на истражното дејствие.

Меѓутоа забраните не се однесуваат на спонтаните изјави. Законот не исклучува можност пресудата да се заснова на исказ на сведок кому вон постапката му се доверило лицето ослободено од должноста за сведочење. Тоа може да се сослуша како сведок по слушање, неговиот исказ не може да се издвои, туку треба да се вреднува заедно со сите други докази со сите резерви за тежината на исказот на вакво лице.¹⁹⁷²

На таква линија била поранешната пракса во Хрватска, за разлика од поновата која прави пресврт и забранува на ваков начин посредно да се воведат информациите од привилегираните сведоци.¹⁹⁷³ Цариќ афирмативно пишува за новата пракса и цени дека така доследно се применува теоријата плодови од отровно дрво.¹⁹⁷⁴

Не се согласувам со нејзиниот став. Според оваа теорија плодот треба да е дериват на првичната неправилност. Но, што има незаконито во спонтаниот и доброволен разговор на привилегираниот сведок со друго лице, свесен дека ова може да го пренесе слушнатото на трет. Сметам дека нема пречка овие лица да се сослушаат како сведоци од втора рака. По истата логика изјавата од сведок кој без да биде прашан по сопствена иницијатива кажал нешто на службено лице, од жртва која се јавила да побара итна медицинска помош или во полиција да пријави настан и појасни што се случило би можела да се воведат во постапката како непосреден доказ (слушање на телефонскиот повик) или посреден доказ (сослушување на лицето на кое биле дадени).¹⁹⁷⁵

Промената на процесните улоги ќе има влијание врз законито дадената изјава. Така, мора да се издвои од списите и не може да се чита исказот на осомничениот за кого постапката е запрена, ако тој по закон е ослободен од сведочење во однос на некој од другите обвинети и повикан не дошол на претрес или се повикал на правото да не сведочи.¹⁹⁷⁶ Ова покажува дека подоцнежната промена на процесната улога, може да влијае врз употребливоста на претходно дадениот исказ, независно што околноста која овозможила користење на привилегијата настанала по давањето на исказот. Тоа е во ред, зашто штотуку се прифаќа сопружничка привилегија за лица кои *tempore criminis* не биле

¹⁹⁶⁹ ВСМ Кж.бр.292/76 од 25.6.1976 г. во ЗСО 1975-1979, ВСМ, 1980, стр. 143-144 - оштетената е ослободена од обврската да сведочи против обвинетиот со кого стапила во брак по извршување на к.д.

¹⁹⁷⁰ Vasiljević/ Grubač, 1987, стр. 405 (ВСХ I Кж.1312/75 од 8.7.1975 г.); АС Битола КЖ.бр.299/19 од 11.7.2019 г.

¹⁹⁷¹ ВС Словенија Кж-215/58 од 2.4.1958 г. кај Simić-Jekić, 1973, стр. 103-105; И во Хрватската не може наместо привилегираните сведоци да се сослушаат судијата, обвинителот, записничарот или бранителот кои присуствувале кога овој го дал првиот исказ зашто тоа се коси со доктрината плодови на отровно дрво - ВСХР I Кж-926/2008-3 кај Obradović/ Župan, 2011, стр. 131.

¹⁹⁷² ВСХ Кж-1693/57 од 23.7.1957 г. кај Simić-Jekić, 1973, стр. 105-107; ОС Радовиш К-33/15 од 9.7.2015 г.

¹⁹⁷³ Спореди ВСРХ I Кж-455/82 и I Кж-311/99 со I Кж-486/02 кај Kos, 2005, стр. 15-16.

¹⁹⁷⁴ Carić, 2006, стр. 1009, а во овој контекст се повикува на ВСРХ I Кж-271/02 од 27.5.2003 г.

¹⁹⁷⁵ Така и Бојлке, 2009, стр. 273.

¹⁹⁷⁶ ВСЈ Кж 47/69 од 14.1.1970 г. кај Damaška, 1971, стр. 65-66 и Simić-Jekić, 1973, стр. 102-103 (сопругата на обвинетиот дала исказ како соосомничена во истрага. Постапката против неа била запрена, а таа како сведок се повикала на привилегијата да не сведочи); Исто и Đurđević, 2009, стр. 794.

во брак, така треба да биде и за лица кои биле, а не можеле да ја користат поради фактот што против двајцата се водела единствена постапка.

Ако повторно се испитува сведокот, тој може да го промени својот првичен став и да се повика на привилегијата од која претходно се откажал, односно да се откаже од неа без оглед што еднаш се повикал. Затоа органот треба да ги почитува правилата за поуките при секое испитување, бидејќи може да се јави спор околу законитоста на дадениот исказ.¹⁹⁷⁷ Може да се каже дека нашето право е на иста линија со германското.¹⁹⁷⁸

Одредбите за привилегираните сведоци се прецизни и јасни. Доволно е граматичко толкување за нивна правилна примена, па иако не секогаш, генерално се почитуваат во постапките пред македонските судови. За тоа удел има и фактот што одредбите суштински не се променети од средината на минатиот век, па македонските судови имале повеќе од 70 години да изградат стабилна пракса. Единствено се менувале на хоризонтална основа, со додавање нови субјекти во групите привилегирани сведоци, додека базичното решение останувало исто - привилегираните сведоци имаат право на избор да не сведочат, мора да се поучат за тоа нивно право, ако не биле поучени, ако избрале да не сведочат, ако поуката или изборот не биле внесени во записник, дури и ако прво сведочеле па се премислиле со тек на време, во ниту една од овие ситуации нивниот исказ не смее да биде доказна база на судската одлука.

Меѓутоа, фактот што решенијата за привилегираните сведоци во позитивното право практично од 1948 г. досега не се променети, не значи дека треба да ги прифатиме како добри и дадени еднаш засекогаш, без да ја преиспитаеме нивната исправност и да видиме дали има потреба да се доуредат или изменат.

Она што било или она што е не значи дека треба да биде. Со други зборови ако решението било такво порано или ако е такво сега, не значи дека треба да биде такво и понатаму.¹⁹⁷⁹

Во доктрината привилегијата се објаснува со потребата да се заштитат некои други интереси кои натежнуваат над оној за утврдување на вистината и казнување на сторителите, какви што се одржување на целовитоста на семејството и задржување на добрите семејни односи. Факт е дека модерната кривична постапка штити други интереси и не дозволува утврдување вистина по секоја цена и осуда на сторител под секакви услови. Меѓутоа општествените услови, базата во која се создаваат и виреат семејствата и во која се развиваат семејните односи не е иста како таа во минатото. Сега лесно се доаѓа до развод на брак, треба само став на едниот брачен другар изјавен во граѓанска постапка, за разлика од претходно кога била потребна причина чија оправданост ја оценувал судот. Претходно економските услови и конзервативната средина не гледале со наклоност кон разделените брачни другари и самохраните

¹⁹⁷⁷ АС Штип КЖ.бр.322/17 од 17.11.2017 г.; ВРСМ Вкж2.бр.1/2018 г. од 20.11.2019 г.; За Хрватска ВСПХ I Кж-271/02 од 27.5.2003 г. кај Сагиќ, 2006, стр. 1008-1009 - ако сведокот се откажал од привилегијата и дал исказ во истрага, а потоа починал, записникот со неговиот исказ може да се прочита како законит доказ.

¹⁹⁷⁸ Бојлке, 2009, стр. 271-272 - привилегиран сведок може да се премисли, ако прво дал исказ, а потоа се повикал на своето право неговата изјава не ќе може да се користи. Освен непосредно, таа нема да може да се употреби ни посредно преку сослушување на лицето пред кое ја дало. Битна е врската тогаш кога се дава изјавата, така што дури и наменски склучениот брак по сторување на делото е законски основ сведокот да одбие да сведочи.

¹⁹⁷⁹ „Кантовата филозофија не учи дека е невозможно од она што е да се заклучи што е тоа што *вреди*, што е *исправно*, што *треба* да биде. Едно нешто никогаш не е исправно само затоа што е или што било - или, исто така, зашто ќе биде. Оттаму произлегува отфрлањето на позитивизмот, кој од она што е, на историзмот, кој од она што било, но и на еволуционизмот, кој од она што ќе биде, изведува заклучоци за она што треба да биде - Радбрух, 2008, стр. 19; Слично и Камбовски, 2010, стр. 33.

родители, додека сега тоа е неминовна реалност при нарушени брачни односи која дури е подобра од живот во условно кажано „загадена“ семејна средина.

Резултат на постојното и статично законско решение се повлечени поточно одбиени обвиненија посебно кај делата со елементи на семејно насилство. Прашањето е дали семејните односи во такви средини се навистина така добри, односно дали претпоставката за постоење некакви добри меѓуперсонални односи не е начната, па дури и побиена. Со други зборови, постои стремеж со ЗКП да се заштити нешто што можеби повеќе го нема.

Во многу вакви ситуации дури и не оперираме со незаконити докази во вистинската смисла на значењето кое го има овој збор. Да, така е онаму каде сведокот не бил поучен за привилегијата, па не знаејќи за неа дал исказ. Меѓутоа таму каде што знаел за неа, па и покрај тоа дал исказ, дискутабилно е правото на премислување. Тука доказот, односно земената изјава не биле незаконски. Сепак како резултат на промената на ставот на сведокот многу постапки за к.д. со елементи на семејно насилство биваат прекинати без да се знае дури ни причината за променетиот став, кој во многу ситуации може да биде и притисок од сторителот врз жртвата која се наоѓа во ранлива позиција спрема него.

Секако постојат и многу предмети во кои била пропуштена шансата веднаш по настанот да се обезбеди законски валидна изјава која ќе може да се употреби понатаму во судската постапка. И во едниот и во другиот случај може ѝ да се забележи на државата која затаила во остварување на своите позитивни обврски и не создала услови за почитување на некое од правата од чл. 2, 3 или 8 од ЕКЧП кога се работи за жртвата на пријавеното дело.

Нема некоја голема разлика дали обвинителот се откажал од обвинението бидејќи жртвата го повлекла предлогот за дело кое се гони по предлог или се повикала на привилегијата да не сведочи, а без нејзината изјавата тој немал доволно докази за случајот, па била донесена одбивателна пресуда или решение за запирање на постапката¹⁹⁸⁰ или сепак одлучил да се бори до крај за обвинението, но судот поради недоказаност на случајот донел ослободителна одлука,¹⁹⁸¹ зашто ефектот е ист. Секако има и одлуки во кои иако сведоците се повикале на привилегијата, обвинетиот бил осуден врз база на другите докази,¹⁹⁸² меѓутоа соодносот е впечатлив. За волја на вистината и во САД после Крафорд неволноста на жртвите да сведочат била главната причина за повлекување на обвиненијата за семејно насилство, односно пречка за гонење на таквите случаи.¹⁹⁸³

¹⁹⁸⁰ ОС Кочани К.бр.93/17 од 21.11.2017 г. - загрозување на сигурноста со сериозна закана дека ќе ја убие сопругата; ОС Кочани К.бр.101/17 од 16.11.2017 г. - загрозување на сигурноста со сериозна закана дека ќе ги убие родителите; ОС Кочани К.бр.148/17 од 24.11.2017 г. - загрозување на сигурноста со сериозна закана дека ќе ја убие својата мајка; ОС Кочани К.бр.202/17 од 9.11.2017 г. - загрозување на сигурноста со сериозна закана дека ќе го убие својот татко; ОС Кочани К.бр.22/20 од 27.2.2020 г. - загрозување на сигурноста со сериозна закана дека ќе ја убие сопругата; ОС Крива Паланка К.бр.10/18 од 15.2.2018 г. - телесна повреда и загрозување на сигурноста на сопругата; ОС Куманово К.бр.518/19 од 25.12.2019 г. - телесна повреда на вонбрачната партнерка од удари од тупаници во пределот на главата и телото и исеченици по раката од жилет; ОС Битола К.бр.277/18 од 3.10.2018 г. - телесна повреда на сопругата од удари од тупаници во пределот на главата и телото; ОС Охрид К.бр.361/20 од 28.1.2021 г. - тешка телесна повреда; ОС Охрид К.бр.13/16 од 28.3.2016 г.; ОС Струмица К.бр.553/16 од 2.11.2017 г.; ОС Битола К.бр.480/17 од 18.1.2018 г.; ОКС Скопје К.бр.3068/20 од 9.3.2021 г.

¹⁹⁸¹ ОС Радовиш К.бр.33/15 од 9.7.2015 г. - загрозување на сигурноста со сериозна закана дека ќе ја убие сопругата (со ловциски нож на вратот и кажал ќе те заколам како врапче).

¹⁹⁸² ОС Куманово К.бр.25/19 од 6.3.2019 г. - загрозување на сигурноста со сериозна закана дека ќе ја убие сопругата со рачна бомба која немала експлозивно полнење.

¹⁹⁸³ Henning/ Hunter, 2012, стр. 359.

Правото на премислување не е ни конвенциско право. Видовме има постапки во кои ЕСЧП не нашол повреда на ЕКЧП, а бил употребен исказ од привилегиран сведок даден во претходна фаза. Таму проблем може да се јави со конфронтациската клаузула кој е решлив, но не и со базичното прашање кое сега го разгледувам, дали мора да се издвои изјава на сведок кој се премислил, односно да се прекине постапката кога жртвата го повлекла предлогот за гонење.

Разбирливо е зошто доказите прибавени на незаконит начин или со повреда на личните права се сметаат за недозволен (чл. 12 од ЗКП/10). Меѓутоа нема јасен *ratio legis* во определбата доказите прибавени законито и со почитување на сите права и гаранции, со време да станат незаконити. И тоа за да се заштити нешто кое очигледно не постои (добри семејни односи).

Македонското законодавство во овој дел не ги следи модерните трендови. Имено, на 8.7.2011 г. Македонија ја потпиша Конвенцијата на СЕ за спречување и борба против насилството врз жените и домашното насилство. Во неа постои обврска за државите да преземат законодавни и други мерки за со должно внимание да спречат, истражат и казнат акти на насилство извршени од недржавни актери, а домашното законодавство да го прилагодат така што истрагите или гонењето за одредени к.д. меѓу кои и оние поврзани со физичко насилство да не зависат целосно од пријава или тужба поднесена од жртвата, за постапките да може да продолжат дури и ако жртвата ја повлекла својата изјава или пријава.¹⁹⁸⁴

РСМ во моментот на депонирање на инструментот за ратификација стави резерва, односно го задржа правото да не го применува чл. 55 ст. 1 за полесни к.д. до усогласување на одредбите од релевантното законодавство со одредбите на Конвенцијата.¹⁹⁸⁵ Во 2009 г. на подрачјето на СЕ само во 11 држави властите имале обврска да ја продолжат кривичната постапка и покрај фактот што жртвата ја повлекла пријавата.¹⁹⁸⁶

Често пати несанкционираното полесно дело значи отворен пат кон потешко. Состојбата на легислативен план и праксата во РСМ е таква што овозможува сторителите на к.д. да не одговараат за стореното. Освен што нема никаков ретрибутивен ефект, воопшто не се допринесува ни на планот на генералната и специјалната превенција, ни пак се влијае врз сторителот со некакви мерки за безбедност какви што се задолженијата да посетува психијатар или центар за сторители на дела од семејно насилство со кои би се условила евентуалната затворска казна.

Според ЕСЧП 1) домашното материјално право мора да е способно да обезбеди сите форми на семејно насилство да се гонат и казнуваат, 2) домашната правна рамка да обезбеди доволно мерки за заштита на жртвите на семејно насилство, а 3) домашното процесно право да им овозможи на властите да истражуваат случаи на семејно насилство по сопствена иницијатива како прашање од јавен интерес и да ги казнат одговорните за такви дела.¹⁹⁸⁷

Легислативната рамка може да биде пречка, државата да не може да ги исполни позитивните обврски кои бараат од неа да воспостави и ефикасно да применува систем во кој ќе казнуваат сите видови насилство во семејството, односно кривично-правниот

¹⁹⁸⁴ Истанбулска конвенција, 2011, чл. 5 и 55; За слична критика на хрватското законско решение кое дава претерана слобода на привилегираните сведоци да располагаат со своите искази, а на штета на јавниот интерес за кривичен прогон, што доведува до откажување од гонење во 1/3 од случаите види кај Đurđević, 2013а, стр. 21-23. Посочува на праксата во Германија каде откако сведокот прописно поучен дал исказ во претходна постапка, нема можност зашто се премислил изјавата да биде издвоена од списите на предметот.

¹⁹⁸⁵ Закон за ратификација на Конвенцијата на Советот на Европа за спречување и борба против насилство врз жените и домашно насилство, чл. 1 и 3.

¹⁹⁸⁶ *Opuz v. Turkey*, A. no. 33401/02, 9.6.2009, § 87.

¹⁹⁸⁷ *Tunikova and Others v. Russia*, A. nos. 55974/16, 53118/17, 27484/18, 28011/19, 14.12.2021, § 85, 155.

систем да го нема потребниот дестимулирачки ефект со кој би се осигурило ефикасно спречување незаконски дела.¹⁹⁸⁸

Позитивните обврски на државите, во некои случаи според чл. 2 или 3 и во други според чл. 8 земени сами или во комбинација со чл. 3, може да вклучуваат должност да воспостават и применуваат соодветна правна рамка која овозможува заштита од акти на насилство од страна на приватни лица,¹⁹⁸⁹ а непримерното постапување на државните служби да доведе до повреда на чл. 2, 3 или 8 од ЕКЧП.¹⁹⁹⁰

Во оваа смисла неопходна е промена на материјалното и процесното кривично законодавство. Пријавените насилни дела помеѓу блиски сродници да се гонат по службена должност без посебен предлог на оштетениот,¹⁹⁹¹ а еднаш законски дадениот исказ да може да се користи натаму во постапката независно од фактот што сведокот се премислил.¹⁹⁹²

Овде може да се стави оправдан приговор, дека сигурно постојат ситуации кога жртвата и сторителот се помириле, тој ја надоместил штетата, па тоа да е мотивот за премислувањето. Не може да негираме дека ова ќе се јави во пракса, иако тоа не го анулира стореното к.д. Поаѓајќи од планот на генералната и специјалната превенција, како и од желбата за остварување на правдата, подобро е ваквите ситуации да се решат со можноста за ублажување на казната, а не со издвојување на исказот и целосно неказнување.

¹⁹⁸⁸ *Opuz v. Turkey*, A. no. 33401/02, 9.6.2009, § 145, 153, 168, 199 - регулативната рамка требало на органите на прогонот да им овозможи натамошна кривична истрага и покрај тоа што апликантката ги повлекла пријавите... државните власти не може да се потпираат на ставот на жртвата и со него да го оправдуваат сопственото непреземање соодветни мерки кои веројатно ќе можеле да спречат напаѓачот да ги оствари своите закани по физичкиот интегритет на жртвата.

¹⁹⁸⁹ *Osman v. the United Kingdom*, 87/1997/871/1083, 28.10.1998, § 115; *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, A. no. 46477/99, 14.3.2002, § 54-55; *Janković v. Croatia*, A. no. 38478/05, 5.3.2009, § 44-45; *Hajduová v. Slovakia*, A.no.2660/03, 30.11.2010, §45-46; *Talpis v. Italy*, A.no.41237/14,2.3.2017, §100.

¹⁹⁹⁰ *Kontrová v. Slovakia*, A. no. 7510/04, 31.5.2007, § 3, 46-55 - судот нашол повреда на чл. 2 зашто по пријавите за семејно насилство полицијата не успеала да ги исполни позитивните обврски од Конвенцијата кои вклучуваат заштита на животот, здравјето, човековите слободи и права. Имено, полицијата не успеала да преземе соодветни мерки за заштита на животите на децата на апликантката и покрај што знаела за насилничкото однесување на нејзиниот покоен сопруг и фаталните закани; *Talpis v. Italy*, A. no. 41237/14, 2.3.2017, § 107-131 - судот утврдил повреда чл. 2 заради обидот за убиство на апликантката и убиството на нејзиниот син и повреда на чл. 3 поради неуспехот на властите да ги исполнат нивните обврски за да ја заштитат апликантката од актите на семејно насилство извршени од нејзиниот сопруг; *Tunikova and Others v. Russia*, A. nos. 55974/16, 53118/17, 27484/18, 28011/19, 14.12.2021, § 69, 78, 122 - судот утврдил повреда на чл. 3 во неговиот материјален и процедурален сегмент, бидејќи државните органи не успеале да ги заштитат апликантките од актите на семејно насилство поради дефицитарната домашна правна рамка и недостатокот на правни лекови против семејното насилство, а исто така не ги истражиле актите на насилство на кои тие биле жртви; *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, A. no. 71127/01, 12.6.2008, § 82-83 - судот не може да исклучи дека релевантниот бугарски закон, според кој многу дела на сериозно насилство меѓу членовите на семејството не може да се гонат без активно учество на жртвата... може... во одредени околности, да покрене прашање за компатибилност со Конвенцијата.

¹⁹⁹¹ Спореди чл. 130 од КЗ за к.д. телесна повреда при вршење на семејно насилство казниво со казна затвор до 5 г. за чие гонење е нужен предлог со чл. 144 од КЗ за дело загрозување на сигурноста при вршење на семејно насилство казниво со казна затвор до 3 г. за кое не треба предлог.

¹⁹⁹² За споредба, во Англија брачниот другар може да биде обврзан да сведочи за обвинителството во ситуации кога тој е жртва и кај сексуални или насилни к.д. сторени спрема малолетник под 16 г. - *Spencer*, 2005б, стр. 195; Во Хрватска согласно последните законски измени, ако привилегираниот сведок правилно е поучен за благодатот на несведочење, ако поуката е внесена во записник и му е укажано дека ако се откаже од привилегијата неговиот исказ ќе може да се користи во постапката, тогаш без оглед што во подоцнежниот тек на постапката се премислил, записникот за неговото сослушување ќе претставува валиден доказ - *Marijan/ Fumić*, 2019, стр. 30-31 (ВСРХ I Кж 288/2015-4).

Сметам дека сопружничката и семејната привилегија не треба да важат за к.д. сторени спрема деца. Децата спаѓаат во ранливите групи и правото мора да ги заштити, ако тоа не го прават нивните родители. Впрочем поради родителска злоупотреба и негрижа чл. 90 од Законот за семејството¹⁹⁹³ овозможува одземање на родителското право. Штом граѓанските закони дозволуваат построги мерки, бездруго треба да понудат и кривичните ако тие се потребни за заштита на интересите на децата. Во тој контекст нема оправданост од опстојување на привилегиите за вакви дела.

Сопружничката привилегија не треба да важи во ситуациите во кои партнерот е жртва во к.д. Ако целта на привилегијата е заштита на добрите (вон)брачни односи, тогаш делото покажува дека тие се илузија во конкретниот случај. Правото не треба да штити илузии, па затоа *de lege ferenda*, би оневозможил исклучок од правилото за сведочење во постапките во кои едниот партнер е жртва на неделото на другиот.

5.2.3. Лична привилегија на сведокот да одбие одговор на одделно прашање

Сведокот не е должен да одговара на одделни прашања ако е веројатно дека со тоа би се изложил себеси или својот близок роднина на тежок срам, значителна материјална штета или кривично гонење, за што треба да биде предупреден, а предупредувањето да биде внесено во записник. Од 1953 г. законите го познавале ова право, а од 1967 г. судот имал обврска да го поучи сведокот за него.¹⁹⁹⁴

Со личната привилегија сведокот да одбие одговор на конкретно прашање може да се ползуваат сите сведоци што даваат исказ, значи тие што се должни да сведочат, но и оние кои одлучиле да не се повикаат на привилегијата на несведочење. За сведоците отсекогаш постоела должност да ја зборуваат вистината и да не премолчат ништо што им е познато. Во минатите времиња кога вербата во Бог била раширена и голема, религиозната заклетва била своевиден гарант дека лицето поради страв од божја казна ќе ја зборува вистината. Сега религиозната заклетва е заменета со етичка свечена изјава, засилена со материјалните казнени одредби кои санкционираат лажно сведочење, за што лицето исто така се поучува.¹⁹⁹⁵

И бидејќи постои законска принуда под закана со затворска казна лицето да ја зборува вистината, кое како сведок нема право да молчи, своевидна гаранција на привилегијата против самоинкриминација е можноста да не одговори на прашање со кое ќе се изложи себеси или близок роднина на кривично гонење. Причината зошто е опфатен и близок роднина е истата поради која овие лица се ослободени од сведочење.

Станува збор за лично право на сведокот за тој да не трпи штетни последици поради должноста да ја зборува вистината, а не за посебно право на обвинетиот. Во таа смисла ако судот не го опомене сведокот дека не е должен да не одговара на некои

¹⁹⁹³ (1) На родителот кој го злоупотребува вршењето на родителското право или грубо го занемарува вршењето на родителските должности по прибавено мислење од центарот за социјална работа, му се одзема вршењето на родителското право со решение на судот, во вонпарнична постапка. (2) Како злоупотреба или грубо занемарување на родителските должности во смисла на ставот 1 од овој член, ќе се смета ако родителот: - спроведува физичко или емоционално насилство над детето; - полово го искористува детето; - го присилува детето на работа која не одговара на неговата возраст; - му дозволува употреба на алкохол, дрога или други психотропни супстанции; - го наведува детето на питачење или го користи детето за питачење, - го наведува детето на општествено неприфатливи поведенија; - го напуштил детето и подолго од три месеца не се грижи за детето и - ако на кој било друг начин грубо ги крши правата на детето. (3) На родителот може да му биде одземено вршењето на родителското право во поглед на сите деца или во поглед на некое од нив.

¹⁹⁹⁴ Чл. 222 од ЗКП/53, чл. 53 (224) од ЗИД/67, чл. 229 и 231 од ЗКП/77, чл. 221 и 223 од ЗКП/97 и чл. 216 и 219 од ЗКП/10.

¹⁹⁹⁵ Чл. 168 и 227 од ЗКП/48, чл. 224, 228 и 306 од ЗКП/53, чл. 231, 235 и 325 од ЗКП/77, чл. 223, 227 и 317 од ЗКП/97, чл. 219, 222 и 386 од ЗКП/10.

прашања и овој каже нешто (со што би се изложил себеси или свој близок роднина на тежок срам, значителна материјална штета или кривично гонење), со тоа не прави повреда на правата на одбраната на обвинетиот,¹⁹⁹⁶ па не ни може да се бара делумно издвојување на исказот.¹⁹⁹⁷

Во оваа смисла не се согласувам со различниот став кој го имаат коментаторите на нашиот ЗКП.¹⁹⁹⁸ Ценам дека изјавата не може да се користи само ако против сведокот или нему блиски лица во иднина биде поведена судска постапка, дури ни во постапка против сведокот за лажно сведочење ако не бил претходно опоменат за оваа можност, а нема пречка за нејзина употреба во тековната против обвинетиот за каде што и била дадена.¹⁹⁹⁹

5.3. Промена на процесните улоги од обвинет во сведок и обратно

Генерално за обвинетите и сведоците постојат исти правила за испитување, освен оние кои произлегуваат од разликите во статусот помеѓу овие лица. Имено, мора да се почитува достоинството и личноста без оглед дали се работи за обвинет или сведок, прашањата треба да бидат јасни, не треба да бидат капциозни (да се поаѓа од претпоставка дека лицето нешто признало ако не било така), ниту сугестивни (да го содржат одговорот кој се очекува - вакви прашања со последниот закон се дозволени само при вкрстеното испитување). Статусната разлика овозможува обвинетиот да молчи, па и да не ја говори вистината, за разлика од сведокот кој мора да зборува вистинито и да не премолчи ништо што му е познато.

Кога се работи за ист кривичен настан може да се јават 4 спорни ситуации поради можноста од промена на процесната улога:

а) дали правосилно осудено лице може се повика да сведочи за ист кривичен настан во постапката на другите сообвинети која не станала правосилна,

б) дали може изјавите кои ги дал како обвинет да се читаат во постапката против сообвинетите,

в) дали лице испитано како сведок доколку подоцна биде проширено обвинението може да биде распитано како обвинет и

г) дали може да се читаат изјави дадени од сведок, а подоцна обвинет во постапката која се води против него?

Научната и стручна јавност е сложна дека правосилно осуденото лице може да се повика да сведочи за истиот кривичен настан во постапката која сè уште се води против другите сообвинети.²⁰⁰⁰ Впрочем и сега по новиот ЗКП, ако еден од обвинетите признае вина нему му се изрекува санкција, а за другите судот ја раздвојува постапката. Во раздвоената постапка осуденото лице може да даде исказ како сведок.²⁰⁰¹

¹⁹⁹⁶ Исто и во ВСМ Впп.бр.10/80 од 30.1.1980 г. во ЗСО 1980-1984, ВСМ, 1985, стр. 104-105.

¹⁹⁹⁷ Исто Дамашка, 1971, стр. 67.

¹⁹⁹⁸ Калајџиев/ Лажетиќ/ Неделкова/ Денковска/ Тромбева/ Витларов/ Јанкуловска/ Кадиев, 2018, стр. 513.

¹⁹⁹⁹ Слично како моето е и доминантното мислење во Германија, иако има теоретичари кои имаат исто гледиште како и македонските коментатори - Бојлке, 2009, стр. 307-308; Weigend, 2019, стр. 86; ВС на Германија BGHSt, 38, 302 кај Калајџиев/ Арифи/ Маршавелски/ Божиновски, 2018, стр. 16; Во Црна Гора за соработниците на правдата не важи ни семејната ни личната привилегија - Vučković, 2006, стр. 1098-1099, 1101.

²⁰⁰⁰ Марина, 1978, стр.218, Марина, 1979, стр.229, Vasiljević/ Grubač, 1987, стр.398, Матовски, 2003, стр.286; Мисоски/ Илиќ Димоски, 2017, стр. 91-92; Исто и во заклучокот од 2018 г. на четирите Апелациони судови во Билтен за 2018, АС Битола, 2019, стр. 12 и Билтен бр.11, АС Скопје, 2019, стр. 7.

²⁰⁰¹ Поинаку во Србија каде осудениот не може да биде сослушан како сведок ниту соочен со сообвинетиот, туку се чита записникот од неговиот исказ - Ненадић/ Трнинић, 2013, стр. 380; Во Италија сообвинетите и обвинетите не може да се сослушаат како сведоци во посебни постапки за исто к.д., исто како ни судијата, ЈО или нивните помошници кои учествувале во кривичната постапка, а ниту полициските

ВСРМ во една своја одлука дал потврден одговор на првите три „а, б и в“, а негативен на последното прашање „г“.²⁰⁰²

Очигледно не е спорно првото решение „а“. Меѓутоа поради можноста обвинетиот неказнето да говори невестина, спорен е ставот дека може да се чита претходно дадениот исказ „б“. Навистина такво гледиште тешко би можело да се помири со потребата за правилно утврдување на фактичката положба.²⁰⁰³ Оттука, ако е потребен неговиот исказ треба се преферира тој да биде повикан и испитан според правилата за сведоците „а“, при што претходните изјави кои ги дал како обвинет може да се употребат заради разјаснување на околностите и дискредитација.

Некој ќе рече последнава моја резерва не може докрај да се помири со многуте дозволени ситуации каде во иста постапка сообвинетите даваат искази кои судот ги користи за утврдување на фактичката состојба.²⁰⁰⁴ Не може да се помири зашто произлегува дека ако постапката се води истовремено против повеќе сообвинети нивните искази може да се ценат, но ако за еден завршила порано тогаш неговата изјава не ќе може да се цени во предметот на другиот сообвинет, што нема логичка поткрепа.

Но, тоа само на прв поглед изгледа неконзистентно. Ако постапката течела истовремено и сообвинетите имале можност да го испитаат другиот обвинет кога го давал исказот, тогаш може и да се чита неговата изјава. Меѓутоа, за разлика од последново, ако се работи за случај во кој сообвинетиот дал исказ во истрага пред ЈО, се спогодил и на таков начин за него завршила постапката, читањето на неговиот исказ би ја повредило конфронтациската клаузула. Во случај како последниов, не е забрането порано осуденото лице да се повика како сведок во постапката против другите учесници на кривично-правниот настан.²⁰⁰⁵

Дека има такво својство произлегува од автономниот карактер што ЕСЧП му го дава на зборот „сведок“ во својата јуриспруденција.²⁰⁰⁶ Во овој случај Судот нашол повреда на конфронтациското начело, бидејќи осуденото лице се повикало на правото на молчење, не сакало да даде изјава на судењето, ниту да одговара на прашањата на бранителите, а норвешкиот суд како еден од клучните докази за осуда на соизвршителите ја употребил изјавата која тој ја дал во полиција во која ги вмешал другите.²⁰⁰⁷

Одлуката на ЕСЧП е исправна ако се има во вид дека тој веќе бил осуден, за претходното дело го штити начелото *ne bis in idem*, па со давањето изјава не би се самоинкриминирал, ниту дополнително би си ја влошил сопствената правна положба, независно што тој како сведок има обврска да зборува вистина. Во тој контекст од гледна точка на соизвршителите, правилна одлука би била тој да биде сослушан за да им се даде можност да го испрашаат, а во конкретниот случај со оглед да не сакал да одговара на прашањата да се издвои од предметот писмената изјава што ја дал во полиција за да не се користи неконфрнтиран доказ против нив.

службеници за изјавите што им ги дале сведоците или обвинетите - види С. Cesari во: *Talijanski kazneni postupak*, redakcija В. Pavišić, Pravni Fakultet, Rijeka, 2002, стр. 95 кај Лажетиќ-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 142 и Perrodet, 2005а, стр. 386.

²⁰⁰² ВСРМ Квп.бр.7/97 од 27.2.1997 г. во ЗСО 1997, ВСРМ, 1998, стр. 70-73.

²⁰⁰³ Поради оваа причина германската судска пракса уште од 1957 г. поставила високи критериуми за проверка на веродостојноста на исказот на сообвинетиот или сведокот со личен интерес во постапката (кронски сведок), па при читање на записникот за испитување на осомничениот мора да се води сметка за помалата доказна вредност на таквиот исказ - Đurđević, 2009, стр. 796-797.

²⁰⁰⁴ Така ВСРМ Квп.бр.85/96 од 26.11.1996 г. во ЗСО 1997, ВСРМ, 1998, стр. 76.

²⁰⁰⁵ Така и АС Скопје КЖ-1128/17 од 22.3.2018 г.

²⁰⁰⁶ *Kaste and Mathisen v. Norway*, A. nos. 18885/04 and 21166/04, 9.11.2006, § 53.

²⁰⁰⁷ *Kaste and Mathisen v. Norway*, A. nos. 18885/04 and 21166/04, 9.11.2006, § 8-9, 16, 19, 50, 54-56, 61.

Во ваков предмет само навидум постои судир помеѓу две права како што сметала норвешката влада во постапката пред ЕСЧП, имено „до кој степен основното право на сообвинетиот да молчи... може да се попречи со друго право на сообвинетиот според член 6 § 3 (г) да ги сослуша или да бара сослушување на сведоците против него“.²⁰⁰⁸ Конфликтот е имагинарен, а не вистински. Овде не постои спор на две права, бидејќи осудениот имал право на молчење во постапката против него и тој одбрал да не го користи. Да се повикал на тоа свое право во сопствената постапка до проблемот не би дошло. Но, штом одлучил да зборува, лишувањето од можноста соизвршителите во некоја фаза од постапката да му постават прашања е типичен проблем на конфронтационата клаузула.

Затоа мора да се сложам со горниот став на ВСРМ, само во однос на читање на изјавата од лице кое истовремено било судено со другите, а која ја дало на расправа пред судот. Во суштина иако обвинетиот и сведокот имаат различни процесни положби, ни едниот ни другиот немаат право лажно да обвинат трет дека сторил к.д. Во тој дел доаѓа до поклопување на нивните позиции, така што изјавата на сообвинетиот кој го товари другиот обвинет или подоцна од позиција на сведок каде пак го товари обвинетиот ќе има ист правен третман ако се докаже дека е невистинита.²⁰⁰⁹

Се согласувам со ставот на судот „г“, дека исказ од лице даден во својство на сведок не смее да се користи против него, ако во истиот предмет подоцна добие третман на обвинет, туку ваквиот исказ треба да се издвои од списите во предметот.²⁰¹⁰

²⁰⁰⁸ Kaste and Mathisen v. Norway, A. nos. 18885/04 and 21166/04, 9.11.2006, § 35.

²⁰⁰⁹ Делумно поинакво гледиште има Ѓурѓевиќ која афирмативно пишува за ставот кој го зазел ВСПХ I Кж 642/1998-4 од 18.10.2001 г. Според судот правосилно осудено лице може се повика да сведочи за истиот кривичен настан во постапката на другите сообвинети која не станала правосилна, но не може при испитувањето да се користи неговиот поранешен исказ ниту како доказ, ниту заради освежување на помнењето или отстранување на контрадикторностите. Причината за ваквиот став се разликите во процесната положба на обвинетиот и сведокот, заради што не смее да дојде до нивно мешање - Ѓурѓевиќ, 2009, стр. 792, 799; Окружниот суд во Бања Лука во Пресудата број 11 0 К 003556 10 К од 23.5.2010 г. зазел став дека судската одлука не може да се темели на исказот кој сведокот го дал во својство на осомничен во друга кривична постапка - Simović, 2012, стр. 140; Сличен проблем се јавил во Англија. Изјавата дадена од сообвинетиот вон суд (пр. во полиција) може да биде таква што 1) овој ќе се инкриминира само себеси, 2) ќе го товари само обвинетиот или 3) ќе се инкриминира себе и сообвинетиот, во смисла дека заедно го сториле делото. Обвинителството кога ја предлага како доказ инкриминирачката изјава што обвинетиот ја дал надвор од суд тоа го прави зашто верува во нејзината вистинитост. Обично не е така со изјави кои се екскулпирачки, нив по правило не им верува и не ги вбројува во своите доказни предлози. Првата, видовме во САД и ЕСЧП е прифатлива како доказ сè додека доброволно е дадена. Тоа впрочем така е предвидено и во чл. 76 од ЗПКД. Вториот тип изјави не се прифатливи поради правилото за забрана на докази по слушање. Тоа не спречува лицето да ја повтори изјавата пред суд, а сообвинетиот со вкрстени прашања да ја тестира нејзината вистинитост. Третиот вид создава најмногу тешкотии. Традиционалното решение е поротата да ја чуе изјавата неизменета, а судијата да ја поучи дека таа е доказ само против лицето што ја дало, но не и во однос на сообвинетиот. Постои и друго решение што во принцип не изгледа спорно. Изјавата да биде уредена така што поротата ќе го чуе признанието на оној што го дал, но не и делот со кој го товари сообвинетиот. Во ваков случај не би постоела опасност поротата спротивно на советите на судијата да ѝ даде доказна вредност на целата изјава. Но, вака гледано изјавата може да има неоправдано посилен прејудиирачки ефект спрема тој што ја дал, како да признава самостојно извршување на делото, а не сторено во соизвршителство. Затоа Судскиот комитет на Кралскиот совет во предмет од 1995 г. се изјаснил против второто решение. Сметал дека сообвинетиот има право поротата да ја чуе целосно неговата изјава онака како што била дадена - види кај Mirfield, 1997, стр. 67-68.

²⁰¹⁰ Исто Начелен став бр.1/86 донесен на заедничка седница и советување на Сојузниот суд, врховните судови на републиките и покраините и Врховниот воен суд во ЗСО 1985-1989, ВСМ, 1992, стр. 7; Исто и Ѓурѓевиќ, 2009, стр. 789 - постои некомпатибилност на процесните улоги на обвинетиот и сведокот, дури и контрадикторност помеѓу нивните права и обврски. Едно лице не може во ист предмет да биде обвинет и сведок, бидејќи со манипулација на процесните улоги телата на казниот прогон може да дојдат до важни сознанија и изјави од лицето притоа заобиколувајќи ги неговите процесни права.

Употребата на таков исказ би се косела со привилегијата против самоинкриминација и правото на молчење кои се општопознати меѓународни стандарди. Тоа може да биде испитано одново во постапката „в“, со сите гаранции што секој обвинет ги има. Секако нема забрана првично дадениот исказ како сведок да се користи во постапка за к.д. лажно сведочење.

Може да се јави како правно прашање дали е дозволено да бидат изведени како писмени докази 1) правосилна домашна или странска пресуда на веќе осуден соучесник во истото дело²⁰¹¹ или 2) одбраните и самопризнанијата на соизвршителите или исказите на сведоците дадени во постапки пред странски судови преку увид во судските предмети.²⁰¹²

Нашите судови ги прифаќаат и двете можности. По мое мислење се работи за погрешна судска пракса без оглед дали станува збор за пресуда и судски списи од целосно спроведена постапка или за пресуда базирана на спогодба на вина или признание на сообвинет.

Кај последнава се доаѓа до формална, а не до материјална вистина по пат на правично спроведена постапка со обезбедување на сите права кои еден обвинет може да ги ползува и во која судот целосно ја утврдува фактичката состојба. Оттука т.н. формална пресуда не смее во никој случај да се користи како доказ во постапката против оние сообвинети кои не се спогодиле и не признале вина.

Не може да се чита или да се користи ни исказот на сообвинетиот кој се спогодил или признал,²⁰¹³ но нема пречка тој да биде сослушан како сведок во постапката која се одвива за останатите сообвинети.²⁰¹⁴

Признание на соизвршител треба да се прифати само за да се утврди фактот на извршување на к.д. од страна на лицето кое признало, а не и за другите лица.²⁰¹⁵ По ист принцип и за иста цел може да се изведат како доказ пресуда или судски списи од целосно спроведена постапка. Својство на правосилност стекнува само изреката, а не и

²⁰¹¹ ВСРМ Кж.бр.79/95 од 28.9.1995 г. во ЗСО 1990-1996, ВСРМ, 1997, стр. 96-97 - обвинетите лица против кои кривичната постапка правосилно завршила, можат да бидат испитувани како сведоци во постапка против соизвршителите за истиот кривично-правен настан, но нема повреда и доколку наместо нивно испитување како доказ биде изведена правосилната пресуда со која тие биле осудени; ВСРМ Квп Кок2.бр.20/2013 од 28.9.2016 г.

²⁰¹² ВСРСМ Квп Кок2.бр.5/2015 од 14.7.2016 г.; ВСРМ Квп Кок2.бр.11/2015 од 1.12.2016 г.

²⁰¹³ Исто Калајчиев/ Лажетик/ Неделкова/ Денковска/ Тромбева/ Витларов/ Јанкуловска/ Кадиев, 2018, стр. 819, 976-977; На таков став е и Škulić, 2015, стр. 213; Исто и Мисоски/ Илиќ Димоски, 2017, стр. 91-92; Поинаку Beljanski/ Delibašić/ Tintor, 2019, стр. 73-76, 114 - кои сметаат дека спогодбата која го содржи признанието на делото може да се користи како писмен доказ, а не и писмените пресуди донесени врз база на таквата спогодба. Авторите на прирачникот го критикуваат ставот на мнозинството судови да ги прифатат како писмени докази пресудата и спогодбата, но не и лично да го испитаат осудениот за кој тие се однесуваат. Судовите тоа го објаснуваат со неможноста едно лице да биде обвинет и сведок во иста постапка (иако тоа веќе не е иста постапка), наспроти разумното гледиште на одбраната дека тоа лице при спогодувањето не мора да биде водено од желбата за вистина, туку од чисто прагматични причини да се здобие со некаква корист од спогодувањето; И Škulić, 2012, стр. 123 - го критикува таквото законско решение укажувајќи на реалната можност соизвршителот да ја префрли вината на отсутниот, кое не ќе може да се провери преку негово испитување.

²⁰¹⁴ За споредба, средновековното црковно процесно право забранувало сообвинетите да се испитуваат како сведоци во постапките против другите обвинети бидејќи не се сметале за веродостојни сведоци. Исто така ги изземало од сведочење брачните другари, родителите и децата на обвинетиот. Меѓутоа инквизицијата ги погазила сите овие правила, вклучително и тоа кое забранува црковните власти да применуваат тортура. Токму тортурата и правилото по кое исказот на „сообвинетиот“ даден на тортура е доволен доказ некој друг да се стави под тортура е пример на најстрашна злоупотреба на процесите против еретиците и вештиците, но и причина зошто толку се рашириле овие процеси во средниот век - Bayer, 1969, стр.105, 107-108, 191.

²⁰¹⁵ Romanov v. Russia, A. no. 41461/02, 24.7.2008, § 102.

образложението на одлуката, а таа мора да се однесува на лицето кое било обвинето. Факти кои биле утврдени во таа постапка, а се штетни за друго лице не може во однос на него да се земат здраво за готово, туку мора да се утврдат според правилата на кривичната постапка.

Спогудувањето за санкцијата не постоело според постарите закони и е новина со ЗКП/10. Ако судот не ја прифати спогодбата или признанието во постапката за оценка на обвинителниот акт или ако обвинетиот се откаже, тие не ќе може да се употребат како докази во последователната судска постапка.²⁰¹⁶ Исто и ако ЈО не го прифати предлогот на одбраната за спогодување, кој имплицитно значи признание на вина, не ќе може да го употреби како доказ во судската постапка,²⁰¹⁷ односно ако го предложи би бил незаконит писмен доказ подложен на издвојување.

Еднаш дадено признание во суд по укинување на одлуката која била донесена на база на него, при исто обвинение, а при повторно постапување пред првостепениот суд може да се отповика, што е дискреционо право на обвинетиот.²⁰¹⁸ Овој став на Врховниот суд не е конзистентен со законското решение кое дозволува да се чита или репродуцира исказот на обвинетиот даден пред ЈО, ако овој реши да не даде исказ на главната расправа.²⁰¹⁹ Постарите закони дозволувале на главен претрес да се чита записникот од испитувањето на осомничениот пред истражен судија. Спротивно на одлуката на ВСРСМ ценам дека ни сега не постои законска пречка или причина да не се прифати признанието кое обвинетиот поучен и свесен за последиците доброволно го дал во суд, посебно ако се знае законското решение во поглед на изјавата што ја дал пред ЈО.

5.4. Вешти лица

Вештите лица се стручни лица кои се ангажираат во кривичната постапката тогаш кога е потребна експертска помош и знаење со какви што судот и странките не располагаат. Тие се повикуваат да ги проучат доказите и да изготват стручен наод и мислење со примена на научни методи, технички достигнувања, стручни знаења и искуства од повеќе научни области, освен од правната бидејќи *iura novit curia*, па не е потребно експертско мислење од оваа област.

Законското решение за тоа кој е *dominus litis* на претходната постапка се отсликува и во правилото кој може да го определи вештакот. Така ЈО може да нареди вештачење само според ЗКП/48 и ЗКП/10 кога истрагата е во негова надлежност, за разлика од периодот помеѓу кога таа одговорност со другите закони му била доделена на судот.²⁰²⁰

Во однос на тоа кој не може да биде вештак, ќе видиме дека слично како и кај сведоците базата ја поставил најстариот закон, а потоа се надградувала со додавање други лица во групата. За да се забележат нијансите даден е табеларен приказ.

предмет на анализа	ЗКП	одредби
за вештак не може да се земе лице		
а) кое не може да биде сослушано како сведок	1948	174
б) што е ослободено од должноста да сведочи		

²⁰¹⁶ Чл. 334 и 489 од ЗКП/10; Исто и во Србија (Бејатовиќ, 2013, стр. 25), Италија (Tulkens, 2005, стр. 669), односно Црна Гора (Vuĵanović, 2012, стр. 125).

²⁰¹⁷ Чворовиќ, 2013, стр. 275.

²⁰¹⁸ ВСРСМ Вкж2.бр.39/2019 г. од 2.7.2020 г.

²⁰¹⁹ Чл. 391 од ЗКП/10; Исто во БиХ и во Црна Гора - Simović, 2012, стр. 147-148, 166.

²⁰²⁰ Чл. 174 од ЗКП/48, чл. 232 од ЗКП/53, чл. 29 (142) од ЗИД/67, чл. 154 и 242 од ЗКП/77, чл. 147 и 234 од ЗКП/97 и чл. 236 и 394 од ЗКП/10. По ЗИД/67, ЗКП/77 и ЗКП/97 МВР можел пред поведување истрага да изврши вештачење (освен обдукција и ексхумација на труп) ако постои опасност поради протек на време да не може со успех да се изврши вештачење или кога други околности налагаат итно постапување.

исто како под а, б (1948) в) лице спрема кое е сторено к.д. д) за вештак по правило не може да се земе лекар кој го лекувал умрениот.	1953	234, 241
исто како под а, б, в (1953) г) причина за иземање на вештак постои и во поглед на лице вработено заедно со обвинетиот или оштетениот во ист орган, правно лице или кај поединец, како и во поглед на лице кое е во работен однос кај обвинетиот или оштетениот. д) за вештак по правило нема да се земе лекарот кој го лекувал умрениот. ѓ) за вештак по правило нема да се земе лице кое било сослушано како сведок.	1977	244, 253
д) за вештак не може да се определи лекарот што го лекувал умрениот.	1985	41 (253)
исто како под а, б, в, г, ѓ (1977), и под д (1985)	1997	236, 245
исто како под а, б, в, г, д, ѓ (1997) е) за технички советник не може да биде именувано некое од горните лица.	2010	238, 244, 247

Табела 13

Најсеопфатна и најкомплетна листа на лица кои не може да се земат за вештаци дава ЗКП/10 и ги опфаќа лицето: а) кое не може да биде сослушано како сведок, б) што е ослободено од должноста да сведочи, в) спрема кое е сторено к.д., г) кое е вработено заедно со обвинетиот или оштетениот во ист орган, правно лице или кај поединец или кое е во работен однос кај обвинетиот или оштетениот, д) лекарот што го лекувал умрениот и ѓ) кое било испитано како сведок.

Од табелата и употребената законска терминологија може да се види дека:

- ЗКП/48 ги исклучил *ex lege* (а и б),
- ЗКП/53 ги исклучил *ex lege* (а, б и в), а *ex iudicio* (д).
- ЗКП/77 ги исклучил *ex lege* (а, б, в и г), а *ex iudicio* (д и ѓ), при што со ЗИД/85 „д“ е префрлен во првата група.²⁰²¹
- ЗКП/97 ги исклучил *ex lege* (а, б, в, г и д), а *ex iudicio* (ѓ) и
- ЗКП/10 ги исклучил *ex lege* (а, б, в, г, д и ѓ).

Што доколку спротивно на законските одредби вакво лице учествувало во постапката како вешто лице? ЗКП/48 не предвидел правна последица, а во сите останати изречно е предвидено дека врз неговиот наод и мислење не може да се заснова судска одлука. Во ваква ситуација вештачењето ќе претставува изворно незаконит доказ.²⁰²²

Логички е да постои таква последица, бидејќи иземањето претставува пречка некое лице да постапува во одреден предмет, па ако преземе дејствие тоа треба да се третира како ништовно. Оттука, пресудата не може да се заснова на вештачење изготвено од лице што не можело да се земе за вештак, ниту тоа може да биде усно испитано во постапката. Ова само по себе е јасно, а може да се насети и од ставот на ВСРМ изнесен во одлука која сметам дека е правилна, но од погрешни причини.²⁰²³

²⁰²¹ Основот под „г“ изречно е предвиден со ЗКП/77. Во однос на ова прашање претходно, а видно од заклучоците од советувањето на републичките и сојузниот врховен суд, постоело несогласување, еден дел од нив биле за иземање вакво лице (поради пристрасност, нетрпеливост, подреденост и сл.), а дел против (такво лице најдобро ги знае приликите и начинот на работа), па било оставено да го решава судската пракса казуистички од случај до случај - Kraus, 1965, стр. 579-580; Така во една постара одлука судот укинал осуда за проневера донесена врз база на вешт наод и мислење подготвен од комисија составена од вработени во оштетеното правно лице, кои потоа судот ги испитал и на главен претрес (ВС Црна Гора Кж 45/64 од 29.5.1964 г.) или во друга оценил дека лице кое во дисциплинска постапка било иследник, не може за истиот настан да биде во кривичната постапка земено како вешто лице (ВС Србија Кж 435/71 од 19.2.1971 г.) - кај Simić-Jekić, 1973, стр. 109-111.

²⁰²² Исто за Хрватска види Kos, 2004, стр. 10 и Kos, 2005, стр. 24.

²⁰²³ Доказите прописно изведени пред еден состав на судечки совет не стануваат незаконити ако по измена на член на советот не бидат произведени и постапката продолжи од таму до каде што била. Тука може да постои релативна повреда на прописите на постапката и основ за укинување на одлуката зашто во текот на претресот

Теоријата плодови од отровно дрво воведена кај нас со ЗКП/97 и ЗКП/10 е применлива на вештачењата. Дури може да се каже дека се поретки ситуациите во кои вештачењето изворно е незаконит доказ, а почести кога некоја незаконитост во прибирањето на доказите што се предмет на вештачење ќе доведе до негова невалидност (пр. некој предмет или биолошка трага и сл. се прибавени со незаконит претрес, со повреда на чл. 3 од ЕКЧП итн.). Така, ако вештачењето е изготвено на база на докази кои биле издвоени со одлука на суд, не може да добие третман на доказ прибавен на законит начин.²⁰²⁴

ЗКП/10 изречно забранува како вештак да се земе лекарот што го лекувал умрениот, па вештачење од вакво лице несомнено ќе е незаконит доказ. Тој може да биде сведок во постапката за текот на лекувањето, последиците од к.д. и сл.

Некои од претходните закони содржеа формулација „по правило“ што оставаше простор истражниот орган да побара вештачење и од лекарот кој го лекувал умрениот. Во таква ситуација би можело да се стави приговор околу непристрасноста бидејќи лицето може да почине како резултат на к.д. или друга последица неповрзана со лекувањето, но и заради несовесно лекување или неукажување медицинска помош. Во вториов случај токму лекарот сега како вештак ќе има интерес вештачењето да го прилагоди на начин што ќе ја прикрие евентуално непрофесионално дадената лекарска помош.²⁰²⁵

Меѓутоа, истата логика е применлива и за ситуација кога лекуваното лице не умрело, па *de lege ferenda* сметам дека треба да се забрани лекар кој го лекувал лицето да може да се јави како вешто лице за неговата медицинска состојба. Доколку има потреба од неговите стручни забележувања, треба да се размисли за опцијата тој да може да се повика како сведок и во тој контекст да се ослободи од должноста за чување лекарска тајна.

Вештото лице мора да има лиценца во моментот на вештачењето,²⁰²⁶ но формален услов за прифатливост на наодот и мислењето не е да биде запишано во регистарот на вештачи.²⁰²⁷

Вештото лице мора да биде сослушано на расправата ако некоја од странките тоа го бара (чл. 387 од ЗКП/10), инаку вештачењето не може да се изведе како писмен доказ, односно ако биде ќе се смета незаконит доказ.²⁰²⁸ Одредбата обезбедува задолжителна и апсолутна примена на конфронтационата клаузула, зашто не остава ништо на дискреција на судот. Во таа насока одлуките кои го прифаќаат вештиот наод и мислење без претходно да се сослуша вештото лице (иако имало изречно барање од некоја од

судот не применил или неправилно применил некоја одредба, ако тоа влијаело или можело да влијае на законитото и правилното донесување на пресудата. Но, не и примена на одредбата за незаконити докази. Меѓутоа штом ВСРМ така гледа на горнава повреда, бездруго при потешка или изработено вештачење од лице кое не смеело да вештачи мора да ја третира на идентичен начин, а вештачењето незаконит доказ кој мора да се издвои - ВСРМ Квп2.бр.41/2014 од 8.7.2014 г. во ЗСО 2004-2014, ВСРМ, 2015, стр. 215-217.

²⁰²⁴ АС Гостивар КЖ.бр.357/19 од 14.5.2020 г.; Исто во Хрватска, пр. за вештачење на ДНК траги на предмети кои биле издвоени зашто биле прибавени со незаконит претрес - ВСПХ I Кж-70/2007-4 кај Obradović/ Župan, 2011, стр. 132-133.

²⁰²⁵ Хрватската доктрина го критикувала старото решение - види Carić, 2006, стр. 1012-1013.

²⁰²⁶ Заклучок од 2019 г. на четирите Апелациони судови во Билтен, АС Гостивар, 2020, стр. 42 и во Билтен бр.12, АС Штип, 2019, стр. 72; АС Скопје КЖ.бр.1137/17 од 9.1.2018 г.; ОС Прилеп К.бр.506/19 од 13.12.2019 г.; ВСПСМ Квп2.бр.1/2021 г. од 14.4.2021 г.

²⁰²⁷ ОС Велес К.бр.182/16 од 27.1.2017 г.; Поинаку ОС Прилеп К.бр.346/14 од 10.3.2015 г.

²⁰²⁸ АС Штип КЖ-43/17 во Билтен бр.10, АС Штип, 2018, стр. 13-14; ВСПСМ Квп Кок2 Квп.бр.13/2016 од 27.2.2019 г.

странките) се погрешни²⁰²⁹ и повеќе наликуваат на праксата од едно друго време.²⁰³⁰ Во интерес на вистината мора да предочам дека и за ЕСЧП не е спорно ако вештото лице не било повикано на расправа, под услов да постојат доволни, соодветни, вистински противтежни процедурални мерки за да ја оставаат постапката во кругот на правичноста, без оглед на фактот што одбраната немала можност да го сослуша во постапката.²⁰³¹

Првичното судско толкување на оваа одредба било дека не е прифатливо наместо вештото лице кое го работело вештачењето, друго стручно лице кое ја контролирало неговата работа да биде испитано пред суд, па во неможност првото да се испита, вештачењето не се прифаќало како доказ за пресудата.²⁰³² Овој став подоцна со право е променет,²⁰³³ бидејќи вештите лица не се незаменливи како сведоците. Наместо друг стручњак од почеток да сработи ново вештачење кое нешто не е забрането, во интерес на експедитивноста на постапката и почитување на правото на судење во разумен рок може да даде научна анализа на доказите и на веќе извршеното вештачење.

Кај нас судовите често пати се задоволуваат само со граматичко толкување на законот. Во тој контекст погрешна е одлуката според која не се смета како доказ прибавен на законит начин вештачење доставено со обвинението, само зашто било прибавено од оштетениот, а не со наредба на ЈО.²⁰³⁴

Според ЗКП/10 (чл. 236 и 394) ЈО може да донесе наредба за вештачење во претходна постапка, а на главна расправа судот. Оттаму, постои конфликт дали вештачењето изготвено по наредба на ЈО издадена по поднесување на обвинението се смета дека било прибавено на незаконит начин²⁰³⁵ или не.²⁰³⁶ Во првиот предмет судот со јазично толкување на законските одредби ценел дека се работи за доказ прибавен на незаконит начин. Во вториот зазеле спротивно гледиште. Имено, бидејќи одбраната може да прибира докази во секоја фаза од постапката (чл. 306), го одбиле приговорот повикувајќи се на начелото на еднаквост на оружјата. Ценеле дека треба да му се дозволи и на ЈО да обезбеди вештачење, посебно што постапката ја започнал со предлог за издавање казнен налог, а било и од интерес за утврдување на вистината. Разумно е второто гледиште, само што треба да се стави во законски рамки, а за што е потребна интервенција во законот.

²⁰²⁹ ОС Куманово XII К.бр.131/16 од 9.9.2016 г.

²⁰³⁰ ВСМ Кж.бр.50/81 од 24.9.1981 г. во ЗСО 1980-1984, ВСМ, 1985, стр. 106-107; Окружен суд Битола, Кж.бр.594/78 и Општински суд Битола К.бр.157/78 во ЗСО 1975-1979, ВСМ, 1980, стр. 140; Vasiljević/Grubač, 1987, стр. 632 (ВС на Војводина Кж. 390/79 од 31.10.1979 г.).

²⁰³¹ Constantinides v. Greece, A.no.76438/12, 6.10.2016 во Билтен на ЕСЧП, Макавеј,2017,стр.26-29 - имало неколку противтежни фактори: 1) жалителот можел да ги оспори заклучоците на инкриминирачкиот извештај и ја искористил таквата можност преку поднесување 3 извештаи подготвени од негов сопствен вештак кој своите наоди ги презентирал усно на судското рочиште; 2) жалителот никогаш не објаснил зошто сакал да го испита авторот на извештајот на расправата по жалбата (иако можеби било несоодветно однапред да ги открива прашањата кои сакал да му ги постави на вештакот, сепак, разумно би било барем да укаже на причината поради која сметал дека таквото испитување ќе било апсолутно неопходно, или како тоа ќе ги надополнело наодите на неговиот вештак); 3) содржината и наодите во односниот извештај ги поткрепувале доказите на сведокот, како и цела група на останати официјални документи, а извештајот претставувал само еден од доказите во досието на предметот; 4) сè на сè, иако било точно дека не било направено сè што било можно за да се убеди односното лице да се појави пред судот, сепак, факт е дека лицето било само вештак, а не сведок, дека нејзиниот извештај не ја креирал единствената или одлучувачката основа за осудителната пресуда на жалителот.

²⁰³² ОС Куманово К.бр.430/15 од 28.12.2015 г. (укината со АС Скопје КЖ.бр.484/16 од 21.9.2016 г.).

²⁰³³ ОС Куманово К.бр.607/16 од 7.5.2018 г.

²⁰³⁴ Ос.с.Свети Николе К.бр.24/16 од 18.11.2016 г. (укината со АС Штип КЖ.бр.15/17 од 23.1.2017 г.); Правилно во АС Скопје КЖ.бр.1107/15 од 10.9.2015 г. и АС Скопје КЖ.бр.531/16 од 12.5.2016 г.

²⁰³⁵ АС Гостивар КЖ.бр.247/18 од 16.10.2018 г.

²⁰³⁶ ВРСМ Вкж2.бр.45/2020 г. од 20.1.2021 г.; АС Гостивар КЖ.бр.31/20 од 3.9.2020 г.

6. Ексклузија на вербалните докази - генерални констатации

6.1. Кога законски е воведена ексклузијата на вербалните докази

Досега видовме дека дури и ЗКП од 1948 и 1953 г. забраниле спрема обвинетиот или сведоците да се употреби сила, закана или измама, односно да се применат медицински интервенции или средства со кои би се влијаело врз нивната волја при давањето исказ. Што значи и за најстарите закони не било прифатливо признание или друга изјава од обвинетиот ако се изнудени, а не слободни и волеви. Секако ако нешто законски не било прифатено, не значи дека не постоело во пракса.²⁰³⁷

За сведоците видовме дека познаваат едни кои не смее да сведочат и други кои не мора да сведочат, но и првите и вторите можат под определени околности да дадат исказ. А, видовме и кои лица не смее да бидат вештаци во некој предмет.

Разлика помеѓу постарите и поновите закони има на хоризонтално ниво, имено поновите додаваат други во базенот на лица од кој истражните органи не може да црпат факти. Тоа е разлика во квантитетот, во смисла поновите закони вообичаено се со полиберални решенија посебно по прашањето на потенцијалните сведоци што може да бидат оддалечени од конкретен кривичен предмет, при што ЗКП/10 предничи во оваа работа.

Независно што ситуацијата на базично ниво е идентична, бидејќи сите забрануваат употреба на сила или закана за добивање признание или друга изјава од обвинетиот, разлика постои во квалитетот. Имено, не е исто 1) само да се забрани примена на сила заради добивање исказ, 2) без притоа да се наложи пресудата да не се заснова на таков исказ 3) со обврска да се издвои записникот со тој исказ.

Забраните под „1 и 2“ не се издвојување. Забраната судот да ја заснова пресудата на некакви докази значи дека тој не смее нив да ги користи при донесување на одлуката. Тие не се дел од доказниот супстрат што е основа за донесување на одлуката. Меѓутоа, остануваат во судските списи, судот нив може да ги прочита и да осознае какви информации нудат, само што нема да смее да се повика на нив во образложението на судската пресуда. На ваков начин се остава простор тие да му повлијаат, па без оглед што нема да ги посочи, може да го насочат да им даде поголема тежина на доказите кои одат на иста линија со нив, наспроти останатите. Ова потврдува дека не може да се стави знак на равенство помеѓу *ex lege* забраната за употреба на одреден доказ со *ex lege* заложбата за негово издвојување. Последнава секако дава посилен гаранции дека забранетиот доказ нема да изврши никакво влијание врз носителот на одлуката.

Ова пак нè води до заклучок дека ексклузијата објективно поставува непробоен сид помеѓу валканиот доказ и одлучувачот во поротните системи, кај кои одлуката за издвојување ја носи професионален судија на посебно рочиште. Ако ги издвои ваквите докази, поротата која одлучува за вината никако нема да дознае за нив. А, она што не го знае не може да изврши влијание врз неа. Кај претседателските системи со професионални судии кои одлучуваат за законитоста и прифатливоста на доказите и на крај за вината, никако не можеме да бидеме сигурни дали незаконитиот доказ делувал сугестивно или не. Тоа некои држави оправдано се обидуваат да го решат со предвидување обврска ваквите докази да се исфрлат од судското досие уште во истражната фаза или во меѓуфазата за оцена на обвинителниот акт, на каков начин одлучувачот на фактите подоцна не би имал контакт со нив. Сега ќе видиме како било кај нас.

До 1967 г. ЗКП не понудил решение што ако привилегираните сведоци не биле поучени, па затоа дале исказ или ако обвинетиот и покрај што не смеело бил подложен

²⁰³⁷ Во Југославија во периодот од 1952-1956 г. за изнудување исказ биле осудени 29 лица, 4 во 1965 г., 11 во 1966 г., 3 во 1967 г. и 43 во 1968 г. - Vasiljević, 1971, стр. 320.

на принуда и така дал исказ. Едноставно немало соодветен лек за вака добиените информации. Не постоела изречна забрана за употреба на исказот, а уште помалку за дериватот, пр. ако некој привилегиран сведок или принуден обвинет кажал име на друг сведок или местоположба на материјален доказ, не постоела забрана судот да го сослуша тоа лице, ниту да го изведе материјалниот доказ.

За вербалните докази важело истото што го посочив и за материјалните, дека процесните повреди имале релативен карактер и биле од значење само ако можеле битно да влијаат на разгледувањето на случајот и донесувањето на правилна одлука, од аспект на материјалната, а не на процесната правда.²⁰³⁸

Ексклузијата на доказите, видно од следната табела, прв пат под терминот издвојување започнала да се користи во 1967 г. и се однесувала само на вербалните докази, за подоцна во 1997 г. да се пренесе и на теренот на материјалните докази.

предмет на анализа	ЗКП	одредби
издвојување на записници со искази од лица на кои не може да се заснова пресуда		
//////////	1948	/
//////////	1953	/
а) кога во законот е определено да не може да се заснова судска одлука врз исказ на обвинет, сведок или вештак, судот по службена должност или на предлог од странките ќе донесе решение записниците за овие искази да се издвојат од списите (издвоените записници се затвораат во посебна обвивка и се чуваат одвоено од другите списи и не можат да се разгледуваат ниту можат да се користат во постапката)	1967	18 (80а), 29 (139)
б) МВР може да повикува граѓани и да бара од нив потребни известувања, но не може да ги сослушува во својство на обвинет, сведок или вештак („а“ не се однесува на овие известувања, што ќе се промени во 1977).		
а) исто, дополнето и за известувањата кои лицата ги дале на МВР.	1977	83, 151
б) исто, дополнето и за лица во притвор.		
исто како под а, б (1977)	1997	79, 142
исто како под а, б (1977)	2010	93, 279

Табела 14

Оттука може да се каже дека сметано од 1967 г. и сè уште, ЗКП изречно бара издвојување на записници од сослушување: 1) на обвинет со употреба на сила, закана или слични дејства, кој не бил поучен за правото на молчење или ако предупредувањата не биле забележени во записник, како и во ситуација ако испитувањето е извршено без присуство на бранител во ситуација кога обвинетиот не се откажал изречно од тоа право, 2) на лица што не можат да се сослушаат како сведоци, 3) на лица што се ослободени од должноста да сведочат ако не биле повикани на судењето или изјавиле дека не сакаат да сведочат, ако не биле поучени, ако не се откажале валидно од привилегијата или откажувањето не е внесено во записник и 4) од вешти лица кои не можело да се земат како вештаци.

Баер сите тие ги нарекува правно невалидни докази на кои не смее да се заснова судска одлука.²⁰³⁹ Се согласувам со тој став, со едно дополнување.

²⁰³⁸ Така и Bayer, Vladimir, Jugoslavensko krivično procesno pravo: Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku, Školska knjiga, Zagreb, 1972, стр. 111 со кого се согласуваат и го цитираат Karas/ Jukić, 2009, стр. 606 „ако судот утврди на пр. дека исказот од обвинетиот е добиен со сила, закана или измама, тој таквиот исказ не може само заради тоа да го издвои, туку мора да биде многу внимателен при оцена на неговата веродостојност“.

²⁰³⁹ Bayer, 1986, стр. 96-98.

Секако дека засновањето на судската одлука на вака добиените искази би претставувало повреда на одредбите на постапката, меѓутоа ЗКП/53 дополнет во 1967 г. иако сите ги нарекува битни, во суштина не ги вкрстил во апсолутно суштествените како пр. отсуството на бранител кај задолжителната одбрана, туку во релативните за кои освен законската повреда, потребно е да се види дали повредата влијаела или можела да влијае врз законитото и правилно донесување на пресудата.²⁰⁴⁰ Така, не секогаш употребата на таков доказ по ЗКП/53 можело да доведе до укинување на одлуката, а ни сега (ако се знае сегашното решение во однос на суштествената повреда).

И претходно во основниот ЗКП од 1953 г. беше воведена забрана одлуката да се заснова на вакви записници, само што сега за да биде сигурен дека судот докрај ќе ја почитува таквата одредба, законодавецот во 1967 г. решил од списите физички да се тргнат тие записници, за во стварност до крај да се ефектуира забраната, за тие да не вршат никакво влијание врз судот. Веројатно се согледало дека ако ги има во списите и судот ги прочита тие нему ќе му повлијаат, па независно што не ќе смее да ги цитира и на нив да се повика во одлуката, ќе ги земе предвид кога ќе ги анализира останатите докази. Имено, може поголема тежина да им даде на доказите кои се на иста линија со информациите од записниците што не смее да ги цитира.

Сепак, фактот што не содржел жалбен основ за незаконитите докази во редот на битните повреди на одредбите на постапката (тоа ќе се случи со ЗКП/77), упатува на заклучок дека методот на прибавување на доказите не влијаел врз нивната прифатливост пред судот (тоа посебно се однесува на материјалните докази чија веродостојност не зависи од начинот како биле прибавени, пр. со законит или незаконит претрес). Бидејќи одлуката за прифаќање на доказите можела да се побива само како релативна повреда на постапката, во смисла дека судот во текот на претресот не применил или неправилно применил некоја одредба, а тоа влијаело или можело да влијае на законитото и правилното донесување на пресудата, подразбира дека неа апелациониот суд не можел да ја испитува по службена должност. Покрај со жалба, бидејќи БЗЗ можело да се поднесе не само против правосилна судска одлука туку и против судската постапка што и претходела, има простор да се тврди дека доказната повреда можела да се оспори и преку овој вонреден лек.

Всушност ЗКП/77 е најкомплетен споредено со претходните, зашто забранил користење спорни методи (сила, измама итн.) како ЗКП/48 и ЗКП/53, забранил употреба на исказите добиени со спорни методи при донесување на одлуката како ЗКП/53, предвидел нивно издвојување од списите на предметот како ЗИД/67 и ја вградил повредата на сето претходно како апсолутно суштествена повреда на одредбите на ЗКП, кое како процесно правило ќе остане и во иднина.

Меѓутоа тој предвидувал издвојување на неважечките докази, а не и на оние за кои се дознало преку нив. Деривативните биле полноважни докази.²⁰⁴¹

Но, во него има друг недостаток. За разлика од одредбата за издвојување која според законските решенија од ЗИД/67, ЗКП/97 и ЗКП/10 е апсолутна и не дозволува употреба на вакви докази под никакви услови,²⁰⁴² ЗКП/77 во чл. 84, 85 и 86 дозволувал употреба на издвоените записници.²⁰⁴³

²⁰⁴⁰ Спореди чл. 342 ст. 1 т. 3 со чл. 342 ст. 2 од ЗКП/53.

²⁰⁴¹ Така и Vasiljević/ Grubač, 1987, стр. 148.

²⁰⁴² Претпоставувам се работи за превид кога Матовски пишува дека по ЗКП/97 може да се читаат издвоените записници под истите услови и по ЗКП/77 - Матовски, 2003, стр. 254-255.

²⁰⁴³ а) ако обвинетиот сам бара да се читаат издвоените записници за неговото испитување или од испитување на лицата кои поименично ќе ги посочи, вклучително и известувањата што овие ги дале на овластените полициски службеници (моја забелешка - тоа се сите оние кои имаат привилегија да не сведочат, но не и оние кои не може да се сослушаат како сведоци). Обвинетиот може изречно да бара да

Доктрината (Баер, Крапац, Грубиша, Симиќ, Краус и др.) генерално била против релативизирањето на доказните забрани од чл. 83 од ЗКП/77. За првиот исклучок „а“ правилото било во корист на обвинетиот, па тој можел да се откаже од него, иако ретко кога би постоела причина за тоа. Но, и тогаш можел на претрес да даде нов исказ, наместо да бара да се чита издвоениот исказ кој бил изнуден или даден во отсуство на бранител. Во вториот случај „б“ во интерес на ефикасноста на прогонот се отстапувало од начелно заземениот демократски став за заштита на правата на одбраната онаму каде било најпотребно, при гонење на најтешките дела. Користењето вакви докази значело да се форсира осуда наместо да се примени принципот *in dubio pro reo*. Затоа се барало бришење на чл. 84, 85 и 86 на кој начин би се добила чиста концепција во кривичната постапка како процесна граѓа да може да се употреби само онаа која е добиена со почитување на основните процесни форми и правата на граѓаните.²⁰⁴⁴ За волја на вистината имало и критичари на законското решение кои се залагале за употреба (неусловена) на незаконито прибавените докази во судската постапка.²⁰⁴⁵

Новите закони не познаваат исклучоци од забраната за употреба на незаконски прибавените докази, но доктрината сега, за разлика од порано, се залага за нејзино релативизирање (*supra* VIII 4.1.4.1.).

6.2. Кој е надлежен да ги издвои незаконитите докази

Прва брана која требало да спречи незаконски прибавените докази да влезат во доказната граѓа на списите од предметот порано бил истражниот судија, а сега судијата на претходна постапка. Идејата е јасна, секое подоцнежнo издвојување ги остава недозволените докази во предметот и тие може да извршат психолошко влијание врз оние кои носат одлука. Впрочем тоа било причина во 1967 г. да се воведe обврската за издвојување независно што и претходните закони познавале забрана пресудите да се засноваат врз такви докази.²⁰⁴⁶

Секогаш е подобро за ексклузија да одлучува некој друг, а не оној кој треба да донесе оценка за вината. Зашто ако судијата знае за доказот и фактите кои произлегле од него, без оглед што е издвоен, се ограничува неговото слободно судиско уверување. Судијата е ограничен и нема слобода да заснова пресуда на факт кој му е познат. Тоа е нешто кое модерната кривична постапка се обидува да го избегне од напуштањето на легалната доказна теорија.

се читаат дури и записниците што се издвоени поради изнудување изјава со сила, закана или други слични забранети средства. б) по одлука на судечкиот совет може да се чита записникот од испитувањето на обвинетиот издвоен поради повреда на правото на бранител и известувањата што обвинетиот ги дал на МВР само во исклучителни ситуации во постапка за к.д. за кои е пропишана казна затвор над 20 г. ако по изведување на другите докази не може да се разјаснат важни околности. в) записниците и известувањата под „а и б“ не смее да се користат во друга постапка, ниту смее осудата да се заснова исклучиво на нив.

²⁰⁴⁴ Крапас, 1990, стр. 53-56; Beljanski, 1989, стр. 166 - како одредба со која се нарушува *ratio legis* на правилото за издвојување на доказите на штета на обвинетиот, правилото се крши за најтешките дела за кои треба да важат најстроги критериуми, се врти грб спрема демократскиот став кога извршувањето на правдата во толкава мера се подредува на ефикасноста на прогонот.

²⁰⁴⁵ Buturović, 1989, стр. 111.

²⁰⁴⁶ Mirković/ Simić/ Vražalić/ Kraus, 1967, стр. 410 - иако на нив не можела да се заснова судска одлука, можеле да имаат, а понекогаш и имале одредено влијание во формирањето на уверувањето на судот по однос на вината на обвинетиот; Илиќ Димоски, 2014, стр. 321-322, 331 има ваков став кога укажува дека процесот на заклучување е глобален, а не само на база на поединечни оценки на доказите, па дури и да биде издвоен од оној кој ја донесува одлуката за вина, тој ќе има фактично влијание врз него, зашто тешко ќе може да го заборави или избрише она што го чул, прочитал или видел. Затоа заклучува дека ексклузијата го добива вистинското процесно значење онаму каде процената на допуштеноста на исказот и оцената на вредноста на доказот го прават различни субјекти.

Можноста другите субјекти подоцна да ги издвојат доказите е законско признание дека грешки се можни, „коректив за грешките на истражниот судија, а не оправдување да се префрла одлуката и одговорноста за неа на друг орган“.²⁰⁴⁷ Ваквото гледиште е оправдано. Издвојувањето на доказите е процедурално прашање кое најдобро ќе е да се реши пред предметот да дојде до фаза на судење. Така судечкиот совет нема да знае дека некои докази биле издвоени, па исклучена е можноста да падне под нивно влијание, а и судењето ќе се одвива без прекини. Затоа не се согласувам со позицијата на некои теоретичари кои дури и во ситуации кога во некоја претходна фаза биле издвоени доказите, сметаат дека судот сепак треба во пресудата да укаже на фактот дека имало барање за издвојување по кое некои докази биле издвоени.²⁰⁴⁸

предмет на анализа	ЗКП	одредби
овластен да ги издвои записниците		
//////////	1948	/
//////////	1953	/
а) истражен судија. б) совет кој одлучува по приговор на обвинителен акт. в) судечки совет.	1967	18 (80a), 63 (256) и 71 (313)
исто како под а, б, в (1967) г) кривичен совет (по барање на претседател на судечки совет кога приговор не бил поднесен или бил отфрлен).	1977	83, 269, 277, 333
исто како под а, б, в (1967) и под г (1977) д) претседател на судечки совет (пред определување на главен претрес или по барање на судијата известител пред одржување седница на второстепен совет).	1985	45 (279), 65 (370)
исто како под а, б, в (1967), под г (1977) и под д (1985) ѓ) судија известител пред одржување на седница на второстепен совет.	1997	79, 261, 269, 271, 314, 361
а) судија на претходната постапка, б) судија или совет за оцена на обвинителен акт, в) судечки совет. г и ѓ) //// д) претседател на судечки совет (при подготвување на расправа или по барање на судијата известител пред одржување седница на второстепен совет)	2010	93, 336, 347, 421

Табела 15

Ако ги апстрахираме термилошките промени (пр. истражен судија во судија на претходна постапка) може да забележиме дека решенијата од 1967 г. „а, б и в“ и 1985 г. „д“ во суштина се прсликани во ЗКП/10.

6.3. Полициски службени белешки како докази

Кај нас полицијата нема право да прибира изјави од осомничени што би имале доказна вредност во суд.²⁰⁴⁹ Затоа не постои богата судска пракса како во САД или Англија, каде изјавите кои осомничениот ги дал во полиција се најкористените доказни средства со кои се обезбедува осуда, било во постапка за спогодување, било при поротни судења.

Од табелата 14 видовме дека законското овластување првично дадено во 1967 г. МВР да може повикнува граѓани и од нив да бара потребни известувања се пренело во

²⁰⁴⁷ Kobe, 1977, стр. 189.

²⁰⁴⁸ Zhiyuan, 2017, стр. 27.

²⁰⁴⁹ Така е и во Словенија. Полицијата по дадени поуки може да го сослуша осомничениот и од него да добие изјава, но таа не може да послужи како доказ во постапката - Gorkič, 2005, стр. 800.

сите понови закони. Идејата на законодавецот била и е, овие известувања да помогнат во истражување на настанот, но да не се користат како докази.²⁰⁵⁰

Не може да се користат ни изјави дадени пред инспекциски органи, во дисциплинска постапка и сл., туку фактите наведени во таквите изјави мора да се докажуваат по правилата кои важат за кривичната постапка.²⁰⁵¹ Васиљевиќ и Грубаќ сметаат дека може да се читаат во суд извештаи на инспекциски и стручни служби кои содржат изјави од лица што се ослободени од должноста за сведочење, дури и кога тоа лице повикано на претрес одбило да сведочи.²⁰⁵² Не го делама ваквиот став. Ако бидеме доследни на законските правила, таквите извештаи би можеле да се читаат редактирани така што деловите со изјавите од тие лица би биле затемнети и нечитливи.

Во тој контекст и во записникот за увид на местото на сообраќајни незгоди или други к.д. може да се внесат оние факти кои се непосредно забележани, но не и податоци до кои се дошло на основа на нечии изјави или преку заклучоци изведени од материјалните траги (верзии за движење на сторителот, за начинот на извршување на делото, попис на украдени предмети, висина на штетата и сл.).²⁰⁵³ Тоа е така зашто во записникот за увид се внесуваат факти забележани на лице место. Ако бидат внесени туѓи изјави или заклучоци за материјални траги, записниците треба да бидат редактирани зашто МВР нема право да испитува лица во својство на обвинети или сведоци, а законско право да носат заклучоци од материјални докази имаат судот или вештите лица, а МВР не е ниту едното ниту другото.

ЗКП/77 изречно забранил врз известувања дадени пред орган за внатрешни работи да се заснова судска пресуда и наложил нивно задолжително издвојување од списите од предметот, кое решение е преликано во ЗКП/97 и ЗКП/10.

Иако ова законски било наложено дури во 1977 г., наспроти првостепените судови кои во пракса користеле вакви материјали за проверка на исказите на обвинетиот или сведоците, а воедно и ги сослушувале службените лица кои ги прибирале изјавите, Врховните судови и претходно ги сметале за спротивни на законот и одбивале да им дадат доказна вредност, а сличен став имала и доктрината.²⁰⁵⁴

Меѓутоа ова се однесувало само на известувањата дадени од обвинетиот, од лицата кои не можеле да бидат сведоци или вештаци или биле ослободени од должноста за сведочење, но не и на известувањата од другите лица кои нема пречка да бидат сведоци.²⁰⁵⁵

²⁰⁵⁰ Bayer, 1986, стр. 110 и Bayer, 1988, стр. 113 - овие известувања ги нарекува докази во спознајна смисла, неформални докази или неформални извори на сознание, за разлика од исказите дадени во суд кои се докази во права смисла или формални докази; Petrić, 1965, стр. 381-382 - бидејќи не е возможно веднаш и адекватно да се прибават информациите на начин на кој тие би биле употребливи во судска постапка, а е потребно да се фиксираат податоците и така да се заштитат од заборав се користат службените белешки. Тие ја олеснуваат работата на полициските служби, имаат информативен карактер, но бидејќи се без процесно значење не треба да бидат дел од судските списи (службените белешки често содржат непотполни, фрагментарни, непроверени и ориентациони податоци кои треба да се дополнат, проверат, разјаснат, за да се утврди кои факти се од интерес на кривичната постапка за само тие да се фиксираат во соодветна процесна форма); Dika, 2016, стр. 17-19 - независно што не може да се користат во кривичната постапка, судовите во Хрватска и Словенија поради различниот карактер на парничната и дисциплинската постапка дозволуваат во овие постапки употреба на службени белешки за доказни цели.

²⁰⁵¹ Vasiljević/ Grubač, 1987, стр. 386.

²⁰⁵² Vasiljević/ Grubač, 1987, стр. 404.

²⁰⁵³ Pauković, 1968, стр. 94; Petrić, 1965, стр. 382-383, 389.

²⁰⁵⁴ Bayer, 1967, стр. 349, 352-253; Kern, 1969, стр.106-107; Mirković/ Simić/ Vražalić/ Kraus, 1967, стр.392, 397; Krivokapić, 1974, стр.33; Kraus, 1974, стр.303-305, 310,324-325; Vasiljević/ Grubač, 1987, стр.266-267.

²⁰⁵⁵ Така и Bayer, 1986, стр. 116; Vasiljević/ Grubač, 1987, стр. 144, 267-268; Bayer, 1988, стр. 123, а во тој контекст е и една постара пресуда по која е дозволено да се сослуша полицискиот инспектор за содржината

Очигледно постои резерва кај законодавецот во однос на полицијата која се гледа од фактот што од 50-те години на минатиот век и сè уште, изречно забранува таа да ги сослушува повиканите лица во својство на обвинет, сведок или вештак. Испитувањето додека истрагата била во надлежност на судот можел да го прави истражниот судија, сега ЈО, но никогаш полицијата, и покрај што сите закони ја овластуваат да презема одредени истражни дејствија (увид, вештачење).

Независно од тоа, постојат судски одлуки кои записникот за примање пријава во кој е содржана интегрална и неизменета изјава на оштетената (а не воопштено прераскажување), при нејзина недостапност или отежнати можности за обезбедување (во странство со непозната адреса), го прифаќаат како законит доказ во однос на содржината на нејзиното кажување.²⁰⁵⁶ Сметам дека ова не е во ред. Кривичната пријава, записникот за примање пријава не претставуваат докази во однос на пријавеното, туку се иницијални акти преку кои овластениот орган дознава за постоењето на к.д., а пријавеното дело треба да се докаже со други материјални и вербални докази. Пријавата може да биде доказ само за навременоста на пријавувањето како факт кој е битен кај оние дела за кои рокот за поднесување приватна тужба или предлог до ЈО е 3 месеци од дознавањето. Само во овој контекст погрешно постапуваат оние судови кои кривичната пријава и записникот за примање пријава одбиваат да ги изведат како докази,²⁰⁵⁷ бидејќи последниот факт на друг начин не би можел да се утврди. За сè друго кривичната пријава не смее да биде доказ, односно ако е предложена треба да се издвои.²⁰⁵⁸

Да се дозволи да се читаат како докази службените белешки во кои полицијата ја забележала изјавата на лицето или да се сослушуваат полициските службеници пред кои тоа дало изјава би значело изигрување на намерата на законодавецот изразена преку горните забрани. Затоа првото го забранил законот кој предвидел задолжително издвојување на известувањата од списите на предметот, а второто судската пракса преку толкување на законските одредби. Така,

1) Службена белешка составена од полициски службеник врз основа на дадена изјава и воден непосреден разговор со осомничен или со потенцијален сведок не може да служи како доказ во кривичната постапка.²⁰⁵⁹

Во една постара одлука ВСМ смета дека потпишаните изјави на осомничената дадени пред овластено службено лице на МВР не можат да послужат како доказ, ни тоа да биде сослушано по однос на содржината на истите (ако не е исполнет условот од чл. 84 и 85 од ЗКП/77) бидејќи таа не била предупредена за нејзините права ниту се согласила да ги даде изјавите во отсуство на нејзин бранител.²⁰⁶⁰ Со ваквата формулација на образложението судот како да остава простор да се читаат писмените изјави дадени во МВР во присуство на бранител, што не би било во согласност со текстот на законот. Инаку, според конвенциското право употребата на исказите добиени во тек на

на разговорот со граѓанинот кој потоа не можел да биде најден заради сведочење, а кој не влегувал во горната група - ВСМ Кж.бр.126/80 од 3.4.1981 г. во ЗСО 1980-1984, ВСМ, 1985, стр. 91-92.

²⁰⁵⁶ АС Скопје КЖ-377/14 од 18.2.2014 г. со кој се согласил ВСРМ Квп.бр.115/14 од 15.5.2014 г. во Билтен бр.8, АС Скопје, 2014, стр. 41-42.

²⁰⁵⁷ АС Штип КЖ.бр.164/18 од 21.5.2018 г.

²⁰⁵⁸ Во контекст на моето гледиште, а спротивно на тоа од АС Скопје и ВСРМ види го заклучокот од советувањето на републичките, воениот и сојузниот врховен суд кај Kraus, 1974, стр. 303, 310, 324-325, како и правното сфаќање на казниот оддел на ВСРХ од 23.11.2016 г. и одлуката на ВСРХ I Кж 36/2017-4 кај Marijan/ Fumić, 2019, стр. 23-24.

²⁰⁵⁹ ВСМ Кж.бр.43/69 од 14.2.1969 г. во ЗСО, ВСМ, 1976, стр. 171-172 (за разговор со осомничен); ВСМ Кж.бр.702/76 од 3.2.1977 г. во ЗСО 1975-1979, ВСМ, 1980, стр. 128-129 (за разговор со сведок); ОС Скопје I КОК.бр.23/08 од 12.6.2008 г. (за разговор со осомничен) - кај Неделкова, 2017, стр. 176-177.

²⁰⁶⁰ ВСМ Кж.бр.422/77 од 27.1.1978 г. во ЗСО 1975-1979, ВСМ, 1980, стр. 129-130.

полициските извиди и судската истрага заради докажување сама по себе не е спротивна на чл. 6 ст. 1 и ст. 3 г., под услов да е почитувано правото на одбрана кое по правило бара на обвинетиот да му се овозможи да се соочи и да ги испитува сведоците кои сведочат против него било додека тие даваат исказ или во подоцнежниот тек на постапката.²⁰⁶¹ Така што евентуални внимателно обмислени промени на нашето законодавство во ова насока не би се нашле под удар на ЕСЧП.

2) Судот не може во текот на постапката, да ги сослуша во својство на сведоци службените лица на МВР за известувањето кое им го дал обвинетиот²⁰⁶² или потенцијалните сведоци.²⁰⁶³

Поранешната пракса²⁰⁶⁴ и доктрина²⁰⁶⁵ прифаќала исклучоци во исклучителни ситуации. Меѓутоа ако се прифатат овие гледишта би дошле до една нелогична ситуација, да не смее да се читаат службените белешки во кои непосредно по давањето била фиксирана тугата изјава, а да смее да се сослуша полицискиот службеник за нешто што претходно го дознал кога ги преземал службените активности, а чие сеќавање со тек на време можеби избледило.

3) Ако судот од службените белешки „1“ и исказите на службените лица „2“ ја дознае содржината на добиените известувања или признанието од обвинетиот, тогаш тие ќе претставуваат докази врз кои не може да се заснова пресуда што е основ за нејзино укинување.²⁰⁶⁶

²⁰⁶¹ Vanjak v. Croatia, A. no. 29889/04, 14.1.2010, § 49, 57-62 - овде судот нашол повреда на чл. 6 ст. 1 од ЕКЧП не затоа што во постапка против апликантот било употребено признанието дадено во полиција, туку затоа што домашните органи не ги сослушале полициските службеници пред кои било дадено за да ги испитаат наводите дека било дадено под притисок бидејќи бил испитуван цела ноќ и без да му се овозможи контакт со својот бранител.

²⁰⁶² Исто Калајциев/ Лажетик/ Неделкова/ Денковска/ Тромбева/ Витларов/ Јанкуловска/ Кадиев, 2018, стр. 620 и 820 при што се повикуваат на ВСРМ Кзз.бр.39/2009 од 1.7.2009 г.; Така и во Србија за известување дадено во тек на информативен разговор (Сојузен суд Кпс 47/99 од 6.12.1999 г.) или за време на увид на лице место (Окружен суд во Белград Кж 1261/00 од 26.10.2000 г. и Прв општински суд во Белград К. 404/95 од 31.1.2000 г.) кај Киурски/ Лазић, 2013, стр. 346; Поинаку Марина, 1979, стр.229.

²⁰⁶³ ВСРМ Квп2.бр.89/2020 г. од 30.9.2020 г.; АС Битола КЖ.бр.570/13 од 19.9.2013 г. во Билтен за 2013, АС Битола, 2014, стр. 8-9.

²⁰⁶⁴ ВСМ Кж.бр.414/71 од 24.2.1972 г. во ЗСО, ВСМ, 1976, стр. 145 - во ситуација кога потенцијалниот сведок починал не може да се прочита службената белешка која ја составил полицискиот службеник за разговорот воден со него, но нема законска пречка службеното лице да се сослуша во постапката за околности и факти што ги дознал вршејќи ја својата работа, вклучително и она што тешко повредениот (сега покојниот) во болница му го кажал, имено под кои околности се одиграл настанот и кој учествувал.

²⁰⁶⁵ Krivokapić, 1974, стр. 34; Vasiljević/ Grubač, 1987, стр. 155, 268 и Vasiljević, 1971, стр. 453-454 - иако законот не предвидува таква можност, од ова правило треба да се отстапи во случај кога лицето кое го дало известувањето умрело, душевно се разболело или не може да се пронајде, а не постои негов исказ даден во кривичната постапка; Kraus, 1974, стр. 304 - само во исклучителна ситуација како пр. пресумптивниот сведок следниот ден по разговорот со полицискиот службеник починал во сообраќајка, треба да се сослуша службеникот како сведок по слушање за она што починатиот му го изјавил, но не и ако поминало подолго време од разговорот и составувањето на службената белешка. Во однос на своерачно напишаните и потпишани изјави од граѓаните пред полициските службеници Краус на стр. 304-305 го предочува заклучокот од советувањето дека ни овие изјави како правило не смеат да се користат како доказ во постапката бидејќи во полиција осомничените и сведоците не добиваат соодветни поуки (за правата, за лажно сведочење и сл.), а ниту полицијата ги фиксира доказите во прописна процесна форма. Крајно рестриктивно, само по исклучок ако сведокот починал или е во странство и е недостапен, а пред тоа не бил сослушан од истражен судија може да се чита како писмен доказ ваквата изјава.

²⁰⁶⁶ ВСРМ Кзз.бр.31/2009 од 1.7.2009 г. во ЗСО 2004-2014, ВСРМ, 2015, стр. 149-151; Слично и Vasiljević/ Grubač, 1987, стр. 149 (Окружен суд во Крушевац, Кж. 561/80 од 27.5.1980 и СС Кпз. 9/83 од 8.3.1983 г.); Според ЗКП/77 ако биле прочитани известувањата според исклучокот од чл. 84, тогаш во смисла на чл. 85 можело да бидат сослушани овластените службени лица и за содржината на изјавата дадена пред нив, а во спротивно би постоела апсолутно суштествена повреда од чл. 364 ст. 1 т. 8, освен ако од другите докази

4) Службените белешки не може да се користат ни за да го освежат сеќавањето на сведоците кои се испитуваат пред суд.²⁰⁶⁷

5) Службените белешки со известувањата кои ги дале обвинетите во полиција мора да се издвојат од списите и да се чуваат во посебна обвивка. Меѓутоа иако нивното оставање во судскиот предмет значи повреда на ЗКП, доколку тие не се земени како докази за утврдување факти не е сторена апсолутно суштествена повреда на одредбите на кривичната постапка (чл. 364 ст. 1 т. 8).²⁰⁶⁸ Одлуката е правилна и го покажува релативниот карактер на издвојувањето.

Од друга страна белешките со известувањата кои ги дале обичните сведоци (не привилегираните и оние кои не смеат да бидат сведоци) не се издвојуваат од судските списи.²⁰⁶⁹

Сметам дека праксата кај нас треба да се промени. Според постојното законско решение судот не може во текот на постапката, да ги сослуша во својство на сведоци службените лица на МВР за известувањето кое им го дал обвинетиот или потенцијалните сведоци. Според истиот принцип не смее да се сослушува истражниот судија, ЈО или органот за внатрешни работи за содржината на изјавата што им ја дал пресумптивниот сведок што е ослободен од сведочење ако прво дал изјава, а потоа се повикал на привилегијата. Но, што ако вакво лице кажало што видело или слушнало на трето лице кое не е од редот на овие службени лица. Не е забрането да се сослуша тоа лице како сведок по слушање со сите ризици што ги носи доказот од втора рака.²⁰⁷⁰

Треба да се прави разлика од ситуации кога службено лице собира известувања од осомничени или потенцијални сведоци за претходно сторено к.д. кога ни известувањата ни самиот тој според постојното законско решение не може да бидат докази во постапката, од оние ситуации кога полицискиот службеник сам е непосреден сведок на к.д. во кој случај може и треба да биде сослушан како сведок.²⁰⁷¹

Ова значи дека ниту сегашното законско решение не исклучува како можност полициските службеници да се сослушаат на други околности.²⁰⁷² Сметам дека може да

не би била донесена иста пресуда. Во тој контекст овластеното службено лице можело да биде сослушано како сведок само во врска со спис кој врз основа на исклучокот од овие два члена бил изведен како доказ на главниот претрес, било по однос на неговата содржина, било по однос на прашањето дали исказот бил изнуден или не - за последново види ВСМ Кж.бр.422/77 од 27.1.1978 г. и Кж.бр.423/77 од 22.12.1977 г. двете во ЗСО 1975-1979, ВСМ, 1980, стр. 129-131; Vasiljević/ Grubač, 1987, стр. 155 (ВС Србија Кж. I 227/79 од 29.3.1979 г.).

²⁰⁶⁷ Petrić, 1965, стр. 382; АС Штип ПРКЖ.бр.200/18 од 3.7.2018 г.

²⁰⁶⁸ ВСРМ Кж.бр.1/94 од 24.3.1994 г. во ЗСО 1990-1996, ВСРМ, 1997, стр. 86, 88.

²⁰⁶⁹ Simić, 1976, стр. 566.

²⁰⁷⁰ Исто Bayer, 1986, стр. 165-166, Vasiljević, 1971, стр. 352 и Vasiljević/ Grubač, 1987, стр. 403; Претходно Баер сметал дека од сведокот по слушање треба да се дознае само името на непосредниот сведок, а не да се испитува за фактите за кои знае само од слушање со оглед да за последново тој е крајно несигурно и неупотребливо доказно средство - Bayer, 1967, стр. 354

²⁰⁷¹ Така и АС Скопје КЖ.бр.1107/15 од 10.9.2015 г.; ВСРМ Квп.бр.32/92 од 28.5.1992 г. во ЗСО 1990-1996, ВСРМ, 1997, стр. 97 - на службеник кој вршел контролата во сообраќајот му бил понуден поткуп.

²⁰⁷² ВСРСМ Квп2.бр.34/2016 г. од 10.10.2017 г. - службените лица биле сослушани за состојбата во која ги затекнале оштетените кои непосредно пред тоа биле жртви на разбојништво од осудените; ОС Прилеп К.бр.342/15 од 18.2.2019 г. - службените лица биле испитани на околност што забележале при преземање на своите редовни активности (конкретно неовластено купување и продавање девизи во објект кој немал одобрение за таква дејност); Така и Vasiljević/ Grubač, 1987, стр. 399, 403 (ВСХ I Кж. 356/82 од 30.6.1982 г.); Слично за Хрватска сега - Kos, 2004, стр. 8; Според постарите заклучоци од советувањето во ВСЈ овластеното службено лице 1) не може да се сослуша како сведок на околност што дознал од привилегираниот сведок ако овој на претрес се повикал на привилегијата да не сведочи, 2) по исклучок може да се сослуша како сведок на околност што му кажал обвинетиот ако овој не сака да одговара на прашањата пред суд или ги менува претходно дадените искази и 3) како крајна мерка може да се читаат како доказ службените белешки ако службеното лице починало и не може да се сослуша како сведок или

бидат сведоци по слушање дури и во однос на изјавите што доброволно им ги дале осомничените лица или пресумптивните сведоци (не и да се читаат службените белешки кои ги составиле). Тие не може да ги сослушуваат повиканите лица во својство на обвинет, сведок или вештак, меѓутоа немаат обврска да затворат очи во однос на криминалот кој пред нив се случува, ниту уши за она што некое од овие лица самоиницијативно им го кажува и во овој дел не се согласувам со спротивниот став кој го имал ВСМ.²⁰⁷³

Факт е дека ни во светот не постои иста пракса по ова прашање. Така во САД, Италија и Данска постои изречна забрана за употреба како доказ пред суд на неформалните полициски белешки составени при испитување на осомничениот, во Германија има начелна забрана, а по исклучок може да се предпочат белешките за да се фати сведокот во лага, а во Франција и Холандија начелно е допуштена нивна употреба.²⁰⁷⁴

Целта на правото, како што пишува Стунц, не треба да биде да ги забрани полициските испитувања, туку да ги регулира, да прецизира сет од добри стандарди чие почитување ќе ги направи прифатливи изјавите дадени во полиција.²⁰⁷⁵

Такви стандарди би биле задолжително присуство на бранител за време на испитувањето и задолжително видео и аудио снимање на разговорот на осомничениот со полицијата. За сведоците кои немаат стручна помош во постапката и врз кои може да се изврши влијание доколку насамо бидат испитувани во полиција, не треба да трпи промени законското решение по кое нивно прво испитување што може нешто да значи во постапката да е кај јавниот обвинител.

6.4. Конфронтациска клаузула

Конфронтациската клаузула најсилно е изразена во ЗКП/10, кој со своите решенија ја следи јуриспруденцијата на ЕСЧП. Дозволува читање писмени изјави на отсутни лица само во исклучителни околности и тоа за: а) искази дадени на доказно рочиште (чл. 388 ст. 3), б) искази дадени пред ЈО при индиции за насилство, закана, ветување награда (чл. 388 ст. 4) и в) искази дадени пред ЈО од лице кое починало, душевно заболело или е недостапно (чл. 388 ст. 5).²⁰⁷⁶

На доказно рочиште се сослушува сведок за кој постои веројатност дека поради болест или смрт нема да може да се испита на главната расправа, односно ако постојат конкретни околности што укажуваат дека е изложен на насилство, закана, ветување на пари или друга корист за да не сведочи или лажно да сведочи (чл. 312). Испитувањето се врши пред судија во присуство на ЈО и бранителот на обвинетиот (чл. 315), при што може

за проверка на вистинитоста на неговиот исказ кога самиот се повикал на белешката - *Zaključci VSJ*, 1968, стр. 465.

²⁰⁷³ ВСМ Вп.бр.15/81 од 2.4.1981 г. во ЗСО 1980-1984, ВСМ, 1985, стр. 90-91 - за судот изјавата била неприфатлива бидејќи била дадена без присуство на бранител и поради фактот што МВР не може да сослушува граѓани во својство на обвинети. Имено кога полицискиот службеник го приведува лицето заради распит тоа рекло „нема потреба да ме носите во С., полиетиленското платно јас го зедев и се наоѓа кај мене дома“; Србија отишла уште подалеку, таму полициските службеници се дел од групата лица кои не може да бидат сведоци - Лажетик-Бужаровска/ Калајчиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011, стр. 211; Во Германија спонтаните изјави дадени на познаници, на полициски службеници, на тајни агенти или информатори не се сметаат за испитување, па се прифатливи како доказ - *Weigend*, 2019, стр. 77.

²⁰⁷⁴ *Carić*, 2006, стр. 1021-1022.

²⁰⁷⁵ *Stuntz*, 2001, стр. 980.

²⁰⁷⁶ Слични исклучоци од правилото по слушање познава и англиското право. За ова види кај *Jackson/ Summers*, 2012, стр. 329.

да се изведе како доказ во подоцнежна постапка само против оној обвинет чиј бранител бил присутен на рочиштето (чл. 318).²⁰⁷⁷

Испитувањето на сведоците е едно од истражните дејствија кое ЈО може да ги преземе согласно ЗКП/10 (чл. 295) и за чие извршување е должен да ги извести осомничениот и неговиот бранител (чл. 296). Недоаѓањето на уредно известената странка не го спречува одржувањето на доказното рочиште (чл. 315), односно испитувањето на сведокот пред ЈО (чл. 296) зашто се смета дека со тоа се откажала од правото да го надгледува испитувањето и да поставува прашања.

Од друга страна неповикувањето на одбраната доведува до повреда на конфронтационата клаузула.²⁰⁷⁸ Таква е и употребата на неконфронтан доказ кога за тоа нема законски оправдана причина, во каков случај судот прави повреда на ЗКП и ЕКЧП зашто ја заснова пресудата на доказ на кој не смее.²⁰⁷⁹

Секако нема повреда ако бранителот на обвинетиот бил присутен кога истражниот орган (сега ЈО²⁰⁸⁰ а порано истражен судија²⁰⁸¹) го испитал сведокот, чиј исказ се читал во судската постапка зашто бил недостапен.

Постојното законско решение може да најде на низа критики.

ЗКП/10 во чл. 400 ст. 2 почитувајќи го правилото за единствен доказ на ЕСЧП (кое во меѓувреме е разводнето) забранил пресудата да се заснова само врз исказ изведен согласно чл. 388 ст. 2 и 3²⁰⁸² и може да се каже дека за нив ја вовел теоријата за негативна законска оценка на доказите.

Прво, повикувањето на чл. 388 ст. 2 очигледно е грешка, бидејќи онака како што е напишан пресудата не ни може да се темели на исказите на сведоците дадени пред ЈО или на изјавите собрани во рамки на дејствијата на одбраната, зашто тие може да се користат исклучиво заради оценка на веродостојноста на исказите дадени на расправа (при вкрстено испитување, при побивање на изнесени наводи или во одговор на побивање). Што би се рекло, ако преку нив се побие сведочењето на расправа, тогаш судот како неверодостојно нема да го вреднува, но не може на нив да ја заснова одлуката.

Второ, повикувањето на чл. 388 ст. 3 значи дека одлуката не ќе смее да се заснова исклучиво врз исказот даден на доказното рочиште. Парадоксот е што законот не предвидел исто и за исказ даден пред ЈО при индиции за насилство, закана, ветување награда (чл. 388 ст. 4) и од лице кое починало, душевно заболело или е недостапно (чл. 388 ст. 5). Нема законска забрана пресудата во одлучувачка мера да се заснова врз вакви искази, што е неконзистентно зашто има таква за сведок испитан на доказно рочиште пред судија кој се грижи за законитоста и правичноста на испитувањето.

Проблемот овде е што воспоставил правило за единствен и одлучувачки доказ за исказ на сведок даден на доказно рочиште, а не и во овие две ситуации. Такво правило

²⁰⁷⁷ Во Хрватска записникот за сослушување на сведокот на доказно рочиште во отсуство на бранителот на осомничениот претставува незаконит доказ - ВСПХ I Кж-637/2018-4 кај Marijan/ Fumić, 2019, стр. 15-19.

²⁰⁷⁸ Вкж2.бр.18/2020 г. од 16.9.2020 г.; АС Штип КЖ.бр.344/13 од 26.6.2013 г. во Билтен бр.8, АС Штип, 2014, стр. 66-68.

²⁰⁷⁹ ВСПСМ Квп2.бр.39/2018 г. од 8.7.2020 г. - клучниот сведок бил на лекување во странство, така што судот знаел каде се наоѓа.

²⁰⁸⁰ ВСПСМ Квп2.бр.52/2020 г. од 24.2.2021 г.; ОКС Скопје III К.3296/20 од 20.4.2022 г.

²⁰⁸¹ ВСПСМ Квп2.бр.102/2019 г. од 9.9.2020 г.

²⁰⁸² Чл. 388 (2) Исказите на сведоците дадени во истражната постапка и изјавите собрани во рамки на дејствијата на одбраната во текот на истражната постапка може да се користат при вкрстено испрашување или при побивање на изнесени наводи или во одговор на побивање, заради оценка на веродостојноста на исказите дадени на главната расправа. (3) Записници за дадени искази на доказното рочиште можат со одлука на судот да се изведат како доказ со читање или репродуцирање; За споредба во Германија судската пракса е на став дека осудата не може да се базира само на доказ по слушање - Jackson/ Summers, 2012, стр. 332.

или не треба да има за првата ситуација или ако има за неа, треба да има и за останатите две. Впрочем еден наш суд поаѓајќи од духот и смислата на одредбата од чл. 400 ст. 2 од ЗКП/10 одбил да ја базира одлуката на претходно дадена изјава од сведок пред ЈО кој бил недостапен на судењето, а која ако ја прифател би била единствен или одлучувачки доказ за осудата.²⁰⁸³

Инаку не ја спорам оправданоста и целисходноста во вакви ситуации да се отстапи од правилото за непосредно изведување на доказите. Сите постари закони имале одредби кои дозволувале да се чита изјава дадена пред истражен судија од сведок кој починал, душевно заболел или бил недостапен,²⁰⁸⁴ кои неспорно се применувале во пракса.²⁰⁸⁵ Само укажувам на парадоксот што се забранува употреба на условно кажано посигурна изјава дадена во суд ако таа е единствен доказ, без истото тоа да се направи и за понесигурна изјава дадена на странка во постапката.

Меѓутоа, ако сведокот повикан на расправа одбил да даде исказ, судот нема право да го прочита записникот со неговиот исказ даден пред ЈО во истражна постапка (чл. 224 и 388 од ЗКП), туку евентуално може да го санкционира (парично или со затвор до 30 дена). Во спротивно ќе стори суштествена повреда на одредбите на постапката.²⁰⁸⁶

Трето, овде би се повикал на стојалиштето на хрватскиот уставен суд, зашто аналогно може да се искористи и кај нас. Имено, ЕСЧП „правилото за единствен или одлучувачки доказ го создал *in favorem* обвинетиот како би се урамнотежила положбата на одбраната и обвинителството, односно би се компензирале недостатоците за одбраната со анонимизацијата и отсутноста на сведоците“.²⁰⁸⁷ Ако е така, одредбата од чл. 400 ст. 2 отстапува од европскиот правен стандард којшто го врзува правилото само за осудата. Бидејќи ЗКП/10 не прави дистинкција зашто користи термин „пресуда“, произлегува дека правило востановено во корист на обвинетиот оневозможува употреба на доказ во негова полза.

Четврто, недостаток во законското решение (чл. 388 ст. 5) од гледна точна на начелото на еднаквост на оружјата е нееднаквиот третман на исказот даден пред ЈО и изјавите собрани во рамки на дејствијата на одбраната. Па, изјава која на одбраната ѝ ја дало лице што починало, душевно заболело или е недостапно не може да се користи на ист начин како што би било со иста таква изјава дадена на ЈО. Така може да се случи едно лице да даде изјава пред ЈО и пред одбраната, а оваа втората да не смее да се приложи како доказ во судот, иако немало повреда на правилата за нејзино прибавување.

На крај би посочил дека одредбата од чл. 388 од ЗКП/10 е прецизна, изречна и како исклучок од основното правило сите докази да се изведат во контрадикторна постапка, судот мора да ја толкува рестриктивно и да ја применува по службена должност. Што ќе рече новиот закон не овозможува како неговите претходници да се читаат записниците од испитувањето на сведоците во претходна постапка ако за тоа даде согласност обвинетиот, без притоа да бидат исполнети строго дефинираните исклучоци.²⁰⁸⁸

²⁰⁸³ ОС Битола К.бр.917/15 од 25.4.2016 г.; Но види поинаку АС Битола КЖ.бр.47/20 од 14.7.2020 г.

²⁰⁸⁴ Чл. 234 од ЗКП/48, чл. 313 од ЗКП/53, чл. 333 од ЗКП/77 и чл. 325 од ЗКП/97.

²⁰⁸⁵ ВСМ Кж.бр.44/80 од 29.5.1980 г. во ЗСО 1980-1984, ВСМ, 1985, стр. 107-108; ВСРМ Кж.бр.87/95 од 4.10.1995 г. во ЗСО 1990-1996, ВСРМ, 1997, стр. 94-95; ВСМ Кж.бр.32/76 од 9.4.1976 г. во ЗСО 1975-1979, ВСМ, 1980, стр. 140-142; ВСМ Кж.бр.305/72 од 15.9.1972 г. во ЗСО, ВСМ, 1976, стр. 202.

²⁰⁸⁶ АС Штип КЖ-10/15 во Билтен бр.9, АС Штип, 2016, стр. 20; Поинаку според постарите закони кога во ваква ситуација можел да го прочита исказот даден пред истражен судија (чл. 234 од ЗКП/48, чл. 313 од ЗКП/53, чл. 333 од ЗКП/77 и чл. 325 од ЗКП/97).

²⁰⁸⁷ УСРХ У-1-448/2009 од 19.7.2012, § 150 - правилото се применува и за ослободителна пресуда.

²⁰⁸⁸ Чл. 234 од ЗКП/48, чл. 313 од ЗКП/53, чл. 333 од ЗКП/77 и чл. 325 од ЗКП/97; Практика според решението во ЗКП/97 - АС Штип КЖ-278/17 во Билтен бр.11, АС Штип, 2019, стр. 30-31.

Неспорно е дека обвинетиот може свесно и интелигентно да се откаже од некое свое право, меѓутоа чл. 388 ст. 1 од ЗКП/10 непосредното изведување на доказот го пропишал како начело на постапката кое судот е должен да го примени,²⁰⁸⁹ а не како лично право со кое обвинетиот може да располага (како што било порано).²⁰⁹⁰ Соочувањето на одбраната со непријателските сведоци веќе не е толку законски попречувано како порано, колку што зависи исклучиво од квалитетот на одбраната и како бранителот му пристапува на предметот (совесно, темелно, аналитички, студиозно или спротивно).

7. Правото на бранител и ексклузијата

Правото обвинетиот да има свој процесен помошник во постапката е еден од столбовите на правичната постапка. Постапка која овозможува образован обвинител да „нападне“ правно неук и ранлив обвинет кој нема покрај себе некој да му даде стручна помош не би можела да се смета фер. Со ова сметам дека би се сложил секој. Затоа на прв поглед нема замерки за ниту еден од законите кои овде се применувале, бидејќи сите признавале 1) право на бранител по свој избор,²⁰⁹¹ 2) задолжителна одбрана²⁰⁹² и 3) бранител за сиромашен обвинет.²⁰⁹³

Сите закони отсуството на бранителот од предметите во кои одбраната била задолжителна го третирале како битна повреда на постапката што требала да доведе до инстантно укинување на одлуката.²⁰⁹⁴ Од 1959 г. и второстепениот суд добил обврска по службена должност да внимава на неа,²⁰⁹⁵ а од 1977 г. станала основ за поднесување барање за вонредно преиспитување на правосилната пресуда.²⁰⁹⁶

Во останатите случаи повредите на правото на одбрана имале релативен карактер. Биле од важност само ако можеле да влијаат врз законитото и правилното донесување на пресудата и во прво време ако биле сторени на главен претрес (ЗКП/48 и ЗКП/53), потоа и во жалбена постапка (ЗКП/77, ЗКП/97 и ЗКП/10), а сега дури и додека судот ја подготвува главната расправа (ЗКП/10).²⁰⁹⁷

Главните разлики, биле по прашањата во кои ситуации одбраната била задолжителна и кога осомничените добивале поука за правото на бранител.

предмет на анализа	ЗКП	одредби
задолжителна одбрана на обвинети		
а) за тешки к.д.	1948	3,50
б) за полесни ако обвинетиот е малолетен, нем, глув или тешко болен и по оценка на судот не може сам да се брани.		
а) за к.д. со пропишана казна затвор над 10 г. по поднесен обвинителен акт.	1953	69

²⁰⁸⁹ Доколку докажувањето на еден факт се заснова врз забележување од некое лице, тоа треба лично да се испита на главната расправа... Испитувањето не може да се замени со читање записник од негов претходно даден исказ, ниту со писмена изјава.

²⁰⁹⁰ ВСМ Кж.бр.937/63 од 4.6.1964 г. во ЗСО, ВСМ, 1976, стр. 158; АС Битола КЖ.бр.577/13 од 1.10.2013 г. во Билтен за 2013, АС Битола, 2014, стр. 9-10.

²⁰⁹¹ Чл. 3 и 49 од ЗКП/48, чл. 7 и 66 од ЗКП/53, чл. 11 и 67 од ЗКП/77, чл. 4 од ЗКП/97 и чл. 70, 71, 161 и 168 од ЗКП/10.

²⁰⁹² Чл. 3 и 50 од ЗКП/48, чл. 69 од ЗКП/53, чл. 13 (69) од ЗИД/67, чл. 70 и 193 од ЗКП/77, чл. 66, 185 и 186 од ЗКП/97 и чл. 74 и 168 од ЗКП/10.

²⁰⁹³ Чл. 51 од ЗКП/48, чл. 70 од ЗКП/53, чл. 71 од ЗКП/77, чл. 4 и 67 од ЗКП/97 и чл. 75 од ЗКП/10. Само ЗКП/53 и ЗКП/77 ја условувале со поднесен обвинителен акт, првиот за предмети од надлежност на окружен суд, а вториот во постапка за к.д. за кои е предвидена казна затвор над 3 г., додека останатите не.

²⁰⁹⁴ Чл. 264 од ЗКП/48, чл. 342 од ЗКП/53, чл. 354 од ЗКП/77, чл. 355 од ЗКП/97 и чл. 415 од ЗКП/10.

²⁰⁹⁵ Чл. 49 (353) од ЗИД/59, чл. 365 од ЗКП/77, чл. 367 од ЗКП/97 и чл. 427 од ЗКП/10.

²⁰⁹⁶ Чл. 427 од ЗКП/77, чл. 413 од ЗКП/97 и чл. 465 од ЗКП/10.

²⁰⁹⁷ Чл. 263 од ЗКП/48, чл. 342 од ЗКП/53, чл. 364 од ЗКП/77, чл. 355 од ЗКП/97 и чл. 415 од ЗКП/10.

б) за полесни ако обвинетиот е малолетен, нем, глув или неспособен да се брани со успех по отпочната истрага или поднесено непосредно обвинение.		
а) исто (1953).	1967	13 (69)
б) исто (1953), при првото испитување.		
исто како под а, б (1967).	1977	70, 193
в) за к.д. за кое е предвидена смртна казна (при првото испитување).		
г) штом ќе се донесе решение за судење во отсуство.		
исто како под а, б, в (доживотен затвор), г (1977).	1997	66, 185, 186
д) против кого е определен притвор за време додека трае притворот.		
исто како под а, б, в, г, д (1997).	2010	74, 168
поука за правото на бранител		
а) при закажување на претресот кај задолжителната одбрана.	1948	50
а) при првото испитување или при соопштување на решението за притвор.	1953	66
а) пред првото испитување (мора да се поучи за правото на бранител и дека тој може да присуствува на испитувањето, а се однесува на лице повикано, приведено, лишено од слобода или за кое се бара притвор), односно дека има право на бранител во постапката (истрага или главен претрес).	1967	12 (66), 33 (174), 39 (184,185)
а) исто (1967).	1977	67, 183, 193, 281
а) исто (1967).	1997	3, 63, 176, 186, 273
а) исто (1967).	2010	69, 70, 71, 145, 168, 191, 206, 220, 278, 279, 348
б) при препознавање.		

Табела 16

Од горното може да се извлечат неколку заклучоци. ЗКП/48 познавал доброволна, задолжителна и одбрана за сиромашни што од оваа гледна точка го става во кругот на современите за тоа време процесни закони. Меѓутоа не вовел обврска органот кој го спроведувал испитувањето претходно да даде поука за правото, ни бранителот да биде присутен на првото испитување. Ако се има во вид фактот што одбраната била задолжителна само на главен претрес, не и во претходна постапка, може *argumentum a fortiori* да се заклучи, штом за најтешките к.д. било така, несомнено осомничениот немал право на бранител во претходна постапка ни за полесните. Едноставно бранителот немал пристап до обвинетиот, до списите од предметот, ниту можел да присуствува на истражните дејствија (како претрес, испитување обвинет, сведоци, препознавање и сл.). Во тој контекст може да се каже правото на бранител всушност било релативизирано со начинот како било пропишано, во смисла 1) во посебните одредби за притвор, истражен затвор, при приведување или лишување од слобода не постоела обврска за поставување бранител или давање поука, 2) задолжителната одбрана почнувала на главниот претрес за кога важела обврската да се даде поука, 3) не била предвидена правна помош во претходна постапка, 4) суштествената повреда за повреда на правото на бранител ја покривала само задолжителната одбрана,²⁰⁹⁸ 5) додека во останатите случаи законот познавал релативна повреда на прописите на постапката сторена на главен претрес ако можела да влијае на целосно разгледување на предметот и донесување правилна одлука.

Горните констатации се потврдуваат од сознанието дека ЗКП/53 кој иако бил полиберален од неговиот претходник изречно забранил бранителот да може да присуствува на првото испитување на обвинетиот во претходна постапка (чл. 150). Затоа видно од горната табела, нему поуката за бранител му се давала при првото испитување

²⁰⁹⁸ Исто и по ЗКП/53 - види ВСХ Кж 184/69 од 11.6.1969 г. и ВСБиХ Кж 638/57 од 15.8.1957 г. кај Simić-Jekić, 1973, стр. 254, 255, 257.

(кога веќе започнало) или при соопштување на решението за притвор (откако било донесено). Сепак имало извесно подобрување на начин што законот како и поновите дозволувал бранителот да присуствува на претрес на стан, увид, вештачење или при сослушување на сведоците за кои постоела веројатност тие да не дојдат на главниот претрес (чл. 150).²⁰⁹⁹

Горните недостатоци законодавецот практично ги санирал во 1967 г. кога внел гаранција за правото на бранител за цела постапка, како и обврска лицето повикано, приведено, лишено од слобода или за кое се бара притвор пред првото испитување да мора да се поучи дека има право да земе бранител и дека бранителот може да присуствува на неговото испитување.²¹⁰⁰ Генерално измените од 1967 г. ја подобриле положбата на обвинетиот, зашто од тогаш бранителот добил можност без условувања да присуствува на испитувањето на сведоците, покрај останатите права што ги имал пред тоа.²¹⁰¹ Ако знаеме дека Миранда во САД беше донесена во 1966 г., може да се забележи дека постои коинциденција, ако не и индиректно влијание.

Независно што ја подобриле од порано, некои решенија сè уште не обезбедувале ефективно остварување на правото на бранител. Така, една работа е присуството на бранителот на првото испитување, а друга е правото слободно да комуницира со осомничениот пред да почне испитувањето по повод предлогот за притвор. Такво право осомничениот кој бил лишен од слобода сè уште немал.²¹⁰²

ЗКП/77 ги пресликал решенијата од 1967 г., ги проширил околностите под кои била задолжителна стручната одбрана, а овозможил правосилната одлука да се побива со вонреден правен лек и поради повреда на правото на осудениот на одбрана на главен претрес или во жалбена постапка, ако таа била од влијание врз донесувањето на правилна пресуда. Недавањето поука за правото на бранител или отсуството на податок во записникот дека била дадена, било основ за укинување на пресудата.²¹⁰³ Обвинетиот и тогаш и сега може да се откаже од правото на стручна помош, па неговото испитување без бранител, во ситуација кога одбраната не е задолжителна не го прави неговиот исказ недозволен доказ.²¹⁰⁴

Со ЗКП/97 решенијата останале исти како и претходно. Чиниш судовите ќе немаат посебен проблем и правилно ќе ги применуваат одредбите од ЗКП во делот кој се однесува на бранителот, а посебно кога одбраната е задолжителна. Тука законот е јасен,

²⁰⁹⁹ Но, отсуство на бранителот од истражното дејствие, пр. вештачењето зашто не бил известен, иако пропуст, по мислење на судот не било од таков карактер што влијаел или можел да влијае врз законитото и правилно одлучување, бидејќи одбраната можела да истакне свои приговори и по добиеното вештачење - ВСМ Кж.бр.482/76 од 24.9.1976 г. во ЗСО 1975-1979, ВСМ, 1980, стр. 138.

²¹⁰⁰ За споредба, во Турција правото на правна помош во истрагата осомничениот законски го стекнал во 1992 г., а бранителот (не и осомничениот) се здобил со право на увид во истражното досие. Според законското решение кое важело дотогаш, увидот бил можен само по поднесување обвинение. Меѓутоа, овие права не важеле за делата на тероризам, учество во нелегални организации, трговија со наркотици, ширење идеи со кои се загрозува уставниот поредок и единството на државата - Виџак, 1995, стр. 35-37.

²¹⁰¹ Повредата на ова право не е апсолутна која задолжително повлекува укинување на пресудата. Иако неспорно постои повреда ако бранителот барал да биде повикан кога истражниот судија ги сослушувал сведоците, а овој тоа не го сторил, не може само поради таа околност да се укине пресудата, зашто повредата била исправена на главен претрес на начин што судот ги повикал сведоците, тие во присуство на обвинетите и нивните бранители го повториле она што го кажале во истрага, а овие имале можност да им поставуваат прашања - ВСМ Кж.бр.354/69 од 18.2.1969 г. во ЗСО, ВСМ, 1976, стр. 148-149.

²¹⁰² Чл. 73 ст. 1 од ЗКП/53; Vasiljević, 1971, стр. 180.

²¹⁰³ ВСМ Впп.бр.6/82 од 8.3.1982 г. во ЗСО 1980-1984, ВСМ, 1985, стр. 129-130.

²¹⁰⁴ ВСМ Кж.бр.126/81 од 3.4.1981 г. во ЗСО 1980-1984, ВСМ, 1985, стр. 92-93; АС Скопје КЖ.бр.353/18 од 7.6.2018 г.; АС Битола КЖ.бр.664/17 од 14.6.2018 г; Услов за законитоста е поуката за правото и изјавата дека се откажува од него да бидат забележани во записник - чл. 52 (212) од ЗИД/67, чл. 218 од ЗКП/77 и чл. 210 од ЗКП/97.

не е изменет повеќе од 70 години, се знае што значи задолжителна одбрана, во смисла обвинетиот мора да има бранител при преземање на кое и да било процесно дејствие од моментот кога законот предвидел задолжителна одбрана до крај на постапката. Но, не е секогаш така во пракса, за што доказ се одлуките на Врховниот суд кој утврдувал повреди сторени од пониските судови.²¹⁰⁵

Одредбите за бранителот во ЗКП/10 во суштина се исти како претходно, само што овој закон номотехнички е најпрецизен од сите.

8. Идентификации

Со анализа на праксата на македонските судови, може да се забележи дека кај ова доказно средство владее целосна конфузија. Идентични ситуации некогаш се основ за издвојување на препознавањето, некогаш за негово помало вреднување, а некогаш не претставуваат процесен проблем.

За разлика од постарите закони во новиот ЗКП има прецизни одредби за препознавањето, што претпоставува дека примената не треба да е тешка, а непочитувањето доволно да го направи доказот незаконит и неупотреблив во кривичната постапка. Но, не е така.

Уште кај САД, видовме, во зависност од времето кога се спроведува препознавањето се дели на полициско и судско. Постарите закони не го регулираа полициското препознавање, за разлика од ЗКП/10, па нималку не чуди што се појавиле различни судски гледишта.

Така според една постара одлука, полициското препознавање кое не било извршено согласно ЗКП зашто обвинетиот не бил покажан заедно со други нему непознати лица, не било апсолутно неподобно и без доказна вредност (туку само несоодветно) бидејќи немало законска забрана таков доказ да се изведе во постапката.²¹⁰⁶

Според поновите одлуки МВР можел да организира препознавање на лица и предмети само за потребите на полициската постапка, но не и такво кое би имало доказна вредност пред суд. А, бидејќи судот нема овластување да му го довери на МВР препознавањето како истражно дејствие, записникот за препознавање на лица кој не е составен од судија туку од службено лице на МВР не може да претставува доказ во кривичната постапка, се смета дека е прибавен на незаконит начин врз кој не може да се заснова пресуда (чл. 155 ст. 3 и 4 и чл. 355 ст. 1 т. 8 од ЗКП/97).²¹⁰⁷

²¹⁰⁵ ВСРМ Кзз.бр.32/2014 од 12.11.2014 г. во Билтен 2016-2017, ВСРМ, 2018, стр. 13-15 - судот ја засновал одлуката врз доказ на кој не смеел да ја заснова, односно на исказ на оштетената даден надвор од главен претрес кога воедно извршил соочување меѓу неа и обвинетите, без присуство на нивните бранители иако одбраната била задолжителна; ВСЈ Кзз.бр.20/70 од 8.9.1970 г. во ЗСО, ВСМ, 1976, стр. 208-210 - необезбедување бранител во подготвителна постапка против малолетници е битна повреда на одредбите на кривичната постапка; ВСМ Кж.бр.205/69 од 12.6.1969 г. во ЗСО, ВСМ, 1976, стр. 185 - битна повреда на постапката кога на малолетникот во подготвителната постапка не му бил назначен бранител, но и кога на главен претрес на двата малолетника им бил одреден ист бранител, иако тие се товарат, така што фактички еден од нив останал без бранител, чие присуство е задолжително (при конфликтна, противречна одбрана и меѓусебно обвинување еден бранител не може да ги брани истовремено интересите и на двата клиенти); Така и во Хрватска кај Кос, 2005, стр. 10 - тројца осомничени се товареле за убиство и имале ист бранител кој во истрага бил присутен на нивното испитување, поради што ВСПХ I Кж 409/00 утврдил дека записниците за нивно испитување се незаконити докази.

²¹⁰⁶ ВСМ Кж.бр.115/83 од 2.9.1983 г. во ЗСО 1980-1984, ВСМ, 1985, стр. 94 - во однос на второто, судско препознавање судот бил на став дека ја нема таа доказна вредност каква би имало ако не му бил покажан претходно обвинетиот на оштетениот и сведокот.

²¹⁰⁷ АС Битола КЖ.бр.235/2007 од 30.4.2007 г. во Билтен за 2011, АС Битола, 2011, стр. 11-12; АС Гостивар КЖ.бр.254/09 од 22.9.2009 г. во Билтен бр.2, АС Гостивар, 2014, стр. 14-15; Слично и во Хрватска, види кај Кгарас, 2012а, стр. 430-431.

ЗКП/10 дозволува и прецизира како МВР може да организира препознавање (чл. 220 и 278). *Expressis verbis* предвидува задолжително давање поука за правото на бранител во постапките на препознавање, но присуството на бранителот не е услов за валидност, бидејќи ако не дојде за 2 часа од повикувањето, препознавањето може да се изврши без него. Присуство на адвокат на препознавањето бара и ЕСЧП во својата пракса, а предвидено е и во директивата на ЕУ за правото на пристап до адвокат во казнената постапка (*supra* VI 5.5.).

Судовите правилно прифаќаат дека осомничениот по поуката може доброволно да се откаже од правото на бранител при препознавањето, па извршеното препознавање во таква околност не може да се смета како незаконит доказ.²¹⁰⁸ Секако оправдан случај за неповикување на бранител на обвинетите при препознавање е фактот што тогаш кога било вршено тие не биле осомничени.²¹⁰⁹

Но, што кога нема доказ за дадена поука? Во вакви ситуации постои конфликтна пракса.

Едни одлуки, со кои се согласувам, се на став дека треба да се издвојат записниците за препознавање на кое не бил присутен бранител, а нема доказ дека осомничениот бил поучен и се откажал од правото или бранителот иако повикан не дошол.²¹¹⁰ Други кон кои се приклонил и Врховниот суд не наоѓаат повреда на правото на одбрана во оние ситуации кога осомничениот не бил поучен за можноста негов бранител да присуствува на препознавањето. Ваквиот став се оправдува со фактот што тој тогаш не дал инкриминирачка изјава или признание, па неприсуството не влијаело на одбраната во натамошниот текст на постапката, ниту штетно се одразило на правичноста на постапката во целина.²¹¹¹ Ценам дека на ваков начин се релативизира правото дадено со закон. Потребата од бранителот неоправдано се ограничува само на дејствието кое вклучува давање изјава, иако бранителот внимава и на законитоста на постапката во што спаѓа гаранцијата препознавањето да не биде спроведено во сугестивни услови.

Обврска за ЈО и правото на бранителот да присуствуваат на препознавање е заштитна мерка која треба да осигури препознавањето да се спроведе така како што налагаат прописите. Друга заштитна мерка кај ова дејствие е обврската да се направи видеоснимка или фотографија. Неа треба да ја има за да помогне во ситуации во кои одбраната ја спори правичноста на препознавањето. Ако ја нема судот е оневозможен лично со свои очи да процени како била направена смотрата. Но, таквиот пропуст треба да биде на штета на оној што го направил односно на штета на органите на прогонот, а не на товар на обвинетиот. Во таа насока ако се знае дека не е преземена заштитната мерка што ЗКП и Правилникот за начинот на препознавање на осомничено лице изречно ја предвидуваат, имено не е направена видеоснимка, неоправдан станува секој пристап на судот кој бегло преминува преку повредата на правото на бранител само зашто осомничениот не дал никаква изјава.

Загрижува неконзистентноста на праксата во оваа област, ако се знае дека претходните се случаи на препознавање извршено во полиција, а во друга одлука токму отсуството на бранителот на осомничениот било причина записникот за сослушување на оштетената, составен од истражен судија, во текот на кое било извршено препознавање

²¹⁰⁸ ВРСМ Квп2.бр.10/2018 г. од 3.7.2018 г.; АС Штип КЖ.бр.246/15 од 22.6.2015 г.; АС Скопје КЖ-771/17 од 26.10.2017 г. во Билтен бр.11, АС Скопје, 2019, стр. 25-26.

²¹⁰⁹ ОС Гостивар К.бр.234/18 од 22.4.2019 г.; ВРСМ Квп2.бр.7/2020 г. од 2.6.2021 г.

²¹¹⁰ АС Штип КЖ.бр.373/19 од 14.1.2020 г.; АС Гостивар КЖ.бр.176/17 од 19.10.2017 г.

²¹¹¹ ВРСМ Квп2.бр.72/2018 г. од 23.1.2019 г.; АС Скопје КЖ-107/17 од 15.3.2017 г. со кој став се согласил ВРСМ Квп1.бр.38/17 од 25.4.2018 г. во Билтен бр.11, АС Скопје, 2019, стр. 21-22; АС Скопје КЖ-434/18 од 28.6.2018 г. во Билтен бр.12, АС Скопје, 2020, стр. 20-22.

на лица да се третира како доказ прибавен на незаконит начин.²¹¹² Последнава одлука е исправна, но праксата кај македонските судови не е воедначена, бидејќи во случаи како горните, судовите не ги уважувале приговорите за невалидност на препознавањето извршено во отсуство на бранител на осомничениот, иако ЗКП/10 има попрецизни решенија споредено со претходно.

Има и трети случаи во кои е уважен приговорот на одбраната, па е утврдено дека записникот е невалиден доказ без да се појасни од кои причини тоа е направено,²¹¹³ односно затоа што по чл. 278 од ЗКП не е дозволено препознавање на фотографии.²¹¹⁴

Показател дека владее целосна конфузија со ова доказно средство е следната група предмети во кои поради иста причина, непостоење видео или фотографски снимки од препознавањето извршено со смотра, некои судови ги издвојуваат записниците од препознавањата,²¹¹⁵ а некои не.²¹¹⁶ За споредба во Хрватска, соочувањето спроведено во истрага мора да се снимат со уред за аудио-визуелно снимање, зашто во спротивно записникот за соочувањето не ќе може да се употреби како доказ во постапката.²¹¹⁷

Ако постои сомнеж дека сведокот во полиција го препознал обвинетиот под притисок или закана од службениците тој сомнеж мора да се провери, а во спротивно врз таквото препознавање не смее да се заснова судска одлука.²¹¹⁸ Ова гледиште е во согласност со теоријата плодови од отровно дрво која бара издвојување на деривативниот доказ кој е резултат на незаконитоста во обезбедување на изворниот.²¹¹⁹ Ова не значи дека секој полициски пропуст треба да доведе до исклучување на признанието. Исто како и при повреда на правилата за претрес, и тука може да се јават ситуации во кои издвојувањето не ќе е соодветна санкција. Таков е англискиот пример во кој судовите одбиле да го издвојат препознавањето извршено по пречекорување на законскиот лимит до кога осомничениот можел да биде држен во полиција без да е изведен пред суд, со став дека тоа не влијаело врз правичноста на самото соочување, а уште помалку врз правичноста на целокупната постапка, бидејќи и онака до препознавање или соочување секако ќе дошло во некој стадиум на постапката.²¹²⁰

²¹¹² ВСРМ Кзз.бр.25/2013 од 10.12.2013 г. во ЗСО 2004-2014, ВСРМ, 2015, стр. 192-194 - истражниот судија морал да го поучи обвинетиот за правото на бранител кој може да присуствува на препознавањето.

²¹¹³ ОС Битола К.бр.323/15 од 4.9.2015 г. - веројатно бидејќи издвоениот доказ не влијаел за одлуката која и без него била осудителна.

²¹¹⁴ ОС Велес К.бр.83/16 од 9.5.2016 г.

²¹¹⁵ ОС Струга К.бр.7/17 од 4.2.2019 г.; ВСРСМ Квп2.бр.89/2020 г. од 30.9.2020 г.

²¹¹⁶ ОКС Скопје III К.бр.3296/20 од 20.4.2022 г.

²¹¹⁷ Državno odvjetništvo Republike Hrvatske, Priručnik, 2011, стр. 298.

²¹¹⁸ АС Штип КЖ.бр.229/15 од 19.2.2015 г.; АС Штип КЖ.бр.291/15 од 29.6.2015 г.

²¹¹⁹ ВСРСМ Квп2.бр.89/2020 г. од 30.9.2020 г. - сведоците не го оспоруваат препознавањето и начинот на кој тоа било спроведено, во присуство на ЈО и на бранителот на обвинетиот, напротив тие тврдат дека биле малтретирани и тепани претходно, кога биле приведени на распит во полициска станица... па од тие причини и под притисок на полициските службеници, кои впрочем биле присутни на препознавањето, дале изјава дека наркотичната дрога марихуана ја купиле од обвинетиот... Во случај на постоење на сомневање дека доказите во постапката се прибавени со примена на недозволен средства, малтретирање, тортура и слично, судот треба да ги испита таквите околности, па доколку се утврди дека се вистинити, ќе донесе решение за издвојување на таквите докази од списите, согласно чл. 93 од ЗКП и судската одлука нема да се заснова врз истите... со тоа што судот воопшто не се впуштил во проверка на наводите на сведоците дека нивните изјави дадени на записник за препознавање биле изнудени, а особено наводот дека сведокот П. доставил лекарско уверение до ЈО, ниту пак во оспорената пресуда има добро аргументирана причина за непостапувањето на судот и на ЈО, упатува на заклучокот дека судењето било неправично и има повреда на чл. 6 ст. 1 од ЕКЧП; АС Битола КЖ.бр.312/16 од 16.11.2016 г. - и покрај присуството на бранителот и фактот што не ставил забелешки, судот мора да ја испитува законитоста на препознавањето и ако најде дена е незаконито да го одбие тој доказ.

²¹²⁰ R. v Taylor [1991] Crim. L. R. 541 кај Виџак, 1995, стр. 334.

Во случај кога полициското препознавање било оценето како незаконито се доведува под знак прашање веродостојноста на препознавањето извршено во судот. Посочив уште во делот за САД дека таму од претставници на науката во вакви ситуации се заговара безусловно издвојување на судското признание. Во најголем број случаи тоа треба да биде така. Тоа се оние ситуации во кои жртвата од претходно не го знаела осомничениот, па не може да се знае колкаво влијание имало незаконитото сугестивно полициско препознавање врз неа.²¹²¹ Но, може да се случи неа да ѝ е познат сторителот како лице од соседството и сл., па и без првото препознавање таа да може да биде во состојба да го посочи во суд. Затоа сметам дека второто (судско) препознавање не треба in abstracto да се третира како плод од отровно дрво, туку да биде предмет на судска оценка во секој конкретен случај.

9. Резиме

Очигледен тренд во светот е напуштање на апсолутниот пристап при издвојувањето на доказите, кој Македонија го прифати со чл. 15 ст. 2 од ЗКП/97 и чл. 12 од ЗКП/10. Одредбите така како што се конципирани предвидуваат апсолутна ексклузија на незаконитите докази (вербални или материјални) и на плодовите од отровно дрво.

Бидејќи не е прифатен релативниот пристап, ексклузијата треба да е безусловна независно 1) од веродостојноста и релевантноста на доказот, 2) од добрата верба кај истражните органи, 3) од фактот што доказот го обезбедило приватно, а не службено лице, 4) што можеби повреденото правно добро на обвинетиот било полесно споредено со тежината и сериозноста на делото кое се истражува.

Но, праксата поставила ограничувања, впрочем таа е онаа преку која се развива системот на незаконитите докази, која треба да им даде живот на инаку безживотните норми. Секако, не се исклучени и такви случаи во кои одбраната само формално се повикува на овој вид повреда без да наведе во што се состои таа,²¹²² или се повикува на незаконитост во прибавување на доказите, иако очигледно не постои такво нешто.²¹²³

²¹²¹ ОС Струмица К.бр.25/18 од 1.3.2018 г. - полициските записници за препознавање се прибавени на незаконит начин и согласно чл. 12 ст. 2 од ЗКП врз нив не може да се заснива судска одлука бидејќи непосредно пред да дојде ЈО во просториите на СВР, на двете им бил покажан креираниот фоторобот од нивна страна за да го споредат со фотографијата на обвинетиот направена во СВР, што е спротивно на чл. 220 ст. 1 од ЗКП кој бара опис на сторителот од сведокот без да се покажува претходно осомничениот вклучително и на фотографија. Воедно по извршено когнитивно интервју со жртвите, а пред креирањето на фотороботот им биле покажувани фотографии од можни сторители и снимки од видео надзор, па судот оценил дека во овој случај се работело за контаминирани сведоци, односно постоела можност нивното кривко секавање за настанот да го препокријат со лик од фотографиите и видеоматеријалите.

²¹²² ВСРМ Квп2.бр.2/2017 г. од 5.12.2018 г.; ВСРМ Квп1.бр.34/2018 г. од 27.12.2018 г.; ВСРМ Квп1.бр.44/2018 г. од 7.2.2019 г.; ВСРМ Квп2.бр.151/2019 г. од 5.2.2020 г.

²¹²³ ВСРМ Квп1.бр.279/2014 г. од 15.9.2016 г. (приговор за неконфрнтиран доказ, иако сведокот бил испитан во присуство на бранителот и обвинетиот); ВСРМ Квп1.бр.92/2015 г. од 18.10.2016 г. (одземени предмети од полиција врз основа на судска наредба); ВСРМ Квп1.бр.148/2016 г. од 28.2.2018 г. (изведено вештачење како доказ, прибавено со наредба на ЈО, предложено со листата на докази и на чие изведување одбраната не ставила приговор на расправата); ВСРМ Квп1.бр.29/2018 г. од 31.10.2018 г. (приговор дека неовластено била преземена п.и.м. симулирано давање поткуп без наредба на суд, иако имало наредба од ЈО); ВСРМ Квп2.бр.93/2019 г. од 11.11.2020 г. (одбраната ги напаѓа сите изведени докази, бидејќи од истите не се докажало дека осудениот го сторил делото за кое е правосилно осуден и притоа се повикува на чл. 355 ст. 1 т. 8 од ЗКП); ВСРМ Квп2.бр.141/2019 г. од 4.12.2019 г. (одбраната приговара дека исказот на сведокот бил изнуден од полицијата иако нема никакви аргументи за тоа, имено сведокот не кажува така, а нема ни медицински докази кои би потврдиле такво нешто); ВСРМ Квп2.бр.124/2020 г. од 3.2.2021 г. (одбраната приговара зашто малолетната жртва не била сослушана на расправа во суд, иако била испитана на доказно рочиште во присуство на бранител на осомничениот, како и на записникот за препознавање во полиција иако таму бил присутен ЈО, бранител, психолог); АС Битола КСЖ.бр.8/19 од 22.1.2019 г. (приговор за несоодветна форма на материјалните докази иако биле во оригинал или заверени

Нашиот закон прави разлика помеѓу издвојување и одбивање на предложени докази.²¹²⁴ Во првиот случај по правосилноста на решението (чл. 93 од ЗКП) доказите се издвојуваат, се ставаат во посебна папка, а судечкиот суд нема пристап до нив при носењето на одлуката. Правосилноста има материјално дејство, ваквите докази никогаш повеќе не може да станат дел од доказната зграда. За разлика од тоа, одбивањето е процесно решение донесено за време на подготовките за расправа, кое може да биде изменето или отповикано во текот на постапката (чл. 347 од ЗКП). Што значи во овој случај судот може по предлог на странките да го измени и да дозволи изведување на првично одбиените докази (пр. ако доказите дополнително се достават во правилна форма).

Ексклузијата на доказите прв пат терминологски како издвојување започнала да се користи во 1967 г. и се однесувала само на вербалните докази, за подоцна во 1997 г. да се пренесе и на теренот на материјалните докази. Видовме, секој понов закон попрецизно ја уредува материјата, вградува не само права и привилегии туку и поуки, бидејќи да користи некакво право може само оној кој знае дека го има.

Постои градација во квалитетот која може да се забележи од досегашните анализи. Така, 1) ЗКП/48 вовел забрани за поедини методи (изнуда, сила, закана, измама и сл.), без да припише последици, 2) ЗКП/53 предвидел последици за повреди на правилата така што инкорпорирал изречна забрана судот да не може да ја заснова својата одлука на искази на лица за кои не биле почитувани процесните правила (сила, закана, медицински методи). Со други зборови забранил некој да биде осуден со така прибавени докази. 3) ЗИД/67 првпат обврзал да се издвојат записници со искази од лица на кои не може да се заснова пресуда, 4) ЗКП/77 вовел апсолутна суштествена повреда на одредбите на ЗКП ако пресудата се заснова врз доказ врз кој според одредбите на ЗКП не може да се заснова, обврска по службена должност во жалбена постапка да се внимава на ваква повреда и можност да се побива со вонреден правен лек, 5) ЗКП/97 вовел ексклузија за незаконски прибавените материјални докази и за плодовите од отровно дрво, 6) ЗИД/04 овозможил констатирана повреда на личните слободи и права со одлука на ЕСЧП да стане основ за повторување на постапката, 7) а ЗКП/10 прифатил сè претходно.

ЗКП/10 вградил 16 одредби кои изречно го обврзуваат судот да ги анулира ефектите од незаконски преземеното дејствие. Пресудата не може да се заснова на врз:

	експлицитни доказни забрани	член
1	докази прибавени на незаконит начин или со кршење на слободите и правата утврдени со Устав, закон и меѓународни договори, како и докази произлезени од нив	12
2	кога нема видео тонски запис на исказот и испитувањето на дете жртва кое има потреба од посебна грижа и заштита или кога е жртва на трговија со луѓе, насилство или сексуална злоупотреба	54
3	записник за телефонска конференција спроведена спротивно на законот	86
4	ако судот го одбие барањето за одобрување на привременото одземање предмети	196
5	ако судот не ја потврди наредбата на ЈО за привремено одземање писма, телеграми и други пратки	199
6	записник за испитување обвинет кој не бил поучен, поуката не е внесена во записникот, пред испитувањето не се откажал од правата од кои може доброволно да се откаже или не му бил обезбеден бранител	206

на нотар); ВРСМ Квп2.бр.10/2017 г. од 27.3.2019 г.; ВРСМ Квп1.бр.28/2017 г. од 7.2.2019 г.; ВРСМ Квп2.бр.104/2018 г. од 17.4.2019 г.; АС Битола КЖ.бр.107/19 од 10.7.2019 г.

²¹²⁴ Вака и АС Скопје КЖ-167/17 од 21.2.2017 г.

7	записник со исказ на обвинет прибавен со употреба на сила, закана или други забранети средства или испитан во отсуство на бранител без изречно да се одрекол од тоа право или кога самиот не обезбедил бранител, а одбраната не е задолжителна	210
8	записник со исказ на лице кое не може да биде сведок или лице кое не мора да сведочи, а за тоа не е предупредено или изречно не се откажало од тоа право или ако предупредувањето и откажувањето не е забележано во записникот, или ако е испитан малолетник кој не може да го сфати значењето на правото дека не мора да сведочи, или ако исказот на сведокот е изнуден со сила, со закана или со друго слично забрането средство	215
9	наод и мислење од лице кое не смеело да се земе за вештак	238
10	изјави добиени со примена на п.и.м. од лица кои се ослободени од обврската за сведочење	259
11	докази прибавени со п.и.м. спротивно на законските одредби (без наредба од овластен орган, за к.д. за кое не може да се определат, вон условите од наредбата, надвор од законскиот рок за нивна примена и сл.)	259
12	писмени изјави или известувања кои сведоци ги дале на бранителот спротивно на законот	307
13	докази изведени на доказно рочиште во отсуство на бранител на обвинетиот, освен ако изречно се откажал од ова право	318
14	поднесена изјава за признавање на вина или записник во кој е содржана изјава за признавање на вината која судијата или советот за оцена на обвинителниот акт не ја прифатил	334
15	записник со изјавата за признавање на вината и предлог-спогодба која не е прифатена од судијата или советот за оцена на обвинителниот акт	335
16	предлог-спогодба и записник од одржано рочиште пред судија на претходната постапка кога судот ја одбил предлог-спогодбата.	489

Табела 17

Иако нема изречна забрана како во горните одредби, кога би ја продолжил табелата, врз основа на општата одредба од чл. 12 во комбинација со друг член од ЗКП/10, пресудата не ќе смее да се заснова и на:

	имплицитни доказни забрани	член
17	докази прибавени од судија што морал да се из земе	33, 34 и 37
18	докази прибавени во присуство на лице што не смеело да се земе за бранител	73
19	докази прибавени во отсуство на бранител кога одбраната била задолжителна	74
20	докази пронајдени при незаконит претрес	181, 182, 185, 190, 191, 193
21	одземени предмети што не може да се одземат	197
22	одземени писма, телеграми и пратки разменети помеѓу обвинетиот и неговиот бранител	199
23	снимки ако обвинетиот не бил поучен дека испитувањето се снима и дека снимките може да се користат во постапката	207
24	резултати од препознавање во отсуство на лица чие присуство било задолжително	220, 278
25	резултати од соочување на посебно ранливи жртви или сведоци со обвинет или со други сведоци	232
26	стручен наод и мислење од лице кое не смеело да биде именувано за технички советник	244
27	стручен наод и мислење во кое како вештак бил определен и учествувал лекарот што го лекувал умрениот	247
28	докази резултат на полициско поттикнување или наведување при преземање на п.и.м.	254
29	полициски службени белешки за собрани известувања од граѓани	279
30	докази изведени на доказно рочиште определено вон условите што ги дозволува законот	312
31	писмен наод и мислење на вештак кој и покрај барањето на некоја од странките не бил испитан на расправата	387
32	материјални докази кое не се во законски пропишана форма	392
33	предлог-спогодба склучена без бранител	486

34	комуникацијата помеѓу странките во постапката за медијација која не завршила со спогодба	///
----	--	-----

Табела 18

Од досегашната анализа може да се констатира дека ниту во законите, ниту во одлуките на судовите не може да се препознае кој е мотивот за воведување на ексклузиското правило. Законот вовел забрани и ексклузија, а судовите кога мораат издвојуваат докази. Поголем императив од правичноста на постапката е санкционирање на криминалот.

Чл. 12 од ЗКП/10 насловен „Законитост на доказите“ дава примат на начелото на легалитет. Пристапот едноставно кажано е позитивистички. Доказите треба да се издвојат зашто така налага законот. А, зошто законот налага така, дали е исправен налогот кога доказите се сигурни и веродостојни докази, кога без нив би останале несанкционирани сторители на тешки к.д. нема одговор ниту во него, ниту во македонската јуриспруденција.

Кои се мотивите што ја оправдуваат ексклузијата во споредбената пракса, но и критиките за неа, ќе видиме во следната глава од трудот.

ЧЕТВРТ ДЕЛ ОПРАВДУВАЊА, КРИТИКИ, ЗАКЛУЧОЦИ И ПРЕДЛОЗИ

ГЛАВА IX ОПРАВДУВАЊА И КРИТИКИ НА ЕКСКЛУЗИЈАТА

1. Дали ексклузијата е единствен лек за повредите

Од тоа што го видовме досега, може да се каже дека постои општа согласност дека постојат начини за прибавување докази кои не се дозволени и мора да се стигматизираат. Таква е тортурата и добивањето нечии изјави со изнуда, за кои единствен лек е ексклузијата.

Исто така може да кажеме дека постои огромна шареноликост во однос на другите неуставни, незаконски или неправилни методи преку кои се доаѓа до доказите. За нив се нудат најразлични лекови, од послаби, до најсилни. На ексклузијата се гледа како на силен широкоспектарен антибиотик кој не треба да се аплицира за полесна настинка.

Таа секако не е единствен лек за повредите, бидејќи ситуациите кои продуцирале спорни докази не се идентични, а санкцијата треба да одговара на стореното, ни да е престога, ни преблага.²¹²⁵ Повредата некогаш може да биде толку шокантна што правилен чекор би бил запирање на постапката против обвинетиот, во други ситуации ексклузијата ќе е соодветниот лек, во трети намалувањето на санкцијата, а во четврти несоодветни би биле сите претходни.²¹²⁶

Повеќето научници сметаат дека има мала ефикасна алтернатива на ексклузиското правило.²¹²⁷ Останатите лекови (пр. граѓански постапки за надомест на штета, кривични или дисциплински постапки против одговорниот службеник и сл.) може да бидат негова поддршка, а не и замена.

Други, сметаат дека трошокот од ексклузијата не е толку голем, имајќи во вид дека неуставното однесување на органите на прогонот ја става под ризик сигурноста на сета популација.²¹²⁸ Трети, предвидуваат постепено исчезнување на ексклузиските правила.²¹²⁹ Пакер признава дека ексклузиското правило било воведено бидејќи не постоеле други лекови против полициските злоупотреби и остава простор кога такви ќе

²¹²⁵ Законите нужно треба да ја погодуваат казната според големината на вината на секој поединец сообразно со заслуженото - Платон, стр. 441.

²¹²⁶ Слично Ashworth, *The Criminal Process* (1994), p. 303, 725, 733 kaj Mirfield, 1997, стр. 18 - идеално би било кога јачината на одговорот би бил пропорционален со хендикепот или степенот на неправда спрема осомничениот; Или Re, 2014, стр. 1897-1898 кој се залага за отфрлање на обвиненијата за нечуено (без преседан) или намерно полициско лошо однесување, издвојување на загадените докази и нивните плодови кај сериозните престапи кога обвинетиот претставува ризик за општеството и прифатливост на сите докази при прекршувањата сторени во добрата вера.

²¹²⁷ Ronald J. Allen et al., *Constitutional Criminal Procedure: an Examination of Fourth, Fifth and Sixth Amendments, and Related Areas 902-76* (3d ed. 995) kaj Benner/ Bird/ Smythe, 2012, стр. 113; Iontcheva Turner, 2019, стр. 97; Kerr, 2011a, стр. 1095-1097; Taslitz, 2013, стр. 419-420, 423, 427-429; Pakter, 1985, стр. 2; Macula, 2019, стр. 56.

²¹²⁸ Thaman, 2010, стр. 384.

²¹²⁹ Charles T. McCormick, *Tomorrow's Law of Evidence*, 24 A.B.A. J.507, 580-81 (1938) kaj Kirkpatrick, 1998, стр. 363 - тврдите правила за издвојување ќе омекнат во стандарди на дискреција за исклучување. Но, еволуцијата нема да запре таму. Очигледно, следната фаза е напуштање на системот на ексклузија.

се разработат да го заменат.²¹³⁰ Амар и Слобогин размислуваат слично кога пишуваат за казнена штета и граѓански тужби за штета.²¹³¹

Врховниот судија Бургер посочува дека овој единствен, монолитен и драстичен судски одговор на сите официјални прекршувања на правните норми го остава несанкциониран службеникот кој всушност го сторил нелегалниот акт, полицијата не ризикува ништо бидејќи успехот на обвиненијата не е нејзина работа, претпоставениот едукативен ефект на судските одлуки е намален поради долгиот период помеѓу полициска акција и нејзината финална судска евалуација, ефектот на одвраќање е разводнет поради фактот што има многу полициски активности кои не резултираат со кривично гонење, па правилото практично нема применливост ни ефект во такви ситуации.²¹³² Затоа се залага за негово напуштање, но откако ќе се најде соодветна замена, која смета дека е задача за Конгресот. Цени дека добра алтернатива не е правото да се тужи агентот, бидејќи поротата не би гледала со симпатии кон тужителот, туку предлага да се развие административен или квази-судски лек против државата со кој би се давал надоместок на жртвите од повредите на IV амандман. Ваква правна шема ќе овозможи заштита и на невините жртви чии права биле повредени, но бидејќи против нив не била покрената кривична постапка немаат никаква корист од ексклузивското правило.²¹³³

Василевиќ се залага за кривична одговорност на оној кој ги прибавил доказите на незаконит начин, но и нивна употреба бидејќи не може да се оспори вредноста на таквиот доказ само зашто е прибавен на незаконит начин или да не се признаат утврдените факти, бидејќи тоа би значело за вината на органот да се казни целото општество.²¹³⁴ Но, затоа Баер смета дека би била морално апсурдна ситуацијата судот да го употреби доказот добиен на незаконит начин, а оној кој му го прибавил, односно тој што сторил нешто корисно за државата, да биде казнет за тоа.²¹³⁵

Оукс укажува на нерационалноста на системот во кој таму каде има едно недело на обвинетиот тој е санкциониран, но онаму каде има две недели на обвинетиот и полицијата, тој бива ослободен. Затоа се залага за отфрлање на ова правило, но не сè уште, не додека не се најде соодветна замена која ќе надоврзе мерливи последици на кршењето на уставните права, без која тие би биле обичен проглас. До тогаш како демонстрација на спремноста на општеството да надоврзе сериозни последици на кршењето на уставните права, правилото мора да остане со својата морална и воспитна сила. Како замена ја предлага постапката за надомест на штета против службеникот и органот за кој тој работи.²¹³⁶

Алшулер не се согласува ексклузивското правило да биде заменето со граѓански постапки за штета. Тврди, иако спроведувањето на законот е во корист на јавноста, товарот од таквите постапки ќе го понесат поединечни службеници, што само ќе ги

²¹³⁰ Packer, 1967, стр. 243.

²¹³¹ Amar, 1997, стр. 463; Slobogin, 1999, стр. 390-392, 412 - се залага за режим со неколку компоненти: 1) отштета/казна за сите неуставни дејствија, врз основа на просечната службеничка плата, 2) лична одговорност во компензираниот износ на штета на службениците кои свесно или непромислено го прекршуваат IV амандман, 3) одговорност на органот во компензираниот износ на штети, за сите други повреди, 4) правна помош платена од државата за оние со барања од IV амандман и 5) суд како одлучувач.

²¹³² *Bivens v. Six Unknown Named Agents Of federal Bureau Of Narcotics*, 403 U.S. 416-418 (1971) (Burger, C. J., dissenting).

²¹³³ *Bivens v. Six Unknown Named Agents Of federal Bureau Of Narcotics*, 403 U.S. 414-415, 420-422 (1971) (Burger, C. J., dissenting).

²¹³⁴ Vasiljević, 1971, стр. 304; Слично Karas/ Jukić, 2009, стр. 626.

²¹³⁵ Bayer, V., *Jugoslavensko krivično procesno pravo*, knjiga druga: Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku, Školska knjiga, Zagreb, 1972, стр. 113 kaj Krapac, 2012a, стр. 469.

²¹³⁶ Oaks, 1970, стр. 755-757.

направи премногу претпазливи, бидејќи ќе може многу да загубат, а ништо да не добијат.²¹³⁷ И Розентал се согласува дека ова може да доведе до ризик поединечните службеници за да се заштитат од вакви постапки да се воздржат од преземање законски дејствија.²¹³⁸

Затоа Поснер предлага индивидуален имунитет на полициските службеници спрема вакви тужби, а финансискиот товар да го понесат органите во кои работат.²¹³⁹ Но, само за повредите на IV амандман, додека за тие на V прифаќа дека треба да се задржи ексклузивното правило за ситуации кога ќе се утврди дека признанието е неверодостојно.²¹⁴⁰

Меѓутоа Блум и Фентин сметаат дека тоа нема да има сериозно влијание бидејќи за разлика од приватните лица кои може финансиски да се поттикнат или одвратат, државата реагира на политички поттици. Изборните ветувања, притисокот од јавноста за ефикасна борба против криминалот често влијае врвовите на политичката и полициска хиерархија да бараат повеќе апсења и осуди, што значи единствен лек кој би спречил недозволено однесување и полициски злоупотреби е ексклузивното правило, а не можноста органите да го сносат финансискиот товар од повредите.²¹⁴¹ Тие како заговорници на судскиот интегритет како *ratio* за правилото, посочуваат дека судовите не се вмешани во одобрување на полициските злоупотреби при неуставните претреси над невините, па во вакви ситуации кога нема судско прифаќање на неуставни докази подобар лек ќе бидат граѓанските тужби за штета. Но, за сè останато сметаат дека нема друг ефективен правен лек освен ексклузивното правило.²¹⁴²

Амстердам смета дека полициската обука, интерните дисциплински мерки како и граѓанските тужби за штета против полицијата се корисни, меѓутоа не може исклучиво на нив да се потпреме како алатки за почитување на уставните гаранции. Со други зборови независно од високата цена што општеството ја плаќа со неговата примена, сè додека не се најде подобар правен лек, ексклузивното правило е единственото средство кое гарантира почитување на уставните команди.²¹⁴³

Склански смета дека ексклузивното правило сè уште останува незаменлив лек, иако гледано во споредба со 60-те г. на XX век полицијата се професионализирала, бројот

²¹³⁷ Alschuler, 2008, стр. 1380. Тука дава податок од анкетата на Орфилд направена на 22 федерални агенти кои сите до еден биле против замена на ексклузивното правило со граѓанска постапка за штета, а 21 од нив посочиле дека во таков случај полицијата би се плашела да ги спроведе претресите што треба да ги направи (Myron W. Orfield, Jr., Comment, The Exclusionary Rule and Deterrence: An Empirical Study of Chicago Narcotics Officers, 54 U Chi L Rev 1016, 1053 (1987)).

²¹³⁸ Rosenthal, 2013, стр. 556, 559, 561.

²¹³⁹ Posner, 1982, стр. 640-641 - полицијата и другиот персонал за спроведување на законот добиваат компензација во плата, а не по учинок, така што дури и ако ги извршуваат своите должности со извонредна ревност и ефективност, не добиваат финансиски награди сразмерни на нивните перформанси. Во исто време, ако нивната ревност ги натера повремено да ги прекршат уставните права на една личност, тогаш деликтниот правен лек ќе им ги наметне на овие службеници целосните социјални трошоци за нивната грешка. Оттука, постои нерамнотежа: ревносните полицајци ги сносат целосните социјални трошоци за нивните грешки преку системот на штети, но не ги добиваат целосните социјални придобивки од нивните успеси преку системот за компензација. Можеме да го решиме овој проблем со изземање на полициските службеници од одговорност... агенцијата ќе биде целосно одговорна иако нејзините вработени не би биле одговорни. Ова правило ќе ѝ даде поттик на агенцијата да спречи недолично однесување од страна на нејзините службеници.

²¹⁴⁰ Posner, 1982, стр. 641-645.

²¹⁴¹ Bloom/ Fentin, 2010, стр. 66.

²¹⁴² Bloom/ Fentin, 2010, стр. 75-76.

²¹⁴³ Amsterdam, 1974, стр. 428-429, 431, 433; Слично и Rosenthal, 2013, стр. 555, 565-566 - правилото за исклучување на крај може да се оправда во смисла на она коешто Черчил го користеше за да ја брани демократијата: „најлошата форма на власт освен од сите останати“.

на припадниците од малцинствата и жените во неа се зголемил, видно е подобрена отчетноста на полицијата во однос на злоупотребите, востановени се граѓански одбори за надворешна контрола кои порано ги немало, активно дејствуваат интерните оддели за внатрешна контрола.²¹⁴⁴

За судијата Калабрези, освен ексклузиското правило, сите други мерки за контрола на полицијата не функционираат. Меѓутоа наместо издвојување на релевантните а незаконито прибавени докази, предлага систем со две компоненти. Првата е, на сторителот по утврдување на вината, во следна фаза санкцијата да му се намали соодветно на повредата на неговите уставни права и втора, да следи автоматска постапка за санкционирање на полицискиот службеник кој ги злоупотребил своите овластувања.²¹⁴⁵ Розентал смета дека овој пристап сериозно ќе го компромитира одвраќачкиот принцип и осетно ќе го намали поттикот за почитување на IV амандман.²¹⁴⁶

Макула и Глес сметаат дека ексклузиското правило е во состојба успешно да ги заштити човековите права. Како негови дополнувања, а не алтернативи ги посочуваат можноста од декриминализација на лесните к.д. во кои нема жртви (употреба на дроги, комар), проактивното обликување на полициското делување (квалитетни обуки на полициските службеници), советувања и тренинзи за справување со стресот на работа, монетарни поттици за законито собирање докази или унапредување после определен временски период работа без грешки, елиминирање на системот на квоти за извршени апсења и констатирани прекршоци, снимање на процесот на прибавување на доказите и вклучување на одбраната, можноста судовите да издадат привремени мерки со кои би им се забранило на истражните органи преземање конкретно дејствие, тужби за надомест на штета и граѓански казни, јавни признавања на грешката и официјални извинувања, надворешен надзор од медиуми или граѓански одбори, кривично гонење на одговорните службеници за повредите на правата на граѓаните и вклучување на народен правобранител како независен орган кој би извршил неутрална проценка на случајот, дисциплински мерки кои вклучуваат задолжително советување, обуки, прераспоредување, забрана за носење оружје, суспензија, намалена плата, намалување на казната на жртвата на повредата осудена со незаконито прибавените докази, амнести и помилувања кога повредата е утврдена по осудата или запирање на тековната кривична постапка при тешки злоупотребени сторени во прибавување на доказите како тортура.²¹⁴⁷

2. Принципи со кои се оправдува ексклузијата

Водечките принципи со кои се оправдува ексклузиското правило се принципот на веродостојност, заштитниот принцип, дисциплинскиот принцип и принципот за заштита на судскиот интегритет.

²¹⁴⁴ Sklansky, 2008, стр. 571-572, 577-578, 582.

²¹⁴⁵ Calabresi, 2003, стр. 113-117 - смета дека граѓанските постапки за надомест на штета не се добра замена бидејќи поротата не сака да се идентификува со тужителот, како сторител на некое к.д. Затоа таа ретко би одлучила во негова полза, а и во таков случај оштетата што би ја определила би била симболична. Во таква ситуација лицето кое претрпело повреда на своите уставни права не би имало мотив да тужи, при што и судовите не би дознавале за полициските злоупотреби.

²¹⁴⁶ Rosenthal, 2013, стр. 544; Види и Jon B. Gould & Stephen D. Mastrofski, Suspect Searches: Assessing Police Behavior Under the U.S. Constitution, 3 Criminology & Pub. Pol'Y 315 (2004) at 331-34 kaj Clancy, 2012, стр. 382 кои во тримесечното истражување во кое набљудувале 115 претреси, заклучиле дека 34 биле неуставни, но само 2 или 3 од нив доволно екстремни за да обезбедат основи за граѓанска одговорност.

²¹⁴⁷ Macula/ Gless, 2019, стр. 362-371, 373-374.

2.1. Принципот на веродостојност, сигурност на доказите

Една од причините да се забрани користење незаконито прибавени докази е потребата да се гарантира веродостојност на доказите. Или обратно кажано исклучувањето се бара поради ризикот тие да се неверодостојни.²¹⁴⁸

За Вигмор единствена правилна основа поради која треба да се исклучи едно признание е кога тоа е неверодостојно или недоверливо. Ја критикува ексклузијата од други причини останувајќи доследен на старото обичајно правило според кое „прифатливоста на доказите не е погодена од илегалноста на средствата со кои странката успеала да ги прибави“.²¹⁴⁹ Остро го осуди прецедентот Виск за ширење еретичко влијание,²¹⁵⁰ а пристапот на ВСС како целосно погрешен и неприфатлив.²¹⁵¹ Смета дека постапката против обвинетиот не треба да паузира, да се пролонгира или попречува поради споредни прашања, веродостојните и релевантни докази треба да се прифатат, а со тоа „незаконитоста во никој случај не се оправдува, само се игнорира“ зашто оштетениот може да побара надомест на штета, а против службеникот кој направил повреда да биде поведена посебна постапка.²¹⁵² Поаѓа од фрагментарниот модел на власт, во кој задача на судот е само да одржи фер судење во кое поротата ќе може да ги чуе сите релевантни и веродостојни факти битни за одлуката. Налик на граѓанските постапки во кои судот ги прифаќа доказите понудени од двете страни и потоа носи одлука. Тој со прифаќање на незаконитите докази ниту ја оправдува минатата, ниту ја поттикнува идната незаконитост, зашто е одделен и рамнодушен на постапките од остатокот на власта.²¹⁵³

Ако „принципите на правичната постапка не се замислени да промовираат апстрактна прецизност во одлучувањето или вистината воопшто“ туку „првенствено се дизајнирани да ја намалат веројатноста од погрешни осуди“²¹⁵⁴ тогаш нема што да се забележи на овој принцип за ексклузија на доказите.

Нема дилема дека постапка што дозволува осуда на невини лица ретко се е неправична. Овде такво нешто нема. Овој принцип од друга страна не доведува ни до ослободување виновни лица, како останатите кај кои издвојувањето се заснова на други вредносни оправдувања. Па, ако целта на постапката е основното правило (невиниот да се ослободи, а виновниот да се осуди), тогаш овој принцип несомнено мора да се прифати.

Ако правичноста на постапката не е право кое е востановено исклучиво во полза на обвинетиот, туку стандард што е од интерес и на жртвата од к.д., па и на сите луѓе претставувани од државата во предметот против обвинетиот, тогаш овој принцип е во линија на таквото гледиште и е единствено праведен.

²¹⁴⁸ Калајциев/ Арифи/ Маршавелски/ Божиновски, 2018, стр. 12.

²¹⁴⁹ Wigmore, 1922, стр. 479; Исто и во Evidence (3rd edn. 1940), iii, § 2183, 5 кај Mirfield, 1997, стр. 10.

²¹⁵⁰ Mirfield, 1997, стр. 9-10.

²¹⁵¹ Титус, ти си виновен за организирање комар; Флавиус, ти си го прекршил Уставот. Титус треба да оди затвор за криминал, а Флавиус за непочитување. Но не! Ке ве оставиме двајцата на слобода. Нема директно да го казиме Флавиус, туку тоа ќе го направиме со поништување на осудата на Титус. Ова е нашиот начин да ги научиме луѓето како Флавиус да се однесуваат, и да ги научиме луѓето како Титус да се однесуваат, и меѓу другото да обезбедиме почитување на Уставот. Нашиот начин на одбрана на Уставот не е да го нападнеме човекот кој го крши, туку да пуштиме друг што прекршил нешто друго - Wigmore, 1922, стр. 484; Слично и 8 Wigmore, Evidence (3d ed. 1940), § 2184 во Elkins v. United States, 364 U.S. 217 (1960).

²¹⁵² Wigmore, 1922, стр. 479, 481.

²¹⁵³ Schrock/ Welsh, 1974, стр. 255-256, 292-293.

²¹⁵⁴ Калајциев, 2004, стр. 387.

Незаконитите докази се плод на повреда било на правото на одбрана, било на некое друго материјално или процесно право на обвинетиот. Процесната правда сама за себе бара нивна ексклузија.²¹⁵⁵

Од друга страна основен мотив или поправилно кажано порив да се толерираат незаконитите докази е материјалната правда, да не се дозволи очигледно виновно (со нив) лице да избегне осуда (без нив) која не ќе донесе правда ни за жртвата ни за општеството.

Овде не го делам мислењето дека „примената на методи за доаѓање до вистината во казнената постапка кои самите по себе се пунитивни, е повреда на пресумпцијата на невиност“²¹⁵⁶ бидејќи овие две работи немаат допирни точки. Пресумпцијата на невиност не забранува преземање истражни дејствија против осомничениот, туку бара сообразеност. Тежината на таквите дејствија да е во склад со степенот на сомневање и тежината на делото, во смисла поинтрузивни методи да може да се применат само во однос на сомнителни за потешки дела. Пресумпцијата бара лицето да не се смета виновно до правосилна осуда, но не забранува тоа да биде предмет на истрага или на ограничување на неговите слободи и права. Во спротивно треба да се забрани и притворот како мерка за обезбедување која доведува до сериозни ограничувања на слободите и правата на обвинетиот, дотаму што сигурно потешко ја начнува пресумпцијата одошто нелегалниот претрес или прислушувањето.

Ако незаконитите претреси се лоши, к.д. како силувањето, тортурата, убиството или разбојништвото се очигледно полоши. Ако доказите кои полицијата незаконски ги обезбедила ја докажуваат вината за вакви дела, изгледа шокантно да се одбијат доказите, а сторителот да ја избегне правдата.²¹⁵⁷

De facto кај ова оправдување, интересите на материјалната правда како што се вистинитоста и веродостојноста на доказот и пресудата, незабележливо ги преклопуваат принципите на процесната правда кои бараат проверка на начинот како доказите биле прибавени, а не на точноста на крајниот исход. Па, незаконитоста на доказите кое е чисто процесно, а не материјално прашање, се проценува низ призма на материјалната, а не на процесната правда.

Дамашка во помладата фаза бил на став дека „сите веродостојни докази мора да може да се употребат за донесување на судската одлука, па макар и биле прибавени на незаконит начин“.²¹⁵⁸ Илиќ Димоски има позитивистички пристап и смета дека незаконитиот доказ треба да биде забранет, независно од неговата вистинитост, односно вистинитоста не треба да влијае во употребата на ваквиот доказ.²¹⁵⁹ Денис смета дека оцената на неправичноста на постапката според чл. 78 од ЗПКД треба да зависи од

²¹⁵⁵ Во суштина, незаконитиот доказ е забранет без оглед на неговата сигурност, вистинитост и веродостојност, па во оценка на спознајната вредност на доказот може да се влезе дури по тестирање на допуштеноста на модусите (правилата на постапување) на прибавување на одреден доказ - Pavišić, Berislav, Komentar zakona o kaznenom postupku, Dušević & Kršovnik, Rijeka, 2011., стр. 91 кај Nakić/ Rogić, 2016, стр. 534.

²¹⁵⁶ Камбовски, 2017, стр. 7.

²¹⁵⁷ Spencer, 2005c, стр. 603.

²¹⁵⁸ M. Damaška, Okrivljenikov iskaz kao dokaz u suvremenom krivičnom procesu, Narodne Novine, Zagreb, 1962, стр. 205 кај Илиќ Димоски, 2014, стр. 318.

²¹⁵⁹ Илиќ Димоски, 2014, стр. 316, 319-321, 330-331 - „која би била смислата на определување на тоа што е дозволено, а што е недозволено да се користи како начин за добивање исказ од обвинетиот, ако не постојат последици во случаите кога таа граница ќе се премине“. Меѓутоа, допушта исклучок при сторени bona fide грешки, односно балансирање на спротивставените интереси само кога не е во прашање повреда на основно право.

правичноста на исходот (легитимитет на пресудата).²¹⁶⁰ Чо смета дека кај оценката на прифатливоста на незаконитите докази се судираат два принципа на легитимитет и тоа на легитимитет на пресудата и на легитимитет на кривичната постапка. Првиот го гледа низ призмата на јавниот интерес за осуда на виновните кој наклонува кон прифаќање на доказите, а другиот преку јавниот интерес за зачувување на моралниот интегритет на постапката кој изискува ексклузија. Одлуката на кој интерес ќе му се даде поголема важност зависи од тоа дали во конкретниот случај јавниот интерес за осуда на виновникот натежнува во однос на јавниот интерес за заштита на моралниот интегритет на постапката.²¹⁶¹

За Амар цел на секое кривично судење треба да е вистината, односно веродостојните докази и во тој контекст треба да има два принципа кои го водат исклучувањето на доказите во кривична постапка. Основен принцип е да се исклучат доказите кои сами по себе имаат тенденција да ризикуваат типично неточна пресуда на некој многу суштински начин. Така ако пристрасноста, предрасудата, предубедувачкиот ефект ја надминува доказната вредност, доказот ќе е толку неверодостоен или заведувачки што одлучувачот едноставно не може правично да го оцени, особено ако доказот создава неприфатливо висок ризик невин да биде погрешно осуден.²¹⁶² Од овој аспект гледа и на приватните дневници чие одземање може да покрене прашање од IV амандман (спорно и по I амандман од аспект на слобода на мислата), кои без оглед што содржат неизнудени, слободно напишани мисли се главно ризични од гледна точка на веродостојноста бидејќи често содржат фантазии а не верни настани или кратенки што лесно може погрешно да се протолкуваат.²¹⁶³ Смета дека постои и друг оправдувачки принцип кој поаѓа од претпоставката дека е подобро некои работи да останат тајни. Тој не е замислен да санира вонсудска повреда на приватноста, туку да спречи нејзина повреда внатре во судот. Прифаќа дека постојат вистински привилегии за приватност релевантни за сите сведоци, не само на обвинетите, и во сите случаи, а не само кривичните. Тоа се привилегираните општествени односи како што се брачниот однос, односите помеѓу свештеник-покајник, адвокат-клиент и лекар-пациент, кои иако може да ја ограничат потрагата по вистината, за да се зачуваат најдобро е да останат целосно приватни.²¹⁶⁴

Оттука, веројатно не треба ни да се спомене, дека е остар противник на ексклузиското правило во САД базирано на IV амандман,²¹⁶⁵ а прифаќа дека постои такво правило само во однос на V амандман кое бара исклучување на зборови, изјави или

²¹⁶⁰ Dennis, 1989, "Reconstructing the Law of Criminal Evidence", Current Legal Problems 21 кај Biçak, 1995, стр. 185-186.

²¹⁶¹ Choo, 1990, The Relation Between Pre-Trial Executive Improprieties and the Outcome of the Criminal Trial 96, PhD Thesis, University of Oxford и Choo, 1993, Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings 98 и двата труда кај Biçak, 1995, стр. 187.

²¹⁶² Amar, 1997, стр. 457.

²¹⁶³ Amar/ Lettow, 1995, стр. 883-884, 921; Врховниот судија Бренан смета дека приватните дневници се заштитени преку привилегијата против самоинкриминација - види Fisher et al. v. United States et al., 425 U.S. 427 (1976) (Mr. Justice Brennan, concurring in the judgment).

²¹⁶⁴ Amar, 1997, стр. 457-458. Смета дека привилегија против самоинкриминацијата не е вистинска привилегија за приватност, бидејќи може да биде потисната, надмината преку давање имунитет, а не е ни применлива надвор од кривичната постапка.

²¹⁶⁵ Amar, 1997, стр. 1127-1128; Amar, 2001, стр. 609-610 - тоа користи само кога полицијата ќе најде докази, но не и на невините кои полицијата ги измалтретирала, наметнува директна штета спрема жртвите на криминалниот акт, ексклузијата не ја враќа состојбата во status quo, бидејќи ја става во полоша позиција владата која не може отпосле никако да го обезбеди доказот.

сведочења, не на предмети, и може да се премости со давање имунитет, а се базира на принципот на веродостојност.²¹⁶⁶

Стоун смета дека овој принцип нужно не изискува издвојување на доказите, туку обврска таквите докази да се третираат резервирано и со особено внимание.²¹⁶⁷

Сосема очекувано, овој принцип има ограничено поле на примена само кај вербалните докази, а исклучително ретко кај материјалните докази.²¹⁶⁸ Во оваа насока, ЛаФав и Израел се согласуваат дека старото common law правило налагало издвојување на изнудените признанија поради нивната неверодостојност, но бидејќи истата причина не може да се прошири и на материјалните докази најдени од така добиено признание, судовите по правило ги прифаќале ваквите секундарни докази. Сепак сметаат дека несомнено подобро е спротивното решение „дури и индиректните продукти од полициските злоупотреби кои го повредуваат нашето чувство за ферплеј и пристојност мора да се издвојат“.²¹⁶⁹

2.2. Заштитен принцип

Името само покажува, појдовна точка на овој принцип е заштитата на човековите слободи и права.

Да се верува во правата значи „да се верува дека одредени клучни интереси на поединците... заслужуваат специјална заштита, и дека тие не треба да бидат жртвувани во корист на поголема ефикасност, просперитет или некој збир од помали интереси под графата јавни добра“.²¹⁷⁰

Прв овој принцип го артикулирал Ешворт во 1977 г. Тој се залага за примена на квалификуван (ограничен, условен) заштитен принцип „доказите прибавени со отстапување од признат стандард или постапка треба да бидат подложни на исклучување, освен ако судот е уверен дека обвинетиот всушност не бил обесправен како резултат на прекршувањето“.²¹⁷¹ Како дополнување на овој принцип тој ги додава потребата за дисциплинирање на полицијата и доказот да биде веродостоен.²¹⁷²

Правилата со кои се уредуваат начините на обезбедување докази ги исцртуваат границите на дозволеното однесување на органите на прогонот, а држејќи ги внатре во нив ги штитат слободите и правата од прекумерно ограничување.

„Самата суштина на граѓанската слобода секако се состои во правото на секој поединец да бара заштитата од законите, секогаш кога ќе претрпи неправда“,²¹⁷³ па бидејќи право има онаму каде што има правен лек, потребно е издвојување на доказите секогаш кога се обезбедени со повреда на граѓанските права, без оглед кој неа ја сторил. Оттука единствен услов доволен за примена на ексклузивното правило според овој принцип, е повредата на некое од основните, индивидуални човекови права. Битно е дали нечие право е повредено, а не кој ја сторил повредата.

²¹⁶⁶ Amar, 1997, стр. 464-465; Amar, 1994, стр. 791-797.

²¹⁶⁷ Stone, 1995, стр. 11.

²¹⁶⁸ Така и Iontcheva Turner/ Weigend, 2019, стр. 257.

²¹⁶⁹ LaFave/ Israel, 1992, стр. 487-488.

²¹⁷⁰ J Waldron, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights' (1993) 13 Oxford Journal of Legal Studies 18, 30 кај Redmayne, 2012, стр. 306.

²¹⁷¹ Ashworth, 1977, 'Excluding Evidence as Protecting Rights', Crim. L. R. 723, at p. 729, 733 кај Биџак, 1995, стр. 65 и кај Giannouloropoulos, 2007, стр. 205-206 - кој пишува дека во Грција каде е прифатен овој принцип не се бара од судот да провери дали повредата го довела обвинетиот во полоша положба, туку доволно е само да утврди дека таква повреда постои.

²¹⁷² Stone, 1995, стр. 10.

²¹⁷³ Marbury v. Madison, 1 Cranch 137, 163 (1803) во Bivens v. Six Unknown Named Agents Of federal Bureau Of Narcotics, 403 U.S. 397 (1971).

Лицето што веќе било жртва на незаконски атак врз слободите и правата, не треба да трпи дополнителна штета со употреба на плодовите од тој атак,²¹⁷⁴ а „оној што сака да ја заштити сопствената слобода мора да го чува дури и својот непријател од угнетување, бидејќи ако ја прекрши оваа должност, тој воспоставува преседан што ќе го стигне него“.²¹⁷⁵

Исклучувачките правила всушност се уставна доктрина, поточно процедурално продолжување на заштитата на човековите права од злоупотреба на власта,²¹⁷⁶ со кое целосно се согласувам. Имено, тие се еден вид гаранција дека полицијата ќе ги почитува и ќе постапува во склад со човековите права, па преку ексклузивното правило не се штити само осомничениот, туку индиректно и сите останати.

Притоа како адресат на правилата првенствено се гледа државата, зашто забрануваат државните власти да доаѓаат до доказите на забранет начин и со повреда на човековите слободи и права. Од оваа причина во теоријата, а и во судската пракса на државите се прави разлика дали незаконитиот доказ бил обезбеден 1) со дејствие на државен агент, вклучително и од приватно лице со знаење или поттик од службено лице или пак 2) самостојно од приватно лице без знаење на државата. Генерално во државите забрането е користење на доказите во судските постапки во првиот, но поретко во вториот случај. И кај нас се прави разлика помеѓу вертикалното и хоризонталното дејство, односно постојат заложби за примена на ексклузивното правило само во првиот случај.²¹⁷⁷

Меѓутоа, ако целта на ексклузијата е заштита на човековите права, која заштита е безусловна, тогаш таа не треба да биде условена од други интереси, туку единствено од идејата за заштита на човековите права. Затоа во оние држави во кои е прифатен ваквиот принцип, не се прави разлика дали повредата ја сторите државни органи или физички лица. Незаконитите докази во секој случај треба да се издвојат.

И некои наши процесуалисти заложбите за начелна забрана за употреба на докази прибавени со повреда на уставните права ја оправдуваат токму преку уставниот карактер на правата кои се издигнати на степен на уставна вредност во македонскиот поредок. Меѓутоа не ја следат до крај таа линија на размислување, оставајќи простор за одмерување на разни интереси како излез од негативните импликации до кои може да дојде ако не се дозволи употреба на таков доказ.²¹⁷⁸

За да процениме дали во начело е дозволено одмерување, може да се послужиме со дистинкцијата на правила и принципи која ја прави Дворкин. За тоа прво треба да утврдиме што всушност претставува императивот за заштита на човековите слободи и права. Ако е правило, тогаш не треба да зависи од ништо, државата мора да ги почитува правата зашто секое спротивно постапување е неуставно постапување. Ако е принцип спротивното постапување е неуставно постапување, „освен ако контекстот не укажува на некоја друга политика или принцип кој во околностите е доволно тежок за да дозволи ограничување? Тоа е ставот на оние кои расправаат за... некој друг облик на балансирање“.²¹⁷⁹ Од сè што анализираме досега, повеќе од јасно е дека одредбите кои ги дефинираат човековите слободи и права се правила, кои не смее да бидат ограничени заради остварување други политики и интереси, освен кога самото правило тоа го

²¹⁷⁴ Spencer, 2005c, стр. 603.

²¹⁷⁵ Tom Paine, quoted by Brooks, "The World of Washington Irving" 73 кај Ferencz, 1948, стр. 144.

²¹⁷⁶ Boulet, 2008-2009, стр. 417, 423; Камбовски, 2017, стр. 6; Калајџиев/ Арифи/ Маршавелски/ Божиновски, 2018, стр. 8; Крарас, 2012а, стр. 112.

²¹⁷⁷ Калајџиев, 2018, стр. 16-17; Калајџиев/ Лажетик/ Неделкова/ Денковска/ Тромбева/ Витларов/ Јанкуловска/ Кадиев, 2018, стр. 68.

²¹⁷⁸ Камиловска-Зороска, 2007, стр. 407-408.

²¹⁷⁹ Dworkin, 1967, стр. 28.

дозволува или кога има судир со други конкурентни правила. Пример за првото се ограничувањата на некои од правата како тие во чл. 8 ст. 2 од ЕКЧП, а за вторите конфликтите помеѓу правата на различни лица што не може да се разрешат со почитување на едните и другите, туку мора да се направи избор.

Во идеален ексклузивски систем чие главно мото е заштита на човековите права нема простор за балансирање и дискреција, туку единствено избор на лицето чие право е повредено да не бара издвојување. Активна легитимација би имало само лицето чии уставни или меѓународно признати права биле повредени. Ваков систем би барал апликација на теоријата плодови од отровно дрво и во него нема место за исклучоци во добра верба.²¹⁸⁰

Бидејќи изборот ќе е на обвинетиот, овој принцип може да оправда како што сметаат некои употреба на незаконит доказ ако била повредена процесна норма наменета да заштити некое негово право од кое тој може да се откаже или ако неупотребливоста ја оневозможи неговата одбрана, зашто во спротивно на негова штета би се применило правило востановено во негова корист.²¹⁸¹ Павишиќ пак смета дека обвинетиот нема право на доказ прибавен на незаконит начин, дури и кога од тоа зависи одлуката за вината.²¹⁸²

За став по овој теоретски спор кој не е безначаен, зашто има практично значење, страна може да се заземе откако ќе се утврди кои биле причините што го мотивирале воведувањето на ексклузивското правило во правниот поредок на една земја. Ако била веродостојноста на доказот, праведноста на одлуката во материјална смисла или заштитата на човековите права вагата ќе натежне кон првото гледиште. Ако била законитоста на доказите како интерес кој е независен од точниот исход, тогаш поголема тежина ќе има второто размислување.

Секако, ако нормата која била повредена не била наменета да ги штити правата на осомничениот во процесот на собирање на доказите тогаш ексклузијата не би била оправдана.²¹⁸³ Ригидна примена на овој принцип не би била од полза, зашто повредата на правото не го доведува секогаш осомничениот во полоша позиција отколку претходно. Соодветен пример за тоа е Хадсон против Мичиген (*Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006), *supra* V 6.7.4.) во кој агентите имале валиден налог, само пребрзо влегле во домот без да го почитуваат правилото за претходно најавување.

Овој принцип се споменува и под друго име, како принцип на правична обнова (*equitable restoration*) или *status quo ante* теорија, зашто ја става владата во позиција во која би била да не се случел незаконитиот претрес и заплена.²¹⁸⁴ Видовме погоре и ЕСЧП за многу повреди како соодветен правен лек го смета ставањето на обвинетиот во позиција во која би бил да не се случела повредата на некое право од Конвенцијата.

Широчината на заштитниот принцип зависи од видот и бројот на правата кои преку него се штитат. Така, на пример ирскиот ги заштитува уставните права, а грчкиот уставните и законските права. Колку повеќе права штити овој принцип толку поголем опфат ќе има. Во секој случај кога се споредува со другите принципи, неговата сенка е

²¹⁸⁰ Iontcheva Turner/ Weigend, 2019, стр. 269-270; „Не треба да зависи ни од состојбата на умот на оној кој го повредил правото“ - D McGrath, *Evidence* (Dublin, Thomson Round Hall, 2005) 339, 340 кај Jackson, 2012, стр. 131.

²¹⁸¹ Кгарас, 2012а, стр. 165, 448 (пр. можноста обвинетиот да се откаже од правото на бранител); Слично гледиште застапува и Камбовски, 2017, стр. 4-5.

²¹⁸² Pavišić, B., *Komentar Zakona o kaznenom postupku*, 5. izdanje, Rijeka, 2003, стр. 33-34 кај Carić, 2006, стр. 1020.

²¹⁸³ Vičak, 1995, стр. 63-64 - во овој контекст го споменува апсењето како чин на ограничување на слободата по кое следи испитување во кое осомничениот признава.

²¹⁸⁴ LaFave, 1996, стр. 2567.

најголема, зашто издвојува докази кои останатите не би ги издвоиле, во смисла, издвојува докази кои се веродостојни (за разлика од принципот на веродостојност), не го ограничуваат исклучоците од добра волја (како дисциплинскиот), ниту к.д. кое се истражува (како принципот за заштита на судскиот интегритет).

2.3. Дисциплински принцип

Смислата на овој принцип е да ги држи органите во законските граници при прибавување на доказите, односно издвојувањето се гледа како нешто што ги демотивира да се однесуваат незаконито.²¹⁸⁵

Издвојувањето е метод кој има изгледни шанси да доведе до намалување на повредите на човековите права, бидејќи за очекување е дека органите на прогонот ќе се воздржат од преземање незаконски техники за собирање докази ако се свесни дека така прибавените докази се неприфатливи на суд.²¹⁸⁶

Ваквата причина оди по иста линија со модерните сфаќања за казнувањето, кои во казната не гледаат само ретрибутивната цел (како постарите закони, Хамурабиев и сл.), туку и превентивна функција.²¹⁸⁷

Овој принцип води сметка не толку за тековниот случај колку за слични кои во иднина би се појавиле. Ако се ускрати правото на полицијата да користи докази што ги прибавила со повреда на прифатливите стандарди, таа во иднина нив ќе ги почитува. Од една страна ексклузијата ќе ги демотивира засегнатите службеници исто да се однесуваат во иднина, а од друга со поставување на границите што е, а што не е дозволено судот ќе ја едуцира полицијата да ги почитува тие граници.²¹⁸⁸

Што би се рекло, од гледна точка на овој принцип, целта на ексклузиското правило не е да се обесштети обвинетиот за минатата неправда што му е направена,²¹⁸⁹ ни да се казни службеникот за грешката што ја направил,²¹⁹⁰ туку акцентот е ставен кон

²¹⁸⁵ Traynor, 1962, стр. 334; *Herring v. United States*, 555 U.S. 151 (2009) (J. Ginsburg, dissenting).

²¹⁸⁶ Gless/ Richter, 2019, стр. 2

²¹⁸⁷ Иако за волја на вистината и порано имало мислители на кои ова не им било туѓо, како Платон за кого она што е извршено не може да стане неизвршено, казната треба да се трпи за во иднина сторителот и тие кои ја гледаат неговата казна целосно да ја замразат неправдата или Сенека дека никој разумен не казнува за она што е сторено, туку во иднина да не се греша, да се врати стореното е невозможно, за идното се запретува - види кај Ivošević, 1970, стр. 704, 707.

²¹⁸⁸ Mirfield, 1997, стр. 20-22 - директи реципиенти на пораката се полициските службеници. Проблем кај овој принцип според Мирфилд е што доколку тие не ја добијат (пр. судот го одбил барањето, а по жалба таквата одлука била укината), па посочува дека се потребни интерни процедури за да се оствари оваа цел.

²¹⁸⁹ На обвинетиот му е дозволено да го попречи прифаќањето на доказите кои ја докажуваат неговата вина не првенствено за да го заштити своето право на приватност, бидејќи добиената корист е целосно непропорционална на претрпеното неправо, туку за граѓаните генерално, според зборовите на амандманот, да можат да уживаат безбедност на нивната личност, куќи, документи и имот, од неразумни претреси и заплени - Friendly, 1965, стр. 951.

²¹⁹⁰ Правилото го контролира полициското однесување не како што кривичното право се обидува да го контролира однесувањето на пошироката јавност, на пр., преку специјална или генерална превенција, туку преку институционална усогласеност на полицискиот оддел со судски изразените стандарди за IV амандман, т.е. преку системско одвркање - Mertens & Wasserstrom, Foreword: The Good Faith Exception to the Exclusionary Rule: Deregulating the Police and Derailing the Law, 70 G.Eo. L.J. 365 (1981) at 394, 399 кај Kamisar, 1983, стр. 660.

напред,²¹⁹¹ вистинскиот фокус е во системското одвраќање, а не во одвраќањето на некој посебен актер во системот на кривична правда.²¹⁹²

Но, токму поради фактот што издвојувањето првенствено се заснова на ефектот што во иднина би можело да го има врз полициското однесување воопшто (а со тоа и на фер третманот на осомничените воопшто), а не врз прашањата произлезени од тековниот случај, некои го гледаат како прилично тап инструмент.²¹⁹³

Подржувачите на овој принцип сметаат дека ексклузиското правило, иако можеби не е единствен, е најдобриот правен лек против незаконските дејствија на полицијата.²¹⁹⁴ Пактер кога пишува за моќта која полицијата реално сè уште ја уживала во француското општество во 80-те г. на XX век, укажува дека ексклузијата била отфрлена како правен лек за физичката и психолошката злоупотреба на приведените од полицијата за добивање изјави не затоа што била неефективна, туку затоа што била премногу делотворно средство за одвраќање.²¹⁹⁵

Едноставно, кога не е во игра правилото за издвојување, полицијата не води сметка за уставните права, гаранции и принципи.²¹⁹⁶

„Во 1942 г. јас го напишав мислењето за отфрлање на ексклузиското правило и во 1955 г. мислењето што го воспостави во Калифорнија. Просветувањето што го наведува судијата да се побие себеси и своето последователно образование во развивањето на новото правило може да послужи како релевантен вовед во одговорностите што сега се должност за сите државни судови како резултат на *Мап против Охајо*... Моите сомневања околу прифатливоста се зголемија бидејќи забележав... што се нуди и се прифаќа како рутинска постапка... Стана невозможно да се игнорира заклучокот дека незаконските

²¹⁹¹ Трајнор, 1962, стр. 335; Lewis, 2011, стр. 679-680; Слично размислува и Врховниот судија Џексон во несогласувачкото мислење во *Бринегар* - „Само повремени и пофлагрантни злоупотреби го предизвикуваат вниманието на судовите, и тоа само оние каде претресот и одземањето доведуваат до инкриминирачки докази и обвинетиот е барем доволно компромитиран за да биде обвинет. Ако полицајците упаднат во дом, канцеларија или застанат и претресат автомобил, но не најдат ништо инкриминирачко, оваа инвазија на личната слобода на невините премногу често не наоѓа практично решение. Може да има, а јас сум убеден дека има многу незаконски претреси на домови и автомобили на невини луѓе кои не откриваат ништо инкриминирачко, во кои не се апсат, за кои судовите не преземаат ништо и за кои никогаш не слушаме. Судовите можат да ги заштитат невините од таквите инвазии само индиректно и преку средството за издвојување на доказите добиени против оние кои често се виновни“ - *Brinegar v. United States*, 338 U. S. 160, 181 (1949) (J. Jackson, dissenting opinion) цитирано во *Elkins v. United States*, 364 U.S. 217-218 (1960).

²¹⁹² LaFave, 1996, стр. 2567-2568.

²¹⁹³ Stone, 1995, стр. 13.

²¹⁹⁴ Kobe, 1974, стр. 650-651; Colb, 2007, стр. 1710.

²¹⁹⁵ Pakter, 1985, стр. 14, 22-23, 52.

²¹⁹⁶ Камисар како пример го посочува ставот на судијата Трајнор кој како пропонент на правилото за инклузија во 1942 г. го напишал мислењето во име на Врховниот суд на Калифорнија со кое ја поддржал прифатливоста на незаконито прибавените докази. Своевиден куриозитет е што тогаш Јавен обвинител на Калифорнија бил Ерл Ворен кој споделувал исто такво гледиште. Но, судијата Трајнор 13 г. подоцна вдашен од тоа колку рутински судовите прифаќаат незаконски прибавени докази, пишувајќи ја во име на мнозинството одлуката *People v. Cahan*, 282 P.2d 905 (Cal. 1955) со која Калифорнија самоиницијативно вовела државно ексклузиско правило, признал дека комплетно потфрлиле сите други правни лекови, а полицијата искрено го признава намерното и очигледно неуставно однесување кое дури го смета како дел од секојдневната работа за која зема плата - Камисар, 2003, стр. 121-122; Види и McGlynn, 2017, стр. 410 - која посочува дека Уставот на Калифорнија бил изменет во 1982 г. со цел да се забрани издвојување на доказите врз државни уставни основи и консеквентно Sklansky, 2008, стр. 580-581 - кој посочил дека откако во 1984 г. ВСС дозволил претреси на ѓубре без судски налог, калифорниската полиција целосно го игнорирала барањето наложено со државниот устав за задолжителен судски налог за пребарување на смет. Впрочем инструкциите дистрибуирани до полициските оддели од државното министерство за правда и материјалите од полициски академии покажуваат дека полицијата практично се обучува како да го игнорира правилото од државниот устав; Види и Rosenthal, 2013, стр. 541-543 - за промените во полициското однесување после некои одлуки на ВСС со кои се забранува претходната пракса.

претреси и заплени станаа рутинска постапка... инаку како би можеле незаконски прибавените докази да доаѓаат на суд со таква регуларност? Едно беше да се оправда грешката на некој повремен полицаец, да се прифатат неговите незаконски прибавени докази за да не се ослободи виновникот. Сосема друго беше да се оправда постојаниот тек на незаконски полициски процедури кои намерно и флагрантно го прекршија Уставот на Соединетите Држави, како и државниот устав... Стана премногу очигледно дека неуставните полициски методи на добивање докази не можеа да се одвратат на друг начин.

Ние бевме принудени да дојдеме до тој заклучок бидејќи другите правни лекови комплетно потфрлија во обезбедување усогласеност со уставните одредби од страна на полициските службеници со пропратен ефект што од судовите под старото правило постојано се бараше да земат учество и да ги оправдаат незаконските активности на службениците за спроведување на законот.

Одлуката во Кахан имаше еден моментален поучен ефект. Јавното незнаење и рамнодушност сега отстапија место за жива јавна дискусија за проблемот што претставува законско полициско однесување²¹⁹⁷.

Горново гледиште на судијата Трејнор наоѓа поткрепа во една подоцнежна опсежна студија на полициските стојалишта спрема ексклузиското правило.²¹⁹⁸

Според некои теоретичари, овој принцип има инхерентна логика во државите во кои полицијата не е хиерархиски устроена на државно ниво. За разлика од останатите во кои дисциплинирањето може да се спроведе на подруг начин, таму каде што полициските служби се децентрализирани нивното однесување тешко може да се контролира преку интерни стандарди и хиерархиски надзор, па затоа се прави од надвор преку издвојувањето на незаконски прибавените докази.²¹⁹⁹ Од една страна се во право, зашто навистина во државите како САД полицијата се формира на локално ниво и доказните забрани се добар начин да се воспостави воедначеност во постапувањето и во почитувањето на процесните форми. Меѓутоа и во Англија постои сличен формат на локално организирани полициски органи, а таа не го прифаќа дисциплинскиот како водечки принцип за ексклузијата. Воедначеност може да се постигне и преку јасни и прецизни правила усвоени во парламентот кои ќе важат за секој полициски службеник независно дали тој одговара на градските или државните власти, а почитувањето на правилата со санкции за одговорниот службеник и органот за кој тој работи.

Оукс направил испитување во кое тргнал од претпоставката дека ако правилото дејствува одвраќачки врз полицијата, можеби ќе се одрази во стапките на апсења и осуди. Меѓутоа во анализираните податоци за к.д. поврзани со наркотици, оружје и комар за период 5 г. пред и 6 г. по воведување на ексклузиското правило (со Мап), не нашол никакви отстапувања, што ќе рече правилото не влијаело врз процентот на апсења и осуди.²²⁰⁰ За разлика од него истражувањата кои ги посочува Канон²²⁰¹ 1) не поддржуваат заклучок дека правилото за исклучување по неговото наметнување со Мап немало влијание врз апсењата за к.д. зависни од претресите, 2) покажуваат дека се зголемила побарувачката за налози за претрес во градови во кои пред Мап воопшто не биле издавани или биле издавани во мал број²²⁰² што според него значи дека полицијата

²¹⁹⁷ Traynor, 1962, стр. 321-322.

²¹⁹⁸ Дури и полициските службеници не можат да разберат или да имаат почит кон суд кој наводно наметнува уставни стандарди на полицијата без ексклузија на доказите прибавени со повреда на тие стандарди... имаат тешкотија да поверуваат дека тие стандарди може да имаат вистинско значење ако Владата може да профитира од нивната повреда - Milton A. Loewental, *Evaluating the Exclusionary Rule in Search and Seizure*, 49 UMKC L. Rev. 24 (1980), стр. 29, 39 кај Steiker, 1996, стр. 2545 и Kamisar, 2003, стр. 137.

²¹⁹⁹ Martinović/ Kos, 2016, стр. 316; Damaška, 2008a, стр. 251; Види и LaFave/ Israel, 1992, стр.29 и LaFave, 2009, стр. 762 според кои околу 90% од осудените лица во САД поднесуваат жалба, најчеста причина е поради докази прибавени со неуставен претрес, а повисоките судови уважуваат 10-20% од нив.

²²⁰⁰ Oaks, 1970, стр. 689-693, 707.

²²⁰¹ Canon, 1974, стр. 706-712, 714-717.

²²⁰² Пр. издадени налози за претрес во Синсинати биле 3 во 1958 г., 0 во 1959 г., 7 во 1960 г., 3 во 1961 г. (пред Мап), 25 во 1961 г., 38 во 1962 г., 100 во 1963 г., 113 во 1964 г. и 89 во 1965 г. (по Мап), односно во

по Мап во поголема мера спроведувала уставни претреси, 3) енорно се зголемила употребата на налози за претрес на дом по прецедентот Чимел од 1969 г. (со него судот забранил целосен претрес на дом на лице уапсено со налог за приведување, освен делот што му е на дофат на рацете заради безбедносни причини),²²⁰³ а како единствена причина за ваквата промена во политиката на полициските служби се споменува праксата на ВСС.

Според Алшулер правилото за исклучување малку веројатно има директен, непосреден одвраќачки ефект, зашто зборот одвраќање подразбира да се обесхрабри одреден тип на однесување преку страв од казна, а правило кое едноставно враќа *status quo ante* не казнува, бидејќи службеникот ништо лично не губи поради повредата која ја сторил.²²⁰⁴

За други автори, идеален ексклузиски систем со главно одвраќачко мото би бил систем со дискрециско правило, кое нема да ги санкционира *bona fide* грешките на органите на прогонот, туку само намерните злоупотреби, сериозното невнимание и системските недостатоци. Видот на правото не би играло значајна улога, бидејќи тежиштето е одвраќање од полициски злоупотреби. Исклучок би претставувале некои технички, формални повреди, бидејќи во таков случај неоправдано би дошло до преодвраќање. Ваквиот систем би фаворизирал и примена на теорија на плодови од отровно дрво, а активната легитимација не треба да претставува пречка за поднесување барање за ексклузија.²²⁰⁵

Различните принципи не се исклучуваат сами по себе. Но, од околноста кој или кои се прифатени во еден правен систем ќе зависи во какви ситуации ќе се издвојат доказите, а во какви не. Несомнено онаму каде државното право ги вградило сите принципи ексклузијата ќе е најголема. Полицијата треба да се одврати од однесувањето кое повредило нечие право, но не секогаш има потреба од одвраќање. Вака согледано, иако можеби дисциплинскиот принцип изгледа поширок, во смисла води грижа за идни случаи, тој всушност е потесен бидејќи не наложува исклучување на доказите во сите ситуации. Поинаку би било кога не би се гледал како принцип што му дава енергија на правилото, туку како цел која треба да се постигне преку него. Да се намали поттикот за кршење на законот може да е една од целите на ексклузијата, но не и единствена. Вака сфатена може да ја групираме заедно со другите цели, без таа самата да го има главниот збор.

Конечно, овој принцип влегува во игра ако полицијата и истражните органи се гледаат како единствени адресати на уставните норми со кои се штитат човековите права и се забранува однесување кое нив ги подрива. Тогаш судот преку ексклузиското правило го канализира нивното однесување, па преку ексклузијата ги казнува за неуставното однесување, а со прифаќањето на доказите ги наградува за нивниот професионализам. Меѓутоа ако покрај извршната власт, и законодавецот и судот се

Бостон 176 во 1958 г., 186 во 1959 г., 267 во 1960 г., 150 во 1961 г. (пред Мап), 538 во 1961 г., 834 во 1962 г., 940 во 1963 г., 574 во 1964 г., 560 во 1965 г. (по Мап); Слично и Kamisar, 1964, стр. 441-444 укажувајќи на влијанието кое го извршил Мап во Минесота и Њу Јорк кои пред тоа не ги издвојувале незаконито прибавените докази пишува дека ЈО во Минеаполис немало податок за издаден налог за претрес до 1954 г., а шефот на кривичното одделение се присетил само на 2 издадени налози за претрес во периодот помеѓу 1929 и 1954 г., односно за искрениот одговор на долгогодишен високо позициониран и почитуван полициски службеник од Њу Јорк кој потврдил дека никогаш не побарале ниту употребиле судски налог за влез во туѓ дом, стан, и сл. за цели на истражување.

²²⁰³ Пр. од 74 анализирани градови за периодот од 1967 до 1973 г. во 45% од нив бројот на употребени налози за претрес се зголемил помеѓу 50-100%, во 16% градови се зголемил помеѓу 100-200% и во 19% градови над 200%.

²²⁰⁴ Alschuler, 2008, стр. 1370.

²²⁰⁵ Iontcheva Turner/ Weigend, 2019, стр. 266-268.

адресати на уставните одредби, тогаш судот не може да се дистанцира од полициското беззаконие кое повредува одредба од уставот прифаќајќи ги во судската постапка плодовите од туѓата незаконитост, зашто со тоа би дал продолжено дејство на повредата. Штом и самиот е адресат на уставните одредби тогаш има обврска да го почитува она што е наведено во нивниот диспозитив, односно има обврска да ги издвои доказите и аналогно на тоа, граѓанинот чие право е повредено има, како што го викаат Шрок и Велч, персонално право на ексклузија на неуставно прибавените докази, односно право да бара државата да се однесува законито спрема него во процесот на негово гонење.²²⁰⁶

2.4. Заштита на судскиот интегритет

Макијавели напишал „Треба да се знае дека постојат два начина на борба: со закон и со сила. Првиот му е својствен на човекот, вториот на животните“.²²⁰⁷

„Принципот на интегритет налага службениците што го применуваат правото да не користат средства и методи на постапувања што значат сериозна повреда на правните прописи. Ова во прв ред се однесува на начинот на кој органите на прогонот ќе дојдат до докази против обвинетиот, а за судот претставуваат правна и морална забрана ваквите докази да ги користат во судската постапка... казнено-правниот систем е наменет авторитативно да одговори на случаите на повреда на правото од страна на граѓаните, па оттука се чини контрадикторно и етички неприфатливо ако системот самиот извлекува корист кога службениците ги кршат прописите. За да може системот да ја задржи својата легитимност и моралниот авторитет, мора да се обезбеди неговите агенти самите да не го кршат законот“.²²⁰⁸

Очигледно Калајциев е приврзаник на овој принцип. Со право смета дека „незаконитото постапување во еден стадиум од кривичната постапка може да се рефлектира врз интегритетот на системот во целина, со што принципот на интегритет се врзува со строго почитување на основните човекови права и владеењето на правото“.²²⁰⁹

Судијата е гарант на начелото на законитост, кој по природата на својата функција, освен што треба сам законито да постапува, има обврска да се погрижи сите останати тоа да го чинат.²²¹⁰ Зашто државата го губи моралниот авторитет и со тоа правото да казнува други за кршење на законите, ако нејзините агенти го повредуваат правото со цел да дојдат до докази.²²¹¹

Овој принцип поаѓа од унитарниот модел на власт, по кој издвојувањето се гледа како единствен метод подобен да спречи повреда на постулатот на владеење на правото. Судот не прави ништо повеќе, отколку што спречува власта чиј дел е и самиот тој, да извлече полза од сопственото незаконско однесување. На судењето се гледа како на дел

²²⁰⁶ Schrock/ Welsh, 1974, стр. 272, 281-282, 288, 308-310, 334, 366-367, 371.

²²⁰⁷ Макијавели, 2014, стр. 83.

²²⁰⁸ Калајциев, 2004, стр. 169.

²²⁰⁹ Калајциев, 2004, стр. 170-171. Смета уште и дека не секоја процедурална повреда треба да доведе до издвојување на доказот, бидејќи малите и безначајни девијации од законската процедура не може да го компромитираат интегритетот на постапката во целина; Види и Professional Training Series No. 9 - The Right to a Fair Trial, 2003, стр. 313 - националниот судија не е само одговорен за своите постапки *stricto sensu*. Тој или таа е, исто така, до одреден степен одговорен за оние на обвинителите и одбраната, до степен до кој, кога судијата има некакви индикации дека обвинителот погрешил во текот на кривичната истрага прибегнувајќи кон противправни средства, или дека адвокатот на одбраната не се консултирал соодветно со својот клиент или едноставно не постапил професионално, тој судија има должност да интервенира за да ги исправи тие грешки или недостатоци, бидејќи таквото дејство може да биде од суштинско значење за да се гарантира фер сослушување и еднаквост на оружјата меѓу обвинителството и одбраната.

²²¹⁰ Vujčić, 1975, стр. 462.

²²¹¹ Spencer, 2005c, стр. 603; Koriath, Über Beweisverbote im Strafprozeß, Peter Lang, 1994, стр. 60-61 кај Martinović/ Kos, 2016, стр. 315 - целта на доказните забрани е процесната чистота бидејќи ја јакнат веродостојноста на државата како носител на функцијата на казниот прогон.

од целата државна активност насочена против обвинетиот, а на судот како дел од власта што истражува, обвинува, суди и го казнува поединецот.²²¹²

„Кога самата полиција го крши законот, а другите владини агенции со нетрпение посегнуваат по придобивките што произлегуваат од прекршувањето, на граѓаните им е тешко да поверуваат дека владата на прво место навистина сакала да го забрани однесувањето. Во нашиот заеднички говор честопати се осврнуваме на власта со зборови кои асоцираат на нив како на другите, а не ние. Колку често велíme, тие ќе нè оданочат, тие ќе го назначат началникот на полицијата или тие ќе донесат закон. Разорно е по однос на неопходната доверба во владата ако сите сфатиме дека тие не го почитуваат законот што тие го наметнуваат. Убедувањето дека целата влада е составена од себични лицемери лесно се всадува и тешко се брише“.²²¹³

Мирфилд гледа на овој принцип како на спој на принципи, кој не се фокусира на веродостојноста на доказите, правата или интересите на обвинетиот или граѓаните општо, туку на администрацијата на правдата. Се појавил во САД по 1928 г., а се пренел во останатите common law земји тогаш кога во САД бил деградиран и напуштен.²²¹⁴ Според него

1) тој е насочен кон судот како негово средиште, неговото поведење и поаѓа од познатиот морален принцип дека не е во ред да се казнува обвинетиот за прекршување на законот, а да се преминува преку тоа на полицијата. Што значи судот мора во сите ситуации да ги применува стандардите и нормите за правилно однесување,

2) тој е повеќе насочен кон поведението на народот, реакциите на општата јавност, отколку кон стандардите на судот. Предвид ја зема претпоставката како би реагирала јавноста, поточно дали прифаќањето на спорните докази би довело до пораст на кршењата на законите.²²¹⁵ Дискутабилно е колку ставот на јавноста треба да биде меродавен за вакви теми, ако се знае дека тој често пати е погрешен. Како пр. посочувам истражување од 1999 г. според кое иако стапката на криминал во Канада од 1991 г. перманентно се намалувала, перцепцијата кај 83% од анкетираниите била погрешна.²²¹⁶

3) го зема предвид гледиштето, односот на јавноста спрема одлуката за прифаќање на спорните докази, во смисла дали таа би го довела на лош глас судството и администрирањето на правдата. Имено, ако судиите ги извалкаат рацете земајќи учество во гнасна работа го компромитираат својот интегритет. Одлуката за прифаќање или ексклузија ќе зависи од процената каков ќе биде ставот на јавноста, односно дали судството поради тоа ќе ја загуби почитта или не.²²¹⁷

²²¹² Schrock/ Welsh, 1974, стр. 257-258; Види го и ставот судијата Брандеис supra V 5.1. во Olmstead et al. v. United States, 277 U.S. 483 (1928) (Brandeis J., dissenting).

²²¹³ Paulsen, The Exclusionary Rule and Misconduct by the Police, 52 3. Caml. L.C. & P.S. 255, 258 (1961) кај Schrock/ Welsh, 1974, стр. 257.

²²¹⁴ Mirfield, 1997, стр. 23.

²²¹⁵ Калаџиев, 2004, стр. 170 - ова го нарекува инструментален пристап, но е против авторитетот на правниот систем да зависи од јавното прифаќање на неговата легитимност. Со право смета дека јавното мислење спрема одредени процедурални нерегуларности може да варира зависно од општите состојби во општеството, па подобро е интегритетот на правосудството да зависи од она што е исправно и морално доследно, а не од тоа какво гледиште ќе има јавноста спрема последиците од почитувањето на исправното и моралното.

²²¹⁶ Lai, 2007, стр 47 - дека е покачена сметале 29%, а дека е на исто ниво 54%.

²²¹⁷ Mirfield, 1997, стр. 24; Слично и Iontcheva Turner/ Weigend, 2019, стр. 258-259 - овој принцип претпоставува дека судовите би го нарушиле сопствениот углед и достоинство доколку рутински ги засноваат своите одлуки на докази кои се прибавени со груби повреди на законот. Според тоа, судовите треба да ги исклучат загадените докази за да ѝ покажат на јавноста дека не ги одобруваат незаконските акти на владините агенти и дека тие одбиваат да ги засноваат своите одлуки на резултатите од таквите дела... Но, во друга варијанта позната како „системски интегритет“, фокусот е поширок во смисла да не се доведе на лош глас спроведувањето на правдата. Иако правилата за издвојување може да придонесат за правилноста на конкретната постапка, тие може да го поткопаат прифаќањето на системот на кривичната правда доколку доведат до негонеење или ослободување на лица кои најверојатно се виновни за тешки к.д.

Впрочем и принципот на инклузија исто како и принципот на ексклузија кога ригидно се применуваат може да го разлишаат авторитетот на кривичниот процес кај јавноста.²²¹⁸

„Така повреда (се мисли на тортура спрема обвинетиот) го уништува моралниот авторитет на пресудата. Ова е така бидејќи пресуда која води корен од непочитување на јадрените принципи на кривичното право е контрадикторна. Не може да дејствува како јасна порака дека кривичното право инкорпорира вредности кои е неопходно да се бранат ако изгледа дека таа самата се заснова на намерно непочитување на тие вредности. Тоа неизбежно ќе доведе до губење почит и спрема судската постапка и спрема кривичното право“.²²¹⁹

Во САД сè уште има теоретичари кои на емпириско и теоретско рамниште го оправдуваат правилото преку принципот на судскиот интегритет,²²²⁰ иако мнозинството врховни судии главно го напуштиле, а е застапен само во некои несогласувачки мислења.

Често пати, ако не секогаш, одговорот на државата кон криминалците зависи од состојбата со криминалот. Колку повеќе криминал, толку повеќе мерки ќе се потребни тој да се намали. Од оваа позиција во право се Шрок и Велч кои сметаат дека не можеме со чиста совест да бидеме задоволни од блескавата невиност на нашите судови кога се опкружени од застрашувачки криминал со кој власта не може да се бори, поради нивната преокупираност со сопствениот интегритет.²²²¹

Идеален ексклузиски систем со главно мото заштита на судскиот интегритет би бил систем кој не познава апсолутно, туку дискреционо правило, зашто во некои случаи прифаќањето, а во други издвојувањето би го довело спроведувањето на правдата на лош глас. Влијание за одлуката би имало видот на повреденото право, интензитетот и степенот на повредата при што во некои случаи соодветен лек би бил ексклузија на доказот (изнудени изјави), а некаде намалување на санкцијата (кај веродостојни материјални докази прибавени со незаконит претрес или незаконито прислушување). Мотивот на службеникот исто така би одиграл улога, бидејќи санкцијата треба да биде различна во зависност од тоа дали постапувал со намера, голема негрижа или обично невнимание. Активната легитимација би немала посебно значење, туку секој обвинет би можел да побара издвојување.²²²²

Овој принцип како и дисциплинскиот би бил пропустлив за докази прибавени со повреда на правата сторена во добра верба. Ако полицијата била со чисти раце нема потреба да се одврати, а употребата на доказите нема да го наруши ни интегритетот на судството.²²²³ Во оваа смисла овие два принципи се порестриктивни од заштитниот, за чија примена битно е дека доказите биле прибавени со повреда на правата, а не дали таа можела да се оправда или не.

Јавноста може да ја изгуби вербата во правилното функционирање на системот ако судовите често исклучуваат веродостојни докази и како резултат на тоа не успеваат да осудат бидејќи недостасуваат клучни докази; Види и Zuckerman, *The Principles of Criminal Evidence* (1989), p. 344 кај Biçak, 1995, стр. 52 и кај Mirfield, 1997, стр. 27 - подготвеноста на јавноста да го прифати авторитетот на кривичниот суд како раздавач на казни зависи од степенот до кој јавноста верува во моралната легитимност на системот... Судската заедница која се гледа дека го одобрува, па дури и охрабрува, кршењето на законот тешко може да бара почитување на сопствените наредби.

²²¹⁸ Ако судот секогаш ги прифаќа незаконски прибавените докази, тоа ќе се види како оправдување на несовесното работење на органите на прогонот. Ако секогаш ги исклучува, ќе се види како напуштање на својата должност да не заштити од криминалот - Zuckerman, *The Principles of Criminal Evidence* (1989), p. 345 кај Biçak, 1995, стр. 95.

²²¹⁹ Denis, [1989] CLP 21, стр. 37 кај Mirfield, 1997, стр. 28.

²²²⁰ Taslitz, 2013, стр. 474-475.

²²²¹ Schrock/ Welsh, 1974, стр. 265.

²²²² Iontcheva Turner/ Weigend, 2019, стр. 263-266.

²²²³ Bilz, 2011, стр. 8-9.

2.5. Заштита на принципот на поделба на власта

Најголем број автори ги споменуваат претходните принципи со кои се рационализира ексклузиското правило,²²²⁴ ги именуваат како традиционални објаснувања²²²⁵ односно како најзначајни и најразвиени причини за ексклузија на доказите.²²²⁶

Други припадници на научната фела сметаат дека ексклузиското правило може да се оправда преку принципот на поделба на власта, како градивен дел на идејата за владеење на правото.²²²⁷

Има правилен и погрешен начин, а преку ексклузиското правило се изразува владеењето на правото во контекст на кривичната постапка.²²²⁸

„Во уставната демократија со ограничени овластувања, владината агенција нема власт над поединците освен онаа што ѝ е доделена со правото. Ако ја пречекори, плодовите од таквата активност не смее да се прифатат од никого, посебно не од онаа гранка на власта чија главна улога е унапредување на владеењето на правото“.²²²⁹

Законите се гаранција на индивидуалната слобода од самоволното вршење на власта,²²³⁰ а ексклузиското правило „е оправдано како средство за задржување на извршната власт во границите на законот и спречување на ширењето на владиното беззаконие“.²²³¹ Јончева-Тарнер го објаснува неговиот развој со либералниот бран и демократизацијата која кон крајот на XX век ги зафати државите во светот.²²³² Сумира

„Овој површен преглед на неодамнешниот бран на усвојување правила за исклучување сугерира дека овие правила најчесто се воведуваат како дел од модерните реформи во кривичната постапка за време на транзицијата кон демократија. Тие често се оправдуваат со причини пошироки од потребата да се дисциплинираат полициските сили и се користат за да се сигнализира посветеноста на владеењето на правото и индивидуалните права. Во земјите каде што законот (особено кривичното право) се користеше како средство за задушување на неистомислениците и каде владините службеници се гледаа надвор од дофатот на законот, правилото за издвојување е моќен симбол на нов почеток. Тоа се смета за знак дека судовите ќе го спроведуваат законот непристрасно и кон граѓаните и владините агенти и ќе ги заштитат индивидуалните права во кривичниот процес“.²²³³

²²²⁴ Види Jackson, 2012, стр. 121; Калајџиев/ Ариф/ Маршавелски/ Божиновски, 2018, стр. 12-13; Lewis, 2011, стр. 636-637, 640; Iontcheva Turner/ Weigend, 2019, стр. 257-270; Macula/ Gless, 2019, стр. 350; Крарс, 1990, стр. 56-57.

²²²⁵ Duff, 2004, стр. 78.

²²²⁶ Ashworth, 2012, стр. 161.

²²²⁷ Sundby, 2013, стр. 397-399 - а) правилото ги прави одговорни полицијата и владините службеници пред граѓаните на начин што дава практична сила на идејата дека американскиот уставен систем е власт на законите, а не на луѓето... дека сите поединци, дури и моќните, одговараат пред законот; б) правилото му дозволува на судството да ја задржи својата независност и интегритет на страна од погрешните постапки на владата, што пак им овозможува на судовите да го спроведуваат владеењето на правото преку поделба на власта и в) бидејќи правилото за издвојување бара одржување рочиште, правилото игра суштинска улога давајќи му глас на владеењето на правото преку обезбедување „обичен“ форум за граѓаните да бидат слушнати при предизвикување на владините дејствија.

²²²⁸ Владата, како и поединецот, е обврзана со законот, за разлика од тоталитарниот принцип според кој таа самата е закон и може да не го почитува законот кога ги гони прекршителите на законот - Alderman v. United States, 394 U.S. 202 (1969) (Fortas J. concurring in part and dissenting in part).

²²²⁹ Schwartz, Retroactivity, Reliability and Due Process, 33 U. Chi. L. Rev. 719, 751-52 (1966) кај Editors, Law Review, The Impeachment Exception, 1967, стр. 946.

²²³⁰ Шкарик/ Силјановска-Давкова, 2009, стр. 129.

²²³¹ Iontcheva Turner, 2014, стр. 821-822.

²²³² Iontcheva Turner, 2014, стр. 821-829 - споменувајќи го падот на воените диктатури во Латинска Америка (Аргентина, Бразил, Чиле, Парагвај, Перу и Уругвај) и во Јужна Европа (Шпанија, Португалија, Грција и Турција), на комунистичките режими во Источна Европа (Бугарија, Хрватска, Чешка, Унгарија, Романија, Русија и Србија), на авторитарните режими во Азија (Индонезија, Јужна Кореја, Тајван и Тајланд) и на апартејдот во Јужна Африка.

²²³³ Iontcheva Turner, 2014, стр. 829.

Имено, кога полициските службеници (дел од извршната власт) не ги почитуваат условите предвидени во налогот за претрес или комплетно ја заобиколуваат постапката за добивање судски налог, судската власт треба да го испита таквото однесување. Таа тоа може да го стори тогаш кога ЈО (исто дел на извршната власт) се обидува да ги внесе доказите во судските списи. На тој начин, преку ексклузиското правило како драгоцено оружје против владините престапи, ќе може да го заштити сопствениот интегритет како единствен авторитет кој може да овласти претрес.²²³⁴

Уставот ја ограничува државната власт, и треба да му се дадат „заби“ на начин што правниот лек за повредата мора да наметне трошоци за државата, да ја поттикне и мотивира да ги обучи, тренира своите службеници за да се избегнат идни повреди.²²³⁵

Во основата на концептот за владеењето на правото лежи идејата дека државата и државните службеници се ограничени со правото, тоа за нив важи како и за сите други, па судот со ексклузијата на доказите практично ја враќа власта со сè нејзината моќ да гони и истражува назад во границите на правото. И ексклузиското правило може да го поткопа владеењето на правото тогаш кога доведува до ослободување на сторители на к.д. Меѓутоа тоа се применува во јасно дефинирана постапка со однапред прецизирани правила. Судските одлуки се движат во границите на правото, за разлика од актите на извршната власт кои ако останат несанкционирани оставаат простор за идни злоупотреби и арбитрарни постапки на извршната власт кои не се ограничени со правото и во тој контекст последниве повеќе штетат на владеењето на правото.²²³⁶

Што би се рекло, не може државата од сопствениот криминал да пере раце, а кај туѓиот да гони перење пари.

Погоре видовме еднаквоста на оружјето се сфаќа како еден од општите поими на правичната постапка. Аристотел праведното го дефинира како „сè што е законско, чесно и еднакво, а неправедното е тоа што е противзаконско и нееднакво“.²²³⁷ Начелото на законитост бара државата да користи законски дозволени методи и средства во докажување на случајот против обвинетото лице. Тоа секако би било чесно, но и еднакво, зашто одбраната нема законска можност пред суд да употреби незаконски стекнати докази. Противзаконското според Аристотел е неправедно. Неправедно е и нееднаквото, што би било случај кога државата може нешто што одбраната не може. Во тој поглед и ЕСЧП е јасен, дека нееднаквоста на оружјата ја прави постапката неправична. Вака сфатено, изгледа логично и прифатливо стојалиштето на шпанскиот уставен суд кој забраната за употреба на незаконити докази ја гледа како остварување на еднаквоста на оружјата во пракса.

Двојните аршини не се правда, тие повеќе би одговарале на луцидната забелешка на Горки дека „секој човек сака соседот негов да има совест, ама никому не му е згодно да ја има самиот“.²²³⁸

²²³⁴ Lynch, 2000, стр. 715-716, 737, 741.

²²³⁵ Jackson, 1996, стр. 1221-1222; Пракаш и Јо тоа го објаснуваат на следниов начин: поаѓаме од неоспорната премиса дека, како што напиша Џејмс Медисон во времето на основањето, крајниот авторитет почива само во народот. Сојузната и државната влада всушност се само различни агенти и повереници на народот. Од овие први принципи, заклучуваат дека владата може да ја користи само таа моќ што народот и ја делегирал. Затоа, секоја владина акција - без разлика дали е извршна, законодавна или судска - што е во конфликт со Уставот мора да биде ништовна. Ова мислење одекнува кај Александар Хамилтон, кој изјавил дека секој чин на делегираната власт, спротивно на насоките од овластувањето под која се врши, е неважечки - Saikrishna B. Prakash & John C. Yoo, *The Origins of Judicial Review*, 70 U. Chi. L. Rev. 887 (2003) кај Srinivas, 2012, стр. 21.

²²³⁶ Iontcheva Turner, 2014, стр. 830-832.

²²³⁷ Aristotel, *Nikomahova etika*, Kultura, Beograd, 1970 кај Чокревски/ Китаноски, 2007, стр. 74.

²²³⁸ Горки, 2010, стр. 21.

Затоа не може да се прифати состојба во која одбраната ќе биде ограничена со процедури и правила, а државата да може да граба колку што може и сака, да прибавува и употребува секакви докази, па и незаконски, спротивно на принципите кои самата законски ги вовела.

2.6. Принципот на правична постапка

Општествена нужност по сторување на к.д. е да се гонат и казнат сторителите. Тоа е колективен интерес. Наспроти него стори интересот на сторителот да се заштити себеси. Ова е индивидуален интерес.

„Овој индивидуален интерес не е и не може да се состои во правото на сторителот да ја одбегне кривичната одговорност, бидејќи тоа не е легитимен интерес и никој не може да биде ослободен од одговорноста за своите постапки и за своето криминално поведење, на какво ослободување секој обвинет несомнено инсистира. Според тоа, легитимниот интерес на обвинетиот е тој да не биде земен на неосновано гонење, а кога веќе стојат законските услови за кривично гонење, тоа треба да се води според правилата утврдени со закон“.²²³⁹

Во тој контекст начелото на правична постапка не спречува луѓето да одат во затвор, да платат парична казна, да им биде одземен или конфискуван имот, па дури и во оние земји каде сè уште ја има да не бидат осудени на смртна казна.

Иако се вика право на правична постапка, тоа не е материјално право, како што се правата на живот, слобода, приватност или сопственост, туку е процедурален принцип. Бара исполнување одредени правила на игра, процедури како услов да може да се каже дека согласно законите на државата во правична постапка некому му биле одземени некакви супстанцијални права. Што ќе рече, тоа не ги штити животот, слободата или имотот, туку бара одземањето на животот, слободата или имотот да биде во склад со одредена процедура.²²⁴⁰

Процедурите не се еднаш засекогаш дадени, менливи се, како што се менува сфаќањето за тоа што е правично или неправично. Сега тие процедури бараат на обвинетиот да му се каже зошто се обвинува, да му се даде избор дали ќе зборува или ќе молчи (без штетни последици од изборот), да не се користи сила, закана, измама или други недостојни средства против него или сведоците, да му се обезбедат време и услови за подготвување на својата одбрана, да му се овозможи да се изјасни за наводите и доказите на другата страна, како и да истакне и даде свои, да може да се конфронтира со сведоците кои го обвинуваат, да има право на свој стручен помошник и сето претходно под еднакви услови како другата страна.

Овие процедури не му гарантираат ни дека ќе биде суден или осуден со неспорни докази, зашто по правило доказите се спорни, и често едната страна ги толкува на еден, а другата на друг начин. Тие процедури треба да се некаква гаранција за исправен исход зашто само така никој невин нема да биде осуден, а на виновникот ќе му се изрече соодветната санкција.

Прашањето е дали тој правичен исход треба да се занемари кога органите на прогонот ги повредиле процесните правила за прибавување на доказите. Занемарувањето на процесните правила при изведувањето на доказите од страна на судот доведува до укинување на одлуката со барање повторно и правилно да се преземат процесните дејствија. Ако судот како неутрален орган, дистанциран од странките, извршител на правдата не е имун и бива санкциониран за своите грешки, тогаш зошто треба да бидат

²²³⁹ Марина, 1979, стр. 35.

²²⁴⁰ Во нивниот процесен аспект, клаузулите за правична постапка се подразбираат пред сè, дека бараат кога судовите или егзекутивата дејствуваат во насока да лишат некого од живот, слобода или имот, тоа да го сторат во согласност со постоечкото право - John Harrison, Substantive Due Process and the Constitutional Text, 83 Va. L. Rev. 493, 497 (1997) kaj Re, 2014, стр. 1907.

ослободени од одговорност органите кои се заинтересирана страна во спорот на државата со граѓаните.

Хо ќе пише, ако целта на судењето не е само точното утврдување на фактите, туку и обезбедување легитимност на пресудата, тогаш вината не треба да се утврдува по секоја цена, туку со фер и праведни средства. Полицијата, повеќе од обичните граѓани, има должност да го почитува законот, а судиите освен што водат сметка за веродостојноста на доказите и точноста на пресудата, треба да бидат чувари на легитимноста и правичноста на постапката и владеењето на правото.²²⁴¹ Што значи, ексклузивното правило придружено со заштитни, дисциплински и едукативни мерки (аудио и видео снимка од полициското испитување, присуство на адвокат, правилна обука и интерни поттици кај полицијата и сл.), обезбедува основа за правично судење.²²⁴²

„Историјата на слободата во голема мера е историја на почитување на процедуралните заштитни мерки. А ефективното спроведување на кривичната правда тешко дека бара непочитување на правичните процедури наметнати со закон“.²²⁴³

Правото на правична постапка е процедурална гаранција дизајнирана да ја осигури процедуралната правда, а не резултатски ориентираната правда (одлука базирана на точни факти и правилна примена на правото).²²⁴⁴ Правата од чл. 6 не функционираат исклучиво за да гарантираат фер исход во однос на содржината, туку и диктираат соодветни процедурални форми, без оглед на импликациите во однос на пронаоѓање на вистината. Такво е прашањето за правичноста при употребата на потенцијално незаконски прибавените докази, а посебно кога се гледаат правилата во однос на поттикнувањето кои се целосно отсечени од пронаоѓањето на вистината. Имено во овие случаи не е спорно дека делото е сторено, но употребата на докази добиени со поттикнување останува многу проблематична.²²⁴⁵

Ќе се повикам на ставот на Роулс кој непристрасната и доследна примена на законите и институциите, правилното интерпретирање на правилата и редовното придржување кон нив го нарекува формална праведност како еден аспект од владеењето на правото кое поддржува и обезбедува легитимни очекувања.²²⁴⁶

Според Денис концептот за правичност е доволно широк да ги вклопи во себе сите цели преку кои обично се оправдува ексклузивното правило, вклучувајќи ги, веродостојноста, елиминирањето на предрасуди, заштитата на правата на обвинетиот, промовирање правилно полициско постапување и заштита на интегритетот на кривичната постапка.²²⁴⁷

Ре смета²²⁴⁸ дека ниту една од постоечките познати теории, почнувајќи од водечката за одвраќање, потоа и другите за *status quo ante*, за заштита на судскиот интегритет и судското овластување за ревизија²²⁴⁹ не успеваат да ја оправдаат модерната ексклузивна доктрина.

²²⁴¹ Но, 2019b, стр. 302.

²²⁴² Knickmeier, 2019, стр. 345-346.

²²⁴³ McNabb et al. v. United States, 318 U.S. 332 (1943).

²²⁴⁴ Trechsel, 2005, стр. 83.

²²⁴⁵ Öçer, 2008, стр. 98.

²²⁴⁶ Роулс, 2002, стр. 70-71 - уште смета дека секаде каде што има формална праведност, владеење на правото и почитување на легитимните очекувања најверојатно има и суштинска праведност.

²²⁴⁷ I. Dennis, *The Law of Evidence*, 4th edn (London: Sweet & Maxwell, 2010) 8.14, 317-18 кај Jackson, 2012, стр. 129-130.

²²⁴⁸ Re, 2014, стр. 1893.

²²⁴⁹ Оваа теорија е изнесена во 1974 г. Идејата е, како што неуставните закони се ништовни и неважечки во очите на судовите, така треба да се гледа на неуставните претреси како на правно ништовни, па незаконски прибавените докази мора да бидат издвоени. Ре, смета дека очигледен проблем е што правилото не го постигнува она што авторите тврдат дека мора. Неуставните претреси од една страна, не

Затоа се обидува да го оправда ексклузиското правило преку начелото на правична постапка. Не како што прават другите, а и ВСС со повикување само на IV амандман, туку во содејство со XIV.

При објаснувањето прави паралела со клаузулата против самоинкриминација (V амандман) и конфронтациската клаузула (VI амандман). И едната и другата кога се чита граматички Уставот ги гарантира на судењето, да не се принуди на кривично судење да биде сведок против себе, односно на судење да му се обезбеди бранител. Но, судот гледајќи колкаво значење има истрагата за натамошниот тек на постапката овие права ги признава нешто понапред или пред поднесување на обвинението.

Од друга страна правото на граѓаните на безбедност на личноста, становите, хартиите од вредност и имотот, од неразумни претреси и заплени по природа е право кое е применливо во претсудската истражна фаза. Како во случајот кога судот врз основа на V и VI а во содејство со XIV амандман барањата на двете клаузули ги поместил понапред, со примена на ист принцип во обратна насока, Ре предлага барањето од IV во симбиоза со XIV амандман да се помести подоцна и така да се оправда издвојувањето на доказите. Зашто ако се чита само текстот од IV амандман во него нема ексклузиско правило, но согледан во тандем со другите процесни права и клаузулата за правична постапка од XIV амандман такво постои.²²⁵⁰ Така смета дека најдобро би се оправдала ексклузијата, а судската пракса би се воедначила бидејќи по ист принцип би се воделе клаузулата против самоинкриминација, конфронтациската клаузула и барањето за заштита од неразумни претреси и заплени.

Објаснува, ако некој е осуден без порота спротивно на барањето на Уставот за поротно судење се смета дека му е повредено правото од VI амандман. Ако притоа биде осуден и затворен тој ќе претрпи втора повреда, ќе биде лишен од слобода без правичен процес, па повисокиот суд ќе ја укине пресудата со налог да се одржи поротно судење. Нему не може повреденото право да му се санира со некаков надоместок на штета, зашто таквиот надоместок не може да ја супституира правичната постапка уставно потребна за натамошното лишување од слобода.²²⁵¹

По иста логика, кога полицијата противуставно ќе претресе осомничен ги повредува неговите права од IV амандман. Ако судот подоцна се потпре на плодовите од незаконското претресување за да изрече осуда, тогаш обвинетиот ќе биде лишен од слобода без правична постапка. Токму оваа идеја како што тој ја замислува е основа на ексклузијата како манифестација на правичниот процес. IV амандман исклучиво дава право да се биде безбеден не од докази доставени во суд, туку од претреси и заплени во секојдневниот живот. Тој не бара издвојување или некој друг лек, туку тоа го прави врската со XIV амандман.²²⁵²

Ако била изведена изјава од сведок кого обвинетиот немал можност да го испита (VI амандман), повторно лекот не е паричен надоместок, туку повторување на судењето, почитување на конфронтациската клаузула или издвојување на изјавата. Кога правото на молчење и привилегијата против самоинкриминација биле повредени (V амандман) повторно правната санација не е отштетно барање, туку издвојување на изјавата со

се ништовни и неважечки (во вистинската смисла на значењето на овие изрази) ако во пракса предизвикуваат правни последици, пр. доведуваат до траен пренос на сопственоста кога полицијата незаконски открива и потоа конфискува недозволена стока, а од друга страна, потребата од судска ревизија не дава насоки за многуте исклучоци во актуелната доктрина според кои судски се прифатливи многу неуставно прибавени докази - Re, 2014, стр. 1905-1906; Критикувана е и од Слобогин како еден од принципите кој не е во состојба да ја оправда ексклузијата - Slobogin, 1999, стр. 433-436.

²²⁵⁰ Re, 2014, стр. 1890, 1893, 1965.

²²⁵¹ Re, 2014, стр. 1912.

²²⁵² Re, 2014, стр. 1912-1913.

повикување на начелото на правична постапка. Никаде погоре не се зборува за одвраќачки ефект на правилото, за демотивирање на полицијата, обвинетиот можеби вистина бил крив кога бил осуден без порота, можеби вонсудската изјава била вистинита или признанието со повреда на Миранда правата доброволно, но во сите ситуации се смета дека тој немал правично судење и постапката се повторува.

Не мора да укажам зашто веќе се насетува, Ре е противник на сите други принципи со кои се оправдува ексклузијата и идејата повредите на IV амандман да се санираат со надомест на штета. Текстот на амандманот треба да се гледа во историски и правен контекст. Во XVIII век кога бил донесен амандманот лек за повредата била постапка за штета зашто тогаш немало полиција и службени истраги. Претресите и заплени ги вршеле приватни лица кои ако постапеле незаконито плаќале штета на оштетеното лице. Но, сега претресите и заплени ги вршат државни службеници, со сета државна моќ која стои зад нив и службата која ја вршат, така што правните средства и лекови кои одговарале на друго време и односи, сега не би ја имале моќта да го заштитат правото на граѓаните на безбедност на личноста, становите, хартиите од вредност и имотот, од неразумни претреси и заплени.²²⁵³

Овој принцип е персонален по карактер. Право на ексклузија имаат само обвинетите чии пресуди се засноваат на повреда на личните права, односно никој не може да полага право на база на непочитувањето туѓи процедурални права. Тој е докажен принцип, а правото на ексклузија е доказно, не сопственичко правило. Правилото за издвојување нема ефект надвор од судењето. Негова грижа како елемент на правичниот процес е никој да не биде лишен од живот, слобода или имот вон законска постапка. Тоа ги издвојува незаконски стекнатите докази кои може да послужат како основа за осуда и на таков начин да го лишат од живот, слобода или имот без правична постапка (ништо повеќе, ништо помалку). Но, правилото не врши сеопфатна реституција, не надоместува штета, нема досег надвор од постапката, не укажува ниту дека треба, ниту дека не треба полицијата да ја врати забранетата стока плод на неуставниот претрес. Тоа го прават облигационото или сопственичкото право според кои ако при неуставен претрес било повредено нечие право на приватност и притоа не биле најдени докази тој има право на надомест на штета, односно ако биле најдени предмети што никој нема право да ги поседува се одземаат, а дозволените се враќаат.²²⁵⁴

Бидејќи е неизоставен дел на правичниот процес, правилото е попредвидливо отколку кога се оправдува преку другите принципи и е претпоставено применливо во секоја кривична постапка исто како конфронтациската клаузула и клаузулата против самоинкриминација. Како што нивна повреда би довела до укинување на пресудата без оглед на природата на к.д. така и неуставното откривање на доказите не зависи од видот на стореното дело. Од друга страна ако поентата на ексклузиското правило е одвраќањето или промоција на вредностите како судскиот интегритет, тогаш треба да има исклучоци во оние случаи кога к.д. е такво што да се почитува правилото носи преголема цена за јавната безбедност или за процесот на пронаоѓање на вистина. Според теоријата за фер процес по автоматизам се дава предност на ексклузијата, но таа претпоставка може да се побие со примена на исклучоците исчистена дамка, слабеење

²²⁵³ Re, 2014, стр. 1921-1923 - во овој контекст прави паралела помеѓу *Entick v. Carrington*, (1765) 95 Eng. Rep. 807 (K.B.) и *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914). Во првиот нема полициски служби, налогот за претрес го дал службеник на кралската (извршна) власт, судот утврдил дека е ништовен, претресот и заплени го извршиле граѓани, па биле задолжени во граѓанска постапка да платат штета. Викс вклучувал истрага од професионални полициски и федерални служби надгледувани од обвинител, кои извршиле претрес но без налог што требало да го даде судот и затоа доказите биле издвоени.

²²⁵⁴ Re, 2014, стр. 1931-1933.

на поврзаноста помеѓу повредата и доказот, неизбежно откритие, независен извор и персоналниот карактер.²²⁵⁵

3. Критики на ексклузиското правило

Главните тези со кои критичарите го напаѓаат ексклузиското правило се дека тоа доведува до ослободување на криминалците, не им помага на невините жртви на владините злоупотреби, не ја одвраќа полицијата од неразумни претреси и заплени, тоа е драстична и нефлексибилна санкција која не остава простор за флексибилен одговор при тривијални и ненамерни повреди на уставните права, иако дизајнирано да ги казнува полицајците, наместо тоа го казнува општеството, ги казнува обвинителите кои заради него ги губат своите предмети.²²⁵⁶ Следно ќе ја разгледаме секоја од нив.

3.1. Правилото има голем социјален трошок

Централната критика на правилото за издвојување е што доведува до ослободување на криминалците. Социјалниот трошок за општеството во ликот на многумина виновни оставени на слобода е преголем, па затоа се предлага негова замена со други правни лекови.

Предизвикува преголеми социјални трошоци на системот на кривична правда, зашто не ги штити невините, само ги ослободува виновните, го врти фокусот на судењето како целта да е судење на полицијата наместо утврдување на вината или невиноста на обвинетиот.²²⁵⁷

Оваа причина отпаѓа ако се имаат предвид статистиките кои укажуваат на 1) малиот број обвинети споредено со вкупната маса извршени к.д. и 2) малиот број ослободени поради издвоени докази.

Само дел од делата се пријавуваат, $\frac{1}{4}$ од нив се расчистуваат, па процентот на к.д. за кои има обвинение од вкупната маса на извршени к.д. е помеѓу 3 и 15%.²²⁵⁸ Алшулер и Џонс посочуваат истражувања според кои федералните обвинители во 0,2% случаи, а државните во Калифорнија во 0,8% случаи одбиваат да поднесат обвинение поради страв дека заплнетите докази ќе бидат издвоени на суд, односно дека федералните судови издвојуваат докази во 1,3% од сите федерални кривични предмети.²²⁵⁹ Исто и Џексон цитира истражувања според кои негативниот ефект од правилото е исклучително мал и се движи помеѓу 0,6-2,35% загубени осуди.²²⁶⁰ Бичак споменува неколку истражувања направени во САД во периодот од 1979 до 1991 г. од кои може да се дојде до заклучок дека социјалниот трошок од ексклузиското правило е симболичен, зашто само околу 1% обвиненија се загубени како резултат на издвоени докази.²²⁶¹

²²⁵⁵ Re, 2014, стр. 1933-1934, 1936.

²²⁵⁶ Dworkin, 1973, стр. 330.

²²⁵⁷ Oaks, 1970, стр. 756; Slobogin, 1999, стр. 442-445 - социјалниот трошок е голем поради: 1) конзервативната проценка е дека приближно 10.000 престапници и 55.000 прекршители ја избегнуваат казната секоја година поради успешни предлози за издвојување; 2) заканата за IV амандман (разводнување на нормата) поради негова неправилна примена од судиите за да се избегне ослободување на криминалците; 3) психичките и системските трошоци од рутинското лажно сведочење од страна на полициските службеници; 4) деконцентрирачкото влијание на сослушувањата за издвојување на квалитетот на застапувањето на одбраната за други прашања; 5) штетата за судовите и владата генерално поради бесот на јавноста од огромната корист што ја добиваат криминалците кога случаите против нив се отфрлаат или расипуваат со ексклузија. Смета дека сето ова би се избегнало со замена на правилото преку системот на штети што го предлага.

²²⁵⁸ Ashworth, 2002, стр. 40-41.

²²⁵⁹ Alschuler, 2008, стр. 1375; Jones, 2012, стр. 288.

²²⁶⁰ Jackson, 1996, стр. 1222 - конкретно како резултат на докази прибавени со повреда на IV амандман.

²²⁶¹ Biçak, 1995, стр. 85-88.

Или грубо кажано, дури и ако ги земеме 15% од Ешворт, на секои 1.000 реално извршени к.д., обвиненија има за 150 од кои поради издвоени докази изгубени се до 3.

Крајно, и да има алтернатива, ако е вистинска, таа повторно би ја постигнала истата цел, зашто би била способна да ги сузбие неправилните методи на прибавување на доказите и неуставните докази не би биле ни прибавени.²²⁶² Слично и Цичини им одговара на критичарите кои сметаат дека правилото носи преголем трошок во загубени осуди. Смета дека тезата за замена на правилото со лек кој подобро го спречува полициското неуставно однесување, но во исто време не му штети на општеството со тоа што остава виновник да остане неказнет, е неточна или неискрена. Ова бидејќи криминалната активност не ќе биде ни откриена, ако алтернативниот лек ефективно ја одврка полицијата од кршење на уставните права. Следствено критиките врз ексклузивското правило се помалку напад врз него, а повеќе врз валидноста на уставната одредба која забранува неразумни претреси и заплени. IV амандман доаѓа со општествена цена, зашто ако не постои правото на приватност, случајните претреси без налог врз граѓаните и нивните домови несомнено би разоткриле повеќе криминални активности.²²⁶³ Тој ексклузивското правилото го гледа неразделно од основното право што го штити. Смета дека со него би се постигнала целта за зачувување на интегритетот на судството, а би обезбедило исправање на неправдата спрема жртвата на повреденото уставно право, наместо да се фокусираме на хипотетички, неидентификувани граѓани кои може да бидат жртви на полициски злоупотреби во иднина.²²⁶⁴

Слично размислува и Дворкин. Правилото не доведува до ослободување на криминалците, туку законот е тој што го прави тоа. Критичарите не објаснуваат зошто во случај на две неправда треба да превагне тоа на полицијата, посебно што социјално поопасно е кршењето на законите од полицијата, отколку од криминалците.²²⁶⁵

3.2. Правилото не ја враќа состојбата *status quo ante*

Критичарите сметаат дека правилото ги преуредува работите, но не ги враќа во првобитната состојба. Наместо обична *restitutio in integrum* неговиот ресторативен ефект доведува до подкомпензација за полицијата и обвинителството, а наткомпензација за обвинетиот. Имено, полицијата ја става во полоша положба отколку што би била да ги почитувала правилата бидејќи не може да се врати назад и повторно да изврши претрес, а обвинетиот го става во подобра позиција отколку претходно, бидејќи ексклузијата може да го направи имун од гонење за одредено к.д., бидејќи без докази нема дело. Од друга страна, приватноста не може да се поврати ни во оние ситуации кога биле откриени други неинкриминирачки, но штетни информации, додека во многуте ситуации како кога

²²⁶² Исто и Kamisar, 1987, стр. 44, 47-48 - општеството чии службеници го почитуваат IV амандман на прво место (поради ефективни оштетни постапки или друг директен алтернативен лек) плаќа иста цена како и општеството чии службеници не можат да ги користат доказите што ги стекнале затоа што ги добиле со повреда на IV амандман. Двете општества осудуваат помалку криминалци... Обвинетиот немало да биде пуштен... тој не би бил обвинет, бидејќи против него немало да биде извршена полициската незаконитост. Убиецот не би бил ослободен поради нарушена приватност на домот. Тој ќе останел на слобода бидејќи полицијата немало да ја наруши приватноста на домот; Слично и Dripps, 2010, стр. 753, 790 - за кој ексклузивското правило е најдобар лек, бидејќи ниту дава претерана заштита како казнените штети кои од страв од тужби би спречиле легално полициско однесување што е на самата граница на легалноста, ниту премала како имунитетот кој бара флагрантна и тешка повреда на IV амандман како услов за тужба за штета против службениците и така ги штити кај сите останати обични и лесни повреди.

²²⁶³ Cicchini, 2010, стр. 488-489.

²²⁶⁴ Cicchini, 2010, стр. 489.

²²⁶⁵ Dworkin, 1973, стр. 330.

не биле најдени никакви докази, бил уништен имот и сл. ексклузијата не доведува до никаква *restitutio in integrum*.²²⁶⁶

Слично размислуваат и други, во смисла повредата се случила, никако не може да се врати информацискиот *status quo ante*, а државата не може да се преправа дека не знае за информациите добиени од така прибавените докази.²²⁶⁷

Прифаќање на вакво гледиште би значело клиничка смрт на сите принципи за ексклузија на доказите, освен оној за веродостојноста. Дури и докази обезбедени со тортура би биле прифатливи ако се самодоволни (материјалните) или поддржани од други (вербалните), зашто и за нив направеното не може да се отпрати, а откриеното да се заборава.

3.3. Правилото не ги штити невините

Постојат критики во однос на ограниченото дејство на ексклузијата, дека таа не им помага на сите оштетени од незаконско постапување, тука само на мал број афектирани лица. Тоа се оние против кои е поведена постапка, чија повреда на правата резултирала со некаков доказ, па во ситуација кога нема други издвојувањето на тој доказ може да спречи осуда.²²⁶⁸ За таквите обвинети лица Амар пишува

„одвраќањето не постулира некое инхерентно право на обвинетиот. Одвраќањето се однесува на владата; се занимава со систематскиот импакт. Тоа го третира обвинетиот како сурогат за поголемиот јавен интерес за ограничување на владата. Обвинетиот е еден вид приватен јавен обвинител. Но, најлошиот вид. Тој е самоизбран и себичен. Тој често не е претставник на поголемата класа граѓани кои го почитуваат законот, а неговите интереси редовно се судираат со нивните. Навистина, тој често е презрен од јавноста, групата што имплицитно треба да ја претставува“.²²⁶⁹

Правилото не успева да ги одврати полициските службеници од кршење на законите, особено не онаму каде преземените дејствија не биле намерени кон гонење на сторителите, туку кон одземање недозволените предмети.²²⁷⁰ Не е спорно дека полицијата често има што да добие од незаконит претрес, може да одземе дрога, оружје и сл., да го вознемири осомничениот (ако тоа ѝ е намерата), да го зголеми бројот на апсења, да го убеди осомничениот да стане доушник, да добие информации, да одземе докази кои подоцна може да ги употреби против некој што нема право да го оспори претресот или во постапките во кои ексклузиското правило не е применливо.²²⁷¹

Во одговор на ваквите критики, се наведува дека ниту правилото, ниту уставот не постојат за да ги спасат криминалците, туку за да го штитат општеството и сите луѓе кои никогаш не ги кршат законите. Криминалците се средство преку кое се штитат сите останати, имајќи ја во вид неефикасноста на сите други средства. Општеството и невините се основните корисници на ексклузиското правило.²²⁷² Со тоа што го штити

²²⁶⁶ Re, 2014, стр. 1903; Слично и Slobogin, 1999, стр. 430-433 - според кој исклучувањето сепак може да биде оправдано според оваа теорија ако обвинетиот е во состојба да покаже дека владата не можела легално да ги одземе доказите, но смета дека таква прилика ќе биде реткост, со оглед на практично неограничените начини на кои владата може, во теорија, да издејствува веројатна причина.

²²⁶⁷ Roberts and Zuckerman, *Criminal Evidence*, 2nd edn (Oxford University Press, 2010), 183 кај Jackson/Summers, 2012, стр. 155-156.

²²⁶⁸ Iontcheva Turner/ Weigend, 2019, стр. 262; Слично и Kafka, Michael T., *The Exclusionary Rule: An Alternative Perspective*, (2001) 27 *William Mitchell Law Review*, 1895-1939, at 1922 и Wilkey, Malcolm R., *Constitutional Alternatives to the Exclusionary Rule*, (1982) 23 *South Texas Law Journal*, 531-557, at 532 и двата кај Macula/ Gless, 2019, стр. 352.

²²⁶⁹ Amar, 1994, стр. 796.

²²⁷⁰ Oaks, 1970, стр. 755.

²²⁷¹ Alschuler, 2007, стр. 1757; Alschuler, 2008, стр. 1370; Слично Amar, 1997, стр. 463-464; Heydon, 1973, *Illegally Obtained Evidence*, *Crim. L. R.* 1147, p.690 кај Biçak, 1995, стр.76-77; Macula/ Gless, 2019, стр.355.

²²⁷² Dworkin, 1973, стр. 330-331.

правото против незаконски претреси и заплени на сите луѓе, вклучително и на криминалците, го штити јадрото на приватноста.²²⁷³

Алшулер, посочува истражувања кои покажуваат голема разлика во бројот на издадени налози за претрес по Мап во споредба со претходно, автори кои укажуваат на засилени напори за едукација на полицијата онаму каде такви обуки практично не постоеле, и заклучува дека правилото првенствено има долгорочен и индиректен ефект преку формирање навик и насочување на полициското однесување, а не инстантен и непосреден.²²⁷⁴ Тоа го поткрепува со анкети спроведени на федерални агенти, судии, обвинители и адвокати кои се за задржување на ексклузивното правило (агентите заедно со исклучоците добра волја), зашто истото довело до намалување на полициските злоупотреби, влијаело врз полициското однесување на подобро, довело до институционални реформи и ја трансформирало американската полиција.²²⁷⁵

Што значи, како контрааргумент може да се каже дека правилото посредно, индиректно ги брани и невините.

3.4. Правилото не го штити судскиот интегритет

Наспроти сфаќањата дека ексклузивното правило го штити интегритетот на судот спречувајќи тој да се вмеша во неуставното однесување со одобрување или преминување преку него,²²⁷⁶ има и друго гледиште, дека тоа по природа е доказно правило кое не треба да се врзува за судскиот интегритет, бидејќи повредата на уставната норма не е исто што и повреда на судскиот интегритет. Тој се нагизува и кога судовите задржуваат релевантни докази од поротата и се сведоци на погрешни пресуди или кога криминалците излегуваат од суд неказнети.²²⁷⁷ За Полсен ексклузивното правило со ослободувањето виновни го уништува респектот кон правото, зашто за да се одврати полицијата, обвинетиот и службеникот остануваат неказнети.²²⁷⁸

Амар цени дека судскиот интегритет не може да го оправда издвојувањето на доказите бидејќи не се применува во граѓанските предмети, други земји кои имаат правосудни системи што се карактеризираат со интегритет не исклучуваат докази, а посебно што интегритетот се загрозува и со издвојување вистински докази со што се лишува судот од релевантни факти.²²⁷⁹ Дури се смета дека повикувањето на судскиот интегритет како оправдување на ексклузијата е несигурно, бидејќи остава преголема

²²⁷³ Jackson, 1996, стр. 1221-1223.

²²⁷⁴ Alschuler, 2007, стр. 1752, 1757; Alschuler, 2008, стр. 1371-1372; Види и Steiker, 1996, стр. 2535 - сите нови ФБИ агенти мора да поминат 16 неделна обука во Квантико Вирџинија, во која меѓудругото добиваат опсежни информации за јуриспруденцијата во однос на IV, V и VI амандман, а секоја година сите ФБИ агенти се обврзани да учествуваат на работилници чија цел е да ги запознаат со сите нови релевантни одлуки на ВСС; Alschuler, 2009, стр. 494-495 како пример за директен, непосреден ефект ја посочува одлуката на ВСС (*Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979) (*supra* V 6.10.) и фактот што неколку часа по нејзиното објавување неколку големи полициски служби забраниле запирање возила по случаен избор и без оправдана причина.

²²⁷⁵ Alschuler, 2009, стр. 512; Myron W. Orfield, Jr., *Deterrence, Perjury, and the Heater Factor: An Exclusionary Rule in the Chicago Criminal Courts*, 63 U Colo L Rev 75, 80 (1992) и Myron W. Orfield, Jr., *Comment, The Exclusionary Rule and Deterrence: An Empirical Study of Chicago Narcotics Officers*, 54 U Chi L Rev 1016, 1018 (1987) и двата кај Alschuler, 2008, стр. 1373-1374.

²²⁷⁶ Jackson, 1996, стр. 1121, 1123-1124.

²²⁷⁷ Re, 2014, стр. 1904-1005 - бидејќи судскиот интегритет натежнува на двете страни на оваа дебата, таа апстрактна вредност не може да го оправда изборот за издвојување како соодветен лек од IV амандман. Потребен е поконкретен принцип; Слично и Leo, 1996b, стр. 678.

²²⁷⁸ Paulsen, *The Exclusionary Rule and Misconduct by the Police*, 52 J. CPmm. L.C. & P.S. 256 (1961) кај Oaks, 1970, стр. 737.

²²⁷⁹ Amar, 1997, стр. 462; Amar, 1998, стр. 1127.

дискреција на судовите,²²⁸⁰ кои повикувајќи се на него во ист случај може да издвојат или да прифатат доказ зависно од личните преференции на конкретниот судија.

Критичарите, механички ја негираат врската помеѓу дејствијата на истражните органи и судската одлука кога тврдат дека „пресудата го осудува обвинетиот, но не го оправдува однесувањето на истражните органи“.²²⁸¹

Можеби отворено не го оправдува, но и тоа како се ползува со него. Невозможно е некој да тврди дека има одбивност кон она од кое влече корист. Тоа и да не е експлицитно оправдување, во најмала рака е лицемерно однесување.

3.5. Други критики

Како можни негативни ефекти од ексклузиското правило во теоријата се споменуваат насочувањето ресурси за *voir dire* сослушувањата и одолговлекувањето на судењата за да се одлучи по барањата за ексклузија, слабеењето на уставните гаранции поради неволноста на судиите да исклучат докази, потстрекот за спогодби кај обвинителите наместо да трошат време и ресурси за предмети во кои е веројатно дека одбраната ќе поднесе предлог за издвојување со изгледни шанси за успех, заштитата која корумпираните полицајци им ја даваат на криминалците со неуставните претреси и сл.²²⁸² И други укажуваат на неволноста на судиите, ставени пред изборот сè или ништо, да ги издвојат доказите и со тоа да овозможат сторител на тешко к.д. да избега од правдата, во какви ситуации ги интерпретираат порестриктивно правата сè со цел да го стеснат обемот на примена на ексклузиското правило.²²⁸³

Ако навистина е така, ако правилото неволно се користи, дури и свесно се избегнува, тогаш овој аргумент изгледа разумно. Во тој случај на место ќе е прашањето дали тоа навистина ги штити човековите слободи и права во кривичната постапка, или ако не ги штити што треба да се преземе. Инаку, краткото пролонгирање на судењето за да се одлучи по барањето за издвојување на незаконските докази само по себе е мала цена која треба да се плати за да се заштитат човековите слободи и права.

Некои прашуваат зошто системот на кривична правда треба да придонесува во подобра заштита на човековите слободи и права и да ја плаќа цената за подобрување на таквата заштита.²²⁸⁴ Во одговор може да се каже, поради големите човечки и финансиски ресурси на државата споредено со осомничените, концептот на незаконитост е средство за воспоставување на правилен баланс во контекст на посебните факти на случајот.²²⁸⁵

Според Мирфилд, противниците на овој принцип не го прават тоа од прагматични причини загрижени пример од неефикасноста на пораката, туку бидејќи сметаат дека ексклузијата е погрешно средство за дисциплинирање, а судиите погрешни луѓе чија одговорност не е дисциплината кај полицијата.²²⁸⁶ И други иако сугерираат дека овој принцип е атрактивен, сметаат дека не е соодветен механизам за заштита на правата, кои треба да се штитат преку казненото или облигационото право со правен лек како лично

²²⁸⁰ Stone, 1995, стр. 13.

²²⁸¹ Според Jackson/ Summers, 2012, стр. 155 за ова гледиште повеќе кај M. Redmayne, 'Theorising the Criminal Trial' (2009) 12 New Criminal Law Review 287, 306.

²²⁸² Oaks, 1970, стр. 747-748; Alschuler, 2008, стр. 1376; Cicchini, 2010, стр. 471-472 цитира извори според кои 95% од федералните обвиненија завршуваат со спогодби за вина. Во случаите на прибавени докази со уставни повреди обвинителството во замена за спогодба дава концесии од типот полесно дело или помала казна, па полициските злоупотреби не ни излегуваат пред очите на јавноста.

²²⁸³ Macula/ Gless, 2019, стр. 354.

²²⁸⁴ Iontcheva Turner/ Weigend, 2019, стр. 262.

²²⁸⁵ Biçak, 1995, стр. 177-178, 188.

²²⁸⁶ Mirfield, 1997, стр. 22 M; Слично Yeo, 1981, стр. 43 и Ho, 2019b, стр. 294.

право достапно за сите случаи, а не прашање на ексклузиска дискреција.²²⁸⁷ Слобогин пишува дека ексклузиското правило е измама и неефикасен начин за спречување на полициските злоупотреби, а наместо него предлага посебен режим на компензација и казна кој подобро би се справил со полициските злоупотреби. Сепак не е докрај конзистентен во тезата зашто остава простор правилото да остане како изборна опција, ако се докаже дека носи помали трошоци од системот на штети.²²⁸⁸ Со други зборови причина за опстојување на правилото кое според него е лошо решение би бил малиот трошок, а не целта која во суштина со него треба да се постигне, независно кој како гледа на неа (дисциплинирање, судски интегритет итн.)

Цичини со примена на економските теории²²⁸⁹ демонстрира дека ексклузиското правило не може и нема да ги спречи полициските злоупотреби, бидејќи полицијата повеќе се грижи за апсењата отколку за осудите, а дури и да се грижи за осудите, не значи дека ќе изостанат поради издвоениот доказ. Имено, веројатноста од издвојување со сите исклучоци на правилото е неверојатно мала, дури и ако се претпостави дека доказите би биле издвоени цената на изгубената осуда е мала и нема секундарни санкции за да се одврати полициското лошо однесување. Но, не предлага негова елиминација или замена со други правни лекови, туку се залага тоа да не биде ограничено од концептот на одвраќање, туку со примена на принципот за интегритет на судството и заштитниот принцип бара издвојување на сите докази секогаш кога се добиени со повреда на правата од IV амандман.²²⁹⁰

Сринивас како приврзаник на ексклузиското правило кое го гледа не само како опционо или разумно, туку и неопходно, на противниците кои се залагаат тоа да се замени со постапки против полициските службеници што го прекршиле уставот им возвраќа укажувајќи на нивната недоследност што не го прошируваат барањето и на ситуациите кога законодавците, судиите и другите владини актери го кршат уставот.²²⁹¹

Се тврди дека правилото ги стимулира службениците да ја извртуваат вистината, па и да лажат пред суд сè со цел да не дозволат ослободување виновен сторител.²²⁹²

Не е исклучено службениците лажно да сведочат од оваа причина. Меѓутоа тие уште повеќе би лажеле во ситуација во која би биле лично засегнати ако против нив се води граѓанска постапка за надомест за штета, кривична за незаконит претрес или дисциплинска во која ќе биде загрозен нивниот работен однос. Дури може да се каже дека најмалку причини за криење на вистината би имале во постапка по поднесено барање за издвојување, бидејќи не би имале ништо лично да загубат.

²²⁸⁷ I. Dennis, *The Law of Evidence*, 4th edn (London: Sweet & Maxwell, 2010) para. 3.44, 105-6 kaj Jackson/Summers, 2012, стр. 156.

²²⁸⁸ Slobogin, 1999, стр. 442-443, 445.

²²⁸⁹ Државата ја намалува побарувачката за криминал со тоа што му поставува цена во форма на очекуван трошок да мора да се плати парична казна или да се оди во затвор за извршување на к.д. Оваа теорија прифаќа дека едно лице сторува к.д. затоа што очекуваните придобивки за него од делото (финансиски или нефинансиски) ги надминуваат очекуваните трошоци (затвор или парична казна). Затоа, со цел ефективно да се одвратат криминалните активности, кривичната санкција мора да ја одреди очекуваната цена за криминалната активност на износ поголем од очекуваната корист - Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 242-50 (5th ed. 1998) kaj Cicchini, 2010, стр. 466.

²²⁹⁰ Cicchini, 2010, стр. 461, 464, 470, 481, 485-487.

²²⁹¹ Srinivas, 2012, стр. 42, 49.

²²⁹² Oaks, 1970, стр. 739-740.

4. Апсолутно или факултативно правило

Поретки се приврзаниците на облигаторното ексклузивско правило, дури и во оние држави како Грција во кои се применува уставно, апсолутно и безусловно правило. Тоа е така зашто апсолутното правило си има свои мани.

Најважната е што судот неволно наоѓа повреди дури и кога за објективен набљудувач тоа е очевидно. Имено сознанието дека штом констатира полициски прекршок тоа автоматски ќе доведе до издвојување на доказот прави да не сака да види повреда и онаму каде ја има.²²⁹³

„Автоматското ексклузивско правило може да влијае на исходот... судиите од сите политички средини и убедувањата се чувствуваат непријатно со лек кој често е непропорционален. Покрај тоа, меѓу судиите постои природна антипатија кон наметнатите исходи; односно каде судската дискрецијата е ограничена или исклучена. Од задолжителните шеми за санкциите до облигаторното издвојување на доказите, кога законот принудува на она што се смета за неправеден или нефер резултат, може да има одредена тенденција да се поправи штетата - еден вид судско поништување или судско избегнување во примената на правилото или законот“.²²⁹⁴

Несомнено е вака. Меѓутоа исходот не би бил поинаков и при дискреционо правило. Ако судијата кој при апсолутно правило бара начин некако да го заобиколи зашто смета дека издвојувањето на доказот е нефер решение во конкретниот случај, сигурно не би одлучил поинаку кога би имал дискреција да реши дали да го примени или да не го примени правилото. Тој и тогаш не би го применил, само што тогаш би ги немал тешкотиите со кои се соочува како кога треба да објасни зошто во дадената ситуација не е применливо апсолутното правило.

Концизно посочил Јео, „осудата или ослободувањето на обвинетиот ќе зависи од тоа дали тој ќе се појави пред судија кој фаворизира тесна или широка формулација на дискрециското правило“.²²⁹⁵

При преминот од категорично во условно ексклузивско правило прва жртва се материјалните докази. Ретко кога суд што има избор би издвоил веродостојни докази од постапка за тешко к.д., а кредибилни обично се материјалните.

Во државите во кои судот има дискреционо право да одлучи дали ќе издвои незаконит доказ, вообичаено се користат неколку критериуми кои меѓусебно се вагаат. Такви се: 1) сериозноста на повредата (врз човековото право од страна на полицијата), 2) тежината на к.д., 3) влијанието на повредата врз кредибилноста на доказот, 4) дали повредата била формална, техничка или суштинска, 5) дали доказот законски би бил обезбеден ако била запазена процедурата (дали постои чист пат за обезбедување на доказот), 6) мотивот на полицијата, дали повредата била намерна или случајна, 7) леснотијата со која би можел законот да биде испочитуван, 8) дали повреденото

²²⁹³ Bradley, 1993, стр. 174 - посочува студија од 1988 г. за 9 држави според која во 10,3% од 223 случаи апелационите судови пресудиле во корист на владата кога, според законот, требало да пресудат во полза на обвинетиот кој барал издвојување на доказите; Види и Macula/ Gless, 2019, стр. 360-361.

²²⁹⁴ Belanger, 2016, стр. 71. На стр. 89-90 посочил истражување каде учествувале 207 судии, во кое поставил прашање дали апсолутното правило, односно недостатокот на дискреција има тенденција да влијае на начинот како тие на voir dire гледаат на доказите. Иако, од правна гледна точка вистинскиот одговор би бил дека не влијае, дури 44% од испитаните одговориле поинаку. Заклучил дека судиите бараат начин да не ги издвојат доказите, доколку постои било каква можност претресот да се оцени законски. Веродостојно објаснување за тоа смета дека е желбата за праведна одлука и постоењето интуитивно чувство дека вистината е неопходна компонента на правдата. Кога е попречена вистината, загромена е правдата, а легитимитетот компромитиран.

²²⁹⁵ Yeo, 1981, стр. 42.

правилото било одраз на намерата на законодавецот тесно да ја ограничи полицијата, 9) важноста на доказот, 10) дали постоела состојба на итност, нужност.²²⁹⁶

4.1. Правото што е повредено (од полицијата)

Вообичаено државите го надоврзуваат ексклузивното правило на повреда сторена врз уставно или конвенциско право на обвинетиот (така е пример во Ирска и Канада). Се смета дека овие права со оглед на нивната претставеност во највисоките акти заслужуваат сериозен третман и поголема заштита.

Овој критериум е релевантен за дисциплинскиот принцип, зашто можноста за издвојување ја мотивира полицијата да ги почитува уставните права на осомничените во процесот на обезбедување на доказите. Значаен е и за заштита на судскиот интегритет. Имено, граѓаните нема да се незадоволни ако судот издвои доказ обезбеден на крајно неприфатлив начин со тешка повреда на нечие уставно право. И обратно, издвојувањето докази поради „техникалии“ несомнено го нарушува интегритетот кој судот го има во очите на јавноста. Заштитниот принцип несомнено налага издвојување на доказот при повреда на човеково право (освен ако повредата е безначајна). Може да се каже дека и во due process државите благонаклоно се гледа на овој критериум.

Морам да забележам дека тежината на повреда сама по себе не смее да биде единствен фактор од кој ќе зависи ексклузијата, зашто можеби побитно е какво уставно, конвенциско, законско право или процесно правило било повредено. Ако доказот не можел да биде обезбеден доколку биле следени законските методи за прибирање на доказите, тој секако треба да биде издвоен. Овде незаконитоста е причина, а прибавениот доказ последица. Но, ако повреденото право или правило не било наменето да го ограничи начинот на прибавување на доказите, туку неговата намена била сосема подруга, тогаш освен прекршувањето треба да има и нешто друго што би ја оправдало ексклузијата. Така, приведувањето некого без судска наредба или држењето *incommunicado* во полициска станица се сериозни прекршувања на правото на слобода (чл. 12 од УРСМ, чл. 5 од ЕКЧП, чл. 140 од КЗ) заради кои полицискиот припадник може да одговара кривично и дисциплински, па и да ја загуби работата. Но, непочитувањето на одредбите од ЗКП за обезбедување присуство на лица (чл. 157-161) претставува релативна повреда на процесните правила која не мора да има влијание врз пресудата. Што значи начинот на неговото лишување од слобода, иако значаен од правен аспект во повеќето случаи не би го направил неговото испитување незаконито. Ако бил поучен за правото да молчи, за бранител, се посветувал со него, па дал исказ тогаш тешко ќе може да се оспори валидноста на изјавата, независно што следувала после незаконско апсење. Ако пак бил држен со часови и денови, непоучен, лишен од сон и храна, без контакти со бранител или со членови на семејството сè додека не попуштил и не се инкриминирал себеси, тогаш таквата изјава би била подложна на издвојување. Ова е пример зошто за некои ситуации не одговара апсолутно, туку факултативно ексклузивно правило.²²⁹⁷

²²⁹⁶ Пр. види кај Spencer, 2005c, стр. 605, 608 (од 1 до 6); Yeo, 1981, стр. 46-49 (сите освен 5); Thaman, 2011, стр. 717, 723 - смета дека повредите на уставните права не треба да се вагаат, но за другите неправилности и незаконитости како критериуми ги посочува (1, 2, 4, 6, 9).

²²⁹⁷ Во Англија држењето *incommunicado* или неинформирањето на семејството дека лицето е задржано во полициска станица ретко може да биде основ за издвојување на признанието. Тоа би било во ситуации кога осомничениот е ментално хендикепиран, претерано сугестибилен, малолетен, па присуството на возрасно лице е своевидна гаранција дека ја сфаќа позицијата во која се нашол, ги разбира прашањата и знае што всушност признава. Осомничените кои спаѓаат во овие ранливи категории не се во состојба како другите да се справат со притисоците на полициското опкружување и се поподложни, посклони да дадат лажно признание. Но, постои спротивставена пракса за ситуација ако полицијата не го информира осомничениот за присуството на бранителот кого го ангажирале неговите најблиски и не го праша дали сака или не да се

4.2. Тежина на к.д. (кое го сторил осомничениот)

Колку потешко дело сторил осомничениот толку поголеми се шансите судот да биде потолерантен спрема постапките на полицијата и да прифати доказ прибавен на незаконит начин.

Овој критериум небитен за дисциплинскиот и заштитниот принцип, особено е значаен за државите во кои ексклузијата се согледува низ призма на судскиот интегритет. Очигледно администрацијата на правдата и угледот на судот тешко ќе бидат погодени со издвојување веродостоен доказ од постапка која се води за тешко к.д., наспроти друга во која се суди лице за полесно дело. Овој критериум секако ќе биде прифатлив во *stare decisis* држава.

Нарушувањето на интегритетот на постапката и доведувањето на правораздавањето на лош глас прецизно е наведено во чл. 24 од Канадската повелба за правата и во чл. 69 од Статутот на МКС. Хрватска е пример на држава која прави дистинкција зависно од тежината на делото за кое се води постапката, па идентично прибавен доказ облигаторно би се издвоил за лесно или средно к.д., а би се прифатил во постапка тешко дело (чл. 10 од нивниот ЗКП).

Сметам дека овде е добро место да предочам, дека доктрината во САД ја има дискредитирано идејата за „споредбена одговорност“,²²⁹⁸ праксата не ја прифаќа,²²⁹⁹ што само по себе не значи, дека спречила стеснување на ексклузивното правило до степен на исчезнување.

Камисар прво ги дал главните контури, а потоа критички ја опсервирал. Главните тези на оваа идеја се:

а) бидејќи пуштањето на криминалецот е секогаш пошокантно, или барем исто толку шокантно, како и прифаќањето релевантни и веродостојни, иако незаконски стекнати, докази, освен ако постојат други добри причини да не се стори тоа, судот секогаш треба да ги прифати таквите докази.

б) при одлучувањето за допуштеноста на доказите прибавени со кршење на IV амандман, судот треба да ја балансира сериозноста на грешката на службеникот со тежината на к.д. на обвинетиот и да ги исклучи доказите само кога, ако некогаш, прекорливоста на незаконитоста на службеникот е поголема отколку на обвинетиот.

в) судовите треба да земат предвид некои к.д., на пример, убиство, силување и вооружен грабеж, толку сериозни што нивната тежина секогаш ќе ја надмине тежината на какво било неразумно пребарување или заплена и целосно да ги елиминираат овие к.д. од опфатот на правилото, но да го применат правилото како што вообичаено би го примениле во сите преостанати случаи.

г) при примената на тестот за споредбена одговорност, судот може да примени пристап на две нивоа, (i) никогаш да не ги исклучува незаконски одземените докази во „најсериозните“ случаи (бидејќи однесувањето на обвинетиот во такви случаи секогаш ќе биде попрекорливо од тоа на полицискиот службеник), и (ii) слободно да ги балансира тежината на уставната повреда со тежината на к.д. на обвинетиот во други случаи.²³⁰⁰

Повеќе од јасно е дека ако се споредува грешката на службеникот, секогаш или скоро секогаш, тасот на вагата ќе натезне на страната на к.д., што би довело до анулирање на ексклузивното правило и заштитата која тоа ја дава на уставните права. Ниедна уставна повреда не ќе биде толку сериозна и ниедно к.д. толку ситно за да спречи прифаќање на доказот.²³⁰¹

Затоа Камисар е против селективност на правилото, тоа да не се применува за тешки дела, а да важи за останатите од неколку причини. Една е можноста

види со него, вклучително и тогаш кога претходно одбил правна помош - Mirfield, 1997, стр. 179, 185-186, 285-287, 289-290, 292.

²²⁹⁸ LaFave, 2009, 762.

²²⁹⁹ *Mincey v. Arizona*, 437 U. S. 393-394 (1978) - делото кое се истражува (убиство, силување, разбојништво, кражба) не ги редуцира гаранциите од IV амандман.

²³⁰⁰ Kamisar, 1987, стр. 2-3.

²³⁰¹ Исто и Kamisar, 1987, стр. 16-19.

обвинителството познавајќи ја таа разлика, свесно да гони осомничени за тешки к.д. за кои би се прифатил неуставно прибавениот доказ наместо за објективно сторени полесни облици на исто дело за кои не би бил прифатен и обвинетиот би бил ослободен (како пр. го дава разбојништвото спрема обичната или тешката кражба). Од друга страна прифаќањето ваков исклучок на правилото ќе значи судот да толерира отворен пркос и очигледно занемарување на забраната против неразумни претреси и заплени при гонење сериозни престапници. Полицијата ќе може да пребарува без налог, без добра или каква било причина, да прислушува без надворешни ограничувања, а сепак тоа нема да го загрози случајот на државата бидејќи доказите ќе може неказнето да се искористат против обвинетиот. Повикувајќи се на најсеопфатната студија за односот на полицијата кон ексклузивното правило заклучува дека полицијата има големи тешкотии да верува дека стандардите можат да имаат вистинско значење ако владата може да профитира од нивното прекршување, додека елиминацијата на правилото за исклучување (што е полошо отколку никогаш да не било воведено) би се сфатило како укажување дека IV амандман не е сериозна работа.²³⁰²

Смета дека овој начин на размислување е дефектен, фаличен, погрешен бидејќи:

„Иако најнепосредната и најдиректна последица од издвојувањето може да биде корист за поединечен обвинет кој инаку би можел да биде осуден, целта на правилото за издвојување не е да му се компензира на обвинетиот за стореното неправо кон него ни да го казни службеникот за стореното неправо. Наместо тоа, обвинетиот е во најдобар случај случаен корисник од издвојувањето со цел да се отстрани поттикот за непочитување на IV амандман, така што фреквенцијата на идните прекршувања ќе се намали. Примената на ексклузивното правило понекогаш значи дека очигледно виновниот обвинет останува неказнет, но тоа се случува за да се заштитиме ние останатите од незаконски полициски инвазии врз нашата безбедност и да го одржиме интегритетот на нашите институции... Невините и општеството се главни корисници на правилото за издвојување“.²³⁰³

Логиката е иста со барањето веројатна причина за претрес или апсење која го принудува општеството да го поднесе товарот. Имено ако полицијата нема разумен сомнеж дека лицето кое планира да го уапси сторило дело или дека ќе најде докази за к.д. онаму каде планира да претресе, таа нема да добие налог. По истиот принцип легитимно е судот да ги издвои доказите од извршен претрес без налог, заради заштита на приватноста на луѓето или безбедноста на домовите.²³⁰⁴

²³⁰² Kamisar, 1987, стр. 13-14, 19-22. На страна 29 додава - споредувањето на повредите не е оправдано и од друг аспект. Јасен е одговорот на прашањето дали е подобро да бидеш убиен или силуван отколку домот или ти да бидете незаконито претресени. И не само тоа, како што вели, некој да им продаде дрога на моите деца, да ми го ограбат домот, да ми го отрујат кучето, иако е субјективно прашање, сè е повознемирувачко отколку полицијата без налог да ми го претресе домот. Исклучокот од правилото за сериозно дело или барањето да се споредуваат тежината на к.д. на сторителот со јачината на повредата сторена од службеникот едноставно би го проголтале правилото. При споредба, дури и кај лесни дела, дали може да се каже дека крадецот на кредитна картичка чии уставни права биле повредени претрпел поголема штета од лицето чија картичка ја украде.

²³⁰³ Kamisar, 1987, стр. 30. На страна 31 продолжува: Постојат и други начини да се постави прашањето. На пример, дали е подобро да се пуштат на слобода неколку лоши луѓе одошто да се даде поттик на полицијата да ги прекрши правата на многу луѓе? Или, дали е подобро да се остави некој повремени криминалец неказнет отколку да се охрабрува полицијата да си ја работи својата работа без да го земе предвид IV амандман, а со тоа да ја намали приватноста и слободата до степен што не е во согласност со слободното и отворено општество? Или, да го позајиме познатиот став на врховниот судија Холмс, дали е помало зло некои криминалци да избегаат отколку Владата да игра срамна, нечесна улога? Урамнотежувањето на практичното, корисното наспроти вредностите или принципите не е напор кој одговара на анализа на трошоците и придобивките. Тоа не е како да се балансира потребата за нов автомобил со правилото „не кради“.

²³⁰⁴ Mertens & Wasserstrom, *The Good Faith Exception to the Exclusionary Rule: Deregulating the Police and Derailing the Law*, 70 GEO. L.J. 365, 390 (1981) кај Kamisar, 1987, стр. 30.

Слично размислува Ешворт, сериозноста на обвинението со кое се соочува обвинетиот никогаш не треба да биде предмет на балансирање бидејќи колку е посериозно обвинението, толку поштетно ќе биде воведувањето на доказите за обвинетиот бидејќи го чека потешка казна,²³⁰⁵ а со него се согласува и Таман.²³⁰⁶

„Со цел да се обезбеди ефикасен правен лек за прекршување на правата во кривичните истраги, доказите добиени со кршење на основните уставни права претпоставено треба да се исклучат, освен при тесни исклучоци за повреди сторени со добра вера и во итни случаи. Издвојувањето на таквите докази не треба да зависи од балансирањето на интересите; во спротивно, основните човекови права ќе бидат изгубени во процесот на вагање. Но, доказите добиени со незаконско однесување на државата што не се искачуваат на ниво на повреда на основното уставно право може соодветно да се земат предвид за прифаќање врз основа на тест за балансирање.²³⁰⁷

Во пресудите на ВСС никаде тежината на извршеното к.д. не влијае на прашањето за ексклузија. Ако се исполнети условите за издвојување, доказот се издвојува без оглед на овој фактор. Но, таму по други основи со тек на време било ограничено правилото. Така што, може да се каже без опасност да се погреша, дека модерен тренд е исчезнување на општото, безусловно, автоматско ексклузиско правило. Да, тоа сега го има за некои повреди (пр. тортура), но е специјално само за овој мал сегмент, а не за другите.

4.3. Влијание на повредата врз кредибилноста на доказот

Кредибилноста и веродостојноста на доказите се основното што треба да го обезбеди секоја кривична постапка, зашто без нив нема сигурност во пресудата. На овој критериум нема што да му се забележи, бидејќи не може да има правда во погрешна пресуда низ призма на основното правило.

Тој впрочем е единствено прифатлив за ЕСЧП кога сè во прашање материјалните докази, што не е нималку чудно, бидејќи е значаен од гледна точка на принципот на веродостојност, којшто има примат во јуриспруденцијата на овој суд.

Проблем е, ако ова е единствениот принцип преку кој во една држава се оправдува ексклузиското правило. Сите останати (заштитен, дисциплински, судски интегритет) се неутрални за овој критериум, па прифаќањето само на принципот на веродостојност ќе не врати во времето кога важело старото правило на обичајното право според кое не било битно како доказот бил добиен, дури и да бил украден, тој ако бил веродостоен требало да се прифати.

4.4. Карактерот на повредата

Овој критериум има сличности со првиот. Независно какво право е повредено се гледа сериозноста на повредата сторена од полицијата, дали таа била формална, техничка или суштинска (пр. полицијата може неовластено да влезе во нечиј дом без судски налог и законско овластување, а може да ги има нив, само избрзала при влегувањето без да ја предаде наредбата, ја оштетила влезната врата и сл.).

Од една страна тривијалните повреди не оправдуваат ексклузија, а од друга има разлика помеѓу повреда на уставно право на обвинет и техничка неправилност во прибавување на доказот. Колку посериозна е повредата толку поголеми се шансите доказот да биде издвоен. Но, ако повредата не ја зголемила веројатноста доказот да биде

²³⁰⁵ Andrew Ashworth, 'Excluding Evidence As Protecting Rights' (1977) Crim L Rev at 732 kaj Thaman, 2011, стр. 732-734.

²³⁰⁶ Thaman, 2011, стр. 717 - употреба на кој било тест за балансирање каде што се повредени фундаментални права, се заканува да ги подреди правата на други интереси кои имаат помало (ако имаат) уставно значење.

²³⁰⁷ Thaman, 2011, стр. 698, 734.

пронајден, односно ако тој би бил најден и без неа, таа не треба да допринесе за негова ексклузија.

Овој критериум може да се оправда преку заштитниот и дисциплинскиот принцип (не и останатите) и во due process држава, зашто можноста за издвојување ја мотивира полицијата да ги почитува сите, дури и техничките правила за прибавување на доказите. Несомнено, во таков случај ќе трпи судскиот интегритет.

4.5. Дали доказот би бил обезбеден ако била запазена процедурата

Прашањето за ексклузијата се јавува во оние случаи во кои полицијата незаконски го обезбедила доказот. Видовме неколку примери во одлуките од САД во кои доказот со сигурност ќе бил најден ако полицијата ја запазела процедурата (агенти влегуваат без налог и наоѓаат докази, а за тоа време друг агент доаѓа со судски налог во рака, или полицијата неовластено разговара со осомничениот и од него го дознава местото на лешот, иако потрагата била започната и тој секако ќе бил најден).

Овој критериум не треба да се користи како оправдување на отворено непочитување на прописите од страна на органите на прогонот. Позицијата, ако не го извршувме претресот незаконито, ќе го спроведеме законито со потсмев гледа на владеењето на правото и на почитувањето на законските процедури.

Затоа според овој критериум доказот би се прифатил само ако постоел чист пат за негово обезбедување. Интенцијата е да не се доведе државата во полоша позиција, зашто доказот секако ќе бил најден, а не по секоја цена да се оправда незаконското постапување. Оттука, ако не можел да биде обезбеден законито, тогаш доказот никако не би смеел да се прифати.

Ексклузијата би ја мотивирала полицијата во иднина да биде попретпазлива и да не ги крши прописите, но негативно би влијаела врз интегритетот на судството. Прифаќањето на доказот значајно од аспект на crime control функцијата, би било спорно во due process државите зашто несомнено до него било дојдено на незаконит начин.

4.6. Мотивот (кај полицијата)

Овде се гледа субјективниот однос кој го имале полициските службеници кога го прибавувале доказот. Дали постапката била намерна или ненамерна. Ако била намерна дали била моментна одлука или смислен облик на однесување. Дали постапувале со лоша намера или со добри намери и волја, дали до повреда дошло како резултат на системска негрижа или случајно.

Овој фактор е битен за дисциплинскиот принцип. Треба да се санкционира виновно, намерно, безобсирно постапување кај полицијата за таа да се одврати од такви постапки во иднина. Но, ако постапувала со најдобри намери нема причина да се казни или укори.

Овој фактор не е битен од гледна точка на принципот на веродостојност според кој доказот се издвојува ако начинот со кој бил прибавен го прави неверодостоен, ниту за заштитниот принцип за кого е битно дека било повредено заштитено право, а не поради кои причини дошло до повредата. Но, е битен за судскиот интегритет, бидејќи издвојувањето кредибилен доказ поради ненамерна грешка и со тоа ослободување виновен сторител на тешко дело, никако нема да го направи судот допадлив во очите на јавноста.

Нема потреба повеќе да повторувам, за crime control држава сè додека доказот е веродостоен тој е прифатлив, независно од методот како бил добиен и аналогно на тоа во due process државите доволно е да биде повредено уставно право за доказот да се издвои.

4.7. Леснотијата со која законот можел да биде испочитуван

Ако полицијата немала практични пречки пред себе (состојба на итност, опасност за живот и имотот сл.) и можела лесно да обезбеди судски налог за прибавување на доказот, тогаш доказот треба да се издвои.²³⁰⁸ Овој критериум е близок до претходниот, зашто колку полесно можела да ги запази правилата, толку поголема негрижа покажала за нив со фактот што решила да не ги почитува.

Битен е за дисциплинскиот и заштитниот принцип, а може да е значаен и за интегритетот, зашто судот не треба лесно да преминува преку полициски неправилности и злоупотреби, ако законот можел без проблем да се испочитува.

4.8. Дали повреденото правило било одраз на намерата на законодавецот тесно да ја ограничи полицијата во практикување на својата власт

Некои од факторите дејствуваат во ист правец.

Ако повреденото правилото било одраз на намерата на законодавецот тесно да ја ограничи полицијата во практикување на својата практична моќ, верно е да се очекува дека во најголем број случаи неговата повреда ќе е сериозна, а никако формална и техничка (4.1. и 4.4. погоре).

Овој критериум е значаен од аспект на заштитниот принцип, зашто тој е негов двигател, иако издвојувањето нема да им пркоси ни на дисциплинскиот ни на принципот за заштита на судскиот интегритет. Може да се каже дека принципот на веродостојност стои на страна кога станува збор за овој фактор.

4.9. Важноста на доказот

Ако се гледа исклучиво важноста на доказот, потешко ќе се издвои одлучувачки доказ независно што бил обезбеден на незаконит начин. Овој критериум несомнено е битен од аспект на принципот на веродостојност, меѓутоа е подобен да го анулира ексклузивното правило исто како факторот тежина на к.д. Во суштина не е битно кога судот издвојува помалку значаен доказ кој не ги крепи темелите на доказната зграда, зашто неговото отсуството не се забележува. Едноставно издвојувањето неважен доказ ќе нема никакво значење за одлуката. Видовме погоре, во Австралија овој фактор не игра улога за прифаќање на доказот ако повредата била намерна или крајно небрежна, бидејќи во спротивно само од неа би зависела прифатливоста што би засилило погрешно гледиште дека ако доказот е толку осудувачки тоа би било сосема доволно да надомести за незаконитоста каква и да била.

4.10. Дали постоела состојба на итност, нужност

Полициските службеници се луѓе. Често пати од нив се бара да дејствуваат во состојба на непосредна опасност, брзо да донесат одлука која може да значи живот или смрт. Тие не анализираат *ex cathedra*, што ќе рече немаат слобода подолго време да размислат пред да донесат одлука, ниту ги имаат како вештачката интелигенција сите можни информации корисни за да донесат најправилна одлука. Состојбата на итност,

²³⁰⁸ Вака и канадската пракса и наука. Фактот дека незаконски прибавените докази неизбежно би биле откриени на законски начин не го спречува издвојувањето, бидејќи неуспехот на полицијата да постапи правилно кога таа опција беше отворена за неа, има тенденција да укаже на бесрамно непочитување на Повелбата, што е фактор кој го поддржува исклучувањето на доказите - *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, 285 (Can.); Заклучокот дека полицијата можела да ги прибави доказите со уставни средства всушност го прави исклучувањето поверојатно - *Kent Roach & M.L. Friedland, Borderline Justice: Policing in the Two Niagaras*, 23 Am.J. Crim. L. 241 (1996), at 346 и двете кај *Alschuler*, 2007, стр. 1778.

необходност е критериум кој би го оправдал прифаќањето на доказот, што инаку би бил издвоен ако неа ја немало.

Дисциплинскиот принцип, тој за заштита на судскиот интегритет, па дури и заштитниот ако се работи за заштита на правата на жртвата или на останатите луѓе треба да отстапат пред овој критериум.

5. Резиме

Постојат неколку принципи со кои се оправдува ексклузивното правило. Кривичната постапка не е цел сама за себе. Таа не е нешто кое мора да се спроведе колку за да се спроведе, туку најдобар метод што правната наука и пракса успеале да го обликуваат за на правичен начин да се дојде до правда во секој поединечен случај.

Начелото на материјална вистина извира од идејата на праведноста и е составен дел на владеештето на правото.²³⁰⁹ Бидејќи материјалната правда е крајната цел на секоја постапка, практично нема држава во која не е прифатен принципот за веродостојност. Оние држави кои се водат само по него издвојуваат најмалку докази и по правило тоа се вербалните изјави добиени со разни облици на незаконско влијание врз волјата на испитуваното лице, со повреда на неговото право на молчење и на бранител. Генерално во нив пропустливоста на незаконски прибавените материјални докази е поголема, бидејќи методот на прибавување не влијае врз нивната доказна сила и точност.

Опсегот на правилото зависи од принципите кои стојат зад него. Па, во оние држави во кои освен веродостојноста се прифаќа уште некој, ексклузијата ќе зафати и други докази кои го поминале тестот на веродостојноста. Во долнава табела државите ги поделив според главните принципи на кои е фундирано нивното ексклузивно правило.²³¹⁰

водечки принципи	држави
веродостојност	ЕСЧП, Англија, Кина, Австрија, Швајцарија, Белгија, Данска, Израел, Тајван, Јужна Кореја, Сингапур, Хонг Конг, Малезија, Индија, Полска, Чешка, Финска, Шведска
слободи и права	Шкотска, Ирска, Канада, Нов Зеланд, Грција
дисциплински	САД, Шкотска, Ирска, Австралија, Канада, Хрватска, Швајцарија, Данска, Јужна Африка, Тајван
судски интегритет	Шкотска, Австралија, Канада, Германија, Јужна Африка, Тајван

Табела 19

Некои држави се водат по повеќе принципи. Дури и кај оние кои споделуваат ист водечки принцип постојат разлики. Ретки се тие како Грција кои имаат апсолутно ексклузивно правило за повреда на уставните права на граѓаните. Нормативно таква е состојбата во Македонија, а и во Ирска каде сепак при постоење одредени опростливи причини слабее моќта на апсолутното начело.

Во светот генерално се напушта безусловната ексклузија на материјалните докази, иако за вербалните прибавени со методи на тортура правилото секаде е апсолутно. На полето на материјалните докази државите се впуштаат во процес на одмерување на различни конкурентни интереси. Не е едноставно да се направи правилен баланс, што е најдобро во дадена ситуација. Прашање на правна политика е кои

²³⁰⁹ Đurđević, 2013b, стр. 338-339.

²³¹⁰ Свесно не ги вметнав сите кај принципот на веродостојност, туку ги вклучив само оние системи во кои главното тежиште е ставено врз овој принцип, како на пр. ЕСЧП во чии одлучи е релевантен за сите видови докази. Дури и за изворните и дериватите на тортурата е така, само што ексклузијата се оправдува и со тој заштита на судскиот интегритет. Меѓутоа бидејќи тортурата е исклучок, ЕСЧП не го вметнав во делот од табелата кој се однесува на принципот на заштита на судскиот интегритет, зашто примената е ретка. Овде се претставени кои се водечките принципи во анализираниите држави, по ист метод како со ЕСЧП.

критериуми ќе ги прифати една држава при оценка на прифатливоста на незаконито прибавените докази. Тоа најчесто го прави законодавството или државниот врховен суд.²³¹¹

Најбитно е да се каже дека ова не е прашање кое еднаш за секогаш е решено. Кој пат ќе го одбереме зависи од нас самите, каква цена ќе платиме зависи од патот што сме го одбрале.²³¹² Праксата е таа која треба да ја инспирира теоријата.²³¹³ Таа треба да покаже дали некое решение е добро или лошо, таа е онаа која обезбедува мноштво податоци и информации кои потоа легислативата или највисоките државни судови ги земаат предвид при преоценка на државната стратегија во однос на незаконски прибавените докази. Таков е случајот со Нов Зеланд кој во 1992 г. прифатил апсолутно правило, за во 2002 г. под притисок на случај со тешко к.д. да го трансформира во дискреционо, како и Белгија која во 2003 г. го трансформирала апсолутното правило прифатено во 1990 г.

²³¹¹ За Австралија (4.1., 4.2., 4.4., 4.5., 4.6., 4.7., 4.8. и 4.9.) види кај Bradley, 1993, стр. 192, Bradley, 2001, стр. 380, Thaman, 2010, стр. 350 и кај Mirfield, 1997, стр. 142-143, 363-365; За Шпанија (4.1., 4.2., 4.3., 4.5., 4.6., 4.8. и 4.9.) кај Thaman, 2010, стр. 378-379; За Англија (4.1. и 4.6.) кај Stone, 1995, стр. 4-5, 8; За Канада (4.1., 4.2., 4.4., 4.5., 4.6., 4.9. и 4.10.) кај Skinnider, 2005, стр. 11 и Alschuler, 2007, стр. 1777; За Шкотска (4.1., 4.2., 4.4., 4.6., 4.7., 4.8. и 4.10.) кај Duff, 2004, стр. 79, 83, 87-89, 92-93, 96-98 (ги споменува и потребата да се зачува доказот и прашањето на правичноста спрема обвинетиот), Mirfield, 1997, стр. 355 и кај Milovanović, 1989, стр. 36-37; За Германија (4.1., 4.2., 4.6., 4.8. и 4.9.) кај Weigend, 2019, стр. 74; За Ирска (4.1., 4.4., 4.6. и 4.10.) кај Milovanović, 1989, стр. 38 и Jackson, 2012, стр. 130; За Тајван (4.1., 4.2., 4.4., 4.5., 4.6., 4.7. и 4.8.) кај Lin/ Wang/ Chen/ Tsai-Chen/ Tsai, 2019, стр. 133, 146 (а го споменуваат и одвраќачкиот ефект кој би го имал издвојувањето на доказот, секако овие се онаму каде има балансирање, а не во случаите каде е предвидено облигаторно издвојување (изнудени признанија, прислушувани разговори и нивни плодови без налог).

²³¹² Трпенски, 2021, стр. 23.

²³¹³ Максимите кои ја регулират политиката во напредните земји, стануваат познати во помалку напредните земји главно со посредство на теоретичарите. Во напредните земји праксата ја инспирира теоријата, во останатите теоријата ја инспирира праксата. Оваа разлика е една од причините поради кои пресадените идеи ретко се така успешни, како што биле на своето родно место - Расел, 1998, стр. 543.

ГЛАВА X ЗАКЛУЧНИ СОГЛЕДУВАЊА

Инклузијата и ексклузијата на доказите директно се поврзани со целта на постапката. Ако единствена цел на кривичната постапка е казнување на виновникот и ослободување на невиниот, тогаш таа цел најдобро ќе се оствари со прифаќање на сите веродостојни докази. Имено, треба да се утврди целосната вистина, а до неа најдобро ќе се дојде ако ексклузивските правила бидат поставени на минимум.

Ако целта на постапката е намалување на криминалот, таа најдобро ќе се реализира во *stíme control* држава. Тоа е некој вид на сафари држава во која секогаш е сезона на отворен лов на криминалци, дури и по цена некој невин да биде осуден.

Меѓутоа на јавниот интерес да се сузбие или барем да се намали криминалот му се спротивставува општествениот интерес за почитување на граѓанските слободи и права и владеењето на правото. Целта не може и не смее да ги оправда сите средства, посебно не во време како модерново кога на постапката ѝ се признаваат и други цели, а не само голо спроведување на нормите на материјалното право.

Дофатот на ексклузијата е неразделно врзан со причините поради кои таа во прв ред се прифаќа. Ова е така бидејќи различни мотиви за нормирање на ексклузивското правило природно водат до различни последици од повреда на процесните и материјалните права.

Прашањето е кој е мотивот на законодавецот, дали тој поаѓа од деонтолошка или консеквенцијалистичка позиција.²³¹⁴ Ако целта на постоењето на овој институт е доследно остварување на начелото на законитост и во процесното право, како што е тоа со материјалното право, тогаш забрането ќе е користење на незаконитите докази, независно од делото за кое се води постапката. Имено, низ призмата на деонтолошките теории за исправното во кои неспорно влегува и Кантовото учење за етиката и правдата битна е исправноста на постапката, а не и последиците, па недозволената постапка нужно ќе резултира со издвојување на доказот кој бил обезбеден со неа. За консеквенцијалистичките теории дозволено е балансирање на вредностите и во таа насока прифатливи ќе бидат и доказите што произлегле од недозволените дејствија, ако доброто што се добива од тие докази е поголемо од злото нанесено при прибавувањето.

Постои општа согласност дека постојат забранети начини за прибавување докази (како тортурата) кои мора да се стигматизираат и за кои има еден вистински лек, ексклузијата. Има шареноликост во однос на другите противправни методи преку кои се доаѓа до доказите. За нив се нудат најразлични решенија. Најспоменувани од теоретичарите и практичарите се граѓанските постапки за надомест на штета против одговорното службено лице и/или органот во чие име постапувало, интерните дисциплински мерки за полициските службеници или нивно кривично гонење, обуките на полициските службеници вклучително и советувањата за новините во судското право, снимање на полициските испитувања, вградување камери на полициските униформи, граѓански совети за надзор на полицијата, намалување на санкцијата на осуденото лице

²³¹⁴ Сулејманов, 2013, стр. 82-83, 472-473 - кај деонтолошкото гледиште најбитно е почитувањето на вредностите, па своите судови ги гради според постапките независно од последиците кои ги предизвикува постапката. Пр. ако неприкосновеноста на човековиот живот е добро, тогаш не е исправно да се убие човек ни за да се спасат илјада други, зашто под никакви околности не е исправно да се убие човек. Или ако некој се дави должност е да му помогнеме. Консеквенцијалистичко гледиште ја проценува постапката според последиците од неа. Така ако давеникот е мој непријател мирно ќе заминам, ако е непознат можам да се сожалам но заради ризикот по сопствениот живот нема да се обидам да го спасам, ако ми е близок ќе се обидам да го спасам и по цена на сопствениот живот.

(жртва на повредата) итн. Сепак, повеќето сметаат дека има мала ефикасна алтернатива на ексклузивното правило. Неуставното однесување е ризик за сите. Јавноста има интерес полицијата да ги почитува законите. Ако алтернативата е вистинска, таа повторно би ја постигнала истата цел. Би била способна да ги сузбие неправилните методи за прибавување на доказите и неуставните докази не би ни биле прибавени.

Мојот став е дека одредени повреди сторени при прибавување на доказите не треба и не може да се поправат преку граѓански постапки за штета. Паричен надомест реално може да биде единствен лек во оние ситуации кога полицијата иако повредила нечие право, не нашла докази па не била поведена судска постапка или обвинителот решил да не ги употреби спорните докази знаејќи дека ќе биде побарано нивно издвојување. Бездруго ваквите повреди ќе останат несанкционирани ако ексклузивното правило се гледа како единствен правен лек за повредите.

Меѓутоа кога судовите би им дозволиле на властите да ја ограничат својата реакција само со исплата на надомест, а спорните докази без ограда да ги користат во постапката, тогаш државните службеници би можеле да ги злоупотребуваат правата на оние кои се под нивна контрола преку практична неказливост. Тогаш ништо не би ги спречило во иднина да продолжат со незаконитото однесување. Уставните, конвенциските или законските одредби со кои се штитат човековите слободи и права, со кои се забранува одредено постапување и однесување или метод на работа би биле само пишан збор на хартија и целосно неефективни во пракса. Дисциплинските постапки, обуките и советувањата се мерки насочени кон подобрување на полициското делување со ефект за во иднина. Но, со нив ништо не се прави за жртвата на неуставното постапување.

Затоа не би било правилно да се размислува дали ексклузивното правило е неопходен правен лек, туку дали само тоа треба да биде лекот за повредите и кога е соодветно да се примени, за да не се случи пак, лекот да го ослаби организмот што треба да го заштити. Тука треба да забележам дека се погрешни критиките што одат на сметка на правилото, а кои тврдат дека им погодува на виновните. Тоа може да е така ако неуставниот или незаконитиот доказ е единствениот, одлучувачкиот доказ против осомничениот. Тогаш издвојувањето бездруго ќе доведе до негово ослободување. Меѓутоа не е секогаш вака. Ако постојат и други докази против него, со издвојувањето тој практично ништо не добива, зашто пак би бил осуден. Овдека поповолно за него би било намалување на санкцијата, кога и онака со или без доказот би бил осуден. Затоа кога легислативно се промислува правилото не треба да не замајува претпоставката дека тоа секогаш му погодува на осомничениот, бидејќи таа едноставно не е точна. Некогаш ќе има полза, некогаш ќе нема, затоа претпоставената полза не смее да биде тасот кој ќе одреди на кај ќе натежне вагата, дали кон *crime control* или кај *due process* државата.

Секое време има свои методи за борба со криминалот и секое време смета дека неговите се најдобри, иако историјата многупати нè подучила на нешто друго. Од сето претходно напишано, заклучокот сам се наметнува. Исклучување незаконити докази поради самите себе и она што се или исклучување докази поради методот како се добиени (а кои инаку би биле дозволени) мора да има. Оттука вистинското прашање не е дали треба да постои институтот незаконити докази, туку каде, за што и во колкава мера тој ќе се применува.

Напред видовме, првите доказни забрани биле во функција на материјалната правда и обезбедување на исправноста на одлуката, ефектуирани преку привилегијата против самоинкриминација и со ограничување на прејудицирачките докази како доказите по слушање. Тие не биле пречка, туку поборници на вистината.

Истражувањето кое го спроведов на морето литература има теоретско-емпириски карактер. Теоретскиот дел содржи синтетизирани сознанија стекнати со теоретско проучување на предметот на тезата, односно консултирање на научна и стручна литература, странски и домашни монографии и трудови. Анализирав над 600 одлуки на домашни и странски судови, за преку воопштување, споредување на обработените и систематизирани податоци да добијам насоки, мислења, заклучоци за тоа кој е најдобриот пат по кој треба да се разреши судирот во желбата од една страна виновните да се откријат и казнат, а од друга страна да се почитуваат граѓанските слободи и права. Во трудот се осврнав на 1) доказните забрани и незаконитите докази, 2) начинот на ексклузијата *ex lege* или *ex iudicio*, 3) принципите на кои е фундирано правото на ексклузија на незаконитите докази, 4) дадов посебен осврт на праксата на меѓународните кривични трибунали, на ВСС, ЕСЧП, на македонските судови и судовите во други држави, 5) на различните исклучоци од правилото за ексклузија на незаконитите докази, 6) правниот учинок на ексклузиското правило, 7) процесните начини за ефектуирање или спроведување на тоа правило и 8) на критиките на ексклузиското правило.

Може да се каже дека барањата за заштита од тортура и гаранцијата на правото од принудна самоинкриминација со тек на време достигнале таков степен што станале *jus cogens* норми. Споредбената анализа на повеќе од 30 јурисдикции покажа дека постои општоприфатен консензус за забрана за тортура и други облици на изнудено добивање признанија. Во минатото широко применувана, па и законски уредувана, сега насекаде е анатемисана. Забранета е со општите и специјални меѓународни договори, од општите правни начела признати од цивилизираните народи, со државните уставни и законски прописи, со пресудите на меѓународните трибунали и државните судови. За неа нема балансирање, ни обиди за оправдување. Едноставно забрането е прибавување докази на тој начин, а под претпоставка да биле, облигаторно се издвојуваат. Овие докази секаде се исклучуваат.

Тука најјасно се гледа разликата помеѓу правно незаконитите докази и правно незаконитите начини на прибавување на доказите. Вториве би биле прифатливи ако домашните органи ги почитувале законските правила. Во однос на нив компаративно гледано решенијата се различни. Основната причина за тоа се различните принципи кои позитивното право и јуриспруденцијата во конкретната држава ги прифатиле како енергенс кој и дава сила на ексклузијата.

Најпрво, во сите анализирани јурисдикции материјалната вистина и принципот на веродостојност биле главните цели на кривичната постапка. Англија била првата земја во која се појавило ексклузиско правило за вербалните докази добиени со сила, закана, ветување, измама или друг метод подобен да влијае на нивната веродостојност и точност. Сега насекаде го има. Џабе правична постапка без праведна одлука. Што ќе рече иако независни една од друга интересите на материјалната правда директно влијаат врз легитимитетот на кривичната постапка. Тоа бил поривот за воведување на правилото во однос на вербалните докази и истовремено пречка за негова примена спрема материјалните докази.

Немало логика за материјалните докази да важел друг принцип и затоа правилото во однос на нив се јавило многу години подоцна. САД е државата во која прв пат на издвојувањето на материјалните докази почнало да се гледа како на уставна обврска. Во почетокот на XX век тоа било ограничено на федералните случаи кои претставувале помалку од 10% од сите предмети, за по 60-те години на минатиот век да се прошири и во државните судови. Од таму правилото за издвојување на материјалните докази со помал или поголем успех почнало да зема замав насекаде во светот. Почнало да никнува и во другите држави, најмногу се раширило по 70-те години на XX век, а некаде дури во

XXI век, кога во САД веќе е во опаѓање. Во САД првично сфатено како апсолутно правило, сега лимитирано со толку многу исклучоци непосредно влијае во околу 1% од вкупниот број на постапки.

Што значи XX е векот кога судовите почнале да се занимаваат со прашањето како органите на прогонот доаѓале до доказите. Не била битна само релевантноста и веродостојноста, туку и методот со кој доказот бил обезбеден. Ова коинцидира со појавата на начелото на правична постапка и постепеното детронизирање на принципот на материјална вистина, кога и се јавиле најголемите разлики, главно во однос на незаконски прибавените материјални докази.

Правичното судење како концепт се појавило по Втората светска војна најпрво во статутите на трибуналите во Нирнберг и Токио. Оттаму прешло во УДЧП, па во ЕКЧП и потоа во сите останати меѓународни декларации за човековите слободи и права. Ова бездруго значи дека е препознаено како столб на кривичната постапка.

Иако, правичноста е променлив стандард постои одредена закономерност. Постапката со тек на време станува поправична. Она што порано било правично, сега веќе не е, а главна причина за тоа е „повисокиот стандард што се бара во областа на заштитата на човековите права и основните слободи“²³¹⁵ кој „соодветно и неизбежно диктира поголема строгост, при оценката на евентуалните повреди на основните вредности во демократските општества“.²³¹⁶

Постепено како што раснат критериумите на правичноста, таа се надополнува со нови општи и посебни елементи. Тоа е впечатливо кај меѓународните судови кои ги разгледаваме во глава IV. Сите го признавале правото на правична постапка, само што во првите трибунали во Нирнберг и Токио прифатливи биле сите докази, за во последниот МКС да се вгради *ex lege* забрана за употреба на вербалните докази (пр. исказ на обвинет даден под принуда, закана, сила, исказ на привилегирани сведоци), а да се даде дискрециска моќ судот да издвои (најчесто материјални) докази прибавени со повреда на одредбите на Статутот или меѓународно признатите човекови права доколку повредата фрла суштинска двојба во поглед на веродостојноста на доказот, доколку прифаќањето на доказот би било неетичко или би предизвикало сериозна штета врз интегритетот на постапката или кога неговата доказна вредност суштински е надмината од потребата да се обезбеди фер судење. Ниеден меѓународен суд не ја прифатил теоријата плодови на отровно дрво.

Сметам дека е дојдено време кога како нов елемент на концептот правична постапка отворено треба да се признае институтот ексклузија на доказите. Впрочем, така е за доказите прибавени со повреда на забраната за тортура. Употребата на докази добиени како резултат на повреда на едно од основните права секогаш покренува сериозни прашања во однос на правичноста на постапката (чл. 3 од ЕКЧП, амандман XIV од Уставот на САД). Во сите анализирани држави, тортурата и другите облици за добивање признание спротивно на волјата на осомниченото лице нормативно се забранети, а доказите прибавени со вакви методи се издвојуваат.

Привилегијата против самоинкриминација и правото на молчење се општоприфатени и признати стандарди кои во суштина идентично се применуваат. Исклучок е Кина каде нормативно не се предвидени (осомничениот е должен точно да одговара на прашањата на полицијата), односно Канада и Германија во кои праксата екстензивно ги толкува (освен вербалната самоинкриминација вклучува и други форми на учество на обвинетиот како препознавање, учество во тестирања, обезбедување

²³¹⁵ *Selmouni v. France*, A. no. 25803/94, 28.7.1999 § 101.

²³¹⁶ *Janković v. Croatia*, A. no. 38478/05, 5.3.2009, § 47.

примероци од ракопис, дување во алкотест).²³¹⁷ Фактички се проширува привилегијата врз реални докази чие создавање е обезбедено со истовремена 1) повреда на уставните права и 2) лично учество на обвинетиот. Без него овие докази не би биле обезбедени. Практично се дава поинаков третман во споредба со реалните докази прибавени исто со 1) повреда на неговите уставни права, но кои 2) постоеле од порано и 3) освен со учество на обвинетиот (задолжение да ги лоцира, предаде), би можеле да се обезбедат и без тоа.

За да може да ги ползува своите права обвинетиот во повеќето држави мора да биде поучен за нив пред почетокот на испитувањето, со исклучок на Сингапур каде не постои таква обврска за полицијата или во Кина каде нема право да молчи. Во Шкотска пак полицијата не смее притворски да ги испитува осомничените. Поуките за осомничениот препознатливи по одлуката на ВСС од предметот Миранда од 1966 г. горе долу на идентичен начин се применуваат насекаде. Недавањето поука секаде е основ за издвојување на изјавата, освен во Сингапур, Германија (ако осомничениот знаел за правото или бил застапуван од бранител), во Италија (ако имал бранител), во Австралија (тоа е еден од факторите кој треба да се земе предвид) или во Англија (судот може, но не мора по секоја цена да го издвои признанието). Негативни заклучоци од молчењето може да се влечат во Англија, Франција и Сингапур.

Штом ги напуштиме вербалните може да забележиме зголемена пропустливост на незаконито прибавените материјални докази. Генерално тоа се држави во кои веродостојноста сè уште е водечки принцип со кој се објаснува правилото. Така, Финска, Шведска, Израел, Малезија, Јужна Кореја, Полска, Чешка, Естонија, Литванија, Романија не познаваат ексклузиско правило за материјалните докази. Кина формално го има, но не го применува.

Ретки се државите како Грција кои познаваат автоматска ексклузија, односно уставна или законска блокада за материјалните докази. Најмногу ги има оние кои дозволуваат балансирање, судот во конкретен предмет да споредува конкурентни права и интереси со овластување ако смета дека е оправдано да ја остави отворена доказната гранична рампа.

Генерално на европско тло видливо е влијанието на ЕСЧП кој не бара апсолутна ексклузија на материјалните докази при повреда на правото на приватност. Може да се заклучи дека во мнозинството анализирани држави прифатен е релативниот пристап како опозит на апсолутната обврска за ексклузија, дискреционото овластување на судот сам да одлучи кои ситуации изискуваат ексклузија главно на вербалните докази, поретко на материјалните, а најретко на деривативните плодови добиени од друг незаконит издвоен доказ.

Поголем број држави воопшто не ја прифаќаат теоријата плодови од отровно дрво. Такви се Италија, Франција, Шпанија, Австрија, Швајцарија, Кина, Израел, Сингапур. Ограничено дејство оваа теоријата има во Англија кај вербалните докази (признание произлезено од изнудено признание или добиено со повреда на правото на правна помош), потоа во Германија за доказите добиени благодарение на забранети

²³¹⁷ Ова може добро да се разбере од образложението на еден американски случај. *Rochin v. California*, 342 U.S. 167 (1952) - осудата која се заснова на докази за инкриминирачки предмети добиени од телото на обвинетиот со физичко малтретирање е исто толку невалидна како и пресудата што се потпира на вербално признание извлечено од него со таква злоупотреба... Доколку доказите беа изнудени од усните на обвинетиот и се состојеја од усно признание дека незаконски поседувал дрога... тој ќе бил под заштита на владеењето на правото што ги исклучува присилните признанија како докази. Но бидејќи доказите изнудени од неговите усни се состоеле од материјални предмети, на народот на оваа државата му е дозволено да заснова осуда врз нив. Ние не наоѓаме валидна основа за разлика помеѓу вербално признание извлечено со физичко малтретирање и признание искорнато (извлечено, истргнато) од телото на обвинетиот со физичко малтретирање.

методи како тортура, а во Тајван за информациите прибавени на база на незаконски прислушувани разговори. Наоѓа примена во правните системи на САД, Хрватска, Македонија, Грција, Србија, БиХ, Нов Зеланд.

Со голема доза на сигурност може да се каже дека под влијание на праксата на ЕСЧП сите држави членки на СЕ, вклучително и горните европски држави, мора безусловно да ги издвојуваат дериватите од забранетите начини на прибавување докази како што се тортурата и полициското поттикнување, а во зависност од околностите на конкретниот случај и на доказите прибавени спротивно на забраната за нечовечно и понижувачко постапување. Имено, ЕСЧП вовел апсолутно и целосно ексклузиско правило на оригинерните и секундарните докази добиени како резултат на тортура. Тие не смее да се користат без оглед на нивната доказна вредност. Секаков друг заклучок само би делувал во насока на индиректно легитимирање на оној вид морално погрешно однесување кое авторите на ЕКЧП имале намера да го забранат. Ако домашните судови се потпреле на докази добиени со тортура целото судење е неправично и соодветен лек е да се повтори постапката без спорните докази. Судот вовел апсолутно и целосно ексклузиско правило на оригинерните вербални докази, односно изјавите добиени како резултат на нечовечно или понижувачко постапување, зашто во спротивно нивната употреба би го направило судењето неправично. И овде во преден план го ставил легитимитетот на судската постапка. За разлика од нив употребата на секундарните докази добиени со нечовечно или понижувачко постапување (исто така забрането со чл. 3) не е *ex lege* недопуштена. Правичноста на постапката доаѓа под знак прашалник само ако повредата на чл. 3 имала влијание врз исходот на постапката против обвинетиот, односно имала влијание врз неговата осуда или казна. Со други зборови, само во таков случај секундарните докази добиени преку нечовечно или понижувачко постапување треба да бидат издвоени, но, не и кога има прекин во причинско-последичниот синџир, кој води од забранетите методи на истрага до одлуката.

Според ЕСЧП неприфатлива е употребата на доказите прибавени како резултат на полициско поттикнување. Користењето вака добиени докази би го изложило обвинетиот на ризик од самиот почеток да биде дефинитивно лишен од правично судење, па соодветен лек во вакви ситуации е повторување на постапката без спорните докази. Понатаму, забранети се директни докази добиени со повреда на правото на молчење и на привилегијата против самоинкриминација, но, во определени околности дозволени се негативни заклучоци од молчењето.

Материјалните докази прибавени со повреда на право од ЕКЧП (кое не е чл. 3) вообичаено се прифатливи, освен во оние ситуации кога одбраната немала можност да ја оспори автентичноста и квалитетот на доказот или да се спротивстави на неговата употреба, и ако самиот начин на прибавување предизвикал разумен сомнеж во поглед на веродостојноста или точноста на доказот. А, штом по правило нема издвојување на оригинерните докази произлезени од повредата на чл. 8, не може ни да се разговара за издвојување на деривативните. За да има секундарна повреда, мора да има примарна, бидејќи без примарна не постои секундарната.

Повредата на правото на бранител во полициска или судска постапка, при препознавањето, како и повредата на конфронтациската клаузула се подобни да доведат до ексклузија на така прибавените вербални докази.

ГЛАВА XI МОЖНОСТ ЗА РЕФОРМИ И ПРЕДЛОЗИ ЗА ВО ИДНИНА

Ја согледаваме реалната состојба со кривичната постапка пред судовите во Република Северна Македонија, утврдивме какви се законските решенија во нашата земја, како и искуствата на странските држави, па сега да видиме кои се натамошните чекори што можат да се преземат во делот на незаконитите докази.

Македонија прв пат вовела ексклузија на вербалните докази во 1977 г., а на материјалните во 1997 г. Мојот став е дека основниот пристап кон прашањето за незаконитите докази треба да биде дедуктивен и аналитички, од општо кон посебно. Индуктивниот и синтетичкиот пристап треба да биде помошен кој преку практиката од посебните случаи ќе може да ги исцрта предностите и недостатоците кај претходно воспоставената рамка за незаконитите докази, имено како таа да се менува и подобрува. Законодавецот треба да ги даде контурите, рамките во кои судиите ќе се движат. Ако нема граници ќе постојат различни решенија, разни оградувања против ексклузијата или оправдувања на издвојувањата во судските одлуки.

Материјата за недозволените докази не е само процесно прашање кое може да се остави на судовите. Штом целта на секоја постапка е правилна примена на казненото право прифатливоста на доказите треба да биде правило, а издвојувањето исклучок. Во пракса тоа е така. Истражувањата правени во САД покажуваат дека социјалниот трошок од правилото во вид на изгубени осуди и ослободени виновни е мал. Издвојувањето е елемент на целосно спроведена правична постапка. При спогодувањата или кај брзите постапки какви што се казнените налози овој институт не се ни применува.

Нема ништо проблематично во доказните забрани за прибавување на вербални докази со принуда, сила, измама и сл. и ексклузиското правило кое оневозможува употреба на вака прибавени докази. Така се штити веродостојноста и точноста на прибавените изјави и интегритетот на судскиот процес. Главната дилема е кај материјалните докази. Постои можност и тие да бидат подметнати, но генерално неволноста за нивно издвојување се должи на фактот што нивната суштина не се менува со методот со кој биле прибавени. Дрогата и понатаму ќе е дрога независно од тоа дали полицијата ја одзела со или без судски налог.

Прашањето е која е цената што како општество сме спремни да ја платиме за да дојдеме до вистината? Дали ќе затвораме очи пред полициските злоупотреби или законите ќе важат еднакво за сите. Ако не е во ред полицијата неовластено да влезе некаде, тогаш не треба да игра улога дали тоа е дом на невино лице каде ништо не било најдено или на виновно лице каде биле пронајдени докази за сторено к.д. Подоцнежното откритие не ја поправа незаконитоста на преземеното дејствие.

Од неправо не може да се добие право. Приврзаник сум на правило кое бара издвојување и на материјалните докази обезбедени со повреда на нечие уставно или законско право независно од тежината на к.д. што се разгледува. Само така ќе се почитуваат законите од сите оние на кои им се наменети нивните задолженија. Само така ќе се заштитат човековите слободи и права. Да се тврди дека тие се основни, неотуѓиви, природни и што уште не, а притоа истовремено да се бара да се ограничат при постоење силни конкурентни јавни интереси како што е тој за гонење на сторителите на к.д. значи признавање на фактот дека не се ништо од горното, туку еден вид државна креација. Овде заштитниот и дисциплинскиот принцип се преклопуваат. Правилото ќе ги штити правата и ќе ги мотивира органите да се однесуваат законито, ставајќи на изглед неупотребливост на доказите како санкција за нивното противправно однесување.

Најдобар начин за санирање на повредите сторени спрема обвинетиот со употреба на незаконити докази или преку ограничување на негови суштински права е status quo ante. Тоа е издвојувањето. Така човековите слободи и права ќе добијат делотворна, а не само декларативна заштита. Полицијата ќе се одврати од незаконското однесување, обвинителството нема да ги ужива придобивките од истото, а судот не ќе стане соучесник со прифаќање на плодовите од повредата. Ако основната причина за неуставното прибавување докази е нивната употреба во судска постапка, тогаш решението е едноставно. Треба да се забрани употребата.

Владеењето на правото е темелна вредност на Уставниот поредок на Република Северна Македонија. Тоа е основен критериум преку кој се дефинира карактерот на секоја современа држава. Ако начинот преку кој граѓаните ги определуваат сопствените претставници во власта и им ја делегираат моќта за одлучување во едно општество е основен политички критериум за тоа да се нарече демократско, тогаш владеењето на правото е лакмусот кој покажува дали таквото современо општество е праведно. Владеењето на правото значи безусловно почитување на правните прописи од сите, тоа бара одлуките во државата, на сите нивоа, од сите органи и институции кои имаат право да одлучуваат за нечији права, обврски, интереси, одговорности и однесувања да се носат исклучиво на база на јавно објавени, јасни и прецизни правни правила кои важат подеднакво за сите. Владеењето на правото значи обврска на државата и нејзините институции да ги почитуваат правата на граѓаните, но и обратното, граѓаните да го сообразат своето однесување така што ќе ги почитуваат правилата на однесување во општеството и правата на другите.

Триглавата власт овозможува проверка и меѓусебно ограничување, поточно држење во рамките на уставот. Ако судот може да поништи или да укине неуставен акт на парламентот на начин што тој во иднина ќе нема правна сила, нема правна ниту логичка причина да не може да забрани противуставно дејствие на извршната власт за тоа во иднина да не произведе правен ефект. Да се мисли и постапува поинаку за првото отколку за второто не е ништо друго освен обична, гола арбитражност лишена од правна оправданост.

Почитувањето на правилата на казненото процесно право е во функција на зајакнување на владеењето на правото како една од темелните вредности на секое демократско општество. Законското постапување на органите инспирира исто такво постапување кај луѓето. Не може да се бара од луѓето да ги почитуваат законите или да бидат казнети, а државата да не мора да ги почитува сопствените прописи и притоа да не одговара. Дволичноста не инспирира чесно однесување.

Ексклузијата на доказите поттикнува правилно однесување кај органите на прогонот, ги штити човековите слободи и права и помага во јакнење на судскиот интегритет и вербата во правораздавањето.

Што со оние судски постапки во кои лицето е обвинето за сериозни, тешки к.д. кои создаваат мачнина во стомакот кај сите неутрални лица? Дали и тука е оправдана ексклузијата, или треба да се воведат правила за инклузија како по примерот на Хрватска, каде доказ прибавен на идентичен начин е незаконит за лесно и средно дело, а е законит за тешко к.д. Таму незаконитоста не се перципира само преку методот на прибавување (законит или незаконит), туку и низ призма на делото што се докажува. Плодот од незаконското прислушување или претрес е отров за лесното, а лек за тешкото дело. Не го делам нивното гледиште, нешто стрчи.

Во овој контекст ќе го споделим мислењето на Уставниот суд на Јужна Африка „...распространетоста и сериозноста на делото не може да биде фактор кој ќе оправда префрлање на товарот на докажување. Постои парадокс во срцето на кривичната постапка, во смисла колку е посериозно делото толку е поголем јавниот интерес за осуда на виновникот и толку побитни стануваат

уставните гаранции за обвинетиот. Појдовна точка при правењето баланс кога се во прашање уставните права мора да биде таа дека јавниот интерес да се осигури дека невин човек нема да биде осуден и подложен на срам (понижување) и тешки санкции силно натежнува над јавниот интерес за осуда. Оттука пресумпцијата на невиност освен што служи за заштита на конкретна индивидуа на судењето, има за цел да ја одржи вербата на јавноста во интегритетот и сигурноста на правниот систем. Затоа повикувањето на распространетоста и сериозноста на делото не додава ништо ново или специјално при примена на тестот на балансирање... Ако не беше така аргументот за сеприсутноста и грозотијата на делото може да биде употребен за... цела серија на к.д., која практично ќе нема крај и ништо нема да остане за пресумпцијата на невиност освен можеби трага или останки од еден нестрашлив борец за правата на обвинетиот во најтривијалните дела.²³¹⁸

Коректноста налага да посочам и поинакво мислење на хрватскиот уставен суд кој „рекол дека за категоријата на к.д. кои ги нарекол т.н. ‘дела кои му се закануваат на организираниот живот во заедницата’ се допуштени битно поголеми ограничувања на правата на одбраната како и други права при преземање на доказни дејствија“.²³¹⁹

Лично не го делаам последново мислење. Сметам дека за таквите дела оправдано е воведувањето на п.и.м. и ограничувањето на слободите и правата во мера нужна за наоѓање на сторителите и собирање на доказите. Меѓутоа штом државата гони некого за такво дело, да му се ограничат правата на одбраната само заради карактерот на делото не е во ред. Токму карактерот на делото оправдувал поинтрузивни методи за откривање и фаќање на сторителите, па ограничувањето и на одбранбените права значи двојно ограничување, еднаш на слободите и правата во текот на откривањето и истражувањето, а потоа и на можноста за квалитетна одбрана во текот на судењето. Така би дошле до една парадоксална ситуација, за сторителите на полесни к.д. да применуваме скратена постапка без примена на сите гаранции бидејќи неразумно би било за поедноставен предмет да биде поинаку, за најтешките исто така сега од други причини, па ќе остане отворено прашањето за кои предмети треба да ги применуваме сите гаранции.

Токму постапките каде што може да се изрече највисока казна се оние во кои не смееме да отстапиме од ниту едно право, од ниту една гаранција и треба да се бориме да спречиме ерозија на правата и правната заштита во прогонот на к.д. кои општеството ги гледа како најголема закана. Впрочем таков е ставот и на Комитетот за човекови права на ОН „кога ќе се дојде до случаи во кои може да се изрече најстрога казна, обврската на државите членки е строго да ги почитуваат сите гаранции за фер судење утврдени во член 14 од Пактот, без исклучок“.²³²⁰

Се приклонувам кон оној дел од научната јавност, која критички гледа на ставот на ЕСЧП по однос на доказите обезбедени со повреда на конвенциските права и смета дека треба да се стави јасна граница онаму каде доказите биле прибавени со повреда на Конвенцијата (Тречсел), односно дека чл. 6 бара поголема тежина да им се даде на правата, а не на конкурентните јавни интереси (Ешворт).²³²¹

Притоа сметам дека централно место треба да имаат прашањата кога и каде е сторена повредата на чл. 8 (кога веќе чл. 3 не е спорен), односно дали тоа било за време и при прибавување на доказот или отпосле. Зашто ако се случила некаква повреда на приватноста која нема допир со прибавувањето на доказот тогаш повредата на чл. 8 не треба да игра улога во подоцнежната оценка за неговата прифатливост во судска постапка. Ако обвинителството не ги филтрирало доказите, па на судење станала достапна прислушувана приватна комуникација која не е релевантна за случајот, ако законски прибавени тајни снимки или истражни документи протечат во јавност државата треба да биде санкционирана, меѓутоа повредата на чл. 8 е независна од прибавувањето

²³¹⁸ S v. Coetzee and others 1997 (3) SA 527 kaj Ashworth, 2002, стр. 111-112.

²³¹⁹ Đurđević, 2013a, стр. 29.

²³²⁰ Professional Training Series No. 9 -The Right to a Fair Trial, 2003, стр.255.

²³²¹ Supra VI 4.3.

на доказот и не го прави судењето неправично, така што ексклузијата не би била соодветно правно средство. Ова се примери на безопасна грешка во кои повредата на чл. 8 не треба да доведе до повреда на чл. 6 од ЕКЧП, за разлика од случаи каде незаконски стекнати материјали се употребуваат за доказни цели.

Како треба да се сфати ставот на ЕСЧП за принципите кои се особено важни во случај на сериозни обвинувања, бидејќи правото на правично судење во демократските општества треба да се осигури до највисок можен степен во лицето на најтешките казни,²³²² а да не се добие впечаток дека е празна флоскула или обична парола како гледиштето за природниот карактер на човековите слободи и права кое многумина го застапуваат истовремено залагајќи се за нивно неприродно ограничување.

Би се повикал на Ешворт за кој јавниот интерес како утилитаристички концепт не може туку така да има предност пред фундаменталните права. Зашто ако некое право може да се одземе секогаш кога мнозинството ќе оцени дека ќе има најголема корист од такво нешто, тогаш дали може воопшто тоа право да се нарече уставно, основно, базично, човеково право. Ако постои согласност некое човеково право да се именува како фундаментално, тогаш тоа мора да има предимство и приоритет кога се одлучува, решава во однос на одредени политички или правни стратегии, зашто во спротивно човековото право би било само желба, а не реалност.²³²³ Јавната сигурност треба да се интерпретира пошироко во дискусиите за човековите права. Таа не е сигурност само од делата на другите индивидуи, туку и сигурност од незаконската употреба на моќта на јавните службеници која треба да биде во фокусот на вниманието.²³²⁴

„Во областа на човековите права, тој што може повеќе, не мора да прави помалку“.²³²⁵ Што би се рекло, ако некого можеме да го осудиме на смртна казна (во САД) или на доживотен затвор (во Европа), не значи дека имаме право да му го одземеме правото на правично судење. Употребата на докази во постапки за тешки дела, кои самите признаваме дека се незаконски во постапки за лесни и средни дела, без никаква реална ублажувачка мерка не може да се помири со правото на фер, еднаков третман. Нивното издвојување би наштетиле на интегритетот на судството, зашто за време на судењето очите на јавноста се вперени во судот, а не во полицијата. Би било шокантно судот да одбие веродостоен одлучувачки доказ за сериозно к.д., пример за убиство на малолетник или педофилија, само зашто полицијата го прибавила со претрес или со прислушување, а без судски налог. Од друга страна загрижувачки изгледа можноста што би направила полицијата со сознанието дека кај вакви тешки к.д. неказнето може да ги заобиколи законските процедури, посебно ако по грешка истражува невино лице. Како би се зачувал интегритетот на судот и воедно би се мотивирала полицијата да ги почитува законските наредби?

Пред да продолжам ќе направам мала дигресија. ЗКП/10 познава 4 групи недозволен докази: 1) докази добиени со повреда на забраната за изнуда на нечие признание или изјава, 2) докази прибавени со кршење на правата утврдени со Устав, закон и меѓународни договори, 3) докази прибавени со повреда на правилата на процесното право заради коешто процесните норми како последица изречно забрануваат

²³²² *Salduz v. Turkey*, A. no. 36391/02, 27.11.2008, § 54.

²³²³ Ashworth, 2002, стр. 70-71.

²³²⁴ Ashworth, 2002, стр. 39.

²³²⁵ *Deweer v. Belgium*, A. no. 6903/75, 27.2.1980, § 53 - конвенцијата дозволува под одредени услови некои многу сериозни форми на третман, како што е смртната казна... додека во исто време забранува други кои споредбено може да се сметаат за прилично благ, на пример незаконски притвор за краток период... Фактот дека е можно да му се нанесе на некое лице една од првспоменатите форми на третман не може да дозволи да биде подложен на еден од второ споменатите, дури и ако тој се согласува или прифаќа.

нивна употреба во постапката за доказни цели и 4) докази кои произлегуваат од незаконитите докази.

Првите две групи претставуваат општи доказни забрани содржани во чл. 12, третата се специјални доказни забрани пропишани во повеќе законски одредби, а четвртата ја прифаќа теоријата плодови од отровно дрво. Тие се нормативен патоказ со какви докази може да се осуди некое лице, односно проценка што не смее да има во една постапка за таа да биде законита.

Не предлагам промена на „1“ и „4“, туку на „2“ и „3“.

1. Предлог за промена на општата одредба за ексклузија

Општата одредба за ексклузија од чл. 12 од ЗКП/10 ги опфаќа „1“ и „2“. За вербалните докази добиени со изнуда, тортура, нечовечко и понижувачко однесување не треба никакви промени. Ако за некој сегмент од доказното право може да се каже дека кај државите во светот постои некаков заеднички содржател, тогаш тоа е ексклузијата на изјавите добиени со вакви средства. Се работи за *jus cogens* правило чие непочитување би ја довело нашата држава под удар на меѓународните институции.

Постојното законско решение е такво што безусловно и автоматски налага издвојување на доказите под „2“ (чл. 12 ст. 2 од ЗКП/10) без оглед дали станува збор за лесно, средно или тешко дело. Законодавецот јасно застанал на страната на човековите слободи и права наспроти интересот за гонење на сторителите на ваквите к.д. Во рамките на поделбата на власта, тој има право така да одлучи и начелно определбата е во ред.

Ценам дека тешкото к.д. не е само по себе доволно за пред него да отстапи ексклузијата, како што предлага нашата доктрина (*supra* VIII 4.1.4.1.). Прифаќањето незаконити докази може да има кородирачки ефект врз кривично-правниот систем. Истовремено треба да се има предвид јавниот интерес за гонење такви дела и потребата од затворање на виновниците. Колку што е нужно општеството преку ретрибутивниот елемент на казната да се спаси барем некое време од такви лица, исто толку се битни специјалното, а посебно генералното превентивно дејство на казната. Кое е решението што *de lege ferenda* го предлагам за овие ситуации.

До ексклузија треба да дојде секогаш кога ќе биде повредено некое уставно, односно законско право или слобода на обвинетиот во процесот на прибавување на доказите, под услов целта на нормата да била тесно да се ограничи полицијата во практикување на својата власт. До овде, освен со делот „под услов... власт“ не отстапувам од сегашното законско решение во чл. 12 ст. 2 од ЗКП/10.

Исклучок треба да биде постапка за тешки к.д. во кои полицијата не постапувала *mala fide*, туку сторила *bona fide* повреда на граѓанското право, дејствувала *ad hoc* во состојба на итност и нужност или доказот со сигурност ќе бил пронајден зашто бил следен законит пат за негово обезбедување. Во вакви случаи наместо ексклузија која ќе го подрие интегритетот на судството во јавноста, доказот може да биде прифатен со задолжителна законска корекција на казниот минимум и максимум за ½ за конкретното к.д. за кое бил прифатен незаконитиот доказ (пр. ако е пропишана казна затвор од 10 до 20 г., примената на незаконито прибавениот доказ по автоматизам ќе доведе до промена на казнените рамки на 5 до 10 г., кое нешто може да се регулира со посебна норма во општиот дел на КЗ). Ќе се зачува интегритетот на правораздавањето зашто правдата ќе победи и виновниот за тешкото к.д. нема да биде ослободен. Од друга страна правдата ќе се задоволи и затоа што повредата на уставното или законското право ќе добие соодветен третман. Обврска на обвинителството ќе биде да докаже дека постоеле такви оправдувачки околности. Притоа притисокот на јавноста од судот ќе се пренесе врз полицијата која всушност сторила повреда на граѓанското право. Ако ЈО не

го употреби спорниот доказ во кривичната постапка, обврската за намалување на долната и горната граница за конкретното к.д. нема да е применлива. Тогаш не може да се каже дека спорниот доказ помогнал во случајот на обвинителството и за такви ситуации соодветен лек ќе биде граѓанската постапка за штета против органот, но не и против одговорниот службеник. Овде не ги третирам *ex lege* забраните за употреба на докази добиени со тортура, изнуда (горе 1) или докази добиени на процесно недозволен начин (горе 3) кај кои ЗКП изречно предвидел ексклузија. За нив законот е јасен, нема простор за балансирање.

За сите останати дела (лесни и средни), како и за тешките кај кои при прибавување на незаконскиот доказ нема вакви оправдувачки околности ексклузијата останува примарно правило.

До осетно ублажување на санкцијата треба да дојде и во случаите на полициско поттикнување. Овде отстапувам од начелниот став кој ЕСЧП го зазел за вакви предмети и од англискиот каде поттикнувањето не се смета за валидна одбрана пред суд.²³²⁶

Лицето без оглед што било наведено сторило дело и треба да одговара за тоа. Многумина не поткликнуваат на слабостите. Мнозина доведени од судбината до сид не вршат к.д. Секому своето. Со неказнување го изедначуваме поттикнатото лице со сите чесни и одговорни лица. Тоа би било лицемерие во име на правдата и затоа кај полициските поттикнувања кои несомнено резултирале со к.д. од осудениот, доволно е значајно намалување на казната како во примерот погоре, зашто на таков начин би го уважиле фактот дека бил наведен да стори дело од некој чија задача била да спречува, а не да поттикнува други да вршат к.д.

Задолжително во вакви случаи треба да се остави трага во работното досие на службеното лице кое било одговорно за недозволеното наведување и општо за незаконитото прибавување на доказот. Таа привремено би влијаела врз можноста за негово унапредување и би дестимулирала слично повторливо поведение.

Притоа не секоја повреда е подобна да ги анулира доказите. Техничките, тривијалните повреди, повредите на оние законски одредби чија цел не била заштита на основно право на осомничениот не треба да резултираат со ексклузија. Таква споредба може да се направи помеѓу претресот без налог и претресот во кој полицијата не го покажала налогот во моментот на влегување зашто насилно влегла во домот со оштетување на влезната врата. Налогот е потребен зашто така се штити правото на неповредливост на домот (при претресот) или приватноста (кај прислушувањето). Со забраната за насилно влегување се штити имотот од оштетување, а не од пребарување. Последново може да се санира со помош на институтот штета во рамките на граѓанската постапка. Ексклузијата би била неоправдана придобивка за некој кој имал обврска да ја пушти полицијата да пребарува во неговиот дом зашто таа била наоружана со судски налог. Претресот без налог или законски основ за дозволено претресување по дефиниција е незаконски и неразумен, зашто не е разумно да очекуваме дека полицијата ќе постапува незаконски.

Независно што вака прибавените материјални докази постојат пред претресот и нивната суштина не зависи од тоа дали тој бил извршен законито или незаконито, нивната употреба ќе го направи судењето неправично (освен во горните ретки ситуации) зашто не може да има правичност кога едно незаконие се санкционира (на обвинетиот), а друго се наградува (на полицијата). Можеби во минатото била редовна појава, но сега дискриминацијата не ја третираме како правична установа.

²³²⁶ Edwards and Lewis v. the United Kingdom, Applications nos.39647/98 and 40461/98, 22.7.2003, § 28-29, 50.

Не треба да има војна помеѓу уставот и здравиот разум. Ако власта не е ограничена со сопствените закони, правата декларирани во законите ќе бидат изгубени во реалноста. Ќе има разлика помеѓу пишаното и применетото право, а владеењето на правото ќе биде само една обична политичка парола.

Од кои причини би постоеле процедурални бариери за допуштеност на доказите, ако тие не се почитуваат. Штом странките се дисциплинираат преку неприфаќање докази предложени со задоцнување спротивно на начелото на материјалната вистина (чл. 394 од ЗКП/10),²³²⁷ зошто не би се дисциплинирале и полициските службеници преку неприфаќање на докази прибавени на незаконит начин.

2. Предлози за промена на специјалните одредби за ексклузија

Процесните закони определуваат во кои случаи повредата на процесното правило резултира со незаконитост на доказот и нужно бара негово издвојување. Нашиот ЗКП, на пр. познава 16 вакви случаи (табела 17 *supra* VIII 9.). Во овие случаи законодавецот е тој кој ја дефинирал незаконитоста и санкцијата за неа. Судот нема овластување сам да утврдува дали повредата е од таков карактер што бара исклучување на доказот. Тој само треба да испита дали повредата на која укажал законодавецот била сторена или не, за во случај да била да го издвои доказот како незаконит. Овие се *ex lege* незаконити докази. Во нив влегуваат докази кои се незаконити поради карактерот на доказното средство и кои никогаш не би биле законити (испитување со употреба на сила, наркоанализа, хипноза). Тука спаѓаат и доказите кои ако се почитувале правилата на процесното право ќе можеле да се употребат во постапката (испитување без дадени поуки). Што значи испитувањето на обвинетиот, сведоците или вештите лица не се *per se* незаконити процесни дејствија, напротив тие се главните докази што се употребуваат во судските постапки. Меѓутоа ако странките при прибавувањето или судот при изведувањето сторат пропуст тогаш она што можело законски да се употреби како доказ добива третман на незаконит кој мора да се отстрани. Освен претходните, според процесните правила во одредени случаи може да се издвојат докази кои законито биле прибавени, пр. изјава на привилегиран сведок, кој отпосле се премислил и се повикал на привилегијата да не сведочи.

До ексклузија треба да дојде секогаш кога органите на прогонот во процесот на прибирање на доказите повредат процесна норма чија цел била забрана на одреден облик на постапување спрема осомничениот (сила, изнуда) или канализирање на истражното дејствие во строго утврдени рамки (да биде известен зошто е осомничен, да биде поучен дека има право да молчи, на бранител, да биде присутен бранителот). Тука нема балансирање, ни споредување конкурентни интереси.

2.1. Поуки

За да може едно лице да ги користи своите права (пр. обвинетиот правото на молчење и на бранител, привилегираниот сведок правото да не сведочи) треба да биде информирано за нив. Државите според меѓународните и домашните акти имаат обврска

²³²⁷ Ако во текот на советувањето судот одлучи да ја преотвори расправата за да изведе доказ кој ЈО го доставил по нејзиното завршување врши повреда на одредбите на постапката, бидејќи на таков доказ не може да се заснова пресудата. Судот може да ја преотвори расправата само за да определи супер вештачење, но не да бидат изведувани други докази - заклучок на кривичниот оддел на АС Битола во Билтен за 2015-2017, АС Битола, 2017, стр. 16; Сличен став и АС Штип КЖ-552/15 во Билтен бр.9, АС Штип, 2016, стр. 12; Ваквите ставови кореспондираат со заклучокот на четирите апелациони судови донесен едногласно на работната средба од 2.10. и 3.10.2015 г. - Билтен бр.9, АС Скопје, 2016, стр. 5-6.

да ги поучат учесниците во кривичната постапка за нивните права пред овие да го преземат процесното дејствие за кое биле повикани. Тие може и да се откажат од некои права, но согласноста мора да биде информирана, доброволна, свесна и интеллигентна, односно да се базира на разбирање на импликациите од таквиот чин.

Такво е и нашето законско решение. Поуката мора да биде дадена, разбрана, а таа или откажувањето од правото задолжително да бидат внесени во записник. Во спротивно изјавата мора да се издвои.

Ценам дека може да се воспостави исклучок за ситуација кога осомничениот има бранител, а е пропуштено поуката за правото на молчење да се внесе во записникот од испитувањето. Последново е пример на безначајна грешка (*harmless error*) зашто супстанцијално е прашањето дали знаел за правото на молчење. Ако знаел дека го има или имал бранител чија обврска била да го советува и слободно, волево, интеллигентно одлучил да не се ползува со правото, тогаш невнесувањето на поуката во записникот е технички пропуст кој нема негативно влијание врз правото што требало да се заштити. Слично е и со поуките за привилегираните сведоци. Битно е дали тие биле дадени или не. Внесувањето во записник служи како потврда на фактот дека биле дадени. Ако нема таков податок, а со сигурност се утврди дека биле дадени поуки, дека сведокот знаел за нив и слободно се откажал, тогаш неговото право на избор не било повредено. Со издвојувањето на исказите поради неуредност на записникот се анулира валиден доказ добиен без повреда на заштитено право.

Нема знак на еднаквост ни помеѓу информацијата и самото право. Таа служи за негово остварување и ако со сигурност се докаже дека осомничениот на друг начин бил информиран за своите права, а не по пат на официјална информација, тогаш правото кое треба да се штити со информацијата не било засегнато. Оттука, некои држави со резерви гледаат на облигаторното издвојување доказ поради недадена информација, бидејќи тоа може да доведе до прекумерна заштита, тогаш кога може на друг начин да се докаже дека лицето знаело за правото, а видовме таквиот став не е неприфатлив и за ЕСЧП.²³²⁸ Меѓутоа, бидејќи се работи за заштитна одредба, ценам дека не треба да се остави преголема можност за нејзино заобиколување, туку евентуално да се дозволи исклучок ако обвинетиот бара вклучување на таква изјава. Секако дека во постапка против лице кое има психички пречки во развојот, душевна болест или малолетник несомнено треба да важат построги правила зашто не ќе се смета за адекватна само гола информација за правата и пасивен однос од органите на прогонот, посебно во однос на правото на стручна помош и можноста да се сретне со адвокат пред неговото испитување.

Во оваа смисла *de lege ferenda* предлагам промени на чл. 206 и 215 од ЗКП/10 во поглед на облигаторната неупотребливост на исказот на обвинетиот или привилегираниот сведок во ситуација кога изјавата за откажување од правото не била внесена во записник. Може да се остави простор на обвинителството да докажува дека навистина имало одрекување од правото и во тој контекст *ex lege* правилото да се трансформира во *ex iudicio* ексклузивско правило. Условно на барање на обвинетиот може да се прифати негова изјава, подложна на издвојување поради недобиена поука за правата. Поуките се наменети за негова заштита, па не треба да резултираат со негова штета.

2.2. Полиграф и наркоанализа

Постојното решение во чл. 210, 215 и 249 од ЗКП/10 е дека 1) хируршките интервенции како метод за прибавување нечиј исказ се апсолутно недопуштени, 2)

²³²⁸ *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, A. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016, § 273; *Beuze v. Belgium*, A. no. 71409/10, 9.11.2018, § 130.

наркоанализата не е дозволена ни со согласност на обвинетиот или на сведоците, 3) а во однос на полиграфот постои правна празнина.

Видовме, доктрината кај нас и во странство генерално се согласува дека треба да останат недопуштени. Медицинските интервенции, дури и повеќе од тортурата, може да предизвикаат трајни и тешки последици кои со ништо не може да се оправдаат. Во однос на нив се согласувам со доминантното мислење, но не за наркоанализата и полиграфот.

Вистинското прашање на кое не може да дадат одговор правниците, туку стручни лица од други области кои се обучени да применуваат вакви техники е дали тие даваат веродостојни резултати? Ако даваат со прифатлив процент на ризик, сметам дека треба *de lege ferenda* да се дозволат врз основа на согласност на обвинетиот.

Во литературата се критикуваат бидејќи се подобни да ја подријат привилегијата против самоинкриминција. Тоа е точно. Меѓутоа модерното кривично процесно право не ја забранува комуникацијата на осомничените со полицијата, туку изнудените признанија. Општо прифатен став е дека обвинетиот може слободно, волево и интелегентно да се откаже од некои свои права. Ако тој има право да го признае делото, односно да се инкриминира себеси и така да придонесе за својата осуда, уште повеќе треба да полага право да побара примена на наркоанализа или полиграф ако овие се подобни да спречат неправедна осуда.

До нивна почеста примена може да дојде кај к.д. против половата слобода и морал во кои детерминирачки докази за исходот на случајот се зборот на жртвата и зборот на осомничениот. Реално овие предмети претставуваат проблем за правдата. Се работи за сериозни дела кои може да имаат уништувачки психолошки ефект врз жртвите (посебно ако се малолетни) со несогледливи последици врз нивниот живот во иднина. Затоа и не случајно санкциите се високи. Но, последново јасно укажува колкави се ризиците од погрешни осуди, кои исто така се девастирачки за невино осудено лице. Штом прифаќаме посебен третман на жртвите кој секако е исправен, бидејќи освен што штитиме јавен интерес за гонење, заштитуваме и посебно право од чл. 8 кај нив, не смееме да останеме само на пароли од типот постапките треба да вклучуваат „мерки заради заштита на жртвата, под услов таквите мерки да се усогласат со соодветно и ефективно остварување на правата на одбраната“ без да дадеме некои практични идеи.

Кај овие дела честопати не постојат материјални докази, а ни сведоци, па одлуката на судот која нималку не е лесна, ќе се сведе на тоа кому повеќе ќе му верува, на наводната жртва или на наводниот сторител. Несвесно врз одлуката ќе повлијаат субјективни нешта, како тоа кој ќе биде поубедлив говорник или приватните ставови и предрасуди на судот (од кои никој човек не е имун). Ако ја исфрламе конфронтационата клаузула од судењето, предлагам барем во истражната фаза на доброволна основа да дозволиме наркоанализа и полиграфското тестирање. ЗКП во периодот помеѓу 2004 и 2013 г. дозволуваше полиграфско испитување на осомничениот со негова писмена согласност, а Законот за полиција сè уште дозволува. Често пати истрагата не е имуна ни на незаконити докази, така што не би претставувало проблем од гледна точка на правдата ако се обидеме со дополнителни средства да ја откриеме вистината за еден пријавен настан. Што се однесува за судењето, резултатите во прво време може да не се користат за докажување на главниот случај, туку за дискредитација или проверка на кредибилитетот на обвинетиот. Во фазата на истрагата пак ќе ги поттикнат истражните органи со особено внимание и претпазливост да ја проверат верзијата која не го поминала тестот (пр. кога осомничениот негира дека сторил к.д. и поминал на полиграф, посебно внимание треба да се посвети на оној што го обвинил). Впрочем сведочењата и препознавањата се докажано најранливи доказни средства од гледна точка на нивната точност, па во недостиг на подобри сè уште се користат. Оттаму вистинското прашање

не е дали доказот со полиграф или наркоанализа е подложен на грешка, бидејќи нема безгрешни докази, туку дали стапката на грешка е прифатлива.

Во овој контекст *de lege ferenda* предлагам да се овозможи по барање на обвинетиот тој да се подложи на наркоанализа или полиграф, резултатите да се користат во истражни цели или за побивање и проверка на судски дадената изјава на обвинетиот.

2.3. Сведоци - процесни привилегии

Процесните привилегии биле препознаени од сите ЗКП, така што може да се каже дека станува збор за стабилна материја. Разлики имало во опсегот на лицата кои биле привилегирани и можеле да одбијат да сведочат, додека базичното решение останувало исто, 1) привилегираните сведоци имаат право да не сведочат, 2) мора да се поучат за тоа, бидејќи 3) ако не биле поучени, 4) ако избрале да не сведочат, дури и 5) ако прво сведочеле па се премислиле или 6) кога поуката и 7) откажувањето од правото не биле внесени во записник, во ниту една од овие ситуации на нивниот исказ не смее да се базира судска одлука.

Освен професионални постојат и семејни привилегии во чија група влегуваат лица кои поради блискиот семеен однос со обвинетиот се ослободени од обврската за сведочење. Правото на избор е нивно, а не на обвинетиот, зашто само од нив зависи дали ќе сведочат во постапката која се води против него. Ова е еден пример во кој потребата за утврдување на материјалната вистина отстапува пред заштитата на други интереси кои законодавецот ги смета за позначајни.

Во Германија ако сведоците не биле поучени, изјавата не ќе може да се користи кога недавањето на поуката била причина привилегираното лице да сведочи. Ако се утврди дека тоа знаело за ова негово право, па и покрај тоа дало изјава, тогаш чинот на давање на изјава не може да се потпре на пропуштената поука. Сметам дека нашето решение е подобро. Сепак поучувањето претставува заштитна мерка која не смееме лесно да ја заобиколиме. Може да се дозволи исклучок ако обвинетиот бара вклучување на изјава од непоучен привилегиран сведок. Генерално привилегиите нему му одат во полза, па пропустот да се примени заштитна мерка не треба да биде на негова штета. Ако тој изречно бара вклучување на манлива изјава (дадена без поука) би требало да се дозволи. Такво слично решение има српскиот ЗКП.

Во однос на невнесувањето на поуката или на изјавата за откажување во записник, мојот став е ист како погоре, тоа е технички пропуст за кој не е потребно *ex lege*, туку *ex iudicio* ексклузивско правило.

Ако повторно се испитува сведокот, тој може да го промени својот првичен став и да се повика на привилегијата од која претходно се откажал, односно да се откаже од неа без оглед што еднаш се повикал. Затоа органот треба да ги почитува правилата за поуките при секое испитување, бидејќи може да се јави спор околу законитоста на дадениот исказ.

Во доктрината привилегијата се објаснува со потребата да се заштитат некои други интереси кои натежнуваат над оној за утврдување на вистината и казнување на сторителите, какви што се одржување на целовитоста на семејството и задржување на добрите семејни односи. Факт е дека модерната кривична постапка штити други интереси и не дозволува утврдување вистина по секоја цена и осуда на сторител под секакви услови. Резултат на постојното и статично законско решение се повлечени поточно одбиени обвиненија посебно кај делата со елементи на семејно насилство. Прашањето е дали семејните односи во такви средини се навистина така добри, односно дали претпоставката за постоење некакви добри меѓуперсонални односи не е начната, па

дури и побиена. Со други зборови, во ЗКП постои стремеж да се заштити нешто што можеби повеќе го нема.

Во многу вакви ситуации дури и не оперираме со незаконити докази во вистинската смисла на значењето кое го има овој збор. Да, така е онаму каде сведокот не бил поучен за привилегијата, па не знаејќи за неа дал исказ. Меѓутоа таму каде што знаел за неа, па и покрај тоа дал исказ, дискутабилно е правото на премислување. Тука доказот, односно земената изјава не била незаконска. Сепак како резултат на промената на ставот на сведокот многу постапки за к.д. со елементи на семејно насилство се прекинати без да се знае дури ни причината за променетиот став, кој во многу ситуации може да биде и притисок од сторителот врз жртвата која се наоѓа во ранлива позиција спрема него.

Правото на премислување не е ни конвенциско право. Видовме има постапки во кои ЕСЧП не нашол повреда на ЕКЧП, а бил употребен исказ од привилегиран сведок даден во претходна фаза. Таму проблем може да се јави со конфронтациската клаузула кој е решлив, но не и со базичното прашање кое сега го разгледувам, дали мора да се издвои изјавата од сведок кој се премислил, односно да се прекине постапката кога жртвата го повлекла предлогот за гонење.

Разбирливо е зошто доказите прибавени на незаконит начин или со повреда на личните права се сметаат за недозволен (чл. 12 од ЗКП/10). Меѓутоа нема јасен *ratio legis* во определбата доказите прибавени законито и со почитување на сите права и гаранции, со време да станат незаконити. И тоа за да се заштити нешто кое очигледно не постои (добри семејни односи).

Македонското законодавство во овој дел не ги следи модерните трендови, посебно истанбулската конвенција во која е предвидена обврска за државите да преземат законодавни и други мерки за со должно внимание да спречат, истражат и казнат акти на насилство извршени од недржавни актери, а домашното законодавство да го прилагодат така што истрагите или гонењето за одредени к.д. меѓу кои и оние поврзани со физичко насилство да не зависат целосно од пријава или тужба поднесена од жртвата, за постапките да може да продолжат дури и ако жртвата ја повлекла својата изјава или пријава.

Честопати несанкционираното полесно дело значи отворен пат кон потешко. Состојбата на легислативен план и праксата во РСМ е таква што овозможува сторителите на к.д. да не одговараат за стореното. Освен што нема никаков ретрибутивен ефект, воопшто не се допринесува ни на планот на генералната и специјалната превенција, ни пак се влијае врз сторителот со некакви мерки за безбедност какви што се задолженијата да посетува психијатар или центар за сторители на дела од семејно насилство со кои би се условила евентуалната затворска казна.

Според ЕСЧП 1) домашното материјално право мора да е способно да обезбеди сите форми на семејно насилство да се гонат и казнуваат, 2) домашната правна рамка да обезбеди доволно мерки за заштита на жртвите на семејно насилство, а 3) домашното процесно право да им овозможи на властите да истражуваат случаи на семејно насилство по сопствена иницијатива како прашање од јавен интерес и да ги казнат одговорните за таквите дела.

Во оваа смисла ценам дека е неопходна промена на материјалното и процесното кривично законодавство. Пријавените насилни дела помеѓу блиски сродници да се гонат по службена должност без посебен предлог на оштетениот, а еднаш законски дадениот исказ да може да се користи натаму во постапката независно од фактот што сведокот се премислил. Овде може да се стави оправдан приговор, дека сигурно постојат ситуации кога жртвата и сторителот се помириле, тој ја надоместил штетата, па тоа да е мотивот за премислувањето. Не може да негираме дека ова ќе се јави во пракса, иако тоа не го

анулира стореното к.д. Поаѓајќи од планот на генералната и специјалната превенција, како и од желбата за остварување на правдата, подобро е ваквите ситуации да се решат со можноста за ублажување на казната, а не со издвојување на исказот и целосно неказнување.

Во овој труд не го спорам институтот привилегирани сведоци. Неговото воведување, пополнување со помал или поголем број лица кои влегуваат во него е прашање на процесна политика кое секоја држава може да го реши на свој посебен начин. Но, тоа не значи дека не може да се коригира постоечкото решение.

Со привилегиите наспроти интересот за кривично гонење се штитат некои други интереси како добрите семејни, брачни, професионални односи и сл. Државата може да предвиди привилегии во своето законодавство, но може и да ги заобиколи при постоење силни и оправдани потреби. За ЕСЧП се валидни, но не и апсолутни, зашто несомнено некаде постојат валидни причини за премостување на негативните ефекти од привилегиите.

Сметам дека семејната привилегија не треба да важи за к.д. сторени спрема деца. Децата спаѓаат во ранливите групи и правото мора да ги заштити, ако тоа не го прават нивните родители. Штом граѓанските закони дозволуваат построги мерки, бездруго треба да се понудат и во кривичните ако се нужни за да ги заштитат интересите на децата. Во тој контекст нема оправданост од опстојување на привилегиите за вакви дела.

Сопружничката привилегија не треба да важи во ситуациите во кои партнерот е жртва на к.д. сторено од другиот. Ако целта на привилегијата е заштита на добрите брачни или вонбрачни односи, тогаш бездруго делото покажува дека тие се илузија во конкретниот случај. Правото не треба да штити илузии, па затоа *de lege ferenda*, предлагам да нема можност за ослободување од должноста за сведочење во постапките во кои едниот партнер е жртва на неделото на другиот.

Фактички предлагам слично решение како со доброволно дадената изјава на обвинетиот (чл. 206 ст. 1 т. 2) која во смисла на чл. 391 ст. 3 може да се користи во судската постапка. Штом обвинетиот бил поучен дека ако даде изјава таа ќе може да се користи во постапката против него и тој доброволно и интелегентно решил да зборува, не може да се стави приговор на ваквото законско решение, кое е оправдано и не е во спротивност на праксата од ЕСЧП.

Нема причина да постои разлика во однос на привилегираниот сведок. Во контекст на сето претходно предлог *de lege ferenda* е да се дополни поуката од чл. 214 од ЗКП/10, да му се укаже на привилегираниот сведок дека ако се откаже од привилегијата неговиот исказ ќе може да се користи во постапката иако подоцна се премисли, а записникот за неговото сослушување да претставува валиден доказ. За да не се јави проблем со конфронтационата клаузула за испитувањето треба да извести и покани бранителот на осомничениот.

Семејната привилегија не треба да важи за к.д. сторени спрема деца, а сопружничката во ситуациите во кои партнерот е жртва во к.д.

Исказот не треба задолжително да се издвојува ако поуката или изјавата за нејзино откажување не биле внесени во записник, туку треба да се остави простор овој факт да се докажува во постапката. Техничката неисправност на записникот не е исто што и повредата на материјалното право на сведокот. Воедно исказите на привилегираните сведоци дадени со повреда на привилегијата да може да се користат во постапката на барање на обвинетиот.

2.4. Сведоци - лица кои не може да бидат сведоци

Според чл. 213 од ЗКП/10 покрај лицата опфатени во ставовите 1, 2 и 3 не може да биде сведок 4) малолетно лице кое со оглед на својата возраст и душевна развиеност не е способно да го сфати значењето на своето право дека не мора да сведочи освен ако самиот обвинет го бара тоа и 5) лицето кое поради својата душевна или телесна болест, односно својата возраст воопшто не е во состојба да сведочи.

Разбирливо е да не се дозволи вакво полнолетно или малолетно лице „5“ кое не е воопшто способно да сведочи да дава исказ во постапка, бидејќи исказот би немал никаква спознајна вредност и би можел да нанесе повеќе штета отколку корист. Меѓутоа, што ако такво полнолетно лице кое не е опфатено под „4“ е способно да ги репродуцира настаните од минатото, но не и да го сфати значењето на благодатот на несведочење. Тоа не ќе може да ја сфати и разбере поуката и импликациите од откажувањето. Постои правна празнина која треба да се пополни со корекција на чл. 213 ст. 4 во оваа насока.

2.5. Сведоци - конфронтациска клаузула

Вкрстеното испрашување на сведоците е агресивен и непријатен начин на испитување. Притоа дозволени се покрај обични и сугестивни прашања. Треба да се воведат исклучок кај вкрстеното испитување за малолетните сведоци, посебно децата кои не навршиле 14 г. за кои психологијата докажала дека се посебно осетливи, сугестивни и подложни на влијанија. А, ако се и оштетени таквото испитување ќе доведе и до дополнителна траума и секундарна виктимизација. Ни во Германија не е дозволено вкрстено испрашување на сведоци кои се деца (нив обично ги испитува судијата), а во Италија нив ги испрашува судијата, а не странките.

Во овој контекст *de lege ferenda* предлагам при вкрстено испитување да се забрани користење сугестивни прашања на малолетни сведоци. Наведувачките прашања чл. 384 од ЗКП/10 ги забранува при директното, а ги дозволува во вкрстеното испитување, меѓутоа последново не го ограничува само со таков тип на прашања. Така што не ќе бидат потребни големи промени на одредбата, туку да се додаде забрана за наведувачки прашања на малолетни лица.

Сведоците се најчесто користени доказни средства и без нив би се откажале од гонење на многу к.д. Практичен проблем се јавува во оние ситуации во кои сведок кој дал исказ во претходна постапка не е достапен на судењето со што се оневозможува обвинетиот да се соочи со оној што го обвинил.

Македонското законско решение може да најде на низа критики. ЗКП/10 во чл. 400 ст. 2 забранил пресудата да се заснова само врз 1) искази на сведоци дадени пред ЈО и на изјави собрани во рамки на дејствијата на одбраната во текот на истражната постапка и 2) на записници за дадени искази на доказното рочиште. Забраната под „1“ очигледно е грешка, бидејќи пресудата не ни може да се темели на исказите на сведоците дадени пред ЈО или на изјавите собрани во рамки на дејствијата на одбраната, зашто тие може да се користат исклучиво заради оцена на веродостојноста на исказите дадени на расправа (при вкрстено испрашување, при побивање на изнесени наводи или во одговор на побивање). Што би се рекло, ако преку нив се побие сведочењето на расправа, тогаш судот како неверодостојно нема да го вреднува, но не може на нив да ја заснова одлуката. Забраната под „2“ значи дека одлуката не ќе смее да се заснова исклучиво врз исказот даден на доказното рочиште. Парадоксот е што законот не предвидел исто и за исказ даден пред ЈО при индиции за насилство, закана, ветување награда (чл. 388 ст. 4) и од лице кое починало, душевно заболело или е недостапно (чл. 388 ст. 5). Нема законска забрана пресудата во одлучувачка мера да се заснова врз вакви искази, што е

неконзистентно зашто има таква за сведок испитан на доказно рочиште пред судија кој се грижи за законитоста и правичноста на испитувањето.

Проблемот е што воспоставил правило за единствен и одлучувачки доказ за исказ на сведок даден на доказно рочиште, а не и во овие две ситуации. Такво правило или не треба да има за првата ситуација или ако има за неа, треба да има ексклузивско правило и за останатите две. Лично не ја спорам оправданоста и целисходноста во вакви ситуации да се отстапи од правилото за непосредно изведување на доказите, само укажувам на парадоксот што се забранува употреба на условно кажано посигурна изјава дадена во суд кога таа е единствен доказ, без истото тоа да се направи и за понесигурна изјава дадена на странка во постапката. *De lege ferenda* потребно е да се измени чл. 400 ст. 2 така што ќе ги опфати изјавите прибавени во смисла на чл. 388 ст. 3, 4 и 5 од ЗКП.

ЕСЧП правилото за единствен или одлучувачки доказ го создал *in favorem* обвинетиот и го врзува само за осудата. Одредбата од чл. 400 ст. 2 отстапува од европскиот правен стандард, бидејќи законот не прави дистинкција (употребува пресуда наместо осуда), па произлегува дека правило востановено во корист на обвинетиот оневозможува употреба на доказ во негова полза.

Следно, недостаток во законското решение (чл. 388 ст. 5) од гледна точна на начелото на еднаквост на оружјата е нееднаквиот третман на исказот даден пред ЈО и изјавите собрани во рамки на дејствијата на одбраната. Па, изјава која на одбраната ѝ ја дало лице што починало, душевно заболело или е недостапно не може да се користи на ист начин како што би било со иста таква изјава дадена на ЈО. Така може да се случи едно лице да даде изјава пред ЈО и пред одбраната, а оваа втората да не смее да се приложи како доказ во судот, иако немало повреда на правилата на нејзино прибавување. Оттука, сметам дека и овие две контрадикторности треба да претрпат соодветна промена.

2.6. Вешти лица

ЗКП/10 во чл. 247 изречно забранува како вештак да се земе лекарот што го лекувал умрениот, па вештачење од вакво лице несомнено ќе е незаконит доказ. Тој може да биде сведок во постапката за текот на лекувањето, но ако биде вештак ќе може да се јави сомнеж околу неговата објективност бидејќи лицето освен што може да почине како резултат на к.д. или друга последица неповрзана со лекувањето, може и заради несовесно лекување или неукажување медицинска помош. Во вториов случај токму лекарот сега како вештак ќе има интерес вештачењето да го прилагоди на начин што ќе ја прикрие евентуално непрофесионално дадената лекарска помош. Истата логика е применлива и за ситуација кога лекуваното лице не умрело, па *de lege ferenda* сметам дека треба да се забрани лекар кој го лекувал лицето да може да се јави како вешто лице за неговата медицинска состојба.

Според чл. 236 и 394 од ЗКП/10, ЈО може да донесе наредба за вештачење во претходна постапка, а на главна расправа судот. Оттаму, постои конфликтна пракса дали вештачење изготвено по наредба на ЈО издадена по поднесување предлог за издавање казнен налог се смета дека било прибавено на незаконит начин или не. Оваа постапка е забрзана постапка. Карактеристика на ваквите постапки е поедноставено постапување, откажување од процесните права и спроведување редовна кривична постапка, за сметка на осуда со изразито блага санкција. Оттаму овој модел на поедноставено постапување е од интерес на двете спротивставени страни. ЈО брзо ќе го затвори кривично-правниот настан, а обвинетиот без многу трошоци и непредвидливост, ќе добие блага осуда во разумен рок. Идејата на забрзаните постапки е тие да бидат едноставни, брзи и при неспорна фактичка состојба да не се прибавуваат непотребни докази кои значат трошок во време и пари. Затоа често во вакви предмети ЈО оправдано не ни прибавува вешт наод

и мислење кое по закон може да го обезбеди до поднесување на обвинение, или во случајов до поднесување предлог за издавање казнен налог. Бидејќи одбраната може да прибира докази во секоја фаза од постапката (чл. 306), очигледно во ваква забрзана постапка нема еднаквост на оружјата, па од таа причина во постапка поведена по чл. 497 од ЗКП/10 (не и по чл. 469) предлагам соодветна интервенција во законот.

2.7. Забрана полицијата да испитува лица во својство на осомничени, сведоци и вештаци

Не постои и не треба да постои човеково право, да не се биде истражуван од органите на прогонот. Никој не може да очекува дека полицијата нема да истражува к.д. и до тука решението во различните правни системи е идентично. Разликите се потоа. Некаде полицијата нема право да испитува осомничени (Шкотска), некаде може да ги испитува само во присуство на бранител (Италија), а некаде и без бранител ако се откажал од ова право (САД, Англија).

Кај нас сè уште постои забрана полицијата да сослушува лица во својство на обвинети, сведоци или вештаци за која може да полемизираме. Од една страна во однос на испрашувањето лица задржани во станица постојат грижите на кои укажал ВСС во предметот Миранда. Од друга страна факт е дека веднаш по настанот може да се добијат најсвежи и најточни податоци. Затоа може да се уважи стравувањето од Миранда и да се овозможи полициско испитување чии резултати би имале вредност во судска постапка само во присуство на бранител, трајно зачувано со видео техника. Фактички *de lege ferenda* предлагам решението од чл. 206 и 391 од ЗКП/10, да се помести нешто понапред, заради кое ќе бидат потребни законски измени и на чл. 279. Според конвенциското право употребата на исказите добиени во тек на полициските извиди или за време на истрагата заради докажување сама по себе не е спротивна на чл. 6 ст. 1 и 3 под услов да е почитувано правото на одбрана. Така што евентуални внимателно обмислени промени на нашето законодавство во ова насока не би се нашле под удар на ЕСЧП, зашто ни овој суд не предлага да се забранат полициските испитувања, туку да се почитува правото на одбрана, што во случајов подразбира постоење сет од добри стандарди чие почитување ќе ги направи прифатливи изјавите дадени во полиција. Такви стандарди би биле задолжително присуство на бранител за време на испитувањето и задолжително видео и аудио снимање на разговорот на осомничениот со полицијата. За сведоците кои немаат стручна помош во постапката и врз кои може да се изврши влијание доколку насамо бидат испитувани во полиција, не треба да трпи промени законското решение по кое нивно прво испитување што може нешто да значи во постапката да е кај ЈО.

Во некоја следна фаза може дури и да се размисли да се дозволи употреба во суд на неформалните полициски белешки составени од разговорот со пресумптивните сведоци, по исклучок само за да се укаже на контрадикторноста на судски дадената изјава, односно за да се фати сведокот во лага. Сепак вистината треба да е императив на секоја правична постапка. Постојното законско решение забранува употреба на изјавите на осомничените лица или пресумптивните сведоци дадени во полиција, но не и на дериватите од тие изјави. Фактички првите ги третира како недозволен докази, но ги допушта плодовите од тие недозволен докази, спротивно на забраната во општата одредба за ексклузија од чл. 12 ст. 2 од ЗКП/10.

Ова е потврда на гледиштето дека и нашиот законодавец прави квалитативна разлика помеѓу две ситуации во кои има забранет начин на прибирање докази. Во однос на изјавите добиени од осомничен или сведок со употреба на сила, закана, измама, ветување и сл. (забранети пред суд) бара примена на теоријата плодови од отровно дрво. Во однос на известувањата дадени на полиција во смисла на чл. 279 од ЗКП/10 од лица

кои пред суд би биле привилегирани сведоци или од осомничен (забранети пред суд), не бара примена на теоријата зашто целта на собирањето оперативни сознанија е токму откривање битни информации кои подоцна може да се користат за прибавување валидни докази (име на некој сведок, место каде се наоѓа плен од к.д., предмет со кој е извршено к.д. итн.).

Сè се тоа деривативни информации, плод на добиеното известување од лице кое ниту било информирано дека нема обврска да даде известување (привилегиран сведок) или дека има право на молчење и привилегија против самоинкриминација (осомничен), а се прифатливи во постапката која следи и за која биле побарани. Вистинското прашање е дали овие информации треба да бидат подложни на исклучување како плод на отровно дрво. Сметам дека не треба сè дотогаш до кога полицијата при нивното прибавување не прекршува никаков закон. А по закон таа има право да собира известувања. Но, неинформирањето и со тоа држењето во заблуда било на осомничениот кој веќе станал тоа или на привилегираниот сведок за кого исто така полицијата може да знае дека станал привилегиран во оној момент кога ја насочила истрагата кон нему блиско лице претставува повреда на правото на фер постапување кое мора да добие некаков правен епилог.

2.8. Претреси - усен налог за претрес

Ниеден ЗКП кој се применувал во Македонија од 1948 г. досега не познавал усна наредба за претрес. Посебната одредба од чл. 187 од ЗКП/10 во ситуации на итност дозволува усно да се побара претрес, но дозволата за претрес никогаш не е усна. Ваквото законско решение е малку ригидно зашто не одговара на реалноста. Видовме и во САД постојат ситуации кога не може да се чека писмен налог за претрес (исклучоците за возила). Во тој контекст би било добро да се размисли за германското решение, каде независно што налозите за претрес ги издава судот, во итни ситуации усна наредба да може да даде и ЈО. De lege ferenda треба да се дозволи во итни ситуации налог за претрес да издаде ЈО кој задолжително ќе треба судот да го испита во рок од 48 часа со овластување да го потврди или поништи, при што во вториот случај веднаш ќе донесе решение за издвојување на така најдените докази. Фактот што докази биле најдени не смее да влијае врз судската оценка за исполнетоста на условите за претрес. Штом за ЕСЧП е прифатливо во ургентни ситуации да се прислушува без судски налог, кое секако е поинтрузивно дејствие споредено со претресот на возилото, помал проблем ќе е ова предложено решение. Битно е судот да провери и испита, па и отпосле, бидејќи владеењето на правото подразбира дека секое мешање на извршната власт во правата на поединецот треба да биде предмет на ефикасен судски надзор, а токму судијата е најдобриот чувар на правичноста на постапката.

2.9. Претреси - на дом без судска наредба

ЗКП/10 во строго ограничени и оправдани ситуации ја овластува полицијата да изврши претрес на дом или лице без судска наредба. Едни од тие ситуации се а) ако таму се наоѓа лице кое по наредба на суд треба да се притвори или присилно да се доведе и б) поради лишување од слобода на сторител кој е затечен при извршување на к.д. кое се гони по службена должност.

Овластувањата се оправдани зашто кај првото полицијата има судско овластување да уапси сторител на к.д., а кај второто законско овластување да превенира к.д., штети врз имоти и повреди на лица, односно да фаќа сторители затечени in flagranti како вршат к.д. Притоа имам резерва или критика на постоечкото законско решение, кое може да претрпи промени во иднина.

Сметам дека во овие два случаи, би било оправдано да се изврши безбедносен претрес на лицето, и на просторот што бил во дофат на неговите раце. Меѓутоа неприфатлива е можноста за претрес на другите простории од домот кој и не мора да е на осомничениот, зашто овозможува арбитарно ограничување на уставно загарантираното право од чл. 26 од Уставот без судски налог или согласност на држателот на станот. Полицијата во таков случај може да го обезбеди просторот и да побара судски налог за претрес на целата недвижност, што би било на иста линија и со праксата во САД, Хрватска и Косово.

2.10. Претреси - на адвокатска канцеларија

Постои колизија помеѓу правилата за претрес на адвокатска канцеларија во Законот за адвокатурата и ЗКП/10. Според чл. 21 од првиот претресувањето на канцеларија на адвокат може да се врши само во присуство на адвокатот и овластен претставник на Адвокатската комора. ЗКП/10 во чл. 191 пак бара присуство на претставник на комората само ако е отсутен адвокатот чии канцеларии се претресуваат, но и без него ќе може да се спроведе претресот ако претставникот не дојде во рок од 3 часа откако бил повикан. Во ваква ситуација истражните органи најдобро ќе биде да ја применат одредбата од Законот за адвокатурата од две причини, една по принципот *lex specialis derogat lex generali* и втора зашто е поблиска до праксата на ЕСЧП според која постоечките мерки од ЗКП/10 изгледаат недоволни. Во оваа смисла сметам дека ќе биде добро решението од ЗКП *de lege ferenda* да се усклади со тоа од Законот за адвокатура, односно да се уреди така што ќе предвиди обврска секојпат да се повикува претставник на адвокатската комора независно дали адвокатот чија канцеларија се претресува е присутен или не на претресот. Бидејќи вознемирувањето на членовите на правната професија го погодува срцето на системот на конвенцијата добро е да се воведат обврска отпечатувањето на запленетите документи да го врши судија на претходна постапка кој би имал механизми да наложи враќање на оние со кои се нарушува привилегираниот однос адвокат клиент или се небитни за истрагата за тековното дело.

Може да се размисли дури и за посебни групи на лица, претрес да може да се изврши само во присуство на судија како што е во Франција.²³²⁹

2.11. Претреси - компјутери

Од аспект на привилегијата против самоинкриминација проблематична е должноста која под закана со санкција ја има лицето кое го користи компјутерот или уредот и има пристап до него, ако тоа е осомничениот, да овозможи пристап до нив, да ги даде потребните известувања за непречено остварување на целта на претресот и да преземе мерки со кои се спречува уништување или менување на податоците (чл. 184 од ЗКП/10). Тој не треба да се противи или да го попречува претресот дозволен со судски налог. Меѓутоа не смее да му се наложи обврска активно да помага во него ако тоа може да доведе до сопствена инкриминација. Оваа обврска за осомничениот *de lege ferenda* треба да се поништи.

2.12. Материјални докази во оригинална форма или заверена копија

Зачудува фактот што законодавецот им дал построг третман на материјалните докази споредено со решението кое го пропишал за отсутните сведоци. И во државите на обичајното право кои го применуваат правилото за најдобар доказ постојат мноштво

²³²⁹ Dervieux, 2005, стр. 256 - пр. 1) медиуми и маркетиншки компании, 2) во нотарски, извршителски или лекарски простории во присуство и на претставник на професионалната комора, 3) кај адвокат во присуство и на претседателот на адвокатската комора.

исклучоци и можност да се сослушаат сведоци по слушање. Такви исклучоци има и кај нас (чл. 388 од ЗКП/10). Нема безгрешни докази, бидејќи како што може да се даде лажен исказ, така може да се фалсификува и подметне материјален доказ. Меѓутоа, материјалните докази по правило се посигурни и прифатливо би било да се бара оригинал во оние ситуации кога постои сомнеж околу нивната автентичност. Впрочем тоа би било на иста линија и со гледиштето на ЕСЧП кој не бара осудата по секоја цена да се заснова на писмени докази во оригинал, туку само кога е спорна автентичноста на некој битен писмен доказ.

Нелогично е што постојат исклучоци од начелото на непосредна оцена на вербалните, а не и за материјалните докази. Оттука, по секоја цена да се бара оригинал, во ситуација кога тоа не се прави ни со вербалните докази е преголем формализам кој спротивно на конвенциското право го ограничува правото на обвинетиот да претстави своја одбрана. Генерално оваа одредба ја хендикепира одбраната, бидејќи државните органи, јавните институции, правните и физички лица повеќе се склони доброволно или принудно да дадат докази на ЈО отколку на одбраната, иако за волја на вистината и обвинителството може да трпи од ваквото решение. Сметам дека истото *de lege ferenda* треба да се промени.

2.13. Материјални докази - предмети кои не смее да се одземат

ЗКП/10 во чл. 197 воведува листа на предмети кои не можат да се одземат ни со судска наредба. Идејата очигледно била целосно да се заштитат информациите заштитени како државна и воена тајна, тие од привилегираните сведоци и изворот на медиумите. Попречена е можноста законските забрани вметнати во деловите за сведоците да се премостат со читање нивни исправи или писмена и така посредно да се воведат во постапката сознанието за кое сведокот не може или не сака да сведочи. Делот за медиумите пак е во корелација со праксата на ЕСЧП.

Меѓутоа постои проблем со новото решение, независно што одредбата од ЗКП/10 суштински е иста како таа во ЗИД/04. Разликата е што дел од лицата кои во 2004 г. биле ослободени од обврската за сведочење (верски исповедник, адвокат и лекар), во 2010 г. се префрлени во групата лица кои не може да сведочат (*supra* VIII 5.2.1. и 5.2.2.). Бидејќи веќе не се дел од групата привилегирани сведоци, за нив оградата е тргната и тие по барање на суд би биле обврзани да ги дадат бараните документи, бидејќи од стариот во новиот закон пренесена е само забраната да се одземат исправи на државните органи со чие објавување би се повредило чувањето на државната или воената тајна, а спомената група лица (верски исповедник, адвокат и лекар) не влегува во дефиницијата на државен орган, ниту располага со информации кои се државна или воена тајна. Овој законски дефект мора да се исправи зашто ја руши идејата која стои во позадина на забраната за сослушување на овие лица. Имено, истите информации кои не смее да се добијат преку нивно сведочење може да се дознаат од исправите кои ги составиле во работата, а кои по наредба од судот мора да ги достават.

3. Епилог

Различните цели на ексклузивното правило може да се надополнуваат, наместо да се исклучуваат едни со други. Тоа треба да ја заштити постапката од неверодостојните докази, да ги елиминира мотивите за незаконито прибавување на доказите, да ја осигури заштитата на уставните и конвенциските права на обвинетиот и да го сочува интегритетот на правораздавањето. Моќта која ја има обвинителството како орган за гонење на к.д. и неговите процедурални можности како странка во постапката треба да бидат доведени во правичен баланс со правото на одбрана. Тоа може да се случи ако

правото на обвинетиот да не биде суден со незаконити докази стане неизоставен дел од неговото право на правична постапка. Ова е битно не само заради стожерниот карактер на правото на фер постапување, туку поради едноставниот факт што токму тоа како амалгам во постапката ги врзува за себе гаранциите од сите други права. Од нивното симбиотско содејство во поединечен случај и за конкретен обвинет зависи дали видот на доказот, начинот на негово прибавување или изведување ја прави постапката неправична, за ако е така неговото издвојување или анулирање од неа да ја врати состојбата во претходниот правичен стадиум.

Користењето на незаконитите докази вообичаено се брани со потребата општеството да ги осуди виновните сторители на к.д. Тоа што тој бил осуден врз база на тие докази, кои надоврзувајќи се на останатите допринеле до утврдување на правилна фактичка состојба и докажување на фактот дека токму тој е сторителот на делото се смета за доволна причина да ја оправда употребата на вакви докази.

Проблем е што ваквиот пристап применува ретроспективно гледиште. Со осудата која датира од подоцна (пресудата е последен акт во постапката) се оправдува незаконито дејствие на прибавување докази сторено претходно. Но, пред некој да биде правосилно осуден постои претпоставката на невиност и ако се согласиме со употреба на незаконити докази се согласуваме кон таков човек да се постапува незаконито. За сите во општеството важи оваа претпоставка која дури со осудата се побива.

Дали би го прифатиле ова гледиште кога би не погодило нас самите или нашите блиски. Би било хипокризија да не го сториме тоа, зашто ќе постапиме дискриминаторски, за еден да важи еден, а за друг принцип. Нема ништо подалечно од правдата отколку нееднаквиот пристап во идентични ситуации.

Ако го прифатиме неосетно даваме поддршка за т.н. полициска држава која не би била поразлична од дистопиите на Орвел или Замјатин. Оправдувањето на употребата на незаконити докази со самото тоа што против лицето е донесена осудителна пресуда, имено суд утврдил дека е сторител на некое дело значи оправдување нееднакви процесни правила низ визирот на материјалната правда. Процесната правда бара кон секој да се постапува еднакво, од неправдо да не се создава право, правдата не само да се остварува, туку и да се види како се остварува.

Материјалната правда бара виновниот сторител да одговара за своето дело. Но, ако се согласуваме со ова објаснување зошто би се ограничиле само на лицето кое условно кажано, немало среќа па со незаконити докази влегло во постапка. Што со сите други сторители на неоткриени к.д. Дали материјалната правда бара нив да ги изоставиме. Ако бара таа не ќе е материјална правда. Ако не сака да ги заборавиме, туку и нив да ги судиме, тогаш би упаднала во процесното право и би ги дерогирала сите процесни правила кои уредуваат како можеме да прислушуваме, да претресуваме, да одземеме туѓи ствари, да апсиме итн. Кој е тој што не направил грев и кој има морално право прв да го фрли каменот. Ќе признаеме, има многу такви кои никогаш не сториле к.д. Може, да има по некој кој никогаш во својот живот не направил прекршок, но колку ретки би биле тие. Повеќето некогаш сториле мал прекршок било тоа да е сообраќаен или еколошки и никогаш не одговарале. Но, не ќе било така ако некој ги снимал, слушал или следел незаконито. Против нив би имало доказ и тие би одговарале. Каде е тука правдата, оној што бил „несреќен“ незаконито да го надгледуваат да одговара, а оној што имал среќа никој да не му упадне во приватноста ништо да не му фали. Тоа не е правда, ниту живот во слободно, либерално и демократско општество. Меѓутоа, материјалниот принцип посакува воведување полициска држава, со каква што повеќето од нас не би се сложиле.

Интересот на правдата дури и кај доделувањето на бранител на сиромашно лице се сфаќа во процесна, а не материјална смисла. Гледано од материјален аспект нема интерес во тоа државата да плаќа бранител на сомнително и обвинето лице кое утре може да биде и осудено. Така треба да се гледа и на прашањето за незаконитите докази. Низ призмата на материјалната правда тие треба да се прифатат ако докажуваат виновно однесување на обвинетиот, но за процедуралната правда таквото сфаќање е неважно. Едноставно или се незаконити или не се и не игра никаква улога прашањето колку релевантни факти преку нив се докажуваат. Ако се незаконити процедуралната правичност бара нивно издвојување или некакво санкционирање.

Правото да не се биде суден со незаконити докази може да се согледа од две страни. Од гледна точка на обвинетиот се поставува прашањето дали постои човеково право со него да се постапува законито и да се биде суден само врз база на законити докази. Низ визирот на државата, прашањето е дали таа има морално право некого да укорува зашто постапил незаконито (сторил к.д. и се послужил со недозволени средства за остварување на некоја лична цел) ако таа истото го прави (користи недозволени средства за постигнување сопствена цел).

Како што ништовноста е очекувана последица од незаконитото дејствие во граѓанското право, зошто да не е логична последица на незаконито прибавениот доказ, односно незаконитата постапка во казненото процесно право. Впрочем ЗКП/10 во чл. 12 тоа и го бара. Враќањето во поранешна состојба е основен начин на надоместување на штетата според правилата на облигационото право. Ако состојбата на работите не може да се врати во фазата која постоела пред вршење на штетното дејствие, дури тогаш штетата се надоместува во пари. Кај незаконитите докази враќањето во поранешна состојба е токму неможноста да се ползуваат придобивките од таквите докази, состојбата да се врати во позиција во која така добиениот доказ ќе се издвои од постапката.

Владеењето на правото и правната сигурност бараат почитување на правните норми. Дали може да има владеење на право со употреба на докази прибавени со непочитување на правните норми. Ако во една постапка се прифаќаат докази прибавени на недозволен начин, спротивно на законски нормираното се дозволува арбитражно постапување. Арбитражното постапување ја руши правната сигурност. Дали има правична постапка без владеење на право и правна сигурност?

Едноставно во правна држава правилата мора да се почитуваат. Ако против некого се води екстрадициона постапка и странската држава одобри екстрадиција за едно дело, а не и за други две, за нив дури и да има законити докази лицето нема да смее да гони, без оглед што можеби се тешки к.д., постои јавен интерес за гонење итн. Кое е разумното оправдување оваа правна забрана да се почитува, додека таа за ексклузија на незаконитите докази не. Ако не се почитува, екстрадицијата како начин на меѓународна правна помош ќе исчезне. Практичноста надвладува над материјалната правда.

Дали постои еднаквост на оружјето ако ЈО може да користи незаконит доказ, а обвинетиот не, иако и двата се процесни странки со исти права и интереси. Не постои. Кога првото се оправдува со фактот што во друга постапка може да се гонат полициските службеници кои преку незаконито дејствие го обезбедиле доказот (прислушување, претрес и сл.) се бега од централното прашање. Еднаквост во буквална смисла ќе постои само кога и обвинетиот ќе може да ги „уништи“ ваквите докази за тие да исчезнат од тековниот предмет, а во некоја следна постапка да биде гонет за попречување на правдата. Значи ни ЈО да има корист од таков доказ, ни обвинетиот да трпи штета, а во друга постапка одговорните за незаконското прибавување и уништување на доказот да одговараат. Но, буквална еднаквост не може да има зашто органите на прогонот до

доказите дошле на незаконит начин, а обвинетиот нив ги анулира во регулирана процедура и на законит начин.

Ако целта на незаконскиот потфат на органите на прогонот била прибавување докази што би ги изнеле на идно судење, не може да се каже дека судот е неутрален, кога наместо да го санкционира и спречи тоа, помага и прифаќа нивно воведување.

Ова не е прашање на правна филозофија, туку на практична мудрост и уставна логика. Сè друго би ги направило човековите права апсолутни во принцип, а релативни во примена.

БИБЛИОГРАФИЈА

Книги и статии

А/А

1. Андонова, Спасенка/ Божиновски, Андреј/ Гогов, Богданчо/ Димовска, Даниела/ Јовчески, Јован/ Каровска-Андоновска, Билјана/ Крстиќ, Сандра/ Петровиќ-Арсовска, Снежана/ Саити, Џемали/ Сарамандова, Наташа, Прирачник за спроведување на мерките за следење на комуникациите, ДЦАФ – Центар за управување со безбедносниот сектор – Женева, подружница Скопје, 2019. [Андонова/ Божиновски/ Гогов/ Димовска/ Јовчески/ Каровска-Андоновска/ Крстиќ/ Петровиќ-Арсовска/ Саити/ Сарамандова, 2019]
2. Апасиев, Димитар, *Iudicia publica* Римското кривично процесно право (со посебен осврт на правосудниот систем во времето на Републиката) докторска дисертација, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2014. [Апасиев, 2014]
3. Арифи, Беса, Употребата на незаконско создадените докази во кривичната постапка – важноста на јавниот интерес како критериум за оценување на доказите, МРКПК год.24, бр.2, (2017), Скопје, стр.61-80. [Арифи, 2017]
4. Аристотел, Реторика, ТНИД Ѓурѓа, Скопје, 2010. [Аристотел, 2010]
5. Арнаудовски, Љупчо, За системот на кривично-правните (казнено-правните) науки, МРКПК год.24, бр.2, (2017), Скопје, стр.369-380. [Арнаудовски, 2017]
6. Аќимовиќ, Милош М., *Postizanje istinitost presuda*, JRKK, god. IX br. 2, Beograd, 1971, стр.233-253. [Аќимовиќ, 1971]
7. Aldea, Adrian, Criminal Procedure Concept of Instigation. The ECHR Perspective and Comparative Law, Bulletin of the *Transilvania* University of Braşov, Series 156 VII, Vol.10 (59), No.1, 2017, стр.155-160. [Aldea, 2017]
8. Allen, Christopher, *Evidence*, Routledge, London and New York, 2011. [Allen, 2011]
9. Alschuler, Albert, A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent, *Michigan Law Review* Vol.94, Iss.8, 1995, стр. 2625-2672. [Alschuler, 1995]
10. Alschuler, Albert W., Exclusionary Rule and Causation: *Hudson v. Michigan and Its Ancestors*, *Iowa Law Review*, Vol.93, 2007, стр.1741-1817. [Alschuler, 2007]
11. Alschuler, Albert W., Studying the Exclusionary Rule: An Empirical Classic, *The University of Chicago Law Review*, Vol.75, No.4, 2008, стр.1365-1384. [Alschuler, 2008]
12. Alschuler, Albert W., *Herring v. United States: A Minnow or a Shark?*, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol.7, 2009, стр.463-513. [Alschuler, 2009]
13. Alschuler, Albert W., Regarding Re’s Revisionism: Notes on the Due Process Exclusionary Rule, *Harvard Law Review Forum*, Vol.127, 2014, стр.302-324. [Alschuler, 2014]
14. Amar, Akhil Reed, The Bill of Rights as a Constitution, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, pp. 1131-1210. [Amar, 1991]
15. Amar, Akhil Reed, Fourth Amendment First Principles, *Harvard Law Review*, Vol.107, No.4, 1994, стр.757-819. [Amar, 1994]
16. Amar, Akhil Reed/ Lettow, Renée B., Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause, *Michigan Law Review*, Vol.93, Iss.5, 1995, стр.857-928. [Amar/ Lettow, 1995]
17. Amar, Akhil Reed, Against Exclusion (Except to Protect Truth or Prevent Privacy Violations), *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol.20, No.2, 1997, стр.457-466. [Amar, 1997]
18. Amar, Akhil Reed, Terry and Fourth Amendment First Principles, *St. John’s Law Review*, Vol. 72, No. 3, 1998, стр. 1097-1131. [Amar, 1998]
19. Amar, Akhil Reed, Substance and Method in the Year 2000, *Pepperdine Law Review*, Vol. 28, Iss. 3, 2001, стр. 601-632. [Amar, 2001]
20. Amsterdam, Anthony G., Perspectives on the Fourth Amendment, *Minnesota Law Review*, Vol.58, 1974, стр. 349-477. [Amsterdam, 1974]
21. Ashworth, Andrew, *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure*, Sweet & Maxwell, London, 2002. [Ashworth, 2002]
22. Ahuja, Jasmeet K./ Tutt, Andrew, Evidentiary Rules Governing Guantánamo Habeas Petitions: Their Effects and Consequences, *Yale Law & Policy Review*, Vol.31, No.1, 2012, стр.185-226. [Ahuja/ Tutt, 2012]

Б/В

23. Бејатовиќ, Станко, Кривично процесно право Друго допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2010. [Бејатовиќ, 2010]

24. Благојевић, Милан, Огледи из кривично процесног права (одабрани ауторски радови), Штампа, Добој, 2005. [Благојевић, 2005]
25. Бојлке, Вернер, Закон за кривична постапка, Датапонс ДООЕЛ Скопје, 2009. [Бојлке, 2009]
26. Брезоска – Јовановска, Елена, Еднаквоста како основно право - со посебен осврт на практиката на Европскиот суд за човекови права во однос на заштита од дискриминација, Фондација Институт отворено општество – Македонија, Скопје, 2011. [Брезоска - Јовановска, 2011]
27. Бубевски, Гаврил/ Јакимовска, Иванка/ Јакимовски, Златко, Теоретска и практична опсервација на незаконитите докази гледано низ призмата на незаконски прислушуваниите разговори, МРКПК год.24, бр.2, (2017), Скопје, стр.227-238. [Бубевски/ Јакимовска/ Јакимовски, 2017]
28. Бужаровска, Гордана, Редифинирана улога на јавниот обвинител во казнената постапка, Зборник на трудови посветен на проф. д-р Фрањо Бачиќ, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, 2007, стр.341-354. [Бужаровска, 2007]
29. Бужаровска-Лажетиќ, Гордана, Новата улога на судот во текот на главната расправа според ЗКП 2010, МРКПК, стр.1-18. [Бужаровска-Лажетиќ, Новата улога на судот]
30. Бужаровска, Гордана/ Цаца Николовска, Маргарита / Мифтари, Агим/ Нича, Јани, Прирачник за примена на мерката притвор, Здружение на судите на Република Македонија, Скопје, 2009. [Бужаровска/ Цаца Николовска / Мифтари/ Нича, 2009]
31. Бужаровска, Гордана/ Ре, Дејвид/ Карнапас, Мајкл Г., Истражни дејствија : прирачник за практичари, OSCE, Скопје, 2010. [Бужаровска/ Ре/ Карнапас, 2010]
32. Бужаровска-Лажетиќ, Гордана/ Карнапас, Мајкл Г./ Ре, Дејвид, Спогодување на вина : прирачник за практичари, ОБСЕ, Скопје, 2010. [Бужаровска/ Карнапас/ Ре, 2010]
33. Basaria, Karim, Summary exhibits and the confrontation clause: looking beyond the hearsay rule for evidentiary implications of Crawford's progeny, The Journal of Criminal Law & Criminology, Vol.102, No.3, 2012, стр. 851-899. [Basaria, 2012]
34. Bassiouni, M. Cherif, Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 3, No. 2, 1993, стр. 235-297. [Bassiouni, 1993]
35. Bayer, Vladimir, Osnovne karakteristike novog uređnja krivičnog postupka prema noveli od godine 1967, JRKK, god. V br. 3, Beograd, 1967, стр. 346-384. [Bayer, 1967]
36. Bayer, Vladimir, Ugovor s Đavлом: procesi protiv čarobjaka u Evropi a napose u Hrvatskoj, Zora, Zagreb, 1969. [Bayer, 1969]
37. Bayer, Vladimir, Jugoslavensko krivično procesno pravo, Knjiga druga, Četvrto izdanje, Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1986. [Bayer, 1986]
38. Bayer, Vladimir, Jugoslavensko krivično procesno pravo, Knjiga prva, Osmo izdanje, Uvod u teoriju krivičnog procesnog prava, Narodne novine Zagreb, 1988. [Bayer, 1988]
39. Bačić, Franjo, Kuda ide krivično pravo?, JRKK, god. VIII br. 3, Beograd, 1970, стр.451-469. [Bačić, 1970]
40. Belanger, Robert E., Judicial Decision Making and the Exclusionary Rule, Texas Review of Law & Politics, Vol.21, No.1, 2016, стр.69-117. [Belanger, 2016]
41. Beljanski, Slobodan, Odbrana okrivljenog u krivičnom postupku, JRKK, vol. 27 br. 4, Beograd, 1989, стр.163-176. [Beljanski, 1989]
42. Beljanski, Slobodan, Меѓународни правни стандарди о кривичном поступку, Београдски центар за људска права, Београд, 2001. [Beljanski, 2001]
43. Beljanski, Vladimir/ Delibašić, Veljko/ Tintor, Jugoslav, Priručnik za postupanje advokata u krivičnom postupku, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2019. [Beljanski/ Delibašić/ Tintor, 2019]
44. Benner, Laurence A./ Bird, Robert/ Smythe, Donald F., Social-Network Theory and the Diffusion of the Search-and-Seizure Exclusionary Rule Among State Courts Between Weeks and Wolf, BYU Journal of Public Law, Vol.27, Iss.1, 2012, стр.97-144. [Benner/ Bird/ Smythe, 2012]
45. Bilz, Kenworthy, Dirty Hands or Deterrence? An Experimental Examination of the Exclusionary Rule, Northwestern Public Law Research, No. 10-28, 2011, стр. 1-49 [Bilz, 2011]
46. Biçak, A. Vahit, A comparative study of the problem of the admissibility of improperly obtained evidence (PhD thesis), University of Nottingham, 1995. [Biçak, 1995]
47. Bloom, Robert M./ Fentin, David H., „A More Majestic Conception“: The Importance of Judicial Integrity in Preserving the Exclusionary Rule, University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, Vol. 13, no.1, 2010, стр. 47-80. [Bloom/ Fentin, 2010]
48. Bozinovski, Andrej, The Admissibility of (Counter-) Intelligence Information as Evidence in Court, DCAF – Geneva Centre for Security Sector Governance, 2021. [Bozinovski, 2021]
49. Bojanić, Igor/ Đurđević, Zlata, Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, HLJKPP vol. 15, broj 2/2008, Zagreb, стр. 973-1003. [Bojanić/ Đurđević, 2008]

50. Boulet, Gertjan, Illegally obtained evidence and democracy, *Jura Falconis* Jg. 45, 2008-2009, no.3, стр.417-433. [Boulet, 2008-2009]
51. Bošković, Aleksandar/ Pavlović, Zoran, Problemski osvrt na organizaciju prethodnog krivičnog postupka u Republici Srbiji i Republici Hrvatskoj, *HLJKPP* vol. 23, broj 1/2016, Zagreb, стр.189-207. [Bošković/ Pavlović, 2016]
52. Bradley, Craig M., The Exclusionary Rule in Germany, *Harvard Law Review*, Vol. 96, Iss. 5, 1983, стр.1032-1066. [Bradley, 1983]
53. Bradley, Craig M., Murray v. United States: The Bell Tolls for the Search Warrant Requirement, *Indiana Law Journal*, Vol. 64, Iss. 4, 1989, стр.907-923. [Bradley, 1989]
54. Bradley, Craig M., The Emerging International Consensus as to Criminal Procedure Rules, *Michigan Journal of International Law*, Vol.14, 1993, стр.171-221. [Bradley, 1993]
55. Bradley, Craig M., Mapp Goes Abroad, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 52, No. 2, 2001, стр. 375-400. [Bradley, 2001]
56. Bubalović, Tadija, Novela zakona o kaznenom postupku Bosne i hercegovine od 17.06.2008 - pozitivna rješenja i iznevjerena očekivanja, *HLJKPP* broj 2/2008, Zagreb, стр.1129-1157. [Bubalović, 2008]
57. Bush, John C., Warping the Rules: How Some Courts Misapply Generic Evidentiary Rules to Exclude Polygraph Evidence, *Vanderbilt Law Review*, Vol.59, Iss.2, 2006, стр. 539-569. [Bush, 2006]
58. Buturović, Jovan, Osnovi i pravci budućeg razvoja jugoslovenskog krivičnog procesnog zakonodavstva, *JRKK*, vol. 27 br. 4, Beograd, 1989, стр.97-115. [Buturović, 1989]

B/V

59. Водинелиќ, Владимир, Криминалистика откривање и докажување – теоретски и практични криминалистички доказни проблеми - II том, Универзитет „Кирил и Методиј“, Факултет за безбедност и општествена самозаштита, Скопје, 1985. [Водинелиќ, 1985]
60. Valković, Laura, Procesna prava obrane prema V. noveli Zakona o kaznenom postupku, *HLJKPP* vol. 20, broj 2/2013, Zagreb, стр.521-554. [Valković, 2013]
61. Vasiljević, Vladan A., Kažnjavanje za ratne zločine i problem zastarevanja krivičnog gonjenja u međunarodnom krivičnom pravu, *JRKK*, god. III br. 1, Beograd, 1965, стр. 43-57. [Vasiljević, 1965]
62. Vasiljević, Tihomir, Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ, Zavod za izdavanje udžbenika Socijalističke Republike Srbije, Beograd, 1971. [Vasiljević, 1971]
63. Vasiljević, Tihomir/ Grubač, Momčilo, Komentar Zakona o krivičnom postupku treće dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1987. [Vasiljević/ Grubač, 1987]
64. Vilhar, Albin, Latinski citati : florilegium, adagiorum, sententiarum, proverbiorum, gnomarum, Matica Srpska, Novi Sad, 1991. [Vilhar, 1991]
65. Vitkauskas, Dovydas/ Dikov, Grigoriy, Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 2012. [Vitkauskas/ Dikov, 2012]
66. Vnukova, Jana, Neka obilježja kaznenog postupka u Slovačkoj, *HLJKPP* vol. 20, broj 2/2013, Zagreb, стр.853-860. [Vnukova, 2013]
67. Vujičić, Dušan, Osnovna načela krivičnog postupka i njegovo trajanje, *JRKK*, god. XIII br. 3, Beograd, 1975, стр. 461-470. [Vujičić, 1975]

Г/Г

68. Гордер, Јустејн, Светот на Софија, Издавачки центар Три, Скопје, 2011. [Гордер, 2011]
69. Горки, Максим, На дното, Медиа принт Македонија, Скопје, 2010. [Горки, 2010]
70. Грејвс, Роберт, Грчки митови, Табернакул, Скопје, 2002. [Грејвс, 2002]
71. Грир, Стивен, Европска конвенција за човекови права: постигања, проблеми и изгледи, Просветно дело АД Скопје, Скопје, 2009. [Грир, 2009]
72. Гротриан, Ендрју, Член 6 од Европската конвенција за човекови права: право на правично судење, Просветно дело АД Скопје, Скопје, 2008. [Гротриан, 2008]
73. Garrett, Brandon L./ Neufeld, Peter J., Invalid Forensic Science Testimony and Wrongful Convictions, *Virginia Law Review*, Vol.95, No.1, 2009, стр.1-97. [Garrett/ Neufeld, 2009]
74. Garrett, Brandon L., Eyewitnesses and Exclusion, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 65, 2012, pp. 451-506. [Garrett, 2012]
75. Gautam, Khagesh, The Unfair Operation Principle and the Exclusionary Rule: on the Admissibility of Illegally Obtained Evidence in Criminal Trials in India, *Indiana Int'l & Comp. Law Review*, Vol.27, No.2, 2017, стр.147-189. [Gautam, 2017]
76. Giannouloupoulos, Dimitrios, The exclusion of improperly obtained evidence in Greece: putting constitutional rights first, *The International Journal of Evidence & Proof*, Vol. 11, Iss. 3, 2007, стр. 181-212. [Giannouloupoulos, 2007]

77. Gosney, Steven N., Applying the Deterrence Rationale of the Exclusionary Rule to the Good Faith Exception: A Way Forward, *American Journal of Trial Advocacy*, Vol.40, Iss.2, 2016, стр.245-261. [Gosney, 2016]
78. Greer, Steven, Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really 'Absolute' in International Human Rights Law?, *Human Rights Law Review*, 2015, pp. 1-37. [Greer, 2015]
79. Gross, Samuel R./ Jacoby, Kristen/ Matheson, Daniel J./ Montgomery, Nicholas, Exonerations in the United States 1989 through 2003, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol.95, No.2, 2005, стр.523-560. [Gross/ Jacoby/ Matheson/ Montgomery, 2005]
80. Gross, Samuel R., Convicting the Innocent, *Annual Review of Law & Social Science*, Vol. 4, 2008, pp. 1-26. [Gross, 2008]
81. Gross, Samuel R./ O'Brien, Barbara, Frequency and Predictors of False Conviction: Why We Know So Little, and New Data on Capital Cases, Vol.5, Iss.4, 2008, стр.927-962. [Gross/ O'Brien, 2008]
82. Grubiša, Mladen, Princip in dubio pro reo u teoriji i praksi, *JRKK*, god. IV br. 3, Beograd, 1966, стр.315-340. [Grubiša, 1966]

Д/Д

83. Дел Понте, Карла, Обвинителката во лов: соочувања со најголемите злосторници на човештвото и културата на неказниност (со Чак Судетик), АЕА Издавачи Мисла, Скопје, 2008. [Дел Понте, 2008]
84. Дершовиц, Алан, Писма до младиот адвокат, Арс Ламина, Скопје, 2010. [Дершовиц, 2010]
85. Димитриевски, Зоран/ Драгичевиќ-Дичиќ, Радмила/ Гало, Џанфранко/ Карналас, Мајкл Г./ Николовска, Ружица/ Калајџиев, Гордан/ Пајиќ, Денис, Двојба во корист на обвинетиот, виновен надвор од разумно двоумење : компартивно истражување, Мисија на ОБСЕ во Скопје, 2017. [Димитриевски/ Драгичевиќ-Дичиќ/ Гало/ Карналас/ Николовска/ Калајџиев/ Пајиќ, 2017]
86. Докинс, Ричард, Заблудата за Бог, Арс студио, Скопје, 2015. [Докинс, 2015]
87. Damaška, Mirjan, Problemi povezani s izricanjem smrtne kazne osobi na uvjetnom otpustu. – Може ли се пресуда djelomično ukinuti samo u odluci o kazni. – Iskaz sedmogodišnjeg sina okrivljenika kako dokaz i problem izdvajanja zapisnika iz krivičnog spisa. – Problem promjene u ulogama procesnik učesnika, *JRKK*, god. IX br. 1, Beograd, 1971, стр. 51-68. [Damaška, 1971]
88. Damaška, Mirjan, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: a Comparative Study, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 121, 1973, стр. 506-589. [Damaška, 1973]
89. Damaška, Mirjan, Presentation of Evidence and Factfinding Precision, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 123, Iss. 5, 1975, стр. 1083-1106. [Damaška, 1975]
90. Damaška, Mirjan, The Death of Legal Torture, *The Yale Law Journal*, Vol. 87, No. 4, 1978, стр. 860-884. [Damaška, 1978]
91. Damaška, Mirjan, Free Proof and its Detractors, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 43, Iss. 3, 1995, стр. 343-357. [Damaška, 1995]
92. Damaška, Mirjan R., *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven, 1997. [Damaška, 1997]
93. Damaška, Mirjan, *Dokazno pravo u kaznenom postupku : oris novih tendencija : predavanja na poslijediplomskom studiju iz kaznenopravnih znanosti na Pravnom fakultetu u Zagrebu*, 2001. [Damaška, 2001]
94. Damaška, Mirjan, Sudbina anglo-američkih procesnih ideja u Italiji, *HLJKPP broj 1/2006*, Zagreb, стр.3-15. [Damaška, 2006]
95. Damaška, Mirjan, Lica pravosuđa i državna vlast, *Usporedni prikaz pravosudnih sustava*, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2008. [Damaška, 2008a]
96. Damaška, Mirjan, Pravi ciljevi međunarodnog kaznenog pravosuđa, *HLJKPP vol. 15, broj 1/2008*, Zagreb, стр. 13-33. [Damaška, 2008b]
97. Damaška, Mirjan, Potraga za pravičnim postupkom u doba inkvizitorne procedure, *HLJKPP vol. 20, broj 1/2013*, Zagreb, стр. 167-202. [Damaška, 2013]
98. Damaška, Mirjan, Napomene o sporazumima u kaznenom postupku, *HLJKPP vol. 11, broj 1/2014*, Zagreb, стр.3-20. [Damaška, 2014]
99. Davis, John J./ Gladden, Lesley B., The Bill of Rights as a Code of Criminal Procedure: Judge Henry Friendly's Prescient Prediction, *Cumberland Law Review*, Vol.45, No.1, 2014, стр.63-90. [Davis/ Gladden, 2014]
100. Delibašić, Veljko/ Mikić, Jasmina/ Marinkov, Vladimir/ Orović, Miro, *Priručnik veštine zastupanja u krivičnom postupku : za advokate*, Amerikanska Advokatska Komora, Skopje, 2019. [Delibašić/ Mikić/ Marinkov/ Orović, 2019]
101. Dershowitz, Alan M./ Ely, John Hart, Harris v. New York: Some Anxious Observations on the Candor and Logic of the Emerging Nixon Majority, *The Yale Law Journal*, Vol.80, No.6, 1971, стр.1198-1227. [Dershowitz/ Ely, 1971]

- 102.Dika, Mihajlo, O nedopuštenim dokazima u parničnom postupku, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište u Rijeci, vol. 37, br. 1, (2016), стр. 3-32. [Dika, 2016]
- 103.Dimitrijević, Dragoljub V., Krivično procesno pravo, sedmo prerađeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija Beograd, 1981. [Dimitrijević, 1981]
- 104.Državno odvjetništvo Republike Hrvatske, Zagreb, Priručnik za rad državnih odvjetnika: Drugo izdanje, 2011. [Državno odvjetništvo Republike Hrvatske, Priručnik, 2011]
- 105.Dripps, Donald A., The 'New' Exclusionary Rule Debate: From 'Still Preoccupied with 1985' to 'Virtual Deterrence', Fordham Urban Law Journal, Vol. 37, Iss. 3, 2010, pp. 743-801. [Dripps, 2010]
- 106.Duff, Peter, Irregularly obtained real evidence: The Scottish solution?, The International Journal of Evidence & Proof, Vol. 8, Iss. 2, 2004, pp. 77-99. [Duff, 2004]
- 107.Duke, Steven B., Does *Miranda* Protect the Innocent or the Guilty?, Chapman Law Review, Vol. 10, Iss. 3, 2007, стр. 551-577. [Duke, 2007]
- 108.Duke, Steven B./ Lee, Ann Seung-Eun/ Pager, Chet K. W., A Picture's Worth a Thousand Words: Conversational Versus Eyewitness Testimony in Criminal Convictions, Am. Crim. L. Rev., Vol. 44, 2007, стр. 1-52. [Duke/ Lee/ Pager, 2007]
- 109.Durling, James, The Intercircuit Exclusionary Rule, The Yale Law Journal, Vol.128, Iss.1, 2019, стр.231-252. [Durling, 2019]
- 110.Dworkin, Roger B., Fact Style Adjudication and the Fourth Amendment: The Limits of Lawyering, Indiana Law Journal, Vol. 48, Iss. 3, 1973, стр.329-368. [Dworkin, 1973]
- 111.Dworkin, Ronald M., The Model of Rules, The University of Chicago Law Review, Vol. 35, Iss. 1, 1967, стр. 14-46. [Dworkin, 1967]
- 112.Dworkin, Ronald, Hard cases, Harvard Law Review, Vol. 88, No. 6, 1975, стр.1057-1109. [Dworkin, 1975]

Г/Ђ/Ѓ

- 113.Ѓуркова, Олга, Кривична постапка за коруптивните кривични дела во Римското право, Алфа 94, Скопје, 2010. [Ѓуркова, 2010]
- 114.Ђурђевић, Злата, Floyd Feeny – Joachim Herrmann, One case – two systems, A Comparative View of American and German Criminal Justice, HLJKPP vol. 13, broj 2/2006, Zagreb, стр.1169-1175. [Ђурђевић, 2006]
- 115.Ђурђевић, Злата, Procesna jamstva obrane prema suokrivljeniku kao svjedoku optužbe, HLJKPP vol. 16, broj 2/2009, Zagreb, стр.783-808. [Ђурђевић, 2009]
- 116.Ђурђевић, Злата, Sudska kontrola državnoodvjetničkog kaznenog progona i istrage: poredbenopravni i ustavni aspekt, HLJKPP vol. 17, broj 1/2010, Zagreb, стр.7-24. [Ђурђевић, 2010]
- 117.Ђурђевић, Злата, Suvremeni razvoj hrvatskog kaznenog procesnog prava s posebnim osvrtom na novelu ZKP iz 2011, HLJKPP broj 2/2011, Zagreb, стр.311-357. [Ђурђевић, 2011]
- 118.Ђурђевић, Злата, Odluka Ustavnog suda RH o suglasnosti Zakona o kaznenom postupku s Ustavom, HLJKPP broj 2/2012, Zagreb, стр.409-438. [Ђурђевић, 2012]
- 119.Ђурђевић, Злата, Osvrt na rezultate rada radne skupine Ministarstva pravosuđa za usklađivanje Zakona o kaznenom postupku s Ustavom Republike Hrvatske, HLJKPP broj 1/2013, Zagreb, стр.3-100. [Ђурђевић, 2013a]
- 120.Ђурђевић, Злата, Rekonstrukcija, judicijalizacija, konstitucionalizacija, europeizacija hrvatskog kaznenog postupka V. novelom ZKP/08: prvi dio?, HLJKPP vol. 20, broj 2/2013, Zagreb, стр. 315-362. [Ђурђевић, 2013b]

E/E

- 121.Editors, Law Review, The Impeachment Exception to the Exclusionary Rules, The University of Chicago Law Review, Vol. 34, Iss. 4, 1967, стр. 939-950. [Editors, Law Review, The Impeachment Exception, 1967]
- 122.EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, Opinion on the status of illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of the European Union, 2003, стр.1-25. [EU Network, Opinion on the status of illegally obtained evidence, 2003]

Ж/Џ

З/З

- 123.Zhiyuan, Guo, The first step of the long march: implementing the exclusionary rules in China, Asia Pacific Law Review, 2017, стр.1-29. [Zhiyuan, 2017]

S

И/И

124. Илиќ-Димоски, Дивна, Процесни последици од прибабување на исказот на обвинетиот на недозволен начин, МРКПК год.21, бр.1, (2014), Скопје, стр.315-332. [Илиќ Димоски, 2014]
125. Илиќ Димоски, Дивна/ Хаџи-Зафиров, Жарко, Судовите чувари на јавниот интерес или заштитници на индивидуални права, Висока школа за новинарство и за односи со јавноста и Институт за комуникациски студии, Скопје, 2015. [Илиќ Димоски/ Хаџи-Зафиров, 2015]
126. Илиќ-Димоски, Дивна, Англиското искуство со правото на молчење на обвинетиот во кривичната постапка, МРКПК год.25, бр.1, (2018), Скопје, стр. 1-15. [Илиќ Димоски, 2018]
127. Ivičević Karas, Elizabeta, Načelo jednakosti oružja kao konstitutivni element prava na pravični kazneni postupak iz članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2007, стр. 761-788. [Ivičević Karas, 2007]
128. Ivičević Karas, Elizabeta, Radnje i mjere procesne prisile radi pribavljanja predmeta za potrebe kaznenog postupka (novine u prijedlogu Zakona o kaznenom postupku iz lipnja 2008.), HLJKPP broj 2/2008, Zagreb, стр.939-971. [Ivičević Karas, 2008]
129. Ivičević Karas, Elizabeta / Kos, Damir, Sudska kontrola optužnice, HLJKPP broj 2/2011, Zagreb, стр.449-470. [Ivičević Karas/ Kos, 2011]
130. Ivičević Karas, Elizabeta, Pomicanje granica prava na branitelja pod utjecajem europskog kaznenog prava, HLJKPP vol. 22, broj 2/2015, Zagreb, стр.355-382. [Ivičević Karas, 2015]
131. Ivičević Karas, Elizabeta/ Burić, Zoran/ Bonačić, Marin, Unapređenje procesnih prava osumnjičenika i okrivljenika u kaznenom postupku: pogled kroz prizmu Europskih pravnih standarda, HLJKPP vol. 23, broj1/2016, Zagreb, стр. 11-58. [Ivičević Karas/ Burić/ Bonačić, 2016]
132. Ivošević, Dejan, Drevno kažnjavanje, JRKK, god. VIII br. 4, Beograd, 1970, стр.695-708. [Ivošević, 1970]
133. Ileana, Vinja/ Josipović, Ivo, Izvidna mjera pregleda osoba i stvari - Razgraničenje u odnosu na pretragu i neki problemi u teoriji i praksi s osvrtom na praksu Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Inženjerski biro d.d., Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, 2000, стр. 33-53. [Ileana/ Josipović, 2000]
134. Iontcheva Turner, Jenia, The Exclusionary Rule as a Symbol of the Rule of Law, Southern Methodist University Law Review, Vol. 67, Iss. 4, 2014, стр. 821-833. [Iontcheva Turner, 2014]

Ј/Ј

135. Јовчески, Јован, Парадигмата на незаконитите докази и плодовите на отровното дрво / Примената на посебните истражни мерки и недозволените докази, МРКПК год.24, бр.2, (2017), Скопје, стр.99-121. [Јовчески, 2017]
136. Jackson, Heather A., Arizona v. Evans: Expanding Exclusionary Rule Exceptions and Contracting Fourth Amendment Protection, The Journal of Criminal Law & Criminology, Vol.86, No.4, 1996, стр.1201-1227. [Jackson, 1996]
137. Jackson, John D./ Summers, Sarah J., The Internationalisation of Criminal Evidence : Beyond the Common Law and Civil Law Traditions, Cambridge University Press, Cambridge, 2012. [Jackson/ Summers, 2012]
138. Jokić, Darko, Prepoznavanje lica na osnovu glasa – oblici, ograničenja i pravila, RKKP, Beograd, vol.56, br.1, 2018, стр.115-126. [Jokić, 2018]
139. Jones, David M., Hudson v. Michigan and the decline of the exclusionary rule, Police Practice and Research: An International Journal, Vol.13, No.3, 2012, стр.282-293. [Jones, 2012]
140. Juliver, Michael R., A Prosecutor's Perspective, St. John's Law Review, Vol.72, No.3, 1998, стр.741-747. [Juliver, 1998]

К/К

141. Калајџиев, Гордан, Правична постапка, Докторска дисертација, Правен факултет „Јустинијан Први - Скопје“, 2004. [Калајџиев, 2004]
142. Калајџиев, Гордан, Меѓународните стандарди за човековите права – рамка за компаративното казнено процесно право, стр. 1-16. [Калајџиев, Меѓународните стандарди]
143. Калајџиев, Гордан, Кој е кој во Казненото правосудство во Република Македонија, МРКПК год.21, бр.1, (2014), Скопје, стр.71-78. [Калајџиев, 2014]
144. Калајџиев, Гордан, соработници: Мисоски, Бобан/ Илиќ, Дивна/ Божиновски, Андреј, Ефективна одбрана во кривичните постапки во Република Македонија, Фондација Отворено општество - Македонија, Скопје, 2014. [Калајџиев/ Мисоски / Илиќ/ Божиновски, 2014]
145. Калајџиев, Гордан, Незаконитите докази во кривичната постапка, МРКПК год.24, бр.2, (2017), Скопје, стр.39-50. [Калајџиев, 2017]
146. Калајџиев, Гордан, Правните предизвици пред Специјалното јавно обвинителство, Фондација Отворено Општество – Македонија, Скопје, 2018, стр.1-24. [Калајџиев, 2018]

- 147.Калајциев, Гордан/ Лажетиќ, Гордана/ Неделкова, Лидија/ Денковска, Маја/ Тромбева, Мери/ Витларов, Тодор/ Јанкуловска, Павлина/ Кадиев, Дељо, Коментар на Законот за кривична постапка, ОБСЕ, Скопје, 2018. [Калајциев/ Лажетиќ/ Неделкова/ Денковска/ Тромбева/ Витларов/ Јанкуловска/ Кадиев, 2018]
- 148.Калајциев, Гордан/ Арифи, Беса/ Маршавелски, Александар/ Божиновски, Андреј, Незаконитите докази во казнената постапка : правна анализа, ОБСЕ, Скопје, 2018. [Калајциев/ Арифи/ Маршавелски/ Божиновски, 2018]
- 149.Камбовски, Владо, Меѓународно казнено право, Просветно дело, Скопје, 1998. [Камбовски, 1998]
- 150.Камбовски, Владо, Казнено – правната реформа пред предизвиците на XXI век, Bato & Divajn, Скопје, 2002. [Камбовски, 2002]
- 151.Камбовски, Владо, Филозофија на правото, Македонска академија на науките и уметностите, Скопје, 2010. [Камбовски, 2010]
- 152.Камбовски, Владо, Доказните забрани во казнената постапка во светлината на начелото на владеење на правото, МАНУ (Научна расправа - незаконити докази), Скопје, 2017. [Камбовски, 2017]
- 153.Камиловска-Зороска, Татјана, Употреба на незаконито прибавени докази во парничната постапка, Зборник на трудови посветен на проф. д-р Фрањо Бачиќ, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, 2007, стр.396-409. [Камиловска-Зороска, 2007]
- 154.Кампанела, Томазо, Градот на сонцето или идејата за република, Издавачка куќа Ѓурѓа, Скопје, 2011. [Кампанела, 2011]
- 155.Караманди, Љубица, Принципот на прецедент во правниот систем на Република Македонија, Стручно списание Правник број 249, Здружение на правници на Република Македонија, 2013, стр.47-51. [Караманди, 2013]
- 156.Карналас, Мајкл Г., Адвокатска етика, ОБСЕ, Скопје, 2016. [Карналас, 2016]
- 157.Касезе, Антонио, Меѓународно кривично право, Просветно дело, Скопје, 2009. [Касезе, 2009]
- 158.Кисинџер, Хенри, Во Белата куќа: том први, Конгресен сервисен центар: Макавеј, Скопје, 2016. [Кисинџер, 2016]
- 159.Крајер, Роберт/ Фриман, Хакан/ Робинсон, Дери/ Вилмсхерст, Елизабет, Вовед во меѓународно кривично право и кривична процедура, И. П. Табернакул, Скопје, 2010. [Крајер/ Фриман/ Робинсон/ Вилмсхерст, 2010]
- 160.Крапац, Давор/ Камбовски, Владо/ Калајциев, Гордан/ Бужаровска, Гордана, Стратегија за реформа на казнено право, Министерство за правда на Република Македонија, Скопје, 2007. [Крапац/ Камбовски/ Калајциев/ Бужаровска, 2007]
- 161.Крстиќеска, Оља, Принципот *ne bis in idem* во казненото право, Бато & Дивајн, Скопје, 2016. [Крстиќеска, 2016]
- 162.Курмехај, Агим/ Калајциев, Гордан, Правци и проблеми на реформите на казнената постапка во регионот, МРКПК год.21, бр.1, (2014), Скопје, стр.287-313. [Курмехај/ Калајциев, 2014]
- 163.Kalb, Johanna, Litigating Dignity: A Human Rights Framework, Albany Law Review, Vol.74, 2011, стр.1723-1736. [Kalb, 2011]
- 164.Kamisar, Yale, On the Tactics of Police-Prosecution Oriented Critics of the Courts, Cornell Law Quarterly, Vol. 49, Iss. 3, 1964, стр.436-477. [Kamisar, 1964]
- 165.Kamisar, Yale, Is the Exclusionary Rule an ‘Illogical’ or ‘Unnatural’ Interpretation of the Fourth Amendment?, Judicature, Vol. 62, No. 2, 1978, стр.66-84. [Kamisar, 1978]
- 166.Kamisar, Yale, Does (Did) (Should) the Exclusionary Rule Rest on a ‘Principled Basis’ Rather than a ‘Empirical Proposition’, Creighton Law Review, Vol.16, 1983, стр.565-667. [Kamisar, 1983]
- 167.Kamisar, Yale, “Comparative Reprehensibility” and the Fourth Amendment Exclusionary Rule, Michigan Law Review, Vol.86, 1987, стр.1-50. [Kamisar, 1987]
- 168.Kamisar, Yale, In Defense of the Search and Seizure Exclusionary Rule, Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol.26, No.1, 2003, стр. 119-140 [Kamisar, 2003]
- 169.Kamisar, Yale, How Earl Warren’s Twenty-Two Years in Law Enforcement Affected His Work as Chief Justice, Ohio State Journal of Criminal Law, Vol. 3, No. 1, 2005, стр.11-32. [Kamisar, 2005]
- 170.Kamisar, Yale, The Rise, Decline and Fall (?) of Miranda, Washington Law Review, Vol.87, No.4, 2012, стр.965-1040. [Kamisar, 2012]
- 171.Karanović, Milivoje, Sudska kontrola podnesaka u krivičnom postupku, JRKK, god. XII br. 2, Beograd, 1974, стр. 255-269. [Karanović, 1974]
- 172.Karas, Željko, Dokazni položaj općih izvidnih radnji redarstvenih vlasti, HLJKPP, vol. 13, broj 1/2006, Zagreb, стр.59-86. [Karas, 2006]
- 173.Karas, Željko/ Jukić, Miroslav, Promjene u sustavu nezakonitih dokaza, s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu, HLJKPP broj 2/2009, Zagreb, стр. 605-627. [Karas/ Jukić, 2009]

174. Karas, Željko, Neka dokazna pitanja o razgovoru prikrivenog istražitelja s osumnjičenikom, HLJKPP vol. 19, broj 1/2012, Zagreb, strp.127-160. [Karas, 2012]
175. Karas, Željko/ Štrk, Davor, Izdvajanje nezakonitih materijalnih dokaza u poredbenom kaznenom postupovnom pravu, ZPR 2 (2) 2013, strp. 185-212 [Karas/ Štrk, 2013]
176. Karas, Željko, Sudska praksa o policijskom postupanju: snimanje na javnom mjestu, pregled motocikla, sastav vrste za prepoznavanje, Polic. sigur. (Zagreb), godina 23. (2014), broj 4, strp. 283-290. [Karas, 2014]
177. Karas, Željko, Sudska praksa o zakonitosti dokaza: tajno snimanje sugovornika; vaganje nezakonitih dokaza; snimka nadzora, Polic. sigur. (Zagreb), godina 24. (2015), broj 4, strp.348-359. [Karas, 2015]
178. Kern, Ivan, Granice primjene odredbe člana 81. Zakonika o krivičnom postupku, JRKK, god. VII br. 1, Beograd, 1969, strp. 105-108. [Kern, 1969]
179. Kerr, Orin S., The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case for Causation, Michigan Law Review, Vol. 102, Iss. 5, 2004, strp.801-888. [Kerr, 2004]
180. Kerr, Orin S., Four Models of Fourth Amendment Protection, Stanford Law Review, Vol.60, 2007, strp.503-551. [Kerr, 2007]
181. Kerr, Orin S., Good Faith, New Law, and the Scope of the Exclusionary Rule, The Georgetown Law Journal, Vol.99, 2011, strp.1078-1118. [Kerr, 2011a]
182. Kerr, Orin S., An Equilibrium-Adjustment Theory of the Fourth Amendment, Harvard Law Review, Vol.125, 2011, strp. 476-543. [Kerr, 2011b]
183. Kerr, Orin S., The Mosaic Theory of the Fourth Amendment, Michigan Law Review, Vol.111, Iss.3, 2012, strp.311-354. [Kerr, 2012]
184. Kerr, Orin S./ Schneier, Bruce, Encryption Workarounds, Georgetown Law Journal, Vol. 106, Iss. 4, 2018, strp. 1-33. [Kerr/ Schneier, 2018]
185. Kerr, Orin S., Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination, Texas Law Review, Vol. 97, 2019, strp.767-799. [Kerr, 2019]
186. Kirkpatrick, Laird C., Evidence Law in the Next Millenium, Hastings Law Journal, Vol. 49, Iss. 2, 1998, pp. 363-368. [Kirkpatrick, 1998]
187. Kiurski, Jasmina/ Antonijević, Milan, Javni tužilac i zaštita ljudskih prava u krivičnom postupku – mehanizmi zaštite, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2014. [Kiurski/ Antonijević, 2014]
188. Kobe, Peter, Garancije za zaštitu ličnosti i trajanje krivičnog postupka, JRKK, god. XII br. 4, Beograd, 1974, strp. 643-658. [Kobe, 1974]
189. Kobe, Peter, Nove odredbe o dokazima u krivičnom postupku, JRKK, god. XV br. 2, Beograd, 1977, strp.179-193. [Kobe, 1977]
190. Kolarić, Dragana, “Tvrdo jezgro ljudskih prava” u praksi Ustavnog suda Srbije i Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu - Ustavnosudska zaštita u krivičnoj stvari, RKKP, Beograd, vol.56, br.2, 2018, strp. 9-57 [Kolarić, 2018]
191. Korff, Douwe, international standards in criminal procedure with particular reference to the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights and the overview of the requirements of the UN Convention Against Torture, London Metropolitan University, London, 2003. [Korff, 2003]
192. Kos, Damir, Nezakoniti dokazi u kaznenom postupovnom pravu Republike Hrvatske – sa osvrtom Corpus Juris, Hrvatska pravna revija, broj 1/2004, strp.1-14. [Kos, 2004]
193. Kos, Damir, Bitna povreda odredaba kaznenog postupka - nezakoniti dokazi, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, Inženjerski biro, Zagreb, 2005, strp. 1-36. [Kos, 2005]
194. Kralj, Tihomir, Provjera istovjetnosti telekomunikacijskih adresa, Polic. sigur. (Zagreb), godina 18. (2009), broj 2, strp. 166-179. [Kralj, 2009]
195. Kraus, Božidar, Savetovanje u Vrhovnom sudu Jugoslavije, JRKK, god. III br. 4, Beograd, 1965, strp. 559-588. [Kraus, 1965]
196. Kraus, Božidar, Sedmo savetovanje predstavnika krivičnih odeljenja vrhovnih sudova – Zaključci savetovanja, JRKK, god. XII br. 2, Beograd, 1974, strp. 299-329. [Kraus, 1974]
197. Krapac, Davor, Predstojeća novella Zakona o krivičnom postupku: želje i stvarni legislativni dometi u reformiranju jugoslavenskog krivičnog procesnog prava, JRKK, vol.28 br.2, Beograd, 1990, strp.43-76. [Krapac, 1990]
198. Krapac, Davor, Engleski kazneni postupak, Pravni fakultet u Zagrebu, 1995. [Krapac, 1995]
199. Krapac, Davor, Reforma mjesovitog kaznenog postupka: potpuna zamjena procesnog modela ili preinaka prethodnog postupka u stranacki oblikovano postupanje?, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu posvecen prof. dr. sc. Franji Bačiću, 2007, strp.177-198. [Krapac, 2007]
200. Krapac, Davor, Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava, Zbornik PFZ, 60, (3), 2010, strp. 1207-1240. [Krapac, 2010]

- 201.Крапас, Davor, Kazнено процесно право Prva knjiga: Institucije V. Izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2012. [Крапас, 2012a]
- 202.Крапас, Davor, Меѓународно казнено процесно право Oris postupka pred меѓународним казненim sudovima, Narodne novine, Zagreb, 2012. [Крапас, 2012b]
- 203.Кривокapiќ, Vladimir, Krivična prijava organa unutrašnjih poslova, JRKK, god. XII br. 1, Beograd, 1974, стр.25-41. [Кривокapiќ, 1974]

Л/Л

- 204.Лажетик-Бужаровска, Гордана/ Калајџиев, Гордан/ Мисоски, Бобан/ Илиќ, Дивна, Компаративно Казнено процесно право, АКАДЕМИК, Скопје, 2011. [Лажетик-Бужаровска/ Калајџиев/ Мисоски/ Илиќ, 2011]
- 205.Лажетик, Гордана, Правниот режим на класифицираните информации и незаконитите докази – домашни и компаративни аспекти, МРКПК год.24, бр.2, (2017), Скопје, стр.11-37. [Лажетик, 2017]
- 206.Лич, Филип, Поднесување на предмет пред Европскиот суд за човекови права, Табернакул, Скопје, 2010. [Лич, 2010]
- 207.LaFave, Wayne R./ Israel, Jerold H., Criminal procedure, West Publishing CO., St. Paul Minn, 1992. [LaFave/ Israel, 1992]
- 208.LaFave, Wayne R., Computers, Urinals, and the Fourth Amendment: Confessions of a Patron Saint, Michigan Law Review, Vol.94, Iss.8, 1996, стр.2553-2589. [LaFave, 1996]
- 209.LaFave, Wayne R., The Smell of Herring: A Critique of the Supreme Court's Latest Assault on the Exclusionary Rule, Journal of Criminal Law and Criminology by Northwestern University, School of Law, Vol.99. No.3, 2009. стр.757-788. [LaFave, 2009]
- 210.Lai, Derek, Public Video Surveillance by the State: Policy, Privacy Legislation, and the Charter, Alberta Law Review, Vol.45, No.1, 2007, стр.43-77. [Lai, 2007]
- 211.Lammon, Bryan D., The Practical Mandates of the Fourth Amendment: A Behavioral Argument for the Exclusionary Rule and Warrant Preference, Washington University Law Review, Vol.85, Iss.5, 2007, стр.1101-1142. [Lammon, 2007]
- 212.Langbein, John H, The Origins of Public Prosecution at Common Law, The American Journal of Legal History, Vol. XVII, 1973, стр. 313-335. [Langbein, 1973]
- 213.Langbein, John H, Controlling Prosecutorial Discretion in Germany, The University of Chicago Law Review, Vol. 41, No. 3, 1974, стр. 439-467. [Langbein, 1974]
- 214.Langbein, John H, The Historical Origins of the Sanction of Imprisonment for Serious Crime, The Journal of Legal Studies, Vol. V, No. 1, 1976, стр. 35-60. [Langbein, 1976]
- 215.Langbein, John H, The Criminal Trial before the Lawyers, The University of Chicago Law Review, Vol. 45, No. 2, 1978, стр. 263-316. [Langbein, 1978a]
- 216.Langbein, John H, Torture and Plea Bargaining, The University of Chicago Law Review, Vol. 46, Iss. 1, 1978, pp. 3-22. [Langbein, 1978b]
- 217.Langbein, John H/ Weinreb, Lloyd L., Continental Criminal Procedure: Myth and Reality, The Yale Law Journal, Vol. 87, No. 8, 1978, pp. 1549-1569. [Langbein/ Weinreb, 1978]
- 218.Langbein, John H, Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need?, American Bar Foundation Research Journal, Vol. 6, Iss. 1, 1981, стр 195-219. [Langbein, 1981]
- 219.Langbein, John H, On the Myth of Written Constitutions: the Disappearance of Criminal Jury Trial, Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 15, 1992, pp. 119-127. [Langbein, 1992]
- 220.Langbein, John H, The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law, Michigan Law Review, Vol. 92, Iss. 5, 1994, pp. 1047-1085. [Langbein, 1994]
- 221.Langbein, John H, Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources, Columbia Law Review, Vol. 96, No. 5, 1996, pp. 1168-1202. [Langbein, 1996]
- 222.Lawyers Committee for Human Rights, What Is A Fair Trial? A Basic Guide to Legal Standards and Practice, New York, 2000. [Lawyers, 2000]
- 223.Leo, Richard A., Inside the Interogation Room, Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 86, Iss. 2, 1996, стр. 266-303. [Leo, 1996a]
- 224.Leo, Richard A., The Impact of Miranda Revisited, The Journal of Criminal Law & Criminology, Vol. 86, No.3, 1996, стр. 621-692. [Leo, 1996b]
- 225.Leo, Richard A., Questioning tge Relevance of *Miranda* in the Twenty-First Century, Michigan Law Review, Vol. 99, Iss. 5, 2001, стр. 1000-1029. [Leo, 2001]
- 226.Lewis, Margaret K., Controlling Abuse to Maintain Control: The Exclusionary Rule in China, International Law and Politics, Vol. 43, 2011, стр.629-697. [Lewis, 2011]

227. Loewy, Arnold H., Police-Obtained Evidence and the Constitution: Distinguishing Unconstitutionally Obtained Evidence from Unconstitutionally Used Evidence, *Michigan Law Review*, Vol.87, Iss.5, 1989, стр.907-939. [Loewy, 1989]
228. Lynch, Timothy, In Defense of the Exclusionary Rule, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol.23, No.3, 2000, стр. 712-751. [Lynch, 2000]

Љ/Lj

229. Ljubanović, Vladimir/ Kralj, Tihomir/ Gluščić, Stjepan, *Dokazne radnje: novine pri utvrđivanju činjenica u prethodnom postupku*, HLJKPP vol.15, broj 2/2008, Zagreb, стр.859-877. [Ljubanović/ Kralj/ Gluščić, 2008]

М/М

230. Макијавели, Николо, Владетелот, Издавачки центар ТРИ, Скопје, 2014. [Макијавели, 2014]
231. Манев, Павел, Лексикон за казнено право, Павел Манев, Скопје, 2005. [Манев, 2005]
232. Манев, Павел, „Бомбите“ еклатантни примери на незаконити дејствија, МРКПК год.24, бр.2, (2017), Скопје, стр.123-152. [Манев, 2017]
233. Марина, Панта, Коментар на Законот за кривичната постапка, Култура Скопје, 1978. [Марина, 1978]
234. Марина, Панта, Кривична постапка на СФРЈ, Култура - Скопје, 1979. [Марина, 1979]
235. Маричиќ, Бојан/ Стојковски, Андреа/ Близнаковска, Диана/ Конески, Христијан/ Сигнес де Меса, Хуан Игнасио и др., Темелни права - сместување во европска рамка : системите за заштита на човековите права и слободи од Европа и нивната ефикасна применливост во Македонија: студија, Македонски центар за европско образование, Скопје, 2014. [Маричиќ/ Стојковски/ Близнаковска/ Конески/ Сигнес де Меса, 2014]
236. Марјановиќ, Ѓорѓи, Македонско кривично право општ дел петто, целосно преработено издание, Просветно дело, Скопје, 1998. [Марјановиќ, 1998]
237. Маркоски, Александар, Нов ЗКП - бирократската тромавост на органите на кривичниот прогон наспроти агилноста на одбраната, МРКПК год.22, бр.1, (2015), Скопје, стр.113-137. [Маркоски, 2015]
238. Маркоски, Александар, За проповедта, омразата и слободите (дискурс кон казнените дела од верска омраза), *Авант Прес ДОО Скопје*, 2017. [Маркоски, 2017]
239. Матовски, Никола, Казнено процесно право: општ дел, Правен факултет „Јустинијан Први - Скопје“ и „Втори Август С“ ДООЕЛ - Штип, Скопје, 2003. [Матовски, 2003]
240. Матовски, Никола, Казнено процесно право: посебен дел, Правен факултет „Јустинијан Први - Скопје“ и „Втори Август С“ ДООЕЛ - Штип, Скопје, 2004. [Матовски, 2004]
241. Матовски, Никола, Новелата на Законот за кривичната постапка на Република Македонија од 2004 година: основни карактеристики на Законот за изменување и дополнување на Законот за кривичната постапка (Службен весник на РМ, бр. 74 од 22.10.2004 год.), Правен факултет „Јустинијан Први - Скопје“ и „Втори Август С“ ДООЕЛ - Штип, Скопје, 2005. [Матовски, 2005]
242. Матовски, Никола/ Бужаровска-Лажетиќ, Гордана/ Калајџиев, Гордан, Казнено процесно право, Правен факултет „Јустинијан Први - Скопје“, 2009. [Матовски/ Бужаровска-Лажетиќ/ Калајџиев, 2009]
243. Матовски, Никола, Меѓународни правни стандарди за казнената (кривичната) постапка, стр.1-16. [Матовски, Меѓународни стандарди]
244. Мил, Џон Стјуарт, Утилитаризам, Арс студио, Скопје, 2014. [Мил, 2014]
245. Мисоски, Бобан/ Илиќ Димоски, Дивна, Некои дилеми околу улогата на исказот / признанието на сообвинетите, МРКПК год.24, бр.2, (2017), Скопје, стр.81-97. [Мисоски/ Илиќ Димоски, 2017]
246. Мисоски, Бобан/ Илиќ Димоски, Новите европски тенденции за признанието на обвинетиот во постапката за спогодување низ одредбите од Законот за кривичната постапка на Република Македонија, МРКПК, стр. 1-16. [Мисоски/ Илиќ Димоски, Новите европски тенденции за признанието]
247. Мор, Томас, Утопија, Издавачка куќа Ѓурѓа, Скопје, 2013. [Мор, 2013]
248. Мухиќ, Ферид, Логос и хиерархија: историја и теорија на политичко-филозофските доктрини, *Круг*, Скопје, 2001. [Мухиќ, 2001]
249. Marcus, Paul/ Markman, Stephen J., *Miranda Decision Revisited: Did it Give Criminals Too Many Rights?*, *UMKC Law Review*, Vol.57, No.1, 1988, стр.15-27. [Marcus/ Markman, 1988]
250. Marijan, Ranko/ Fumić, Zorka, *Nezakoniti dokazi: Priručnik za polaznike/ice*, *Pravosudna akademija*, Zagreb, 2019. [Marijan/ Fumić, 2019]
251. Marina, Panta, *Upotreba poligrafa kao metod utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku – Utvrđivanje činjeničnog stanja u krivičnom postupku putem posrednih dokaza – Kada postoji bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz čl. 334 st. 1 tač. 9. ZKP, odnosno povreda principa reformation in peius iz člana 348 ZKP*, *JRKK*, god. IX br. 4, Beograd, 1971, стр.655-665. [Marina, 1971]

252. Martinović, Igor/ Kos, Damir, Nezakoniti dokazi: teorijske i praktične dvojbe u svjetlu prakse Europskog suda za ljudska prava, HLJKPP vol. 23, broj 2/2016, Zagreb, стр.311-338. [Martinović/ Kos, 2016]
253. Matovski, Nikola, Sustav kaznenog postupka u Republici Makedoniji, HLJKPP vol. 8, broj 2/2001, Zagreb, стр. 207-224. [Matovski, 2001]
254. McAloon, David, Davis v. United States: Good Faith, Retroactivity and the Loss of Principle, Maryland Law Review, Vol.71, Iss.4, 2012, стр.1258-1293. [McAloon, 2012]
255. McBride, Jeremy, The Case Law of the European Court of Human Rights on the Application of Coercive Measures in Criminal Proceedings, Joint Programme Between the European Union and the Council of Europe “Application of the European Convention on Human Rights and Harmonisation of National Legislation and Judicial Practice in Line with European Standards in Georgia”. [McBride, Coercive Measures]
256. McEwan, Jenny, Striking a Balance in Unlawfully Obtained Confession Cases: United Kingdom Pragmatism Against Principle, San Diego Law Review, Vol.44, Iss.3, 2007, стр.597-610. [McEwan, 2007]
257. McGlynn, Megan, Competing Exclusionary Rules in Multistate Investigations: Resolving Conflicts of State Search-and-Seizure Law, The Yale Law Journal, Vol.127, Iss.2, 2017, стр.406-463. [McGlynn, 2017]
258. McIlwain, C. H., Due Process of Law in Magna Carta, Columbia Law Review, Vol. 14, No. 1, 1914, pp. 27-51. [McIlwain, 1914]
259. Mešanović, Merima, Institut nezakonitih dokaza u krivičnim postupcima u Bosni i Hercegovini sa osvrtom na uporedno pravo, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, br. XXVI., 2018., стр. 59-91. [Mešanović, 2018]
260. Milovanović, Zoran, Nedopušteni dokazi u krivičnom postupku common law sistema, JRKK, vol. 27 br. 3, Beograd, 1989, стр.31-50. [Milovanović, 1989]
261. Mirfield, Peter, Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence, Oxford University Press Inc., New York, 1997. [Mirfield, 1997]
262. Mirković, Dragić/ Simić, Dušan/ Vražalić, Mihajlo/ Kraus, Božidar, Izmene Zakonika o krivičnom postupku, JRKK, god. V br. 3, Beograd, 1967, стр. 385-436. [Mirković/ Simić/ Vražalić/ Kraus, 1967]
263. Mole, Nuala/ Harby, Catharina, Правото на правично судење – Водич за имплементација на Член 6 од Европската конвенција за човекови права – Прирачници за човекови права, бр.3, Совет на Европа, 2001. [Mole/ Harby, 2001]
264. Moran, David A., Hanging on By a Thread: The Exclusionary Rule (Or What's Left of it) Lives for another Day, Ohio State Journal of Criminal Law, Vol 9, no. 1, 2011, стр. 363-380. [Moran, 2011]
265. Moračić, Dragoljub, Sto godina od pojave prve teorije kaznenog postupka u Srbiji, JRKK, god. IX br. 3, Beograd, 1971, стр. 451-459. [Moračić, 1971]

H/N

266. Неделкова, Лидија, Улогата на судијата во оцена на дозволеност на доказите, МРКПК год.24, бр.2, (2017), Скопје, стр.167-187. [Неделкова, 2017]
267. Ниче, Фридрих, ТНИД Ѓурѓа, Скопје, 2008. [Ниче, 2010]
268. Nakić, Jakob/ Rogić, Marko, Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku (poseban osvrt na mjere tajnog snimanja telefonskih razgovora i trećega u tim radnjama), Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij., v. 37, br. 1, 2016, стр. 533-560. [Nakić/ Rogić, 2016]
269. Novosel, Dragan, Pajčić, Matko, Državni odvjetnik kao gospodar novog prethodnog kaznenog postupka, HLJKPP broj 2/2009, Zagreb, стр. 427-474. [Novosel/ Pajčić, 2009]
270. Novoselec, Petar/ Martinović, Igor, Komentar Kaznanog Zakona I. Knjiga: Opći Dio, Narodne Novine, Zagreb, 2019. [Novoselec/ Martinović, 2019]

Њ/Nj

O/O/Ö

271. Oaks, Dallin H., Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure, The University of Chicago Law Review, Vol.37, Iss.4, 1970, стр. 665-757. [Oaks, 1970]
272. Obradović, Bojan/ Župan, Ivan, “Plodovi otrovne voćke” u hrvatskom i poredbenom pravu, HLJKPP vol. 18, broj 1/2011, Zagreb, стр. 113-142. [Obradović/ Župan, 2011]
273. Ohm, Paul, The Fourth Amendment in a World Without Privacy, Mississippi Law Journal, Vol.81, 2012, стр. 1309-1355. [Ohm, 2012]
274. Ölçer, F. Pınar, Illegally Obtained Evidence in European Treaty of Human Rights (ETHR) Law, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, N. 57, 2008, стр. 65-153. [Ölçer, 2008]

П/Р

275. Платон, Закони, Издавачки центар Три, Скопје. [Платон, Закони]

276. Поповска, Билјана, Историја на правото I дел, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје и „2-ри Август С“ Штип, 2005. [Поповска, 2005]
277. Поповска, Билјана, Историја на правото II дел, „2-ри Август С“ Штип, 2007. [Поповска, 2007]
278. Packer, Herbert L., Two models of the criminal process, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 113, No. 1, 1964, стр. 1-68. [Packer, 1964]
279. Packer, Herbert L., Courts, the Police, and the Rest of Us, Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 57, Iss. 3, 1967, стр. 238-243. [Packer, 1967]
280. Pajčić, Matko, Ugroženi svjedoci u kaznenom postupku, HLJKPP vol. 12, broj 1/2005, Zagreb, стр.33-62. [Pajčić, 2005]
281. Pajčić, Matko/ Valković, Laura, Presude Europskog suda za ljudska prava protiv Republike Hrvatske zbog povrede prava na pravično suđenje (članak 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda), HLJKPP broj 2/2012, Zagreb, 751-794. [Pajčić/ Valković, 2012]
282. Pakter, Walter, Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy, Hastings Int'l & Comparative Law Review, Vol. 9, No. 1, 1985, стр. 1-57. [Pakter, 1985]
283. Parfett, Julianne, A Triumph of Liberalism: The Supreme Court of Canada and the Exclusion of Evidence, Alberta Law Review, Vol. 40, No. 2, 2002, стр.299-332. [Parfett, 2002]
284. Pavišić, Berislav, Europski sustavi kaznene istrage na početku trećeg milenja, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu posvećen prof. dr. sc. Franji Bačiću, 2007, стр.321-340. [Pavišić, 2007]
285. Pavišić, Berislav, Novi hrvatski Zakon o kaznenom postupku, HLJKPP broj 2/2008, Zagreb, стр.489-602. [Pavišić, 2008]
286. Pavlović, Šime, Poznavanje i primjenjivost ustavnih i konvencijskih načela o pravičnom postupku kao condicio sine qua non dobre obrane, HLJKPP broj 2/2009, Zagreb, стр. 543-571. [Pavlović, 2009]
287. Pauković, Milan, Funkcija organa unutrašnjih poslova u primjeni noveliranog Zakonika o krivičnom postupku, JRKK, god. VI br. 1, Beograd, 1968, стр. 78-94. [Pauković, 1968]
288. Petković, Natalija/ Pajčić, Matko, Kazneni progon, istraga i optuživanje – nova iskustva, HLJKPP broj 2/2011, Zagreb, стр.417-447. [Petković/ Pajčić, 2011]
289. Petrić, Branko, Zapisnik o uviđaju, JRKK, god. III br. 3, Beograd, 1965, стр.378-389. [Petrić, 1965]
290. Petrić, Branko, Osnovni problemi krivično procesnog prava sa osvrtom na predstojeću novelu Zakonika o krivičnom postupku, JRKK, god. XII br. 4, Beograd, 1974, стр. 611-629. [Petrić, 1974]
291. Pihler, Stanko, Prilog proučavanju analogije u krivičnom pravu, JRKK, god. VIII br. 4, Beograd, 1970, стр.672-694. [Pihler, 1970]
292. Pisarić, Milana, O nedozvoljenim dokazima u krivičnom postupku, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2010, стр. 363–384. [Pisarić, 2010]
293. Pleić, Marija, Zabрана mučenja u praksi Europskog suda za ljudska prava s posebnim osvrtom na presude protiv Republike Hrvatske i praksu Ustavnog suda RH, HLJKPP vol. 23, broj 2/2016, Zagreb, стр.247-279. [Pleić, 2016]
294. Posner, Richard A., Excessive Sanctions for Governmental Misconduct in Criminal Cases, Washington Law Review, Vol.57, 1982, стр.636-646. [Posner, 1982]
295. Professional Training Series No. 9 – Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers - Chapter 7 * The Right to a Fair Trial: Part II – From Trial to Final Judgement, Office of the High Commissioner for Human Rights in cooperation with the International Bar Association, United Nations, New York and Geneva, 2003, стр.251-313. [Professional Training Series No. 9 –The Right to a Fair Trial, 2003]

P/R

296. Радбрух, Густав, Филозофија на правото, Правен факултет „Јустинијан Први - Скопје“, Скопје, 2008. [Радбрух, 2008]
297. Расел, Берtrand, Историја западне филозофије: и њена повезаност са политичким и друштвеним условима од најранијег доба до данас, Народна књига - Алфа, Београд, 1998. [Расел, 1998]
298. Резнер, Дитер, 30 проблеми од областа на правото за кривична постапка, Арс Ламина, Скопје, 2012. [Резнер, 2012]
299. Ристиќ, Јелена, Структура и функционирање на Европскиот суд за човекови права : (со посебен осврт на критериумите за допуштеноста), Фондација „Фридрих Еберт“ канцеларија во Македонија, Скопје, 2018. [Ристиќ, 2018]
300. Рослинг, Ханс/ Рослинг, Ула/ Рослинг Ренлунд, Ана, Фактологија : Десет причини поради кои погрешно го гледаме светот – и поради кои се е многу подобро отколку што мислиме, Издавачки центар Три, Скопје, 2020. [Рослинг Х./ Рослинг У./ Рослинг А., 2020]
301. Роулс, Џон, Теорија на праведноста, Издавачка куќа СЛОВО Скопје, 2002. [Роулс, 2002]

302. Русо, Жан-Жак, Општествен договор или принципи на политичкото право, Издавачка куќа Ѓурѓа, Скопје, 2013. [Русо, 2013]
303. Radić, Željko/ Vukušić, Ivan, Sudska tortura u djelu *Practica Criminalis* Jerolima Mičelovića Michielija, HLJKPP vol. 18, broj 1/2011, Zagreb, стр.255-275. [Radić/ Vukušić, 2011]
304. Re, Richard M., United States v. Ankeny: Remediating the Fourth Amendment's Reasonable Manner Requirement, *The Yale Law Journal*, Vol.177, Iss.4, 2008, стр.723-733. [Re, 2008]
305. Re, Richard M., The Due Process Exclusionary Rule, *Harvard Law Review*, Vol.127, No.7, 2014, стр.1887-1966. [Re, 2014]
306. Re, Richard M., Narrowing Supreme Court Precedent from Below, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 104, 2016, стр. 921-971. [Re, 2016]
307. Risinger, D. Michael, Innocents Convicted: an Empirically Justified Factual Wrongful Conviction Rate, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol.97, No.3, 2007, стр.761-806. [Risinger, 2007]
308. Risinger, Michael D., Inquiry, Relevance, Rules of Exclusion and Evidentiary Reform, *Brooklyn Law Review*, Vol. 75:4, 2010, стр.1349-1366. [Risinger, 2010]
309. Rittossa, Dalida, Elementi modela *crime control* i *due process* u odlukama tijela Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda s obzirom na članak 6. stavak 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, HLJKPP vol.10, broj 1/2003, Zagreb, стр. 75-107. [Rittossa, 2003]
310. Rosenthal, Lawrence, Seven Theses in Grudging Defense of the Exclusionary Rule, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol.10, 2013, стр.523-566. [Rosenthal, 2013]
311. Ruihua, Chen, China's New Exclusionary Rule: an Introduction, *Columbia Journal of Asian Law*, Vol.24, No.2, 2011, стр.230-246. [Ruihua, 2011]

C/S

312. Сидр, Фредерик/ Маргено, Жан-Пјер/ Адрианцимбазовина, Жоел/ Гутноар, Аделин/ Левине, Мишел, Големите одлуки на Европскиот суд за човековите права, Арс Ламина – публикации, Скопје, 2013. [Сидр/ Маргено/ Адрианцимбазовина/ Гутноар/ Левине, 2013]
313. Сламков, Ѓорѓи, Казнено процесно право, Прв приватен универзитет Европски универзитет Скопје, 2009. [Сламков, 2009]
314. Солжењин, Александар, Во првиот круг (2), Медиа принт Македонија, Скопје, 2010. [Солжењин, 2010]
315. Сулејманов, Дејан, Филозофија на правото, Флексограф, Куманово, 2013. [Сулејманов, 2013]
316. Сулејманов, Зоран, Кривично процесно право, Графохартија, Скопје, 2002. [Сулејманов, 2002]
317. Sabljar, Tomislav, Subjekti u kaznenom postupku – pozicija branitelja, HLJKPP broj 2/2008, Zagreb, стр.797-816. [Sabljar, 2008]
318. Scalia, Antonin, The Rule of Law as a Law of Rules, *The University of Chicago Law Review*, Vol.56, No.4, 1989, стр.1175-1188. [Scalia, 1989]
319. Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015. [Schabas, 2015]
320. Schmoller, Kurt, Aktualno stanje austrijskih kaznenoprocесних reformi, HLJKPP broj 1/2004, Zagreb, стр.241-257. [Schmoller, 2004]
321. Schomburg, Wolfgang, Development of human rights before international criminal tribunals a European perspective, HLJKPP vol. 17, broj 2/2010, Zagreb, стр.909-940. [Schomburg, 2010]
322. Schrock, Thomas S./ Welsh, Robert C., "Up from Calandra: The Exclusionary Rule as a Constitutional Requirement", *Minnesota Law Review*, vol. 59, 1974, стр. 251-383. [Schrock/ Welsh, 1974]
323. Sellier, Elodie/ Weyembergh, Anne, Criminal procedural laws across the European Union – A comparative analysis of selected main differences and the impact they have over the development of EU legislation, Directorate General for Internal Policies of the Union - Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Brussels, 2018. [Sellier/ Weyembergh, 2018]
324. Sevier, Justin, Evidentiary Trapdoors, *Iowa Law Review*, Vol.103, Iss.3, 2018, стр.1155-1212. [Sevier, 2018]
325. Simić, Dušan, Izmene u krivičnom postupku, JRKK, god. XIV br. 4, Beograd, 1976, стр. 558-599. [Simić, 1976]
326. Simović, Miodrag N./ Simović, Marina M./ Simović, Vladimir M., Comparative Law Aspect of Prohibition of Using Illegal Evidence in Criminal Proceedings, *Law and Politics* Vol. 13, No. 1, 2015, стр.1-12. [Simović, M./ Simović, M./ Simović, V., 2015]
327. Singh, Dharmendra Kumar, Constitutionality and evidentiary value of narcoanalysis, polygraph & BEAP tests, *International Journal of Law*, Vol.3, Iss.4, 2017, стр.84-89. [Singh, 2017]
328. Skinnider, Eileen, Improperly or Illegally Obtained Evidence: The Exclusionary Evidence Rule in Canada, International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, Vancouver, 2005, стр.1-26. [Skinnider, 2005]

- 329.Sklansky, David Alan, Is the Exclusionary Rule Obsolete?, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 5, No. 2, 2008, стр. 567-584. [Sklansky, 2008]
- 330.Slivar, Milenka, Uporaba potajno snimljenih tehničkih snimki u dokaznom postupku, *HLJKPP*, vol. 27, br. 2/2020, Zagreb, стр. 497-520. [Slivar, 2020]
- 331.Slobogin, Christopher, Why Liberals Should Chuck the Exclusionary Rule, *University of Illinois Law Review*, Vol.1999, No.2, 1999, стр.363-446. [Slobogin, 1999]
- 332.Slobogin, Christopher, Toward Taping, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 1, 2003, стр. 309-322. [Slobogin, 2003]
- 333.Slobogin, Christopher, Making the Most of *United States v. Jones* in a Surveillance Society: a Statutory Implementation of Mosaic Theory, *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy Spectral Issue*, Vol. 8, No. 1, 2012, стр.1-37. [Slobogin, 2012]
- 334.Srinivas, Rohith V., The Exclusionary Rule as Fourth Amendment Judicial Review, *American Criminal Law Review*, Vol.49, 2012, стр.1-49. [Srinivas, 2012]
- 335.Stanley, Jennifer, From Nuremberg to Kenya: Compiling the Evidence for International Criminal Prosecutions, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.49, No.3, 2016, стр.819-851. [Stanley, 2016]
- 336.Steiker, Carol S., Counter-Revolution in Constitutional Criminal Procedure? Two Audiences, Two Answers, *Michigan Law Review*, Vol. 94, Iss. 8, 1996, стр.2466-2551. [Steiker, 1996]
- 337.Stone, Richard, Exclusion of Evidence under Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act: Practice and Principles, [1995] 3 *Web Journal of Current Legal Issues*, стр. 1-20. [Stone, 1995]
- 338.Strauss, Marcy, Understanding *Davis v. United States*, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol.40, Iss.3, 2007, стр.1011-1063. [Strauss, 2007]
- 339.Stuntz, William J., The Substantive Origins of Criminal Procedure, *The Yale Law Journal*, Vol. 105, No. 2, 1995, стр. 393-447. [Stuntz, 1995]
- 340.Stuntz, William J., *Miranda's Mistake*, *Michigan Law Review*, Vol. 99, Iss. 5, 2001, стр. 975-999. [Stuntz, 2001]
- 341.Sundby, Scott E., Everyman's Exclusionary Rule: The Exclusionary Rule and the Rule of Law (or Why Conservatives Should Embrace the Exclusionary Rule), *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 10, 2013, стр. 393-417. [Sundby, 2013]

T/T

- 342.Тренеска-Дескоска, Рената, Конституционализмот и човековите права, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, 2006. [Тренеска-Дескоска, 2006]
- 343.Трпеноски, Леонид, Еднаквоста на странките во кривичната постапка, Магистерски труд, Правен факултет „Јустинијан Први - Скопје“, 2014. [Трпеноски, 2014]
- 344.Трпеноски, Леонид, Дали специјалното обвинителство може да ја добие битката против судската одлука за издвојување на доказите како незаконски прибавени, *МРКПК год.24, бр.2, (2017)*, Скопје, стр.199-226 - трудот претходно е објавен во електронска верзија на *МРКПК год.23, бр.2, (2016)*, стр.1-27. [Трпеноски, 2017]
- 345.Трпеноски, Леонид, Што имаат заедничко тортурата, спогодувањето и прифатливоста на незаконните докази, *МРКПК год. 28, бр. 1-2, (2021)*, Скопје, стр. 1 – 24. [Трпеноски, 2021]
- 346.Тупанчески, Никола/ Кипријановска, Драгана, „Употребната вредност“ на незаконски прибавените докази - осврт врз стандарите и решенијата инкорпорирани во стразбуршкото и во компаративното право, *МРКПК год.22, бр.1, (2015)*, Скопје, стр.181-200. [Тупанчески/ Кипријановска, 2015]
- 347.Taslitz, Andrew E., Hypocrisy, Corruption, and Illegitimacy: Why Judicial Integrity Justifies the Exclusionary Rule, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol.10, 2013, стр.419-475. [Taslitz, 2013]
- 348.Thaman, Stephen C., *Miranda in Comparative Law*, *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 45, No. 2, 2001, стр. 581-624. [Thaman, 2001]
- 349.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 vol. 15, broj 1/2008*, Zagreb, стр. 357-438. [Thaman, 2008]
- 350.Thaman, Stephen C., *Fruits of the Poisonous Tree in Comparative Law*, *Southwestern Journal of International Law*, Vol. 16, 2010, стр. 333-384. [Thaman, 2010]
- 351.Thaman, Stephen C., *Constitutional Rights in the Balance: Modern Exclusionary Rules and the Toleration of Police Lawlessness in the Search for Truth*, *University of Toronto Law Journal*, v. 61, 2011, pp. 691-735. [Thaman, 2011]
- 352.Traynor, Roger J., *Mapp V. Ohio at Large in the Fifty States*, *Duke Law Journal*, No. 3, 1962, стр. 319-343. [Traynor, 1962]
- 353.Trechsel, Stefan, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford University press, Oxford, 2005. [Trechsel, 2005]

354. Tripalo, Dražen/ Đurđević, Zlata, Predlaganje dokaza, HLJKPP broj 2/2011, Zagreb, стр.471-487. [Tripalo/ Đurđević, 2011]

Ќ/Ў/Ѓ

У/У

355. Uputstva za krivični postupak i postupak kažnjavanja novčanom kaznom, IRZ Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju, Beograd, 2013. [Uputstva za Nemački krivični postupak, 2013]

Ф/Ф

356. Фуко, Мишел, Надзор и казна : раѓањето на затворот, Слово, Скопје, 2004. [Фуко, 2004]
357. Ferencz, Benjamin B., Nurnberg Trial Procedure and the Rights of the Accused, *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 39, Iss. 2, 1948, pp. 144-151. [Ferencz, 1948]
358. Findley, Keith A., Judicial Gatekeeping of Suspect Evidence: Due Process and Evidentiary Rules in the Age of Innocence, *Georgia Law Review*, Vol.47, 2013, стр.723-774. [Findley, 2013]
359. Fourth Amendment – Exclusionary Rule – Ninth Circuit Suppresses Evidence Based on Violation of Regulations and Policies Implementing Posse Comitatus Act – Like Restrictions – *United States v. Dreyer*, 767 F.3d 826 (9th Cir. 2014), Recent cases, *Harvard Law Review*, Vol.128, No.6, 2015, стр.1876 – 1883. [Fourth Amendment, *Harvard Law Review*, 2015]
360. Fox, Dov/ Stein, Alex, Constitutional Retroactivity in Criminal Procedure, *Washington Law Review*, Vol.91, 2016, стр.463-514. [Fox/ Stein, 2014]
361. Friendly, Henry J., The Bill of Rights as a Code of Criminal Procedure, *California Law Review*, Vol. 53, No. 4, 1965, стр. 929-956. [Friendly, 1965]

Х/Н

362. Хантингтон, Семјуел Ф., Судирот на цивилизацији и преобликувањето на светскиот поредок, Евро-Балкан прес, Скопје, 2010. [Хантингтон, 2010]
363. Харис, Дејвид/ О'Бојл, Мајкл/ Варбрик, Колин, Право на европската конвенција за човекови права, Просветно дело АД Скопје, Скопје, 2009. [Харис/ О'Бојл/ Варбрик, 2009]
364. Хокинг, Стивен, Кратки одговори на крупните прашања, Топер, 2019. [Хокинг, 2019]
365. Hansen, Danielle M., The Inevitable Discovery Rule – Justice Served or Justice Thwarted? – *People v. Pinckney*, *Touro Law Review*, Vol.28, No.3, 2012, стр.715-749. [Hansen, 2012]
366. *Harvard Law Review*, Toward a General Good Faith Exception, Vol.127, No.2, 2013, стр.773-794. [Harvard Law Review, 2013]
367. Helmholtz, Richard H., Origins of the Privilege against Self-incrimination: The Role of the European Ius Commune, *New York University Law Review*, Vol. 65, 1990, стр. 962-990. [Helmholtz, 1990]
368. Henderson, Stephen E., Learning from All Fifty States: How to Apply the Fourth Amendment and Its State Analogs to Protect Third Party Information from Unreasonable Search, *Catholic University Law Review*, Vol. 55, Iss. 2, 2006, pp. 373-438. [Henderson, 2006]
369. Holmes, Oliver Wendell, The Path of the Law, 10 *Harvard Law Review* 457 (1897), стр.1-20. [Holmes, 1897]
370. Hufstetler, Kristopher R., The Admissibility of Aerial Photographs – Evidentiary Foundations, *St.Mary's Law Journal*, Vol.47, No.4, 2016, стр.857-888. [Hufstetler, 2016]
371. Hyseni, Bashkim/ Shala, Afrim, Priručnik za sudije o krivičnom postupku, Kosovski Institut za Pravosuđe (KIP) i USAID Program za Efektivnu Vladavinu Prava, 2015. [Hyseni/ Shala, 2015]

Ц/С

372. Calabresi, Guido, The Exclusionary Rule, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 26, 2003, стр. 111-118. [Calabresi, 2003]
373. Caminker, Evan H., Miranda and Some Puzzles of 'Prophylactic' Rules, *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 70, No. 1, 2001, стр. 1-29. [Caminker, 2001]
374. Canon, Bradley C., Is the Exclusionary Rule in Failing Health? Some New Data and a Plea Against a Precipitous Conclusion, *Kentucky Law Journal*: Vol. 62, Iss. 3, 1974, стр.681-730. [Canon, 1974]
375. Carić, Marina, Zabрана utemeljenja sudskih odluka na nezakonitim dokazima, HLJKPP vol. 13, broj 2/2006, Zagreb, стр.993-1033. [Carić, 2006]
376. Carić, Marina, Novosti u sustavu nezakonitih dokaza s osobitim osvrtom na čl. 10. st.3. i 4. ZKP/08, HLJKPP vol.17, broj 2/2010, Zagreb, стр. 839-866. [Carić, 2010]
377. Cauthen, Robert H., The Fifth Amendment and Compelling Unencrypted Data, Encryption Codes, and Passwords, *American Journal of Trial Advocacy*, Vol.41, No.1, 2017, стр.119-140. [Cauthen, 2017]

378. Cho, Kuk, The Unfinished Criminal Procedure Revolution of Post-Democratization South Korea, *Denver Journal of International Law & Policy*, Vol. 30, no. 3, 2002, pp. 377-394. [Cho, 2002]
379. Cicchini, Michael D., An Economics Perspective on the Exclusionary Rule and Deterrence, *Missouri Law Review*, Vol. 75, Iss. 2, 2010, стр. 459-491. [Cicchini, 2010]
380. Clancy, Thomas K., The Fourth Amendment's Exclusionary Rule as a Constitutional Right, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 10, 2013, стр. 357-391. [Clancy, 2012]
381. Colb, Sherry F., Standing Room Only: Why Fourth Amendment Exclusion and Standing Can No Longer Logically Coexist, *Cardozo Law Review*, Vol. 28, 2007, стр. 1663-1710. [Colb, 2007]
382. Council of Europe, Fair Trial in Criminal Cases, стр. 1-40. [CoE, Fair Trial]
383. Council of Bars & Law Societies of Europe: The Voice of European legal profession, *The European Court of Human Rights Question & Answers for Lawyers*, Brussels, 2018, стр. 1-26. [Council of Bars & Law Societies of Europe, 2018]

Ч/ Ć

384. Черчил, Винстон, Избрани есеи, Микена, Битола, 2009. [Черчил, 2009]
385. Чокревски, Томислав/ Китаноски, Лазар, Социологија на правото : (општество и право), Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, 2007. [Чокревски/ Китаноски, 2007]
386. Чомски, Ноам, Кој владее со светот?, Арс Ламина, Скопје, 2019. [Чомски, 2019]

Ц/ Dž

Ш/ Š

387. Шкарик, Светомир, Уставно право – осмо издание, Култура Скопје, 2015. [Шкарик, 2015]
388. Шкарик, Светомир/ Силјановска-Давкова Гордана, Уставно право (Второ, дополнето и изменето издание), Култура Скопје, 2009. [Шкарик/ Силјановска-Давкова, 2009]
389. Шредер, Фридрих-Кристијан, Казнено процесно право, Арс Ламина ДОО, Скопје, 2010. [Шредер, 2010]
390. Šelih, Alenka, Problemi krivičnopravne zaštite privatnosti pri primeni kompjuterske tehnike, *JRKK*, Vol. 19 br. 2, Beograd, 1981, стр. 199-214. [Šelih, 1981]
391. Šikman, Mile, Zakonitost dokaza pribavljenih posebnim istražnim radnjama u svijetlu odluka Evropskog suda za ljudska prava, *RKK*, vol. 55, br. 1, Beograd, 2017, стр. 141-162. [Šikman, 2017]
392. Škulić, Milan, Kritička analiza nekih odredbi novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. Godine, стр. 17-130 во Нови законик о кривичном поступку Србије : како је пропала реформа : шта да се ради?, (авт. Škulić, Milan/ Ilić, Goran), Удруženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2012. [Škulić, 2012]
393. Škulić, Milan, Dominantne karakteristike osnovnih velikih krivičnoprocesnih sistema i njihov uticaj na reform Srpskog krivičnog postupka, *Crimen (IV) 2/2013*, Beograd, стр. 176-234. [Škulić, 2013]

Q

Y

394. Yeo, Meng Heong, The Discretion to Exclude Illegally and Improperly Obtained Evidence: a Choice of Approaches, *Melbourne University Law Review*, Vol. 13, 1981, стр. 31-53. [Yeo, 1981]

W

395. Warren, Samuel D./ Brandeis, Louis D., The Right to Privacy, *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5, 1890, стр. 193-220. [Warren/ Brandeis, 1890]
396. Wigmore, John H., Using Evidence Obtained by Illegal Search and Seizure, *American Bar Association Journal*, Vol. 8, No. 8, 1922, стр. 479-484. [Wigmore, 1922]

Збирки на трудови

397. Приручник за примену законика о кривичном поступку, уредиле Станко Бејатовић, Милан Шкулић и Горан Илић, ОЕБС Мисија у Србији, Београд, 2013
1. Бејатовић, Станко Уводне напомене (основне карактеристике Законика), стр. 1-42. [Бејатовић, 2013]
 2. Ђурђић, Војислав, Доказне радње (Поглавље треће), стр. 83-122. [Ђурђић, 2013]
 3. Суботић, Данило, Посебне доказне радње (Поглавље четврто), стр. 123-152. [Суботић, 2013]

4. Чворовић, Драгана, Споразуми јавног тужиоца и окривљеног (Поглавље осмо), стр. 273-290. [Чворовић, 2013]
5. Ђорђевић, Драгиша, Главни претрес (Поглавље десето), стр. 301-315. [Ђорђевић, 2013]
6. Киурски, Јасмина/ Лазић, Радован, Редовни правни лекови (Поглавље дванаесто), стр. 329-371. [Киурски/ Лазић, 2013]
398. Унапређење Законика о кривичном поступку : de lege ferenda предлози 2015., уредиле Милан Шкулић, Горан Илић и Марина Матић Бошковић, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије и Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2015
1. Шкулић, Милан, Истрага : Законско решење, спорна питања и дилеме, стр.29-53. [Шкулић, 2015a]
 2. Шкулић, Милан, Доказне радње : Основне контуре законских решења и неки практични проблеми, стр.55-80. [Шкулић, 2015b]
 3. Ткалац, Милан/ Лазић, Радован, Жалбени поступак, стр.127-147. [Ткалац/ Лазић, 2015]
399. Glavni pretres i suđenje u razumnom roku, urednici Bejatović, Stanko/ Jovanović, Ivan, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2015,
1. Sijerčić-Čolić, Hajrija, Glavni pretres prema zakonima o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini - neki teoretski i praktični aspekti, str.49-62. [Sijerčić-Čolić, 2015]
 2. Ivičević Karas, Elizabeta, Neka pitanja uređenja rasprave u hrvatskom kaznenom postupku – normativni okvir i praksa, стр. 92-110. [Ivičević Karas, 2015]
 3. Lažetić-Bužarovska, Gordana/ Kalajđiev, Gordan, Glavna rasprava prema ZKP Makedonije (teorija i praksa), стр. 111-126. [Lažetić-Bužarovska/ Kalajđiev, 2015]
 4. Škulić, Milan, Dokazi i dokazni postupak na glavnom pretresu, стр. 193-217. [Škulić, 2015]
 5. Ilić, Goran, Glavni pretres i žalbeni postupak u ZKP Srbije (nejasnoće i protivrečnosti, стр. 232-239. [Ilić, 2015]
400. Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, editors Gless, Sabine/ Richter, Thomas, Vol. 74, Switzerland, 2019
1. Gless, Sabine/ Richter, Thomas, Introduction, стр. 1-11. [Gless/ Richter, 2019]
 2. Macula, Laura, The Potential to Secure a Fair Trial Through Evidence Exclusion: A Swiss Perspective, стр. 15-60 [Macula, 2019]
 3. Weigend, Thomas, The Potential to Secure a Fair Trial Through Evidence Exclusion: A German Perspective, стр. 61-92. [Weigend, 2019]
 4. Iontcheva Turner, Jenia, Regulating Interrogations and Excluding Confessions in the United States: Balancing Individual Rights and the Search for the Truth, стр. 93-129. [Iontcheva Turner, 2019]
 5. Lin, Yu-Hsiung/ Wang, Shih-Fan/ Chen, Chung-Yen/ Tsai, Tsai-Chen/ Tsai, Chiou-Ming, The Potential to Secure a Fair Trial Through Evidence Exclusion: A Taiwanese Perspective, стр. 131-161. [Lin/ Wang/ Chen/ Tsai-Chen/ Tsai, 2019]
 6. Jiang, Na, The Potential to Secure a Fair Trial Through Evidence Exclusion: A Chinese Perspective, стр. 163-211. [Jiang, 2019]
 7. Ho, Hock Lai, Criminal Justice and the Exclusion of Incriminating Statements in Singapore, стр. 213-252. [Ho, 2019a]
 8. Iontcheva Turner, Jenia/ Weigend, Thomas, The Purposes and Functions of Exclusionary Rules: A Comparative Overview, стр. 255-282. [Iontcheva Turner/ Weigend, 2019]
 9. Ho, Hock Lai, The Fair Trial Rationale for Excluding Wrongfully Obtained Evidence, стр. 283-305. [Ho, 2019b]
 10. Lan, Rongjie/ Zuo, Weimin, Exclusionary Rule of Illegal Evidence in China: Observation from Historical and Empirical Perspectives, стр. 307-328. [Lan/ Zuo, 2019]
 11. Knickmeier, Susanne, Securing a Fair Trial Through Exclusionary Rules: Do Theory and Practice Form a Well-Balanced Whole?, стр. 329-347. [Knickmeier, 2019]
 12. Macula, Laura/ Gless, Sabine, Exclusionary Rules—Is It Time for Change?, стр. 349-380. [Macula/ Gless, 2019]
401. European Criminal Procedures, editors Delmas-Marty, Mireille/ Spencer, J. R., Cambridge University Press, 2005:
1. Spencer, J. R., Introduction, стр. 1-75. [Spencer, 2005a]
 2. Pesquié, Brigitte (revised by Yves Cartuyvels), The Belgian system, стр. 81-141. [Pesquié, 2005]

- 3.Spencer, J. R., The English system, *стр.* 142-217. [Spencer, 2005b]
 - 4.Dervieux, Valérie (revised by Mikaël Benillouche and Oliver Bachelet), The French system, *стр.*218-291. [Dervieux, 2005]
 - 5.Juy-Birmann, Rodolphe (revised by Jörg Biermann), The German system, *стр.* 292 – 347. [Juy-Birmann, 2005]
 - 6.Perrodet, Antoinette (revised by Elena Ricci), The Italian system, *стр.* 348-412. [Perrodet, 2005a]
 - 7.Perrodet, Antoinette, The public prosecutor, *стр.* 415-458. [Perrodet, 2005b]
 - 8.Mathias, Eric, The balance of power between the police and the public prosecutor, *стр.*459-487. [Mathias, 2005]
 - 9.Salas, Denis (revised by Alejandro Alvarez), The role of the judge, *стр.* 488-540. [Salas, 2005]
 - 10.Chiavario, Mario, Private parties: the rights of the defendant and the victim, *стр.* 541-593. [Chiavario, 2005]
 - 11.Spencer, J. R., Evidence, *стр.* 594-640. [Spencer, 2005c]
 - 12.Tulkens, Françoise (revised by Yves Cartuyvels and Isabelle Wattier), Negotiated justice, *стр.* 641-687. [Tulkens, 2005]
- 402.Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i univerzalne vrednosti, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, uredio Slobodan Perović, br. 9, 2005
- 1.Perović, Slobodan, Prirodno pravo i univerzalne vrednosti (osnovni referat), *стр.* XV-CXXVIII. [Perović, 2005]
 - 2.Škulić, Milan, Krivično delo prikrivenog islednika učinjeno u krajnoj nuždi, *стр.*661-690. [Škulić, 2005]
 - 3.Kambovski, Vlado, Legitimitet i pravičnost kao osnovna načela kaznenog prava, *стр.* 691-710. [Kambovski, 2005]
 - 4.Soković, Snezana, Izvršenje kazne zatvora – relevantni međunarodni pravni standardi, *стр.* 711-723. [Soković, 2005]
 - 5.Gorkič, Primož, Zadržavanje osumnjičenih u prekrivičnom postupku, *стр.* 791-805. [Gorkič, 2005]
 - 6.Kalajdziev, Gordan, Pravični postupak, *стр.* 829-835. [Kalajdziev, 2005]
 - 7.Brkić, Snežana, Zašto nam je potrebna zaštita svedoka, *стр.* 837-847. [Brkić, 2005]
 - 8.Lukić, Tatjana, Sistem imuniteta i program zaštite svedoka, *стр.* 873-886. [Lukić, 2005]
 - 9.Veković, Vladimir, Zaštita od mučenja lica lišenih slobode – U pravu i praksi Evropske konvencije o ljudskim pravima, *стр.* 979-990. [Veković, 2005]
- 403.Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i humana budućnost, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, uredio Slobodan Perović, br. 9, 2006
- 1.Perović, Slobodan, Budućnost prirodnog prava (osnovni referat), *стр.* XXXI-CXLIII. [Perović, 2006]
 - 2.Škulić, Milan, Dejstvo odluka i gledišta nekin međunarodnih tela na krivičnoprocesni system Republike Srbije, *стр.* 731-756. [Škulić, 2006]
 - 3.Božilović-Petrović, Gordana, Pojam slobode i njena krivično-pravna zaštita, *стр.* 757-770. [Božilović-Petrović, 2006]
 - 4.Banović, Božidar/ Lajić, Oliver, Policijska prinuda i prikupljanje obaveštenja u prethodnoj istrazi, *стр.* 787-800. [Banović/ Lajić, 2006]
 - 5.Zekavica, Radomir, Položaj i uloga policije u pravnoj državi, *стр.* 813-823. [Zekavica, 2006]
 - 6.Veković, Vladimir, Kažnjavanje mučitelja – Evropski standardi – Stanje u Srbiji i perspektive, *стр.* 911-926. [Veković, 2006]
 - 7.Jovančević, Nedeljko, Agent provokator, *стр.* 1051-1063. [Jovančević, 2006]
 - 8.Vučković, Vesna, Zaštićeni svjedok i svjedok saradnik u krivičnom postupku, *стр.* 1089-1102. [Vučković, 2006]
 - 9.Rakočević, Velimir, Zaštita svjedoka u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i međunarodni standardi, *стр.*1117-1131. [Rakočević, 2006]
- 404.Criminal Evidence and Human Rights: Reimagining Common Law Procedural Traditions, editors Roberts, Paul/ Hunter, Jill, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012:
- 1.Roberts, Paul/ Hunter, Jill, Introduction – The Human Rights Revolution in Criminal Evidence and Procedure, *стр.* 1-23. [Roberts/ Hunter, 2012]
 - 2.Schwikkard, PJ, A Constitutional Revolution in South African Criminal Procedure?, *стр.* 25-54. [Schwikkard, 2012]

- 3.Young, Simon NM, Human Rights in Hong Kong Criminal Trials, стр. 55-77. [Young, 2012]
- 4.Boyle/ Cunliffe, Right to Counsel During Custodial Interrogation in Canada: Not Keeping Up with the Common Law Joneses, стр. 79-102. [Boyle/ Cunliffe, 2012]
- 5.Farrar, Salim, Degrading Searches and Illegally Obtained Evidence in the Malaysian Criminal Justice System, стр. 103-118. [Farrar, 2012]
- 6.Jackson, John, Human Rights, Constitutional Law and Exclusionary Safeguards in Ireland, стр. 119-143. [Jackson, 2012]
- 7.Ashworth, Andrew, The Exclusion of Evidence Obtained by Violating a Fundamental Right: Pragmatism Before Principle in the Strasbourg Jurisprudence, стр. 145-161. [Ashworth, 2012].
- 8.Roberts, Paul, Normative Evolution in Evidentiary Exclusion: Coercion, Deception and the Right to a Fair Trial, стр. 163-193. [Roberts, 2012]
- 9.Choo, Andrew L-T, 'Give Us What You Have' – Information, Compulsion and the Privilege Against Self-Incrimination as a Human Right, стр. 239-258. [Choo, 2012]
- 10.Redmayne, Mike, Confronting Confrontation, стр. 283-307. [Redmayne, 2012]
- 11.Henning, Terese/ Hunter, Jill, Finessing the Fair Trail for Complainants and the Accused: Mansions of Justice or Castles in the Air?, 2012, стр.347-368. [Henning/ Hunter, 2012]

405.Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekti), urednici Ana Petrović i Ivan Jovanović, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2012,

- 1.Radulović, Drago, Konceptija istrage u krivičnom postupku u svijetlu novog krivičnoprocesnog zakonodavstva, стр. 13-22. [Radulović, 2012]
- 2.Dodik, Božidarka, Tužiteljska istraga – iskustva Bosne i Hercegovine, стр. 23-42. [Dodik, 2012]
- 3.Vujanović, Svetlana, Sporazum o priznanju krivice u praksi pravosudnih organa Crne Gore, стр. 120-136. [Vujanović, 2012]
- 4.Simović, Miodrag N., Uloga suda u utvrđivanju činjenica na glavnom pretresu – regionalna komparativna analiza, стр. 137-168. [Simović, 2012]
- 5.Bubalović, Tadija, "Jednakost oružja" i njegova afirmacija u okviru prava na obranu (regionalni komparativni osvrt), стр.215-235. [Bubalović, 2012]
- 6.Ilić, Goran P., Sistem pravnih lekova u novom Zakoniku o krivičnom postupku, стр. 252-261. [Ilić, 2012]

Меѓународни правни акти и документи

1. Арнаудовски, Љупчо/ Тумановски, Драган, Независно судство: зборник на документи: II дел, „2-ри Август С“, Штип, 2000. [Арнаудовски/ Тумановски, 2000]
2. Конвенцијата за спречување и борба против насилството врз жените и домашното насилство, Совет на Европа, 11.5.2011 г. [Истанбулска конвенција, 2011]
3. Независно судство: зборник на документи, Арнаудовски, Љупчо/ Терзиева-Тројачанец, Вера/ Тумановски, Драган (приредиле), Републички судски совет, 2-ри Август С, Штип, 1997. [Арнаудовски/ Терзиева-Тројачанец/ Тумановски, 1997]
4. Препорака П (96) 8 за политиката за криминалот во Европа во време на промени, Комитет на министри на Совет на Европа, 1996. [Препорака П (1996) 8]
5. Препорака П (2000) 2 во врска со преиспитување или повторно отворање на некои предмети на домашна инстанца по пресуди на Европскиот суд за човекови права, Комитет на министри на Совет на Европа, 2000. [Препорака П (2000) 2]
6. Препорака П (2000) 19 за улогата на јавното обвинителство во кривично-правниот систем, Комитет на министри на Совет на Европа, 2000. [Препорака П (2000) 19]
7. Препорака П (2001) 11 за водечките принципи за борба против организираниот криминал, Комитет на министри на Совет на Европа, 2001. [Препорака П (2001) 11]
8. Препорака П (2005) 9 за заштита на сведоците и соработниците на правдата, Комитет на министри на Совет на Европа, 2005. [Препорака П (2005) 9]
9. Препорака П (2005) 10 за специјалните истражни техники по однос на сериозните кривични дела вклучувајќи ги и актите на тероризам, Комитет на министри на Совет на Европа, 2005. [Препорака П (2005) 10]
10. American Convention on Human Rights, signed at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San Jose, Costa Rica, 1969. [АКЧП]
11. African Charter on Human and Peoples' Rights, Adopted by the eighteenth Assembly of Heads of State and Government member of the African States members of the Organization of African Unity, Nairobi, Kenya, 1981. [АПЧП]

12. Asean Human Rights Declaration, Asean Intergovernmental Commission on Human Rights, Phnom Penh, Cambodia, 2012. [АДЧП]
13. Basic Principles on the Independence of the Judiciary, the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, 1985. [Basic Principles on the Independence of the Judiciary, 1985]
14. Basic Principles on the Role of Lawyers, the Eight United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, 1990. [Basic Principles on the Role of Lawyers, 1990]
15. Charter of the International Military Tribunal, 1945.
16. Charter of the International Military Tribunal for the Far East, Tokyo, January 19, 1946.
17. Charter of Fundamental Rights of the European Union, European Union (jointly signed by European Commission, the Council and the Parliament in December 2000), Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010. [Повелба за основни права на ЕУ]
18. Canadian Charter of Rights and Freedoms (Constitution Act 1982).
19. Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UN General Assembly Resolution 39/46, 1984. [КИТ]
20. Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, National Constituent Assembly, France, 1789.
21. Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UN General Assembly Resolution 3452, 1975. [Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1975]
22. Directive 2012/13/EU on the right to information in criminal proceedings, of the European Parliament and of the Council, 2012. [Directive on the right to information in criminal proceedings, 2012/13/EU]
23. Directive 2013/48/EU covering the right of access to a lawyer, the right to have third parties informed of detention and the right to communicate with third parties and with consular authorities, of the European Parliament and of the Council, 2013. [Directive covering the right of access to a lawyer, 2013/48/EU]
24. Directive 2016/343 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings, of the European Parliament and of the Council, 2016. [Directive on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence, 2016/343]
25. Green Paper Procedural Safeguards for Suspects and Defendants in Criminal Proceedings throughout the European Union, Commission of the European Communities, Brussels, 2003. [Green Paper Procedural Safeguards for Suspects and Defendants, 2003]
26. Green Paper The Presumption of Innocence, Commission of the European Communities, Brussels, 2006. [Green Paper The Presumption of Innocence, 2006]
27. Guidelines on the Role of Prosecutor, the Eight United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, 1990. [Guidelines on the Role of Prosecutor, 1990]
28. International Covenant for Civil and Political Rights, United Nations General Assembly resolution 2200A (XXI), 1966 (стапил на сила во 1976 г.).
29. Međunarodna konvencija o zaštiti prava odbrane, Advokatskoj komori Pariza, 1987, Glasnik Advokatske komore Vojvodine br. 4/95. [Međunarodna konvencija o zaštiti prava odbrane, 1987]
30. No. 251. Agreement by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, The Government of the United States of America, The provisional Government of the French Republic and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis signed at London, on 8 August 1945.
31. Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 2002.
32. Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, Human Rights Council, 2013. [Méndez, 2013]
33. 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. [Римски статут]
34. Rules of Procedure of the International Military Tribunal for the Far East, 25 April 1946.
35. Rules of procedure for Military Tribunal I, 2 November 1946.
36. 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).
37. Rules of Procedure and Evidence, International Criminal Tribunal for Rwanda, as applicable (as adopted 29.06.1995 and last amended 13.05.2015).
38. Rules of Procedure and Evidence, International Criminal Court, 2019.
39. Special proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo, January 19, 1946 for Establishment of an International Military Tribunal for the Far East.

40. Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, adopted by Security Council of United Nations, New York, 1994, as applicable (as adopted 08.11.1994 and last amended 16.12.2009). [Статут на МКТР]
41. Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, adopted by Security Council of United Nations, New York, 1993, as applicable (as adopted 25.05.1993 and last amended 07.07.2009). [Статут на МКТЈ]
42. The Convention for The Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, Rome, 1950 (стапила на сила во 1953 г.). [ЕКЧП]
43. Universal Declaration for Human Rights, United Nations, 1948. [УДЧП]
44. Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961.

Збирки на судски одлуки

1. Билтен на судската пракса 2011 година, Апелационен суд Битола, 2011. [Билтен за 2011, АС Битола, 2011]
2. Билтен на судската пракса за 2012 година, Апелационен суд Битола, 2012. [Билтен за 2012, АС Битола, 2012]
3. Билтен на судската пракса за 2013 година, Апелационен суд Битола, 2014. [Билтен за 2013, АС Битола, 2014]
4. Билтен на судската пракса за 2015-2017 година, Апелационен суд Битола, 2017 [Билтен за 2015-2017, АС Битола, 2017]
5. Билтен на судската пракса за 2018 година, Апелационен суд Битола, 2019 [Билтен за 2018, АС Битола, 2019]
6. Билтен бр.2, Апелационен суд Гостивар, 2014. [Билтен бр.2, АС Гостивар, 2014]
7. Билтен на судската пракса, Апелационен суд Гостивар, 2020. [Билтен, АС Гостивар, 2020]
8. Билтен бр.1, Апелационен суд Скопје, 2011. [Билтен бр.1, АС Скопје, 2011]
9. Билтен бр.2, Апелационен суд Скопје, 2011. [Билтен бр.2, АС Скопје, 2011]
10. Билтен бр.8, Апелационен суд Скопје, 2014. [Билтен бр.8, АС Скопје, 2014]
11. Билтен бр.9, Апелационен суд Скопје, 2016. [Билтен бр.9, АС Скопје, 2016]
12. Билтен бр.10, Апелационен суд Скопје, 2018. [Билтен бр.10, АС Скопје, 2018]
13. Билтен бр.11, Апелационен суд Скопје, 2019. [Билтен бр.11, АС Скопје, 2019]
14. Билтен бр.12, Апелационен суд Скопје, 2020. [Билтен бр.12, АС Скопје, 2020]
15. Билтен Бр.7, Апелационен суд Штип, 2013. [Билтен бр.7, АС Штип, 2013]
16. Билтен Бр.8, Апелационен суд Штип, 2014. [Билтен бр.8, АС Штип, 2014]
17. Билтен Бр.9, Апелационен суд Штип, 2016. [Билтен бр.9, АС Штип, 2016]
18. Билтен Бр.10, Апелационен суд Штип, 2018. [Билтен бр.10, АС Штип, 2018]
19. Билтен Бр.11, Апелационен суд Штип, 2019. [Билтен бр.11, АС Штип, 2019]
20. Билтен Бр.12, Апелационен суд Штип, 2019. [Билтен бр.12, АС Штип, 2019]
21. Билтен за судска практика на Европскиот суд за човекови права, Макавеј Скопје, 2016. [Билтен на ЕСЧП, Макавеј, 2016а]
22. Билтен за судска практика на Европскиот суд за човекови права, Издание 3/2016, Макавеј Скопје, 2016. [Билтен на ЕСЧП, Макавеј, 2016б]
23. Билтен за судската практика на Европскиот суд за човекови права, Издание 2/2017, том 5, година 3, Макавеј Скопје, 2017. [Билтен на ЕСЧП, Макавеј, 2017]
24. Билтен на судската практика на Врховниот суд на Република Македонија 2016-2017, Врховен суд на Република Македонија, Скопје, 2018. [Билтен 2016-2017, ВСРМ, 2018]
25. Избрани одлуки на Сојузниот уставен суд на СР Германија: Јубилејно издание, Фондација „Конрад Аденауер“, Скопје, 2009. [Избрани одлуки на Сојузниот уставен суд на СР Германија, 2009]
26. Збирка на судски одлуки Книга I, Врховен суд на Македонија, Скопје, 1976. [ЗСО, ВСМ, 1976]
27. Збирка на судски одлуки 1975 - 1979 Книга II, Врховен суд на Македонија, Скопје, 1980. [ЗСО 1975-1979, ВСМ, 1980]
28. Збирка на судски одлуки 1980 - 1984 Книга III, Врховен суд на Македонија, Стопански суд на Македонија, Скопје, 1985. [ЗСО 1980-1984, ВСМ, 1985]
29. Збирка на судски одлуки 1985 - 1989 Книга IV, Врховен суд на Македонија, Скопје, 1992. [ЗСО 1985-1989, ВСМ, 1992]
30. Збирка на судски одлуки 1990 - 1996 Книга V, Врховен суд на Република Македонија, Скопје, 1997 [ЗСО 1990-1996, ВСРМ, 1997]
31. Збирка на судски одлуки 1997 Книга VI, Врховен суд на Република Македонија, Скопје, 1998 [ЗСО 1997, ВСРМ, 1998]
32. Збирка на судски одлуки 2004-2014 Книга XI, Врховен суд на Република Македонија, Скопје, 2015. [ЗСО 2004-2014, ВСРМ, 2015]

33. Krapac, Davor/ Đurđević, Zlata/ Ivičević Karas, Elizabeta/ Bonačić, Marin/ Burić, Zoran, Presude Evropskog suda za ljudska prava protiv Republike Hrvatske u kaznenim predmetima, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013. [Krapac/ Đurđević/ Ivičević Karas/ Bonačić/ Burić, 2013]
34. Mekbrajd, Džeremi, Ljudska prava u krivičnom postupku : praksa Evropskog suda za ljudska prava, Savet Evrope, Beograd, 2009. [Mekbrajd, 2009]
35. Simić-Jekić, Zagorka, Krivično procesno pravo u praksi - Priručnik sudske prakse, Novinska ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1973. [Simić-Jekić, 1973].
36. Zaključci sa savetovanja sudija u Vrhovnom sudu Jugoslavije o primeni novele Zakonika o krivičnom postupku, JRKK, god. VI br. 3, Beograd, 1968, стр. 461-468. [Zaključci VSJ, 1968]

Домашни правни прописи

1. Устав на ФНРЈ (СЛ ФНРЈ 10/46).
2. Устав на СФРЈ (СЛ СФРЈ 14/63).
3. Устав на СФРЈ (СЛ СФРЈ 9/74).
4. Устав на СРМ (СВ на СРМ 7/74).
5. Устав на Република Северна Македонија (СВ на РМ 52/91, 1/92, 31/98, 91/01, 84/03, 107/05, 3/09, 49/11 и 6/19).
6. Закон о кривичном поступку (СЛ ФНРЈ 97/48).
7. Законик за кривичната постапка (СЛ ФНРЈ 40/53, 52/59, 30/62, 12/65, 23/67 и 54/70).
8. Закон за кривичната постапка (СЛ СФРЈ 4/77, 14/85, 74/87, 57/89 и 3/90).
9. Закон за кривичната постапка (СВ на РМ 15/97, 44/02, 74/04, 83/08, 67/09 и 51/11).
10. Закон за кривичната постапка (СВ на РМ 150/10, 100/12, 142/16 и 198/18).
11. Кривичен законик (СВ на РМ 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 41/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15, 97/17 и 248/18 и СВ на РСМ 36/23 и 188/23)
12. Закон за заштита на укажувачи (СВ на РМ 196/15 и 35/18 и СВ на РСМ 257/20).
13. Закон за ратификација на Конвенцијата на Советот на Европа за спречување и борба против насилство врз жените и домашно насилство (СВ на РМ 198/17).
14. Законот за судовите (СВ на РМ 58/06, 62/06, 35/08, 150/10, 83/18 и 198/18 и СВ на РСМ 96/19).
15. Закон за полиција (СВ на РМ 114/06, 6/09, 145/12, 41/14, 33/15, 31/16, 106/16, 120/16, 21/18 и 64/18 и СВ на РСМ 294/21 и 89/22).
16. Закон за адвокатурата (СВ на РСМ 199/23).
17. Закон за следење на комуникациите (СВ на РМ 71/18 и СВ на РСМ 108/19 и 154/23).
18. Закон за следење на комуникациите (СВ на РМ 121/06, 110/08 и 116/12).
19. Законот за заштита на укажувачи (СВ на РМ 196/15 и 35/18 и СВ на РСМ 257/20).
20. Закон за семејството (СВ на РМ 80/92, 9/96, 38/04, 33/06, 84/08, 67/10, 156/10, 39/12, 44/12, 38/14, 115/14, 104/15 и 150/15 и СВ на РСМ 53/21 и 199/23).
21. Закон за инспекциски надзор (СВ на РСМ 102/19).
22. Закон за државен пазарен инспекторат (СВ на РМ 24/07, 81/07, 36/11, 18/13, 164/13, 41/14, 33/15, 61/15, 152/15, 53/16, 83/18, 120/18 и СВ на РСМ 89/22).
23. Закон за финансиска инспекција во јавниот сектор (СВ на РСМ 19/23).
24. Закон за шумарска и ловна инспекција (СВ на РМ 88/08, 6/10, 36/11, 74/12, 164/13, 43/14, 33/15, 149/15, 53/16 и 83/18).
25. Закон за санитарна и здравствена инспекција (СВ на РМ 71/06, 139/08, 88/10, 18/11, 53/11, 164/13, 43/14, 144/14, 51/15, 150/15, 37/16 и 83/18).
26. Закон за управна инспекција (СВ на РМ 69/04, 22/07, 115/07, 51/11, 164/13, 41/14, 33/15, 156/15, 193/15, 53/16 и 11/18 и СВ на РСМ 103/21).
27. Закон за просветна инспекција (СВ на РМ 52/05, 81/08, 148/09, 57/10, 51/11, 24/13, 137/13, 164/13, 41/14, 33/15, 145/15, 30/16 и 64/18).
28. Закон за инспекциски надзор во животна средина (СВ на РСМ 99/22).
29. Закон за инспекторат за употреба на јазиците (СВ на РСМ 220/19 и 42/20).
30. Закон за државен инспекторат во локалната самоуправа (СВ на РМ 58/10, 187/13, 43/14 и 64/18).
31. Закон за државниот инспекторат за земјоделство (СВ на РМ 20/09, 53/11, 164/13, 43/14, 33/15, 88/15, 149/15, 39/16, 172/16 и 83/18).
32. Закон за техничката инспекција (СВ на РМ 88/08, 119/10, 36/11, 136/11, 164/13, 41/14, 33/15, 61/15, 154/15 и 53/16 и СВ на РСМ 99/22).
33. Закон за општа безбедност на производите (СВ на РСМ 302/20).
34. Закон за здравјето на растенијата (СВ на РМ 29/05, 81/08, 20/09, 57/10, 17/11, 148/11, 69/13, 43/14, 158/14, 149/15, 39/16 и 83/18 и СВ на РСМ 150/21).

35. Закон за девизната инспекција (СВ на РМ 89/04, 24/11, 43/14, 112/14 и 83/18).
36. Закон за инспекцијата на труд (СВ на РМ 35/97, 29/02, 36/11, 164/13, 44/14, 33/15, 147/15 и 21/18 и СВ на РСМ 317/20).
37. Закон за градење (СВ на РМ 130/09, 124/10, 18/11, 36/11, 54/11, 13/12, 144/12, 25/13, 79/13, 137/13, 163/13, 27/14, 28/14, 42/14, 115/14, 149/14, 187/14, 44/15, 129/15, 217/15, 226/15, 30/16, 31/16, 39/16, 71/16, 132/16, 35/18, 64/18 и 168/18 и СВ на РСМ 244/19, 18/20, 279/20, 227/22 и 111/23).
38. Закон за спречување перење пари и финансирање на тероризам (СВ на РСМ 151/22).
39. Правилник за начинот на препознавање осомничено лице (СВ на РМ 153/12).

Одлуки на Европскиот суд за човекови права

1. *Delcourt v. Belgium*, A. no. 2689/65, 17.1.1970.
2. *Engel and others v. the Netherlands*, A. nos. 510/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 and 5370/72, 8.6.1976.
3. *Tyrer v. United Kingdom*, A. no. 5856/72, 25.4.1978.
4. *Klass and others v. Germany*, A. no. 5029/71, 6.9.1978.
5. *Deweert v. Belgium*, A. no. 6903/75, 27.2.1980.
6. *Artico v. Italy*, A. no. 6694/74, 13.5.1980.
7. *Malone v. The United Kingdom*, A. no. 8691/79, 2.8.1984.
8. *De Cubber v. Belgium*, A. no. 9186/80, 26.10.1984.
9. *Unterperinger v. Austria*, A. no. 9120/80, 24.11.1986.
10. *Schenk v. Switzerland*, A. no. 10862/84, 12.7.1988.
11. *Salabiaku v. France*, A. no. 10519/83, 7.10.1988.
12. *Barberà, Messegué and Jabardo*, A. no. 10590/83, 6.12.1988.
13. *Soering v. The United Kingdom*, A. no. 14038/88, 7.7.1989.
14. *Kostovski v. The Netherlands*, A. no. 11454/85, 20.11.1989.
15. *Windisch v. Austria*, A. no. 12489/86, 27.9.1990.
16. *Delta v. France*, A. no. 11444/85, 19.12.1990.
17. *Asch v. Austria*, A. no. 12398/86, 26.4.1991.
18. *Brandstetter v. Austria*, A. nos. 11170/84; 12876/87; 13468/87, 28.8.1991.
19. *Borgers v. Belgium*, A. no. 12005/86, 30.10.1991.
20. *Lüdi v. Switzerland*, A. 12433/86, 15.6.1992.
21. *Artner v. Austria*, A. no. 13161/87, 28.8.1992.
22. *Edwards v. the United Kingdom*, A. no. 13071/87, 16.12.1992.
23. *Niemietz v. Germany*, A. no. 13710/88, 16.12.1992.
24. *Funke v. France*, A. no. 10828/84, 25.2.1993.
25. *Miailhe v. France (No. 1)*, A. no. 12661/87, 25.2.1993.
26. *Imbrioscia v. Switzerland*, A. no. 13972/88, 24.11.1993.
27. *Murray v. the United Kingdom*, A. no. 14310/88, 28.10.1994.
28. *Allenet de Ribemont v. France*, A. no. 15175/89, 10.2.1995.
29. *John Murray v. the United Kingdom*, A. no. 18731/91, 8.2.1996.
30. *Bulut v. Austria*, A. no. 17358/90, 22.2.1996.
31. *Doorson v. the Netherlands*, A. no. 20524/92, 26.3.1996.
32. *Goodwin v. the United Kingdom*, A. no. 17488/90, 27.3.1996.
33. *Miailhe v. France (No. 2)*, A. no. 18978/91, 26.9.1996.
34. *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, A. no. 19874/92, 7.8.1996.
35. *Saunders v. United Kingdom*, A. no. 19187/91, 17.12.1996.
36. *Z v. Finland*, A. no. 22009/93, 25.2.1997.
37. *Foucher v. France*, A. no. 22209/93, 18.3.1997.
38. *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, A. nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 and 22056/93, 23.4.1997.
39. *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, 55/1996/674/861-864, 30.10.1997.
40. *Halford v. the United Kingdom*, A. no. 20605/92, 25.6.1997.
41. *Serves v. France*, 82/1996/671/893, 20.10.1997.
42. *Teixeira de Castro v. Portugal*, 44/1997/828/1034, 9.6.1998.
43. *Osman v. the United Kingdom*, 87/1997/871/1083, 28.10.1998.
44. *García Ruiz v. Spain*, A. no. 30544/96, 21.1.1999.
45. *Tirado Ortiz and Lozano Martin v. Spain*, A. nos. 43486/98, 15.6.1999.
46. *Selmouni v. France*, A. no. 25803/94, 28.7.1999.
47. *A.M. v. Italy*, A. no. 37019/97, 14.12.1999.
48. *Jasper v. the United Kingdom*, A. no. 27052/95, 16.2.2000.

49. Rowe and Davis v. the United Kingdom, A. no. 28901/95, 16.2.2000.
50. Labita v. Italy, A. no. 26772/95, 6.4.2000.
51. Thlimmenos v. Greece, A. no. 34369/97, 6.4.2000.
52. Condron v. the United Kingdom, A. no. 35718/97, 2.5.2000.
53. Rotaru v. Romania, A. no. 28341/95, 4.5.2000.
54. Khan v. the United Kingdom, A. no. 35394/97, 12.5.2000.
55. Magee v. the United Kingdom, A. no. 28135/95, 6.6.2000.
56. Averill v. the United Kingdom, A. no. 36408/97, 6.6.2000.
57. I.J.L. and Others v. the United Kingdom, Application nos. 29522/95, 30056/96 and 30574/96, 19.9.2000.
58. Heaney and McGuinness v. Ireland, A. no. 34720/97, 21.12.2000.
59. Quinn v. Ireland, A. no. 36887/97, 21.12.2000.
60. Lucà v. Italy, A. no. 33354/96, 27.2.2001.
61. Telfner v. Austria, A. no. 33501/96, 20.3.2001.
62. J.B. v. Switzerland, A. no. 31827/96, 3.5.2001.
63. P.G. and J.H. v. the United Kingdom, A. no. 44787/98, 25.9.2001.
64. Brennan v. the United Kingdom, A. no. 39846/98, 16.10.2001.
65. Solakov v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 47023/99, 31.10.2001.
66. P.S. v. Germany, A. no. 33900/96, 20.12.2001.
67. Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom, A. no. 46477/99, 14.3.2002.
68. Birutis and Others v. Lithuania, A. nos. 47698/99 and 48115/99, 28.3.2002.
69. Société Colas Est and Others v. France, A. no. 37971/97, 16.4.2002.
70. Stafford v. the United Kingdom, A. no. 46295/99, 28.5.2002.
71. Kalashnikov v. Russia, A. no. 47095/99, 15.7.2002.
72. Allen v. the United Kingdom, A. no. 76574/01, 10.9.2002.
73. Cuscani v. the United Kingdom, A. no. 32771/96, 24.9.2002.
74. Perry v. United Kingdom, A. no. 63737/00 (dec.), 26.9.2002.
75. Beckles v. the United Kingdom, A. no. 44652/98, 8.10.2002.
76. Taylor-Sabori v. the United Kingdom, A. no. 47114/99, 22.10.2002.
77. Allan v. the United Kingdom, A. no. 48539/99, 5.11.2002.
78. Roemen and Schmit v. Luxembourg, A. no. 51772/99, 25.2.2003.
79. M.M. v. the Netherlands, A. no. 39339/98, 8.4.2003.
80. Georgios Papageorgiou v. Greece, A. no. 59506/00, 9.5.2003.
81. Chalkley v. the United Kingdom, A. no. 63831/00, 12.6.2003.
82. Hulki Güneş v. Turkey, A. no. 28490/95, 19.6.2003.
83. Perry v. the United Kingdom, A. no. 63737/00, 17.7.2003.
84. Edwards and Lewis v. the United Kingdom, Applications nos. 39647/98 and 40461/98, 22.7.2003.
85. Elci and Others v. Turkey, A. nos. 23145/93 and 25091/94, 13.11.2003.
86. Chadwick v. United Kingdom, A. no. 54109/00, 18.11.2003.
87. Gorzelik and Others v. Poland, A. no. 44158/98, 17.2.2004.
88. Shannon v. the United Kingdom (dec.), A. no. 67537/01, 6.4.2004.
89. Weh v. Austria, A. no. 38544/97, 8.4.2004.
90. Narinen v. Finland, A. no. 45027/98, 1.6.2004.
91. Eurofinacom v. France, A. no. 58753/00, 7.9.2004.
92. Falk v. the Netherlands, A. no. 66273/01, 19.10.2004.
93. Rieg v. Austria, A. no. 63207/00, 24.3.2005.
94. Buck v. Germany, A. no. 41604/98, 28.4.2005.
95. Öcalan v. Turkey, A. no. 46221/99, 12.5.2005.
96. Y. v. Slovenia, A. no. 41107/10, 28.5.2015.
97. Petri Sallinen and others v. Finland, A. no. 50882/99, 27.9.2005.
98. Shannon v. the United Kingdom, A. no. 6563/03, 4.10.2005.
99. Leyla Şahin v. Turkey, A. no. 44774/98, 10.11.2005.
100. Vanyan v. Russia, A. no. 53203/99, 15.12.2005.
101. Schmidt v. Germany, A. no. 32352/02, 5.1.2006.
102. Krasniki v. the Czech Republic, A. no. 51277/99, 28.2.2006.
103. Sejdovic v. Italy, A. no. 56581/00, 1.3.2006.
104. Hutten-Czapska v. Poland, A. no. 35015/97, 19.6.2006.
105. Jalloh v. Germany, A. no. 54810/00, 11.7.2006.
106. McKay v. the United Kingdom, A. no. 543/03, 3.10.2006.
107. Khudobin v. Russia, A. no. 59696/00, 26.10.2006.

108. *Tengerakis v. Cyprus*, A. no. 35698/03, 9.11.2006.
109. *Kaste and Mathisen v. Norway*, A. nos. 18885/04 and 21166/04, 9.11.2006.
110. *Gossa v. Poland*, A. no. 47986/99, 9.1.2007.
111. *Jasar v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 69908/01, 15.2.2007.
112. *Stoimenov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 17995/02, 5.4.2007.
113. *Haci Özen v. Turkey*, A. no. 46286/99, 12.4.2007.
114. *V. v. Finland*, A. no. 40412/98, 24.4.2007.
115. *Kontrová v. Slovakia*, A. no. 7510/04, 31.5.2007.
116. *Šečić v. Croatia*, A. no. 40116/02, 31.5.2007.
117. *Smirnov v. Russia*, A. no. 71362/01, 7.6.2007.
118. *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria*, A. no. 62540/00, 28.6.2007.
119. *Harutyunyan v. Armenia*, A. no. 36549/03, 28.6.2007.
120. *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*, A. nos. 15809/02 and 25624/02, 29.6.2007.
121. *Kovač v. Croatia*, A. no. 503/05, 12.7.2007.
122. *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, A. no. 74336/01, 16.10.2007.
123. *van Vondel v. the Netherlands*, A. no. 38258/03, 25.10.2007.
124. *Tillack v. Belgium*, A. no. 20.477/05, 27.11.2007.
125. *Voskuil v. the Netherlands*, A. no. 64752/01, 22.11.2007.
126. *Lückhof and Spanner v. Austria*, A. nos. 58452/00 and 61920/00, 10.1.2008.
127. *Ramanauskas v. Lithuania*, A. no. 74420/01, 5.2.2008.
128. *Saadi v. Italy*, A. no. 37201/06, 28.2.2008.
129. *Yaremenko v. Ukraine*, A. no. 32092/02, 12.6.2008.
130. *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, A. no. 71127/01, 12.6.2008.
131. *Miliniene v. Lithuania*, A. no. 74355/01, 24.6.2008.
132. *Malininas v. Lithuania*, A. no. 10071/04, 1.7.2008.
133. *Romanov v. Russia*, A. no. 41461/02, 24.7.2008.
134. *Timergaliyev v. Russia*, A. no. 40631/02, 14.10.2008.
135. *Demski v. Poland*, A. no. 22695/03, 4.11.2008.
136. *Salduz v. Turkey*, A. no. 36391/02, 27.11.2008.
137. *S. and Marper v. the United Kingdom*, A. nos. 30562/04 and 30566/04, 4.12.2008.
138. *Panovits v. Cyprus*, A. no. 4268/04, 11.12.2008.
139. *Levința v. Moldova*, A. no. 17332/03, 16.12.2008.
140. *Lutsenko v. Ukraine*, A. no. 30663/04, 18.12.2008.
141. *Mika v. Sweden*, A. no. 31243/06, 27.1.2009.
142. *Olujčić v. Croatia*, A. no. 22330/05, 5.2.2009.
143. *Sergey Zolotukhin v. Russia*, A. no. 14939/03, 10.2.2009.
144. *Shabelnik v. Ukraine*, A. no. 16404/03, 19.2.2009.
145. *Janković v. Croatia*, A. no. 38478/05, 5.3.2009.
146. *Bykov v. Russia*, A. no. 4378/02, 10.3.2009.
147. *Opuz v. Turkey*, A. no. 33401/02, 9.6.2009.
148. *D. v. Finland*, A. no. 30542/04, 7.7.2009.
149. *Gorgievski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, A. no. 18002/02, 16.7.2009.
150. *Gladyshev v. Russia*, A. no. 2807/04, 30.7.2009.
151. *Scoppola v. Italy*, A. no. 10249/03, 17.9.2009.
152. *Pishchalnikov v. Russia*, A. no. 7025/04, 24.9.2009.
153. *Constantin and Stoian v. Romania*, A. nos. 23782/06 and 46629/06, 29.9.2009.
154. *Micallef v. Malta*, A. no. 17056/06, 15.10.2009.
155. *Zaunegger v. Germany*, A. no. 22028/04, 3.12.2009.
156. *Frasik v. Poland*, A. no. 22933/02, 5.1.2010.
157. *Jaremowicz v. Poland*, A. no. 24023/03, 5.1.2010.
158. *Rantsev v. Cyprus and Russia*, A. no. 25965/04, 7.1.2010.
159. *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, A. no. 4158/05, 12.1.2010.
160. *Melnikov v. Russia*, A. no. 23610/03, 14.1.2010.
161. *Vanjak v. Croatia*, A. no. 29889/04, 14.1.2010.
162. *Aleksandr Zaichenko v. Russia*, A. no. 39660/02, 18.2.2010.
163. *Lisica v. Croatia*, A. no. 20100/06, 25.2.2010.
164. *Khametshin v. Russia*, A. no. 18487/03, 4.3.2010.
165. *Krumpholz v. Austria*, A. no. 13201/05, 18.3.2010.

- 166.Laska and Lika v. Albania, A. nos. 12315/04 and 17605/04, 20.4.2010.
- 167.Gäfgen v. Germany, A. no. 22978/05, 1.6.2010.
- 168.Demerdzieva and Others v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 19315/06, 10.6.2010.
- 169.Ashot Harutyunyan v. Armenia, A. no. 34334/04, 15.6.2010.
- 170.Uzun v. Germany, A. no. 35623/05, 2.9.2010.
- 171.Sanoma Uitgevers B.V. v. the Netherlands, A. no. 38224/03, 14.9.2010.
- 172.Bannikova v. Russia, A. no. 18757/06, 4.11.2010.
- 173.Hajduová v. Slovakia, A. no. 2660/03, 30.11.2010.
- 174.M.S.S. v. Belgium and Greece, A. no. 30696/09, 21.1.2011.
- 175.Lalas v. Lithuania, A. no. 13109/04, 1.3.2011.
- 176.Mađer v. Croatia, A. no. 56185/07, 21.6.2011.
- 177.Šebalj v. Croatia, A. no. 4429/09, 28.6.2011.
- 178.Mehmet Şerif Öner v. Turkey, A. no. 50356/08, 13.9.2011.
- 179.Stanimirović v. Serbia, A. no. 26088/06, 18.10.2011.
- 180.Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, A. nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011.
- 181.Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom, A. no. 8139/09, 17.1.2012.
- 182.Van der Heijden v. the Netherlands, A. no. 42857/05, 3.4.2012.
- 183.Aigner v. Austria, A. no. 28328/03, 10.5.2012.
- 184.Robathin v. Austria, A. no. 30457/06, 3.7.2012.
- 185.Vidgen v. the Netherlands, A. no. 29353/06, 10.7.2012.
- 186.Trampevski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 4570/07, 10.7.2012.
- 187.Hümmer v. Germany, A. no. 26171/07, 19.7.2012.
- 188.D.J. v. Croatia, A. no. 42418/10, 24.7.2012.
- 189.El Haski v. Belgium, A. no. 649/08, 25.9.2012.
- 190.Veselov and Others v. Russia, A. nos. 23200/10, 24009/07 and 556/10, 2.10.2012.
- 191.El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 39630/09, 13.12.2012.
- 192.Martin v. Estonia, A. no. 35985/09, 30.5.2013.
- 193.Iljazi v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 56539/08, 3.10.2013.
- 194.Haxhia v. Albania, A. no. 29861/03, 8.10.2013.
- 195.Mulosmani v. Albania, A. no. 29864/03, 8.10.2013.
- 196.Horvatić v. Croatia, A. no. 36044/09, 17.10.2013.
- 197.Botea v. Romania, A. no. 40872/04, 10.12.2013.
- 198.Lučić v. Croatia, A. no. 5699/11, 27.2.2014.
- 199.Beraru v. Romania, A. no. 40107/04, 18.3.2014.
- 200.Layijov v. Azerbaijan, A. no. 22062/07, 10.4.2014.
- 201.Duško Ivanovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 10718/05, 24.4.2014.
- 202.Dončev and Burgov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 30265/09, 12.6.2014.
- 203.Çarkçı v. Turkey (no. 2), A. no. 28451/08, 14.10.2014.
- 204.Furcht v. Germany, A. no. 54648/09, 23.10.2014.
- 205.Dragojević v. Croatia, A. no. 68955/11, 15.1.2015.
- 206.A.T. v. Luxembourg, A. no. 30460/13, 9.4.2015.
- 207.Yaremenko v. Ukraine (No. 2), A. no. 66338/09, 30.4.2015.
- 208.Nițulescu v. Romania, A. no. 16184/06, 22.9.2015.
- 209.Schatschaschwili v. Germany, A. no. 9154/10, 15.10.2015.
- 210.Dvorski v. Croatia, A. no. 25703/11, 20.10.2015.
- 211.Hajrulahu v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 37537/07, 29.10.2015.
- 212.Sakit Zahidov v. Azerbaijan, A. no. 51164/07, 12.11.2015.
- 213.Roman Zakharov v. Russia, A. no. 47143/06, 4.12.2015.
- 214.Asllani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 24058/13, 10.12.2015.
- 215.Prade v. Germany, A. no. 7215/10, 3.3.2016.
- 216.Morari v. the Republic of Moldova, A. no. 65311/09, 8.3.2016.
- 217.Ibrahim and Others v. the United Kingdom, A. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016.
- 218.K.S. and M.S. v. Germany, A. no. 33696/11, 6.10.2016.
- 219.Bašić v. Croatia, A. no. 22251/13, 25.10.2016.
- 220.Bátěk and Others v. the Czech Republic, A. no. 54146/09, 12.1.2017.
- 221.Štulíř v. the Czech Republic, A. no. 36705/12, 12.1.2017.
- 222.Talpis v. Italy, A. no. 41237/14, 2.3.2017.
- 223.Simeonovi v. Bulgaria, A. no. 21980/04, 12.5.2017.

224. Shabelnik v. Ukraine (No. 2), A. no. 15685/11, 1.6.2017.
 225. Asani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, A. no. 27962/10, 1.2.2018.
 226. N.K. v. Germany, A. no. 59549/12, 26.7.2018.
 227. Beuze v. Belgium, A. no. 71409/10, 9.11.2018.
 228. Trajkovski and Chipovski v. North Macedonia, A. nos. 53205/13 and 63320/13, 13.2.2020.
 229. Khachaturov v. Armenia, A. no. 59687/17, 24.6.2021.
 230. Tunikova and Others v. Russia, A. nos. 55974/16, 53118/17, 27484/18, 28011/19, 14.12.2021.
 231. B v. Russia, A. no. 36328/20, 7.2.2023.

Одлуки на Врховниот суд на САД

1. Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886).
2. Counselman v. Hitchcock, 142 U.S. 547 (1892).
3. Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897).
4. Holt v. United States, 218 U.S. 245 (1910).
5. In re Harris, 221 U.S. 165 (1911).
6. Wilson v. United States, 221 U.S. 361 (1911).
7. Dreier v. United States, 221 U.S. 394 (1911).
8. Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914).
9. Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920).
10. Burdeau v. McDowell, 256 U.S. 465 (1921).
11. Hester v. United States, 265 U.S. 57 (1924).
12. Carroll v. United States, 267 U.S. 132 (1925).
13. Agnello v. United States, 269 U.S. 20 (1925).
14. Byars v. United States, 273 U.S. 28 (1927).
15. Gambino v. United States, 275 U.S. 310 (1927).
16. Olmstead et al. v. United States, 277 U.S. 438 (1928).
17. Husty v. United States, 282 U.S. 694 (1931).
18. Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).
19. Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278 (1935).
20. Nardone et al. v. United States, 302 U.S. 379 (1937).
21. Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).
22. Nardone et al. v. United States, 308 U.S. 338 (1939).
23. Chambers v. Florida, 309 U.S. 227 (1940).
24. Goldman v. United States, 316 U.S. 129 (1942).
25. McNabb et al. v. United States, 318 U.S. 332 (1943).
26. United States v. White, 322 U.S. 694 (1944).
27. Shapiro v. United States, 335 U.S. 1 (1948).
28. Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949).
29. Lustig v. United States, 338 U.S. 74 (1949).
30. Blau v. United States, 340 U.S. 159 (1950).
31. Rochin v. California, 342 U.S. 165 (1952).
32. On Lee v. United States, 343 U.S. 747 (1952).
33. Walder v. United States, 347 U.S. 62 (1954).
34. People v. Cahan, 44 Cal.2d 434 (1955), 282 P.2d 905.
35. Curcio v. United States, 354 U.S. 118 (1957).
36. Mallory v. United States, 354 U.S. 449 (1957).
37. Payne v. Arkansas, 356 U.S. 560 (1958).
38. Spano v. New York, 360 U.S. 315 (1959).
39. Henry v. United States, 361 U.S. 98 (1959).
40. Elkins v. United States, 364 U.S. 206 (1960).
41. Silverman v. United States, 365 U.S. 505 (1961).
42. Chapman v. United States, 365 U.S. 610 (1961).
43. Reck v. Pate, 367 U.S. 433 (1961).
44. Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).
45. Wong Sun et al. v. United States, 371 U.S. 471 (1963).
46. Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963).
47. Lopez v. United States, 373 U.S. 427 (1963).
48. Lynum v. Illinois, 372 U.S. 528 (1963).
49. Haynes v. Washington, 373 U.S. 503 (1963).

50. *Stoner v. California*, 376 U.S. 483 (1964).
51. *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964).
52. *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964).
53. *Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbor*, 378 U.S. 79 (1964).
54. *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).
55. *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400 (1965).
56. *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965).
57. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).
58. *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966).
59. *Lewis v. United States*, 385 U.S. 206 (1966).
60. *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966).
61. *Chapman et al. v. California*, 386 U.S. 18 (1967).
62. *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294 (1967).
63. *Camara v. Municipal Court*, 387 U.S. 523 (1967).
64. *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14 (1967).
65. *United States v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967).
66. *Gilbert v. California*, 388 U.S. 263 (1967).
67. *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967).
68. *Katz v. United States*, 389 U.S. 351 (1967).
69. *Mathis v. United States*, 391 U.S. 1 (1968).
70. *Bumper v. North Carolina*, 391 U.S. 543 (1968).
71. *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).
72. *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969).
73. *Chimel v. California*, 395 U.S. 752 (1969).
74. *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971).
75. *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971).
76. *Bivens v. Six Unknown Named Agents Of federal Bureau Of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971).
77. *Kastigar et all. v. United States*, 406 U.S. 441 (1972).
78. *Kirby v. Illinois*, 406 U.S. 682 (1972).
79. *Couch v. United States*, 409 U.S. 322 (1973).
80. *United States v. Dionisio*, 410 U.S. 1 (1973).
81. *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S. 284 (1973).
82. *Schneekloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973).
83. *United States v. Ash*, 413 U.S. 300 (1973).
84. *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973).
85. *United States v. Calandra*, 414 U.S. 354 (1974).
86. *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974).
87. *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974).
88. *Air Pollution Variance Bd. of Colo. v. Western Alfalfa Corp.*, 416 U. S. 861 (1974).
89. *Bellis v. United States*, 417 U.S. 85 (1974).
90. *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974).
91. *Oregon v. Hass*, 420 U.S. 714 (1975).
92. *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975).
93. *Michigan v. Moseley*, 423 U.S. 96 (1975).
94. *Fisher et al. v. United States et al.*, 425 U.S. 391 (1976).
95. *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976).
96. *Andresen v. Maryland*, 427 U.S. 463 (1976).
97. *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976).
98. *Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387 (1977).
99. *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977).
100. *United States v. Montgomery*, 554 F.2d 754 (5th Cir. 1977).
101. *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978).
102. *Michigan v. Tyler*, 436 U.S. 499 (1978).
103. *Mincey v. Arizona*, 437 U.S. 385 (1978).
104. *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978).
105. *New Jersey v. Portash*, 440 U.S. 450 (1979).
106. *Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979).
107. *North Carolina v. Butler*, 441 U.S. 369 (1979).
108. *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200 (1979).

109. *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979).
110. *Michigan v. DeFillippo*, 443 U.S. 31 (1979).
111. *Payton v. New York*, 445 U.S. 573 (1980).
112. *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291 (1980).
113. *United States v. Havens*, 446 U.S. 620 (1980).
114. *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980).
115. *United States v. Payner*, 447 U.S. 727 (1980).
116. *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980).
117. *Rawlings v. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980).
118. *Steagald v. United States*, 451 U.S. 204 (1981).
119. *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477 (1981).
120. *New York v. Belton*, 453 U.S. 454 (1981).
121. *United States v. Ross*, 456 U.S. 798 (1982).
122. *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983).
123. *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983).
124. *Oregon v. Bradshaw*, 462 U.S. 1039 (1983).
125. *Michigan v. Clifford*, 464 U.S. 287 (1984).
126. *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984).
127. *Oliver v. United States*, 466 U.S. 170 (1984).
128. *Welsh v. Wisconsin*, 466 U.S. 740 (1984).
129. *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).
130. *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984).
131. *Hudson v. Palmer*, 468 U.S. 517 (1984).
132. *United States v. Karo*, 468 U.S. 705 (1984).
133. *Segura et al. v. United States*, 468 U.S. 796 (1984).
134. *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).
135. *Massachusetts v. Sheppard*, 468 U.S. 981 (1984).
136. *United States v. Nigro*, 727 F.2d 100 (6th Cir. 1984).
137. *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985).
138. *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985).
139. *California v. Carney*, 471 U.S. 386 (1985).
140. *Maine v. Moulton*, 474 U.S. 159 (1985).
141. *Michigan v. Jackson*, 475 U.S. 625 (1986).
142. *California v. Ciraolo*, 476 U.S. 213 (1986).
143. *Dow Chemical Co. v. United States*, 476 U.S. 227 (1986).
144. *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986).
145. *Colorado v. Connelly*, 479 U.S. 157 (1986).
146. *Illinois v. Krull*, 480 U.S. 340 (1987).
147. *O'Connor v. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987).
148. *New York v. Burger*, 482 U.S. 691 (1987).
149. *Griffin v. Wisconsin*, 483 U.S. 868 (1987).
150. *California v. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988).
151. *Arizona v. Roberson*, 486 U.S. 675 (1988).
152. *Doe v. United States*, 487 U.S. 201 (1988).
153. *Patterson v. Illinois*, 487 U.S. 285 (1988).
154. *Murray v. United States*, 487 U.S. 533 (1988).
155. *United States v. Hill*, 855 F.2d 664 (10th Cir. 1988).
156. *Florida v. Riley*, 488 U.S. 445 (1989).
157. *Skinner v. Railway Labor Executives Association*, 489 U.S. 602 (1989).
158. *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 489 U.S. 656 (1989).
159. *James v. Illinois*, 493 U.S. 307 (1990).
160. *Michigan v. Harvey*, 494 U.S. 344 (1990).
161. *New York v. Harris*, 495 U.S. 14 (1990).
162. *Minnesota v. Olson*, 495 U.S. 91 (1990).
163. *Horton v. California*, 496 U.S. 128 (1990).
164. *Illinois v. Perkins*, 496 US 292 (1990).
165. *Michigan Dept. of State Police v. Sitz*, 496 U.S. 444 (1990).
166. *Pennsylvania v. Muniz*, 496 US 582 (1990).
167. *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990).

168. *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146 (1990).
169. *California v. Acevedo*, 500 U.S. 565 (1991).
170. *White v. Illinois*, 502 U.S. 346 (1992).
171. *Davis v. United States*, 512 U.S. 452 (1994).
172. *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1 (1995).
173. *Vernonia School District 47J v. Acton*, 515 U.S. 646 (1995).
174. *Whren v. United States*, 517 U.S. 806 (1996).
175. *Pennsylvania v. Labron*, 518 U.S. 938 (1996).
176. *Minnesota v. Carter*, 525 U.S. 83 (1998).
177. *Knowles v. Iowa*, 525 U.S. 113 (1998).
178. *Mitchell v. United States*, 526 U.S. 314 (1999).
179. *Lilly v. Virginia*, 527 U.S. 116 (1999).
180. *United States v. Hubbell*, 530 U.S. 27 (2000).
181. *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000).
182. *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).
183. *United States v. Knights*, 534 U.S. 112 (2001).
184. *Kirk v. Louisiana*, 536 U.S. 635 (2002).
185. *Fellers v. United States*, 540 U.S. 519 (2004).
186. *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).
187. *Hiibel v. Sixth Judicial District Court of Nevada*, 542 U.S. 177 (2004).
188. *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600 (2004).
189. *United States v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004).
190. *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005).
191. *Georgia v. Randolph*, 547 U.S. 103 (2006).
192. *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).
193. *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813 (2006).
194. *Samson v. California*, 547 U.S. 843 (2006).
195. *Virginia v. Moore*, 553 U.S. 164 (2008).
196. *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009).
197. *Arizona v. Gant*, 556 U.S. 332 (2009).
198. *Kansas v. Ventris*, 556 U.S. 586 (2009).
199. *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778 (2009).
200. *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305 (2009).
201. *Maryland v. Shatzer*, 559 U.S. 98 (2010).
202. *Berghuis v. Thompkins*, 560 U.S. 370 (2010).
203. *Ontario v. Quon*, 560 U.S. 746 (2010).
204. *Davis v. United States*, 564 U.S. 229 (2011).
205. *Michigan v. Bryant*, 562 U.S. 344 (2011).
206. *Bullcoming v. New Mexico*, 564 U.S. 647 (2011).
207. *Perry v. New Hampshire*, 565 U.S. 228 (2012).
208. *United States v. Jones*, 565 U.S. 400 (2012).
209. *Williams v. Illinois*, 567 U.S. 50 (2012).
210. *Florida v. Jardines*, 569 U.S. 1 (2013).
211. *Missouri v. McNeely*, 569 U.S. 141 (2013).
212. *Fernandez v. California*, 571 U.S. 292 (2014).
213. *Riley v. California*, 573 U.S. 373 (2014).
214. *Ohio v. Clark*, 576 U.S. 237 (2015).
215. *Grady v. North Carolina* - 575 U.S. 306 (2015).
216. *Rodriguez v. United States*, 575 U.S. 348 (2015).
217. *Byrd v. United States*, 584 U.S. ____ (2018).
218. *Carpenter v. United States*, 585 U.S. _____ (2018).

Одлуки на македонски судови

1. Решение У.бр.168/12 од 25.9.2013 г. на УСРМ.
2. Одлука У.бр.247/20 од 25.5.2021 г. на УСРСМ.
3. Решение У.бр.22/20 и У.бр.231/20 од 10.5.2023 г. на УСРСМ.
4. Пресуда на ВСРМ Квп1.бр.279/2014 г. од 15.9.2016 г.
5. Пресуда на ВСРМ Квп1.бр.70/2015 г. од 11.1.2018 г.
6. Пресуда на ВСРМ Квп1.бр.92/2015 г. од 18.10.2016 г.

7. Пресуда на ВСРМ Квп1.бр.184/2015 г. од 1.12.2016 г.
8. Пресуда на ВСРМ Квп1.бр.120/2016 г. од 15.2.2017 г.
9. Пресуда на ВСРМ Квп1.бр.148/2016 г. од 28.2.2018 г.
10. Пресуда на ВСРМ Квп1.бр.28/2017 г. од 7.2.2019 г.
11. Пресуда на ВСРМ Квп1.бр.11/2018 г. од 20.3.2019 г.
12. Пресуда на ВСРМ Квп1.бр.29/2018 г. од 31.10.2018 г.
13. Пресуда на ВСРМ Квп1.бр.34/2018 г. од 27.12.2018 г.
14. Пресуда на ВСРМ Квп1.бр.44/2018 г. од 7.2.2019 г.
15. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.34/2016 г. од 10.10.2017 г.
16. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.65/2016 г. од 19.6.2019 г.
17. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.2/2017 г. од 5.12.2018 г.
18. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.10/2017 г. од 27.3.2019 г.
19. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.4/2018 г. од 3.4.2019 г.
20. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.10/2018 г. од 3.7.2018 г.
21. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.39/2018 г. од 8.7.2020 г.
22. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.72/2018 г. од 23.1.2019 г.
23. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.104/2018 г. од 17.4.2019 г.
24. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.30/2019 г. од 11.12.2019 г.
25. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.102/2019 г. од 9.9.2020 г.
26. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.114/2019 г. од 23.9.2020 г.
27. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.141/2019 г. од 4.12.2019 г.
28. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.151/2019 г. од 5.2.2020 г.
29. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.93/2019 г. од 11.11.2020 г.
30. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.7/2020 г. од 2.6.2021 г.
31. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.52/2020 г. од 24.2.2021 г.
32. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.89/2020 г. од 30.9.2020 г.
33. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.124/2020 г. од 3.2.2021 г.
34. Пресуда на ВСРМ Квп2.бр.1/2021 г. од 14.4.2021 г.
35. Пресуда на ВСРМ Квп Кок2.бр.20/2013 од 28.9.2016 г.
36. Пресуда на ВСРМ Квп Кок2.бр.5/2015 од 14.7.2016 г.
37. Пресуда на ВСРМ Квп Кок2.бр.11/2015 од 1.12.2016 г.
38. Пресуда на ВСРМ Квп Кок2.бр.13/2016 од 27.2.2019 г.
39. Пресуда на ВСРМ Квп.Кок2.бр.1/2019 од 25.12.2019 г.
40. Пресуда на ВСРМ Квп.КОК2.бр.6/2019 од 17.9.2020 г.
41. Пресуда на ВСРМ Квп.Кок2.бр.7/2019 од 17.9.2020 г.
42. Пресуда на ВСРМ Вкж2.бр.1/2018 г. од 20.11.2019 г.
43. Пресуда на ВСРМ Вкж2.бр.34/2019 г. од 25.12.2019 г.
44. Решение на ВСРМ Вкж2.бр.39/2019 г. од 2.7.2020 г.
45. Пресуда на ВСРМ Вкж2.бр.47/2019 г. од 11.12.2019 г.
46. Пресуда на ВСРМ Вкж2.бр.11/2020 г. од 7.5.2020 г.
47. Решение на ВСРМ Вкж2.бр.18/2020 г. од 16.9.2020 г.
48. Пресуда на ВСРМ Вкж2.бр.45/2020 г. од 20.1.2021 г.
49. Пресуда на ВСРМ Кзз.бр.1/23 од 22.2.2023 г.
50. Решение на Апелационен суд Битола КЖ.бр.312/16 од 16.11.2016 г.
51. Решение на Апелационен суд Битола КЖ.бр.370/17 од 15.6.2017 г.
52. Решение на Апелационен суд Битола КЖ.бр.508/17 од 26.12.2017 г.
53. Пресуда на Апелационен суд Битола КЖ.бр.664/17 од 14.6.2018 г.
54. Решение на Апелационен суд Битола КЖ.бр.94/18 од 12.7.2018 г.
55. Пресуда на Апелационен суд Битола КЖ.бр.184/18 г. од 1.11.2018 г.
56. Решение на Апелационен суд Битола КСЖ.бр.8/19 од 22.1.2019 г.
57. Пресуда на Апелационен суд Битола КЖ.бр.48/19 од 16.5.2019 г.
58. Пресуда на Апелационен суд Битола КЖ.бр.107/19 од 10.7.2019 г.
59. Решение на Апелационен суд Битола КЖ.бр.273/19 од 16.10.2019 г.
60. Пресуда на Апелационен суд Битола КЖ.бр.299/19 од 11.7.2019 г.
61. Решение на Апелационен суд Битола КЖ.бр.323/19 од 22.10.2019 г.
62. Пресуда на Апелационен суд Битола КЖ.бр.47/20 од 14.7.2020 г.
63. Решение на Апелационен суд Гостивар КЖ.бр.176/17 од 19.10.2017 г.
64. Пресуда на Апелационен суд Гостивар КЖ.бр.370/17 од 7.6.2018 г.
65. Пресуда на Апелационен суд Гостивар КЖ.бр.247/18 од 16.10.2018 г.

66. Решение на Апелационен суд Гостивар КЖ.бр.301/19 од 28.11.2019 г.
67. Пресуда на Апелационен суд Гостивар КЖ.бр.357/19 од 14.5.2020 г.
68. Пресуда на Апелационен суд Гостивар КЖ.бр.31/20 од 3.9.2020 г.
69. Пресуда на Апелационен суд Скопје КЖ.бр.447/15 од 14.7.2015.
70. Пресуда на Апелационен суд Скопје КЖ.бр.1107/15 од 10.9.2015 г.
71. Пресуда на Апелационен суд Скопје КЖ.бр.531/16 од 12.5.2016 г.
72. Решение на Апелационен суд Скопје КОКЖ.бр.55/17 од 25.12.2017 г.
73. Решение на Апелационен суд Скопје КЖ.бр.167/17 од 21.2.2017 г.
74. Решение на Апелационен суд Скопје КСЖ.бр.465/17 од 18.9.2017 г.
75. Решение на Апелационен суд Скопје КЖ.бр.499/17 од 5.6.2017 г.
76. Решение на Апелационен суд Скопје КСЖ.бр.534/17 од 1.11.2017 г.
77. Решение на Апелационен суд Скопје КСЖ.бр.540/17 од 3.11.2017 г.
78. Решение на Апелационен суд Скопје КСЖ.бр.544/17 од 3.11.2017 г.
79. Решение на Апелационен суд Скопје КСЖ.бр.548/17 од 7.11.2017 г.
80. Решение на Апелационен суд Скопје КСЖ.бр.590/17 од 28.11.2017 г.
81. Решение на Апелационен суд Скопје КЖ.бр.659/17 од 14.9.2017 г.
82. Решение на Апелационен суд Скопје КЖ.бр.729/17 од 4.8.2017 г.
83. Решение на Апелационен суд Скопје КЖ.бр.745/17 од 14.9.2017 г.
84. Пресуда на Апелационен суд Скопје КЖ.бр.1128/17 од 22.3.2018 г.
85. Решение на Апелационен суд Скопје КЖ.бр.1137/17 од 9.1.2018 г.
86. Пресуда на Апелационен суд Скопје КОКЖ.бр.23/18 од 4.10.2018 г.
87. Решение на Апелационен суд Скопје КЖ.бр.353/18 од 7.6.2018 г.
88. Решение на Апелационен суд Скопје ПРКЖ.бр.1743/18 од 9.11.2018 г.
89. Пресуда на Апелационен суд Скопје КЖ.бр.36/19 од 27.3.2019 г.
90. Решение на Апелационен суд Скопје КЖ.бр.120/19 од 10.4.2019 г.
91. Пресуда на Апелационен суд Скопје КЖ.бр.738/21 г. од 7.12.2021 г.
92. Решение на Апелационен суд Скопје КЖ.бр.844/22 г. од 17.10.2022 г.
93. Решение на Апелационен суд Скопје КЖ.бр.848/22 г. од 17.10.2022 г.
94. Пресуда на Апелационен суд Скопје КЖ.бр.961/22 г. од 28.2.2023 г.
95. Решение на Апелационен суд Скопје КЖ.бр.966/22 г. од 13.2.2023 г.
96. Решение на Апелационен суд Штип КЖ.бр.173/15 од 13.5.2015 г.
97. Решение на Апелационен суд Штип КЖ.бр.229/15 од 19.2.2015 г.
98. Пресуда на Апелационен суд Штип КЖ.бр.246/15 од 22.6.2015 г.
99. Решение на Апелационен суд Штип КЖ.бр.291/15 од 29.6.2015 г.
- 100.Решение на Апелационен суд Штип КЖ.бр.15/17 од 23.1.2017 г.
- 101.Пресуда на Апелационен суд Штип КЖ.бр.254/17 од 4.10.2017 г.
- 102.Пресуда на Апелационен суд Штип КЖ.бр.322/17 од 17.11.2017 г.
- 103.Пресуда на Апелационен суд Штип КЖ.бр.122/18 од 30.8.2018 г.
- 104.Пресуда на Апелационен суд Штип КЖ.бр.164/18 од 21.5.2018 г.
- 105.Решение на Апелационен суд Штип ПРКЖ.бр.200/18 од 3.7.2018 г.
- 106.Решение на Апелационен суд Штип КЖ.бр.158/19 од 14.5.2019 г.
- 107.Пресуда на Апелационен суд Штип КЖ.бр.328/19 од 4.12.2019 г.
- 108.Решение на Апелационен суд Штип КЖ.бр.373/19 од 14.1.2020 г.
- 109.Пресуда на Основен суд Битола К.бр.323/15 од 4.9.2015 г.
- 110.Пресуда на Основен суд Битола К.бр.917/15 од 25.4.2016 г.
- 111.Решение на Основен суд Битола К.бр.480/17 од 18.1.2018 г.
- 112.Пресуда на Основен суд Битола К.бр.122/17 од 3.8.2017 г.
- 113.Пресуда на Основен суд Битола К.бр.277/18 од 3.10.2018 г.
- 114.Пресуда на Основен суд Битола К.бр.2/19 од 23.4.2019 г.
- 115.Пресуда на Основен суд Велес К.бр.83/16 од 9.5.2016 г.
- 116.Пресуда на Основен суд Велес К.бр.182/16 од 27.1.2017 г.
- 117.Пресуда на Основен суд Велес К.бр.328/16 од 12.1.2017 г.
- 118.Пресуда на Основен суд Велес К.бр.394/17 од 18.05.2018 г.
- 119.Пресуда на Основен суд Велес К.бр.494/17 од 20.6.2019 г.
- 120.Пресуда на Основен суд Велес К.бр.124/18 од 28.01.2019 г.
- 121.Пресуда на Основен суд Велес К.бр.296/18 од 27.02.2019 г.
- 122.Пресуда на Основен суд Велес К.бр.11/19 од 11.02.2019 г.
- 123.Пресуда на Основен суд Велес К.бр.87/19 од 6.5.2019 г.
- 124.Пресуда на Основен суд Велес К.бр.109/19 од 24.06.2019 г.

125. Пресуда на Основен суд Велес К.бр.113/19 од 7.10.2019 г.
126. Пресуда на Основен суд Велес К.бр.233/19 од 27.12.2019 г.
127. Пресуда на Основен суд Гевгелија К.бр.60/19 од 8.5.2019 г.
128. Пресуда на Основен суд Гостивар К.бр.234/18 од 22.4.2019 г.
129. Пресуда на Основен суд Кочани К.бр.45/17 од 14.3.2018 г.
130. Пресуда на Основен суд Кочани К.бр.93/17 од 21.11.2017 г.
131. Пресуда на Основен суд Кочани К.бр.101/17 од 16.11.2017 г.
132. Пресуда на Основен суд Кочани К.бр.148/17 од 24.11.2017 г.
133. Пресуда на Основен суд Кочани К.бр.202/17 од 9.11.2017 г.
134. Пресуда на Основен суд Кочани К.бр.22/20 од 27.2.2020 г.
135. Пресуда на Основен суд Кратово К.бр.30/18 од 9.4.2019 г.
136. Решение на Основен суд Крива Паланка К.бр.10/18 од 15.2.2018 г.
137. Пресуда на Основен суд Куманово К.бр.430/15 од 28.12.2015 г.
138. Пресуда на Основен суд Куманово XII К.бр.131/16 од 9.9.2016 г.
139. Пресуда на Основен суд Куманово К.бр.607/16 од 7.5.2018 г.
140. Пресуда на Основен суд Куманово К.бр.390/17 од 29.9.2017 г.
141. Пресуда на Основен суд Куманово К.бр.25/19 од 6.3.2019 г.
142. Пресуда на Основен суд Куманово К.бр.518/19 од 25.12.2019 г.
143. Решение на Основен суд Охрид К.бр.13/16 од 28.3.2016 г.
144. Решение на Основен суд Охрид К.бр.361/20 од 28.1.2021 г.
145. Пресуда на Основен суд Прилеп К.бр.346/14 од 10.3.2015 г.
146. Пресуда на Основен суд Прилеп К.бр.260/15 од 10.7.2018 г.
147. Пресуда на Основен суд Прилеп К.бр.342/15 од 18.2.2019 г.
148. Пресуда на Основен суд Прилеп К.бр.498/15 од 31.8.2017 г.
149. Пресуда на Основен суд Прилеп К.бр.506/19 од 13.12.2019 г.
150. Пресуда на Основен суд Радовиш К.бр.33/15 од 9.7.2015 г.
151. Пресуда на Основен суд Скопје I Скопје К.бр.168/16 од 31.5.2017 г.
152. Пресуда на Основен суд Скопје I Скопје КОК.бр.59/17 од 23.5.2018 г.
153. Пресуда на Основен суд Скопје I Скопје К.бр.365/17 од 28.3.2018 г.
154. Пресуда на Основен суд Скопје I Скопје КОК.бр.21/18 од 8.10.2018 г.
155. Пресуда на Основен кривичен суд Скопје К.бр.238/18 од 4.7.2019 г.
156. Решение I КОК.ПП.бр.449/19-6 од 19.2.2020 г. на Основен кривичен суд Скопје.
157. Решение на Основен кривичен суд Скопје К.бр.3068/20 од 9.3.2021 г.
158. Пресуда на Основен суд Струга К.бр.248/16 од 2.4.2018 г.
159. Пресуда на Основен суд Струга К.бр.7/17 од 4.2.2019 г.
160. Пресуда на Основен суд Струмица К.бр.553/16 од 2.11.2017 г.
161. Пресуда на Основен суд Струмица К.бр.25/18 од 1.3.2018 г.

Одлуки на други судови

1. Odluku U-I-448/2009, U-I-602/2009, U-I-1710/2009, U-I-18153/2009, U-I-5813/2010, U-I-2871/2011, Ustavni sud Republike Hrvatske, 19.7.2012 g. [УСРХ У-I-448/2009 од 19.7.2012]
2. Odluku U-III-5684/2013, Ustavni sud Republike Hrvatske, 11.5.2017 [УСРХ У-III-5684/2013 од 11.5.2017]

БИОГРАФИЈА

М-р Леонид Петар Трпеноски е роден на 6.1.1980 г. во Охрид, каде завршил основно и средно образование.

Дипломирал на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје на 11.6.2003 г. на отсекот Правни студии со средна оценка на положени испити 9,54 и се стекнал со стручен назив дипломиран правник. Во текот на студиите на два пати и тоа во 2000 и 2001 г. како дел од групата на најуспешни студенти бил вклучен во студиски посети на Државниот московски универзитет М. В. Ломоносов во Москва. За најдобар постигнат успех на правните студии на промоцијата на дипломирани студенти на 15.4.2004 г. награден е со златна статуетка „Јустинијан“.

Почнувајќи од 2009 г. следел предавања на магистерските студии по Казнено право и криминологија на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје. Ги положил предвидените испити на постдипломските студии со средна оценка 9,75. На 10.6.2014 г. пред комисијата составена од академик проф. д-р Владо Камбовски, проф. д-р Гордан Калајџиев и проф. д-р Гордана Лажетик Бужаровска (ментор) јавно го одбрал магистерскиот труд на тема „Еднаквоста на странките во кривичната постапка“ и стекнал право на научен степен магистер на правни науки од областа казнено право.

Во академската 2018/2019 година запишал докторски студии на Правниот факултет „Јустинијан Први“ при Државниот универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

Објавил неколку научни и стручни статии во Македонската ревија за казнено право и криминологија чиј издавач е Здружението за кривично право и криминологија на Македонија и тоа: а) Дали има баланс во истрагата, при промената на правната квалификација и кај анонимните сведоци, МРКПК год. 22, бр. 1, (2015), Скопје, стр. 63-102, б) Дали Специјалното обвинителство може да ја добие битката против судската одлука за издвојување на доказите како незаконски прибавени, МРКПК год. 23, бр. 2, (2016), стр. 1-27. Трудот повторно е објавен во МРКПК год. 24, бр. 2, (2017), Скопје, стр. 199-226, в) Промените во делот на одмерувањето на казните - чекор во погрешен правец, МРКПК год. 24, бр. 1, (2017), Скопје, стр. 107-125, г) Некои внатрешни конфликти во новиот ЗКП околу доказите, МРКПК год. 25, бр. 1, (2018), стр. 1-22, д) Што имаат заедничко тортурата, спогодувањето и прифатливоста на незаконитите докази, МРКПК год. 28, бр. 1-2, (2021), Скопје, стр. 1-24 и ё) Привилегираните сведоци и нивното непречено право на премислување, МРКПК год. 30, бр. 1-2, (2023), Скопје, стр. 1-15.

Во периодот помеѓу 2009 и 2023 г. учествувал на повеќе научни и стручни расправи, научни конференции, советувања, обуки и работилници од областа на казненото право и постапка, заштитата на човековите слободи и права, заштита на правата од интелектуална сопственост, како и на семинари посветени на антидискриминацијата, на борбата против трговијата со луѓе, на заштита на податоците и приватноста, на стандардите на Европскиот комитет за спречување на тортура и нечовечно или понижувачко постапување или казнување, за правда за децата, за спречување насилство врз жени и родово насилство и сл.

Адвокатска пракса обавува од октомври 2003 г. На 19.1.2004 г. положил стручен испит за застапници за заштита на правата од индустриска сопственост. Правосудниот испит го положил на 25.10.2005 г. На 26.12.2005 г. станал член на Адвокатската комора на Република Македонија, а од 1.1.2006 г. работи како адвокат во Адвокатско друштво ТРПЕНОСКИ Скопје.

Активно ги владее англискиот, српскиот и хрватскиот јазик.

BIOGRAPHY

MSc Leonid Petar Trpenoski was born on January 6, 1980 in Ohrid, where he completed primary and secondary education.

He graduated at the “Iustinianus Primus” Faculty of Law in Skopje on June 11, 2003 majoring in legal studies with an average grade of 9.54 and obtained the professional title of graduated jurist. During the studies, twice in 2000 and 2001, he was involved in study visits to the Moscow State University M. C. Lomonosov in Moscow as part of the group of the most successful students. For the best achieved success in legal studies at the promotion of graduate students on April 15, 2004 he was awarded with a golden statuette “Justinian”.

Starting from 2009, he attended lectures at the master's degree in criminal law and criminology at the “Iustinianus Primus” Faculty of Law in Skopje. He passed the prescribed exams of postgraduate studies with an average grade of 9.75. On June 10, 2014 before the commission composed of the academician prof. Dr. Vlado Kambovski, prof. Dr. Gordan Kalajdziev and Prof. Dr. Gordana Lažetić Bužarovska (mentor) publicly defended his master's thesis on the topic “Equality of the parties in criminal proceedings” and obtained the right to a master's degree in legal sciences in the field of criminal law.

In the academic year 2018/2019, he enrolled in doctoral studies at the “Iustinianus Primus” Faculty of Law at the State University “St. Cyril and Methodius” in Skopje.

He has published several scientific and professional articles in the Macedonian Journal of Criminal Law and Criminology, published by the Association of Criminal Law and Criminology of Macedonia, namely: a) Is there a balance through investigation, in the change of legal qualification and with anonymous witnesses, MJCLC year 22, no. 1, (2015), Skopje, p. 63-102, b) Does Special prosecutor can win the battle against court decision on exclusion of evidence as illegally, MJCLC year 23, no. 2, (2016), p. 1-27. The paper was published again in MJCLC year 24, no. 2, (2017), Skopje, p. 199-226, c) Legislative amendments about the penalties - step in the wrong direction, MJCLC year 24, no. 1, (2017), Skopje, p. 107-125, d) Some inner conflicts in new CPC concerning the evidences, MJCLC year 25, no. 1, (2018), p. 1-22, e) What the torture, the plea bargaining and the admissibility of illegal evidence have in common, MJCLC year 28, no. 1-2, (2021), Skopje, p. 1-24 and f) Privileged witnesses and their uninterrupted right to reconsider, MJCLC year 30, no. 1-2, (2023), Skopje, p. 1-15.

In the period between 2009 and 2023 he participated in several scientific and professional debates, scientific conferences, discussions, trainings and workshops in the field of criminal law and procedure, the protection of human rights and freedoms, protection of intellectual property rights, as well as seminars dedicated to anti-discrimination, the fight against human trafficking, on data protection and privacy, on the standards of the European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment, on justice for children, on the prevention of violence against women and gender-based violence, etc.

He carried out his law practice starting October 2003. On January 19, 2004 he passed the professional exam for representatives for the protection of industrial property rights. He passed the bar exam on October 25, 2005. On December 26, 2005 he became a member of the Bar Association of the Republic of Macedonia, and from January 1, 2006 he works as a lawyer at TRPENOSKI Law Firm Skopje.

He is fluent in English, Serbian and Croatian.