

јул 2015. | број 28

28 тужилачка реч

Гласило Удружења
тужилаца Србије



ТЕМА БРОЈА

Посебне доказне радње и контрола њихове употребе

Примена посебних доказних
радњи и механизми њихове
контроле
страна 14

Тајни аудио и видео надзор као
посебна доказна радња у законик
о кривичном поступку Србије
страна 24

Посебна доказна радња тајни надзор
комуникација и границе права на
приватност
страна 38

Реформа кривичног процесног
законодавства Србије
страна 68

Тужилачка реч

Гласило Удружења
тужилаца Србије



Издавач:

Удружење тужилаца и заменика
јавних тужилаца Србије,
Ресавска 16а, Београд

Главни уредник:

Миодраг Плазинић

Заменик главног и одговорног уредника:

Мр Марина Матић Бошковић

Редакција:

др Горан Илић, председник УТС и заменик
Републичког тужиоца, мр Марина Матић Бошковић,
потпредседник Програмског савета УТС и Радован
Лазичић, председник УО УТС и заменик Апелационог
јавног тужиоца у Новом Саду.

Визуелни концепт и дизајн:

comma | communications design

Техничка припрема:

Драгана Ђурић

Штампа:

Corporate Image, Београд

Тираж:

600

Адреса редакције:

Ресавска 16а, Београд

телефон/факс

011 / 3031 909

e-mail:

udruzenjetuzilacasrbije@gmail.com

ISSN 1452-8843 = ТУЖИЛАЧКА РЕЧ

COBISS.SR-ID 140096012

Објављивање овог рада подржала је Амбасада
Краљевине Норвешке кроз пројекат „Ко нас слуша:
Ка ефективном спољном надзору употребе специјалних
истражних мера“. Ставови изнети у овој публикацији
представљају ставове аутора и не одражавају нужно
ставове Краљевине Норвешке.

Уводна реч

4

Активности Удружења тужилаца Србије

Текст припремила
Мирјана Живановић

6

Примена посебних доказних радњи и механизми њихове контроле

Миодраг Плазинић
Милован Стојковић

14

Тајни аудио и видео надзор као посебна доказна радња у законик у кривичном поступку Србије

Др Милан Шкулић

24

Посебна доказна радња тајни надзор комуникација и границе права на приватност

Милица Колаковић
Бојовић

38

Прикривени иследник Према законик у кривичном поступку у пракси европског суда за људска права Љуба Слијепчевић

57

Реформа кривичног процесног законодавства Србије (адекватност казнене политике)

проф. др Станко
Бејатовић

68

Недостаци посебних доказних радњи тајни надзор комуникација и тајно праћење и снимање у новом ЗКП-у Др Жарко Синђелић

84

Осврт на кривично дело пореска утаја Миљкан Карличић

95

УВОДНА РЕЧ

Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије и даље има активну улогу у настојању да се успостави независно, одговорно, ефикасно и транспарентно правосуђе. То је и у складу са циљевима постављеним основним актом УТС – Статутом – и наставак идеје водиле која се као нит протеже од оснивања до данас. Наш добар, истрајан и доследан рад препознат је од носилаца јавнотужилачких функција, чланова удружења, а у прилог томе говори и повећана бројност чланства, па сада у чланству имамо приближно

2/3 чланова од укупног броја носилаца јавнотужилачких функција у Републици Србији.

Запажена је улога представника Удружења у изради Стратегије реформе правосуђа, где смо у области јавног заговарања и указивању на одредбе Устава које треба изменити, уградили своје ставове у текст саме стратегије.

Мислим да није потребно посебно наглашавати да су у више наврата, пре ступања на снагу, а и по ступању на снагу ЗКП-а, представници УТС указивали на еминентним, репрезентативним скуповима на проблеме и изазове са којима се правосуђе у целини, а нарочито

јавно тужилаштво суочава у примени новог ЗКП-а.

Активни смо учесници у радним групама, чији је оснивач Министарство правде РС, за израду закона и других аката, где достојно репрезентујемо струку са запаженом улогом наших представника. О сарадњи са владиним и невладиним сектором говоре наши бројни уважени гости и представници свих тих институција и НВО на нашим скуповима. Од свих њих смо третирани и уважавани као равноправан партнер.

Као и до сада, и ову годину смо започели бројним активностима, а свакако једна од најзначај-



них активности је одржавање редовне Изборне скупштине, одржане 14.03.2015. године у присуству већег броја чланова и уважених гостију. Поред избора органа Удружења, донете су и значајне одлуке, а посебну пажњу заслужује Декларација о владавини права, која је по усвајању упућена ДВТ-у на увид.

Потом је упућен допис у вези плата Државном већу тужилаца, покренута је иницијатива у вези критеријума за оцену стручности и оспособљености кандидата за вршење јавнотужилачких функција, а покренуто је и питање уставног положаја носилаца јавнотужилачких функција.

Часопис „Тужилачка реч” је свакако један од начина „деловања” Удружења тужилаца Србије. У претходних 27 бројева покренули смо бројне стручне теме, издали смо и неколико тематских бројева, као што је и ово издање, и кроз тематску обраду настојимо да проблем сагледамо из више различитих углова и укажемо на начине и модалитете решавања.

Тема коју овом приликом обрађујемо јесте „Употреба специјалних истражних мера (посебне доказне радње) и контрола њихове употребе”. Овај број часописа се реализује кроз пројекат „Ко нас слуша: ка ефективном спољ-

ном надзору употребе специјалних истражних мера”, финансиран од стране Амбасаде Краљевине Норвешке у Србији, а који спроводи Центар за безбедносну политику, са Удружењем тужилаца Србије као партнером.

Жеља нам је да кроз ову и друге значајне теме иницирамо наше сараднике да узму активно учешће у нашем тужилачком гласилу – часопису „Тужилачка реч”.

УРЕДНИШТВО

АКТИВНОСТИ УДРУЖЕЊА ТУЖИЛАЦА

Текст припремила
**МИРЈАНА
ЖИВАНОВИЋ**

Између два броја часописа „Тужилачка реч”, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, поред редовних активности, завршава активности претходно започетих пројеката и креће са реализацијом нових пројектних активности.

Делујући у складу са циљевима који су постављени основним актом Удружења – Статутом – Удружење има активну улогу у настојању да се успостави независно, одговорно, ефикасно и транспарентно правосуђе. Активним учешћем у радним групама за израду закона и других аката при Министарству правде, сарадњом са цивилним сектором и државним органима, активностима које спроводимо у оквиру пројеката, медијским објавама и осталим активностима, настојимо да укажемо на

све потешкоће и неправилности у раду са којима се тужиоци свакодневно сусрећу.

Изборна Скупштина УТС-а

14. марта 2015. године одржана је Осма скупштина Удружења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије. Осмој скупштини, која је ове године била изборна, присуствовало је око 150 чланова, што је чинило



потребан кворум за рад и одлучивање. Том приликом представљени су и усвојени Финансијски и Наративни извештаји о раду Удружења. Представљен је и усвојен План рада за наредни пери-

од. Усвојен и предлог новог Статута УТС-а са одређеним изменама. Измене Статута су се, између осталог, односиле на измену адресе седишта Удружења тужилаца Србије, прописивање редовних органа Удружења, начин одлучивања Скупштине и најмањи проценат чланова чије присуство је потребно за одлучивање, овлашћења председника Удружења, овлашћења Управног одбора, избор председника и чланове Програмског савета, овлашћења секретара Удружења тужилаца Србије. На Осмој Скупштини усвојен је и предлог да се чланарина Удружењу са досадашњих 300 повећа на 500 динара.

Том приликом представљена је и усвојена Де-



кларација о владавини права и уставном положају јавног тужилаштва, којом Удружење тужилаца Србије позива носиоце извршне и законодавне



власти да сарађују са правосудним органима, да се уздрже од изјава којима се може недозвољено утицати на поступке који су у току, те да омогуће несметано вођење поступака који се воде пред јавним тужилаштвима и судовима. Овом Декларацијом, УТС посебно позива надлежне државне органе да поштују Уставом прокламована начела сталности и непремисливости носилаца јавно тужилачке функције и да се уздрже од било каквих поступака којима се ова начела крше, а посебно је указано на чињеницу да су јавни тужиоци и заменици јавних тужилаца у јавним тужилаштвима на Косову и Метохији део јединствене јавнотужилачке организације Републике Србије и да би, било какво њихово измештање из јавног тужилаштва Републике Србије противно њиховој вољи, пред-

стављало кршење Устава Републике Србије. Наведеном Декларацијом, Удружење тужилаца Србије подсећа државне органе да су дужни да поступају савесно и одговорно у оквиру законом прописаних надлежности, али и да омогуће другим државним органима вршење њихових надлежности.

Како је ово била изборна скупштина, бирани су органи Удружења за период 2015-2018. године и то за:

- председника Удружења
- чланове Управног одбора
- чланове Надзорног одбора
- чланове Етичког савета
- председника Програмског савета

Према резултатима гласања, списак кандидата који су изабрани у органе је следећи:

ПРЕДСЕДНИК УДРУЖЕЊА ТУЖИЛАЦА СРБИЈЕ:

- др Илић Горан, заменик Републичког јавног тужиоца



ЧЛАНОВИ УПРАВНОГ ОДБОРА

1. Лазић Радован, заменик јавног тужиоца, АЈТ Нови Сад
2. Плазинић Миодраг, јавни тужилац, ВЈТ Ваљево
3. Шуловић Златко, заменик јавног тужиоца, ВЈТ Ваљево
4. Боровић Ана, јавна тужитељка, ОЈТ Панчево
5. Боровић Ана, јавни тужилац, ОЈТ Панчево
6. Драгашевић Љубиша, в.ф. јавног тужиоца, ВЈТ Ужице
7. Јекић Брадајић Гордана, заменица јавног тужиоца, АЈТ Београд
8. Јовановић Борка, заменица јавног тужиоца, ВЈТ Сремска Митровица
9. Јовић Оливера, заменица јавног тужиоца, ОЈТ Параћин
10. Кулезевић Сандра, заменица јавног тужиоца, ОЈТ Шабац
11. Макариев Марина, заменица јавног тужиоца, ОЈТ Параћин
12. Миленковић Микица, заменик јавног тужиоца,

ВЈТ Прокупље

13. Ненадић Светлана, заменица јавног тужиоца, Прво ОЈТ Београд
14. Нешић Соња, в.ф. јавног тужиоца, ВЈТ Пирот
15. Пешић Драгана, заменица јавног тужиоца, ОЈТ Ниш
16. Силађи Биљана, заменица јавног тужиоца, ОЈТ Нови Сад
17. Трајковић Данијела, в.ф. јавног тужиоца, ОЈТ Владичин Хан
18. Вучковић Бранислава, заменица јавног тужиоца, АЈТ Нови Сад

ЧЛАНОВИ НАДЗОРНОГ ОДБОРА:

1. Нешковић Радољуб, заменик јавног тужиоца, ОЈТ Чачак
2. Ивић Андрија, заменик јавног тужиоца, ОЈТ Ниш
3. Јовановић Миша, заменик јавног тужиоца, ОЈТ Јагодина
4. Кркелић Мирослав, јавни тужилац, ВЈТ Сомбор
5. Симић Милован, заменик јавног тужиоца, ВЈТ Крушевац

ЧЛАНОВИ ЕТИЧКОГ САВЕТА:

1. Лидија Комлен Николић, заменица јавног тужиоца, АЈТ Београд председница ЕС
2. Антић Зоран, јавни тужилац, ВЈТ Неготин
3. Бранковић Љубиша, заменик јавног тужиоца, ОЈТ Параћин
4. Вучићевић Весна, заменица јавног тужиоца, АЈТ Нови Сад
5. Живковић Небојша, заменик јавног тужиоца, ВЈТ Београд

ПРЕДСЕДНИК ПРОГРАМСКОГ САВЕТА

– на предлог председника Удружења – мр Јасмина Киурски, заменица јавног тужиоца – АЈТ Београд, досадашња председница Програмског савета

ПРЕДСЕДНИК СКУПШТИНЕ

– на предлог председника Удружења – Зорин Зоговић, заменик јавног тужиоца – АЈТ Београд, досадашњи председник Скупштине УТС

Управни одбори

Управни одбор (у старом саставу), одржао је последњу седницу 13. марта, која је претходила одржавању Осме изборне скупштине Удружења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије.

Такође, Управни одбор (у новом саставу), одржао је Конститутивну седницу 14. Марта 2015. године, одмах по завршетку радног дела Скупштине и том приликом (а на предлог председника Удружења тужилаца Србије) једногласно је усвојено да Радован Лазић и даље буде на функцији председника Управног одбора.

Саопштења за јавност

У протеклом периоду Удружење тужилаца Србије дало је 2 саопштења за јавност :

- У циљу заштите поступака у току као и личне безбедности судија, тужилаца и заменика јавних тужилаца Удружење је позвало медије да се приликом објављивања информација и коментара држе професионалних стандарда.

- Уверени у то да је Заштитник грађана свакодневним, истрајним, стручним и принципјелним поступањем у великој мери допринео, не само владавини права и заштити права грађана у Републици Србији, већ и развоју грађанске свести и грађанима вратио поверење у могућност законитог, ефикасног и рационалног функционисања државних институција, Удружење је издало саопштење којим подсећа на обавезу државних органа да сарађују са Заштитником грађана у складу са Законом предвиђеним условима, као и да му омогуће приступ информацијама и несметано вођење поступака који су у његовој надлежности.

Дописи државним органима

Делујући у складу са својим циљевима, Удружење је у 2015. години послало неколико дописа државним органима.

У јануару 2015. године, помоћнику министра правде, господину Бацковићу, прослеђен је допис којим је указано на неке

од проблема у примени Новог ЗКП-а из угла јавних тужилаштава.

У марту 2015. године, председници ДВТ-а послата је Декларација о владавини права – усвојена на Осмој скупштини Удружења. Овом Декларацијом позивају се носиоци извршне и законодавне власти да сарађују са правосудним органима, позивају се и Државни органи да поштују Уставом прокламована начела сталности и непреместивости носилаца јавнотужилачке функције, посебно је указано на то да су тужиоци и заменици тужилаца на Косову и Метохији део јединствене тужилачке организације РС и да би било какво њихово измештање из јавног тужилаштва РС против њихове воље, представљало кршење Устава РС.

У априлу 2015. године, Удружење је председници ДВТ-а упутило допис у вези проблема у спровођењу буџетских надлежности Државног већа тужилаца, чиме је указано да је то делом последица проблема на који је Удружење раније указивало а то је недовољан број носилаца јавнотужилачке функције и увећан

обим посла који је настао применом новог ЗКП-а.

И у мају 2015. године председници ДВТ-а послали је допис којим се изражава бојазан у вези питања уставности појединих одредби Правилника о критеријумима и мерилима вредновања рада јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије и Правилника о критеријумима и мерилима за оцену стручности, оспособљености и достојности кандидата у поступку предлагања избора носилаца јавнотужилачке функције, Закона о јавном тужилаштву и Закона о Државном већу тужилаца.

Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, као партнер учествовало је на неколико успешно организаних догађаја.

Конференција – „Холокауст и реституција“

Заједно са Новим балканолошким институтом, Агенцијом за реституцију РС, Светском јеврејском организацијом за реституцију, Савезом јеврејских општи-

на Србије, Амбасадом САД и уз подршку фондације ГИЗ-а (German International Cooperation with the Republic of Serbia), Удружење је било организатор Конференције *Холокауст и реституција* у мају ове године

Конференцију је отворио Страхинја Секулић – директор Агенције за реституцију РС, др Горан Илић – председник УТС, др Рубен Фукс – председник СЈОС и Никола Самарцић – оснивач НБИ. У уводној речи говорили су Nicholas Dean - специјални изасланик Стејт департмана САД за питања холокауста, Његова екселенција Мајкл Девенпорт – шеф Делегације Европске уније у Србији, Његова екселенција Јосиф Леви – амбасадор Израела у Србији, и судија Елен Хелер (САД) – Светска јеврејска организација за реституцију. Конференција је била посвећена историјским чињеницама и будућем правном решењу јеврејске имовине без наследника, одузете у току холокауста на територији Краљевине Југославије.

„Легитимитет ДВТ-а – где се изгубило поверење грађана у тужилаштво?“

Заједно са Удружењем судијских и тужилачких помоћника, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије организовало је Конференцију за медије под називом „Легитимитет ДВТ-а – где се изгубило поверење грађана у тужилаштво“. Поред поверења у рад Државног већа тужилаца, на конференцији се говорило о Правилнику о критеријумима и мерилима за оцену стручности, оспособљености и достојности кандидата у поступку предлагања за избор носилаца јавнотужилачке функције. На конференцију су поред Горана Илића говорили, Лазар Лазовић – председник Удружења судијских и тужилачких помоћника, проф. Милан Шкулић – професор Правног факултета у Београду, Радолуб Шабић – повереник за Информације од јавног значаја, Радован Лазич – председник УО Удружења тужилаца Србије, Драгољуб Ђорђевић – председник Адвокатске коморе Србије, и Ненад Стефановић – заменик ту-

жиоца у Трећем основном јавном тужилаштву у Београду. Том приликом је и дат предлог да се Уставном суду поднесе Иницијатива за оцену уставности појединих одредби Правилника о критеријумима и мерилима за оцену стручности, оспособљености и достојности кандидата у поступку предлагања за избор носилаца јавнотужилачке функције.

„Шта јавност има право да зна у вези са прислушкивањем“

У сарадњи са Београдским центром за безбедносну политику, у мају ове године, организована је конференција под називом „Шта јавност има право да зна у вези са прислушкивањем“. На конференцији је испред Удружења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије говорио господин Миодраг Плазинић, потпредседник УО Удружења и Виши јавни тужилац у Ваљеву. Ова конференција део је активности у оквиру пројекта „Ко нас слуша: ка ефективном спољном надзору употребе специјалних истражних мера“, који подржава Амбасада Краљевине

не Норвешке у Србији а који спроводи Центар за безбедносну политику са Удружењем тужилаца Србије као партнером. Такође, издање овог броја часописа „Тужилачка реч” део је поменутог пројекта.

Београдски центар за безбедносну политику и Удружење тужилаца Србије, као партнери, у јануару 2015. године објавили су публикацију под називом „Алтернативни извештај“, која је представљена на Конференцији „Алтернативни извештај о спровођењу акционог плана антикорупцијске стратегије”, која је такође одржана у јануару ове године. Објављивање Извештаја подржала је Агенција за борбу против корупције средствима Амбасаде Краљевине Норвешке.



Пројектне активности УТС

„Поступање са случајевима породичног насиља” и „Поступање са случајевима породичног насиља – фаза II”

Током претходних пројеката Удружења које је подржао ЈРГА пројекат, Удружење је организова-

ло активности изградње капацитета (обука за све релевантне актере, носиоце правосудних функција, полицију, центре за социјални рад; припремљена је и методологија у об-



ласти сузбијања и спречавања насиља у породици) и преношења искустава из „зрењанинског модела” у другим градовима, уз подршку локалних тужилаца. Сви предузети кораци водили су ка даљој изградњи и усавршавању ефикаснијег система повезивања компетентних локалних институција у борби против породичног насиља, како би се угроженим лицима пружила правна заштита у најкраћем могућем року и на адекватан начин.

Пројекат „Поступање са случајевима породичног насиља” конципиран је на даљој примени и разради „зрењанинског модела” сарадње између тужилаштва, судова, центара за социјални рад, полиције, адвоката и локалних невладиних организација. Пројекат је за-

мишљен тако да појача сарадњу и умрежавање међу надлежним институцијама и омогући угроженим субјектима да буду заштићени на најбољи начин. Реализован је од септембра 2014. до фебруара 2015. године. Финансиран од стране УСАИД-овог пројекта за Реформу правосудја и одговорну власт (ЈРГА). Партнер на овом пројекту Удружењу било је Саветовалиште против насиља у породици.

У току реализације планираних активности организовано је пет билатералних састанака у Ваљеву, Врању, Нишу, Крушевцу и Чачку. Циљ састанака била је промоција међусекторске сарадње између јавних тужилаца,



полиције, судија и Центра за социјални рад. Састанцима су присуствовали представници свих релевантних институција. Говорници на састанцима су били Слободан Јосимовић, заменик тужиоца у Вишем јавном тужилаштву у Новом Саду (претходно заменик у Основном јавном тужилаш-

тву у Зрењанину) и Оливера Милојевић, заменица у Вишем јавном тужилаштву у Смедереву.

Како би се подигла свест јавности о проблемима породичног насиља, организоване су ТВ дебате на локалним ТВ станицама. ТВ дебате снимане су у Суботици, Краљеву, Шиду, Чачку, Пријеполу. Учесници ТВ дебате, били су Весна Станојевић, координаторка Саветовалишта против насиља у породици и др Слободан Савић, форензички патолог на Институту за судску медицину у Београду.

Такође, у оквиру ове фазе пројекта одржан је и дводневни тренинг на Сребрном језеру за адвокате који су чланови мреже Саветовалишта за правну помоћ жртвама породичног насиља. Циљ тренинга био је да се учесници боље упознају са проблематиком и сложености породичног насиља, механизмима за његово спречавање, улогом различитих институција у сфери борбе против породичног насиља, искуствима присутних предавача, као и са моделама сарадње и мрежом институција против породичног насиља, као и напорима локалних институција ка даљем удружи-

вању ради сузбијања породичног насиља.

Угледни стручњаци са праксом у области породичног насиља поделили су искуства и покрили велики број тема које



се тичу овог значајног друштвеног проблема и у конструктивној дискусији пружили прилику учесницима семинара да поделе и своја мишљења у погледу овог друштвеног проблема. Предавачи су били: мр Јасмина Киурски – заменица тужиоца у Апелационом јавном тужилаштву у Београду, Гордана Јекић Брадајић – заменица тужиоца у Апелационом јавном тужилаштву у Београду, Милан Жарковић – професор на Криминалистичко полицијској академији у Београду, Милан Станић – начелник Одељења за јавни ред и мир полицијске управе Град Београд, Весна Станојевић – координаторка Саветовалишта против насиља у породици, Биљана Синановић – судија Врховног касационог суда, др Слободан Савић – форензички па-

толог Института за судску медицину Медицинског факултета у Београду, Слободан Јосимовић – заменик Вишег јавног тужиоца у Новом Саду. Тренингу на Сребрном језеру присуствовало је преко 30 адвоката из Ниша, Зајечара, Београда, Чачка, Крушевца, Љига, Мионице, Пирота, Пожаревца, Велике Планае, Крагујевца, Краљева и Гамзиграда. Учесницима тренинга подељени су евалуациони упитници како би се утврдио квалитет тренинга и степен задовољства учесника начином организације. Резултати евалуације показали су да је семинар протекао веома успешно. Вођени успешном сарадњом партнерских организација, успешном организацијом догађаја и коментарима учесника који упућују на то да би било пожељно организовати још сличних догађаја, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије о УСАИД-ов пројекат ЈРГА и у 2015. години настављају сарадњу на реализацији друге фазе пројекта „Поступање са случајевима породичног насиља”.

Пројекат „Поступање са случајевима породичног насиља – фаза II”, представља наставак ус-

пешно започете сарадње између Удружења тужилаца Србије, Саветовалишта за борбу против насиља у породици и ЈРГА пројекта. У току II фазе пројекта, партнери настављају да раде на побољшању одрживог модела међуинституционалне сарадње између релевантних институција како би побољшали решавање случајева породичног насиља, повећали ефективност у процесуирању, спречили будуће случајеве насиља као и пружили ефикаснију заштиту жртвама породичног насиља. Пројекат „Поступање са случајевима породичног насиља – фаза II” траје од фебруара до новембра ове године. Пројектом је планирано 20 састанака у *пилот* тужилаштвима, Приручник (који ће садржати препоруке на основу искустава са *пилот* састанака), као и један промотивни филм. Одабрано је 4 *пилот* тужилаштва у којима се већ спроводе активности. Критеријуми за избор тужилаштава били су градови у којима постоји мрежа адвоката Саветовалишта који пружају правну помоћ жртвама насиља, као и заинтересованост тужилаштава да буду укључена у пројекат. *Пилот* ту-

жилаштва која су одабрана су: Основно јавно тужилаштво у Панчеву, Основно јавно тужилаштво у Ваљево, Основно јавно тужилаштво у Чачку и Основно јавно тужилаштво у Пироту. Планирано је да се у свим одабраним тужилаштвима одрже Иницијални састанци са представницима тужилаштва а да се касније према указаној потреби а у одређеном временском интервалу, одржавају координациони састанци на којима би присуствовали и представници полиције и Центра за социјални рад. До сада су у свим поменутих тужилаштвима одржани иницијални састанци на којима су присуствовали тужиоци, представници ЈРГА пројекта, представници Удружења тужилаца Србије, као и Слободан Јосимовић, заменик вишег јавног тужилаштва у Новом Саду (претходнозаменик у Вишем јавном тужилаштву у Зрењанину, где је и развијен овакав модел). Теме о којима се говорило на састанцима биле су:

- Протокол о безбедности жртве – смернице за третман и заштиту жртва насиља у породици приликом њихове посете судовима и јавним тужилаштвима

- Комуникација са локалним медијима – повећање стопе извештавања о породичном насиљу и организовање ТВ дебата
- Координациони састанак – потреба редовног организовања оваквих састанака како би представници институција укључених у процес заштите жртава разматрали све пријављене случајеве породичног насиља и тиме унапредили сарадњу и ефикасност у њиховом раду.
- Управљање предметима – омогућавање да се у пракси ови поступци одвијају по хитној процедури
- Учешће адвоката и успостављање сарадње између адвоката и релевантних институција.

Након одржаних иницијалних састанака у Панчеву, Ваљевоу и Пироту, одржан је и по један координациони, док су у Чачку одржана два таква састанка. Циљ координационих састанака је успостављање редовних састанака представника надлежних институција са идејом да се заједнички разматрају конкретни случајеви породичног насиља пријављени у претходном периоду а који још увек нису процесуирани.

„Јачање независности и интегритета тужилаца“

Активности у оквиру пројекта „Јачање независности и интегритета тужилаца“ који је финансијски подржан од стране Амбасаде Краљевине Холандије и Организације за европску безбедност и сардњу, ОЕБС, започете у 2013, завршене су марту 2015. године одржавањем два округла стола (у Београду



и Ваљевоу), као и организовањем завршне конференције у Медија центру. Циљ пројекта била је подршка јачању улоге и перцепције Државног већа тужилаца, дефинисаног Уставом, као гаранта самосталности тужилаца. Партнер на пројекту била је Агенција за истраживање јавног мњења, ЦЕСИД, која је спровела истраживање за Удружење на узорку од 521 тужиоца и заменика тужиоца. На завршној конференцији у Медија центру говорили

су њ.е. Лаурент Стоквис и шеф Мисије ОЕБС-а у Србији господин Петер Буркхард, којом приликом су изразили задовољство сарадњом са Удружењем тужилаца Србије. На конференцији је представљена публикација „Јачање положаја, надлежности и интегритета Државног већа тужилаца“, која представља резултат пројекта. Поред стручних радова аутора, у публикацији су представљени и резултати истраживања, као и конкретне препоруке за унапређење положаја Државног већа тужилаца.

Такође, штампање 27. броја часописа „Тужилачка реч“, који је изашао у децембру 2014. године а чија је тема била „Јачање капацитета Државног већа тужилаца“ део је активности подржаних овим пројектом.

„Меморандум о сарадњи између Мисије ОЕБС-а и УТС“

Сарадња са Организацијом за европску безбедност и сарадњу, ОЕБС, која континуирано помаже рад Удружења тужилаца Србије од 2001. године, настављена је почетком 2015. године потписивањем Меморандума о сарадњи, који обухвата спровођење заједничких активности у две области:

1. Подршка реформи правосуђа

Националном стратегијом за реформу правосуђа и нацртом Акционог плана за поглавље 23, предвиђене су измене одредби Устава у делу који се односи на правосуђе.

Како би се остварили ови циљеви ОЕБС подржава активности везане за постизање консензуса око будућих измена Устава које се односе на положај и избор тужилаца и заменика тужилаца, као и уређење јавног тужилаштва.



Пројектом је планирано одржавање међународне конференције у Београду и четири округла стола у другим градовима Србије на тему измене Устава. Закључци са конференције и округлих столова биће представљени у извештају који ће укључити конкретне предлоге за измену Устава. Поред тога, наведеним активностима организација Скупштинског удружења, штампање једног броја „Тужилачке речи“, као и одржавање

интернет странице Удружења, подржано је кроз ове активности.



У складу са предвиђеним активностима, у Београду је 13. и 14. марта веома успешно одржана Међународна конференција на тему „Изменама Устава до независног тужилаштва”. У уводном делу конференције присутнима су се обратили др Горан Илић – председник УТС, Петер Буркхард – амбасадор Мисије ОЕБС у Србији, Мицхел Давенпорт – шеф Делегације Европске комисије у Србији, Јанко Лазаревић – заменик председника Врховног касационог суда, Чедомир Бацковић – помоћник министра правде, Гордана Јанићијевић – заменица Републичког јавног тужиоца, Саша Јанковић – заштитник грађана, као и Ненад Вујић – директор Правосудне академије. Говорници на конференцији су поред представника државних институција струковних удружења и угледних професора из Србије, били и гости из ино-

странства: председник Међународног удружења тужилаца (IAP) – господин Gerhard Jarosch, и господин Luca Perilli – судија и експерт Европске комисије, који су са колегама и учесницима поделили упоредноправна решења и искуства, као и препоруке Савета Европе и међународне стандарде, са посебним ос-



вртом на државе у транзицији. Конференцији је присуствовао преко 150 учесника, међу којима велики број јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца из целе Србије, представника страних и домаћих организација и институција, као и новинара. Циљ конференције био је да се покрене дискусија у стручној јавности о независности јавног тужилаштва. Организација и одржавање још четири предвиђена округла стола на ову тему, очекују нас у наредном периоду.

2. Подршка кривичноправном систему

У оквиру овог дела сарадње планирано је пет

округлих столова у Београду и другим градовима Србије, на којима би се окупити тужиоци и су-



дије кривичари како би дискутовали на тему Законика о кривичном поступку. Такође, радна група која ће се бавити овом темом написала смернице за унапређење Законика о кривичном поступку.

До сада је одржано четири округла са темом „Унапређење Законика о кривичном поступку”, и то у Крагујевцу, Параћину, Панчеву и Новом Саду. Говорници на тим округлим столовима били су Др Горан Илић, проф. др Милан Шкулић, проф.



др Станко Бејатовић, Бранислава Вучковић (заменица Апелационог јавног тужиоца у Новом Саду), Радован Лазич (заменик Апелационог јавног тужиоца у Новом Саду), Миодраг Плазинић (Виши јав-

ни тужилац у Ваљеву), Ана Боровић (Основни јавни тужилац у Панчеву), као и Наташа Новаковић и Жарко Марковић – правни саветници који су се испред ОЕБС-а обратили присутнима у уводној речи.

Још један округли сто на ову тему биће одржан у Београду.



„Миленијумски развојни циљеви после 2015. године”

Кроз пројекат „Миленијумски развојни циљеви после 2015. године”, Фондација за отворено друштво пружа институционалну подршку Удружењу, помажући на тај начин рад канцеларије УТС, рад WEB странице, организацију два тематска округла стола, као и учешће УТС-а као члана на две међународне конференције које организују МЕДЕЛ и IAP. Захваљујући овој подршци, УТС је имало свог представника на прослави годишњице МЕДЕЛА, која је ове године организована у Атини.

ПРИМЕНА ДОКАЗНИХ МЕХАНИЗМИ

МИОДРАГ ПЛАЗИНИЋ
виши тужилац ВЈТ Ваљево
МИЛОВАН СТОЈКОВИЋ
приправник ВЈТ Ваљево

Кривична дела организованог криминала, високотехнолошког криминала, међународна кривична дела предвиђена Женевским конвенцијама и допунским протоколима, као и другим међународним конвенцијама, захтевају дужи период прикупљања чињеница и доказа који би били неопходни суду када су прибављени на законит начин, а самим тим и за поткрепљивање оправдане сумње да је одређени учинилац извршио предметно кривично дело, али и специјализацију доказних радњи које треба применити на ова веома тешка кривична дела. Првенствено из разлога што ова кривична дела представљају „крем“ криминалитета и имају висок степен друштвене опасности у себи, између осталог је и главни мотив инкриминације ових „специјалних“ кривичних дела. Та специјализација огледа се како у организационом, тако и законодавном нивоу.

У организационом смислу, у оквиру Вишег јавног тужилаштва у Београду и у оквиру посебних одељења тог тужилаштва – тј. посебног одељења Тужилаштва за организовани криминал, за ратне злочине, високотехнолошки криминал, као и у осталим вишим јав-

ним тужилаштвима – формирају се одељења за борбу против корупције и одређени тимови специјализовани за рад по овим предметима. Организовани криминал као облик је веома покретљив и сложен облик криминалне активности који због своје софистицираности тражи веће проактивно деловање, појачану активност у предистражном поступку државних органа – тужилаштва и полиције, пореских и царинских органа, безбедносних служби...

У том смислу, неопходна је већа координација свих поменутих органа ради пресретања и прекидања карика у ланцу криминала, управо из разлога обезбеђивања потребног доказног материјала.

КРИВИЧНА ДЕЛА И СТВАРНА НАДЛЕЖНОСТ У СКЛАДУ СА ЧЛ. 162 ЗКП-А

Када је реч о *ratione materiae*, тј. о кривичним делима за које се примењују посебне доказне радње одређене у ЗКП-у, можемо их поделити у неколико категорија:

- кривична дела организованог криминала (примање и давање мита, злоупотреба службеног положаја...),

ПОСЕБНИХ РАДЊИ И ЊИХОВЕ КОНТРОЛЕ

- кривична дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије,
- кривична дела високотехнолошког криминала,
- кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом,
- кривична дела спречавање и ометања доказивања ових кривичних дела и
- остала кривична дела.

Стога, тужилаштва посебне надлежности у оквиру Вишег јавног тужилаштва у Београду и Виших јавних тужилаштва, пошто су иста стварно надлежна за одређена групе кривичних дела из ове категорије, примењују посебне доказне радње.

Можемо констатовати да Тужилаштво за организовани криминал има могућност најшире примене проактивних истрага за кривична дела из члана 162 ЗКП-а.

Тужилаштво за ратне злочине поступа у односу на кривична дела одређена у чл. 2 ЗРЗ-а. Ради се о кривичним делима из чл. 370 до 384 и чл. 385 и 386 КЗ-а (члан 2 тач. 1 ЗРЗ-а), затим о тешким кршењима међународног хумани-

тарног права извршеним на територији бивше Југославије од јануара 1991. године, која су наведена у Статуту Међународног кривичног суда за бившу Југославију (чл. 2 тач. 2 ЗРЗ-а), као и кривичним делу Помоћ учиниоцу након извршеног кривичног дела из чл. 333 КЗ-а.

Посебно одељење за борбу против високотехнолошког криминала, које је организационо једно од посебних одељења у Вишем јавном тужилаштву у Београду, поступа по кривичним делима из области високотехнолошког криминала.

Република Србија је преузела обавезу да посебну пажњу посвети овој групи кривичних дела, наведених у члану 162 ст. 1 тач. 3 ЗКП-а, а сходно томе и преузетим међународним обавезама, законодавац је предвидео да се за ова кривична дела може применити посебна доказна радња – тајни надзор комуникација (чл. 166).

Издвајање само ове посебне доказне радње свој *ratio legis* налази у оцени да је, обзиром на природу наведених кривичних дела, једино она одговарајућа за прикупљање доказа.

Законодавац је издвојио групу кривичних дела, таксативно на-

бројаних у члану 162 ст. 1 тач. 2 ЗКП-а, не само по висини запрећене казне, већ је узео у обзир и тешкоће при њиховом откривању стандардним доказним радњама, наводећи на се на други начин не могући открити или би њихово откривање било отежано, а такође је предвидео и откривање припреме ових кривичних дела, где као разлог за примену наводи и немогућност спречавање извршења на други начин, или би то изазвало несразмерне трошкове или велику опасност.

За већину ових кривичних дела, поред тужилаштва посебне надлежности надлежна су виша јавна тужилаштва, мада су у члану 162 ЗКП-а набројана и нека кривична дела, делом из надлежности основних јавних тужилаштва (нпр. Злоупотреба службеног положаја чл. 234 КЗ, Злоупотреба у поступцима јавних набавки чл. 234.а КЗ, Трговина утицајем из чл. 366 КЗ...).

Посебна пажња је посвећена и кривичним делима са коруптивним елементима, прању новца и сл. и овакво поступање представља реализацију преузетих обавеза по међународним споразумима које је РС преузела у ранијем периоду.

Законодавац је увео и нека ограничења у погледу примене посебних доказних радњи за одређена кривична дела која су побројана, али се може увидети да није реч о великом броју ограничења, нити се посебне доказне радње примењују на велики број кривичних дела у односу на укупан број инкриминација у Кривичном закону.

Једно од ограничења у погледу дистинкције између „осталих“ и ових „специфичних“ кривичних дела је тзв. „случајни налаз“, регулисан чланом 164 ЗКП-а, где је очигледна интенција законодавца била да не шири на овај начин примену посебних доказних радњи и на „остала“ кривична дела, па би у случају примене података добијених применом посебних доказних радњи на дела која нису наведена у члану 162 ЗКП-а, ти докази били третирани као незаконити.

Новина у новом ЗКП-у је то да се са незаконитим материјалом, који је прикупљен применом посебних доказних радњи поступа као и са другим незаконитим доказима – на њима се не може заснивати судска одлука по правилу се издвајају из списка и чувају до правноснажног окончања поступка (чл. 84 ст. 3 ЗКП). Ово не важи за податак везан за неко од кривичних дела из чл. 162 ЗКП-а, када се исти тај може користити за кривично гоњење, за новооткривено кривично дело. Око овога није било дилема ни у судској пракси.

Међутим, када је у питању новооткривени учинилац, који није био обухваћен наредбом за примену неке од посебних доказних радњи, као

услов да би се материјал могао користити потребно је да се спроведе јединствени поступак и у односу на овог новооткривеног учиниоца. То може бити случај нпр. када се у току спровођења донете наредбе у транскрипцијама разговора између саокривљених који су „покривени“ наредбом појављује као саговорник и треће лице, те се тај доказ, иако он није обухваћен наредбом не треба издвајати, јер је спроведен јединствени поступак и у односу на њега.¹

С обзиром да члан 164 ЗКП-а не предвиђа спровођење јединственог поступка као услов за примену, већ само услов да се применом ових мера и радњи дошло до сазнања о кривичном делу предвиђеним чланом 162 ЗКП-а, као и о учиниоцу, то нема сметњи да се води и одвојен поступак за ово дело. Као пример наводимо пресуду Вишег суда у Ваљево К. бр. 14/12 од 17.06.2014. године, којим је једно лице осуђено због кривичног дела Злоупотреба положаја одговорног лица из чл. 234 ст. 1 КЗ-а, у подстрекивању, вези са чл. 34 КЗ-а, док су још два лица осуђена за извршење кривичног дела Злоупотреба положаја одговорног лица из чл. 234 ст. 1 КЗ-а, иако према њима нису примењене мере, а лице према коме је примењена мера наредбом, није процесуирано за дело за које је и конституисана наредба, већ за друго дело.

Када су у питању посебне доказне радње везане за кривична дела из чл. 162 ст. 3 ЗКП-а, односно врста посебних доказних

радњи поводом којих су прибављени случајни налази, могу се применити све посебне доказне радње, осим оне која важи за пет кривичних дела из чл. 166 ЗКП-а (рачунарска саботажа, рачунарска превара, оштећење рачунарских података и програма, неовлашћен приступ заштићеном рачунару, рачунарска мрежа и електронској обради података и неовлашћено искоришћавање ауторског дела или предмета сродног права), када се примењује посебна доказна радња – тајни надзор комуникација.

Предмети који су везани за наредбе о посебних доказним радњама у предистражном поступку су предмети са посебним ознака тајности „СТР ПОВ“ и чувају у омоту списка „Посебне доказне радње“.

Подаци који се прибављају овим мерама су тајни, а њихова презентација или сазнање других лица о њиховој примени чини неуспешним исте и самим тим чини предметна кривична дела практично недоказивим, с обзиром на већ поменути софистицираност ових дела. Тек њиховом презентацијом у виду доказа на главном претресу, престаје да егзистира степен тајности и третирају се као и остали законити докази.

Када је у питању податак, то је и онај податак који се сматра страним податком добијеним путем међународне сарадње, што је изричито предвиђено у оквиру међународне правне помоћи (чл. 83 тач. 2 ЗМППКС-а).

Основ такве сарадње може бити и билатерални или мултилатерални уговор, какав је Европска конвен-

¹ Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 По1. бр. 2/10 од 26.06.2010. године-

ција о међународном пружању правне помоћи у кривичним стварима, коју је и наша земља ратификовала.²

Да би ове посебне доказне радње могле дати жељене резултате, потребно је да у њиховој примени буде укључено што мање лица из служби које непосредно спроводе ове мере, поред јавног тужиоца и судије за претходни поступак, који суштински руководе целокупном операцијом. За одређене посебне доказне радње, нпр. укључено је само једно лице – код прикривеног иследника или за нпр. меру аутоматско претраживање података – Посебна јединица МУП-а Србије, високообучена специјализована која функционише на целој територији Републике Србије.

Интерна селекција унутар кривичних дела из чл. 162 ЗКП-а, тј. да ли кривична дела спадају у кривична дела из стварне надлежности тужилаштва посебних надлежности или виша јавна тужилаштва, зависи колико ће мера трајати и колико ће се моћи продужити, јер се узима да, када су у питању ова прва, за њихово спровођење потребно је дуже време у односу на виша тужилаштва. Члан 167 ЗКП-а предвиђа рок од три месеца са могућношћу продужења још три месеца, а за тужилаштва посебних надлежности овај рок се дуплира.

Ефикасност њихове примене зависи и од њиховог временског трајања, у принципу што краће трају и што се више података прикупи, то ће се њено спровођење пре завршити.

Општи услови за примену посебних доказних радњи разматрају се са формалног и материјалног аспекта. Формални услов за примену је да је реч о кривичном делу из чл. 162 ЗКП-а, односно да постоји основ сумње да је лице учинило предметно кривично дело, а материјални услов да се на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано.

Могућност примене посебних доказних радњи и у односу на припремање и у односу на покушај ових кривичних дела није споран, без обзира што у кривичноправном смислу кажњавање за припремне радње није увек могуће, мада када је у питању покушај с обзиром на прописану казну, свакако је исти кажњив.

Нови ЗКП, за разлику од претходног ЗКП-а, усваја имплицитну поделу на опште и посебне доказне радње.³

На основу свега претходно изнетог, а и самим одређивањем на која се кривична дела односи примена посебних доказних радњи, јасно је утврђена та подела, што је може се рећи, једна од предности новог ЗКП-а, те приговор бранилачке стране у кривичном поступку – да је одређени доказ прибављен путем посебне доказне радње, а која се у конкретној ситуацији није могла применити за предметно кривично дело, те да је стога незаконит, више нема и не може имати упориште.

Тиме је извршено законско прецизирање које је у сваком случају добро за стране у поступку које активно учествују у примени ових доказних радњи.

ПОСЕБНЕ ДОКАЗНЕ РАДЊЕ

Нови ЗКП је повећао број посебних доказних радњи у односу на претходни Законик и то тако што је сада увео као нову меру – тајно праћење и снимање, а која се осамосталила у односу на досадашњу меру – тајни надзор комуникација.

Законодавац је приликом постављања општих услова за примену посебних доказних радњи настојао да задовољи захтеве за супсидијерношћу и сразмерношћу њихове примене.⁴

Посебне доказне радње су:

- тајни надзор комуникација,
- тајно праћење и снимање,
- симуловани послови,
- рачунарско претраживање података,
- контролисана испорука и
- прикривени иследник.

Правни основ за извршење ових доказних радњи представља наредба судије за претходни поступак, а по образложеном предлогу јавног тужиоца, осим када је у питању доказна радња – контролисана испорука уз испуњеност општих услова – формалног и материјалног услова, напред наведеног.

² Зоран Стојановић, *Међународно кривично право*, седмо издање, Београд, 2012. године, Правна књига, стр. 141.

³ М.Шкулић, Г.Илић, *Водич за примену Новог ЗКП-а*, 2013, Београд, Параграф, стр. 37-

⁴ М.Белански, М.Мајић, Г.П.Илић, *ibid*, стр. 23.

ТАЈНИ НАДЗОР КОМУНИКАЦИЈА

Ова посебна доказна радња обухвата два аспекта.

Први се односи на комуникацију која се обавља путем телефона или других техничких средстава, а други на надзор електронске или друге адресе осумњиченог и заплону писама или пошиљки. Тајни надзор комуникације може се односити само на праћење комуникације или на надзор адресе, али често у пракси може обухватати оба сегмента.

У чл. 23 Закона о електронским комуникацијама дата је дефиниција комуникација – размена или преношење информација између одређеног броја особа путем јавно доступних електронских комуникационих услуга, изузев информација које се преносе у склопу јавног емитовања преко електронских комуникационих услуга.⁵

Спровођење ове радње је у надлежности БИА, ВБА и полиције, која доставља извештаје у вези свог поступања судији за претходни поступак и јавном тужиоцу, на њихов захтев.

Сама доказна радња може трајати до три месеца али се због неопходности прикупљања доказа може продужити за још три месеца, односно када је реч о кривичним делима из чл. 162 ст.1 тач. 1 ЗКП-а, још највише два пута по три месеца. Сам доказ који је добијен путем ове посебне доказне радње може значити и позитиван исход и резултирати касније доно-

шењем осуђујуће пресуде, али такође, у неким ситуацијама, у зависности од садржаја самог разговора између лица која су праћена и стања осталих доказа у предмету, који би потврдили наводе да су ова лица извршила предметна кривична дела, зависи и коначна одлука.

Уколико се доказни материјал базира само на доказима прикупљеним помоћу ове радње и ако исти нису у довољној мери такви да потврђују оправдану сумњу да је одређено лице извршило кривично дело, суд може донети ослобађајућу пресуду.⁶

Такође, суд може одбити да остави све записе и снимке разговора који су пресретнути другој страни – браниоцу и окривљеном, уколико се исти односе и на трећа лица која нису учесници у поступку, а чијим би достављањем другој страни на увид и евентуално преслушавање довело до повреде приватности тих трећих лица.⁷

Уколико се у току спровођења ове посебне доказне радње дође до сазнања да осумњичени користи други телефонски број, државни орган, тј. онај који спроводи ову посебну доказну радњу, о томе ће одмах обавестити јавног тужиоца, који ће потом поднети предлог за доношење наредбе судији за претходни поступак, ради проширења тајног надзора комуникације у односу на овај број. Судија за претходни поступак може одобрити проширење или одбити предлог,

⁶ Апелациони суд у Београду, Пресуда Кж1.бр.По1.бр.1/13 од 13.09.2013. године.

⁷ Апелациони суд у Београду, Решење Кж2.По1.бр45/14 од 06.02.2014. године.

те ће материјал који је прикупљен бити уништен, а о томе се одлучује решењем.

Када се ради о припремању кривичног дела, ако није у питању кажњиво припремање кривичног дела, онда се лице у односу на кога је конкретна мера предузета неће гонити за припремање кривичног дела, уколико није дошло до реализације кривичног дела које је кажњиво, али ће се гонити за кривично дело које је применом ове посебне доказне радње утврђено да га је ово лице учинило, уколико исто спада у круг кривичних дела за које се може применити посебна доказна радња.⁸

Након спроведене мере, комплетан извештај ће се сходно члану 170 ЗКП-а доставити најпре судији за претходни поступак, који мора имати све елементе наведене у чл. 168 ст. 1 ЗКП-а, а у коме су наведени и резултати извршене мере.

Сав материјал потом судија доставља јавном тужиоцу који може одредити да се подаци добијени применом мера у целини или делимично препишу или опишу.

ТАЈНО ПРАЋЕЊЕ И СНИМАЊЕ

Ово је нова мера конституисана новим ЗКП-ом којим је, као што је претходно наведено, добила своју пуну самосталност у односу на тајни надзор комуникација. Предмет ове мере су откривање контаката и комуникација осумњиченог на јавним местима и местима на којима је приступ ограничен или у просто-

⁸ М.Шкулић, Г.П.Илић, *ibidem*, стр. 35.

⁵ В.Трешњев, *ibid*, стр.393.



ријама, осим у стану, као и утврђивање истоветности лица или лоцирања лица или ствари. Предмет ове мере могу бити места или просторије, односно превозна средства.

Када је у питању тачка 1 којом је одређена сврха ове посебне доказне радње, реч је о местима којима по одређеном основу може приступити ограничен број лица. Због уставног јемства о неповредивости стана, искључена је могућност примене ове мере у стану док се код снимања комуникација говори првенствено о усменој комуникацији коју осумњичени, без употребе техничких средстава, остварује са другим лицем.⁹

Ову меру спроводе ВБА, БИА или полиција, и о том достављају извештај судији за претходни поступак након спроведене мере, док је када је у питању трајање ове мере важе исти рокови као и код претходне доказне радње.

СИМУЛОВАНИ ПОСЛОВИ

Када је ова мера у питању у односу на претходни ЗКП, дошло је до одређених измена с обзиром да

⁹ Г.Трешњев, *ibid*, стр. 399,

се уместо назива симуловани правни послови, ова мера одређује као симуловани послови. *Ratio legis* изостављања одреднице „правни“, заснован је на потреби да се отклоне недоумице која је она изазвала у пракси, будући да је тумачена као законом дозвољени посао.¹⁰

Услов за примену ове посебне доказне радње је да је у питању симулована куповина, продаја или пружање правних услуга или симуловано давање или примање мита.

Меру спроводе исти као и код претходне две мере, а овлашћено лице које закључује симуловани посао не чини предметно кривично дело. Такође, забрањено је подстрекивање овлашћеног лица да другог подстрекава на извршење овог кривичног дела.

Лице које симулује правни посао – давање мита не чини кривично дело, јер он чини све да открије или докаже примање мита, те стога не постоји кривично дело из разлога непостојања противправности као и када је ситуација обрнута. Међутим, уместо досадашње праксе, потребно је организовати формално симуловање давање

¹⁰ *Ibidem*, стр. 401.

мита, а не и симиловање давање мита, јер је оно мање криминално-политички значајно.¹¹

Као и код претходних мера, на исти начин се довршава и ова мера, достављањем извештаја са свим документима судији за претходни поступак, који их потом доставља јавном тужиоцу. Када је у питању трајање ове мере, примењује се исти рок као и за претходне мере.

РАЧУНАРСКО ПРЕТРАЖИВАЊЕ ПОДАТАКА

Ова мера се односи на компјутерско претраживање већ обрађених личних и других података садржаних у евиденцијама које воде већ различити органи и организације, ради упоређивања са полицијским подацима, који се односе на одређена кривична дела, на одређен осумњичене или на начине како је дело извршено.

То могу бити подаци о преласку границе, листинзи телефонских разговора, подаци о имовини, приходима итд.

Општи материјални и формални

¹¹ М.Шкулић, Г.П.Илић, *ibid*, стр. 402

услов за примену ове радње исти је као и код претходних, односно начин спровођења и сам поступак, као и трајање ове мере.

КОНТРОЛИСАНА ИСПОРУКА

Ова мера се разликује од других с обзиром да се иста спроводи од стране јавног тужиоца и по његовој наредби, а не по наредби судије за претходни поступак. Материјални услови за примену ове мере исти су као и код других. Међутим, ова мера подразумева координисану међународну акцију и сарадњу између држава која се може огледасти у виду билатералних уговора.

Такође, ова мера подразумева и чвршћу сарадњу између јавног тужиоца републичког ранга, односно Републичког јавног тужиоца, Тужоца за ратне злочине и организовани криминал и МУП-а РС.

Разлог за примену ове мере јесте да одређене пошљке које су незаконите или сумњиве буду испоручене у оквиру Републике Србије или да пређу, изађу или уђу на територију Републике Србије. Све ово се спроводи на основу наредбе јавног тужиоца.

У наредби тужилац одређује начин спровођења испоруке. На пример, јавни тужилац одређује да ли ће се испорука сумњивих или незаконитих пошљки контролисати непосредним праћењем или са дистанце (нпр. коришћењем савремених технологија заснованих на ГПС систему).¹²

Поред полиције, по наредби јавног тужиоца ову посебну доказну радњу могу спроводити и други

органи које он одреди, пре свега се мисли на царинске службе, пореске органе...

Извештај о коначној и спроведеној мери као и њеним резултатима доставља се јавном тужиоцу. Међутим, саму посебну доказну радњу може спровести и неки други државни орган и о томе доставити извештај тужиоцу, јер за то нема законских препрека. Извештај садржи и податке о лицима која су учествовала у спровођењу ове мере.

ПРИКРИВЕНИ ИСЛЕДНИК

Ова мера је изузетно супсидијерног карактера. Такође, ова мера може се примењивати само када су у питању кривична дела за које је надлежан за поступање Тужилац за организовани криминал и ратне злочине. То је последица начела сразмерности. То се нарочито огледа и у материјалном услову – да је реч о немогућности или отежаном прикупљању доказа, али ни да се друга мера – посебна доказна радња не може применити осим ове мере.

Наредба коју доноси судија за претходни поступак има обавезне и факултативне елементе одређене чл. 184 ЗКП-а.

Као један од факултативних елемената је и употреба техничких средстава за фотографисање или тонско, оптичко или електронско снимање. Иако законска одредба о томе не говори изричито, не може се искључити могућност да судија за претходни поступак одобри улазак у стан или просторије ради постављања ових уређаја. На основу тога се може закључити да овлашћење прикривеног иследника не

обухвата само снимање разговора у којима учествује или којима присуствује, већ и прислушкивање разговора других лица.¹³

Специфичност ове мере је и у томе што траје дуже од осталих и може трајати до годину дана, а по њеном истеку још шест месеци. Пошто је реч о врло софистицираној доказној радњи инфилтрирања, потребна је посебна припремљеност лица које ће извршити ову меру, а одабир суштински једино може извршити надређени старешина дотичног лица.

Загарантована је максимална заштићеност дотичног лица у смислу давања псеудонима или шифре коју зна веома мали број лица. Обично је то лице припадник БИА, ВБА или полиције, мада то лице може бити и страни држављанин припадник полицијских служби али не и осуђени, окривљени, као што је на пример то случај у неким земљама Латинске Америке.

Сваки однос сарадње између окривљеног и јавног тужиоца мора бити дефинисан законом. Такође, прикривеном иследнику се издају и нова документа као и друге личне исправе. Граница недозвољеног поступања прикривеног иследника је подстрекивање на извршење кривичног дела, док је помагање у начелу дозвољено јер је искључена противправност. Сасвим је другачија ситуација ако би прикривени иследник извршио предметно кривично дело.

Саслушање прикривеног иследника је факултативног карактера, односно оно представља само од-

¹² Г.Трешњев, *ibid*, стр. 407.

¹³ *Ibid*, стр. 409.

ређену процесну могућност. По логици ствари, део његовог исказа ће се односити на посредна сазнања које је прикупио током ангажмана, доказни кредибилитет ће се ценити у складу са општим правилима и начелом слободне оцене доказа.

Судска одлука се не може само заснивати на исказу прикривеног иследника, ово из разлога што се ради о исказу сведока који је анониман за странке (изузетак од права на одбрану као и из разлога правичности).¹⁴

КОНТРОЛА ПРИМЕНЕ ПОСЕБНИХ ДОКАЗНИХ РАДЊИ

Уставом Републике Србије као нека од основних личних права у склопу заштите од приватности одређена су права заштите података о личности, као и повреде тајности писама и других облика општења.

Међутим, за ова лична права карактеристичан је и изузетак – вођење кривичног поступка када ова уставна гаранција не важи.

Наравно, када се каже кривични поступак, мисли се на све фазе, па тако и на предистражни поступак, који је једнако битан као и истражни поступак, поготово према новој концепцији ЗКП-а, односно тужилачке истраге, јер су то фазе у којима се прикупљају докази који се касније презентују на припремној рочишту и главном претресу.

За доношење одлуке судије за претходни поступак по предлогу

јавног тужиоца, за предузимање посебних доказних радњи није неопходно да је наредбом тужиоца покренута истрага, али јавни тужилац мора уз предлог дати образложење и податке на основу којих ће судија моћи да процени да ли су испуњени услови за њихово предузимање у складу са чл. 161 ЗКП-а.

Такође, јавни тужилац не може сам да прибавља податке у вези евиденције телефонских комуникација и коришћења базних станица ни рачунарско претраживање, већ само да образложено предложи суду ради издавања наредбе у складу са чл. 78 и 179 ЗКП-а.¹⁵ У прилог овом ставу Врховног касационог суда у Београду иде и ранији став коју је заузео Уставни суд у једној од својих одлука. Наиме, по предлогу за оцену уставности и законитости одредбе 128 и 129 Закона о електронским комуникацијама (Сл. гласник бр. 44/10), донета је одлука да је одредба којом се дозвољава примена посебних мера и одступање од заштите тајности писама и других облика општења и без одлуке суда неуставна.¹⁶

Утолико је ситуација са овим „специјалним“ кривичним делима деликатнија и захтева од јавног тужиоца као и од осталих учесника (судије за претходни поступак и полиције) проактивни приступ, јер се једино на основу посебних доказних радњи могу прикупити докази који ће касније бити ко-

ришћени. Дакле, постоји условљеност законито спроведених доказних радњи и поштовања уставних гаранција везаних за приватност лица које се налази на „мерама“.

У том случају, улога спроводиоца ових посебних доказних радњи –полиције, БИА и ВБА – умногоме добија на значају. Али и тај рад подлеже контроли законодавне власти у неком смислу, тј. парламентарном надзору, како не би дошли у стање правне несигурности и злоупотребе овлашћења, које резултира нарушавањем уставних гаранција. То са друге стране не задире у самосталност јавног тужилаштва и самосталност и независност судова као правосудних органа.

Код нас постоји и Пословником Народне Скупштине РС предвиђен је Одбор за контролу служби безбедности, као и Одбор за одбрану и унутрашње послове. У оквиру Пословника одређена је и надлежност ових одбора, али и границе парламентарног надзора полиције и осталих безбедносних служби.

Одбор за контролу служби безбедности први пут функционише независно од Одбора за одбрану и унутрашње послове, а исти је почетком 2013. године донео одлуку којом ближе одређује начин вршења непосредног надзора.

Међутим, сам Пословник Народне скупштине не помиње директно да Одбор за одбрану и унутрашње послове врши надзор над полицијом, али као један од облика парламентарног надзора и самим тим и рада ових Одбора одређена је и посета институцијама – ВБА, БИА и ВБА.

¹⁴ М. Шкулић, Ђ. Игњатовић, *Организовани криминалитет*, Правни факултет, Београд, 2010. година, стр. 299.

¹⁵ Билтен Врховног касационог суда у Београду бр.1/15, стр.220 -221, Интермекс, Београд.

¹⁶ Одлука Уставног суда ИУз 1245/10 од 13.06.2013.године (Сл.гласник бр.60/13).

Један од примарних циљева ових посета је надзор на уставношћу и законитошћу примене посебних доказних поступака и мера за тајно прикупљање података.¹⁷ Такође, дефинисање парламентарног надзора од стране Одбора за контролу служби безбедности одређено је и чл. 16 Закона о основама уређења служби безбедности. Чланом 13 Закона о Безбедносно-информативној агенцији одређено је да директор Агенције, на основу претходне одлуке суда, може да одреди предузимање мера којима се одступа од начела неповредивости писама и других средстава саопштења.

Крајем децембра 2013. године Уставни суд Србије донео је одлуку којом је утврдио да су одредбе чл. 13, 14 и 15 Закона о БИА, нису у сагласности са Уставом, јер је Уставни суд оценио да одступања од начела неповредивости тајности писама и других средстава општења нису формулисана довољно јасно и прецизно. Суд је нагласио да без обзира на то што БИА обавља послове високог степена тајности, суд сматра да послови Агенције морају бити предвиђени до степена који је разуман у датим околностима. Суд је одложио објављивање ове одлуке у Службеном гласнику у складу са чл. 58 ст. 4 Закона о Уставном суду.¹⁸

Закон о кривичном поступку не предвиђа спољни надзор за примену посебних мера над законити-

¹⁷ Катарина Ђокић, Београдски центар за безбедносну политику, Парламенти на специјалном задатку – надзор над применом посебних мера за тајно прикупљање података, стр. 12.

¹⁸ Одлука Уставног суда ИУз -252/2002 (Службени гласник РС бр.65/14).

тошћу и сврсисходношћу примене ових мера, такође ни Закон о полицији не прецизира начин вршења парламентарног надзора над њеним радом када је у питању спровођење ових мера.¹⁹

Добра ствар је у томе што је што је на неки општи начин предвиђен парламентарни надзор у вези спровођења посебних доказних радњи када је у питању њихово извршавање, с тим што је потребно исти прецизирати, али свакако да Република Србија у овом смислу чини крупне кораке и прати светске трендове.

Када је у питању други основ одступања од уставних гаранција –национална безбедност Републике Србије, тај режим заштите односно примене посебних мера предвиђен је Законом о ВБА и ВОА. У последње време, а с обзиром на напредак технологије у комуникацији, увођењем нових видова комуникације (Viber, What's App, Facebook, Instagram, Twitrer, Ask itd.), пракса захтева и озбиљнији приступ и профилизацију овлашћених службених лица и организационих јединица које се баве спровођењем ове посебне доказне радње, како би се добила квалитетна информација која је истовремено и употребљива за даљи поступак.

Она је често од непроцењивог значаја када је у питању кривично дело из чл. 246 КЗ-а, јер може довести до следеће карике у ланцу продаје односно промета, а наравно исто важи и за друга кривична дела из чл. 162.

¹⁹ Катарина Ђокић, *ibidem*.

Ако наводимо праксу Вишег јавног тужилаштва у Ваљеву и његова искуства у погледу примене посебних доказних радњи, можемо да истакнемо да је узимајући у обзир палету посебних доказних радњи највише примењивана посебна доказна радња – тајни надзор комуникација.

Након окончаних мера, резултати истих су били доношење наредби о спровођењу истраге, а касније и оптужница које су великој већини завршавале осуђујућом пресудом. Оно што је можда интересантно, то је да одбрана није, осим у једном кривичном предмету, побијала законитост спроведених радњи на основу којих су добијани адекватни докази који су били пресудни за доношење осуђујућих пресуда.

Већ смо навели да је било случајева примене члана 164 ЗКП-а, случајни налаз, и предузимано је гоњење и када није било јединственог поступка са лицима према којима је мера примењена.

Треба имати у виду да је ово тужилаштво имало више предмета везаних за примену посебних доказних радњи и да је спровело више акција у сарадњи са полицијом, безбедносним агенцијама и другим државним органима везано за различита кривична дела наведена у члану 162 КЗ. Као пример, а то је до сада и једини случај у пракси овог тужилаштва, наводим решење Вишег суда у Ваљеву К. бр. 36/14 од 31.07.2014. године, којим је одређено издвајање транскрипата разговора прибављених применом посебне доказне радње – тајни надзор комуникација из

списа суда и уништење истих, на које је ово тужилаштво изјавило жалбу Кт. бр. 77/13 од 04.08.2014. године, која је усвојена решењем Апелационог суда у Београду Кж. бр.2 1610/14 од 27.08.2014. године, којим је предмет враћен на поновно одлучивање Вишем суду у Ваљево.

Као пример наводимо и различите појавне облике коруптивних кривичних дела, производње и промета опојних дрога, кријумчарења људи...

ЗАКЉУЧАК

Специјална кривична дела захтевају много више проактивног приступа у односу на остала кривична дела, пре свега од стране јавног тужиоца, јер је реч о веома тешким кривичним делима.

Координација између полиције, БИА и ВБА мора бити на завидном нивоу како би спроведене доказне радње дале резултат који ће у крајњој линији довести до осуђујуће пресуде.

Примена ових мера и њихово законито предузимање су кључ успеха, када су у питању ова кривична дела, јер уколико оне нису спроведене на законит начин, неуспех у предмету је изванредно познат, с обзиром да се други докази не могу прибављати, јер је њихово прикупљање без ових мера практично немогуће.

Законодавац је дао на значај овим мерама као и државним органима који спроводе ове мере или су укључени у њих кроз извештаје који им се достављају. Као што се види, најкомплекснија од свих наведених мера по начину примене

је прикривени иследник, из разлога „директног“ контакта са лицима која су предмет ове мере, а на основу чега исти мора да задобије „поверење“ тих лица да би дошао до потребних доказа и касније их преточио у извештај, који ће доставити судији за претходни поступак. Због тога од свих актера зависи резултат спроведене мере.

Са аспекта јавности, постоји велика заинтересованост грађана за сазнањима у вези ових мера, пре свега интерес је базиран на информацијама која лица су „жртве“ примене мера, са акцентом на злоупотреби тих радњи и поступака, ограничењима уставних права грађана и на злоупотреби прикупљених података.

Са аспекта носилаца активности у примени посебних доказних радњи, циљ нам је да покажемо да ови поступци, засновани на уставним и законски одређеним правилима и процедурама, на прецизно одређеним механизмима контроле, елиминирају и искључују различите видове злоупотребе, укључујући ту и злоупотребу прикупљених података.

Други исто тако важан циљ, је и основни задатак свих државних органа, борба против ових сложених начина извршења и појавних облика кривичних дела и наравно кажњавање извршилаца ових кривичних дела.

ЛИТЕРАТУРА

1. З. Стојановић, *Међународно кривично право*, VII издање, Београд, 2012.
2. М. Шкулић и Ђ. Игњатовић, *Организовани криминалитет*, Београд, 2010.
3. М. Шкулић и Г. П. Илић, *Водич за примену ЗКП-а*, Параграф, Београд, 2013.
4. Г. Трешњев, *Коментар ЗКП-а*, Службени гласник, Београд, 2013.
5. М. Мајић, Г.П. Илић, С. Бељански, *Закон о кривичном поступку*, Београд, Службени гласник, 2012.
6. Катарина Ђокић – Београдски центар за безбедносну политику *Парламенти на специјалном задатку – надзор над применом посебних мера за тајно прикупљање података*, Београд, 2013.
7. *Билтен Врховног касационог суда у Београду бр. 1/15*, Интермекс, Београд, 2015.

ТАЈНИ АУДИО И КАО ПОСЕБНА У ЗАКОНИКУ ПОСТУПКУ

ДР МИЛАН ШКУЛИЋ,
редовни професор Правног
факултета Универзитета у
Београду

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА О ПОСЕБНИМ ДОКАЗНИМ РАДЊАМА

Посебне доказне радње се често означавају као *специјалне доказне технике*, односно *специјалне истражне технике* и представљају одређене начине прикупљања доказа који су по свом карактеру атипични, те се примењују само у односу на нека кривична дела, која су *с једне стране*, веома тешка, односно озбиљна, како у фактичком погледу с обзиром на последице које проузрокују у једном општем животном смислу, тако и у кривичноправном погледу, с обзиром на казну која је за њих прописана, док се *с друге стране*, таква дела захваљујући неким њиховим феноменолошким карактеристикама, те

психолошким и другим особинама њихових учинилаца, веома тешко откривају, разјашњавају и доказују коришћењем уобичајених, односно редовних доказних метода. То је и довело до потребе да се у савремена кривичнопроцесна законодавства уведе тзв. специјалне истражне технике, те да се у односу на таква кривична дела модификује употреба неких иначе класичних доказних средстава.

Посебне доказне радње, односно специфичне технике прикупљања доказа су пре свега карактеристичне за *преткривични поступак* (док је он код нас деценијама постојао као посебна „претходна” процесна фаза), односно *предистражни поступак* у складу са Законом о кривичном поступку из 2011. године. За посебне доказне радње се

ВИДЕО НАДЗОР ДОКАЗНА РАДЊА О КРИВИЧНОМ СРБИЈЕ

често користи атрибут „истражне“, у смислу *посебне истражне технике*, и оне се и формално у већини законодавстава спроводе у истрази, која се, на пример у Немачкој, а слично је и у Републици Српској, односно у БиХ, може водити како против познатог осумњиченог, тако и у односу на непознатог „учиниоца“ кривичног дела. У оним кривичнопроцесним системима који имају *две истражне фазе*, специјалне истражне технике се по правилу спроводе у *првој истражној фази*, као што је то случај са посебним доказним радњама у нашем кривичном поступку, које се примарно предузимају током предистражног поступка (сходно правилима новог Законика о кривичном поступку), а такав је случај на пример и са ме-

рама тајног надзора које се у Црној Гори спроводе у извиђају.

С друге стране, *доказни резултати* посебних доказних радњи се свакако *користе*, односно могу се *користити у кривичном поступку* (ако дође до његовог покретања), па због тога користимо и термин „доказне технике“. Поред тога, неке специфичне специјалне доказне технике, односно одређена модификована доказна средства, користе се искључиво у формалном покренутом кривичном поступку, као што је то у нашем законодавству случај, са испитивањем некадашњег сведока сарадника (према ЗКП-у из 2001. године), односно сада – *окривљеног сарадника* (ЗКП из 2011. године).¹

¹ Нови Законик о кривичном поступку институт окривљеног сарадника уређује

Одређене посебне доказне радње имају основну заједничку особину да представљају одређени правно дозвољени начин потајног прикупљања података који могу имати доказни значај, те служење извесним облицима Закоником дозвољеног „лукавства“, „обмане“, односно „преваре“, што би се нарочито, када је у питању прикривени иследник могло поистоветити и са једном врстом „шпијунаже“, односно прикривеног прикупљања

у склопу једне варијанте *страначког споразума*, али у теоријском смислу није спорно да и сада, тј. у светлу нове законске регулативе, испитивање окривљеног сарадника спада у вид посебне доказне радње, без обзира што се таква радња у самом Законнику о кривичном поступку (који сада и формално познаје поделу на *опште* и *посебне доказне радње*), не сврстава међу посебне доказне радње.

важних података, али не у односу на другу државу и њене органе, њену војску, легалне организације и сл, већ првенствено у односу на припаднике организованог криминалитета.

2. ПРИСЛУШКИВАЊЕ И СНИМАЊЕ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА У КОМПАРАТИВНОМ КРИВИЧНОМ ПРОЦЕСНОМ ПРАВУ

Могућност одступања од уставног права на неприкосновеност комуникације и општења представља ефикасно средство за супротстављање новим и веома опасним формама криминалитета, као и уопште тешким кривичним делима, која се уобичајеним процесним средствима веома тешко доказују. Сличне могућности постоје и у компаративном кривичном процесном законодавству, а по правилу је предузимање таквих мера могуће у односу на ширу „лепезу“ кривичних дела, него што је то случај према решењу из нашег Законика о кривичном поступку. Чак се може запазити и тенденција присутна у већем броју кривичнопроцесних система, да се потенцијално одступање од иначе Уставом гарантоване неприкосновености комуникације омогућава за читав низ случајева, уз одређивање основа или разлога за то (*материјални услов*) на прилично широк начин, а и земље које се опредељују за стриктно дефинисање кривичних дела у погледу којих су такве радње могуће, чине то по правилу одређивањем прилично широког круга таквих дела.

2.1. Немачка

У Немачкој, где је недавно битно измењен и допуњен ЗКП (*Strafprozessordnung – StPO*), у делу који се тиче тајног аудио и видео надзора,² примењен је *таксативан* приступ приликом одређивања „круга“ кривичних дела у погледу којих је могуће одступање од заштите дискреције телефонских и других разговора.

Истовремено, примењен је прилично *екстензиван* приступ. Другим речима, у немачком кривичном процесном законодавству је знатно шири списак кривичних дела у погледу којих је могуће спровођење прислушкивања и других сличних облика надзора и техничког снимања.³ У оквиру општих учења о доказима, сматра се да нове доказне могућности, где спада и прислушкивање телефонских и других разговора, свој *ratio* имају у потреби лакшег доказивања неких иначе веома тешких кривичних дела.⁴

За надзор над комуникацијом се истиче да посебно омогућава прикупљање доказа у вези кривичних дела организованог криминалитета, при чему се не може повући чврста разлика између репресивних кривичнопроцесних могућ-

ности и правних могућности превентивног полицијског деловања.⁵ То практично значи да се надзором над средствима комуникације – прислушкивањем и снимањем телефонских разговора – могу обезбеђивати потребни докази који омогућавају кривично гоњење за већ учињена кривична дела, али се тако може деловати и превентивно те спречавати извршење планираних кривичних дела, али наравно само уколико то планирање представља само по себи кривично дело за које је могуће предузети прислушкивање, или када се прислушкивањем оствареним на законски начин сазна за припремање другог кривичног дела. У немачкој пракси се истиче да је последњих година прислушкивање телефонских разговора, усмерено на идентификацију лица које разговара, преко телефонског броја, често веома отежано због коришћења мобилних телефона са СИМ картицама, где подаци о кориснику одређеног броја нису доступни (тзв. *gr1-raid* систем), као и када су корисници странци, односно уколико се употребљавају иностране мобилне везе, па се ради решавања таквих проблема предлагане и одређене промене релевантних одредби ЗКП-а.⁶

Употреба одређених техничких средстава, како за прислушки-

² Више о некадашњем законском решењу у Немачкој у : М.Шкулић, Организовани криминалитет – појам и кривичнопроцесни аспекти., Правни факултет Универзитета у Београду и «Досије», Београд, 2003., стр. 267 – 2841.

³ Више о томе: С. Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, „Verlag С. Н. Beck“, München, 1998, стр. 281–287.

⁴ J. Brack und N. Thomas, Kriminaltaktik, „Richard Boorberg Verlag“, Struttgart, Munchen und Hannover, 1983, стр. 12.

⁵ E. Lücking, Die Strafprozessuale Überwachung des Fernmeldverkers – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, „Max-Planck-Institut“, Freiburg im Breisgau, 1992, стр. 14–15.

⁶ F. Thiede, Gerätekenung eines Handys als Aknüpfungspunkt für Telekommunikationsüberwachung, Kriminalistik, No. 3/03, Heidelberg, 2003, стр. 165–166.

вање, тако и у односу на тајно видео снимање и фотографисање током спровођења пристоје (тајне опсервације), те могућност тајног уграђивања средстава за прислушкивање и снимање разговора, постоји у Немачкој у складу са решењима посебног закона који регулише ту област – OrgKG – Закон о сузбијању недозвољене трговине опојним материјама и других форми организованог криминалитета,⁷ с тим да су у литератури у великој мери подељена мишљења о томе да ли су могућности прислушкивања разговора које постоје у складу са тим законом у потпуности усклађене са решењем из § 100ц Законика о кривичном поступку Немачке (StPO).⁸ Већ током расправа о Нацрту овог посебног закона који омогућава употребу техничких средстава ради тонског прислушкивања стамбених просторија, те видео снимање током пристоје, вођена је врло жива парламентарна дискусија о томе да ли су таква решења у складу са уставним прописима, нарочито када је реч о превентивним активностима тог типа.⁹

Када су испуњени потребни законски услови, одговорно лице у компанији која се бави пружањем комуникацијских услуга је дужно да уз сагласност савезног ми-

нистра за пошту и телекомуникације омогући прислушкивање и снимање телефонских разговора, а у немачкој литератури се понекад постављало и питање недовољног регулисања одређених техничких, правних и финансијских проблема који у вези с овим настају.¹⁰

Иначе, у немачкој пракси и теорији се доста расправљало и о могућностима превентивног прислушкивања телефонских разговора, посебно у вези са сузбијањем организованог криминалитета. Наиме, у нацрту Закона о сузбијању незаконите трговине опојним средствима и другим појавним облицима организованог криминалитета (OrgKG), као и у нацрту Закона о изменама Закона о уређајима за даљински пренос информација (FAG), првобитно је била предвиђена могућност прислушкивања и снимања телефонских разговора уколико је то потребно за отклањање непосредне (садашње или постојеће) опасности по живот, тело или слободу неког лица, али такав предлог ипак није прихваћен, мада се данас у неким радовима истиче да би законска могућност превентивног полицијског прислушкивања телефонских разговора имала велики значај у односу на сузбијање организованог криминалитета, за који се у Немачкој истиче да постаје све већи проблем.¹¹ Поред тога, и полицијска пракса је дуго инсистирала на про-

ширењу могућности за прислушкивање телефонских и других разговора, али и „озвучење” просторија и возила, истичући да, мада је према официјелним статистикама број обављених прислушкивања у Немачкој у просеку током једне године знатно виши него у САД, то фактички није тако, јер се с једне стране, у САД званично статистички не бележе сва заиста обављена прислушкивања, а с друге стране, у тој земљи је под одређеним условима могуће прислушкивање и без одлуке суда, а које се потом статистички не бележи, што у Немачкој није могуће.¹²

У Немачкој се стриктно разликује неколико врста тајног аудио и видео надзора: 1) надзор и снимање телекомуникација; 2) прислушкивање и снимање разговора који се воде у станovima и другим просторијама; 3) прислушкивање и снимање техничким средствима разговора који нису намењени јавности, а воде се изван стана; 4) прибављање података о контактима путем средстава телекомуникације; 5) тајна пристоја уз тајно фотографисање и видео снимање; 6) утврђивање броја прикључка мобилног телефона и броја коришћене СИМ картице.

⁷ Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG).

⁸ Више о томе: J. König, Einsatz technischer Mittel nach par. 100c StPO, Kriminalistik, No. 5/98, Heidelberg, 1998, стр. 349–350.

⁹ J. Meyer und W. Hetzer, Schulterschluss gegen Organisierte Kriminalität, Kriminalistik, No. 11/97, Heidelberg, 1997, стр. 694–698.

¹⁰ W. Weinem, Die strafprozessuale Überwachung der Telekommunikation, Kriminalistik, No. 11/95, Heidelberg, 1995, стр. 735.

¹¹ I. Weitemeier und W. Große, Telefonüberwachung aus präventivpolizeilichen Gründen, Kriminalistik, No. 5/97, Heidelberg, 1997, стр. 335 и стр. 338.

¹² R. Rupprecht, Rechtstatsachen als Basis der OK-Gesetzgebung, Organisierte Kriminalität, Bundeskriminalamt (Hg.), Wiesbaden, 1997, стр. 75–76.

2.1.1. Надзор и снимање телекомуникација у Немачкој

У складу са одредбом § 100а StPO, надзор и снимање телекомуникација дозвољено је и без знања лица које се надзире: 1. ако одређене чињенице оправдавају сумњу да је одређено лице као извршилац или саучесник учинило неко од кривичних дела у погледу којих је могућа таква посебна доказна радња, односно покушало учинити дело чији је покушај кажњив или је кривичним делом припремао такво дело; 2. ако дело и као појединачно представља кривично дело одређене тежине, тј. спада у тзв. тешко кривично дело за које је иначе могућ тајни надзор; 3. ако утврђивање чињеничног стања или боравишта осумњиченог на неки други начин нема изгледа за успех или је значајно отежано.

Тешка кривична дела су низ кривичних дела садржаних у самом Кривичном законнику попут: а) кривична дела против мира, велеиздаја и угрожавање демократске правне државе, као и издаја земље и угрожавање спољне безбедности према §§ 80 до 82, 84 до 86, 87 до 89а, 94 до 100а; б) давање мита посланицима према § 108е; ц) кривична дела против националне безбедности (§§ 109д до 109х); д) кривична дела против јавног реда према §§ 129 до 130; е) фалсификовање новца и знакова за вредност према §§ 146 и 151, а у вези са § 152, и према § 152а ст. 3 и § 152б ст. 1 до 4; ф) кривична дела против полне слободе у случајевима из §§ 176а, 176б, 177 ст. 2 тач. 2 и § 179 ст. 5 тач. 2; г) израда, сти-

цање и поседовање списа дечије и малолетничке порнографије према § 184б ст. 1 до 3, § 184ц ст. 3; х) убиство и лишавање живота из нехата према §§ 211 и 212; и) кривична дела против слободе човека према §§ 232 до 233а, 234, 234а, 239а и 239б; ј) крађа од стране криминалне групе према § 244 ст. 1 тач. 2 и тешка крађа од стране криминалне групе према 244а; к) кривична дела крађе и уцене према §§ 249 до 255; л) професионално бављење препродајом украдених предмета, препродаја украдених предмета од стране криминалне групе и професионално бављење препродајом украдених предмета према §§ 260 и 260а; м) прање новца или прикривање незаконито стечене имовине сагласно § 261 ст. 1, 2 и 4; н) превара и компјутерска превара под условима наведеним у § 263 ст. 3 реч. 2 и у случају из § 263 ст. 5, у вези са § 263а ст. 2; о) обмана при прибављању субвенције под условима наведеним у § 264 ст. 2 реч. 2 и у случају § 264 ст. 3 у вези са § 263 ст. 5 итд., али и низ других кривичних дела, попут оних која су прописана пореским законодавством, затим ратни злочини, злочини против човечности, геноцид итд. У основи је прилично велики број кривичних дела ове врсте, тј. оних кривичних дела ради чијег се разјашњења у Немачкој може предузимати ова посебна доказна радња.

Мере може наредити само суд на захтев државног тужилаштва. Ако постоји опасност од одлагања, наредбу може издати и др-

жавно тужилаштво. Наредба престаје да важи ако је у року од три радна дана не потврди суд. Наредба може трајати најдуже три месеца. Дозвољено је продужење наредбе за још максимално три месеца, ако су испуњени услови из наредбе у смислу резултата добијених истрагом.

Наредба се издаје у писменом облику и она мора садржати: 1. ако су познати, име и адресу особе на коју се мера односи; 2. број телефона или другу ознаку прикључка или апарата који се треба надзирати, ако одређене чињенице не покажу да су исти додељени другом апарату; 3. врсту, обим и дужину трајања мере уз навођење тренутка престанка мере. На основу наредбе, сваки субјекат чија је делатност пружање или учешће у пружању телекомуникацијских услуга мора омогућити суду, тужилаштву и њиховом истражном особљу у полицији (§ 152 закона о судовима) спровођење мера према § 100а и доставити потребне информације без одлагања. Ако више не постоје услови из наредбе, предузимање мера које су наређене одмах се мора обуставити. Након обустављања мера, о резултатима њиховог предузимања мора се обавестити суд који је издао наредбу.

2.1.2. Прислушкивање и снимање разговора који се воде у стамбеним просторијама

Овај облик тајног аудио и видео надзора који се традиционално у Немачкој означава као тзв. велики

прислушкивачки захват,¹³ регулисан је одредбама § 100ц немачког Законика о кривичном поступку (StPO).

Без знања особе на коју се мера односи, у њеном се стану могу техничким средствима прислушкивати и снимати њени разговори који нису намењени јавности, уколико су кумулативно испуњени следећи услови: 1. ако одређене чињенице оправдавају сумњу да је одређено лице као извршилац или саучесник учинило неко од кривичних дела у погледу којих је могућа посебна доказна радња или покушао учинити дело за које је покушај кажњив; 2. ако дело и као појединачно дело има тежину која оправдава такву радњу; 3. ако чињенице упућују на закључак да ће се надзором снимити изјаве осумњиченог које су од значаја за расветљавање чињеничног стања или за утврђивање боравишта других осумњичених; 4. ако утврђивање чињеничног стања или боравишта неког другог осумњиченог на неки други начин нема изгледа за успех или је значајно отежано.

Потом се набраја низ кривичних дела која спадају у „тешка кривична дела“ у погледу којих је ова радња могућа, попут кривичних дела против мира, велеиздаје и угрожавања демократске правне државе, као и издаје земље и угрожавања спољне сигурности, тероризма, организованог криминала, кривичних дела против човечности, као што су геноцид, ратни злочини итд. Мера се може одно-

сити само на осумњиченог и спроводити у његовом стану. У становима других лица мера је дозвољена само ако одређене чињенице упућују на закључак да у њима борави осумњичени, те уколико се још и оцени да мера која се спроводи у стану осумњиченог сама по себи неће довести до утврђивања чињеничног стања или боравишта другог осумњиченог. Мера се може спроводити и кад се њоме неизбежно обухватају и друге особе.

Мера се може наредити само ако чињенице, посебно у односу на врсту просторија које треба посматрати и међусобног односа посматраних особа, оправдавају претпоставку да се праћењем неће пресрести изјаве које спадају у сферу приватног живота. Разговори у службеним и радним просторијама по правилу не спадају у сферу приватног живота. Исто важи и за разговоре о учињеним кривичним делима и изјавама да су учињена кривична дела.

Прислушкивање и снимање мора се одмах прекинути ако се у току надзора појаве индиције да ће се снимити искази који спадају у сферу приватног живота. Снимци о таквим исказима морају се одмах избрисати, а сазнања о таквим изјавама не смеју се користити. Мере ове врсте могу на захтев тужилаштва наредити само судска већа у покрајинским судовима, на чијем се подручју налази седиште тужилаштва. Ако постоји опасност од одлагања, наредбу може издати председник већа. Наредба председника већа престаје важити ако

исту у року од три радна дана не потврди кривично судско веће. Наредба може трајати најдуже месец дана. Дозвољено је продужење наредбе преко месец дана ако су испуњени услови из наредбе у смислу резултата добијених истрагом. Ако је дужина трајања наредбе продужена на укупно шест месеци, о даљем продужењу решава врховни покрајински суд.

Наредба се издаје у писменом облику и садржи следеће податке: 1. ако су познати, име и адресу осумњиченог на којег се мера односи; 2. кривично дело за које се осумњичени терети и на основу којег се наређује мера; 3. стан или стамбене просторије које се надзиру; 4. врсту, обим и дужину трајања мере; 5. врсте информација које ће се прикупити мером и њихов значај за поступак.

2.1.3. Прислушкивање и снимање техничким средствима разговора који нису намењени јавности, а воде се изван стана

Овај облик тајног аудио и видео надзора је у Немачкој регулисан одредбама § 100ф StPO. И без знања лица која се надзиру, изван стана је дозвољено прислушкивање и снимање техничким средствима разговора који нису намењени јавности, ако због одређених чињеница постоји сумња да је одређено лице као извршилац или саучесник учинило неко од кривичних дела наведених у § 100а ст. 2, које и као појединачно дело представља тешко кривично дело, или у случајевима у којима је по-

¹³ Више о томе: C.Roxin und B.Schünemann, Strafverfahrensrecht, „Verlag C.H.Beck“, München, 2009., стр. 273-275.

кушај кажњив, лице покушало да учини такво дело, а утврђивање чињеничног стања или боравишта осумњиченог на неки други начин не би имало изгледа за успех.

Мера се може применити само према осумњиченом, а у односу на друга лица мера се може наредити само ако одређене чињенице упућују на закључак да су те особе у вези са осумњиченим или се таква веза успоставља, те да ће мера довести до расветљавања чињеничног стања или до откривања боравишта осумњиченог, а и једно и друго на неки други начин не би имало изгледа за успех или би било значајно отежано. Поред тога, мера се може спровести и кад су њоме неизбежно обухватају друге особе.

2.1.4. Прибављање података о контактима путем средстава телекомуникација

Ова мера је могућа у складу са одредбом § 100g StPO, ако одређене чињенице оправдавају сумњу да је одређено лице у својству извршиоца или саучесника учинило одређено кривично дело, а мора се радити о делу које је и као појединачно дело од великог значаја, а поготово неко од дела из § 100a ст. 2 (дела у погледу којих је могућ тајни надзор телекомуникација). Мера је могућа и ако је лице покушало учинити кривично дело чији је покушај кажњив или је кривичним делом припремао такво дело, као и уколико је лице учинило кривично дело путем телекомуникације.

Тада се и без знања тог лица могу прикупити подаци који се тичу његовог телекомуникационог саобраћаја (у смислу § 96 ст. 1, § 113a закона о телекомуникацијама). То је могуће ако је потребно за утврђивање чињеничног стања и боравишта осумњиченог, а мера је дозвољена само ако би расветљавање чињеничног стања или утврђивање боравишта осумњиченог на други начин било без изгледа за успех и ако би прикупљање података било сразмерно значају предмета.

2.1.5. Тајна присмотра уз тајно фотографисање и видео снимање

Ова мера, која се своди само на тајни видео надзор,¹⁴ регулисана је одредбом § 100x StPO. И без знања лица на које се мере односе, изван стана се могу: 1. правити фотографије; 2. користити одређена техничка средства у друге посебне циљеве посматрања. Ово је могуће ако утврђивање чињеничног стања или боравишта осумњиченог на неки други начин не би имало изгледа за успех или би било значајно отежано. Мера је допуштена само ако је предмет истраге кривично дело од посебног значаја, а мера се по правилу може приме-

¹⁴ Ради се о мери која у сличном облику постоји и у Аустрији, где као и у Немачкој таква мера не обухвата и тонско снимање, што такође донекле представља још један аргумент у прилог тумачењу да ни слична мера из нашег законодавства (нови ЗКП из 2011. године), тј. тајно праћење и снимање, не може да се рутински протегне и на тонско, односно аудио снимање, као што смо то већ и објаснили у претходном тексту.

нити само непосредно на осумњиченог.

Као изузетак, у односу на друге особе ове мере могу се наредити само ако би испитивање чињеничног стања или утврђивање боравишта осумњиченог на други начин имало мање изгледа за успех или би било значајно отежано, при чему ако одређене чињенице упућују на закључак да су те особе у вези са осумњиченим или се таква веза успоставља, а да ће мера довести до расветљавања чињеничног стања или до откривања боравишта осумњиченог, а у противном и једно и друго, на неки други начин не би имало изгледа за успех или би било значајно отежано. Поред овога, мере ове врсте могу се спроводити и кад се њима неизбежно обухватају и треће особе.

2.1.6. Утврђивање броја прикључка мобилног телефона и броја коришћене СИМ картице

Ова мера је регулисана одредбом § 100и StPO. Онда када на основу одређених чињеница постоји сумња да је одређено лице као извршилац или саучесник учинило кривично дело које је и као појединачно дело од посебног значаја, а нарочито када се ради о неком од дела из § 100a ст. 2 (кривична дела у погледу којих је могућ тајни надзор телекомуникација), или да је покушао кривично дело чији је покушај кажњив или је кривичним делом припремао такво дело, онда се техничким средствима могу утврдити: 1) број прикључка мо-

билног апарата и број картице која је у њему кориштена; 2) локација мобилног апарата, ако је то потребно за утврђивање чињеничног стања и боравишта осумњиченог.

Лични подаци о трећим особама могу се поводом таквих мера прикупљати ако је то из техничких разлога неизбежно за постизање циља мере, а такви се подаци не смеју користити у друге сврхе осим ради саврењања података који су потребни за утврђивање траженог броја апарата и броја картице. Након престанка мере, такви подаци морају се одмах избрисати.

Наредбом се мере могу одредити у трајању не дужем од шест месеци, а дозвољено је продужење мере на рок од најдуже шест додатних месеци, ако су и даље испуњени законски услови који су били потребни да се мера одреди.

2.2. Аустрија

У Аустрији је 1. јануара 2008. године ступио на снагу потпуно нови Законик о кривичном поступку, за који је карактеристично да уводи низ фундаменталних новина, попут увођења државно-тужилачке, односно полицијске истраге, под руководством државног тужиоца, при чему нови концепт у битном одговара традиционалним захтевима европско-континенталног кривичног процесног права.

Видео надзор лица на отвореном простору или у јавним просторијама, као и обично слушање разговора који се воде у јавности и које и иначе свако треће лице може да чује, могуће је без посебних ограничења (као када се, на пример,

ради о камерама за надзор у робним кућама или слушању разговора који воде лица за суседним столом у ресторану), док, на пример, монтирање уређаја на аутомобилу којим се може установити његово кретање у простору подлеже одређеним законским ограничењима, исто као што је и уградња уређаја за прислушкивање разговора у аутомобилу могућа једино под условима који су у ЗКП-у прописани за надзор над разговорима који се обављају у просторијама.¹⁵

У складу са одредбом § 136 ЗКП Аустрије, оптички и акустички надзор лица дозвољен је у следећим случајевима: 1) када се ради о кривичном делу отмице; 2) када се примењује у вези са ангажманом прикривеног истражника; 3) код тешких кривичних дела – уколико се ради о кривичном делу за које је прописана казна преко десет година затвора, или уколико је у питању кривично дело терористичког удруживања, као и када се ради о организованом криминалитету и сл, при чему је неопходно да се ради о *ultima ratio* случају, што значи да је на други начин немогуће да се разјасни кривично дело или би то било значајно отежано.¹⁶ Могуће је и да се надзор не односи само на осумњиченог, већ и на треће лице, без сагласности тог трећег лица, уколико се може очекивати да осумњичени ступи у контакт са њим (§ 136 Abs. 1 Z).

У Аустрији је могућ и надзор само „објекта”

¹⁵ S.Seiler, *Strafprozessrecht*, 10. überarbeitete Auflage, Facultas.wuv., Wien, 2009, стр. 140-141

¹⁶ *Ibid.*, стр. 142.

(*Objektüberwachung*), што у ствари представља *присмотру*, која је код нас претежно оперативног карактера, а у извесним елементима оваква радња асоцира на тајно праћење и снимање које је посебна доказна радња у Србији, у складу са новим Закоником о кривичном поступку. Наиме, када се ради о просторијама које нису станови и не спадају у правно заштићени „стамбени простор”, могуће је такве просторије или такве отворене просторе видео надзирати,¹⁷ у циљу утврђивања контаката између лица, односно понашања лица на тим просторима, а то се може чинити када се ради о потреби разјашњавања било ког кривичног дела, дакле без обзира на врсту и тежину кривичног дела.¹⁸ Видео надзор у становима, односно просторијама које се правно штите као станови (*durch das Hausrecht geschützten Raums*), могућ је само у циљу разјашњавања умишљајног кривичног дела запређеног казном затвора тежом од једне године и само уколико је држалац стана изричито одобрио такав надзор, при чему је још неопходно и да

¹⁷ Као што објашњавамо у даљем тексту, чини се да је код нас спорно да ли се у оквиру тајног праћења и снимања (посебна доказна радња регулисана новим Закоником о кривичном поступку из 2011. године), могу вршити и *тонска снимања*, или је могуће једино *видео*, односно *фото снимање*, као што то посебно апострофирамо у закључку), чини се да ипак претежу аргументи у правцу тврдње да на нивоу садашње законске регулативе није могуће тонско снимање, слично као што је то законом стриктно уређено у Аустрији.

¹⁸ S.Seiler, *op.cit.*, стр. 142.



се на други начин кривично дело не би могло разјаснити или би то било знатно отежано.¹⁹

Формални услов за тајни аудио и видео надзор у Аустрији је постојање судског одобрења, које се даје на захтев државног тужиоца, а уколико се ради о уласку у просторије ради монтирања уређаја за надзор, тада је и за то потребно посебно одобрење суда, с тим да једино у случају узимања талаца, тј. потребе ослобађања талаца код кривичних дела као што је тероризам и сл, криминалистичка полиција може да започне са спровођењем тајног надзора и без одлуке суда.²⁰

2.3. Италија

„Пресретање” конверзација окривљеног и његових комуникација, што укључује прислушкивање и снимање телефонских разговора, представља озбиљно одступање од права на приватност, те може бити одређено само у погледу тешких кривичних дела и када постоје озбиљни разлози за веровање да је окривљени крив,²¹ а да при томе не постоји други на-

чин прикупљања доказа.²² Одређивањем врсте кривичног дела (што се чини на прилично уопштен начин, али без дилеме да у круг тих кривичних дела спадају и она која представљају облике организованог криминалитета), те дефинисањем разлога који се односе на процену доказног значаја аудио надзора, утемељен је *материјални услов* за одступање од Уставом заштићене (чл. 15) слободе и приватности кореспонденције и комуникације у Италији.

Поред тога, да би се предузеле такве активности, неопходно је и постојање одређеног *формалног услова*, који се огледа у следећем: 1) неопходно је постојање одлуке суда током прелиминарне истраге; 2) потребно је да се таква одлука донесе на основу претходно поднетог захтева јавног тужиоца, с тим да под посебним околностима, прислушкивање може бити наређено и од стране самог јавног тужиоца, али је он дужан да смеSta о томе поднесе извештај судији надлежном за прелиминарну истрагу, који тада такву меру може да потврди или да одбије њену примену.²³

2.4. Велика Британија

Мада иначе не постоји самостално кривичнопроцесно законодавство Велике Британије, јер углавном постоје посебни извори кривичног процесног права за Ен-

глеску и Велс, с једне стране, и Шкотску, с друге стране, у погледу опште могућности одступања од права на приватност, јединствена регулатива егзистира за целокупну Велику Британију. Руководећи се одлуком Европског суда за људска права у случају *Malone v. United Kingdom*,²⁴ Парламент је донео Закон о прислушкивању комуникација (*Interception of Communications Act 1985*), у чијем је чл. 1 предвиђена могућност прислушкивања веза која се остварују захваљујући поштанским услугама, а што је могуће само на основу налога издатог од стране државног секретара у случајевима који се односе на националну безбедност, а у циљу превенције или откривања тешких кривичних дела, или ради очувања економског благостања Велике Британије.²⁵

У наведеном законском акту предвиђене су и одређене мере правне заштите лица чије је право на неприкосновеност тајности општења путем одговарајућих техничких средстава повређено. Свака особа која верује да му је право тајности комуникације повређено, може се жалити суду и ако суд установи да су правила која се односе на налог и само прислушкивање повређена, он ће о свом закључку обавестити жалиоца, а такође подноси извештај премијеру, те ће, ако сматра да је то *inter alia* прикладно, наредити уништавање копија прислушкива-

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibid., стр. 143.

²¹ Оваква формулација оставља сумњу постојања противречности у односу на дејство *претпоставке невиности*, односно налази се у извесном нескладу са правом окривљеног да се претпостављено сматра невиним, све док његова кривица не буде утврђена правноснажном судском пресудом, што је иначе стриктно предвиђено у италијанском кривичнопроцесном законодавству, а темељи се и на чл. 27 Устава Италије и чл. 6(2) Европске конвенције о људским правима.

²² C. Van den Wyngaert, C. Gane, H. H. Kühne and F. M. Cauley, (део који је писао P. Corso *Criminal procedure systems in the European Community*., „Cambridge University Press“ London, 2002, стр. 245.

²³ Ibidem.

²⁴ *Malone v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, 2. August, 1984.

²⁵ C. Van den Wyngaert C. Gane, H. H. Kühne and F. M. Cauley, (део који је писао C. Gane), *op. cit.*, стр. 363.

ног материјала, уз обавезивање државног секретара да се жалиоцу надокнади штета.²⁶

2.5. Холандија

Прислушкивање и снимање телефонских разговора (што не укључује саопштења средствима као што су „walkie-talkie“ или телефакс), у Холандији је допуштено од 1971. године, под условом да се ради о истрагама за кривична дела у погледу којих је могуће задржавање или притвор, али само у погледу већ учињених кривичних дела, док такве радње нису могуће у погледу кривичних дела за која тек постоји могућност да буду извршена у будућности, мада информације прибављене на такав начин, током истраге већ актуелног кривичног дела, могу да буду доказ у погледу других кривичних дела, чак и када у односу на њих није могућ притвор или задржавање.²⁷

Прислушкивање и снимање телефонских разговора може се спровести само након што је то дозволио истражни судија, а не постоје правила у погледу дужине трајања тих активности, док се сви прикупљени материјали морају уништити од стране истражног судије уколико не постоје изгледи да се користе у истрази.²⁸

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ C. Van den Wyngaert C. Gane, H. H. Kühne and F. M. Cauley, (део који је писао А. Н. J. Swart), *op. cit.*, стр. 304.

²⁸ *Ibidem.*

2.6. Белгија

За Белгију је карактеристично да се могућност прислушкивања и снимања телефонских разговора, односно могућност њиховог регистровања ради потреба кривичног поступка, одређује веома широко и без дефинисања круга кривичних дела у погледу којих је то могуће, али уз велики утицај судске праксе, односно одлука највиших судских инстанци.

Општи услов за вршење надзора над телефонском комуникацијом у Белгији је да она мора бити регулисана законом (*легалитет* као услов), те да мора да буде легитимна и пропорционална, али не постоји детаљније законско регулисање овог питања, које се конкретније уређује судском праксом.²⁹

2.7. Шпанија

Чланом 18(3) Устава Шпаније гарантована је тајност комуникација, посебно поштанских, телеграфских и телефонских видова комуницирања, а свако одступање од овог права мора да буде утемељено на наредби суда у складу са чл. 579 ЗКП Шпаније, којим се омогућава одузимање кореспонденције, праћење телеграфских и телефонских комуникација, а „у будућности“ се ова правила могу, ако је то неопходно, користити и погледу надзора над компјутерским подацима.³⁰ Одступање

²⁹ C. Van den Wyngaert C. Gane, H. H. Kühne and F. M. Cauley, (део који је писала C. Van den Wyngaert), *op. cit.*, стр. 28–29.

³⁰ C. Van den Wyngaert C. Gane, H. H. Kühne and F. M. Cauley, (део који је писао E.

од тајности комуникација, те њихово прислушкивање и снимање, могуће је уз поштовање следећих правила (чл. 579 ЗКП): 1) судија мора одобрити прислушкивање приватне кореспонденције упућене од осумњиченог или ка њему, било да је она поштанска или телеграфска, те мора допустити да она буде отворена, ради прикупљања података потребних за откривање нових или поткрепљење већ постојећих доказа, или ако се тиме могу прибавити друге важне чињенице; 2) слично, судија може под истим околностима, на основу одлуке донесене на темељу разумних околности, да нареди прислушкивање телефонских комуникација осумњиченог; 3) на исти начин, судија може образложеном одлуком, заснованом на разумним околностима, наредити да се у периоду до највише три месеца (а што се може продужити за исти период) надзиру поштанске, телеграфске или телефонске комуникације лица осумњиченог да је извршило кривично дело, или када он намерава да те комуникације употреби ради реализације криминалних циљева.³¹

У хитним случајевима, када је истрага усмерена ка откривању кривичних дела повезаних са акцијама тајне и наоружане групе, или случајевима тероризма односно побуне, мере одступања од неприкосновености средстава комуницирања могу бити одобрене од стране министра унутрашњих послова или директора службе др-

Ruiz Vadillo), *op. cit.*, стр. 393.

³¹ *Ibidem.*

жавне безбедности, а таква одлука, заједно са разлозима њеног доношења, мора сместа да се у писаном облику достави надлежном судији, који у року од 72 сата од времена када је надзор наређен, доноси своју образложену одлуку, засновану на разумним околностима, којом надзор опозива или потврђује.³²

2.8. Сједињене Америчке Државе

У САД је главни правни извор могућности коришћења средстава за прислушкивање и тајно снимање телефонских и других разговора, након неколико прецедената Врховног суда САД, постао федерални „Закон о контроли злочина и сигурним улицама” (*The Omnibus Crime Control and Save Streets Act*), чији један део регулише материју која се односи на прислушкивање и снимање, с тим што је савезним државама допуштено сопствено регулисање те области, али само под условом да у ограничавању грађанских права не смеју имати рестриктивнији приступ од оног који је заступљен у овом федералном закону.³³ У америчкој литератури се често истиче да већина полицијских службеника сматра да се докази против припадника највиших ешалона организованог криминалитета не могу прибавити уобичајеним доказним средствима, те да се без примене пре свега тзв. електронског надзора (*electronic*

surveillance), докази у погледу такве криминалне делатности не могу обезбедити.³⁴ Такав став је истакнут и у закључку једне председничке комисије у коме се истиче: „Захваљујући својој организованости и методама организовања, организоване криминалне активности захтевају примену софистицираних метода прикупљања доказа. Сведоци често не желе да се одазову позиву да сведоче, а чланови организације су дужни да чувају тајне организације, било због заклетве коју су положили, те тиме преузели „обавезу ћутања”, било услед претње применом насиља. Употреба информаната (доушника) често има лимитирану вредност, а у многе организације је тешко, ако не и немогуће, убацити прикривеног агента, да би се тако обезбедили употребљиви докази. Један од начина за пробијање тог безбедно-конспиративног система јесте употреба електронског надзора.”³⁵ Употреба таквих уређаја се у пракси темељила на две основне полазне тачке; једне која се огледала у веома брзом развоју техничких средстава и друге, која се односила на стварање и дограђивање одговарајуће правне регулативе.

Права и слободе грађана у америчком правном систему пре свега се штите актима уставног карактера. Највећи значај у том погледу имају *уставни амандмани*, али је за њихово тумачење и примену

од превасходног значаја став Врховног суда САД. Наиме, ти амандмани су настајали у специфичним друштвеним околностима, а већина је веома стара, тако да без одговарајућих тумачења многе њихове одредбе не би биле примењиве у условима савременог живота, или би њихова примена била скопчана са великим тешкоћама, што је било веома карактеристично и у погледу електронског надзора, који по дефиницији подразумева примену савремене технике, која се технолошким развојем врло брзо унапређује и усавршава. Са развојем технике и технологије, дошло је до шире примене средстава електронског надзора над разговорима грађана у САД и њиховој комуникацији. Веома је интересантан еволутивни пут у схватању проблематике која се односи на регулисање овог питања у светлу права грађана на приватност. Када је у почетку Врховни суд САД одлучивао о овом питању, он је закључио да се на прислушкивање разговора не односи заштита у смислу IV амандмана Устава САД,³⁶ јер у случају прислушкивања нема незаконитог проди-

³² *Ibid.*, стр. 393–394.

³³ Ж. Алексић и М. Шкулић, Криминалистика, „Досије”, Београд, 2002, стр. 225.

³⁴ Н. Abadinsky, *Organized Crime*, Third Edition, “Nelson-Hall”, Chicago, 1990, стр. 449.

³⁵ President’s Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, *The Challenge of Crime in a Free Society*, New York, 1968, стр. 148.

³⁶ Текст IV амандмана (*Articles in Addition to, and Amendment of, the Constitution of the United States of America, Proposed by Congress, and Ratified by the Several States, Pursuant to the fifth Article of the Original Constitution*), гласи: „Право људи да њихова личност, кућа, документа и имовина, буду безбедни од неоснованог претресања и одузимања, не сме бити нарушено и ниједан налог за то неће бити издан, осим уколико постоји вероватни основ, потврђен заклетвом или потврдом, уз детаљно описано место или лице који ће бити претресани, односно ствар која ће се одузети.”

рања (уласка) у уставом заштићени простор,³⁷ али је затим овај став промењен одлуком у случају *Katz*, па је закључено да се IV амандман штите људи а не места (простор), тако да се сада, „IV амандман примењује, уколико лице има оправдано очекивање заштите његове приватности”.³⁸ Упркос овом конституционалном аспекту употребе средстава за прислушкивање, коришћење ових средстава, као што смо претходно већ навели, детаљније је уређено и одговарајућом законском регулативом и то пре свега „Законом о контроли злочина и сигурним улицама” (из 1968. године) и то пре свега његовим Поглављем III, које је познато као „Савезни закон о прислушним уређајима” (*Federal Wiretap Act*).³⁹

Иначе, IV амандман се према схватању америчке судске праксе не односи на тзв. отворени простор (*The Open Fields Doctrine*), а то је схватање развијено из једне одлуке из 1924. године,⁴⁰ када је судија Holmes закључио: „заштита у смислу Четвртог амандмана која се односи на лица, куће и документа, не може се проширити на отворени простор.”⁴¹ Међутим, када је у питању прислушкивање, ни лица која причају на отвореном простору не могу се без испуњења не-

опходних законских услова аудио надзирати, а подаци прикупљени без одговарајућег законског основа не могу послужити као доказ у кривичном поступку. Наиме, разговори људи се не могу прислушкивати без законског основа, не због заштите „отвореног простора” која се, као што смо објаснили, не обезбеђује IV амандманом, већ ради заштите самих људи чије је једно од виталних грађанских права и право на приватност и слободу неометане комуникације, мада у САД у погледу овога постоје и одређени изузеци, које ћемо коментирати у даљем тексту.

Први случај коришћења резултата прислушкивања у америчкој судској пракси је био везан управо за организован криминалитет и односио се на прикупљање доказа за оптужбу против лица умешаног у кршење прохибицијских прописа (случај *Olmstead*).⁴² Прислушкивање телефонских разговора спровођено је без недозвољеног уласка у просторије које иначе уживају уставну заштиту, а судија William Howard Taft је закључио да телефонска конверзација не представља „опипљиву ствар”, па као таква ни не може да буде субјект нелегалног надзора односно одузимања, па стога њено прислушкивање није забрањено Четвртим амандманом, али је врло брзо након ове одлуке Конгрес САД забранио прислушкивање телефонских комуникација без дозволе суда.⁴³

Пре доношења овакве одлуке, након које су донети и одговарајући законски пропусти, у пракси је било и других случајева прислушкивања, односно опорављања легалности тако прибављених доказа, који су се у основи заснивали на тврдњи окривљених да су се тиме повређивала њихова уставна права заштићена IV амандманом, чему су опонирали полиција и државни тужилац својим тврдњама да уколико није било нелегалног упада у уставом заштићени простор, не може бити ни говора о повредама уставних права. Такав став званичних државних органа, пре свега полиције, утицао је и на тадашњу праксу постављања прислушних уређаја, која се заснивала на тежњи да се они тако монтирају да не буду непосредно унутар одређеног заштићеног простора, пре свега куће или стана, као и других приватних просторија, да би се на тај начин избегли приговори по основу позивања на уставна права из IV амандмана.

Један од познатијих случајева, тј. први случај ове врсте који је након конгресних рестрикција стигао до Врховног суда САД, био је случај *Goldman v. United States*, у коме је овај суд, слично као што је резоновано у претходно објашњеном случају *Olmstead*, односно конзистентно њему, донео одлуку да нема кршења Четвртог амандмана у ситуацији када је диктафон био монтиран на зиду суседне канцеларије ради прислушкивања разговора у другом бироу.⁴⁴ Након доношења одговарајуће законске ре-

³⁷ „...there was no trespass into a constitutionally protected area.”

³⁸ D. Hall, *Criminal Law and Procedure*, „Lawyers Cooperative Publishing“ & „Delmar Publishers“, New York, 1992, стр. 431.

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ *Hester v. United States* – 265 U. S. 57 (1924).

⁴¹ J. W. Fricke and G. T. Payton, *Criminal Investigation and the Law*, „Legal Book Corp.“, Los Angeles, 1974, стр. 252.

⁴² *Olmstead v. United States* (277 U. S. 438 S. Ct. 564).

⁴³ H. Abadinsky, *op. cit.*, стр. 449–450.

⁴⁴ *Ibid.*, стр. 450.

гулативе која се стриктно односила на питање прибављања доказа прислушкивањем, односно електронским надзором, како у погледу дефинисања материјалног, тако и формалног услова за спровођење таквих активности, судска пракса је имала конкретнији законски путоказ за процену легалности конкретних активности те врсте, мада су се повремено ипак јављале и одређене дилеме, како због недовољно прецизних законских одреби, тако и услед полазне основе о неопходности постојања и одређених изузетака у односу на формалне услове предвиђене законом.

Полицајац не може да прислушкује телефонску конверзацију или друге електронским путем преношене поруке, уколико пре тога не прибави судско одобрење, које се може издати само у погледу одређених таксативно набројаних кривичних дела, где спадају: шпијунажа, велеиздаја, отмица, разбојништво, изнуда, кривична дела у вези дроге, као и давање мита, које се односи на јавне службенике.⁴⁵ Да би добила судско одобрење за прислушкивање електронских комуникација, полиција мора суду да поднесе молбу засновану на заклетви или одговарајућој потврди, а такав је захтев у основи сличан ономе који се подноси ради добијања налога (наредбе) за претрес (*warrant*) и садржи следеће елементе:⁴⁶

1. податке о идентитету званичног подносиоца захтева и официјелну ауторизацију захтева; 2.

доказе на којима се темељи вероватан основ веровања да је лице чије комуникације треба да се прислушкују учинило кривично дело у погледу којег је могуће предузимање такве радње (једно или више од таксативно набројаних кривичних дела); 3. доказе из којих произилази вероватни основ да ће се прислушкивањем прикупити подаци који се тичу кривичног дела; 4. изјаву да су претходно предузете, односно покушане друге „нормалне”, тј. уобичајене истражне процедуре, али да оне нису дале резултате, или да други истражни поступци нису доступни (могући), или су сувише опасни; 5. време за које ће се спроводити прислушкивање; 6. потпун опис локације на којој ће се предузети прислушкивање; 7. изјаву о свим претходно добијеним сличним одобрењима у погледу одређених места или лица.

Уколико судија одобри поднесени захтев за спровођење прислушкивања, наредбом се морају прецизно одредити: лице чије ће комуникације бити прислушкиване, локација прислушкивања, природа комуникација које ће се прислушкивати, кривично дело о коме се ради, као и трајање прислушкивања, а у свим случајевима надзор престаје чим се тражене информације прикупе (сниме), с тим да се након обављеног прислушкивања снимци предају судији који одређује начин њиховог безбедног чувања.⁴⁷

Међутим, без обзира на наведена правила, чињеница је да

су у САД у многим ситуацијама прислушкивања коришћена и без постојања формалних услова. Историјат оваквих случајева је углавном везан за полицијске акције, често баш у сфери организованог криминалитета, односно у погледу кривичних дела која спадају у ту област, а посебно у односу на кривична дела која се односе на производњу и трговину дрогама. У циљу сређивања стања у овој области, своје одлуке је у неколико случајева доносио и Врховни суд САД. Једна од важнијих одлука је донесена 1967. године.⁴⁸ Случај *Katz* се односио на следећу ситуацију: „Владини службеници су без судског налога или другог судског одобрења, прислушкивали разговоре окривљеног, тако што су у врхове две телефонске говорнице из којих је он редовно телефонирао, уградили два микрофона, повезана траком. *Katz* је потом оптужен да је обављајући међудржавне (мисли се на државе САД) разговоре, одавао информације везане за клађење, те тако прекршио савезни закон, а трака са његовим снимљеним разговорима је приложена као доказ за те тврдње. Влада је тврдила да није било физичког нарушавања неповредивости телефонске говорнице, тако да се није радило о упаду у „уставом заштићени простор” (окривљени није имао државину на тим говорницама), па тако није повређен IV амандман Устава САД. Сматрајући да је ипак дошло до недозвољеног претраживања, суд је утврдио да је

⁴⁵ D. Hall, *op. cit.*, стр. 431.

⁴⁶ *Ibid.*, стр. 431–432.

⁴⁷ *Ibid.*, стр. 432.

⁴⁸ *Katz v. United States* (389 U. S. 347, 88 S. Ct. 507).

ипак прекршен IV амандман ... јер Четврти амандман штити људе, а не места... Суд је стога закључио да је владиним активностима нарушено право на приватност окривљеног, који се оправдано поуздавао да ће остваривати то своје право током коришћења телефонске говорнице, те се стога дејство Четвртог амандмана мора простирати и на ову ситуацију.⁴⁹

У неколико случајева, наредба суда није неопходна да би се предузело прислушкивање електронских комуникација, што се своди на следеће изузетке.⁵⁰ Прво, ако постоји свест једног од учесника електронске комуникације да се врши прислушкивање, онда се таквим прислушкивањем не нарушава приватност која је уставом заштићена, те се прислушкивање и снимање разговора може вршити све док једна страна у том разговору на то пристаје. Друго, сматра се да особа која користи бежични телефон, с обзиром да се њиме разговор преноси путем радио таласа, не може имати разумно очекивање да ће такав разговор свакако остати дискретан, тј. бити искључиво приватног карактера, али ово неће важити уколико једна страна користи бежични телефон, а друга фиксни, чега је свесна она страна која користи бежични телефон. Треће, комуникациона компанија која прислушкује одређене разговоре својих запослених ради обезбеђивања контроле, може доста-

⁴⁹ R. L. McGuiness, In the Katz Eye: Use of Binoculars and Telescopes, FBI Law Enforcement Bulletin, (June), Washington, 1981, стр. 27.

⁵⁰ D. Hall, *op. cit.*, стр. 432–433.

вити такве информације државним властима и оне могу да буду употребљене на суду. Четврто, у ситуацијама хитности, када полицајац нема времена да прибави судску наредбу, прислушкивање може сместа започети, али захтев за добијање судске одлуке мора се поднети у року од највише 48 часова, а ако судија процени да није било оправдане хитности у погледу оваквог прислушкивања, сви тако прибављени докази морају се уништити. Коначно, употреба електронских бипера и трансмитера који обележавају особу или ствар не сматра се недозвољеним прислушкивањем, односно праћењем.

С обзиром на број изузетака и могућност њиховог прилично екстензивног тумачења, чини се да је питање (не)дозвољености електронског надзора у САД прилично компликовано и у многим ситуацијама подложно одговарајућој потенцијално арбитражној процени, што свакако не представља допринос правној сигурности грађана у тој држави. Таква се процена у великој мери заснива на проблематици која се односи на уставом заштићену приватност, а што се у неким ситуацијама повезује и са доказном сврсисходношћу електронског надзора, при чему је он најмање споран баш у погледу кривичних дела из области организованог криминалитета, за које је иначе неспорно да традиционални доказни методи нису довољно ефикасни. Иначе, последњих година, након 11. септембра 2001, у САД али практично и

у целом свету од стране одређених служби САД примењује се масовно прислушкивање ради превенције нових терористичких напада.

3. Посебне доказне радње у Законнику о кривичном поступку Србије

ЗКП из 2011. године садржи две капиталне аномалије које жестоко контаминирају и скоро потпуно упропашћују целокупан законски текст: 1) брутална девалвација начела истине; 2) потпуно адверзијална конструкција главног претреса уз драстично минимизирање улоге кривичног суда.⁵¹

Основна питања реформе кривичног поступка Србије сведена су на проблематику типа истраге и конструкције главног претреса, посебно у вези улоге суда у доказном поступку, те проблематике примарно страначког или судског извођења доказа, али и на веома важно питање (не)постојања начела истине у кривичном поступку. Овим питањима, као и низу других,⁵² пажња је посвећена у низу радова посвећених анализи новог ЗКП-а Србије, при чему је уочљиво да већина аутора тај Законик мање или више оштро

⁵¹ Више о томе: М.Шкулић, *Начело правичног вођења кривичног поступка и начело истине у кривичном поступку*, „Правни живот”, број 9, Том I, Београд, 2010., стр. 587 – 611.

⁵² Више о томе: М.Шкулић и Г.Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије – како је пропала реформа*, Удружење јавних тужилаца Србије, Београд, 2012. (целокупан текст књиге у Pdf-у доступан на адреси: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>).

критикује,⁵³ а у овом раду ћемо се фокусирати претежно на одређене специфичне посебне доказне радње, настојећи да анализирајући релевантне законске норме скрећемо пажњу на нека потенцијално спорна питања, при чему ће од значаја бити и одговарајућа упоредноправна анализа.⁵⁴

Нови Законик о кривичном поступку Србије усваја имплицитну поделу доказних радњи на опште и посебне доказне радње, као што је то први пут у нашој легислативи учињено у Законик о кривичном поступку Србије из 2006. године.⁵⁵ У посебне доказне радње сврставају се оне активности које се по правилу сматрају тзв. специјалним истражним техникама, а законода-

вац у односу на такве радње прво регулише одређена општа правила, да би затим конкретним нормама уредио правила по којима се спроводе поједине посебне доказне радње.

4. Општа законска правила која се односе на посебне доказне радње

Општа правила у погледу одређивања посебних доказних радњи односе се на: 1) материјални услов за предузимање посебних доказних радњи; 2) поступање са материјалом који је прикупљен посебних доказним радњама; 3) питање доказне (не)ваљаности информација прибављених посебним доказним радњама; 4) случајни налаз до којег се дошло посебним доказним радњама; 5) тајност података повезаних са посебним доказним радњама.⁵⁶

4.1. Материјални услов за предузимање посебних доказних радњи

Посебне доказне радње могу се одредити када су кумулативно испуњене две претпоставке, од којих се једна односи на *врсту кривичног дела*, а друга на постојање одговарајућих *доказних тешкоћа*. То значи да истовремено морају егзистирати следећа *два услова*: 1) потребно је постојање основа сумње

да је лице на које се такве радње односе учинило кривично дело које спада у категорију кривичних дела у погледу којих су могуће посебне доказне радње („посебно кривично дело”); 2) неопходно је да се на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано.

Посебне доказне радње се *изузетно* могу одредити и према лицу за које постоје основи сумње да **припрема** неко од „посебних” кривичних дела уколико постоји неки од два *алтернативно* прописана разлога: 1) када околности случаја указују да се на други начин кривично дело не би могло открити, спречити или доказати; 2) када би то изазвало несразмерне тешкоће или велику опасност.

Могућност примене посебних доказних радњи и у односу на припремање, а посебно у односу на покушај кривичних дела у погледу којих су такве радње и иначе могуће, није спорна без обзира што у кривичноправном смислу није увек могуће кажњавање за припремање,⁵⁷ као и за покушај тих кривичних дела (мада је покушај у највећем броју случајева, с обзиром на прописану казну за та кривична дела, свакако кажњив), јер основ за примену мера тајног надзора овде није кажњивост одређеног стадијума у извршењу кривичног дела као таквог, већ потреба да се одређено кривично дело у *првом реду спречи*, што је у уосталом и примарни задатак на-

⁵³ Далеко највећи број професора кривичног процесног права у Србији, односно уопште, већина српске кривичноправне теорије, износи веома оштре критике на рачун новог Законика о кривичном поступку Србије из 2011. године, односно текста Нацрта тог Законика из којег су потом и произишле његове одредбе које се аргументовано критикују. У том погледу истичу се следећи аутори и њихови радови објављени у *Ревизији за кривично право и криминологију*, као и у *Архиву за правне и друштвене науке*: Војислав Ђурђић, *Редефинисање класичних процесних појмова у преднацрту Законика о кривичном поступку Србијиз из 2010.*, Станко Бејатовић, *Радна верзија Нацрта Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге*, Снежана Бркић, *Критички осврт на Прву главу Радне верзије Нацрта ЗКП Србије од 14.9.2010. године*.

⁵⁴ Више о томе: *Нови Законик о кривичном поступку Србије – реформа у стилу, један корак напред, два корака назад*. Удружење јавних тужилаца Србије, Правни факултет у Београду и Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012.

⁵⁵ Више о томе: М.Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, „Службени гласник”, Београд, 2007., стр. 475 – 476.

⁵⁶ Више о томе: Ђ.Игњатовић и М.Шкулић, *Организовани криминалитет*, друго измењено и допуњено издање (II део - који је писао М.Шкулић: *Организовани криминалитет са становишта кривичног материјалног и процесног права*), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012., стр. 361 – 364.

⁵⁷ Више о томе: З.Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, «Службени гласник», Београд, 2006., стр. 132 – 133.

длужних државних органа.⁵⁸ Када се ради о припремању, ако није у питању кажњиво припремање кривичног дела, онда се лице у односу на које је конкретна мера тајног надзора предузета неће гонити за само припремање кривичног дела уколико није дошло до реализације неке наредне фазе у остварењу кривичног дела која је кажњива, али ће се то лице кривично гонити за друга кривична дела у односу на која су применом мера тајног надзора прикупљени докази да их је учинио, али само под условом да таква кривична дела спадају у делокруг кривичних дела у погледу којих је могуће предузимање посебних доказних радњи.

Посебне доказне радње могу се одредити у погледу следећих таксативно и лимитативно кривичних дела:

1) за кривична дела која су посебним законом сврстана у надлежност јавног тужилаштва посебне надлежности, где спадају кривична дела организованог криминала и друга тзв. посебно тешка кривична дела, те кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом;

2) за низ *таксативно набројаних кривичних дела*, која су с обзиром на основне кривичноправне критеријуме (тј. према законској систематици која се огледа у подели на главе Кривичног законика), прилично хетерогеног карактера,

а ту спадају: тешко убиство (члан 114. Кривичног законика), отмица (члан 134. Кривичног законика), приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију (члан 185. ст. 2. и 3. Кривичног законика), изнуда (члан 214. став 4. Кривичног законика), фалсификовање новца (члан 223. ст. 1. до 3. Кривичног законика), прање новца (члан 231. ст. 1. до 4. Кривичног законика), неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога (члан 246. ст. 1. до 3. Кривичног законика), угрожавање независности (члан 305. Кривичног законика), угрожавање територијалне целине (члан 307. Кривичног законика), напад на уставно уређење (члан 308. Кривичног законика), позивање на насилну промену уставног уређења (члан 309. Кривичног законика), диверзија (члан 313. Кривичног законика), саботажа (члан 314. Кривичног законика), шпијунажа (члан 315. Кривичног законика), одавање државне тајне (члан 316. Кривичног законика), изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпеливости (члан 317. Кривичног законика), повреда територијалног суверенитета (члан 318. Кривичног законика), удруживање ради противуставне делатности (члан 319. Кривичног законика), припремање дела против уставног уређења и безбедности Србије (члан 320. Кривичног законика), тешка дела против уставног уређења и безбедности Србије (члан 321. Кривичног законика), недозвољена производња, др-

жање, ношење и промет оружја и експлозивних материја (члан 348. став 3. Кривичног законика), недозвољени прелаз државне границе и кријумчарење људи (члан 350. ст. 2. и 3. Кривичног законика), злоупотреба службеног положаја (члан 359. Кривичног законика), трговина утицајем (члан 366. Кривичног законика), примање мита (члан 367. Кривичног законика), давање мита (члан 368. Кривичног законика), трговина људима (члан 388. Кривичног законика), узимање талаца (члан 392. Кривичног законика) и кривично дело из члана 98. ст. 3. до 5. Закона о тајности података; неовлашћено искоришћавање ауторског дела или предмета сродног права (члан 199. Кривичног законика), оштећење рачунарских података и програма (члан 298. став 3. Кривичног законика), рачунарска саботажа (члан 299. Кривичног законика), рачунарска превара (члан 301. став 3. Кривичног законика) и неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи и електронској обради података (члан 302. Кривичног законика).

Посебне доказне радње могу се одредити и у погледу кривичног дела спречавања и ометања доказивања (члан 336. став 1. Кривичног законика), али не самостално, већ само уколико је то кривично дело у одговарајућој *функционалној вези* са неким од „посебних кривичних дела”, тј. ако је учињено у вези са таквим кривичним делом, што у ствари значи да се конкретно спречавање, односно ометање доказивања, мора односити на неко од кривичних дела у

⁵⁸ Више о томе: М.Шкулић, Коментар Законика о кривичном поступку Црне Горе, Мисија ОЕБС-а у Црној Гори и Министарство правде Црне Горе, Подгорица, 2009., стр. 485 – 487.

погледу којег и иначе постоји могућност предузимања посебних доказних радњи.

У погледу посебне доказне радње *ангажовање прикривеног иследника*, нешто је *сужен материјални услов* у односу на остале посебне доказне радње, јер се та посебна доказна радња може одредити само за кривично дело организованог криминала, или у погледу кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом.

Посебне доказне радње се и формално изричито одређују у *ultima ratio* смислу, па ће тако, приликом одлучивања о одређивању и трајању посебних доказних радњи, орган поступка посебно ценити да ли би се исти резултат могао постићи на начин којим се мање ограничавају права грађана.

4.2. Поступање са материјалом који је прикупљен посебним доказним радњама

Самим том што су посебне доказне радње *доказног* карактера, њихова основна сврха је прибављање доказа у погледу кривичних дела на која се односе, а од тих се доказа наравно, по логици ствари, очекује да послуже као основа за утврђивање чињеница и у крајњем случају да се на њима темељи, како оптужни акт јавног тужиоца, тако и евентуално одлука суда о предмету кривичног поступка.

С друге стране, у неким ситуацијама материјал који је прикупљен конкретном доказном радњом неће, односно не може послужити као доказ. Такав мате-

ријал тада ни фактички ни формално нема значај доказа, нити има било какав процесно-правни значај, а с обзиром на по правилу изразиту „осетљивост” информација до којих се долази посебним доказним радњама, законодавац прописује обавезно уништавање таквог материјала. До тога долази искључиво по одлуци суда, а након што је јавни тужилац било *имплицитно* (када у одређеном року не покрене кривични поступак), било *експлицитно* (формалном изјавом), исказае став да материјал неће бити коришћен у будућем кривичном поступку или да кривични поступак уопште неће покретати.

Судија за претходни поступак ће донети *решење о уништењу материјала* који је прикупљен посебним доказним радњама, онда када се испуни неки од следећих алтернативно прописаних услова: 1) ако јавни тужилац не покрене кривични поступак у року од шест месеци од дана када се упознао са материјалом прикупљеним коришћењем посебних доказних радњи или 2) уколико јавни тужилац изјави да прикупљени материјал неће користити у поступку, односно 3) ако јавни тужилац изјави да против осумњиченог неће захтевати вођење поступка. Ови услови се у основи свODE на *формални став јавног тужиоца* у погледу доказне вредности информација прикупљених посебним доказним радњама или у односу на кривично (не)гоњење лица у односу на које су се односиле конкретне посебне доказне радње.

О доношењу решења о

уништењу материјала прибављеног посебном доказном радњом, судија за претходни поступак може *обавестити лице* према коме је спроведена посебна доказна радња само ако су *кумулативно* испуњена *два услова*: 1) уколико је у току спровођења радње утврђена одговорност лица о којем се ради; 2) ако то не би угрозило могућност вођења кривичног поступка. Материјал до којег се дошло посебном доказном радњом се уништава под надзором судије за претходни поступак који о томе саставља записник. У Законнику није утврђено на који се конкретан начин овај материјал уништава, што значи да је избор начина уништења у потпуности препуштен судији за претходни поступак.

4.3. Доказна (не)ваљаност информација прибављених посебним доказним радњама

Материјал до којег се дошло посебним доказним радњама начелно има, односно може имати доказни значај и на њему се може заснивати одлука суда о предмету кривичног поступка, али у одређеним ситуацијама подаци прибављени посебним доказним радњама не могу послужити као доказ, до чега долази када су приликом спровођења посебних доказних радњи почињене одређене грешке, било у односу на законска правила, било у погледу императивног садржаја одлуке којом је одређена конкретна посебна доказна радња.

На прикупљеним подацима се не може заснивати судска одлука, а са

прикупљеним материјалом се поступа у складу са чланом 84. став 3. Законика (правно неваљани докази, тј. издвајање записника и материјала), онда када је при предузимању посебних доказних радњи алтернативно поступљено супротно: 1) одредбама Законика о кривичном поступку или 2) или наредби органа поступка.

4.4. Случајни (узгредни) налаз до којег се дошло посебним доказним радњама

Ако је предузимањем посебних доказних радњи прикупљен материјал о кривичном делу или „учиниоцу”,⁵⁹ који није био обухваћен одлуком о одређивању посебних доказних радњи, такав материјал може се користити у поступку само ако се односи на „посебно” кривично дело, тј. кривично дело (из члана 162 Законика) које и иначе спада у категорију кривичних дела у погледу којих је могуће предузимање посебних доказних радњи..

4.5. Тајност података који се односе на посебне доказне радње

Предлог за одређивање посебних доказних радњи, као и одлука о том предлогу, бележе се у посебном уписнику и чувају се заједно са материјалом о спровођењу посебних доказних радњи у посеб-

⁵⁹ Овде законодавац погрешно користи термин „учинилац”, који суштински припада корпусу материјалног кривичног права, а у ствари се ради о осумњиченом, односно лицу у погледу којег је предузимана конкретна посебна доказна радња.

ном омоту списка са назнаком „посебне доказне радње” и ознаком степена тајности, у складу са прописима који уређују тајне податке.

Подаци о предлагању, одлучивању и спровођењу посебних доказних радњи представљају тајне податке које су као такве дужна да чувају и друга лица која их у било ком својству сазнају.

Неоспорно је да се дужност чувања тајних података који се тичу посебних доказних радњи у првом реду односи на службене актере кривичног поступка (попут јавног тужиоца и судије за претходни поступак, али и полицијских и других органа који неке од посебних доказних радњи конкретно реализују), као и на остале субјекте кривичног поступка, али законодавац такву дужност врло широко протеже и на сва друга лица која у било ком својству, што практично значи на било који други начин, сазнају за такве податке.

Питање је колико се заиста може очекивати да тако врло широко одређени круг потенцијалних обвезника чувања тајне заиста такве тајне податке сачува, а овде се као посебан проблем поставља и питање могућих консеквенци супротного поступања, односно оглушења о дужност чувања тајне ове врсте. Наиме, када су у питању службени актери кривичног поступка, они неоспорно у овој ситуацији имају статус службеног лица и нема велике дилеме да би у случају одавања тајне они, по правилу, зашли у криминалну зону, тј. учинили одговарајуће кривично дело. Међутим, када су у питању

друга лица која немају непосредне везе са актуелним кривичним поступком у оквиру којег су одређене конкретне посебне доказне радње (а радиће се по правилу о стадијуму претходне истраге) и која су о тајним подацима стекле сазнања „у било ком својству”, онда није уопште извесно које би консеквенце у погледу њих могле да наступе ако би такве „тајне” податке, учинили „јавним”, а уколико би се евентуално и могло сматрати да би они тада чак могли одговарати за одговарајуће кривично дело, ту би се сасвим реално могао појавити елемент неотклоњиве, односно нескривљене правне заблуде,⁶⁰ која искључује кривицу, па самим тим и постојање кривичног дела.

5. Облици тајног аудио и видео надзора у новом ЗКП-у Србије

Нови Законик о кривичном поступку Србије познаје *два вида* тајног аудио и видео надзора, с тим да за један од тих видова (као што се то детаљније објашњава у даљем тексту), уопште и није извесно да се може односити и на аудио надзор. Ради се о следећим посебним доказним радњама: 1) тајни надзор комуникације; 2) тајно праћење и снимање.

⁶⁰ Према члану 29 став 1 КЗ Србије, није кривично дело оно дело које је учињено у неотклоњивој правој заблуди, а таква заблуда у складу са чланом 29 став 2 КЗ Србије постоји ако учинилац није био дужан и није могао да зна да је његово дело забрањено.



5.1. Тајни надзор комуникације

Тајни надзор комуникације може се одредити ако је испуњен *општи материјални услов* за предузимање посебних доказних радњи и уз испуњење посебног формалног услова. Формални услов се састоји у *одлуци* суда, чије се доношење формално иницира *предлогом* јавног тужиоца. На образложени предлог јавног тужиоца суд може одредити надзор и снимање комуникације која се обавља путем телефона или других техничких средстава или надзор електронске или друге адресе осумњиченог и заплону писама и других пошиљки.

Одлуку доноси судија за претходни поступак у форми образложене наредбе, која садржи следеће елементе: расположиве податке о лицу према којем се тајни надзор комуникације одређује, законски назив кривичног дела, означавање познатог телефонског броја или адресе осумњиченог, односно телефонског броја или адресе за коју постоје основи сумње да је осумњичени користи, разлоге на којима се заснива сумња, начин спровођења, обим и трајање посебне доказне радње.

5.1.1. Трајање тајног надзора комуникације

Законодавац трајање тајног надзора комуникације одређује на два начина: 1) фактичким роком који се темељи на *ultima ratio* природи ове посебне доказне радње, што се своди на дужност прекидања спровођења надзора чим престану раз-

лози за његову примену; 2) формулисањем посебних максималних рокова формалне природе (одређених у месецима), у оквирима којих се једино и може испољити претходно наведени фактички рок трајања ове посебне доказне радње.

Тајни надзор комуникације може трајати три месеца, а због неопходности даљег прикупљања доказа трајање ове посебне доказне радње може се продужити највише за још три месеца, што се своди на следећу формулу: $3m + 3m = \text{максимално } 6 \text{ месеци}$. Ако се тајни надзор комуникације односи на кривична дела сврстана у надлежност јавних тужилаштва посебних надлежности (организовани криминалитет итд.), тајни надзор се може изузетно продужити још *највише два пута* у трајању од по три месеца, што се може илустровати следећом формулом: $3m + 3m + 3m + 3m = \text{максимално } 12 \text{ месеци}$.

5.1.2. Спровођење тајног надзора комуникације

Наредбу о тајном надзору комуникације извршава одговарајући државни орган. То алтернативно могу да буду полиција, Безбедносно-информативна агенција или Војно-безбедносна агенција.

Ствар је слободне оцене органа који одређује ову посебну доказну радњу, тј. судије за претходни поступак, а на основу предлога јавног тужиоца, којем ће од тих алтернативно набројаних државних органа бити поверено извршење тајног

надзора комуникације, али би се по логици ствари овде морао имати у виду примарни делокруг рада тих органа, па би се тако, на пример, онда када се ради о сумњи да је учињено кривично дело које спада у тзв. класичан организовани криминалитет, спровођење посебне доказне радње поверило полицији, док би БИА спроводила наредбу која се тиче кривичних дела против државе, попут тероризма, напада на уставно уређење и сл, а ВБА би била ангажована када су у питању кривична дела против Војске Србије. С друге стране, у овом погледу ипак нема никаквог посебног формалног правила у Законнику, па би у неким ситуацијама била ствар и одговарајуће тактичке процене којем ће се од тих алтернативно набројаних државних органа поверити спровођење конкретног тајног надзора комуникације.

О спровођењу тајног надзора комуникације сачињавају се дневни извештаји, који се заједно са прикупљеним снимцима комуникације, писмима и другим пошиљкама упућеним осумњиченом или које он шаље достављају судији за претходни поступак и јавном тужиоцу на њихов захтев. Поштанска, телеграфска и друга предузећа, друштва и лица регистрована за преношење информација дужна су да државном органу који извршава наредбу о тајном надзору комуникације омогуће спровођење надзора и снимања комуникације и да, уз потврду пријема, предају писма и друге пошиљке.

5.1.3. Проширење тајног надзора комуникације

Тајни надзор комуникација се примарно усмерава у односу на одређено лице, које у процесном смислу има статус осумњиченог, као и у погледу одговарајућег облика, односно начина комуникације конкретног осумњиченог. Ако у току спровођења тајног надзора комуникације дође до сазнања да осумњичени користи други телефонски број или адресу, државни орган коју спроводи посебну доказну радњу ће проширити тајни надзор комуникације и на тај телефонски број или адресу и о томе ће одмах обавестити јавног тужиоца. Такво проширење тајног надзора комуникације има *фактички карактер* и оно се спроводи без неке посебне формалне одлуке, али је оно условљено и временски ограничено, јер до формалног проширења тајног надзора комуникације може доћи само на основу одобрења суда на иницијативу надлежног јавног тужиоца, коју је он дужан да испољи након што је официјелно обавештен о томе фактичком проширењу тајног надзора.

По пријему обавештења о проширењу тајног надзора комуникације, јавни тужилац ће одмах поднети предлог да се накнадно судски одобри проширење „домета” посебне доказне радње. О таквом предлогу јавног тужиоца одлучује судија за претходни поступак у року од 48 часова од пријема предлога и о томе саставља белешку у записнику. Ако усвоји предлог јавног тужиоца, судија за претходни поступак ће накнадно одобрити

проширење тајног надзора комуникације, а ако одбије предлог да се тајни надзор прошири, сав материјал који је прикупљен претходним фактичким проширењем тајног надзора (коришћењем другог телефонског броја или адресе) се уништава.

5.1.4. Достављање извештаја и материјала о реализованом тајном надзору комуникације

По завршетку тајног надзора комуникације, орган који је спроводио ту посебну доказну раду доставља судији за претходни поступак снимке комуникације, писма и друге пошиљке, као и посебан извештај који садржи следеће податке: 1) релевантне временске координате – време почетка и завршетка надзора; 2) податке о службеном лицу које је надзор спровело; 3) опис техничких средстава која су примењена; 3) број лица обухваћеним надзором и расположиве податке о њима; 4) оцену сврсисходности спроведене посебне доказне радње, као и оцену њених резултата.

Судија за претходни поступак ће приликом отварања писама и других пошиљки пазити да се не повреди печат и да се омоти и адресе сачувају, а о отварању ће саставити записник. Сав материјал добијеним спровођењем тајног надзора комуникације доставиће се јавном тужиоцу, који одређује да се снимци добијени употребом техничких средстава у целини или делимично препишу и опишу. На снимке сачињене супротно закон-

ским правилима, сходно се примењују одредбе Законика о кривичном поступку које се односе на тзв. правно неваљане доказе, односно чињенице које не могу послужити као доказ, те се као такве, онда када су садржане у списима, издавају у сваком стадијуму кривичног поступка у којем се констатује, тј. уочи да су такви доказно неваљани, односно доказно неподобни „материјали” садржани у списима кривичног предмета.

6. Тајно праћење и снимање

Тајно праћење и снимање представља посебан вид прикривеног деловања у односу на осумњиченог, које у неким својим аспектима, тј. онда када се ради о *снимању*, има истовремено и обележја тајног видео надзора. Као што ћемо то објаснити у даљем тексту, спорно је да ли се у оквиру ове посебне доказне радње може спроводити и тајни аудио надзор. Иако се по свему судећи чини да су писци текста новог ЗКП-а, односно нацрта из којег је проистекао нови Законик, сматрали да би ова радња могла да се протеже и на тајни аудио надзор, тако што би се под снимањем подразумевало како *визуелно* снимање у виду прављења видео и фотографског материјала, тако и *тонско* снимање, односно бележење разговора особа које су објект (мета) тајног праћења и снимања, чини се да то није сасвим извесно, а одговор на то важно питање ће у крајњој линији морати да пружи судска пракса, а у једном моменту вероватно и Уставни суд.

Праћење лица уопште, а пре свега осумњиченог, до увођења те радње у нови ЗКП Србије из 2011. године сматрано је за једну од класичних тзв. *оперативних радњи*.⁶¹ Једини могући *ratio legis* за сврставање такве класичне оперативне полицијске радње,⁶² тј. радње која сама по себи не остварује неки посебан доказни кредибилитет, већ служи прибављању релевантних информација за разјашњење кривичног дела или чак његово спречавање у веома раним фазама полицијског ангажовања (што значи у преткривичном поступку према нашем деценијама важећем кривичном процесном законодавству, односно у предистражном поступку према правилима Законика из 2011. године), могао би бити у повезивању праћења са „снимањем”, тј. омогућавању да снимци направљени током праћења могу остваривати потребан доказни кредибилитет у кривичном поступку. Питање је да ли је ово било неопходно, јер би се фотографије и видео материјал направљен током праћења и иначе могли користити као специфични материјал-

⁶¹ Више о томе: Ж.Алексић и М.Шкулић, *Криминалистика*, седмо издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011., стр. 33 – 37.

⁶² У ствари, ради се само претежно и по правилу, о „полицијској” радњи, јер полиција у пракси заиста и реализује већину праћења, али такву радњу спроводе и други органи чија је делатност слична полицијској, када се ради о одређеним ситуацијама, односно одређеним врстама кривичних дела, ради чијег се разјашњења таква радња предузима, као што је то, на пример, случај са тајним праћењима које реализују Безбедносно-информативна агенција и Војно-безбедносна агенција.

ни докази, чак и ако би праћење и даље било оперативна а не (посебна) доказна радња, у погледу чега код нас и сада већ постоји и одговарајућа пракса. Вероватно су творци законског текста пре свега мислили на тонске снимке који би се такође могли направити током вршења ове посебне доказне радње, те су због тога тајно праћење и формално сврстали у доказну категорију, али није уопште извесно да из законског текста, ако се он пажљиво и стриктно анализира и тумачи, уопште произлази могућност да се под снимањем у овом случају подразумева и тонско снимање, тј. *тајно снимање разговора* лица која су под овим видом надзора.

Када је испуњен *општи материјални услов* за предузимање посебних доказних радњи, на образложени предлог јавног тужиоца суд може одредити тајно праћење и снимање осумњиченог ради остварења неког од следећих алтернативно прописаних циљева: 1) откривања контаката или комуникације осумњиченог на јавним местима и местима на којима је приступ ограничен или у просторијама, осим у стану; 2) утврђивања истоветности лица или лоцирања лица или ствари. Овако дефинисани циљеви тајног праћења и снимања осумњиченог представљају *посебан и додатни материјални услов* за одређивање ове посебне доказне радње.

Тајно праћење примарно се односи на самог осумњиченог, тј. лице у погледу којег постоје основни сумње да је учинио (односно под одређеним условима да при-

према) неко од кривичних дела у погледу којих је могуће спровођење посебних доказних радњи, али се секундарно ова посебна доказна радња може усмерити и на друга лица, односно локације повезане са тим лицима. Места или просторије односно превозна средства других лица могу бити предмет тајног надзора и снимања само ако је вероватно да ће осумњичени ту бити присутан или да користи та превозна средства.

Формални услов за тајно праћење и снимање осумњиченог се своди на неопходност постојања образложене наредбе, коју доноси судија за претходни поступак. Иако то у Законнику о кривичном поступку није стриктно наглашено, судија за претходни поступак овакву наредбу по логици ствари доноси само на предлог надлежног јавног тужиоца. Ово произлази како из опште процесне логице да се суд у сличним ситуацијама активира по захтеву другог процесног субјекта, а то је овде јавни тужилац као онај субјект којем је поверена доминантна улога у предистражном поступку (у којем се практично по правилу и спроводи ова посебна доказна радња), као и у истрази коју он води, док с друге стране, без таквог предлога, односно уопште без одговарајуће процесне иницијативе субјекта који настоји да разјасни кривично дело и прикупи потребне доказе, судија за претходни поступак не би ни могао бити у прилици да уопште има било каква сазнања о потреби издавања такве наредбе, јер тај облик судске функционалне

надлежности више није у активној истражној функцији, као што је то био случај са некадашњим (и још увек „садашњим” када се ради о још увек важећем ЗКП-у из 2001. године) истражним судијом.

Наредба о тајном праћењу и снимању осумњиченог садржи следеће обавезне елементе: 1) податке о осумњиченом; 2) законски назив кривичног дела; 3) разлоге на којима се заснива сумња; 4) означавање просторија, места или превозног средства, овлашћење за улазак и постављање техничких уређаја за снимање, начин спровођења; 5) обим и трајање посебне доказне радње.

Тајно праћење и снимање може трајати три месеца, а због неопходности даљег прикупљања доказа може се продужити највише за још три месеца. Ако је реч о кривичним делима која спадају у делокруг активности јавних тужилаштва посебне надлежности,⁶³ тајно праћење и снимање може се изузетно продужити још највише два пута у трајању од по три месеца. То значи да ова посебна доказна радња, онда када се ради о већини кривичних дела у погледу којих је могуће предузимање посебних доказних радњи, траје највише шест месеци ($3m + 3m = 6m$), а када су у питању кривична дела организованог криминала или кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, тада тајно праћење и снимање може трајати duplo дуже ($3m + 3m + 3m + 3m$

= 12 месеци). Ова посебна доказна радња се у погледу њеног трајања и додатно регулише у *ultima ratio* смислу, па је тако прописано да се спровођење тајног праћења и снимања прекида чим престану разлози за његову примену.

Када се ради о тајном праћењу и снимању у просторијама које нису станова, законодавац је регулисао и могућност уласка у просторије и постављање уређаја за снимање, при чему се, по логици ствари, мисли на *тајни улазак*. Иако то није стриктно означено у Законнику, јасно је да ту радњу могу спровести само субјекти којима се и иначе може поверити непосредна реализација ове посебне доказне радње, а то су овлашћена службена лица полиције или припадници БИА-е, односно ВБА-е. С друге стране, пропуст је законодавца што није регулисао и *уклањање* уређаја за снимање у просторијама, јер ти уређаји не би смели у просторији да остану неограничено, самим тим што је трајање ове посебне доказне радње (као што је то претходно већ објашњено), лимитирано одређеним максималним законским роковима. Овако, тј. са садашњим мањком законске регулативе, произлази да је уређај за тајно снимање могуће тајно монтирати у просторији и то на основу изричитог овлашћења у оквиру наредбе судије за претходни поступак да се у просторију тајно уђе и изврши монтажа уређаја, а да потом уопште није потребно таква уређај и демонтирати, након што „истекне рок” трајања посебне доказне радње. То значи да би

таква уређај у просторији могао да остане „за сва времена”, што је недопустиво, чак и уколико би се уређај по престанку трајања посебне доказне радње учинио неактивним, односно не би се више фактички користио.

6.1. Спровођење тајног праћења и снимања

Наредбу о тајном праћењу и снимању извршава неки од следећих алтернативно наведених државних органа – полиција, Безбедносно-информативна агенција или Војно-безбедносна агенција, а којем ће се конкретном државном органу поверити спровођење ове посебне доказне радње решава се у складу са претходно већ објашњеним резоном који се односи и на реализацију тајног надзора комуникација. О спровођењу тајног праћења и снимања сачињавају се дневни извештаји који се заједно са прикупљеним снимцима достављају судији за претходни поступак и јавном тужиоцу, на њихов захтев.

По завршетку тајног праћења и снимања, сходно се поступа према истим правилима Законика која се односе на официјелно достављање судији за претходни поступак снимака и другог материјала као резултата спроведене посебне доказне радње, те потом достављању тог материјала јавном тужиоцу итд, као што се чини и када је реч о тајном надзору комуникација.

⁶³ Ради се о кривичним делима из члана 162. став 1. тачка 1 Законика о кривичном поступку.

6.2. (Не)могућност тонског снимања у оквиру посебне доказне радње тајног праћења и снимања

Као што је то већ објашњено у претходном тексту, није сасвим јасно да ли се под „снимањем” у оквиру посебне доказне радње тајног праћења и снимања подразумева искључиво видео, односно визуелно снимање, било у виду прављења фотографских снимака, било у облику снимака видео камером, односно другим техничким облицима видео/фото снимања, или се ту може сврстати и тонско снимање.

Већ смо претходно објаснили да су законодавац, односно „писци” текста Нацрта из којег је произишао нови Законик о кривичном поступку, вероватно сматрали да би се у пракси израз „снимање” у овом случају могао, или чак требао протезати и на тонско снимање, али из стриктног тумачења текста законских норми у овом случају то уопште није сигурно и чак се чини да поприлично претежу аргументи који говоре о немогућности да се у оквиру ове посебне доказне радње врши и тонско снимање, без обзира што иначе уопште није спорно постојање *ratio legis*-а према којем је у неким ситуацијама веома пожељно, односно потребно аудио снимати разговоре који се обављају у просторијама.

Могуће је на следећи начин оправдати могућност тонског снимања када се ради о тајном праћењу и снимању:

1. У прилог схватању према којем се израз „снимање” када је у питању посебна доказна радња тајног праћења и снимања, подразумева како видео/фото снимање, тако и тонско, тј. аудио снимање, могло би се истаћи да термин *снимање* фактички заиста може имати оба значења, тј. односити се како на видео, тако и на аудио снимак.
2. Такође би аргумент у овом правцу могао да се тражи и у захтевима праксе, односно у једном утилитаристичком приступу, јер је неспорно да, нарочито када се ради о кривичним делима организованог криминала, заиста постоји велика потреба за тонским снимањем, тј. „прислушкивањем” отворених и затворених просторија у циљу доказивања таквих иначе и начелно тешко доказивих кривичних дела.

С друге стране, постоје и прилично јаки аргументи у прилогу да се под „снимањем”, када је у питању посебна доказна радња тајног праћења и снимања, може искључиво подразумевати видео/фото снимање, а не и тонско снимање, односно прислушкивање разговора које воде особе у односу на које се оваква посебна доказна радња спроводи, било да се ради о просторијама, било да се ради о простору. Могуће је у том правцу истаћи неколико аргумената који генерално почивају на следећој основној поставци:

Како су посебне доказне радње начелно једна врста „љутог лека

за љуте ране” у смислу да се њима начелно врло озбиљно лимитирају нека иначе Уставом заштићена људска права, попут пре свега права на приватност када је реч о тајном аудио и видео надзору, сва законска правила која се тичу таквих радњи се принципијелно морају тумачити веома рестриктивно. Свако иоле екстензивније тумачење овде би било опасно и неприкладно.

Следећи аргументи говоре у прилог томе да у оквиру посебне доказне радње тајног праћења и снимања није могуће спроводити тонско снимање:

1. Циљ тајног праћења и снимања је у законском смислу откривање контаката или комуникације осумњиченог на јавним местима и местима на којима је приступ ограничен, или у просторијама, осим у стану, односно утврђивање истоветности лица или лоцирање лица или ствари и из таквог циља произлази да се примарно мисли на визуелно тајно праћење, па се самим тим ради о искључиво видео, односно фото снимању као практичном начину и облику регистрација уоченог контакта или комуникације између осумњиченог и других лица (где могу спадавати како други осумњичени, тако и лица која немају статус осумњиченог), односно ради се о видео или фото материјалу којима се може утврђивати истоветност осумњиченог, односно лоцирање лица или ствари.

2. Коначно, да је законодавац имао у виду и могућност прављења тонских снимака у односу на лица на која је усмерено тајно праћење и снимање, то би се онда у Законику стриктно означило, а као што је претходно објашњено, у овом случају начелно не долази у обзир екстензивно тумачење законских норми.

7. Закључна разматрања

Специјалне доказне, односно истражне технике представљају одређене начине прибављања доказа који су по свом карактеру атипични, те се по правилу примењују само у односу на одређена кривична дела, која су *с једне стране* веома тешка, односно озбиљна, како у фактичком погледу с обзиром на последице које проузрокују у једном општем животном смислу, тако и у кривично-правном погледу, с обзиром на казну која је за њих прописана, док се *с друге стране*, таква дела захваљујући неким њиховим феноменолошким карактеристикама, психолошким и другим особинама њихових учинилаца, веома тешко откривају, разјашњавају и доказују коришћењем уобичајених, односно редовних доказних метода. То је и довело до потребе да се у савремена кривичнопроцесна законодавства уведу тзв. специјалне истражне технике, те да се у односу на таква кривична дела модификује употреба неких иначе класичних доказних средстава. Те технике су пре свега карактеристичне за некадашњи *преткривични посту-*

пак, а сада предистражни поступак, када је реч о новом ЗКП-у Србије из 2011. године.

Из *посебног карактера* специјалних истражних техника, сходно којем се оне и означавају као „посебне доказне радње”, произлази и њихов наглашени и изразито *ексклузивни карактер*, што значи да се оне не смеју рутински и сувише широко примењивати, већ у пракси морају заиста бити *ultima ratio* доказна активност. То је значајно из *два основна разлога*. С једне стране, претерана употреба таквих специфичних доказних техника за које је веома карактеристично да у великој мери лимитирају права која су уставног ранга (као што је то право на приватност, када се ради о тајном аудио и видео надзору), може значајно угрозити грађане, јер се таквим радњама често и по логици ствари захватају и грађани који чак ни немају својство осумњиченог. Ово је посебно типично када се ради о тајном аудио и видео надзору, јер осумњичени може комуницирати са широким кругом лица која сама по себи не представљају осумњичене, нити су у било каквој вези са кривичним делом ради чијег се доказивања врши конкретна посебна доказна радња. С друге стране, претерано коришћење посебних доказних радњи значајно умањује њихов ексклузивни карактер и самим тим утиче на смањење њихове ефикасности, слично као што, на пример, када је реч о медицини, претерана и рутинска употреба антибиотика, чак и онда када се ради о лако излечивим инфекција-

ма, доводи до касније резистенције бактерија на многе антибиотике, а што онда представља посебан и врло тежак проблем.

Тајни аудио и видео надзор је традиционално једна од најзначајнијих посебних доказних активности, односно вид специјалне истражне технике која се у правно-техничком смислу у новом Законику о кривичном поступку Србије регулише у облику две посебне, али суштински битно повезане посебне доказне радње – тајни надзор комуникације и тајно праћење и снимање. Када је реч о тајном праћењу и снимању, није извесно да се у оквиру те посебне доказне радње може спроводити и тонско снимање. То питање ће се решавати у судској пракси, мада се већ сада начелно може истаћи да по свему судећи претежу аргументи који налажу рестриктивно тумачење законских норми, сходно којима би се овде радило искључиво о прављењу фото и видео документације, а не и о тајном тонском снимању.

ПОСЕБНА ТАЈНИ НАДЗОР И ГРАНИЦЕ ПРАВА

МИЛИЦА КОЛАКОВИЋ- БОЈОВИЋ

Координатор акционог плана
за поглавље 23,
Министарство правде РС

Актуелизација потребе за прецизним регулисањем услова под којима је могуће тајно надzirати комуникације трећих лица у сврху спречавања, откривања и доказивања кривичних дела, у последњих педесетак година условљена је чињеницом да су паралелно текла два интензивна процеса. Најпре, овај период обележен је интензивним технолошким развојем који је са собом, с једне стране, донео нове облике криминала, нарочито организованог, али је паралелно отворио и значајне могућности на пољу коришћења производа тог развоја у сврху спречавања, откривања и доказивања кривичних дела. Истовремено, на глобалном плану, а нарочито на подручју Европе, текла је експанзија у области развоја заштите људских права, при чему је нарочито за ово питање од значаја право на приватност. У том смислу, кључно питање које детерминише сва законска решења у овој области, јесте у којој мери је дозвољено задирање у приватност комуникација зарад превенције и сузбијања криминала.

1. ЕВРОПСКИ И УПОРЕДНО ПРАВНИ СТАНДАРДИ

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: ЕКЉП, Конвенција) у члану 8. прописује да свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке, као и да се јавне власти неће мешати у вршење овог права осим ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других. Из саме формулације ове одредбе Конвенције јасно је да она спречавање криминала начелно види као легитиман основ за задирање у право на приватност.

Прецизније одређење граница у којима се ово задирање мора кретати одређено је кроз низ препорука Комитета министара Савета Ев-

ДОКАЗНА РАДЊА КОМУНИКАЦИЈА НА ПРИВАТНОСТ

ропе, па тако Препорука R(95)¹³ већ у уводном делу скреће пажњу на последице које развој информационах технологија има како на структуру и појавне облике криминала, тако и на употребу ових технологија у откривању и доказивању кривичних дела.

Препорука R(96)⁸ се у својој преамбули позива на промене које је у Европи донео пад тоталитарних режима као и тржишне, односно привредне промене, које се рефлектују на терену структуре и појавних облика криминалитета, те захтевају адекватну кривичноправну реакцију, како на нивоу појединачних држава, тако и у погледу креирања европске по-

литике сузбијања криминалитета. Већ у параграфима 1. и 2. инсистира се на томе да одговор на криминалитет мора бити у служби владавине права и уз поштовање људских права, колико год у неком друштву била озбиљна ситуација у погледу криминалитета. Говорећи у одељку Ц о претпоставкама за успешно сузбијање организованог криминала, Препоруком се изричито наводи да пресретање телефонских и директних комуникација треба да буде прописано у циљу лакше борбе против организованог криминала (пар. 26.).

Огроман значај у дефинисању европских стандарда у овој области имала је и пракса Европског суда за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП) који је пре више од 20 година стао на становиште да се од законодавца очекује да означи круг лица према којима се може применити таква мера, природу кривичних дела која пружају основ за то, временске границе трајања мере, услове за састављање записника о предузетој мери, начине контроле записника,

као и да предвиди разлоге за брисање и уништавање прикупљеног материјала.³

Када је реч о правном оквиру у Немачкој, законодавац је дао нарочиту правну заштиту када је у питању: право на сопствену реч, поштовање приватне и интимне сфере, право на особеност, лични интегритет, право на информационо самоодређење, задирање у тајност писама, поште и телекомуникација. У Уставу су постављени строги услови применом начела легалитета, супсидијарности, сразмерности, па у складу с тим сумња мора бити заснована на одређеним чињеницама које указују да је одређено лице учинило кривично дело, да га припрема или покушава да га изврши. Свака мера којом се надзире телекомуникација не сме бити изван потребног опсега да би постигла свој циљ. Дакле, оног момента када мера почне да прелази опсег по-

¹ Recommendation No. R (95) 13 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Problems of Criminal Procedure Law Connected with Information Technology (Adopted by the Committee of Ministers on 11 September 1995 at the 543 meeting of the Ministers' Deputies)

² Recommendation Rec(1996)8 of the Committee of Ministers to Member States on Europe in a time of change: crime policy and criminal law (Adopted by the Committee of Ministers on 5 September 1996, at the 572nd meeting of the Ministers' Deputies)

³ ЕСЉП: Хувиг против Француске, No. 11105/84, пресуда од 24. априла 1990; Круслин против Француске, No. 11801/85, пресуда од 24. априла 1990. године)

требног и прелази у непотребни опсег за који нема основа у кривњи окривљеног, она се мора одмах прекинути, јер је тиме постала несразмерна. Сумња мора бити „прилично снажна“, а мера која се предузима на основу те сумње мора бити нужна (ово се тумачи тако да задовољава начело супсидијарности) – може се захтевати од суда, и суд је може наложити само ако на други начин није могуће постићи циљ који је законом и Уставом дозвољен.⁴

Специфичан ток и решења у погледу граница дозвољености угрожавања права на приватност на подручју Уједињеног Краљевства, где је тајни надзор комуникација традиционално коришћен као метод откривања кривичних дела организованог криминалитета а не као доказна радња, па тако све до 1985. године и није био регулисан посебним законским одредбама, изузев оних које регулишу област поштанских услуга. Окидач за промене била је одлука ЕСЉП из 1984. у предмету Малоне против УК⁵, у којој је суд констатовао да УК крши одредбе члана 8. ЕКЉП, након чега је Парламент усвојио *Interception of Communications Act 1985 II*, који је задржао постојећи концепт тајног надзора као средства за превенцију и откривање криминала. Ово је довело до нових представки ЕСЉП, па је 1997. године суд одлучујући у предме-

⁴ Ницевић, М. И. Манојловић, Д. *Осврт на кривичнопроцесни и криминалистички институт посебне доказне радње*, правне теме, година 1, број 1, стр. 15-18.

⁵ ЕСЉП: Малоне против УК, No. 8691/79, пресуда од 2. августа 1984. године

ту *Халфорд* против УК⁶ потврдио да *Interception of Communications Act* не садржи гаранције из чл. 8. ЕКЉП. Када је 1998. године усвојен *Human Rights Act*, ЕКЉП је постала саставни део унутрашњег правног поретка УК, а прецизнију регулативу тајног надзора комуникација УК је добила тек кроз *Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (RIPA)*.⁷

У САД се правни оквир у овој области развио најпре кроз праксу федералног суда а потом и кроз нормативне акте на федералном нивоу, што је било неопходно будући да су правила која су регулисала тајни надзор комуникација на нивоу појединачних држава била на значајно нижем нивоу у погледу заштите права на приватност. Од посебног значаја у том смислу била је одлука Федералног суда у предмету *Бергер* против САД из 1967. када је тумачењем домет заштите приватности у оквиру Четвртог амандмана проширен и на забрану прислушкивања, након чега је донет *Federal Communications Act* којим је забрањено коришћење као доказа пред федералним судовима података прикупљених тајним надзором спроведеним без налога. Круг лица која могу захтевати издавање налога је ограничен и стриктно одређен, као и кривична дела за која је могућа примена ових мера.⁸

⁶ ЕСЉП: Халфорд против УК, No. 20605/92, пресуда од 25. јуна 1997. године.

⁷ Више о томе: Oxford Pro Bono Publico for Justice Uk: Legal Opinion on Intercept Communication, University of Oxford, January 2006.

⁸ *Ibidem*.

2. ТАЈНИ НАДЗОР КОМУНИКАЦИЈА - НАДЛЕЖНОСТ, САДРЖИНА И ТОК СПРОВОЂЕЊА МЕРЕ

У складу са одредбама Законика о кривичном поступку из 2011. године, примена ове мере могућа је уз испуњење материјалног услова који подразумева постојање основа сумње да одређено лице учинило неко од кривичних дела из члана 162 ЗКП⁹ али уз поштовање не-

⁹ Кривична дела за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности, као и: тешко убиство (члан 114. Кривичног законика), отмица (члан 134. Кривичног законика), приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију (члан 185. ст. 2. и 3. Кривичног законика), разбојништво (члан 206. ст. 2. и 3. Кривичног законика), изнуда (члан 214. став 4. Кривичног законика), фалсификовање новца (члан 223. ст. 1. до 3. Кривичног законика), прање новца (члан 231. ст. 1. до 4. Кривичног законика), злоупотреба положаја одговорног лица (члан 234. Кривичног законика), злоупотреба у вези са јавном набавком (члан 234а Кривичног законика), неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога (члан 246. ст. 1. до 3. Кривичног законика), угрожавања независности (члан 305. Кривичног законика), угрожавања територијалне целине (члан 307. Кривичног законика), напад на уставно уређење (члан 308. Кривичног законика), позивање на насилну промену уставног уређења (члан 309. Кривичног законика), диверзија (члан 313. Кривичног законика), саботажа (члан 314. Кривичног законика), шпијунажа (члан 315. Кривичног законика), одавање државне тајне (члан 316. Кривичног законика), изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпелвости (члан 317. Кривичног законика), повреда територијалног суверенитета (члан 318. Кривичног законика), удруживање ради противуставне делатности (члан 319. Кривичног законика), припремање дела против уставног уређења и безбедности Србије (члан 320. Кривичног законика), тешка дела против уставног уређења и безбедности Србије (члан 321. Кривичног законика), недоз-

колико принципа. Наиме, ова мера је супсидијарног карактера јер њена примена могућа само уколико је немогуће или знатно отежано прикупљање доказа на други начин а изузетно и према лицу за које постоје основи сумње да према неко од наведених кривичних дела, а околности случаја указују да се на други начин кривично дело не би могло открити, спречити или доказати или би то изазвало несразмерне тешкоће или велику опасност.

У складу са тим, приликом одлучивања о одређивању и трајању посебних доказних радњи орган поступка ће посебно ценити да ли би се исти резултат могао постићи

вољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја (члан 348. став 3. Кривичног законика), недозвољени прелаз државне границе и кријумчарење људи (члан 350. ст. 2. и 3. Кривичног законика), злоупотреба службеног положаја (члан 359. Кривичног законика), трговина људима (члан 366. Кривичног законика), примање мита (члан 367. Кривичног законика), давање мита (члан 368. Кривичног законика), трговина људима (члан 388. Кривичног законика), угрожавање лица под међународном заштитом (члан 392. Кривичног законика) и кривично дело из члана 98. ст. 3. до 5. Закона о тајности података; спречавање и ометања доказивања (члан 336. став 1. Кривичног законика) ако је учињено у вези са кривичним делом из тач. 1) и 2) овог става. Под условима из члана 161. Законика, ова посебна доказна радња може се одредити и за следећа кривична дела: неовлашћено искоришћавање ауторског дела или предмета сродног права (члан 199. Кривичног законика), оштећење рачунарских података и програма (члан 298. став 3. Кривичног законика), рачунарска саботажа (члан 299. Кривичног законика), рачунарска превара (члан 301. став 3. Кривичног законика) и неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи и електронској обради података (члан 302. Кривичног законика).

на начин којим се мање ограничавају права грађана.

Наредбу којом се одређује спровођење мере доноси судија за претходни поступак а њена садржина мора обухватити расположиве податке о лицу према којем се одређује тајни надзор, законски назив кривичног дела, телефонски број или адреса која ће бити надзирана, разлоге који оправдавају примену мере, начин спровођења и трајање мере, а може обухватити надзор и снимање комуникације која се обавља путем телефона или других техничких средстава или надзор електронске или друге адресе осумњиченог и заплену писма и других пошиљки.¹⁰

Интересантно је да *RIPA* који предвиђа постојање налога за чије издавање је на захтев неког од бројних овлашћених субјеката надлежан државни секретар, разликује две ситуације: прву, у којој постоји пристанак једне стране у „пресретнутој комуникацији“, када је издавање налога једноставније, и друга, када нема пристанка и када основ за издавање налога мора бити знатно јачи и прецизније дефинисан. Основ да се захтева издавање налога мора бити спречавање или откривање кривичног дела за које је забрањена казна затвора од три године или тежа казна. У УК се подаци добијени прислушкивањем не могу

¹⁰ Одлучујући по представи у предмету *Copland* против Уједињеног Краљевства, ЕСЉП је заузео став да листинг телефонских разговора – представља саставни део телефонске комуникације. (ЕСЉП, *Copland* против Уједињеног Краљевства, No. 62617/00, 3. пресуда од 13. јуна 2013. године)

користити као доказ у кривичном поступку, а садржина овако прикупљених података, иако се они не могу користити као доказ, доступна је само јавном тужиоцу, чиме се ремети принцип једнакости оружја.¹¹

У САД је ситуација другачија, па је садржина овако прикупљеног материјала доступна обема странама у поступку. Ово окривљеном даје могућност да доказује да су му применом тајног надзора била повређена права, те да се тако прибављени подаци не могу користити као доказ.

У Канади је тајни надзор података регулисан Закоником о кривичном поступку који дозвољава употребу података прикупљених на овај начин уколико су испоштовани сви законом предвиђени услови. Канадски систем, попут оног у УК, познаје надзор уз пристанак и надзор на основу претходно прибављеног налога, чије је издавање условљено тиме да мора бити учињено вероватним да се применом ове мере може открити или спречити кривично дело, али и предочити природа података чије се прикупљање очекује применом ове мере. Максимално трајање мере ограничено је на 60 дана, с тим што постоји и посебна врста „пробног“ или „привременог“ тајног надзора у трајању од 36 сати, када није неопходно поменуто објашњење.

По одредбама ЗКП-а, предлог за одређивање посебних доказних

¹¹ Више о томе: Oxford Pro Bono Publico for Justice Uk: Legal Opinion on Intercept Communication, University of Oxford, January 2006.



011



Camera 051



Camera 014



Camera 079



039



Camera 039

радњи и одлука о предлогу бележе се у посебном уписнику и чувају се заједно са материјалом о спровођењу посебних доказних радњи у посебном омоту списка са знаком „посебне доказне радње” и ознаком степена тајности, у складу са прописима који уређују тајне податке. Овакво решење у складу је са пар. 8. већ поменуте Препоруке R(95)13.

У погледу максималног могућег трајања мере, ЗКП прави разлику између тзв. општег и организованог криминала, као и ратних злочина, при чему је у првом случају максимално иницијално трајање мере три, уз могућност продужења за још три месеца. Када су у питању организовани криминал и ратни злочини, максимално трајање је и иницијално и у случају продужења, двоструко дуже.

ЗКП је надлежност за спровођење мере тајног надзора комуникација поверио полицији, Безбедносно-информативној агенцији или Војнобезбедносној агенцији, док су поштанска, телеграфска и друга предузећа, друштва и лица регистрована за преношење информација дужна да државном органу из који извршава наредбу, омогуће спровођење надзора и снимања комуникације и да, уз потврду пријема, предају писма и друге пошиљке. Овакво решење у складу је са пар. 12. Препоруке R (95)13.

О спровођењу мере сачињавају се дневни извештаји који се достављају судији за претходни посту-

пак и јавном тужиоцу у току спровођења мера ако они то захтевају. Тајни надзор комуникације се по правилу врши преко поштанских, телеграфских и других предузећа, друштва и лица регистрованих за преношење информација.

Орган који је спроводио надзор дужан је да судији за претходни поступак достави снимке комуникације, писма и друге пошиљке, као и посебан извештај (време почетка и завршетка радње, податке о службеном лицу које је спровело посебну доказну радњу, опис примењених техничких средстава, и број и расположиве податке о лицима која су била обухваћена надзором).

Судија за претходни поступак сачињава записник о отварању материјала и доставља материјал јавном тужиоцу, који ће одредити да ли да се снимци добијени употребом техничких средстава у целини или делимично препишу и опишу.

3. СПЕЦИФИЧНА ОГРАНИЧЕЊА

ЗКП забрањује постављање посебне опреме за надзор комуникација у стану и другим просторијама. Чланом 84. ЗКП-а предвиђено је да докази прибављени супротно одредбама ЗКП-а (незаконити докази) не могу бити коришћени у кривичном поступку, те се издвајају из списка, стављају у посебан запечаћени омот и чувају код судије за претходни поступак до

правноснажног окончања кривичног или судског поступка који се води због прибављања таквих доказа, а након тога се уништавају, о чему се саставља записник.

Када је реч о снимању разговора у стану, за немачко кривичнопроцесно законодавство специфично је то да се оно може чинити у стану осумњиченог и у становима других лица само уколико се може основано претпоставити да се осумњичени задржава у тим становима. Овакву меру сме одобрити само надлежно кривично веће вишег суда и у саставу од тројице судија, писаном наредбом. Оваква мера у кривичноправној и криминалистичкој теорији у Немачкој је позната под термином „прислушкивање у мањој мери”.¹² Примењује се ако је поред снимања у приватном стану потребно утврдити, а на други начин то није могуће, адресу извршиоца тешког кривичног дела за које је та мера прописана. У немачкој теорији се надаље „малим нападом прислушкивања” у стану подразумева оно прислушкивање које се спроводи преко прикривеног иследника који се тог тренутка налази у стану. Са друге стране, у кривичноправној и криминалистичкој теорији постоји термин „велики напад прислушкивање”, који се спроводи у стану само уз инсталирање уређаја.¹²

¹² Ницевић, М. И Манојловић, Д. *Осврт на кривичнопроцесни и криминалистички институт посебне доказне радње*, правне теме, година 1, број 1, стр. 13-14.

4. ПОСЕБАН ПОСТУПАК ПРОШИРЕЊА ТАЈНОГ НАДЗОРА КОМУНИКАЦИЈЕ

У складу са одредбама ЗКП-а, мера се може проширити и на новооткривени телефонски број или адресу. То чини државни орган који извршава наредбу о тајном надзору комуникације, уз обавезу да о томе одмах обавести јавног тужиоца. Ако јавни тужилац сматра да је проширење тајног надзора комуникације неопходно, одмах ће поднети предлог судији за претходни поступак да одобри проширење. Одлука о предлогу се доноси у року од 48 сати од пријема предлога, а судија за претходни поступак о томе саставља белешку у записнику. Уколико усвоји предлог за проширење тајног надзора комуникације, судија за претходни поступак проширује наредбу о тајном надзору, а уколико одбије предлог, материјал који је прикупљен у складу са ставом 1. овог члана се уништава (члан 163. ст. 1. и 2.). По завршетку тајног надзора комуникације, орган из члана 168. став 1. овог законика доставља судији за претходни поступак снимке комуникације, писма и друге пошиљке и посебан извештај који

садржи: време почетка и завршетка надзора, податке о службеном лицу које је надзор спровело, опис техничких средстава која су примењена, број и расположиве податке о лицима обухваћеним надзором и оцену о сврсисходности и резултатима примене надзора. Судија за претходни поступак ће приликом отварања писама и других пошиљки пазити да се не повреде печати и да се омоти и адресе сачувају, а о отварању ће саставити записник. Сав материјал добијеним спровођењем тајног надзора комуникације доставиће се јавном тужиоцу. Јавни тужилац ће одредити да ли да се снимци добијени употребом техничких средстава у целини или делимично препишу и опишу.

5. УНИШТЕЊЕ ПРИКУПЉЕНОГ МАТЕРИЈАЛА И СЛУЧАЈНИ НАЛАЗ

Чланом 163. ЗКП предвиђено је да, ако јавни тужилац не покрене кривични поступак у року од шест месеци од дана када се упознао са материјалом прикупљеним коришћењем посебних доказних радњи или ако изјави да га неће

користити у поступку, односно да против осумњиченог неће захтевати вођење поступка, судија за претходни поступак доноси решење о уништењу прикупљеног материјала, о чему може обавестити лице према коме је спроведена посебна доказна радња из члана 166. овог законика ако је у току спровођења радње утврђена његова одговорност и ако то не би угрозило могућност вођења кривичног поступка. Материјал се уништава под надзором судије за претходни поступак који о томе саставља записник. Ако је при предузимању посебних доказних радњи поступљено супротно одредбама овог законика или наредби органа поступка, на прикупљеним подацима се не може заснивати судска одлука, а са прикупљеним материјалом се поступа у складу са чланом 84. став 3. овог законика.

Ако је предузимањем посебних доказних радњи прикупљен материјал о кривичном делу или учиниоцу који није био обухваћен одлуком о одређивању посебних доказних радњи, такав материјал се може користити у поступку само ако се односи на кривично дело из члана 162. овог законика.

ПРИКРИВЕНИ ИСЛЕДНИК

ПРЕМА ЗАКОНИКУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ И У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

ЉУБА СЛИЈЕПЧЕВИЋ,
руководилац канцеларије
Правосудне академије
у Новом Саду

УВОД

Организовани криминал има немерљиву друштвену опасност. Он уништава економску, моралну и политичку моћ државе и друштва. Његова опасност неупоредиво је већа од опасности коју имају најтежа кривична дела класичног криминала. Она потиче у првом реду из чињенице да се тај криминал тешко открива и доказује, јер је по правилу прикривен формом редовне делатности, обично привредне, која је уз то још и добро организована и повезана са важним чиниоцима – појединачним или групним – политичке, државне, економске и друштвене моћи. За разлику од класичног криминала који је по правилу индивидуална појава, тј. дело појединца са којим држава и њени органи кривичног гоњења релативно лако излазе на крај, у случају организованог криминала реч је о сукобу две организације, државне и криминалне, чије снаге у неким случајевима могу да буду чак и изједначене. У томе сукобу криминална организација није без изгледа на успех и опстанак, нарочито у временима када је држава слаба због кризе изазване другим уз-

роцима. Поред организованог криминала ту спадају и нека најтежа кривична дела, као што су тероризам, отмица, тешка убиства, кривична дела корупције, трговина људима итд. Класичне форме прикупљања и обезбеђивања доказа појављују се као недовољне за успешно сузбијање најтежих облика криминала. Зато савремене државе прибегавају новим процесним формама прикупљања доказа по цену извесног задирања у право приватности и друга људска права

И наше кривично законодавство прихвата нове процесне форме које дају више могућности у откривању и доказивању најтежих облика криминала. Основне карактеристике нових, посебних доказних радњи су: тајност, ограничено (неопходно) задирање у зајемчена права и слободе човека и грађанина и доказна неупотребљивост резултата тих радњи, ако је у њиховој примени повређен закон. У Законику о кривичном поступку предвиђено је шест посебних доказних радњи: тајни надзор комуникације, тајно праћење и снимање, симуловани послови, рачунарско претраживање података, контролисана испорука и прикривени иследник.

Међународно упориште за активности против организованог криминала дају: Конвенција Уједињених нација против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци („Службени лист СФРЈ – Међународни уговори”, број 14/90); Конвенција о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом („Службени лист СРЈ – Међународни уговори”, број 7/02 и „Службени лист СЦГ – Међународни уговори”, број 18/05); Кривичноправна конвенција о корупцији („Службени лист СРЈ – Међународни уговори”, број 2/02, „Службени лист СЦГ – Међународни уговори”, број 18/05 и „Службени гласник РС – Међународни уговори”, број 102/07); Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала („Службени лист СРЈ – Међународни уговори”, број 6/01 и „Службени лист СЦГ – Међународни уговори”, број 11/05); Конвенција Уједињених нација против корупције („Службени лист СЦГ – Међународни уговори”, број 12/05); Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма („Службени гласник РС – Међународни уговори”, број 19/09)

Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала, (UNTOC) усвојена у Палерму децембра 2000. године, која је уједно и најзначајнији међународни документ који предвиђа контролисану испору-

ку, електронско праћење или друге облике надзора и тајних операција – у члану 20. од држава потписница захтева да, ако то дозвољавају основни принципи њиховог домаћег права, омогуће одговарајуће коришћење широког спектра специјалних истражних средстава. Поименце се наводе контролисане испоруке, електронско праћење и други облици надзора и тајне операције приликом истраге активности организованог криминала. У том члану се даље подстичу државе потписнице да закључе одговарајуће билатералне и мултилатералне споразуме за коришћење специјалних истражних средстава, када је то потребно.

Конвенција Уједињених нација против корупције (UNCAC) из 2002. године предвиђа коришћење контролисане испоруке и друге посебне технике истраге. У складу са оним што је утврђено одредбама UNTOC-а, и овом Конвенцијом државе чланице се подстичу да помажу једна другој у наведеним активностима.

У Конвенцији Савета Европе о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом из 1990. године, говори се приступу компјутерским системима и изради одређених докумената:

- резолуцији Интерпола о организованом криминалу
- реезолуцији Европског Савета о спречавању организованог криминала из 1998. године

Проблема се дотичу и Конвенција Савета Европе о компјутерском криминалу; Закон о организацији и надлежности државних ор-

гана за борбу против високотехнолошког криминала, 25. јул 2005. године; Конвенција Савета Европе о високотехнолошком криминалу, 2001. година

Ове наведене резолуције и конвенције полазе од претпоставке да ефикасно супротстављање организованом криминалитету није могуће остварити применом класичних, традиционалних доказних метода. Традиционалне методе супротстављања криминалитету, посебно организованом, нису у потпуности делотворне и ефикасне у сузбијању ове негативне друштвене појаве. Због природе кривичних дела и њихових учинилаца, њима се не могу постићи задовољавајући резултати у судском поступку. Стога је нужно користити савремене методе засноване на научним и техничким достигнућима које се у свету већ увелико примењују. Упркос извесних недоречености посебних норми које предвиђа Закон о изменама и допунама закона о организацији и надлежности државних органа у сузбијању криминалитета и контроверзи овог закона са становишта заштите људских права, резултати који су постигнути применом посебних мера чине те мере нужним елементом метода сузбијања овог облика криминалитета. Управо из тих разлога је у Стокхолму (Шведска), 11. децембра 2009. године, Европска унија усвојила стратешки петогодишњи план за стварање европског Простора слободе, безбедности и правде (Area of Freedom, Security and Justice, AFSJ) тзв. Стокхолмски програм.

До 2014. године у ЕУ предвиђа се додатно развијање полицијске и правосудне сарадње држава чланица, посебно кроз институцију прикривеног иследника, затим сарадњу кроз заједничке полицијске и царинске центре, развијање криминалистичко-обавештајног рада и спровођење заједничких оперативних акција. Општи закључак је да се у Европској Унији „безбедност” поставља испред „слобода” и да се таква пракса практикује од 11. септембра 2001. године. Званичници ЕУ, посебно Европска Комисија, на супрот том мишљењу истичу да се грађанин ипак налази у фокусу и да је Стокхолмски програм управо хтео да пронађе равнотежу између пружања безбедности и заштите људских права. Исход те „равнотеже” видеће се кроз спровођење програма. За разлику од неких земаља које немају „специјалне судове”, посебно дефинисан институт прикривеног иследника или специјалне истражне радње, у Србији се сматра да је са аспекта опште безбедности прихватање и спровођење тих међународних закона значајније за грађане од бојазни злоупотребе и могућности кршења основних људских права и слобода.

Не треба заборавити да, осим кривичноправне репресије, у друштву мора да постоји и превентивна делатност против организованог криминала. Друштвена заједница мора да покуша да отклони узроке који доводе до настанка тог криминала, или бар да ограничи услове за његово вршење, између осталог и преду-

зимањем мера које би смањиле потражњу за производима које данас нуде злочиначка удружења организованог криминала.

У складу са уставним начелом сразмерности (члан 20, ст. 1 и 3 Устава Србије)¹, ограничење уставних права и слобода грађана ради прибављања доказа за дела организованог криминала могуће је тек супсидијарно, када се до тих доказа не би могло доћи на други начин, или би то било могуће уз несразмерне тешкоће. У таквом случају, на захтев јавног тужиоца, истражни судија може одредити поједине мере којима се привремено ограничавају уставна права и слобода лица за које постоје основни сумње да је само учинило или са другим лицима суделовало у извршењу неког кривичног дела које се по закону може квалификовати као дело организованог криминала.

ПОДЕЛА ПОСЕБНИХ ДОКАЗНИХ РАДЊИ

Када је реч о посебним доказним радњама, у ЗКП-у предвиђени су: доказне радње тајног надзора (опсервације) осумњичених (надзор и снимање телефонских и других разговора или комуникација осумњиченог и контролисана испорука) – методе инфилтрације у криминогену средину кроз примену посебних доказних радњи, као што су ангажовање прикривеног иследника, употреба сведока сарадника и пружање симулованих пословних услуга и склапање симулованих правних послова тр-

говина људима – мере финансијске истраге, кроз примену посебне доказне радње аутоматско рачунско претраживање личних и других са њима повезаних података. У новом ЗКП-у од члана 161. до члана 188. уређена је област посебних доказних радњи у које спадају тајни надзор над комуникацијом (чл. 166. ЗКП), тајно праћење и снимање (чл. 171. ЗКП), симуловани послови (чл. 174. ЗКП), рачунска претрага података (чл. 178. ЗКП), контролисана испорука (чл. 181. ЗКП) и прикривени иследник (чл. 183. ЗКП), које се уз сарадњу тужиоца и судије за претходни поступак спроводе помоћу полицијских органа.

УСЛОВИ ЗА ПРИМЕНУ ПОСЕБНИХ ДОКАЗНИХ РАДЊИ

Приликом постављања општих услова за примену посебних доказних радњи законодавац је настојао да задовољи захтеве за супсидијарношћу исразмерношћу њихове примене. Свака доказна радња мора да буде погодна и целисходна, таква да њеним предузимањем може да се оствари неопходан циљ (прикупљање доказа у циљу процесуирања осумњиченог за кривична дела наведена у члану 162. ЗКП). Разлози за спровођење мере су:

- превентивни – у циљу спречавања извршења кривичног дела;
- репресивни – у циљу откривања и проналажења учиниоца већ учињеног кривичног дела.

Битан је и принцип сразмерности – да се неко право ради остварења циља може ограничити само

¹ Службени гласник РС» бр. 98/2006.

онолико колико је неопходно да би се тај циљ остварио, ни мање ни више. Циљ који се жели остварити, по свом значају не сме бити мање вредан од добра које се ограничава, од права у које се задира.

КРИВИЧНА ДЕЛА У ОДНОСУ НА КОЈА СЕ ПРИМЕЊУЈУ ПОСЕБНЕ ДОКАЗНЕ РАДЊЕ

Одредбе о кривичним делима за која поступа јавно тужилаштво посебне надлежности садржане су у два закона: у Закону о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела² и у Закону о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине.³

ЗОНДОСОК (чл. 2 тач. 2–7) утврђује надлежност Тужилаштва за организовани криминал тако да ово тужилаштво поступа за кривична дела организованог криминала и за више других тешких и опасних кривичних дела и кад нису извршена на организован начин.

ЗОНДОСОК (чл. 3) и Законик (чл. 2 ст. 1 тач. 34 и 33) дају истоветну дефиницију организованог криминала као вршење кривичних дела од стране организоване криминалне групе или њених припадника. Из оваквог одређења организованог криминала произилази да овај криминал постоји и кад

² „Сл. гласник РС”, бр. 42/2002, 27/2003, 39/2003, 67/2003, 29/2004, 58/2004 - др. закон, 45/2005, 61/2005, 72/2009, 72/2011 - др. закон, 101/2011 - др. закон и 32/2013

³ „Сл. гласник РС”, бр. 67/2003, 135/2004, 61/2005, 101/2007, 104/2009, 101/2011 - др. закон и 6/2015.

је дело извршено од стране једног учиниоца припадника групе ако се извршеним делом остварује криминална делатност ради које је криминална група организована. Под организованом криминалном групом подразумева се група од три или више лица, која постоји одређено време и делује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дела за која је прописана казна затвора од четири године или тежа казна, ради стицања, посредно или непосредно, финансијске или друге користи. На овај начин закон одређује обједињујуће елементе који одређеном криминалном деловању дају карактер организованог криминала. Ови елементи тичу се времена постојања криминалне групе и споразумног деловања њених чланова, усмереног на стицање неке користи, уз услов да се ради о тешким или најтежим кривичним делима. Криминална група може бити организована и ради извршења само једног кривичног дела коме претходи одређено планирање и припремање од стране више учесника (нпр. тешка крађа или разбојништво на штету неке финансијске организације).

Тужилаштво за организовани криминал надлежно је и за нека друга кривична дела. То су: кривично дело убиства највиших државних представника (чл. 310 Кривичног законика) и кривично дело оружане побуне (чл. 311); кривична дела против службене дужности (чл. 359, 366, 367 и 368), када је окривљени, односно лице којем се даје мито службено или

одговорно лице које врши јавну функцију на основу избора, именовања или постављења од стране Народне скупштине, Владе, Високог савета судства или Државног већа тужилаца; кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица (чл. 234 ст. 3), кривично дело злоупотреба у вези са јавном набавком (чл. 234а ст. 3) и кривично дело злоупотребе службеног положаја (чл. 359 ст. 3) када вредност прибављене имовинске користи превазилази износ од 200.000.000 динара; кривично дело тероризам (чл. 391), кривично дело јавно подстицање на извршење терористичких дела (чл. 391а), кривично дело врбовање и обучавање за вршење терористичких дела (чл. 391б), кривично дело употребе смртоносне направе (чл. 391в), кривично дело уништење и оштећење нуклеарног објекта (чл. 391г), кривично дело финансирање тероризма (чл. 393) и кривично дело терористичко удруживање (чл. 393а); кривично дело прања новца (чл. 231), ако имовина која је предмет прања новца потиче из кривичних дела организованог криминала или из неког другог од претходно наведених кривичних дела, осим убиства највиших државних представника и кривичног дела оружане побуне; кривична дела против државних органа (чл. 322 ст. 3 и ст. 4 и чл. 323 ст. 3 и 4) и кривична дела против правосуђа (чл. 333 и 335, чл. 336 ст. 1, 2 и 4 и чл. 336б, 337 и 339), ако су извршена у вези са кривичним делима организованог криминала или са неким другим од претходно наведених кривичних дела.

У чл. 2. Закона о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине утврђена је надлежност Тужилаштва за ратне злочине за: кривична дела из чл. 370 до 384 и чл. 385 и 386 Кривичног законика; тешка кршења међународног хуманитарног права извршена на територији бивше Југославије од 1. Јанура 1991. године, која су наведена у Статуту Међународног кривичног суда за бившу Југославију; кривично дело помоћ учиниоцу после извршеног кривичног дела из чл. 333 КЗ, ако је извршено у вези са напред наведеним кривичним делима.

По чл. 162 Законика посебне доказне радње могу се одредити и за више других кривичних дела за која не поступа јавно тужилаштво посебне надлежности, а то су: тешко убиство (чл. 114), отмица (чл. 134), приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију (чл. 185 ст. 2 и 3), разбојништво (чл. 206 ст. 2 и 3), изнуда (чл. 214 ст. 4), фалсификовање новца (чл. 323 ст. 1 до 3), прање новца (чл. 231 ст. 1 до 4), злоупотреба положаја одговорног лица (чл. 234), злоупотреба у вези са јавном набавком (чл. 234а), неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога (чл. 246 ст. 1 до 3), угрожавање независности (чл. 305), угрожавање територијалне целине (чл. 307), напад на уставно уређење (чл. 308.), позивање на насилну промену уставног уређења (чл. 309), диверзија (чл. 313), саботажа (чл. 314), шпијунажа (чл.

315), одавање државне тајне (чл. 316), изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости (чл. 317), повреда територијалног суверенитета (чл. 318), удруживање ради противуставне делатности (чл. 319), припремање дела против уставног уређења и безбедности Србије (чл. 320), тешка дела против уставног уређења и безбедности Србије (чл. 321), недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја (чл. 348), недозвољени прелаз државне границе и кријумчарење људи (чл. 350 ст. 2 и 3), злоупотреба службеног положаја (чл. 359), трговина утицајем (чл. 366), примање мита (чл. 367), давање мита (чл. 368), трговина људима (чл. 388), угрожавање лица под међународном заштитом (чл. 392) и кривично дело из чл. 98 ст. 3-5 Закона о тајности података; спречавање и ометање доказивања (чл. 336 ст. 1), ако је учињено у вези са неким од претходно наведених кривичних дела за која се могу одредити посебне доказне радње.

Посебна доказна радња ангажовања прикривеног иследника може се одредити само за кривична дела за која поступа јавно тужилаштво посебне надлежности (чл. 162 ст. 2 ЗКП).

Посебне доказне радње могу се одредити према лицу за које постоје основи сумње да је учинило кривично дело наведено у члану 162. ЗКП, а на други начин се не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано.

Листа кривичних дела је затво-

рена, што значи да она која се не налазе на том списку не могу бити предмет посебних доказних радњи.

ПРИКРИВЕНИ ИСЛЕДНИК ПРЕМА ЗКП-У

Прикривени иследник на данашњем нивоу криминалитета и те како је потребан, а његов значај долази до изражаја због чињенице да је ова радња процесно регулисана. Њихов *ratio* се заснива на појму, природи и основним карактеристикама организованог криминалитета, из чега директно произлазе и велике доказне тешкоће када је он у питању, ради чијег се превазилажења нужно морају примењивати доказни методи који иначе никако нису уобичајени у случајевима класичног криминалитета. Искуства страних земаља показују да се ради о једном специфичном методу који се нарочито користи за прикупљање доказа и оперативних информација у домину супротстављања организованом криминалитету. Ова радња има кориене у САД, где се у циљу ефикаснијег сузбијања организованог криминалитета користи тајни агент који се по многим елементима разликује од прикривеног иследника.

Институт прикривеног иследника је на релативно сличан начин уређен у већини европских држава, тј. пре свега у Европској унији, где значајну улогу у координисању полицијских акција игра Организација европске полиције – ЕУРО-ПОЛ, који представља најупадљивији израз заједничке борбе против криминалитета у Европи.

Употреба прикривеног ислед-

ника представља најсложенију посебну истражну радњу, чија примена изискује испуњење највише услова, нужних за остварење сврхе њеног одређивања (осигурање доказа, предмета и трагова који упућују на извршење кривичног дела одређених лица, односно припадника криминалне групе и испуњење исто толико важних услова који гарантују тајност). Осим тога, примена ове радње тражи заштиту телесног интегритета лица које се појављује у улози прикривеног иследника.

Ангажовање прикривеног иследника је најизузетнија од свих посебних доказних радњи, која је опасна и за непосредног учесника у њеном спровођењу. Изузетност ове доказне радње је двострука: за њено одређивање морају бити испуњени не само општи услови, који важе за примену свих посебних доказних радњи, него и посебан услов – да се ниједном другом посебном доказном радњом не могу прикупити докази за кривично гоњење, или би њихово прикупљање било знатно отежано (чл. 183 ЗКП).

Посебно ограничење за примену ове доказне радње састоји се у томе што се она може одредити само за кривична дела за која поступа јавно тужилаштво посебне надлежности (чл. 162 ст. 23КП). Ова посебна доказна радња по правилу се примењује за откривање и доказивање кривичних дела организованог криминала – убацивањем посебно обученог полицијског службеника, са лажним идентитетом и исправама, у кри-

миналну организацију ради откривања њених вођа, чланова и криминалне делатности којом се организација бави.

Радњу ангажовања прикривеног иследника одређује судија за претходни поступак образложеном наредбом, на образложени предлог јавног тужиоца посебне надлежности. Образложењем предлога указује се на испуњеност општих услова за примену посебних доказних радњи, као и на немогућност, односно знатну отежаност да се коришћењем других посебних доказних радњи прикупе докази за кривично гоњење. Предлог јавног тужиоца треба да садржи и податке о лицима и групи према којима би радња била примењена, уз указивање на могућу, очекивану криминалну делатност групе. Наредба судије за претходни поступак о ангажовању прикривеног иследника обавезно садржи податке о лицима и групи према којима се радња примењује, опис могућих кривичних дела, начин, обим, место и трајање посебне доказне радње. Према околностима, у наредби може бити одређено да прикривени иследник може да употреби техничка средства за фотографисање или тонско, оптичко и електронско снимање (чл. 184 ст. 2 ЗКП). Одлука о коришћењу техничких средстава свакако зависи и од процене ризика који би за сигурност прикривеног иследника могло да донесе поседовање и коришћење таквих средстава.

Питање трајања ангажовања прикривеног иследника уређено је на нешто другачији начин него

трајање других, посебних доказних радњи. Примена ове посебне доказне радње траје колико је потребно да се прикупе докази, најдуже годину дана.

По потреби, на образложени предлог јавног тужиоца, судија за претходни поступак може трајање радње продужити за најдуже шест месеци. Као и код других посебних радњи, примена ове радње се прекида чим престану разлози за њену примену (чл. 184 ст. 3 ЗКП).

Судија за претходни поступак одређује ангажовање прикривеног иследника као посебну доказну радњу, али не одређује персонално прикривеног иследника. То чине – под псеудонимом или шифром – министар надлежан за унутрашње послове, директор Безбедносно-информативне агенције или директор Војнобезбедносне агенције, односно лице које они овласте (чл. 185 ст. 1 ЗКП). Приликом одређивања прикривеног иследника мора се водити рачуна о врсти кривичних дела, националној и регионалној припадности криминалне организације, односима које она има са другим организованим криминалним групама, као и о способностима и знањима које у вези с тим мора да има прикривени иследник. Одлучујућу улогу у одређивању прикривеног иследника има непосредни старешина прикривеног иследника, било да он сам по овлашћењу одреди прикривеног иследника, или да надлежном министру, односно директору безбедносне агенције, пружи потребне податке. Због личне сигурности и успешног обављања задатка, прикривени ис-



ледник се одређује под псеудонимом или шифром. Круг лица који ма је познат његов идентитет сведен је на најмању меру.

Прикривени иследник одређује се, по правилу, из реда овлашћених лица органа унутрашњих послова или једне од две безбедносне агенције. Изузетно, ако то захтевају посебне околности случаја, прикривени иследник може бити и друго лице, домаћи или страни држављанин (чл. 185 ст. 2 ЗКП). Друго лице, домаћи држављанин, које би било ангажовано као прикривени иследник може бити припадник неке службе која није полицијска и безбедносна. Од страних држављана као прикривени иследник свакако би најпре могао бити ангажован припадник стране полицијске или безбедносне службе, поготово у случајевима када се прикупљање доказа о делатности одређених криминалних организација предузима у сарадњи са страном државом.

Ради заштите идентитета прикривеног иследника, надлежни органи могу изменити податке у базама података и издати личне исправе са измењеним подацима (чл. 185 ст. 3 ЗКП). У питању су подаци у базама које воде државни органи или друге организације или установе. Овом изменом података у бази и издавањем личне исправе са измењеним подацима, службена лица не чине кривично дело фалсификовања службене исправе, јер је противправност ових радњи искључена. Измењени подаци о истовремености прикривеног иследника представљају тајни податак.

О евентуалној одговорности прикривеног иследника за кривично дело, ЗКП садржи само једну одредбу (чл. 185 ст. 4 ЗКП) по којој је забрањено и кажњиво да прикривени иследник подстрекава на извршење кривичног дела. Подстрекавање би постојало ако би прикривени иследник вербалном или неком другом радњом код припадника криминалне групе створио или учврстио одлуку да изврше кривично дело. У ЗКП, међутим, за прикривеног иследника нема одредбе која би по садржини одговарала одредби о искључењу постојања кривичног дела у радњи овлашћеног лица као симулованог учесника у закључењу посла. Учешће прикривеног иследника у извршењу кривичних дела, која чине припадници криминалне групе у коју је убачен, подразумева се, јер он то не може избегавати а да остане неоткривен.

Из поменуте одредбе о забрани подстрекавања, посредно произилази да учешће прикривеног иследника у извршењу кривичних дела у оквиру криминалне групе није забрањено с обзиром да је он симуловани учесник у извршењу кривичног дела.

На пример, може се догодити да при извршењу разбојништва прикривени иследник неком лицу нанесе тешку телесну повреду или га чак лиши живота. Питање одговорности прикривеног иследника решавало би се применом општих института материјалног кривичног права. Ако прикривени иследник телесним повређивањем или лишењем живота није отклањао

истовремену нескривљену опасност за властити телесни интегритет, односно живот, његово понашање дошло би под удар кривичног закона.

У случају да је прикривени иследник радњом, као неопходном, отклонио истовремену нескривљену опасност за властити телесни интегритет, односно живот (нпр. неко од жртава дела уперило је на њега оружје показујући намеру да га убије). У том случају не би могла постојати нужна одбрана, јер радња прикривеног иследника не би представљала одбијање противправног напада јер би нападач на њега делао у нужној одбрани у односу на напад криминалне групе, тј. не противправно. Може постојати крајња нужда у смислу отклањања истовремене нескривљене опасности ако учињено зло није веће од зла које је претило.

Прикривени иследник у току ангажовања подноси периодични извештај свом непосредном старешини (чл. 186 ст. 1 ЗКП). ЗКП не одређује ближе садржину тих извештаја, њихов облик и време достављања. То зависи од околности у којима прикривени иследник обавља свој задатак и његове процене ризика за властиту сигурност који би достављање извештаја могло да изазове. Извештаји могу бити достављани и усмено или предајом непосредном старешини оптичког, тонског или електронског снимка.

По завршетку ангажовања прикривеног иследника, његов непосредни старешина доставља судији за претходни поступак фотографије, оптичке, тонске или елек-

тронске снимке, прикупљену документацију и све прибављене доказе и извештај који садржи: време почетка и завршетка ангажовања прикривеног иследника, шифру или псеудоним прикривеног иследника, опис примењених поступака и техничких средстава, податке о лицима обухваћеним посебном доказном радњом и опис постигнутих резултата (чл. 186 ст. 2 ЗКП).

Судија за претходни поступак примљени материјал са извештајем доставља јавном тужиоцу, на чији предлог је ова доказна радња и примењена. На основу прикупљених података и доказа, јавни тужилац одлучује о даљем току поступка. Прикривени иследник може, изузетно, под шифром или псеудонимом, бити испитан као сведок у кривичном поступку. Испитивање се обавља тако што се јавном тужиоцу, окривљеном и браниоцу не открива идентитет прикривеног иследника.

Прикривени иследник се позива преко старешине са којим је био у вези приликом спровођења доказне радње. Овај старешина непосредно пре испитивања прикривеног иследника својом изјавом пред судом потврђује истовестност прикривеног иследника (чл. 187 ст. 1 и 2 ЗКП).

Приликом испитивања прикривеног иследника као сведока, не сме бити одбијено свако суочење, нити одбрани може да буде ускраћена могућност да испита прикривеног иследника и доведе у сумњу његову веродостојност. На основу чл. 112 ЗКП на заштиту прикривеног иследника сходно се

примењују и одредбе о заштићеном сведоку.

Подаци о истовестности прикривеног иследника који се испитује као сведок представљају тајне податке (чл. 187 ст. 2 ЗКП). Судска одлука се не може заснивати искључиво или у одлучујућој мери на исказу прикривеног иследника (чл. 187 ст. 3 ЗКП).

ПРИКРИВЕНИ ИСЛЕДНИК У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА

Да би држава успоставила делотворан оквир за примену специјалних истражних средстава, и то такав који истовремено уважава људска права, нужан предуслов је потпуно разумевање члана 8. Европске конвенције и његовог утицаја на унутрашње право и праксу. Члан 8. јемчи право појединца на приватни и породични живот, поштовање дома и преписке. С друге стране, у пракси се брзо развијају средства којима је могуће нарушити нечију приватност, због чега свако унутрашње право, ако се жели да оно буде функционално, мора да успостави равнотежу између двају сукобљених јавних интереса. С једне стране постоји потреба за спречавањем тешког криминалитета, а с друге постоје ограничења за деловање државе када је реч о њеном мешању у приватни живот појединца.

Право на приватност које је утврђено чланом 8. није, међутим, апсолутно право. Европски суд за људска права доследно заступа становиште да то право мора бити одмерено у односу на ограничења

која су уведена ради заштите осталих припадника друштва. То значи да ограничење остваривања права појединца из члана 8. став 1. мора:

- одговарати захтевима акутне друштвене потребе;
- бити спроведено у настојању да се оствари легитимни циљ онако како је то прописано чланом 8. став 2;
- постојати разуман однос сразмере између прикривених средстава која су примењена и легитимног циља коме се тежи. Другачије речено, прикривена активност треба да буде ограничена на оно што је стриктно неопходно да би се остварио тражени циљ.

Морају такође да постоје и одговарајуће и делотворне мере заштите и правни лекови за случај злоупотребе тих метода.

Свако ограничавање права појединца из члана 8. мора бити примењено на недискриминаторан начин.

Спорна мера мора бити сразмерна ономе што се тежи постићи њеном применом. Извесне области приватног живота појединца у вишој су мери приватне него друге, тако да се у тим областима може захтевати детаљније оправдање и образложење примењене мере.

Неминовно је и реално да прикривене полицијске операције и специјална истражна средства по самој својој природи подразумевају и изванредан степен нарушавања приватности. Ако је могуће установити кршење члана 8, онда ће окривљени тврдити да је употреба таквих техника и ослањање на доказни материјал који је при-



купљен помоћу таквих техника нешто што га лишава права на правично суђење, које је зајемчено чланом 6. Европске конвенције. Члан 6. подразумева испитивање правичности поступка сагледавног у целини – конкретно, то је попис и преглед свих фаза поступка и могућности које су пружене подносиоцу представке – а не вредновање изоловане процесне мањкавости *per se*.

Од пресудног је значаја да унутрашње право обезбеди правни оквир за прикривене активности и примену специјалних истражних средстава. Подједнако је важно да оквир који се на тај начин успостави задовољи све захтеве Европске конвенције.

С друге стране, окривљени може тврдити да, због саме чињенице да је дошло до повреде приватности, доказни материјал који је прикупљен помоћу таквих техника треба да буде искључен од стране домаћег суда или да је неправично да кривични поступак у таквим околностима буде настављен.

Да би успешно побили таква опорављања, државни органи треба да буду у могућности да оправдају употребу прикривених метода, и то позивајући се на основна начела на којима почива Европска конвенција, наиме, на начело зако-

нитости (јасна, доступна правила у унутрашњем праву као основа за употребу специјалних истражних средстава), неопходност и сразмерност, уз истовремену примену одговарајућих заштитних механизма који спречавају злоупотребу таквих метода. Другачије речено, лице које одобрава употребу специјалних истражних средстава, било да је реч о полицијском органу, тужиоцу или судији, мора да докаже да је применило основна начела Европске конвенције у процесу одлучивања о примени таквих метода.

У пракси Европског суда за људска права сматра се да су проактивне делатности тајних полицијских иследника сагласне Конвенцији уколико не пређу у делатност „агента провокатора”. Прецедентну одлуку у погледу допуштености употребе прикривених иследника Суд је донео у пресуди *Teixeira de Castro v. Португалија* (1998), којој је претходила пресуда *Ludi v Switzerland* (1993). У последњем предмету полиција је на основу судске наредбе најпре законито прислушкивала телефон лица сумњивог за препродају опојних дрога, након чега је одредила једног свог службеника да као прикривени иследник покуша да од осумњиченог купи одређену коли-

чину дроге. Њихови разговори су тајно снимљени и на основу тако прикупљених доказа осумњичени је касније био осуђен. Прикривено прикупљање података о неком појединцу од стране полиције не представља увек кршење члана 8. става 1, а ако није реч о кршењу, онда, разуме се, нема потребе да се отварају питања у вези члана 8. става 2. и да се разматра да ли јесте или није постојао оправдан основ за кршење. Тако је у предмету *Ludi v Switzerland*⁴ Европски суд одбио да установи да ли је коришћење прикривеног агента повредило права подносиоца представке по основу члана 8, будући да је он био осумњичен за припадништво већој групи кријумчара опојних дрога код које је пронађено пет килограма кокаина, и „стога је морао бити свестан да се упустио у кривично дело... те да је, самим тим, био изложен могућности да се суочи с прикривеним агентом чији ће задатак у суштини бити да разоткрије и њега и његове поступке“. У том случају, операција кријумчарења дроге већ је била у току када је прикривени агент ступио на сцену, тако да чињеница да су докази прибављени у склопу те операције били прихваћени у поступку ни на који на-

4 ESLJP (бр. 12433/86) (1992).

чин није представљала кршење члана 6. Европске конвенције.

Његову притужбу због повреде права на тајност личног живота из члана 8 Конвенције, суд је одбио из разлога што је оценио да је коришћење тајног иследника, као самосталне мере или у комбинацији са законитим прислушкивањем, допуштено према члану 8, став 2 Конвенције, јер је делатност осумњиченог према швајцарском кривичном закону била криминална.

Европски суд је у пресуди *Teixeira de Castro v. Португалија*⁵, која се односи на случај у коме су двојица полицијских агента осумњиченом, сазнавши да је препродавац дроге, понудили на откуп одређену количину хероина, па га приликом трансакције ухапсили. Након што су португалски судови одбили приговор осумњиченог да су полицијски агенти деловали без судске наредбе и да осуда почива на резултату деловања агента провокатора упркос забрани португалског ЗКП-а да се доказ прибављен кривичним делом сматра неупотребљивим у поступку, Европски суд је прихватио његову притужбу, установљавајући да је Португалија, мада се свака држава у раним фазама кри-

вичног поступка може легитимно служити и проактивним методама истраживања тежих кривичних дела, пропустила да детаљније уреди ту методу и тиме је повредила право окривљеног на правичан поступак (члан 6, став 1 Конвенције).

У предмету *Khudobin*, Европски суд је осим тога оценио да сви докази прикупљени полицијским подстицањем морају бити искључени (ст. 133–135; види, на супрот томе, уобичајенији, много резервисанији приступ прихватљивости других типова доказа који нису ваљано прикупљени у предмету *Schenk, Khan i Vykov v. Russia* [GC], ст. 88–105).

Иако у пракси Европског суда није изричито речено да је осуда примененом метода полицијског подстицања погрешна, то се може сврстати у једно од ретких кршења захтева за „правичношћу” у којем је суд досуђивао и накнаду за материјалну штету (губитак зараде) поред накнаде за нематеријалну штету по члану 41. (*Ramanauskas*, ст. 87–88).

ЛИТЕРАТУРА:

1. проф. др Милан Шкулић и др Горан Илић, „Водич за примену новог Законика о кривичном

поступку”, 2. измењено и допуњено издање, Paragraf Lex, Београд.

2. др Милан Шкулић, Правни факултет у Београду, „ПРИКРИВЕНИ ИСЛЕДНИК – ЗАКОНСКО РЕШЕЊЕ И НЕКА СПОРНА ПИТАЊА”, часопис *Безбедност* 3/05.
3. Бановић, Б., Веселиновић, М., „Посебне доказне радње и нови Законик о кривичном поступку“, Зборник радова *Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект)*, Београд, 2012.
4. Бејатовић, С., „Казнена политика законодавца и реформа кривичног процесног законодавства Србије“, Монографија *Казнена политика (Закон и пракса)*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013, стр. 5–148.
5. Бејатовић, С., „Концепт истраге и нови ЗКП“, Зборник *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд 2013.
6. Европска конвенција о људским правима са Протоколима.

5 ESLJP (бр. 44/1997/828/1034) (1998).

РЕФОРМА КРИВИЧНОГ ЗАКОНОДАВСТВА (АДЕКВАТНОСТ

ПРОФ. ДР СТАНКО
БЕЈАТОВИЋ

1. ПРОЦЕС РЕФОРМЕ КРИВИЧНОГ ПРОЦЕСНОГ ЗАКОНОДАВСТВА СРБИЈЕ И КАЗНЕНА ПОЛИТИКА

(ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ)

Рад на реформи српског кривичног процесног законодавства започет је доношењем Законика о кривичном поступку СРЈ из 2001. године.¹ Последњи резултат досадашњег скоро петнаест година дугог процеса реформе је Законик о кривичном поступку из 2011. године.² Према ставу главних креатора овог законског пројекта, доношењем овог законског текста процес реформе српског кривичног процесног законодавства је завршен.³ Подсећања ради, Законик је донесен у септембру 2011. године, а почео је са применом, по-

¹ „Сл.лист СРЈ”, бр.70/2001,68 /2002 и „Сл.гласник РС”, бр.58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2007 И 20/2009.

² „Сл.гласник РС”,бр.72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 и 45/2013 и 55/2014

³ Илић, Г., Кривично процесно законодавство Републике Србије и стандарди Европске уније, Збор. Кривично законодавство и стандарди Европске уније, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010,стр.23-41.

сле више одлагања, октобра 2013. године.⁴ Изузетак су поступци за кривична дела организованог криминала или ратних злочина који се воде пред посебним одељењима надлежног суда у којима је примена овог законског текста почела 15. јануара 2012. године.⁵ Међутим, у међувремену (и пре почетка његове целовите примене) Законик је четири пута мењан. Уз све ово, у међувремену је (септембра 2012) покренут и званичан поступак на изради Закона о изменама и допунама ЗКП-а и његов Нацрт смо добили већ крајем 2012. године са изузетно обимним предлогом измена и допуна.⁶ Међутим, од истих се одустало. Надајмо се не дефинитивно. Све ово само по себи више него јасно говори не само о актуелности, сложености процеса реформе кривичног процесног законодавства Србије, већ и о „лутању” законодавца у изнала-

⁴ Види: Збор. „Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013.

⁵ Чл. 608.ЗКП

⁶ Види: Радна верзија Закона о изменама и допунама ЗКП из 2011. год., Министарство правде и државне управе, Београд, 2013.

ПРОЦЕСНОГ СРБИЈЕ КАЗНЕНЕ ПОЛИТИКЕ)

жењу решења која су у функцији основног циља реформе као целине, односно више него јасно говори и о непостојању јасне законодавне политике када је реч о овом законском пројекту.⁷ С обзиром на све ово, мора се, ко зна који пут, поставити и питање: да ли је доношењем ЗКП-а 2011. године процес реформе српског кривичног процесног законодавства завршен⁸ или је пак ЗКП из 2011. само још један (*овог пута мање успешан*) корак тако дугог процеса реформе? Само један, по ставу аутора, и не само аутора, неуспешан корак на путу који води остварењу главног циља реформе постављеном, сасвим исправно, већ у раду на изради текста ЗКП-а из 2001. године. То је, пре свега, стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак, али да то није науштрб међународним актима и националним законодавством загарантованих слобода и права субје-

⁷ Шкулић, М., Илић, Г., Реформа у стилу „Један корак напред – два корака назад”, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012.

⁸ Види: Збор. „Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2014.

ката кривичног поступка.⁹ Управо полазећи од овог циља својственог, сасвим оправдано, свим законодавним интервенцијама дугогодишњег процеса реформе, бројне су новине које карактеришу процес реформе, и оне се тичу пре свега сталног ширења поља могућности примене поједностављених форми поступања у кривичним стварима који посебно долази до изражаја у Закону о изменама и допунама ЗКП-а из септембра 2009. године,¹⁰ када је у кривични поступак Србије први пут уведен и један потпуно нови, до тада непостојећи процесноправни институт – споразум о признању кривице као доминантна форма поједностављеног поступања у кривичним

⁹ Бејатовић, С., Тужилачка истрага као обележје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона (Криминално-политички разлози озакоњења, стање и перспективе), Збор. „Тужилачка истрага (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени)”, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2014, стр. 11-33.

¹⁰ Шкулић, М., Оптужење и мере обезбеђења присуства окривљеног и несметаног вођења кривичног поступка, Збор.: „Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу”, Београд, 2014. год. стр. 143.176.

стварима. Овакав тренд је наставаљен и у ЗКП-у из 2011. године. Међутим, за разлику од решења присутних пре његовог доношења, Законик питања поједностављених форми, и не само поједностављених форми поступања, регулише у концептуалном смислу на знатно другачији начин. С обзиром на такав његов приступ у регулисању проблематике кривичног поступка, слободно се може констатовати да ЗКП из 2011. године представља радикалан раскид са досадашњом кривичнопроцесном традицијом Србије. Истина, Законик садржи и нека од раније устаљена кривичнопроцесна решења, али њихова нормативна ра зрада је знатно другачија. Међу бројним новинама оваквог карактера посебно се истичу оне које се тичу девалвације начела истине, потпуне адверзијалне конструкције главног претреса, значајног минимизирања улоге кривичног суда и процесног положаја окривљеног.¹¹ Једном речју, овим и не само овим новинама ЗКП из 2011. године, може се слободно рећи, раскида са тра-

¹¹ Шкулић, М., Илић, Г. Реформа у стилу један корак напред-два корака назад, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012.

диционално присутним решењима у српском, и не само српском, кривичном процесном законодавству, већ и у законодавству највећег броја земаља које припада континенталном правном систему.

Поред изнесеног, још су три изразите специфичности политике нашег законодавца када је реч о процесу реформе кривичног процесног законодавства. *Прво*, веома честе интервенције у законским текстовима који чине кривичнопроцесно законодавство Србије, а пре свега и најчешће интервенције у ЗКП-у као основном законском тексту ове гране права. Посматрано са аспекта овог законика, интервенције су у појединим годинама присутне и по неколико пута годишње.¹² Оправданост овако честих интервенција озбиљно се може ставити под знак питања. Ово тим пре што кривичнопроцесно законодавство, по својој природи, припада конзервативним гранама права. Ако се овоме дода и чињеница доношења законских текстова који су престајали да важе и пре почетка примене, онда изнесена констатација још више добија на својој актуелности. Најбољи пример негативности овакве једне праксе је Законик о кривичном поступку Републике Србије из 2006. године који је престао да важи и пре почетка његове целовите примене.¹³

¹² Бејатовић, С., Споразуми јавног тужноца и окривљеног и нови ЗКП РС, Ревизија за криминологију и кривично право, 2012, бр.1-2, стр. 69.

¹³ Види: Грубач, М., Критика „Новог“ Законика о кривичном поступку, Ревизија за криминологију и кривично право, 2006, бр.2, стр. 7; Лазин, Ђ., Заштита људских слобода и права према новом Законнику о кривичном поступку, Зборник „Примена Новог Законика о

Друго, појава не малог броја нових законских текстова којима се на посебан начин регулише значајан број питања која су пре почетка рада на реформи била регулисана у оквиру норми ЗКП-а као скоро јединог законског текста из корпуса кривичног процесног законодавства Србије схваћеног у ужем смислу речи. Примера ради, то су: Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима, Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, Закон о сарадњи са међународним кривичним судом, Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела, Закон о надлежности државних органа у поступку за ратне злочине, Закон о надлежности државних органа за борбу против високотехнолошког криминала. *Треће*, у кривичном поступку, посматрано у целини, уведени си и посебни поступци и специјализовани органи за поједине врсте кривичних дела (случај пре свега са кривичним делима организованог криминала, ратних злочина и високотехнолошког криминала).

Када је реч о циљевима реформе као целине, два су сасвим оправдано кључна. Први је стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак, с тим да то не иде на уштрб националним законодав-

кривичном поступку”, Удружење за кривично право Србије, Београд, 2007. стр. 31; Ревизија за криминологију и кривично право, 2006, бр. 2 (у целости посвећен овој проблематици);

ствима и релевантним међународним актима загарантованих слобода и права човека и грађанина уопште. Други је усклађивање кривичног процесног законодавства Србије са решењима присутним у савременом компаративном кривичном процесном законодавству и тенденцијама присутним у савременој кривичноправној науци уопште. Полазећи од овако постављених циљева, већ Законик о кривичном поступку из 2001. године уводи не мали број изузетно значајних новина којима се ствара нормативна основа за ефикаснији кривични поступак и усаглашава кривичнопроцесно законодавство Србије са решењима и тенденцијама савремене кривичноправне науке. У првом реду то су: проширивање могућности примене начела опортунитета кривичног гоњења и на пунолетне учиниоце кривичних дела, и то на два начина (могућношћу одлагања кривичног гоњења и могућношћу одбацивања кривичне пријаве у случају стварног кајања); увођење могућности изрицања кривичних санкција без главног претреса, и то такође на два начина (у поступку за кажњавање пре главног претреса и у поступку за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије); проширивање функционалне надлежности судије појединца; проширивање могућности вођења скраћеног кривичног поступка и за кривична дела за која је предвиђена казна затвора до три године; ограничавање укупног трајања притвора; одређивање рока за вештачење и прописивање последица пропуштања одређеног рока; одређивање процесног тренутка до

којег се лице које ужива право имунитета може позвати на имунитет; ограничење броја бранилаца једног окривљеног лица; установа кривичног гоњења по предлогу оштећеног лица; нове мере према субјектима који својим понашањем онемогућавају или отежавају одржавање главног претреса; одређивање рока за повраћај привремено одузетих предмета и сл.¹⁴

Тренд нових решења у кривичном процесном законодавству Србије започет доношењем Законика о кривичном поступку из 2001. године у циљу стварања нормативне основе за ефикаснији кривични поступак и његовог усаглашавања са решењима присутним у компаративном кривичном процесном законодавству, настављен је његовим изменама и допунама из маја 2004. године, односно изменама и допунама из августа 2009. године, које доносе најзначајније новине управо по питању стварања нормативне основе за још ефикасније деловање кривичног правосуђа, и то превасходно путем озакоњења споразума о признању кривице као једне од доминантних форми поједностављеног поступања у кривичним стварима. Међутим, и поред свих ових новина које карактеришу кривично процесно законодавство Србије од започињања његове реформе 2001. године и свим каснијим изменама и допунама ЗКП-а из 2001. године, није се стало. Насупрот

¹⁴ Види: Бејатовић, С., Мере за повећање ефикасности и поједностављење кривичног поступка, Основне карактеристике Предлога новог југословенског кривичног законодавства, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2000, стр.145-155.

томе, пришло се раду на изради новог ЗКП-а. Рад на том законском пројекту је окончан усвајањем новог ЗКП-а 2011. године. Међутим, ни ту није крај. Пре почетка његове целовите примене (1. октобар 2013) Законик је четири пута мењан, а у међувремену израђен је и Нацрт његових изузетно обимних измена и допуна крајем 2012. године, али се од истих одустало.¹⁵ Међутим, пре приказа неких од новина које доноси ЗКП из 2011. године, треба још једном истаћи да оне не говоре само о „лутању“ законодавца у изналажењу решења која би била у функцији прокламованих циљева реформе, већ и о одсуству јасне политике законодавца у раду на тако дугом процесу реформе српског кривичног процесног законодавства, што само по себи веома утиче и на ефикасност борбе против криминалитета, схваћене у њеном квалитативном и квантитативном значењу као кључном циљу реформе.

2. НЕКА РЕШЕЊА ВАЖЕЋЕГ ТЕКСТА ЗКП-А КАО ДОКАЗ ОДСУСТВА АДЕКВАТНОСТИ КАЗНЕНЕ ПОЛИТИКЕ И КАО РАЗЛОГ НЕОПХОДНОСТИ НАСТАВКА РАДА НА ПРОЦЕСУ РЕФОРМЕ

Као што је то већ изнесено, ЗКП РС из 2011. године донео је низ новина не само у односу на ње-

¹⁵ Бејатовић, С., Непосредно оптужење као инструмент државне реакције на криминалитет, Збор.: „Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2014.год.стр.253-269.

говог претходника (ЗКП из 2001. и његове измене и допуне), већ и у односу на традиционално присутна решења у кривичном процесном законодавству Србије утемељена на ЗКП-у из 1976. године. Међу не малим бројем решења наводимо само она које саме по себи говоре о одсутности адекватне законодавне политике у раду на изради овог законског пројекта, а тиме и указују на став аутора, и не само аутора, да овај законски текст не сме да представља крај реформе српског кривичног процесног законодавства. Штавише, он је само један неуспешан корак у преко десет година дугом раду на реформи, корак који веома отежава успешан ход правосуђа на путу чији је циљ ефикасна борба против криминалитета. Међу решењима овог законског текста који, по ставу аутора, оправдавају овакву једну констатацију, посебно се истичу следећа његова решења:

2.1. Начело суђења у разумном року. Једно од изричито предвиђених начела које је, сасвим оправдано, донео процес реформе, тачније нови Законик, јесте и начело суђења у разумном року. Његова суштина се огледа у обавези суда да кривични поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка, а случају кривичног поступка против окривљеног који је у притвору поступак је хитан (чл. 14. ст. 1 и 2). У циљу што потпуније практичне реализације овог начела, Законик је предвидео и мере за спречавање одуговлачења поступка –



мере за спречавање злоупотребе права од стране субјеката кривичног поступка.¹⁶ У складу са овим, браниоцу, оштећеном, законском заступнику, пуномоћнику, оштећеном као тужиоцу или приватном тужиоцу који предузима радње очигледно усмерене на одуговлачење поступка, веће ће изрећи опомену. О изреченој мери опомене адвокату председник већа обавестиће надлежну адвокатску комору, уз обавезу обавештавања суда о предузетим мерама (чл. 374. ст. 1 и 3). У случају неблаговременог или неодговарајућег поступања јавног тужиоца или лица које га замењује, а којим се проузрокује одуговлачење поступка, председник већа ће известити надлежног јавног тужиоца и Државно веће тужилаца, уз обавезу обавештавања суда о предузетим мерама (чл. 374. ст. 2).

Поред ЗКП-у, Законом о изменама и допунама Закона о уређењу судова из новембра 2013. године¹⁷ предвиђени су додатни инструменти практичне реализације заштите права на суђење у разумном року. Према истом, странка у судском

поступку која сматра да јој је повређено право на суђење у разумном року, може непосредно вишем суду поднети захтев за заштиту права на суђење у разумном року и истим тражити и накнаду за повреду права на суђење у разумном року. Захтев се подноси непосредно вишем суду и поступак одлучивања по истом је хитан. Ако непосредно виши суд утврди да је захтев подносиоца основан, он може одредити примерену накнаду за повреду права на суђење у разумном року и одредити рок у коме ће нижи суд окончати поступак у коме је учињена повреда права на суђење у разумном року. Досуђена накнада исплатиће се из буџетских средстава Републике Србије опредељених за рад судова у року од три месеца од дана подношења захтева странке за исплату (чл. 8а-8в. ЗУС).

2.2. Доказивање и казнена политика законодавца. Једна од значајнијих новина коју доноси Законик тиче се доказивања. Она своју подлогу налази пре свега у чл. 15.¹⁸ Овом, и не само овом одредбом Законика, знатно је измењена улога учесника кривичног поступка у доказивању. Она је сада стављена у руке тужиоца, а улога суда у поступку је више него минимизирана. Извођење доказа *ex officio* само је изузетна могућност. Терет доказивања оптужбе је на тужиоцу, а суд изводи доказе на предлог странака. Само изузетно суду се даје могућ-

ност утицаја на поступак доказивања, и ту могућност суд по правилу реализује посредно – давањем налога странци. Наиме, суд може дати налог странци да предложи допунске доказе или изузетно сам одредити да се такви докази изведу, ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано распрасио. Суд може доказ извести једино ако то предложи странка, што суд странци може сугерисати, али је практично не може „принудити” на такав доказни предлог. Уколико суд нареди извођење одређених доказа, то подразумева да ће доказе извести одређена странка а не сам суд, јер се суд не може доказно активирати ако странка то није предложила. Поред тога, није прописана никаква процесна консеквенца за одбијање странке да испуни налог суда.

У контексту ове проблематике, посебну пажњу заслужује и питање *девалвације начела истине*. Када је реч о овој новини, онда пре свега треба истаћи чињеницу садржану у ставу да би се постигао основни циљ кривичног поступка, који мора да осигура да „нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка” (чл. 1. ст. 1. Законика), у кривичном поступку мора да се утврди истина о томе да

¹⁶ О појму злоупотребе права од стране субјеката поступка види: Ђурђић, В., *Кривично процесно законодавство као нормативна претпоставка ефикасности поступања у кривичним стварима*, Збор., „Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступка у кривичним стварима”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год., стр.9-39.

¹⁷ „Сл.гласник РС”, бр.101/2013.

¹⁸ Одредбе поред којих не стоји назив законског текста тичу се ЗКП РС из 2011.

ли је окривљени кривично одговоран за одређено кривично дело или не. Друштвени интерес, због кога се иначе и води кривични поступак, захтева да се утврди потпуна и неоспорна истина о чињеницама које чине основу кривичне одговорности окривљеног, јер кажњен сме бити само онај окривљени чија је кривична одговорност потпуно и неоспорно утврђена. На овом темељу засновано је и право државе на кажњавање – *тзв. ius puniendi*. Своје право на кажњавање држава реализује само у случајевима када се са сигурношћу утврди одговорност конкретног лица за извршење кривичног дела које му се ставља на терет. Судска одлука као крајњи резултат кривичног поступка мора да почива на истини.

Истина до које се долази у кривичном поступку треба да представља веран одраз кривичног догађаја у свести судије преко којег држава оживотворује своје право на кажњавање. Истина која се утврђује у кривичном поступку није апсолутна истина која искључује могућност супротног. Истина до које се долази у кривичном поступку, иако представља највећи степен извесности до кога се средствима кривичног поступка може доћи, само је релативна истина која не искључује могућност доказивања супротног. У кривичном поступку, у извесном броју случајева, долази до каснијег утврђивања истине која је супротна истини утврђеној у претходним стадијумима у кривич-

ном поступку. Уз сво ово, ова истина је у извесном смислу истовремено и субјективна, јер исти материјал може да остави различите утиске на оне који га процењују и да доведе до различитих оцена разних судова. У којој ће мери одраз кривичног догађаја у свести судије бити веран кривичном догађају који се десио, зависи од квалитета и квантитета доказа. Формирање одраза кривичног догађаја у свести судије врши се у кривичном поступку постепено и зависно од прикупљених и изведених доказа путем којих субјективна истина треба што је могуће више да се приближи објективној. Тек таква истина је материјална, реална, стварна истина, будући да под њом подразумевамо највећи степен извесности до које судија може доћи у кривичном поступку. Неопходност утврђивања потпуније истине у кривичном поступку, више него у било ком другом поступку, јавља се из више разлога. Прво, у кривичном поступку се одлучује о примени кривичних санкција које претпостављају извршење кривичног дела и постојање кривице. Посматрано са аспекта друштвеног интереса, изрицање кривичних санкција без сигурног утврђивања извршења кривичног дела и кривице било би бесмислено, а посматрано са аспекта окривљеног неоправдано и представљало би насиље. Други разлог лежи у карактеру последица кривичне пресуде. Наиме, казна је најте-

жа форма правних санкција, а уз то и санкција која се не може у неким случајевима поправити. Осим тога, чињеница проглашења једног лица кривично одговорним повлачи најтежи суд моралног неодобравања, умањује социјалну вредност осуђеног и изазива тешке последице које га прате и после издржане казне. С обзиром на све ово, утврђивање истине у кривичном поступку мора да буде приоритетан задатак органа поступка – пре свега суда. Међутим, и поред неопходности утврђивања истине у кривичном поступку, и поред тога што начело утврђивања истине у кривичном поступку представља једно од кључних, основних начела кривичног поступка европског континенталног правног система којем по свим објективним критеријумима треба да припада и наш кривичноправни систем, оно је, нажалост, најблаже речено девалвирано, ако не и протерано из кривичног поступка Закоником из 2011. године.¹⁹

Не упуштајући се у даљу анализу одредаба које потврђују изнесени став о протеривању истине из кривичног поступка Србије,²⁰ ис-

¹⁹ Ђурђић, В., *Изградња новог модела кривичног поступка Србије на реформисаним начелима кривичног поступка*, Збор. „Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект)“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012. год., стр.74-78.

²⁰ Види: Шкулић, М., *Главни претрес у новим Закоником о кривичном поступку Србије*, Збор. „Актуелна питања

тичемо само још две следеће ствари. Прво, протеривањем начела истине из кривичног поступка и ослобођењем суда од одговорности за прикупљање и извођење доказа, кривични поступак постаје сличан парничном поступку у којем странке имају право диспозиције, и аналогно томе носе и одговорност за утврђивање истине, што је у потпуној противречности са доминирајућим схватањем континентално правне доктрине о природи и циљу кривичног поступка. Према истој, због јавноправног карактера кривичног поступка и јавног интереса да се гони учинилац кривичног дела, у кривичном поступку мора да важи начело судског истраживања истине, и сходно томе у односу на разјашњење предмета поступка суд не може да буде везан активношћу странака већ он „истражује истину“ извођењем доказа по службеној дужности који су од важности за судско одлучивање.²¹ Сходно овом, у немачком *StPO*, као репрезентативном представнику континенталног кривичноправног система, изричито је прописано да је у циљу утврђивања истине суд обавезан (по службеној дужности) да изводи доказе у погледу свих чињеница које су битне за доно-

кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект)“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012, стр.88-124

²¹ Claus Roxin und B. S.C. Hunemann, *Strafverfahrensrecht*, 16. Auflage, Verlag „C.H. Beck“, Munchen, 2009., seit. 78.

шење одлуке.²² Друго, изbacивање одговорности суда за прикупљање и извођење доказа, а тиме и за утврђивање потпуног и истинитог чињеничног стања, довело је и до великог броја нелогичности других законских решења. Нпр. како објаснити да у ситуацији када суд нема одговорност за извођење и прибављање доказа, а тиме ни обавезу да утврђује истину у кривичном поступку, постоји могућност побијања његове пресуде жалбом због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, тј. због недостатака насталих превасходно радњама кривичнопроцесних странака (чл. 437. тач. 3). Другим речима, како повезати право странака на побијање судске одлуке због недостатака за које су једино оне одговорне?

2.3. *Промене процесног положаја кључних процесних субјеката*. Променена архитектоника кривичног поступка као једног од битнијих обележја новог ЗКП-а утицала је и на промену статуса (права и обавеза процесних субјеката, пре свега суда, тужиоца, окривљеног, браниоца, полиције и оштећеног). Тако, нпр, када је реч о суду, истрага није више у надлежности суда. Или, ту је и његова потпуно другачија улога у поступку доказивања и др. Затим, измењена је улога у његовом поступању у случају извршења кривичног дела на главном претресу, у

²² Par. 244. *StPO*.

поступку испитивања оптужнице, у фази припремања главног претреса, у начину настављања одложеног главног претреса, у реализацији поједностављених форми поступања у кривичним стварима, у изради изречене пресуде (пре свега њеног образложења које може да изостане или да буде само делимично), издвојеном мишљењу приликом изрицања пресуде, начину обавештавања учесника кривичног поступка, у поступку по правним лековима и сл.²³

Када је реч о јавном тужиоцу, ту су пре свега три особености Законика везане за овај кривичнопроцесни субјект. Прво, код кривичних дела за која се гони по службеној дужности, јавни тужилац је тај који спроводи истрагу. Друго, сужавањем улоге суда у поступку доказивања, тежиште је пренето на тужиоца. Тужилац је тај који има примарну улогу у обезбеђењу доказа (терет доказивања оптужбе је на њему, а суд изводи доказе само на предлог странака). Треће, проширене су могућности примене поједностављених форми поступања од стране јавног тужиоца.

Код оштећеног као процесног субјекта кључна новина је немогућност стицања својства супсидијарног тужиоца у свим случајевима непредузимања кривичног гоњења,

²³ Бејатовић, С., *Концепт истраге и нови ЗКП*, Збор. „Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013, стр.131-144.

односно одустанка јавног тужиоца од кривичног гоњења, као и измењени начин његовог утицаја на одлуку јавног тужиоца о коришћењу начела опортунитета кривичног гоњења.

Слично осталим процесним субјектима, не мали број питања стручне одбране решен је на другачији начин од њихове решености у претходном ЗКП-у. Ту је пре свега ширење подручја обавезне одбране (доња граница прописане казне као критеријум обавезне одбране сада је осам година) затвора. Исто тако, окривљени мора имати браниоца и приликом примене мере забране напуштања стана и приликом скривљеног одсуства са главног претреса. Даље, нпр. бранилац има право да непосредно пре првог саслушања прочита кривичну пријаву, записник о увиђају и налаз и мишљење вештака, а након првог саслушања да разматра списе и разгледа предмете који служе као доказ и сл.²⁴

Када је реч о полицији као субјекту поступка, према новом Законику може се пре свега закључити да су и у овом законском тексту традиционалне оперативнотактичке мере и радње из ранијег преткривичног, а сада предистражног поступка и даље у надлежности полиције. Но, поред овог, полиција је овлашћена да самостално пре-

дузима и поједине доказне радње у предистражном поступку чији се резултати, као доказ, могу користити у кривичном поступку, а у истрази фактички било коју доказну радњу коју јој повери тужилац. Посматрано са аспекта односа полиције и тужиоца, може се закључити да је тужилац апсолутно доминантан субјекат претходног поступка, а полиција активан сарадник јавног тужиоца све до подизања оптужнице, али функционално потпуно подређена тужиоцу. Овлашћења полиције, иако наизглед слична у односу на претходни ЗКП, прецизирана су, донекле проширена, али у знатно већој мери подвргнута надзору и контроли тужиоца.

2.4. Стално ширење могућности употребе начела опортунитета кривичног гоњења. У раду на реформи кривичног процесног законодавства Србије, посебна пажња била је, сасвим оправдано, посвећена нормирању начела опортунитета кривичног гоњења и код пунолетних учинилаца кривичних дела. Није мали број питања о којима се у стручној јавности водила дискусија око начина њиховог решавања. Међу тим питањима посебно су се истицала она која се тичу могућег обима његове примене, контроле одлуке јавног тужиоца о примени начела, услова под којима може да дође до одлагања кривичног гоњења и права оштећеног лица у примени наче-

ла и сл.²⁵ Међутим, и поред актуелности ових питања, ниједна стручна расправа (а њих је било више) није доводила нити доводи под знак питања његову криминално-политичку оправданост. Напротив. За веома кратко време након озакоњења могућности његове примене и код пунолетних учинилаца кривичних дела 2001. године,²⁶ начело је показало своју пуну криминално-политичку оправданост и све интервенције су ишле у правцу изналагања решења за његову што адекватнију примену уз предвиђање механизма контроле исправности његове примене у конкретним случајевима.

Посматрано са аспекта нормативне разраде, неколико је новина у новом ЗКП-у када је реч о начелу опортунитета кривичног гоњења код пунолетних учинилаца кривичних дела. *Прво*, и нови ЗКП задржава више видова начела опортунитета кривичног гоњења,

²⁵ Види: Бејатовић, С., *Начело опортунитета кривичног гоњења у немачком кривичном процесном праву*, Збор. „Опортунитет кривичног гоњења”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009., стр.125-144. Киурски, Ј., *Опортунитет кривичног гоњења и досадашња искуства у његовој примени*, Збор. „Нова решења у кривичном процесном законодавству – Теоретски и практични аспект”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2011.

²⁶ Бејатовић, С., *Опортунитет кривичног гоњења и нови ЗКП*, Збор. „Актуелна питања кривичног законодавства – нормативни и практични аспект”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012. год., стр.125-141.

²⁴ Тинтор, Ј., *Бранилац и нова решења у ЗКП*, Збор. „Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013, стр.145-171.

што је у зависности од основа који представљају могућност његове примене. То су: одлагање кривичног гоњења као посебан/доминантан вид начела опортунитета; одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности; условно одлагање кривичног гоњења као могући елемент споразума о признању кривичног дела. *Друго*, дошло је до ширења могућности примене начела опортунитета кривичног гоњења тако што је дата могућност јавном тужиоцу да „одложи кривично гоњење за кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до пет година” (чл. 283. став 1), и то без контроле суда и независно од пристанка оштећеног. *Треће*, смањен је број могућих обавеза под којима може да дође до одлагања кривичног гоњења, а садржина једне обавезе је промењена. *Четврто*, за примену одлагања кривичног гоњења Законик не тражи сагласност суда. У вези са оваквим решењем новог Законика, треба имати у виду и следеће. Изостављање сагласности/ангажовања суда у примени начела опортунитета је оправдано, али је неопходна контрола одлуке јавног тужиоца у његовој примени и треба је обезбедити. Нпр. могућности преиспитивања такве одлуке од стране непосредно вишег или највишег јавног тужиоца, што је иначе углавном и присутно решење у компаративном кривичном процесном законодавству. Да ли овакву или

неку другу адекватну контролу одлуке јавног тужиоца о коришћењу овог вида начела опортунитета кривичног гоњења обезбеђује нови ЗКП? Засигурно не. *Петом*, за одлагање кривичног гоњења више се не тражи пристанак оштећеног, што је био случај раније. *Шестом*, Закоником је решено питање форме одлуке о одлагању кривичног гоњења. То је наредба у којој се, поред осталог, мора одредити и рок у којем осумњичени мора извршити преузете обавезе (члан 283. став 2. новог ЗКП). *Седмом*, продужен је рок у којем „осумњичени мора извршити преузете обавезе” у случају у одлагања кривичног гоњења као посебног вида начела опортунитета кривичног гоњења и он сада може да износи и „годину дана”. *Осмом*, предвиђен је начин контроле извршења наложених обавеза тако што је прописано да „надзор над извршењем обавеза обавља повереник из органа управе надлежног за послове извршења кривичних санкција, у складу са прописом који доноси министар надлежан за послове правосуђа.”

2.5. Промена концепта истраге. Једно од питања којем је у раду на реформи кривичног процесног законодавства Србије посећена посебна питања јесте концепт истраге. Наиме, у току целог рада на реформи једно од најактуелнијих питања је питање концепта истраге. И теорија и пракса скоро да су сагласни да од начина ре-

шавања овог питања зависи питање ефикасности не само истраге, већ и ефикасности кривичног поступка као целине.²⁷ Управо захваљујући таквом приступу, једна од круцијалних особености процеса реформе кривичног процесног законодавства Србије у ЗКП из 2011. године је напуштање судског концепта истраге и озакоњење новог (*по ставу законодавца*) тужилачког концепта истраге.

У вези са залагањем стручне јавности Србије за промену концепта истраге, присутно је и схватање да тужилачки концепт истраге није безрезервно у функцији која се од њега очекује. И код тужилачког концепта истраге отворена су бројна питања и од начина њиховог решавања зависи и остварење циљева тужилачког концепта истраге. Међу питањима овог карактера посебан значај имају она која се тичу: органа који треба да спроводе истрагу; овлашћења активних субјеката истраге, односно у ком обиму иста треба дати појединим субјектима истраге? Затим, ту је и питање да ли су судски органи који спроводе истрагу довољно стручни из области криминалистике, чије знање у овом поступку највише долази до изра-

²⁷ Радуловић, Д., *Концепција истраге у кривичном поступку у светлу новог кривичног процесног законодавства*, Збор. „Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства”, ОЕБС, Мисија у Србији; Београд, 2012., стр. 11-23.

жаја? Потом, како и на који начин заштити слободу и права окривљеног лица у току истраге? Или, који систем/модел тужилачке истраге је најприкладнији посматрано са аспекта како њене ефикасности, тако и ефикасности кривичног поступка као целине, али да то не иде на штету међународним актима и националним законодавством загарантованих слобода и права субјеката истраге? У оквиру ових питања, питање ефикасности истраге једно је од њених актуелнијих питања уопште из разлога што је добро познато и још више неоспорно да је ефикасно спроведена истрага један од веома битних фактора ефикасности кривичног поступка као целине. Само у случајевима нормирања тужилачког концепта истраге на начелима својственим њему, он је у функцији очекиваног. У противном тога нема. С обзиром на ово поставља се као кључно питање: како нормативно разрадити тужилачки концепт истраге да би он био у функцији остваривања циља који се очекује од њега, а то је ефикасност уз пуно поштовање међународним актима и националним законодавством загарантованих слобода и права окривљеног и других учесника истражног поступка? Постизање овако постављеног циља могуће је под условом да је тужилачки концепт истраге нормативно разрађен уз пуно поштовање следећих принципа: јавни тужилац као једини овлашћени субјекат

покретања истражног поступка; основана сумња као материјални услов покретања истраге; прецизирање услова под којима полиција може да се појави у својству активног субјекта истраге, као и врсте истражних радњи које она може предузети у таквом својству; предвиђање конкретних механизма који обезбеђују адекватну сарадњу јавног тужиоца и полиције у истрази; тачно и прецизно прописивање услова под којим и код којих доказних радњи као активни субјекат њиховог предузимања може да се појави суд; предвиђање инструменталности за законито и ефикасно спровођење истраге, као и начина поступања јавног тужиоца након окончања истраге и последица непридржавања тако предвиђених норми; заштита основних права оштећеног лица која произилазе из кривичног дела за које се спроводи истрага; предвиђање механизма обезбеђења прикупљања доказа како на штету тако и у корист лица против којег се спроводи истрага.

С обзиром на изнесено, као кључно поставља се питање да ли је концепт истраге у ЗКП РС из 2011. разрађен у складу са жељеним степеном његове нормативне разраде, односно у складу са залагањем већинског дела стручне јавности Србије, па и шире. Иоле озбиљнија анализа одредаба Законика о новом концепту истраге говори да не. Она говори да је Србија ЗКП-ом из 2011. добила не тужилачки концепт истраге, већ кон-

цепт паралелне истраге. Илустрације ради, наводимо само неколико примера. *Прво*, могућност покретања истраге дозвољена је и против непознатог учиниоца. *Друго*, за покретање истраге довољан је најнижи степен сумње – основ сумње, тј. исти онај степен сумње који се тражи и за поступање полиције у предистражном поступку. *Треће*, једно од најдискутабилнијих решења ове фазе поступка у новом ЗКП-у је његов чл. 301. став 1. по којем осумњичени и његов бранилац могу самостално прикупљати доказе и материјал у корист одбране. *Четврто*, иако је истрага у начелу тужилачка, може да дође до укључивања полиције у предузимању појединих доказних радњи, под условом да јој то јавни тужилац повери (чл. 299. ст. 4. ЗКП). *Пето*, поред полиције у истрагу може да се укључи и судија за претходни поступак уколико јавни тужилац одбије предлог осумњиченог и његовог браниоца за предузимање доказне радње или ако о предлогу не одлучи у року од осам дана од дана подношења предлога. У том случају осумњичени и његов бранилац могу поднети предлог судији за претходни поступак и ако се предлог усвоји, судија за претходни поступак налаже јавном тужиоцу да предузме доказну радњу у корист одбране и одређује му рок зато (члан 302. ЗКП). *Шесто*, предвиђена је могућност да се у одређеним случајевима за предузимање одређе-

них доказних радњи укључи и суд у смислу што он сам не предузима доказну радњу, него налаже јавном тужиоцу да предузме доказну радњу (чл. 302. ст. 1-3. ЗКП). Сходно оваквом решењу може се закључити да јавном тужиоцу не само као руководиоцу предистражног поступка, него и истраге, неко други (суд) налаже да предузме доказну радњу, и то у корист одбране. Решење више него дискутабилно.²⁸ Ова и слична решења новог концепта истраге предмет су, чини се, сасвим оправдане критике стручне јавности Србије и као таква могу оправдано довести у питање функционисање новог концепта истраге и складу са очекиваним. Међу њима посебан значај заузимају:

1. Један од општеприхваћених ставова како теорије тако и праксе када је реч о покретању кривичног поступка, јесте и став да он мора бити условљен испуњењем материјалног услова конкретизованог у постојању чињеница и околности конкретног кривичног догађаја које основано упућују на закључак, указују на то да је одређено/конкретно лице извршилац кривичног дела које му се ставља на терет – тј. постојањем основане, а не само основа сумње. Покретање и вођење кривичног поступка не може се заснивати на претпоставкама. Оно мора бити засновано на

стварним, конкретним подацима. Питање је да ли је само на основу основа суме (као што је то случај сада) или само на основу индиција могуће покретање кривичног поступка с обзиром на све његове импликације? Наше је мишљење да не. Ако се овом дода и чињеница да се у смислу одредбе чл. 7. тач. 1. кривични поступак сматра покренутим доношењем наредбе о спровођењу истраге, питање постаје још актуелније, односно изнесени став још оправданији.

2. Према чл. 295. ст. 1. тач. 2. могућност покретања истраге постоји и против „непознатог учиниоца када постоје основи сумње да је учињено кривично дело.“ И ово решење је, чини се више него оправдано, изложено критичи. Оно као такво не само да нема оправдања, већ је и у директној супротности са великим бројем општеприхваћених решења у кривичном материјалном и процесном законодавству. Тако, на пример, у супротности је са одредбом чл. 14. ст. 1 и 2. КЗ РС из које јасно произлази да „нема кривичног дела без кривице“, а питање кривице могуће је посматрати само у контексту конкретног, а не неког непознатог лица. Или, оправдано се мора поставити и питање односа ове одредбе са чл. 286. ст. 1. Законика у којој је, сасвим исправно, прописано поступање полиције у тзв. предистражном поступку који обухвата и случајеве „када постоје основи сумње да је извршено кри-

вично дело за које се години по службеној дужности, а учинилац кривичног дела је непознат” и сл.

3. У ст. 1. чл. 301. Законика прописано је „осумњичени и његов бранилац могу самостално прикупљати доказе у корист одбране.“ У вези са овако датим решењем постављају се три питања. Прво, да ли се на овај начин у нашем кривичном процесном законодавству уводи не тужилачки модел истраге, већ паралелна истрага? Да ли на овакав начин положај лица против којег се спроводи истрага зависи од његовог материјалног статуса, односно да ли се на овакав начин прави разлика међу лицима против којих се спроводи истрага према критеријуму њиховог имовног стања? Затим, ту је и питање да ли су докази које прикупе осумњичени и његов бранилац у функцији задатка истраге из ст. 2. чл. 295. Законика, а тиме и у складу са основним разлогом преласка са судског на тужилачки концепт истраге (њена ефикасност)? У тужилачком концепту истраге морају да буду предвиђени механизми обезбеђења прикупљања доказа како на штету, тако и у корист лица против којег се спроводи истрага на начин који ће бити у складу са њеним задатком и њеном ефикасношћу. Да ли је то случај у конкретном? Мишљење аутора рада је да није.

4. У тужилачком концепту истраге основна, главна функција судије за истрагу (судије за претходни

²⁸ Шкулић, М., Илић, Г. *Реформа у стилу „Један корак напред-два корака назад“*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012, стр. 47-50.



поступак) мора да буде одлучивање о питањима везаним за слободу и права окривљеног и других субјеката истраге. Предузимање појединих истражних радњи од стране суда треба да буде само изузетна могућност, само онда када се оправдано претпоставља да се та радња неће моћи поновити на главном претресу или да би њено извођење било скопчано са великим тешкоћама, а уз то неопходно ја да је она битна (неопходна) за правилно решење конкретне кривичне ствари схваћене у смислу доношења судске одлуке о истој. Једном речју, радње доказивања које се предузимају од стране суда у овом поступку не би смеле да буду у функцији остваривања основног задатка истраге. Оне не би смеле да буду у функцији доношења одлуке јавног тужиоца о подизању оптужнице или обустави поступка, што је случај у конкретном.

5. Једна од неизоставних особености тужилачког концепта истраге треба да буде и такав положај оштећеног који ће му омогући-

ти реализацију његових основних права која се јављају као последица кривичног дела поводом којег се води истрага. Иоле озбиљнија анализа релевантних одредаба Законика по овом питању показује да ова особеност тужилачког концепта истраге није испоштована. Чл. 297. ст. 3. Законика као једина одредба по овом питању далеко је од жељеног. Он само обавезује јавног тужиоца да обавести оштећеног о покретању истраге и да му да поуку о правима која му припадају у смислу чл. 50. ст. 1. Законика, и ништа више.

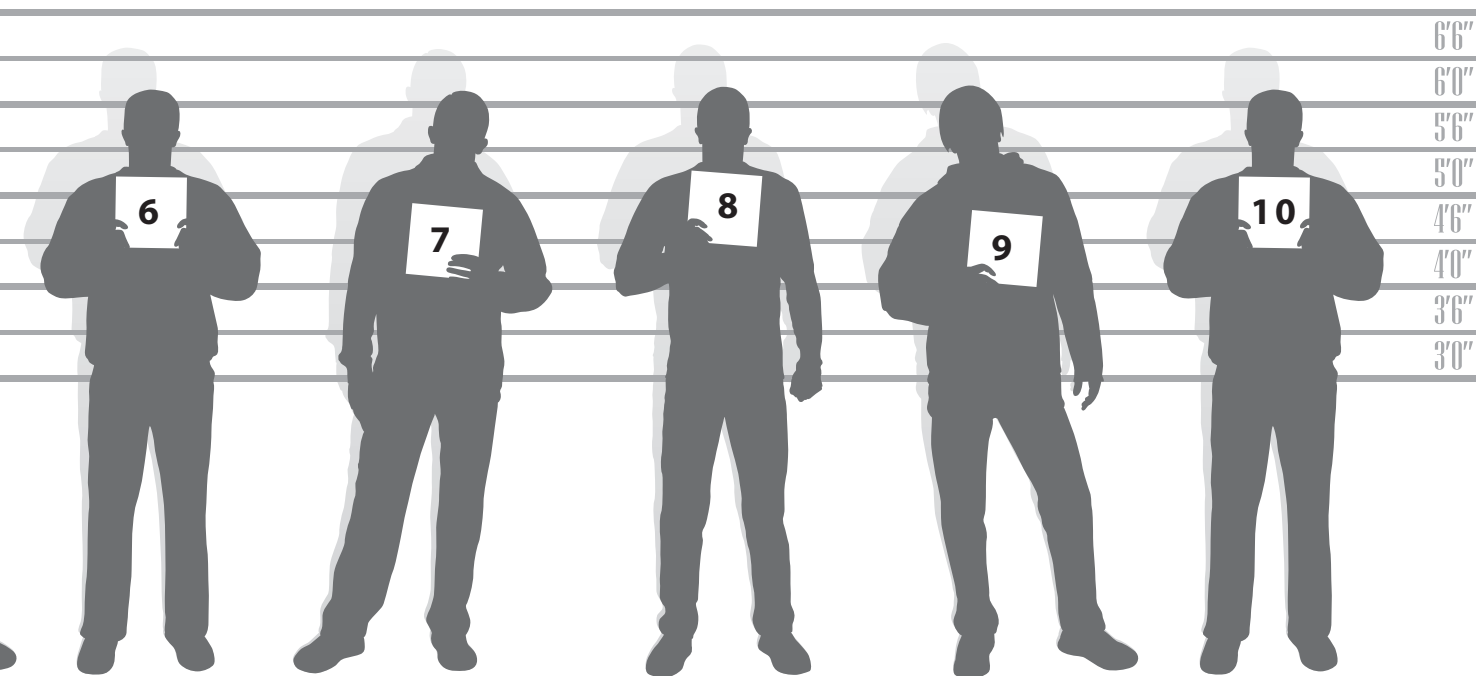
2.6. *Озакоњење споразума о признању кривичног дела као репрезентативне форме поједностављеног поступања у кривичним стварима.* Озакоњење института споразума о признању **кривице** једна је од важнијих особености које је донео процес реформе кривичног процесног законодавства Србије. Реч је о институту чија се суштина огледа у претходном преговарању о признавању кривичног дела између тужиоца и окривље-

ног и његовог браниоца и накнадном прихватању или неприхватању од стране суда постигнутог споразума између ових субјеката. Полазећи од неспорног значаја института споразума као инструмента ефикасности кривичног поступка у Србији, Законом о изменама и допунама ЗКП-а из 2009. долази до његовог озакоњења као једне од доминантних форми поступања у кривичним стварима уопште.²⁹ За релативно кратко време споразум је показао своју пуну оправданост и стално је присутан тренд ширења његове примене.

Међу већим бројем новина које доноси ЗКП РС из 2011. у вези са споразумом посебно се истичу четири. *Прво*, уместо нормативно ограничене могућности примене предвиђена је могућност примене споразума код свих, па и најтежих кривичних дела.³⁰ *Друго*, одсуство прописивања минимума кривичне санкције која се

²⁹ Николић, Д., *Споразум о признању кривице*, Београд, 2009.

³⁰ Упореди чл. 282а претходног ЗКП-а и чл. 313 ст.1. новог ЗКП-а.



може предложити у понуђеном тексту споразума о признању кривичног дела. Уместо тога прописано је само „да је казна или друга кривична санкција, односно друга мера у погледу које су јавни тужилац и окривљени закључили споразум предложена у складу са кривичним или другим законом” (чл.317 ст.1 тач. 4). *Треће*, када је реч о санкцији обавезан елеменат споразума јесте и „споразум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције”. *Четврто*, против пресуде којом је прихваћен споразум о признавању кривичног дела постоји могућност улагања жалбе. Наиме, сходно чл. 319. ст. 3. Законика против ове пресуде јавни тужилац, окривљени и његов бранилац могу у року од осам дана од дана достављања пресуде изјавити жалбу због постојања разлога због којих се поступак обуставља по испитивању оптужнице у смислу чл. 338.ст. 1.³¹, као и у случају да се

пресуда не односи на предмет споразума о признању кривичног дела.

Наведене, и не само наведене, одредбе којима је нормативно разрађен споразум у ЗКП-у РС из 2011. озбиљно се могу ставити под знак питања. Односно, скоро да се може закључити да у његовој нормативној разради нису, у потребној мери, узети у обзир преовлађујући ставови стручне јавности. Подсећања ради, треба и овде истаћи да су наведена питања уједно и најактуелнија питања у стручној јавности када је реч о споразуму уопште. Став аутора јесте пуна криминално-политичка оправданост озакоњења могућности закључења споразума о признању кривичног дела. Међутим, оправдано се може ставити под знак питања већи број решења његове нормативне разраде у тексту

кривично гоњење застарело, или да је обухваћено амнестијом или помиловањем, или да постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење; да нема довољно доказа за оправдану сумњу да је окривљени учинио конкретно кривично дело

новог ЗКП-а. Наводимо само најдискусибилнија. *Прво*, иоле озбиљнија анализа радова посвећених проблематици споразума показује да је, сасвим оправдано, преовлађујуће мишљење да споразум треба да буде вид поједностављеног поступања који своју примену треба да нађе пре свега код кривичних дела која припадају групи тзв. лакшег и средњег криминалитета. Уосталом, то је случај и са другим формама поједностављеног поступања у кривичним стварима. У савременом кривичном процесном законодавству поједностављене форме поступања у кривичним стварима намењене су решавању лакших кривичних дела, кривичних дела која имају мањи степен друштвене опасности, што само по себи намеће и мање ангажовање материјалних средстава и времена него у случајевима када се ради о тежим, а посебно најтежим кривичним делима. Поједностављене форме поступања у кривичним стварима треба да почивају на на-

³¹ Реч је о следећим разлозима: да дело које је предмет оптужбе није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности; да је

челу сразмерности између процесне форме и предмета суђења, и то тако да у тој диференцијацији основна права процесних субјекта представљају граничну линију испод које се не сме ићи на упрошћавање процесне форме. С обзиром на ово, чини се да није у складу са природом споразума дозвољавање могућности његове примене и за најтежа кривична дела. Уз ово, оваквим једним решењем ствара се, сасвим непотребно, и могућност сумње у његову евентуалну злоупотребу, о чему се такође мора водити рачуна у његовом нормирању. *Друго*, решење по којем нема изричитог прописивања минимума испод којег не може да се предложи кривична санкција у попуњеном тексту споразума о признању кривичног дела, такође озбиљно може да се доведе у питање. Поред изнесених аргумената који говоре у прилог оправданости постављања и оваквог једног питања, треба узети у обзир и општу сврху изрицања кривичне санкције. Потпуно је неспорно да се она постиже, поред осталог, само под условом адекватно изречене кривичне санкције. Да ли тако нешто гарантује решење по којем и за тешка кривична дела може да буде изречена и блага, зашто не рећи и најблажа, кривична санкција, што је мо-

гуће претпоставити а што би било у складу са чланом 321 став 1 тачка 3. Законика. Став аутора је да коментар није потребан. *Треће*, уз изнесено, мора се поставити и питање адекватности заштите права оштећеног лица у поступку преговарања о споразуму о признању кривичног дела. Иоле детаљнија анализа положаја овог субјекта у поступку споразумевања о признању кривичног дела говори да је овим законским текстом његов положај чак и погоршан у односу на предходни ЗКП. Примера ради наводимо само две чињенице. Прво, о рочишту на којем се одлучује о споразуму о признању кривичног дела оштећени се чак и не обавештава. Друго, оштећени није субјекат права на изјављивање жалбе против одлуке суда о споразуму. Једном речју, Законик не даје инструменте путем којих оштећено лице може успешно да брани своје интересе у поступку споразумевања о признању кривичног дела. *Четврто*, обавезан елемент текста споразума је, поред осталог, и споразум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције (члан 314 ст. 1 тач. 3). С обзиром на овакву формулацију, може се закључити да се странке могу споразумети само о распону казне у оквиру законског распона кажњавања (нпр. казна од

три до пет година затвора), а да се суду препусти да у оквиру „договореног распона” изрекне конкретну меру казне одређене врсте. Оваква једна могућност пре свега није у складу са одредбом чл. 317. по којој суд пресудом прихвата споразум када утврди да су испуњени одређени услови. С обзиром на ово, постављају се многа питања. Ако суд може прихватити споразум у којем је у погледу кривичне санкције договорен само распон казне, која се казна у таквим случајевима изриче у осуђујућој пресуди? Поред овог, ако се прихвати (а то је могуће према чл. 314 ст. 1 тач. 3. новог ЗКП) да суд у случајевима када је у споразуму договорен само распон казне, може слободно изрећи било коју меру казне у оквиру „договореног распона”, онда се мора поставити питање како суд може изрећи било коју казну, тј. одредити меру одређене врсте казне ако уопште није изводио доказе који се тичу прописаних околности као параметара одмеравања казне? Уместо било каквог коментара, мишљења аутора јесте да је таква једна могућност више него нелогична. Ако се по угледу на нека друга законска решења³² желела предвидети могућ-

³² Случај пре свега са САД (Види: Бркић, С., *Договорено признање (plea bargaining) у англоамеричком праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом

ност да се странке договоре само о распону казне а да се суду препусти да у случају прихватања споразума у оквиру тог распона изрекне конкретну меру казне, онда се морала прописати и обавеза суда да изведе доказе на основу којих ће утврдити чињенице од којих зависи конкретна мера казне. *Пето*, једно од решења новог ЗКП-а када је реч о споразуму о признавању кривичног дела које се озбиљно може ставити под знак питања, јесте и решење по којем је предвиђена могућност улагања жалбе против пресуде којом је прихваћен споразум о признавању кривичног дела од стране јавног тужиоца, окривљеног и његовог браниоца. Више је аргумената који се могу истаћи против оправданости оваквог једног решења. Међу њима посебан значај имају три. Прво, споразум о признавању кривичног дела треба да буде институт који за резултат има ефикаснији кривични поступак. Да ли се оваквим решењем то постиже? Сигурно не. Насупрот томе, доприноси се одуговлачењу поступка, и то без икакве потребе. Друго, разлози за могућност улагања жалбе не само да немају своје оправдање, већ могу

и да говоре о неозбиљној припремљености главних субјеката преговарања и одлучивања о споразуму, пре свега на рочишту на којем се одлучује о споразуму, што не би смело ни да се претпостави. Примера ради, у вези са овим мора се поставити питање да ли је могуће да суд пресудом прихвати споразум, а да нема довољно доказа за оправдану сумњу да је учињено кривично дело, да дело није кривично дело, да је наступила застарелост и сл.? Да ли у таквом случају суд поступа супротно чл. 324. Законика? Или, да ли се сме и замислити да тужилац са окривљеним понуди текст споразума а да не зна да ли се ради о кривичном делу или да је кривично гоњење застарело, односно да постоје и неке друге околности које се јављају касније као могући основ улагања жалбе? Затим, како је могуће и замислити да неко од субјеката права улагања жалбе на околности које представљају разлоге могућег улагања жалбе не зна на рочишту а зна у тако кратком интервалу након завршетка рочишта на којем се одлучивало о споразуму? Поред ових ту се могу поставити и друга питања оваквог карактера, али одговори су увек исти и указују на неоправданост оваквог нормирања права на улагање жалбе на пресуду о прихватању спора-

зума. *Шесто*, један од елемената текста споразума о признању кривичног дела може да буде и изјава окривљеног о прихватању испуњења обавезе под којом јавни тужилац има право, сходно начелу опортунитета кривичног гоњења, да одложи кривично гоњење, под условом да природа обавезе омогућава да се започне са њеним извршењем пре подношења споразума суду. И у вези са овим, иначе начелно посматрано сасвим оправданим елементом, мора се поставити питање које су последице неиспуњења преузетих обавеза од стране окривљеног. Овако постављено питање резултат је става законодавца да је за прихватање текста споразума од стране суда довољно да окривљени до подношења споразума о признању кривичног дела започне са испуњавањем обавезе/обавеза. Ако се ове доде и чињеница да у споразуму о признању кривичног дела, чији је саставни део и овај елемент, не мора да буде прецизиран ни крајњи рок извршења преузете обавезе/обавеза – што је иначе обавеза у случају одлагања кривичног гоњења као кључног вида начела опортунитета – онда постављено питање још више добија на својој актуелности.

Сад, XXXVII,1-2/2003; Дамашка, М., Судбина англоамеричких процесних идеја у Италији, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, вол.13, 2006, бр. 1.

НЕДОСТАЦИ ПОСЕБНИХ ТАЈНИ НАДЗОР И ТАЈНО ПРАЋЕЊЕ И

ДР ЖАРКО СИНЂЕЛИЋ,
јавни бележник, Град
Београд, Градска општина
Обреновац

УВОД

Посебне доказне радње се често означавају као специјалне доказне, односно истражне технике и представљају одређене начине прикупљања доказа који су по свом карактеру атипични, те се примењују само у односу на нека кривична дела, која су с једне стране веома тешка, односно озбиљна, како у фактичком погледу с обзиром на последице које проузрокују у једном општем животном смислу, тако и у кривичноправном погледу, с обзиром на казну која је за њих прописана, док се са друге стране таква дела захваљујући неким њиховим феноменолошким карактеристикама, психолошким и другим особинама њихових учинилаца веома тешко откривају, разјашњавају и доказују коришћењем уобичајених, односно редовних доказних метода.¹ То је и довело до потребе да се у савремена кривичнопроцесна законодавства уво-

¹ Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2009. г, стр. 265.

де тзв. специјалне истражне технике, односно посебне доказне радње, те да се у односу на таква кривична дела модификује употреба неких иначе класичних доказних средстава.

Најсложеније питање код посебних доказних радњи је питање њихове мере, односно начина на који се примењују и врсте кривичних дела на која се примењују. Реч је о вечитом вагању вредности: јачању слобода и права појединаца на штрб јачања овлашћења државе зарад ефикасније борбе против криминала, или јачању овлашћења државе зарад ефикасније борбе против криминала на штрб слобода и права појединаца. Као и код сваког вагања, најтеже је пронаћи праву меру. Примена посебних доказних радњи не сме бити превише широка, јер тада долази до задирања у људска права и слободе, али ни превише уска, јер се тада губи њихов ефекат.

Предмет рада је анализа две посебне доказне радње које су у на-

ДОКАЗНИХ РАДЊИ КОМУНИКАЦИЈА СНИМАЊЕ У НОВОМ ЗКП-У

шој судској пракси најчешће, тј. тајни надзор комуникација и тајно праћење и снимање, које у новом ЗКП-у из 2011,² за разлику од ЗКП-а из 2009. године³ (чл. 504е-з ЗКП-а из 2009, у којем су биле интегрисане), представљају две различите посебне доказне радње

УСЛОВИ ЗА ПРИМЕНУ ТАЈНОГ НАДЗОРА КОМУНИКАЦИЈА И ТАЈНОГ ПРАЋЕЊА И СНИМАЊА

Материјални услови

У чл. 161 новог ЗКП-а предвиђени су *материјални услови* за примену свих посебних доказних радњи па тако и посебних доказних радњи тајни надзор комуникација и тајно праћење и снимање:

1) услов који се односи на врсту кривичног дела – неопходно је да

² „Службени гласник РС“ бр. 72 /2011,101/2011.

³ Последње измене и допуне овог ЗКП-а биле су у „Службеном гласнику“ РС бр 20 од 19. марта 2009. и бр.72 од 03. септембра 2009. године.

постоје основи сумње да је учињено кривично дело из чл. 162 новог ЗКП-а;

2) услов који се односи на доказне тешкоће из којих произилази да су ове посебне доказне радње својеврсни доказни *ultima ratio* – потребно је да се на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано.

Посебне доказне радње изузетно се могу одредити и ако постоје основи сумње да се припрема неко кривично дело из чл. 162 новог ЗКП-а, а околности случаја указују да се такво кривично дело на други начин:

- 1) не би могло открити, спречити или доказати, или би
- 2) то изазвало несразмерне тешкоће, односно велику опасност.

Материјални услови за примену посебних доказних радњи из чл. 161 новог ЗКП-а готово су идентични материјалним условима за примену посебних доказних радњи из чл. 504е ЗКП-а из 2009,

тј. основни критеријум за примену ових мера и у старом и у новом ЗКП-у је постојање основа сумње да је учињено или да се припрема неко од кривичних дела за која је примена ових мера могућа.

Из угла законодавне технике свакако је боље решење што су материјални услови дати генерално у једном члану, него како је то раније било решено понављањем набрајања услова приликом регулација сваке од доказних радњи понаособ. Као добро решење може се оценити и постављање као генералног услова оцену органа поступка да ли се исти резултат може постићи на начин којим се мање ограничавају права грађана, чиме се остварују начела супсидијарности и сразмерности у примени ове мере.

Приметна је и терминолошка измена у односу на раније решење, где је истражни судија имао водећу улогу код примене ових мера, а сада оцену врши орган поступка, што је резултат поделе надлеж-

ности између јавног тужиоца, који сада преузима водећу улогу у поступку, и судије за претходни поступак, који поседује мање прерогативе него истражни судија по ранијем ЗКП-у.

Кривична дела у погледу којих је могућа примена посебних доказних радњи

Према чл. 162 новог ЗКП-а, поље примене о посебних доказних радњи *прилично је широко*. Круг кривичних дела у односу на која је могућа примена посебних доказних радњи значајно је проширен. Према чл. 162 новог ЗКП-а у кривична дела у погледу којих је могуће применити посебне доказне радње спадају:

- 1) кривична дела за која је посебним законом одређено да поступа Тужилаштво за организовани криминал или Тужилаштво за ратне злочине;
- 2) друга таксативно набројана кривична дела.

Кривична дела за које је надлежно Тужилаштво за организовани криминал предвиђена су у чл. 2 *Законa о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела*⁴, а кривична дела за које је надлежно Тужилаштво за ратне злочине предвиђена су у чл. 2 *Законa о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине*.⁵

⁴ „Сл.гласник РС“ бр.101/2011 и 32/2013.

⁵ „Сл.гласник РС“ бр.67/2003,135/2004,61/2005,101/2007 и 104/2009

Што се тиче таксативно набројаних кривичних дела, у члану 162 ст. 1 тачка 2 новог ЗКП-а уведена су нека нова кривична дела за које према ЗКП-у из 2009. није била могућа примена посебних доказних радњи, као што је кривично дело приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију (чл. 185 ст. 2 и 3 КЗ), а нека кривична дела за које је према ЗКП-у из 2009. године примена ових радњи била могућа (као што је разбојништво из чл. 206 ст. 2 КЗ) изостављена су из новог ЗКП-а.

Према чл. 162 ст. 3 новог ЗКП-а примена посебне доказне радње тајног надзор комуникација у односу на ранији ЗКП проширена је на кривична дела као што су неовлашћено искоришћавање ауторског дела или предмета сродног права (чл. 199 КЗ) и нека кривична дела против безбедности рачунарских података (чл. 298, чл. 299, чл.301 ст.3, чл. 302 КЗ).

Формални услови

У чл. 166 новог ЗКП-а предвиђено је да ако су испуњени *материјални услови* из чл. 161 ст. 1 и 2 на образложени предлог јавног тужиоца суд може одредити надзор и снимање комуникације која се обавља путем телефона или других техничких средстава или надзор електронске или друге адресе осумњиченог и заплену писама и других пошиљки.

Формални услови за спровођење посебне доказне радње тајног над-

зор комуникација према чл. 166 и 167 новог ЗКП-а исти су као и у чл. 504е ранијег ЗКП-а и огледају се у неопходности кумулативног постојања два услова:

1. Одговарајуће процесне иницијативе у виду образложеног предлога јавног тужиоца.
2. Доношење одлуке (наредбе) судије за претходни поступак (у ЗКП-у из 2009. то је био истражни судија) којом се наређује тајни надзор комуникација

Трајање мере

Према чл. 167 новог ЗКП-а тајни надзор комуникација може трајати 3 месеца, а због важних разлога може бити продужен још за три месеца. Ако је реч о кривичним делима за која је посебним законом одређено да поступа Тужилаштво за организовани криминал или Тужилаштво за ратне злочине, тајни надзор се може изузетно продужити још највише два пута у трајању од по 3 месеца. То значи да је максимално трајање ове мере и по ранијем и по новом ЗКП-у 12 месеци.

Из овог члана произилази да је давање наредбе за примену ове посебне доказне радње и даље у надлежности суда, тј. судије за претходни поступак. За разлику од претходног решења, нема општег рока за примену ове радње код свих кривичних дела, већ је рок подељен на две целине. До шест месеци мера се може примењивати на сва кривична дела из чл. 162 ЗКП-а, а до годину дана код кривичних дела за која су надлежни

Тужилаштво за организовани криминал и Тужилаштво за ратне злочине. Приметна је и измена којом је као услов за продужење ове посебне доказне радње законодавац уместо термина „важни разлози“ предвидео термин „неопходност даљег прикупљања доказа“.

Органи који су надлежни за примену мере и проширење мере

Према чл. 168 новог ЗКП-а органи који су надлежни за примену ове мере исти су као и органи из чл. 504ж ст. 1 ранијег ЗКП-а, уз предвиђање додатне обавезе да се овим органима предају писма и друге пошиљке.

Проширење тајног надзора комуникације није било регулисано ЗКП-ом из 2009. године.

Према чл. 169 новог ЗКП-а предвиђено је да, уколико у току спровођења ове мере надлежни органи сазнају да осумњичени користи други телефонски број или адресу, орган који спроводи тајни надзор ће проширити тајни надзор и на тај телефон или адресу, и о томе одмах обавестити јавног тужиоца.

Одмах по обавештавању, јавни тужилац дужан је да поднесе предлог за проширење тајног надзора комуникације, о коме одлучује судија за претходни поступак у року од 48 сати од пријема предлога. Ако судија за претходни поступак предлог прихвати, накнадно ће одобрити проширење тајног надзора комуникације, а ако одбије, материјал прикупљен на овај начин се уништава.

УПОРЕДНО ЗАКОНОДАВСТВО

У Немачкој процесној теорији случајеви опсервације вербалне комуникације диференцирају се на тзв. „велики напад прислушкивањем“, који подразумева озвучење просторија и тзв. „мали напад прислушкивањем“, који означава снимање телефонских разговора или снимање помоћу „озвученог“ полицијског иследника који непосредно суделује у разговору.

Према чл. 157. ст. 1 тачка 1 Законика о кривичном поступку Црне Горе,⁶ у мере тајног надзора спада и тајни надзор и техничко снимање телефонских разговора, односно средстава за техничку комуникацију на даљину и приватних разговора који се обављају у приватним или јавним просторијама или на отвореном. Дакле, црногорски ЗКП код ове доказне радње не ограничава снимања само на телефонске или неке друге разговоре средствима техничке комуникације, већ омогућава и снимање директних вербалних разговора.

Хрватски Закон о казненем поступку⁷ у чл. 332 ст. 1 тачка 1 као посебну доказну радњу предвиђа надзор и техничко снимање телефонских разговора и других комуникација на даљину, али у истом члану (чл. 332 ст. 1 тачка 3) предвиђа још једну доказну радњу која не постоји у нашем ЗКП-у а која омогућава и озвучење простора, односно снимање непосредних вербалних разговора, тј. хрватски

⁶ „Службени лист ЦГ“ бр.57/2009.

⁷ „Народне новине РХ“ бр.56/13, 145/13,152/14.

ЗКП као посебну доказну радњу предвиђа и улазак у просторије ради провођења надзора и техничко снимање просторија.

Тајно праћење и снимање као посебна доказна радња постоји и у словеначком ЗКП-у, тј. у словеначком Закону о казненем поступку⁸. Словеначки ЗКП приликом дефинисања тајног посматрања као посебне доказне радње предвидео је да се тајно посматрање изводи непрекинутим или понављајућим посматрањем или праћењем уз употребу техничких средстава за утврђивање положаја кретања, техничких средстава за пренос и снимање гласа, фотографисање те видео снимање, које је усмерено на праћење положаја кретања и активности одређене особе.⁹

ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

У случају *Malone v Уједињено Краљевство*¹⁰ из 1984. године, подносилац представке тврдио је да је његов телефон незаконито прислушкиван. Држава није оспоравала ову тврдњу, али је истакла да је то учињено по налогу полиције.

Међутим, Суд је утврдио да за оправдање повреде права из чл. 8 ЕКЉП није довољно да се држава позове на постојање свог националног законодавства које регулише прислушкивање, већ, напротив, да то законодавство мора да буде

⁸ „Урадни лист РС“ бр.32/2012.

⁹ Закон о казненем поступку чл. 149а, „Урадни лист РС“ бр.32/2012.

¹⁰ *Malone v Уједињено Краљевство*, пресуда од 02. августа 1984.г, Series A, по 82, бр. 67.



у складу са принципом владавине права.

Суд је пронашао да је пропис који регулише прислушкивање телефонских разговора *исувише нејасан* да би одговарао стандарду „у складу са законом”, тако да је дошло до ометања права на приватност. На основу анализе закона којим се утврђује прислушкивање телефонских разговора, Суд је закључио да су његове одредбе врло нејасне да би одговарале општем захтеву законитости из чл. 8 ст. 2 ЕКЉП. Закључено је да би било супротно владавини права када би се дискрециона слобода, дата извршној власти, изражавала као необузdana моћ и да закон мора јасно да успостави границе слободне процене дате извршним властима и пружити адекватну заштиту појединцу од самовољног мешања.

Суд је овај став потврдио и у пресуди *Doerga v Холандија*¹¹ где је сматрао да снимање телефонских разговора које обавља полиција представља озбиљну сметњу приватном животу и преписци, те да снимање мора бити засновано на закону *који је посебно прецизан*. Како је Суд то посебно нагласио, „неопходно је имати јасна, детаљна правила..., посебно стога што доступна технологија постаје све софистициранија.”¹²

НЕДОСТАЦИ ПОСЕБНЕ ДОКАЗНЕ РАДЊЕ ТАЈНИ НАДЗОР КОМУНИКАЦИЈА

За разлику од чл. 504е ст. 1 ЗКП-а из 2009. године према чл. 166. новог ЗКП-а, примена ове мере предвиђена је само кад су у питању комуникације које се обављају путем телефона или других техничких средстава, што значи да нови ЗКП за разлику од ранијег не предвиђа могућност примене ове мере у случају „других разговора”¹³ тј. разговора који се не обављају телефоном или другим техничким средствима већ непосредном вербалном комуникацијом.

Формулацијом из чл. 166 новог ЗКП-а да се ова мера може одредити само у случају надзора и снимања комуникације која се обавља путем телефона или других техничких средстава или надзора електронске или друге адресе осумњиченог, без навођења и могућности снимања „других разговора”, искључује примену ове мере ради снимања и надзора непосредних вербалних разговора, тј. разговора који се не обављају телефоном или другим техничким средствима (рачунари, факсови, сателитске везе). Ово је велики недостатак новог ЗКП-а јер се сматра да се у практичном раду на спречавању и сузбијању криминалитета, нарочито организованог, знатно бољи резултати постижу надзором непосредне вербалне комуникације, тј. озвучењем просторија или лица, у односу на опсервацију и снимање разговора који се обављају телефонима или дру-

гим техничким уређајима за комуницирање на даљину.

То потврђује и извештај Комисије за прислушкивање телефонских разговора (*Wiretap Commission*) у САД,¹⁴ који истиче да примена микрофона, односно озвучење лица или простора даје неупоредиво боље резултате од надзора телефонских разговора, из простог разлога што су и сами преступници свесни да њихови телефонски разговори могу бити надзирани. Зато су у таквом начину комуницирања они веома опрезни и шутири, а служе се и разним шифрама, односно достигнућима криптотехнологије. На тај начин њихови телефони и факсови постају заштићени и у већини случајева веома их је тешко, а некада и немогуће надзирати. Стога је надзор непосредне вербалне комуникације много ефикаснији.

Искључивање могућности за примену ове мере када су у питању разговори који се не обављају путем телефона или других техничких средстава, тј. кад су питању обични разговори, односно непосредна вербална комуникација, доводи у питање ефикасност ове мере и велики је пропуст новог ЗКП-а. Услед тога по новом ЗКП-у није могуће тзв. „озвучавање простора” већ само „озвучавање лица” применом одредби о прикривеном иследнику из чл. 184 ст. 2 новог ЗКП-а.

За разлику од чл. 166, у чл. 184 ст. 2а новог ЗКП-а исправно је на-

¹¹ *Doerga v Холандија* /No.50210/99),2004, пар. 50.

¹² *Kruslin v. France* (1990), *Huvig v France*, (1990).

¹³ Термин из чл.504 е ст.1 ЗКП-а из 2009.

¹⁴ Lutzner, a: *Besondre Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der OK in USA*, наведено према :Gropp,W: *Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der OK*, Freiburg in Breisgau, 1993,p.771.

ведено да у наредби (суда) може бити предвиђено да прикривени иследник може употребити техничка средства за фотографисање или тонско, оптичко или електронско снимање. Дакле, код одредби о прикривеном иследнику не прави се ограничење да снимање може да се врши само кад су у питању телефонски или други разговори коришћењем техничких средстава. То значи да је „озвучење лица“ тј. прикривеног иследника могуће и ради снимања непосредних вербалних комуникација. То такође значи да прикривени иследник може применити мере и ради „озвучења простора“ који је стан.

Када је реч о снимањима, било да су у питању тонска или оптичка, и било да је у питању „озвучење лица” или „озвучење простора”, снимање се по ЗКП-у из 2009. на основу наредбе истражног судије могло обавити на јавним местима и у просторијама које нису станови (чл. 504 е и чл. 504 ж ст.3 ЗКП). Дакле, према ЗКП-у из 2009. године примена микрофона и других уређаја за озвучење просторија (тзв. „бубе” – енгл. *bug*, прислушкивање – *bugging*) била је могућа у свим просторијама које нису станови (јавни објекти, пословне просторије, хотели, ресторани).

Овакву могућност коју је пружао ранији али не и нови ЗКП, тј. могућност „озвучења простора“ без коришћења прикривеног иследника, врло је значајна уколико се дође до сазнања у ком се простору или било ком другом објекту који није стан (пословни простор, складиште, кафић) одређена криминална гру-

па састаје, или приликом озвучења превозних средстава осумњичених (аутомобили, камиони, бродови, јахте које не служе као станови) што такође спада у „озвучење простора“, а чијом применом се може доћи до доказа који се на други начин не могу прибавити.

Према чл. 166 новог ЗКП-а „озвучење простора“ тј. снимање непосредне вербалне комуникације у одређеном простору, односно тонско снимање активности које се у надзираном простору одвијају, није могуће применом посебне доказне радње тајног надзора комуникација већ само применом посебне доказне радње прикривеног иследника.

То је велики недостатак новог ЗКП-а јер се најчешће ради о просторима односно објектима где се обавља неовлашћени промет опојним дрогама, затим просторима или објектима где се састају извршиоци кривичних дела и њихови саучесници, или где се припремају нова кривична дела, као и друга криминална жаришта, односно криминалне средине.¹⁵ Примена института прикривеног иследника на оваквим местима иследника из-

лаже великом ризику за разлику од „озвучења простора“ где оваквог ризика нема.

Још један недостатак је што се у чл. 166 новог ЗКП-а не прецизира о којој врсти снимања је реч. Наиме, иако нови ЗКП у чл. 2 ст. 1 тачка 27 и 28 даје добру дефиницију оптичког и тонског снимања, код посебне доказне радње тајни надзор комуникација у чл. 166 не прецизира да ли се ради о оптичком или тонском снимању, док је у чл. 504е ст.1 ЗКП-а из 2009. године поред тонског као могућност било изричито предвиђено и оптичко снимање.

Ипак, пошто чл. 166 новог ЗКП-а наводи да се тајни надзор комуникације односи на надзор и *снимање комуникација*, може се закључити да је код ове посебне доказне радње реч о тонском снимању.

Тakoђе, у чл. 166 новог ЗКП-а прецизира се да је могућ надзор „електронске или друге адресе осумњиченог”, мада се то могло подвести и под израз „комуникације другим техничким средством“ који је постојао у чл. 504 е ст. 1 ЗКП-а из 2009. године. Нови ЗКП, као ни ЗКП из 2009. године, не садржи одредбе које би штитиле право на приватност приликом примене ове мере.

Најзначајније ограничење које познаје упоредно право (нпр. у САД) које приликом примене ове мере штити право на приватност су такозвана „правила о минимализацији” којим се органи обавезују на редукацију мере само на оне разговоре који су правно реле-

¹⁵ *Криминална средина* је облик деликвентске средине, социјалног миљеа у коме делује мања или већа, неформална, полуорганизована или организована група чија је професионална оријентација вршење кривичних дела. У вези је са *криминалном зајеницом*, као социјалним типом деликвентске заједнице више лица криминалне оријентације, која је неформалног карактера, а коју карактерише групно понашање, међусобно поверење, зависност, солидарност и подређеност групном ауторитету. У: Бошковић, М., *Криминолошки лексикон*, Матица српска, Нови Сад, 1999. стр. 159, 163.

вантни, што се постиже различитим методама надзора, на начин да се уређај за надзор ставља изван функције када се чују разговори који нису релевантни за истрагу. Међутим, ово је у практичној примени тешко изводљиво.

Такође, ако се утврди да осумњичени са одређеном особом или укућанима никад не разговара о кривичним делима, такав разговор се не сме надзирати осим повремено како би се та чињеница потврдила, што је у пракси изводљиво.

НЕДОСТАЦИ ПОСЕБНЕ ДОКАЗНЕ РАДЊЕ ТАЈНО ПРАЋЕЊЕ И СНИМАЊЕ

За разлику од ЗКП-а из 2009. године, према новом ЗКП-у аудио и видео односно тонска и оптичка снимања више нису регулисана истим чланом, тј. према новом ЗКП-у за видео односно оптичко снимање важе посебна правила прописана у члановима од 171 до 173 новог ЗКП-а и представљају посебну доказну радњу.

У чл. 171 а новог ЗКП-а предвиђено је да ако су испуњени материјални услови из чл. 161 ст. 1 и 2 на образложени предлог јавног тужиоца суд може одредити тајно праћење и снимање осумњиченог ради:

- 1) откривања контаката или комуникације осумњиченог на јавним местима и местима на којима је приступ ограничен или у просторијама, осим у стану;
- 2) лоцирања лица или ствари.

Израз из чл. 171 ст.1 новог ЗКП-а, тј. да суд може одредити тајно праћење и снимање осумњиченог није баш најјаснији у погледу прецизирања о којој врсти снимања је реч, тј. да ли се и овде као и у претходној доказној радњи ради о тонском или је реч оптичком снимању. И овде можемо рећи да иако нови ЗКП у чл. 2 ст. 1 у тачкама 27 и 28 даје добре дефиницију и оптичког и тонског снимања, у чл. 171 ст. 1 новог ЗКП-а, који регулише тајно праћење и снимање, не помиње се ни тонско ни оптичко снимање, тј. не прецизира се о којој врсти снимања је реч.

Тонско и оптичко снимање помињу се једино у чл. 236 новог ЗКП-а који регулише тонско или оптичко снимање извођења доказних радњи, с тим да се у овим случајевима не ради о тајном снимању јер је орган поступка у обавези да о снимању радње претходно обавести лице које учествује у радњи (чл. 236 ст. 2 новог ЗКП-а).

Пошто је у чл. 171 новог ЗКП-а реч о *тајној доказној радњи*, према стандардима Суда за људска права грађани *из разлога правне сигурности* унапред морају знати под којим условима могу бити тајно оптички или тонски снимани, што у чл. 171 ст. 1 новог ЗКП-а није случај. Наиме, према стандардима Суда за људска права законом се мора прецизирати о којој врсти снимања је реч да би грађани унапред могли знати када без свог знања и одобрења могу бити снимани тонски а када оптички. Према пракси Суда, није довољно да је примена тајних мера надзо-

ра и снимања регулисана законом, већ је потребно и да тај закон има одговарајућу прецизност, односно квалитет.

Пошто ова посебна доказна радња носи назив тајно праћење и снимање, а ни у наслову а ни касније у тексту члана 171 који је регулише није употребљен израз тајно праћење и снимање *комуникација*, већ само тајно праћење и снимање *осумњиченог* (дакле, не помиње се снимање комуникације осумњиченог већ снимање осумњиченог као физичке појаве, тј. снимање његовог кретања), граматичким и логичким тумачењем произилази да се код посебне доказне радње тајног праћења и снимања не ради о тонском, већ о само о оптичком снимању.

Ово произилази и из *системског тумачења* тј. из тумачења норме која регулише аудио односно тонско снимање код посебне доказне радње тајног надзора комуникација, где је у члану 166 новог ЗКП-а предвиђено да се тајни надзор комуникација односи на надзор и *снимање комуникација*.

Дакле, кад се ради о тонском снимању, нови ЗКП употребљава термин *снимање комуникација*, што у чл. 171 није случај. У чл. 171 новог ЗКП-а, који регулише посебну доказну радњу тајно праћење и снимање, није употребљен термин *снимање комуникација* већ термин *снимање осумњиченог*, односно термин *откривање комуникација*, што је врло важно јер *снимање* и *откривање* комуникације нису исто, тј. у питању су две различите процесне радње.

Наиме, реч комуникације помиње се у чл. 171 ст. 1 тачка 1 новог ЗКП-а, али не у контексту снимања комуникација, већ у контексту појашњења једног од два алтернативна циља ове доказне радње, тј. ради откривања (а не снимања) комуникације осумњиченог на јавним местима и местима на којима је приступ ограничен или у просторијама, осим у стану. Исто тако, предвиђено је да се ова доказна радња може применити ради лоцирања лица и ствари, али не и ради снимања комуникације лица (нпр. ради снимања комуникације у аутомобилу).

Пошто се за разлику од чл. 166 у чл. 171 новог ЗКП-а не спомиње термин „снимање комуникација“ већ термин „снимање осумњиченог“, односно термин „откривање комуникације“ (што је различито од процесне радње снимања комуникације), значи да је код мере тајног праћења и снимања реч само о оптичком а не и тонском снимању осумњиченог.

То даље значи да се снимање непосредне вербалне комуникације осумњиченог не може остварити ни применом мере тајног надзора комуникације ни применом мере тајног праћења и снимања, већ само применом мере прикривеног иследника, што је велики пропуст новог ЗКП-а.

Пракса овај велики пропуст новог ЗКП-а решава на тај начин што се, иако ЗКП за то не даје основа (нарочито по питању међународ-

ног стандарда о прецизности законске регулације о којој врсти тајног снимања је реч), снимање непосредне вербалне комуникације осумњиченог одређује наредбом о тајном праћењу и снимању.

Још један недостатак ове доказне радње је у томе што је у чл. 171 новог ЗКП-а њена примена сужена у односу на члан 504е ст. 1 ЗКП-а из 2009. године, тј. примена ове мере сужена је само на:

1. откривање контакта или комуникације осумњиченог;
2. лоцирање лица или ствари.

Наведена формулација могла би да отвори и питање да ли би се снимци прибављени мером тајног праћења и снимања могли искористити као доказ ако би се применом ове мере директно снимило извршење кривичног дела, нпр. неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из чл. 246 КЗ или недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи из чл. 350 КЗ, јер се ту онда не би радило о откривању контакта или комуникације осумњичених, односно лоцирању лица или ствари, већ о директном извршењу кривичног дела.

Сматрамо да се коришћење снимака прибављених мером тајног праћења и снимања као доказа, уколико је применом ове мере директно снимљено извршење кривичног дела, може бранити материјалним условима за примену посебних доказних радњи из чл. 161

новог ЗКП-а, где је предвиђено да се посебне доказне радње између осталог примењују ако се на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење, или би њихово прикупљање било знатно отежано. Ранији чл. 504е ЗКП-а из 2009. године, који је у себи интегрисао и тонско и оптичко снимање, није остављао простор за овакве дилеме.

Као што смо претходно навели, тајно праћење и снимање као посебна доказна радња постоји и у словеначком ЗКП-у, тј. у словеначком Закону о казенском поступку. Међутим, словеначки ЗКП приликом дефинисања тајног посматрања као посебне доказне радње предвидео је да се тајно посматрање изводи непрекинутим или понављајућим посматрањем или праћењем уз употребу техничких средстава за утврђивање положаја кретања, те техничких средстава за пренос и снимање гласа, фотографисање те видео снимање, које је усмерено на праћење положаја кретања и активности одређене особе.¹⁶

Дакле, словеначки ЗКП за разлику од нашег новог ЗКП-а изричито предвиђа да се приликом тајног посматрања могу снимати и гласови, као и да снимање може да се односи на све активности одређеног лица а не само на откривање контакта, односно комуникације осумњиченог или лоцирање лица и ствари.

¹⁶ Закон о казенском поступку чл. 149а, „Урадни лист РС“ бр.32/2012.

Из наведеног произилази да доказна радња тајно праћење и снимање има најмање три недостатка:

1. У чл. 171 новог ЗКП-а није прецизирано о којој врсти снимања је реч.
2. На основу формулације у чл. 171 новог ЗКП произилази да се не може снимати комуникација осумњиченог већ само осумњичени као физичка појава, што доводи до тога да се снимање непосредне вербалне комуникације осумњиченог не може остварити ни применом мере тајног надзора комуникација ни применом мере тајног праћења и снимања.
3. Примена оптичких снимања код посебне доказне радње тајног праћења и снимања у чл. 171 новог ЗКП сужено је у односу на чл. 504е ст.1 ранијег ЗКП-а, тј. примена ове мере сужена је на а). откривање контакта или комуникације осумњиченог, односно б). лоцирање лица или ствари.

ЗАКЉУЧАК

1. Према стандардима Суда за људска права, грађани, *из разлога правне сигурности*, унапред морају знати под којим условима могу бити тајно оптички или тонски снимани. Наиме, према стандардима Суда за људска права законом се мора прецизирати о којој врсти снимања је реч да би грађани унапред могли знати када без свог знања и одобрења могу бити снимани тонски а када оптички. Овај стандард није испуњен ни код посебне доказне радње тајни надзора комуникација из чл. 166 новог ЗКП-а, ни код посебне доказне радње тајно праћење и снимање из чл. 171 ст. 1 новог ЗКП-а. Према пракси Суда, није довољно да је примена тајних мера надзора и снимања регулисана законом, већ је потребно и да тај закон има одговарајућу прецизност, односно квалитет.
2. Према ЗКП-у из 2009. године, примена микрофона и других уређаја за озвучење просторија била је могућа у свим просторијама које нису станове (јавни објекти, пословне просторије, хотели, ресторани). Ову могућност, тј. могућност „озвучења простора“ у којем се одређена криминална група састаје, без коришћења прикривеног истражника, (уколико

тај простор није стан), или могућност озвучења превозних средстава осумњичених (аутомобили, камиони, бродови које не служе као станове), што такође спада у „озвучење простора“, пружао је наш ранији али не и важећи ЗКП. Према чл. 166 и 171 новог ЗКП-а „озвучење простора“ тј. снимање непосредне вербалне комуникације у одређеном простору, односно тонско снимање активности које се у надзираном простору одвијају, није могуће ни применом посебне доказне радње тајног надзора комуникација ни применом посебне доказне радње тајно праћење и снимање, већ само применом посебне доказне радње прикривеног истражника. То је велики недостатак новог ЗКП-а јер примена посебне доказне радње прикривеног истражника лице које је у тој улози излаже великом ризику за разлику од „озвучења простора“, где оваквог ризика нема, а и сама доказна радња „озвучења простора“ је много једноставнија.

3. Посебну доказну радњу *тајно праћење и снимање* треба регулисати слично словеначком ЗКП-у који изричито предвиђа да се приликом *тајног посматрања* могу снимати и гласови (тј. комуникација осумњиченог) као и да снимање може да се односи на *све активности* одређеног лица а не само на от-

кривање контакта односно комуникације осумњиченог или лоцирање лица и ствари.

4. Нови ЗКП као и претходни не садржи одредбе које би штитиле право на приватност приликом примене посебне доказне радње тајног надзора комуникација. Најзначајније ограничење које познаје упоредно право (САД) које приликом примене ове мере штити право на приватност су такозвана „правила о минимализацији” којим се органи обавезују на редукцију мере само на оне разговоре који су правно релевантни, што се постиже различитим методама надзора, на начин да се уређај за надзор ставља ван функције када се чују разговори који нису релевантни за истрагу, што је у практичној примени тешко изводљиво. Међутим, ако се утврди да осумњичени са одређеном особом или укућанима никад не разговара о кривичним делима, такав разговор се не сме надзирати осим повремено како би се та чињеница потврдила, што је у пракси изводљиво.

ЛИТЕРАТУРА

1. ALATON, P., *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 2004.
2. ALLEN, Michael: *Textbook on Criminal Law*, Oxford University Press, Press, Oxford, 2003 (XXXIV) .
3. BANTEKAS, I., «Some Theoretical Foundations of EU Criminal Law: An International Law and International Organizations Perspective», *European Journal of Law Reform*, 8/2007, no.2/3.
4. BERGER, V., *Case Law of the European Court of Human Rights*, Vol.II, 1988-1990, Dublin, The Round Hall Press.
5. DOUGLAS – Scott, «A Tale of Two Courts: Luxemburg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis», *CML Rev.*43/2006.
6. GRANATA, S., «Review of judgments and Decisions Delivered in 2004 by the European Court of Human Rights on Subjects Relevant to International Law», *Italian Y.B. Int L.*14/2004.
7. LUTZNER, a: *Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der OK in USA*, наведено према :Gropp, W: *Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der OK*, Freiburg in Breisgau, 1993, p.771.
8. ROSAS, A., «The European Court of Justice and Public International Law», Wouters, Nollkaemper, De Wet, *The Europeanisation of International Law* 71/2008.
9. ŠKULIĆ. M., *Кривично процесно право*, Београд, 2009.
10. WAYNER. P, *Technology and Tracks Cell Phones Draws Fire*, *N.Y. Times abstracts*, Feb. 23, 1998, at D3.
11. WESTIN, A., *Privacy and Freedom*, New York, 1967.
12. WEIGARD, T. , *The criminal justice systems facing the challenge of organized crime - General report 68* “ *Revue internationale de droit penal*, 1997, p.4.

ОСВРТ НА КРИВИЧНО ДЕЛО ПОРЕСКА УТАЈА

МИЉКАН КАРЛИЧИЋ

„Побрини се да све буде обављено у складу са законом, да се све уради у складу са применом истог, и да сваки човек добије своје право. Показати пристрасност је срамно дело пред Богом... На познатог гледај као на непознатог... оног близу краља исто као на оног што је далеко од њега“

(Са свитка папируса којим фараон поставља новог везира)¹

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Кривично дело пореска утаја је у Кривичном законнику систематизовано у главу кривичних дела против привреде и представља једно од кључних дела у нашем кривичноправном пантеноу. Diferentia specifica овог кривичног дела у односу на остала је: изразито бланкетни карактер; постојање намере (и то специфичне намере) учињеноца која мора бити доказана; претпоставка да је приход на који се односи порез законито стечен; пореска утаја представља својеврстан и специфичан вид преваре;

¹ В. Дјурант, *Историја Цивилизације – Политички елементи цивилизације*, Војноиздавачки завод, Београд, 2004.

доказивање пореске утаје је процесно комплексан процес, а последице погрешака тешко отклоњиве; већина кривичних поступака за пореску утају се заврши ослобађајућом пресудом; у овој области поред кривичноправне постоји врло развијена управно правна заштита друштва...

ОСВРТ НА ИСТОРИЈАТ ПОРЕЗА

Са настанком цивилизације настали су и порези. У старим источним цивилизацијама порези су резирани за свако занимање, струку, занатство, а поред тога богати су „уверавани“ да повремено чине добра за краља. Порези су смањивани за сељаке који су претрпели суше, олује, недаће... Трговци су у Кини за време династије Хан били презрени и оптерећени високим порезима (ликин). Римска империја, чији грађани као ни Грци немају апстрактни појам државе, већ своју државу називају *res publica* (јавна или народна ствар) или само Рим или *civitas* који одговара грчком „полис“, у периоду републике преко два цензора из редова магистрата нечију имови-

ну пописивала је и процењивала ради убирања пореза. Касније Сенат управља републиканском благом. Јулије Цезар централизује сакупљање пореза и већ у првом веку то постаје један од најважнијих задатака управног апарата, а Диоклецијан ће укинути и пореске привилегије Италије. Најсложенију организацију у оквиру принципсове канцеларије, после Клаудија, имала је управа *фиска* због скупљања пореза, царство је било подељено на неколико фискалних региона, а ова служба је укључивала и правобранилаштво које заступа фиск у споровима (*advocati fisci*)². РOMEЈСКО царство Византија је своју администрацију, па и пореску, довело до перфекције, што је наследила Турска империја. У нашој националној правној историји је још Душановим законом (из 1349. и 1354. године) било уређено питање плаћања царског дохотка, *соћа*, и предвиђено кажњавање за недавање царских дажбина које су били дужни да дају сваки кмет, мерох и властелин, а које су доспевале за Митровдан и Божиф. Срби су под Турцима плаћали „*арач порезу и остале дације*“ (по Вуку Караџићу)³. Један од разлога Српске револуције 1804. године било је питање убирања и плаћања *данка* у име српске самоуправе централној турској власти у Цариграду преко српске кнежевске самоуправе, *српског парвленија*, уместо директно

преко турских харачлија. Већ 1860. године Србија је донела самостални Казнитељни законик, а 1884. године Закон о непосредном порезу Србије, који је у члану 84 предвиђао кривично дело непријављивања свог стања пореском одбору. Порез на доходак (физичких лица) грађана (уведен у британски порески систем 1798. године, *income tax*) и порез на додату вредност (ПДВ) представљају два најзначајнија пореска облика на којима се темеље порески системи савремених државних система. Глобални порез на доходак се појављује у већини савремених пореских система и свим земљама чланицама ОЕЦД. Код овог пореза, приходи из свих извора се збрајају и формира се економска база пореског обвезника, на коју се примењују прогресивне стопе. Историја, савремена теорија и пракса, познају три система пореза на доходак физичких лица: парцијални или аналитички, јединствени или синтетички и комбиновани систем. Извори пореза су приходи и доходак. У важећем Закону о порезу на доходак грађана Републике Србије задржан је мешовити систем опорезивања.⁴

ОПШТИ ПОЈАМ КРИВИЧНОГ ДЕЛА ПОРЕСКЕ УТАЈЕ

Пореска утаја у теорији представља специјалан, посебан облик преваре. Кривично дело пореске утаје, према важећој законској де-

финицији, чини онај ко у намери да потпуно или делимично избегне плаћање пореза, доприноса или других прописаних дажбина, даје лажне податке о законито стеченим приходима, предметима или другим чињеницама од утицаја на утврђивање ових обавеза, или ко са истом намером, када је пријава обавезна, не пријави законито стечене приходе, односно предмете или друге чињенице које су од значаја за утврђивање оваквих обавеза, или ко у истој намери на други начин прикрива податке који се односе на утврђивање наведених обавеза, а износи обавеза прелазе законом утврђену висину. Основно фискално кривично дело у нашем правном систему је пореска утаја.

Порез представља можда најстарији и по значају основни фискални приход државе. Плаћање пореза је уставна дужност и грађанска обавеза. Плаћање пореза социопсихолошки је блиско вредности економског патриотизма. Држава врши неку посредну противчинидбу пореским обвезницима. Пореска обавеза се утврђује према економској снази пореског обвезника у зависности од конкретног пореског модела наплате. У пракси неких земаља судови се у поступку базирају на доказе типа: *looking thought substance over form* (у англосаксонским системима), испитивање суштине трансакције кроз њену форму у случајевима несагласности форме посла са економском суштином или ефекти-ма. Сличан је наш метод унакрсне процене вредности имовине као

² М. Милошевић, *Римско право*, Правни факултет Београд, 2008.

³ В. Ђоровић, *Историја српског народа VI*, Српска књижевна задруга, Београд, 1994, стр. 19.

⁴ Др З. Исаиловић, *Реформа пореза на доходак грађана*, број 10, Правни живот, Београд, 2006.

основице за утврђивање (утајеног) пореза, у смислу повреде смисла закона (*ratio legis*).

Утаја пореза (енг. *tax evasion*) представља неплаћање законом утврђене висине пореза. Неплаћање пореза може бити санкционисано као прекршај, привредни преступ или кривично дело. Мотив неплаћања пореза и дажбина је често пресудан код избора инкриминације, а свака грешка у процесном „дефинисању“ може бити фатална по пореског обвезника, а посебно привредног субјекта. Погрешна и неправедна одлука државног органа може значити и „дивилну смрт“, банкрот и индиректну вишеструку штету по државу кроз елиминацију економски потентних привредних субјеката. Отуда је значај доказивања кривичног дела пореске утаје неспорно деликатан, осетљив и велики. Ниво противправности се код овог дела егзактно квантификује у новцу. У нашем законодавству ово кривично дело је из споредног ступило на снагу 1. јануара 2006. године у члану 229 Кривичног закона, заменивши „кривично дело избегавања плаћања пореза“ које је до тада било предвиђено у Закону о пореском поступку и пореској администрацији од 1. јануара 2003. године. Кривично дело пореска утаја у Кривичном законик у Републике Србије сврстано је у кривична дела против привреде. Инкриминација кривичног дела пореске утаје је допуњена бланкетним диспозицијама. *Delicta propria* су одговорно лице, службено лице, предузетник и свако лице порески об-

везник. Пореска утаја је дело *sui generis*, у теорији га неки сматрају и као посебан случај преваре.

Спорно је схватање да је ово дело лакше од преваре, тј. од преварног оштећења појединца. Радња кривичног дела је преварна делатност која се врши у одређеној намери, намери потпуног или делимичног избегавања плаћања пореза, доприноса или других прописаних дажбина. Кривично дело се може извршити само са директним умишљајем и намером потпуног или делимичног избегавања плаћања пореза и прописаних дажбина. Оправданост кривичноправног инкриминисања утаје пореза из члана 229 КЗ произилази из члана 91 Устава Републике Србије који прописује општу обавезу плаћања пореза и других дажбина која се заснива на економској моћи обвезника. Средства из којих се финансирају надлежности Републике Србије, аутономних покрајина, јединица локалне самоуправе (градова и општина) обезбеђују се из пореза и других прихода утврђених законом. *Ratio legis* инкриминације пореске утаје произилази из потребе да се уставне обавезе грађана, плаћање пореза и других дажбина и обезбеђење средстава ради финансирања јавних функција, обезбеде и кривичноправним нормама. Основна обележја кривичног дела пореске утаје су сложена природа у погледу *инкриминације* – бланкетни карактер диспозиције и објективни услов инкриминације, а у погледу *објекта* кривичноправне заштите – алтернативно прописане радње

извршења. Структура кривичног дела пореске утаје одликује се сложеносту условљеном бланкетним карактером диспозиције, тј. одређењем да се ради о деликту са бланкетним бићем. Објекат заштите је право државе и интерес државе на јавне приходе од убирања пореза и фискалних давања. Радња извршења се односи на законите приходе јер само они подлежу опорезивању и постављена је алтернативно као давање лажних података, непријављивање законито стечених прихода и прикривање на други начин релевантних података од значаја за утврђивање пореза. Субјективна обележја чине директан умишљај и намера избегавања фискалних плаћања. Довршено дело постоји у моменту предузимања радње извршења избегавања прописаног износа. Извршилац је порески обвезник, законски заступник или лице које има обавезу пријављивања. Тежи облици (два тежа облика за износе изнад милион и петсто и седам милиона динара) постоје у зависности од квалификаторних околности обухваћених умишљајем учиниоца, а које су саставни део бића кривичног дела пореске утаје.

Износи се не могу сматрати објективним условима инкриминације, према претежном ставу у теорији и пракси.⁵ Санкције су предвиђене у нивоу казни затвора у распону од шест месеци до десет година и новчаних. Заблуда има извор у бланкетном карак-

⁵ Љ. Радловић, *Кривично дело пореска утаја из члана 229. КЗ РС - акценти из судске праксе*, Право и привреда, 4-6/2010, стр. 463-475



теру и чест је основ позивања окривљених у поступцима, што налази оправдање у комплексности, неусаглашености, неодређености и динамичности бројних норми, која се огледа у честим променама ових прописа, што резултира непознавањем или погрешном интерпретацијом или применом прописа. Најчешће је могуће позивање на отклоњиву правну заблуду. Крајња нужда је у пракси могућа кроз позивање окривљених на непостојање другог пословног излаза, тражење решења за излаз из социјалног и егзистенцијалног колапса. Стицај са другим делима је значајан из угла односа дела пореске утаје са другим кривичним делима, најчешће преваре, делима против привреде и службене дужности и правног саобраћаја. Не може се говорити о идеалном стицају пореске утаје и преваре као ни пореске утаје и фалсификовања исправе, применом правила специјалитета и алтернативитета.

ОТКРИВАЊЕ И ДОКАЗИВАЊЕ ПОРЕСКЕ УТАЈЕ

Начело официјелности се јавља као нужна последица саме природе кривичног дела⁶ пореске утаје. Наиме, полазећи од поставке да је кривично дело оно дело које је законом предвиђено као кривично дело, које је противправно и које је скривљено, законодавац је истовремено предвидео да се извршењем кривичног дела непосредно или посредно повређују или угрожавају основна друштвена до-

бра. Односно, извршењем кривичног дела нарушава се правни поредак за чије је чување задужена држава, те отуда и њено право и дужност да нарушиоца правног поретка казни. Извршењем кривичног дела за државу се рађа казни захтев који она остварује путем кривичног поступка. Сходно овом начелу, држава има право, чим је кривично дело извршено, да преко својих надлежних органа гони учиниоца, да против њега отпочне кривични прогон без обзира на то да ли је и чији правни интерес повређен кривичним делом. За државни орган у чијој је надлежности гоњење учинилаца кривичних дела довољно је да је реч о кривичном делу за које се гони по службеној дужности.⁷ Откривање дела привредног криминалитета, чији су починиоци у стручном жаргону познати као „беле крагне“, методолошки је различито у односу на тзв. општи криминалитет, по криминалистичком и кривично процесном приступу (у англосаксонском праву, једна форма такозваних злочина „белих крагни“ која може дати значајну финансијску корист за учиниоца је *крађа кршењем поверења*⁸). За службена лица, државне органе који раде на овом пољу потребан је висок ниво стручног, теоријског, мултидисциплинарног знања и практичног искуства. Потребно је одлично знање и искуство како на темељу права, свакако кривичног права, али и одлично познавање

института и појмова привредног и облигационог права и криминалистике, тако и на пољу економије. У Републици Србији читав низ различитих институција чини систем за борбу против кривичних дела привредног криминалитета, као што су полиција, тужилаштво, судови, надзорни органи, обвезници по Закону о спречавању прања новца и финансирању тероризма. Током 2002. године основана је Управа за спречавање прања новца која је оформила напредан електронски систем управљања документима и предметима, унапређен информатички систем за пријем и обраду трансакција (Transaction Management Information System – TMIS) и уведени најсавременији аналитички алати као што је И2 у циљу састављања бољих финансијско обавештајних извештаја.

Када је извршењем кривичног дела привредно финансијског криминалитета стечена имовинска корист, извршиоци траже и проналазе најмаштовитије начине како да дођу до новца тако да не привлаче пажњу надлежних органа.

Исто важи за сваког стицаоца незаконите користи привредног криминалитета уопште. Међутим, пут који треба да се пређе од „прљавог новца“ до плаћања пореза није ни једноставан, ни лак, ни јефтин. Често су неопходни савети адвоката, правних саветника, рачуновођа, консултантских фирми.⁹ Према неким схватањима пореска утаја представља најкомплексније кривично дело у кривичном зако-

⁶ С. Бејатовић, *Кривично процесно право*, Службени гласник, Београд, 2014.

⁷ С. Б. *op. cit.*

⁸ А. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1992.

⁹ *Типологија прања новца у Републици Србији*, Министарство финансија, мисија ОЕБС у Србији, 2013.

нику. Доказивање пореске утаје је процесно врло захтевно у смислу примене великог броја норми. Порески криминал, појмовно ужи од финансијског, представља повреду друштвеног поретка која настаје као последица вршења пореских кривичних дела. Законска дефиниција пореских кривичних дела подразумева дела утврђена Законом о пореском поступку и пореској администрацији, Кривичним закоником и другим законима, која за последицу имају потпуно или делимично неплаћање пореза и непријављивање или лажно давање података од значаја за опорезивање, угрожавање наплате пореза и пореске контроле, недозвољен промет акцизних производа и друге незаконите радње које за последицу имају избегавање плаћања пореза или помагање у избегавању плаћања пореза. Објекат заштите овог дела је фискални систем, систем јавних прихода као стуб економског система државе односно уставне и законске дужности плаћања јавних финансијских обавеза. Објекат напада је порез, доприноси и друге дажбине (таксе, накнаде, царине) које представљају јавни приход. Радња извршења се састоји у давању лажних података о приходима, непријављивању (легалних) прихода и прикривањем података на други начин (прећуткивањем, уништавањем документације, чињењем недоступним података на фактички начин). Последица дела се састоји у неуплаћивању законских обавеза. За постојање дела није нужно наступање после-

дице. Дело је свршено самим непријављивањем, прикривањем или чињењем недоступности података од значаја након коначности решења о утврђивању пореза или доношења решења у року, када се дело врши неподношењем пореске пријаве. Покушај за ово дело није кажњив. Љ. Лазаревић сматра ово дело свршеним самом радњом извршења.¹⁰ Извршилац дела је порески обвезник, законски заступник или пуномоћник пореског обвезника, прокурита, одговорно лице у правном лицу и други саизвршиоци. На пољу кривице захтева се директан умишљај који квалификује свест учиниоца, намера учиниоца и воља учиниоца за чињењем или нечињењем. У погледу облика испољавања закон прописује основни и два тежа квалификована облика овог дела, где је квалификаторна околност милион и петсто односно седам милиона и петсто хиљада динара избегнутог пореза. Кривичне санкције су затвор до три године и новчана казна за основни облик, затвор од једне до пет година и кумулативно новчана казна за први тежи облик и затвор од једне до осам година и новчана казна за други тежи облик. Могу се изрећи мере безбедности забране обављања делатности, дужности и позива, одузимање предмета и одузимања имовинске користи прибављене извршењем кривичног дела. Утврђивање постојања и висине пореске обавезе је једно од најважнијих питања, које имплицира једно пре-

¹⁰ Љ. Лазаревић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд, 2006.

тходно питање: да ли висину пореске обавезе одређује искључиво суд или (и) управни орган – Пореска управа? Према старијој судској пракси, висину пореске обавезе одређује искључиво суд (Врховни суд Србије Кж И – 1815-73). *То другим речима значи да се износ утајеног пореза у кривичном поступку мора утврдити налазом судског вештака, независно од тога да ли је порески орган утврдио пореску обавезу, и ако јесте, колику је утврдио, по истом основу у управном поступку. У новијој судској пракси имамо и потпуно другачијих становишта.*

НАМЕРА КОД ПОРЕСКЕ УТАЈЕ

Кривица је поред радње противправности и предвиђености у закону четврти обавезни елемент кривичног дела без кога оно не постоји, па без кривице не постоји ни кривично дело пореска утаја. Поред објективног услова инкриминације неопходно је и постојање субјективног услова за правну егзистенцију овог кривичног дела. Субјективни услов кривичног дела пореске утаје значи да дело мора да буде скривљено. Кривица сагласно Кривичном законнику подразумева да је учинилац у време кривичног дела био урачунљив, да је био свестан (или био дужан и могао бити свестан *код нехатног облика*) забрањености свог поступања и да је поступао са умишљајем када је давао лажне податке. Кривица и код овог дела има три елемента: умишљај (доказује се),

урачунљивост (подразумева се) и свест о противправности (подразумева се). Одсуство урачунљивости и свести о противправности искључује кривицу, али се може доказивати у сваком конкретном случају.¹¹ У субјективна обележја кривичног дела спадају умишљај, нахат, намера и побуда. Постојање намере је незамисливо без умишљаја. Намера претпоставља постојање умишљаја усмеравајући га на остварење одређеног циља. Намера појачава вољни елемент код умишљаја. Код кривичних дела у чије је биће унета (пореска утаја), учинилац радњу предузима не само са умишљајем него и са одређеном намером, али је за постојање кривичног дела ирелевантно да ли је она заиста и остварена. Док умишљај обухвата битна обележја кривичног дела објективног карактера, намера се односи на нешто што је ван бића кривичног дела, обично неке даље последице.¹²

Пореска утаја садржи намеру као битно обележје. Код доказивања пореске утаје неопходно је постојање намере да се избегне плаћање пореза. Једини разуман мотив да учини пореску утају има порески обвезник или његово одговорно лице, јер заправо он избегава пореску обавезу. Извршилац овог кривичног дела мора да поступа са намером да избегне потпуно или делимично плаћање пореза. Један од модалитета пореске

утаје код ПДВ-а везан је и за право на повраћај или одбитак претходног пореза на додату вредност, односно за постојање права на одбитак претходног или повраћај ПДВ-а. Исти је случај и са пореским ослобађањем. Мора постојати свест код лица да не испуњава услове за пореско ослобађање, повраћај ПДВ-а или одбитак тзв. претходног ПДВ-а. Мора бити доказано постојање чињенице да је учинилац одређеним радњама ове услове или моменте желео прикрити, или се само сагласио са таквим поступањем, иако је знао да за то нису испуњени законом или на закону заснованим подзаконским актима прописани услови. Може се радити о директном или евентуалном умишљају. Пореска утаја/пропуст да се плати директно (порез на доходак), индиректно (као што је порез на додату вредност – ПДВ) и акцизе (обавеза на алкохол, цигарете и друга добра). Један скорашњи пример таквог деловања је оно што је постало познато као „рингишпил превара“. У најједноставнијем облику подразумева увезену робу, као што су мобилни телефони, електронски носачи звука, гардероба, однекуд где нема ПДВ-а. Примерци робе су затим продати (нпр. у Великој Британији) са додатим ПДВ-ом. ПДВ се прикупља, али се никад не предаје Министарству финансија. Софистициранија верзија, која је довела до примене назива „рингишпил превара“, почела је као претходни пример са увозом телефона. Телефони би онда поново били извезени, користећи различити папир-

ни траг и преваранти би остварили повраћај ПДВ-а. Једном извезени, телефони ће бити поново увезени, и вртешка ће поново почети. Процене (*Гардијан*, 21.09.2006.) су сугерисале да би ова врста активности могла да кошта 34 милијарди фунти годишње Европску Унију – колико износи целокупни буџет Заједничке пољопривредне политике.¹³

Доказивање намере избегавања плаћања пореза, поред доказивања постојања и износа неплаћеног пореза, представља у многим делатностима јако тежак посао због лоше регулисаних области, не само као дела пореског система, већ и низа области у којима, може се слободно рећи, не постоји никаква друштвена контрола, без дефинисаног статуса у друштву (део субјеката који се баве организацијом игара на срећу, ван званичних лутријских организација, прометом некретнина, тзв. естрадом, интелектуалним услугама, избегавање плаћања пореза и доприноса на зараде итд). У бројним случајевима не постоји никаква документација. Најделикатнији опус судског доказивања на главном претресу или другој фази судског поступка је постојање намере код учиниоца кривичног дела пореске утаје. У преткривичном поступку, у пракси, као да се претпоставља постојање намере, тако да су кривична пријава и оптужни акт рутински, као да подразумевају постојање намере. У пракси терет доказивања непостојања намере остављен је окривљеном и најчешће је то остављено за главни

¹¹ М. Вуковић, *Пореска утаја у полицијској и судској пракси*, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 26.

¹² З. Стојановић, *Коментар кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2012.

¹³ T. N. *op. cit.*

претрес. Углавном, у нашој судској пракси најчешће оптужни акти не успевају због немогућности да докажу постојање намере учиниоца да избегне плаћање пореза. Неретко су предмет суђења чисто правна питања код утврђивања постојања и висине неплаћеног пореза која произилазе због различитог приступа тумачењу и примени пореских прописа. Тако да се у том случају предмет може свести на институт правне заблуде. Већина пореских поступака се у нашој судској пракси заврши ослобађајућим пресудама. Од велике практичне користи уз утврђивање намере је и разјашњење побуде тј. циља поступања учиниоца. Са којим циљем је предузео радње? Намера постоји само ако је поступио са једним циљем: да избегне плаћање пореза као последицу! Једини рационалан мотив да изврши утају пореских обавеза има порески обвезник или одговорно лице код пореског обвезника. Егзактна мерила намере код пореске утаје у виду доказа могу бити: забелешке, мејлови, поруке, налози, наредбе, изјаве, очигледне фактичке радње и сви остали докази који ван сваке сумње упућују на избегавање плаћања пореских дажбина. Умишљај је тежи облик кривице и он се увек захтева за постојање кривичног дела. Приликом утврђивања кривичне одговорности учиниоца аксиом (наше правне праксе) је да се кривично дело пореске утаје може извршити само са директним умишљајем, када је учинилац био свестан дела и хтео његово извршење, а не са евентуал-

ним, где је ниво свести нижи а самим тим и кривице, тј. уз постојање намере да се избегне плаћање пореских дажбина, а да се не може извршити из нехата. То је у складу са правном природом овог дела. За постојање овог дела последица је неплаћање пореза тј. неплаћање пореских дажбина. Да ли је последица наступила правно је неважно из угла умишљаја. Извршилац је свесно предузео радњу да последица наступи – као учиниоцев циљ. Урачунљивост (способност схватања дела и управљања поступцима од стране учиниоца у најкраћем дефинише урачунљивост) се код пореске утаје претпоставља, мада се њено одсуство може доказивати, с обзиром да се постојање пословне способности одговорног или службеног лица подразумева за већину пореских форми. Изузетак су злоупотребе регистрације привредних субјеката злоупотребом социјалног статуса одређених категорија лица. Најуже је са свешћу о противправности повезано питање правне заблуде учиниоца, с обзиром на најкомплекснији бланкетни карактер овог кривичног дела у погледу диспозиције, јер убедљиво највећи број прописа уопште упућује диспозицију овог кривичног дела. У складу са Кривичним закоником дело које је учињено у неотклоњивој правној заблуди није кривично дело, а то је у ситуацији када учинилац није био дужан и није могао знати да је дело забрањено. Постојање правне заблуде се мора увек доказивати, без обзира на напред наведено. Уколико се окри-

вљени порески обвезник позива на постојање правне заблуде, она мора бити доказана код свих радњи чињења или нечињења које се (не)предузимају ради (не)испуњења одговарајуће фискалне пореске обавезе. На пример, ситуација везана за остваривање права на одбитак претходно плаћеног ПДВ-а. У вези са претходним значајна су и питања компулзивне силе и претње, мада нису тако често у правној пракси. Доказивање вештачењем је један од главних начина доказивања кривичних дела против привреде и по правној природи сродних кривичних дела, увек када је потребно стручно мишљење у вези постојања и материјалне квантификације последице која је наступила. Тим пре када је у питању поступање учиниоца у формалном поступку, писмено уговарање, пословне књиге, финансијска документација, пријаве пореских дажбина. Овде је често нужно и шире интердисциплинарно познавање материје, поготово суда али и органа откривања. Материја која је спорна често се преплиће у опсегу правила облигационог, управног пореског, финансијског пореског и привредног права. Често су приложени докази формални и своде се на документацију. Сведочење и испитивање превасходно имају значај код утврђивања субјективне сфере кривичног дела, намере, побуде, мотива, као субјективних покретача извршиоца да изврши пореску утају као криминални акт, у чијем се законском опису чак три пута подвлачи намера: „у

намери¹⁴. Утврђивање постојања и висине пореске обавезе је поред намере централно питање судског поступка приликом суђења за пореску утају. Однос између налаза пореског инспектора и налаза и мишљења вештака у кривичном поступку је у пракси крупна дилема. Ком доказу дати предност и правну важност? Може ли доказ прибављен по правилима управног поступка бити ваљан у кривичном поступку? Постоје значајне разлике у старијој и новој судској пракси по овом питању. По преовлађујућој старијој судској пракси износ утајеног пореза се мора утврдити у судском поступку и то на основу налаза и мишљења судског вештака. Дакле, налаз пореског инспектора није довољан доказ (Врховни суд Србије Кж И -1815/73).¹⁵ Приликом одлучивања о оптужењу за кривично дело пореске утаје у новијој судској пракси има и потпуно другачијих ставовишта. Питање застајања са кривичним поступком до окончања управног поступка и(или) чак управног спора, као продужене конструкције кривичног дела пореске утаје је интересантно и у доктрини и у пракси. Да ли треба застати са кривичним поступком до окончања управног поступка утврђењем коначног постојања и висине пореске обавезе? Логично, али у пракси често неприменљиво због дужине трајања поступка, често вишегодишњег. А тек трајања управног спора који по правилу након тога следи и опет

резултира поновним управним поступком. Закон обавезује суд да у кривичном поступку расправи стање ствари и донесе одлуку. Висина избегнуте пореске обавезе није прејудисијелно питање већ објективно обележје кривичног дела пореске утаје, чије је утврђивање у искључивој надлежности кривичног суда који ће у складу са својим уверењем и оценом то утврдити. Дакле, неспорно је да нема места застајању са кривичним поступком док се у управном поступку не утврди висина пореске обавезе. Законом о порезу на додату вредност уведен је 2004. године због свеprisутности популарни ПДВ. ПДВ је општи порез на потрошњу који се обрачунава и плаћа на испоруку добара и пружање услуга, у свим фазама производње и промета добара и услуга, као и на увоз добара, што чини и предмет опорезивања. Дужност испуњења обавеза закон налаже пореском обвезнику и пореском дужнику. Порески обвезник је порески дужник или порески пуномоћник страног лица, прималац добара и услуга страног лица без пореског пуномоћника, лице које исказе ПДВ и лице које увози добро. Ова лица су потенцијални учиниоци кривичног дела пореске утаје као одговорна лица. У пракси су чести проблеми са доказивањем утаје пореза путем тзв. „фирми фантома“, тј. фантомских предузећа. Фантом фирма се оснива ради вршења симулованих правних послова. Предузећа фантоми не обављају стварни промет роба и услуга, немају запослене, имовину,

седиште, ПИБ, матични број, лице које је уписано као одговорно лице фактички не управља њима, немају пословне просторије, оснивачи могу бити лица која не знају за то (на основу украдених или фалсификованих докумената). Учиниоца у пракси оснива фантом фирме и фактички управља њима и поред сазнања да предузећа немају стварно пословање, подноси тзв. ПДВ пријаве за повраћај ПДВ-а, а по пребацивању новчаних средстава из Буџета Републике Србије на рачуне правних лица „фантома“, исте у готовини подиже или пребације на друге привредне субјекте основане у исте сврхе, а којима такође фактички управља (КТ. бр. 142/13. оквалификовано као злоупотреба службеног положаја у решењу о спровођењу истраге)! У последњих десетак година по подацима Пореске управе дошло је до високософистицираног модела, у коме понекад учествује двадесет и више компанија са више „перача“ и „фантома“ у оквиру врло организованих криминалних група. У погледу секторске заступљености, попут ЕУ, доминира грађевинарство.¹⁶ Однос пореске утаје и злоупотребе службеног положаја је у пракси значајан. По нама, треба га посматрати из угла стицаја кривичних дела (специјалитета). У зависности од тога ко пише кривичну пријаву, полиција или пореска полиција, у пракси често зависи иницијална квалификација чињеничног стања правним основом. Иако је у закону јасно шта се

¹⁴ М. В. *op. cit.*

¹⁵ М. В. *op. cit.*

¹⁶ К. Прерадовић, „Црно са нијансом сиве“, *НИИ број 3248*, 28.03.2013, стр. 32-33.

под њима подразумева, а то је фиктивна адреса, фиктивна делатност, непостојање ПИБ броја, матичног броја итд, често се обавеза применом начела „солидарности“ пребацује на легалан привредни субјект, што изазива бројне начелне и процесне проблеме и примедбе. Када су у питању пореске утаје у случајевима чистих фантомских „послова“, фирми „перача“, примедбама нема места. Међутим, честе су примедбе и позивања на повреде уставних начела (члан 82 и 83 Устава) о економском уређењу и слободи предузетништва. Хипотетички се може појавити питање признања доказа прибављеног у управном поступку, нпр. записник пореског инспектора као доказ у кривичном поступку. Начелно а и практично не би требало *a priori* признати доказну вредност оваквом доказу, по нашем мишљењу, већ се ослонити на записник пореске полиције. У сваком случају треба брижљиво прићи оцени ових „доказа“ уколико им се призна то процесно својство. С обзиром на изразито наглашен бланкетни карактер диспозиције кривичног дела пореске утаје, јер убедљиво највећи број прописа употпуњује диспозитив овог кривичног дела, значајан је приступ институту отклоњиве правне заблуде, када учинилац с обзиром на околности случаја и своја лична својства, ниво образовања, послове које обавља и конкретне личне прилике, није био свестан противправности свог поступања, односно он то очигледно и није могао знати. Само непознавање прописа не ослобађа од

пореске обавезе, независно од исхода кривичног поступка. У складу са чланом 29 Кривичног законика дело које је учињено у неотклоњивој правној заблуди није кривично дело. Правна заблуда је неотклоњива ако учинилац није био дужан и није могао да зна да је његово дело забрањено. Учињеницу који је поступио у отклоњивој правној заблуди казна може бити ублажена. Постојање правне заблуде мора увек бити подвргнуто доказивању, јер се полази од претпоставке да је учинилац био упознат са својим правним обавезама вођења пореске евиденције, подношења пореских пријава и презентирања чињеница о пословању пореском органу. Правна заблуда мора постојати у погледу свих радњи које се предузимају.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Нацрт Закона о изменама и допунама кривичног законика предвиђа прекомпозицију читаве двадесет друге главе – Кривична дела против привреде – кроз увођење неких нових дела или редеофинисање неких постојећих, попут кривичног дела пореске утаје, и проширује круг учиналаца пореске утаје тако што предвиђа и одговорност за намеру да и друго лице избегне плаћање пореза: „Ко у намери да он или друго лице потпуно или делимично избегне плаћање пореза,...“¹⁷ Дакле, остала је (специфична) намера као наглашени субјективни елемент кривичног дела.

¹⁷ Министарство правде, *Нацрт закона о изменама и допунама Кривичног законика*

Колики је друштвени значај пореске евазије видљиво је на примеру пореза на имовину. Од 2006. године, када општине саме убирају овај порез, изгубљен је еквивалент од 250 најсавременијих школа и вртића или 10.000 километара локалних путева или 125 најсавременијих домова здравља. У пракси, грађани не сnose никакве последице због неподношења пореске пријаве. У пракси, око 10% кривичних дела чине дела привредног и финансијског криминалитета. То показује значај системске превенције. Ово је, ако није исувише слободан закључак, област где се егзактно може измерити и квантификирати ниво друштвене опасности. Веће познавање проблематике и конкретна обученост истражних органа, судија и можда образовање посебних тужилачких и судских одељења дали би брзо уочљиве ефекте.

Значајно је напоменути и феномен својеврсне дискриминације пореских обвезника који уредно плаћају порезе у односу на оне који то не чине. Доводи се у питање и уставни принцип једнакости грађана, шокантно девалвирање начела праведности плаћања пореза. Они који плаћају порез бивају обесхрабрани. Према истраживањима USAID-а, скоро трећина фирми у Србији послује у својој зони, што нас чини европским „шампионом“. Највећи степен утаје је код плаћања ПДВ-а, на којем држава губи годишње између 600-800 милиона евра. *De lege ferenda*: смањити порезе и доприносе, оптерећења на рад, по-



оштрити казнену политику, интензивирати акциони план на откривању и ефикасном спровођењу поступака, кроз паралелну едукацију и подстицаје свих учесника поступка: полиције, пореске полиције, судија који руководе претходним поступком (истражних судија), судија, судских вештака, стручних саветника, адвоката, кроз специјализацију и можда лиценцирање, а имајући у виду финансијску квантификацију последице (противправности) од преко милијарду евра годишње у сиромашном друштву попут српског. Пореска дисциплина је показатељ достигнутих друштвених стандарда и вредности у савременим државама. Имајући у виду супсидијарни карактер кривичног права, код већине кривичних дела и дела привредног криминалитета постоје и неки други видови правне заштите: грађанскоправна, управноправна, прекршајна, привредно преступна. Она је недовољна и не може да пружи адекватну правну заштиту правних добара од одређених облика напада на њих, што је случај са већином дела из области привредног криминалитета, а посебно јавног интереса, права и интереса државе на приходе и образовање буџета, код пореске утаје. Иако је кривично право *ultima ratio*, тј. не треба га користити осим када се нека штетна појава не може другачије сузбијати,¹⁸ у случају пореске утаје овај услов је нужан.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Алексић Ж, Шкулић М. и Жарковић М, *Лексикон криминалистике*, Ж. Алексић, Београд, 2004.
2. Ashworth. A, *Sentencing and Criminal Justice*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1992.
3. Бејатовић С, *Кривично процесно право*, Службени гласник, Београд, 2014.
4. Бељански С., Илић Г. и Мајић М, *Законик о кривичном поступку – предговор*, Службени гласник, Београд, 2012.
5. Вуковић М, *Пореска утаја у полицијској и судској пракси*, Службени гласник, Београд, 2009.
6. Грубач М, *Кривично процесно право-приручник за полагање правосудног испита*, Привредни саветник, Београд, 2003.
7. Дјурант В, *Историја цивилизације – Политички елементи цивилизације*, Војноиздавачки завод, Београд, 2004.
8. Др Исаиловић З, *Реформа пореза на доходак грађана*, број 10, Правни живот, Београд, 2006.
9. Др Јовашевић Д, др Гајић Гламочлија М, *Пореска утаја - облици испољавања и мере сузбијања*, Беосинг, Београд, 2008.
10. Лазаревић Љ, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд, 2006.
11. Карличић М, *Откривање и до-*
- казивање кривичних дела привредног криминалитета са посебним освртом на пореску утају, Мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, 2013.
12. Милошевић М, *Римско право*, Правни факултет Београд, 2008.
13. Newburn. T, *Criminology*, Second edition, Routledge, Taylor and Francis Group, London and New York, 2013
14. *Типологија прања новца у Републици Србији*, Министарство финансија, мисија ОЕБС у Србији, 2013.
15. Фонд за развој економске науке, „Свака трећа кућа неопорезована“, *НИН број 3247*, 21.03.2013, стр. 28-29
16. Пореска утаја, <http://www.pravniportal.rs/index.php?cat=152&id=3465>, 21.05.2103.
17. Прерадовић К, „Црно са нијансом сиве“, *НИН број 3248*, 28.03.2013, стр. 32-33
18. *Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2011 – Пријаве, оптужења и осуде*, Републички завод за статистику, Билтен бр. 558, Београд, 2012.
19. Радуловић Љ, *Кривично дело пореска утаја из члана 229. КЗ РС – акценти из судске праксе*, Право и привреда, 4-6/2010, стр. 463-475
20. Стојановић З, *Коментар кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2012.

¹⁸ З. С. *op cit*.

21. Стојановић З, *Кривично право – општи део*, Правна књига, Београд, 18. Издање
22. Стојановић З, Перић О, *Кривично право – посебни део*, Правна књига, Београд, XIII издање, 2009.
23. Стојановић З, *Кривични законик-Предговор петом измењеном издању*, Службени гласник, Београд, 2013.
24. Ћоровић В, *Историја српског народа VI*, Српска књижевна задруга, Београд, 1994, стр. 19
25. Ћоровић В, *Историја српског народа*, Српска књижевна задруга, Београд, 1997.
26. Шкулић М, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2011.
27. Шкулић М, *Истрага у кривичном поступку*, Бранич, 2009.
28. Шкулић М. и Илић Г, *Реформа у стилу „један корак напред, два корака назад“*, Правни факултет у Београду, Удружење за кривично право и криминологију Србије, Удружење јавних тужилаца Србије, Београд, 2012.
29. Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 61/2007, 20/2009, 53/2010, 101/2011, 2/2012 и 93/2012
30. Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009 и 121/2012
31. Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011 и 121/2012
32. Закон о порезу на додату вредност, *Службени гласник РС*, бр. 84/2004, 86/2004, 61/2005, 61/2007 и 93/2012
33. Закон о порезу на доходак грађана, *Службени гласник РС*, бр. 24/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 65/2006, 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011 и 93/2012
34. Закон о акцизама, *Службени гласник РС*, бр. 22/2001, 73/2001, 80/2002, 43/2003, 72/2003, 43/2004, 55/2004, 135/2004, 46/2005, 61/2007, 5/2009, 31/2009, 101/2010, 43/2011, 101/2011, 93/2012 и 119/2012
35. Нацрт Закона о изменама и допунама кривичног законика (Сајт Министрства правде Владе Републике Србије)



www.uts.org.rs