

DOI: 10.7251/GFP14041141

UDC: 343.139:347.939.7

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
9. jun 2014.*Datum prihvatanja rada:*
24. jun 2014.

Naredba za pretresanje na osnovu usmenog zahtjeva i zakonitost dokaza

Apstrakt: Zakonom o krivičnom postupku Republike Srpske propisano je da se pretresanje stana, prostorija i lica može izvršiti, uz određene izuzetke, samo na osnovu naredbe sudije za prethodni postupak. Naredba se izdaje po propisanom postupku na osnovu pismenog ili usmenog prijedloga (zahtjeva) tužioca ili ovlašćenih službenih lica. Sudija je dužan da usmeni zahtjev na odgovarajući način zabilježi, a podnosilac zahtjeva sam da sastavi odobrenu naredbu. Autor se u radu bavi problematikom propuštanja sudije da zabilježi „dalji tok razgovora“ nakon podnošenja usmenog zahtjeva za izdavanje naredbe za pretresanje i njegovim uticajem na zakonitost dokaza koji su na osnovu takve naredbe pribavljeni. Sve to posmatra kroz odredbe kojima je postupak uređen, odluke redovnih sudova i Ustavnog suda BiH, nastojeći da pronađe odgovor na pitanje da li suštinu ovog instituta predstavlja forma ili njegova sadržina. Od odgovora na ovo pitanje zavisi pravilna ocjena zakonitosti dokaza i mogućnost njihovog korišćenja u krivičnom postupku, zaštita ljudskih prava, poštovanje principa zakonitosti, a često i sam ishod krivičnog postupka.

Ključne riječi: naredba, pretresanje, usmeni zahtjev, tok razgovora, zakonitost dokaza, sud.

*Dr***Veljko Ikanović***docent, Fakultet pravnih nauka, Panevropski univerzitet Apeiron Banja Luka i sudija Vrhovnog suda Republike Srpske***UVOD**

Za pravni sistem jedne države veoma je važno pitanje nezakonitih dokaza i posljedice koje njihovo korišćenje proizvodi u krivičnom postupku. Ovo pitanje se može riješiti samo usklađenim odnosom između nastojanja države za ostvarivanjem efikasnog krivičnog gonjenja i kažnjavanja učinilaca krivičnih djela i njene obaveze da se zaštiti osnovna prava i slobode građana garantovane Ustavom i međunarodnim pravom.

Jedno od fundamentalnih prava je i pravo na nepovredivost stana i tjelesnog integriteta koja moraju biti zaštićena od neovlašćenog zadiranja državnih organa, uključujući i pretresanje radi pribavljanja dokaza od važnosti za krivični postupak. Zato se u svakoj državi postupak i ovlašćenja za pribavljanje dokaza pretresanjem stana, ostalih prostorija i lica, pažljivo uređuje procesnim zakonodavstvom.

Od poštovanja tih zakonskih odredaba zavisi zakonitost pribavljenih dokaza i mogućnost da se oni koriste u krivičnom postupku kako bi se na njima zasnivala sudska odluka. Ovo je različito uređeno u pojedinim zakonodavstvima ali sva ona ne dozvoljavaju da se na dokazima koji su pribavljeni na nezakonit način zasnjuje presuda.

Pretresanje stana, ostalih prostorija i lica radi pribavljanja dokaza za krivični postupak bilo je uređeno i našim ranijim procesnim zakonodavstvom. Ono je u sada važećem zakonu uređeno na sličan način, s tim da se pojedine radnje detaljnije određuju očigledno u namjeri da se izbjegne mogućnost propusta koji bi doveli do nezakonitog postupanja, a samim tim proizveli i neupotrebljive dokaze. S druge strane zakonitost dokaza u novom zakonu se drugačije uređuje, kako po sadržini tako i po posljedicama koje proizvodi. Osim toga tu je i nova uloga Ustavnog suda BiH koji ima apelacionu nadležnost u ispitivanju odluka redovnih sudova u vezi povrede ustavnih prava što ponekad u praksi stvara niz teško rješivih problema.

Upravo situacija koja je nastala nakon odluka Ustavnog suda BiH po apelacijama na presude redovnih sudova, zahtijeva da sve to sagledamo kroz sadržinu normi o pretresanju, ovlašćenjima i ulozi sudije za prethodni postupak, značaju „bilježenja daljeg toka“ njegovog razgovora sa licem koje usmeno zahtijeva izdavanje naredbe za pretresanje, propuštanju da to učini, nezakonitosti tako pribavljenih dokaza, posljedicama njihove upotrebe i u međusobnoj povezanosti dođemo do pravilnog zaključka o sadržini ovih instituta, sankcijama za njihovo kršenje i odgovora o stvarnoj namjeri zakonodavca kod njihovog propisivanja. U tom cilju osvrnućemo se i na ranije zakonodavstvo poredeći sa njim važeća zakonska rješenja.

RANIJI ZAKON O KRIVIČNOM POSTUPKU ZAKONITOST DOKAZA

Odredbе o zakonitosti dokaza i uticaju nezakonitih dokaza na odluke suda u krivičnom postupku u ranijem Zakonu o krivičnom postupku (ZKP)¹ bile su sadržane u dijelu o osnovnim načelima zakona. One su određivale da je zabranjeno i kažnjivo od okrivljenog ili drugog lica koje učestvuje u postupku iznuđivati priznanje odnosno kakvu drugu izjavu. Ovo je bilo usklađeno sa međunarodnim obavezama SFRJ u vezi člana 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima², ustavnim garancijama poštovanja ljudske ličnosti i ljudskog dostojanstva u krivičnom postupku i u slučaju lišenja slobode³, ustavnom zabranom nezakonite prinude⁴ i ustavnom zabranom i kažnjivošću iznuđivanja priznanja i izjava⁵. Zakonodavac nije definisao ovo kao nezakonite dokaze, što nije činio ni kod drugih načela, već ga je sadržajno odredio kao takvo.

Postupanje suprotno ovom načelu imalo je za posljedicu da se na iskazu okrivljenog nije mogla zasnivati bilo koja odluka, a ne samo presuda,⁶ zapisnik o iskazu okrivljenog

¹ Čl. 10. Zakona o krivičnom postupku, Službeni list SFRJ, br. 26/86, 74/87, 57/89 i 3/90, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 4/93, 26/93, 14/94, 6/97 i 61/01.

² Službeni list SFRJ, br. 7/71.

³ Čl. 179. Ustava SFRJ.

⁴ Čl. 198. Ustava SFRJ.

⁵ Čl. 172. st. 2 Ustava SFRJ.

⁶ Čl. 218. st. 10. ZKP.

dobijen uz upotrebu sile, prijetnje i drugih nedozvoljenih sredstava morao se izdvojiti iz predmeta⁷. Ovi iskazi su se mogli pročitati samo na izričit zahtjev okrivljenog⁸, dakle samo ako on ima interes da se to učini, ali se osuđujuća presuda nije mogla zasnovati isključivo na tim iskazima. Ako bi sud presudu zasnovao na takvom dokazu počinio bi bitnu povredu odredaba krivičnog postupka⁹ zbog čega se presuda morala ukinuti, osim ako je, s obzirom na druge dokaze, očigledno da bi i bez tog dokaza bila donijeta ista presuda. To je bilo u skladu sa evropskim zakonodavstvom¹⁰ ali nije suprotno ni danas preovladavajućem američkom pristupu očigledne i neškodljive pogreške u žalbenom postupku¹¹.

PRETRESANJE STANA I LICA

Pretresanje stana i lica bilo je uređeno u glavi zakona o istražnim radnjama, a pošto je važio koncept sudske istrage sve je bilo prilagođeno takvom modelu krivičnog postupka. Pretresanje stana i ostalih prostorija okrivljenog i drugih lica moglo se preduzeti ako je vjerovatno da će se pretresanjem okrivljeni uhvatiti ili da će se pronaći tragovi krivičnog djela ili predmeti važni za krivični postupak. Pretresanje lica moglo se preduzeti kad je vjerovatno da će se pretresanjem pronaći tragovi i predmeti važni za krivični postupak.

S obzirom da je sud vodio istragu za pretresanje nije bio potreban pismeni ili usmeni prijedlog javnog tužioca ili ovlašćenog službenog lica iako su oni često za to davali inicijativu. Pretresanje se vršilo na osnovu pismeno obrazložene naredbe koju je donosio sud, a njeno izvršenje nije morao da vrši sudija već je za to mogao da koristi službeno lice na radu u sudu, a mogao je da njeno izvršenje povjeri organu unutrašnjih poslova koji je tu naredbu izvršavao preko jednog od svojih radnika koga odredi.¹² Pošto nije bio neophodan prijedlog ili zahtjev nije bilo potrebno da se predvidi bilježenje razgovora između istražnog sudije i lica koje daje inicijativu za takvu radnju, jer tu naredbu po njegovom ovlašćenju nije ni moglo da sastavi drugo lice.

Ovlašćena službena lica organa unutrašnjih poslova mogla su da i bez naredbe uđu u stan i druge prostorije ako je to bilo opravdano razlozima javne bezbjednosti, procesnim razlozima ili eventualnim pretresanjem nakon ulaska.¹³

POSljedICE NEzakONITOG I NEpravILNO IzvršENOG PREtRESANJA

Shodno izloženom posljedice nezakonitog ili nepravilno izvršenog pretresanja mogle su biti procesne i materijalnopravne. Pretresanje izvršeno od neovlašćenog službenog lica ili mimo odredaba zakona kojima je cilj da zaštite nepovredivost stana građana, predstavlja ništavnu procesnu radnju, osim ako je lice kod koga se pretresanje vršilo dalo na to slo-

⁷ Čl. 83., 269. st. 4. i 333. st. 3. ZKP.

⁸ Čl. 84. st. 1. tač. 1. i 2. ZKP.

⁹ Čl. 364. st. 1. tač. 8. ZKP

¹⁰ Njemačko pravo traži utvrđivanje srazmjernosti između javnog interesa gonjenja i pravnih dobara optuženog. Njemački Savezni sud je odbio teoriju o plodovima otrovne voćke.

¹¹ Više o tome S.W. Beker, Žalba u kaznenom postupku u SAD: Preispitati ili ne preispitati presudu – očigledna pogreška, neškodljiva pogreška i rizik povećanja kazne po žalbi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, broj 1/2008, str. 343.-356.

¹² T. Vasiljević, M. Grubač, Komentar Zakona o krivičnom postupku, drugo izdanje, Beograd, 1982., str. 359.

¹³ Čl. 210. st. 1. ZKP.

bodan pristanak. Okrivljeni je mogao u prigovoru protiv optužnice ukazati na zakonitost i nepravilnost pretresanja, kao na nedostatak u samom postupku¹⁴ i zahtijevati otklanjanje tih nedostataka, što je kod ove radnje veoma teško ili neuzimanje u obzir te radnje pri odlučivanju o prigovoru. Krivičnopravne posljedice predviđene su u krivičnom zakonu¹⁵ (saveznom i republičkom) kao krivično djelo protivzakonitog pretresanja.¹⁶

Ove posljedice su bile propisane jer je zakon predvidio mnogobrojne situacije koje se mogu pojaviti prilikom pretresanja i dao dovoljno mogućnosti da se pretresanje obavi po zakonu i potpuno bez štete za postupak. Zato se odstupanje od zakona moglo smatrati jedino kao posljedica samovolje organa koje se ne može pravdati nikakvim izuzetnim situacijama i brigom za uspjeh postupka, a što se ne smije dozvoliti radi zaštite navedenih ustavnih i konvencijskih prava.

USTAVI BOSNE I HERCEGOVINE I REPUBLIKE SRPSKE I MEĐUNARODNO PRAVO

Pravo na ličnu slobodu i sigurnost, pravo na pravično saslušanje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi sa krivičnim postupkom, pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku su kao korpus ljudskih prava i osnovnih sloboda garantovana Ustavom Bosne i Hercegovine¹⁷. Dodatna zaštita prema međunarodnim standardima obezbijedena je propisivanjem u Ustavu da se prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini (BiH). Takođe ova obaveza proizilazi i iz člana 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (1966.) i Opcionih protokola (1966. i 1989.) koji se u BiH primjenjuju na osnovu Aneksa I Ustava.

Zbog izuzetnog značaja pravo na nepovredivost tjelesnog integriteta, čovjekove privatnosti i stana, u Republici Srpskoj su podignuti na nivo ustavnih načela (Glava II član 13. i 24.)¹⁸ kojim se garantuju i štite ljudska prava i slobode. Po Ustavu stan je nepovrediv i samo se zakonom može propisati da službeno lice po nalogu suda može ući u stan ili druge prostorije protiv volje njihovog držaoca i izvršiti pretres. Samo izuzetno, pod uslovima propisanim zakonom, službeno lice može ući u tuđi stan ili druge prostorije i bez odluke suda izvršiti pretres ako je to neophodno radi hvatanja učinioca krivičnog djela ili radi spasavanja ljudi i imovine.¹⁹

Poglavlje o ljudskim pravima i osnovnim slobodama dopunjeno je tačka 1. do 3. Amandmana LVII na Ustav Republike Srpske tako što se slučaju različitosti u odredbama o pravima i slobodama između Ustava Republike Srpske i Ustava Bosne i Hercegovine, primjenjuju one odredbe koje su za pojedinca povoljnije. Odredbe člana 13. i 24. Ustava o pravima i slobodama ostvariće se u skladu sa odgovarajućim odredbama člana 8. do 11. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP ili Konvencija).

¹⁴ Čl. 269. st. 2. ZKP.

¹⁵ T. Vasiljević, M. Grubač, Komentar Zakona o krivičnom postupku, drugo izdanje, Beograd, 1982., str. 359.

¹⁶ Čl. 193. KZ SFRJ i čl. 57. KZ SR BiH.

¹⁷ Čl. II Ustava BiH.

¹⁸ Glava II, čl. 13. i 24. Ustava Republike Srpske.

¹⁹ Čl. 24. Ustava Republike Srpske.

Štiteći pravo na privatnost EKLJP u stavu 1. člana 8. Protokola br. 7. garantuju svakome pravo na poštovanje njegovog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. Miješanje države u vršenje ovog prava može se predvidjeti samo zakonom i ako je neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, radi zaštite morala, ili zaštite prava i sloboda drugih (stav 2.).

Ovakvim ustavnim odredbama i međunarodnim propisima zakonodavcu su postavljena restriktivna ograničenja u čijem okviru se može kretati kod propisivanja obima, postupka i ovlaštenja za vršenje ovih veoma osjetljivih i značajnih radnji. Time se pojedinac štiti od samovolje zakonodavca da organima krivičnog postupka dozvoli zadiranje u njegovu privatnost koje nije opravdano opštim interesima.

Konvencija u članu 6. ne propisuje pravo na suđenje na osnovu zakonitih dokaza ili pravo na suđenje na osnovu dokaza koja nisu pribavljeni kršenjem osnovnih ljudskih prava kao segment prava na pravično suđenje. Ne prihvatajući shvatanje pojedinih teoretičara da zabrana korišćenja nezakonitih dokaza predstavlja opšti element pojma "pravičnog postupka"²⁰ ni praksa Evropskog suda za ljudska prava suđenje na osnovu ovakvih dokaza ne priznaje kao posebno konvencijsko pravo.²¹ Nije sporno da nezakonitim pribavljanjem dokaza može doći do povrede konvencijskih prava, kao što su prava na porodični život, dom i prepisku, međutim u tom će se slučaju raditi o povredi člana 8. EKLJP, a ne automatski i povredi člana 6. koji jamči pravo na pravično suđenje.

Kada bi se prihvatilo drugačijeg stanovište to bi vodilo ka uvođenju konvencijskog ekskluzijskog pravila odnosno postavljanju supranacionalne dokazne zabrane. Ipak 2006. godine Evropski sud je u predmetu Jalloh v. Njemačka uveo prvu dokaznu zabranu u pogledu dokaza pribavljenih mučenjem, a kasnija je praksa potvrdila da se radi o izuzetku koji potvrđuje pravilo da su dokazna pravila predmet nacionalnog krivičnog postupka.²²

ZAKON O KRIVIČNOM POSTUPKU REPUBLIKE SRPSKE ZAKONITOST DOKAZA

Donošenjem novog Zakona o krivičnom postupku²³, čija primjena je počela 1. jula 2003. godine, zakonodavac je u odnosu na ranije zakonske odredbe proširio pojam nezakonitih dokaza. Potpuno identične odredbe sadržane su i u sadašnjem Zakonu o krivičnom postupku Republike Srpske (ZKP RS)²⁴, koji je samo prečišćena verzija prethodnog zakona i njegovih izmjena i dopuna. Ovo se odnosi na određivanje samog pojma nezakonitih dokaza i na drugačije tretiranje sudske odluke koja je zasnovana na nezakonito izvedenom dokazu.

²⁰ Krapac, Davor) Kazneno procesno pravo – prva knjiga: Institucije, Zagreb, 2007., str. 129.

²¹ V. Ashworth, Andrew (2002) Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure, London: Sweet & Maxwell, 35.; Schenk v. Švajcarska: „dokle čl. 6 Konvencije jamči pravo na pravično suđenje, on ne propisuje pravilo o dozvoljenosti pojedinih dokaza, što je stoga primarno predmet regulisanja nacionalnog prava“.

²² I. Bojanić, Z. Đurđević: Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008, str. 973.-1003.

²³ Zakon o krivičnom postupku, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 50/03, 111/04, 115/04, 29/07, 68/07, 119/08, 55/09, 88/09 i 92/09 i Zakon o krivičnom postupku – Prečišćeni tekst, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 100/09.

²⁴ „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 53/12.

Kada govorimo o zakonitosti dokaza moramo imati u vidu da naš zakonodavac o tom pojmu govori na jedan dosta neuobičajen način. O nezakonitim dokazima izričito se govori u osnovnim načelima zakona tako što se u posebnom članu pod nazivom „zakonitost dokaza“ određuje na koji je način zabranjeno određene dokaze pribavljati i na kojim dokazima sud ne može zasnivati svoju odluku. Zakonodavac ne određuje šta može biti dokaz u određenom krivičnom predmetu, ali ipak postavlja ograničenja u negativnom smislu određujući da se sudska odluka ne može zasnivati na nezakonitom dokazu.²⁵ Ovakvom definicijom nije određen krug zakonitih dokaza, već se pojam nezakonitog dokaza ponovno široko i neprecizno definiše negativnim određivanjem, sa zabranom da sud na njima zasnjuje svoju odluku. Nezakoniti dokaz je onaj dokaz koji se zbog povrede procesne forme koja istovremeno predstavlja povredu osnovnih ljudskih prava ne smije koristiti za donošenje presude u krivičnom postupku.

Zakonodavac propisuje da je zabranjeno od osumnjičenog, optuženog ili od bilo kog drugog lica koje učestvuje u postupku iznuđivati priznanje ili bilo koju drugu izjavu.²⁶ Takođe sud ne može svoju odluku zasnivati na dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je ratifikovala Bosna i Hercegovina, niti na dokazima koji su pribavljeni bitnim povredama ovog zakona.²⁷ Dakle, zakonodavac određuje da se sudska odluka ne može zasnivati na nezakonitom dokazu, pri tom ne određujući ograničen broj dokaza koji se mogu smatrati kao nezakoniti. Po svojoj prirodi ova opšta odredba zakona predstavlja samo razradu ustavnih garancija o kojima smo ranije govorili. Takođe, više se ne propisuje obaveza izdvajanja iz spisa nezakonitih dokaza već se samo zabranjuje zasnivanje odluke na takvim dokazima. Na taj način ostavlja se mogućnost da oni ostvare uticaj na sud, što nije dobro i ovakav stav zakonodavca nije jasan niti se može opravdati.

Propisivanje u okviru nezakonitih dokaza da se presuda ne može zasnivati na bitnim povredama procesnog zakona posebno je kontraverzno. Prvo, ako je smisao ove odredbe da se presuda ne može zasnivati na svim bitnim povredama onda joj ovdje nije mjesto. Presuda se ni ranije nije mogla zasnovati na apsolutno bitnim povredama odredaba krivičnog postupka, a to je i sada zakonom propisano kao žalbeni osnov u članu 311. stav 1. tačka a) do k) ZKP RS. Od svih nabrojanih bitnih povreda na nezakonitost dokaza odnosi se samo tačka z) navedenog člana (ako „se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama ovog zakona ne može zasnivati presuda“), dok se druge povrede ne odnose na nezakonite dokaze. Drugo, ako se htjelo isključiti nezakonite dokaze onda je trebalo da se kaže na nezakonitim dokazima pribavljenim bitnim povredama. Treće, bilo je neophodno navesti koji su to nezakoniti dokazi, a ne ostaviti mogućnost proizvoljnog tumačenja.

Možemo reći da zabrana korišćenja nezakonitih dokaza nije samo zakonom propisana norma, već je i jedna od ustavnih kategorija kojom se štite osnovna ljudska prava i slobode kao što su pravo na nepovredivost stana, tjelesnog integriteta, čovjekove privatnosti i slično.

Na osnovu izloženog nezakonite dokaze možemo svrstati u dvije grupe: a) dokazi pribavljeni na zakonom zabranjen način i b) dokazi za koje je izričito u ovom zakonu predviđeno da se ne smiju upotrijebiti za zasnivanje sudske odluke u krivičnom postupku.

²⁵ Čl. 10. st. 3. ZKP RS.

²⁶ Čl. 10. st. 1. ZKP RS.

²⁷ Čl. 10. st. 2. ZKP RS.

Zakon ne govori o jednoj drugoj vrsti dokaza, a to su dokazi do kojih organi krivičnog postupka ne bi došli bez podataka iz nezakonitih dokaza (tzv. „plodovi otrovnog drveta“ ili „plodovi otrovne voćke“). Prema praksi Evropskog suda za ljudska prava plodovi otrovne voćke nisu automatski povreda člana 6. EKLJP (Gäfgen v. Njemačka 30. juna 2008.). Bez obzira na to u našoj sudskoj praksi, a posebno teoriji prisutna je sumnjiva tendencija da se takvi dokazi smatraju kao nezakoniti i kao takvi povređuju član 6. Konvencije.

Prema tome, na osnovu izloženog nezakonit dokaz možemo definisati kao dokaz koji se zbog povrede procesne forme koja istovremeno predstavlja povredu osnovnih ljudskih prava ne smije koristiti za donošenje presude u krivičnom postupku.²⁸

POSLEDICE KORIŠĆENJA NEZAKONITIH DOKAZA

Ako se odluka suda i pored navedenih zabrana ipak zasnjuje na dokazu na kome se po odredbama ovog zakona ona ne može zasnivati to će imati procesne i materijalnopravne posljedice. Raniji ZKP je propisivao kao bitnu povredu odredaba krivičnog postupka situaciju ako se presuda zasniva na dokazu na kome se prema odredbama zakona ona ne može zasnivati. Međutim, zakon je propisivao i važan izuzetak otklanjajući ovu bitnu povredu tako da ona ne postoji „ako je, s obzirom na druge dokaze, očigledno da bi i bez tog dokaza bila donesena ista presuda“.²⁹ Ovo je sasvim razumno rješenje jer sud je ovlašćen da dokaze vrednuje slobodnom ocjenom, pa tako može i da donese valjan zaključak o uticaju nezakonitog dokaza na pravilnost i potpunost činjeničnog stanja. Ovim se izbjegava nepotrebno ukidanje presude koje neće dovesti do drugačije odluke u ponovljenom postupku i time obezbjeđuje suđenje u razumnom roku bez štete po optuženog.

Sada zakonodavac ima drugačiji pristup i stav u odnosu na nezakonite dokaze koji se ne ogleda samo u njihovom širem određivanju već i u procesnim normama koje propisuju moguće posljedice izvedenog nezakonitog dokaza. On ne dozvoljava otklanjanje nezakonitih dokaza na način kako je to rečeno da je dozvoljavao raniji zakon, tako da je procesna posljedica korišćenja nezakonitih dokaza bitna povreda odredaba krivičnog postupka³⁰, koja se sankcioniše obavezanim ukidanjem pobijane odluke. Za utvrđivanje zakonitosti sudske odluke više nije važno da li bi ona bila donijeta i da nije izveden dokaz koji je utvrđen kao nezakonit, već samo da li je ona zasnovana na tom nezakonitom dokazu. Veliko je pitanje koliko je ovakav pristup ispravan i da li se krutim parcijalnim stavom doprinosi zakonitosti krivičnog postupka gledano u cjelini iz razloga koje smo kao pozitivne naveli kod ranijeg rješenja. Ali pošto ovo nije centralno pitanje kojim se bavimo to se na njemu nećemo više zadržavati.

U glavi XVII Krivičnog zakona Republike Srpske (KZ RS)³¹ kojom su određena krivična djela protiv sloboda i prava građana posljedica nezakonitog pribavljanja dokaza propisana je kao krivično djelo narušavanja nepovredivosti stana³² i protivzakonitog pretresanja³³.

²⁸ I. Bojanić, Z. Đurđević: Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008, str. 973.-1003.

²⁹ Čl. 364. st. 1. tač. 8. ZKP.

³⁰ Čl. 311. st. 1. tač. z) ZKP RS.

³¹ „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 i 67/13).

³² Čl. 170 KZ RS.

³³ Čl. 171. KZ RS.

PRETRESANJE STANA, PROSTORIJA I LICA

Pretresanje stana, prostorija i lica je radnja dokazivanja (u ranijem zakonodavstvu kao istražna radnja što ona po svojoj prirodi i jeste s obzirom na fazu krivičnog postupka u kojoj se preduzima) kojom se organi krivičnog postupka služe kada je vjerovatno da je neko lice učinilo krivično djelo ili da će doći do dokaza koji su važni za krivični postupak.³⁴ Zbog njene osjetljivosti, jer zadire u osnovna prava čovjeka i potrebe da se pojedinac zaštiti od samovolje državnih organa, zakonodavac joj posvećuje posebnu pažnju. To čini detaljno propisujući ovlašćenja za njeno naređivanje, postupak izvršenja kroz različite modalitete i situacije, formu i sadržinu zahtjeva i naredbe za pretresanje, koje omogućavaju da se ta radnja provede uz najveće poštovanje ljudskih prava koja su svakom pojedincu garantovana aktima o kojima smo već govorili.

NAREDBA ZA PRETRESANJE

Kao garant zaštite osnovnih ljudskih prava i neophodnog ograničenog zadiranja u privatnost pojedinca jeste uloga suda koja se sastoji u njegovoj isključivoj nadležnosti da naredi pretresanje, odredi njegov obim i kontroliše pravilnost izvršenja date naredbe. S obzirom na postojeći koncept tužilačke istrage sud pretresanje ne može da naredi po službenoj dužnosti, već mu je za to potreban zahtjev (zakon koristi i termin prijedlog) tužioca ili ovlašćenih službenih lica koja su dobila odobrenje od tužioca da takav zahtjev podnesu.³⁵ U kojoj formi i pod kojim uslovima tužilac može dati odobrenje ovlašćenim službenim licima zakon ne govori.

Zahtjev se može podnijeti sudu u pisanoj (pismenoj) i usmenoj formi. Pisani zahtjev mora da sadrži naziv suda, ime i funkciju podnosioca, činjenice koje ukazuju na vjerovatnost da će se lica, odnosno tragovi i predmeti naći na označenom ili opisanom mjestu ili kod određenih lica, zahtjev da sud izda naredbu radi pronalaženja lica ili oduzimanja predmeta. Pored toga, iz opravdanih razloga, može se tražiti i pretresanje u vremenu od 21.00 do 6.00 časova i bez prethodne predaje naredbe.³⁶

USMENI ZAHTJEV I NAREDBA

Usmeni zahtjev, koji je predmet našeg interesovanja, može se podnijeti kada postoji opasnost od odgađanja (član 120. stav 1. ZKP RS), a kada ta opasnost postoji zakon pobliže ne određuje. Zakonodavac govori samo o usmenoj formi podnošenja zahtjeva i kako će da postupi sudija kada se takav zahtjev podnese, tako da se na ostale njegove elemente odnosi ono što je propisano za pismenu formu zahtjeva. Sam postupak je propisan tako da nije potpuno jasno šta je zakonopisac htio da kaže jer se određene radnje ponavljaju ali i različito određuju.

Tako je u stavu 2. citiranog člana propisano da kada je podnesen usmeni zahtjev za izdavanje naredbe za pretresanje sudija je obavezan dalji tok razgovora zabilježiti. Na koji način to bilježi ostaje nejasno ali pretpostavlja se da će sačiniti pismenu zabilješku jer nije uvijek u kancelariji kada može da koristi zapisničara za vođenje zapisnika. Ali zato zakon propisuje da u slučaju kada se koristi zvučni ili stenografski zapisnik, on se u roku od 24

³⁴ Čl. 116. st. 2. ZKP RS.

³⁵ Čl. 117. st. 2. ZKP RS.

³⁶ Čl. 118. i 119. ZKP RS.

časa mora dati na prepis čija se istovjetnost ovjerava i čuva sa originalnim zapisnikom. S obzirom da su to posebne okolnosti sudija može biti van svojih službenih i privatnih prostorija gdje nema papir i olovku, a pogotovo sredstva za snimanje, tako da ovo bilježenje neće biti moguće i izvršiti istovremeno sa davanjem naredbe ili u instruktivnom zakonskom roku. Ovo posebno naglašavamo zbog toga što je ova okolnost važna za razumijevanje zakonske norme i problema koji je vještački stvoren njenim pogrešnim tumačenjem.

U sljedećem stavu (3.) tog člana se o istoj materiji govori nešto drugačije, tako da je sudija za prethodni postupak dužan dati zapisnik na prepis, ovjeriti njegovu istovjetnost i predati originalni zapisnik i prepis sudu u roku od 24 časa od izdavanja naredbe. U slučaju doslovnog bilježenja razgovora, sudija za prethodni postupak će potpisati kopiju zapisnika i predati je sudu u roku od 24 časa od izdavanja naredbe.

Bez obzira što su dva stava na djelimično različit način uredila istu materiju smisao je da se zabilježe radnje u krivičnom postupku, kao dokaz o vrsti i sadržini radnje, a što je samo razrada i nepotrebno ponavljanje zakonskog teksta o podnescima i zapisnicima iz glave VI zakona. Neki dijelovi su čak i neshvatljivi, kao što je propisivanje obaveze da sudija preda zapisnik sudu u roku od 24 časa. Sudija nije drugi organ, stranka ili privatno lice, već on postupa funkcionalno kao sudija za prethodni postupak nadležnog suda, pa nije jasno kome sudu on to treba da preda kopiju zapisnika. On vodi prethodni postupak tako da su zahtjev, prepis i ostali prilozi dio spisa koji on duži, čuva, izdaje odgovarajuće naredbe i donosi odluke, sve do okončanja te faze postupka. Ostaje nejasno kako će se utvrditi da je to zaista urađeno u roku od 24 časa, a zakon ne propisuje posljedice ako to nije moglo da se uradi u propisanom roku ili ako je postupljeno pola časa ili čas nakon tog roka. Radi toga rok od 24 časa za predaju zapisnika jeste instruktivni i zbog iznesenog gubi svaki smisao i značaj. Ovo naglašavamo jer će upravo te odredbe izazvati velike probleme zbog njihovog tumačenja koje daje Ustavni sud BiH.

Ako sudija za prethodni postupak ustanovi da je zahtjev opravdan može odobriti zahtjev i izdati naredbu, a podnosilac takvog zahtjeva će sam sastaviti naredbu u skladu sa zakonom propisanim sadržajem i pročitati je u cjelosti sudiji za prethodni postupak (član 121.). U tako sastavljenoj naredbi ne navodi se naziv suda koji izdaje naredbu, što je u redovnom postupku izdavanja obavezno, ali se navodi ime sudije za prethodni postupak koji izdaje naredbu i vrijeme i mjesto izdavanja. Takođe će se navesti da se naredba za pretresanje odobrava na osnovu usmenog zahtjeva, uz naznačenje imena sudije za prethodni postupak koji izdaje naredbu i vremena i mjesta izdavanja. Dakle, ovdje se radi o naredbi koju je izdao sudija, odredio njenu sadržinu, a čitanjem teksta naredbe od strane podnosioca zahtjeva, sudija provjerava da li je ona pismeno sastavljena u svemu kako je on usmeno naredio.

Naredba za pretresanje mora se izvršiti najkasnije 15 dana od izdavanja naredbe, nakon čega se, bez odgađanja, mora vratiti sudu,³⁷ pa će sudija za prethodni postupak imati uvid u sastavljenu naredbu. Osim toga u samoj naredbi postoji uputstvo da se ona i oduzete stvari donesu u sud bez odgađanja,³⁸ a nakon privremenog oduzimanja predmeta na

³⁷ Čl. 123. st. 1. ZKP RS.

³⁸ Čl. 122. tač. z) ZKP RS.

osnovu naredbe za pretresanje, ovlašteno službeno lice će napisati i potpisati potvrdu u kojoj će navesti oduzete predmete i naziv suda koji je izdao naredbu.³⁹ Ovo sve omogućava sudiji za prethodni postupak, pored ostalog, uvid u naredbu koju je na osnovu njegovog usmenog kazivanja sastavio podnosilac zahtjeva čime se isključuje svaka mogućnost da to nije njegova naredba.

Na taj način se obezbijuje i dodatna kontrola od strane sudije koji je izdao naredbu da je ona zaista i pismeno sastavljena u skladu sa njegovim usmenim kazivanjem. O usmenom zahtjevu i naredbi koja je po zahtjevu izdata zakon više ništa ne govori, tako da se na nju primjenjuju ostale odredbe zakona.

Dakle, suština pravilnog i zakonitog postupanja u prikupljanju dokaza pretresanjem stana, prostorija i lica sastoji se u tome da postoji zahtjev ovlaštenog lica za pretresanje, da je naredbu za pretresanje izdao nadležni sud, da je pretresanje izvršeno u skladu sa tom naredbom. Ovi uslovi moraju biti ispunjeni u vrijeme izdavanja i izvršenja naredbe, kad ovlaštena lica postupaju po njoj na terenu. Pismeno bilježenje razgovora koji je sudija obavio sa podnosiocem zahtjeva ili prepisivanje tonskog snimka takvog razgovora može da služi samo kao dokaz da je ovlašteno lice takav zahtjev usmeno podnijelo i da je nadležni sudija izdao naredbu za pretresanje određenog sadržaja. Samo bilježenje i prepisivanje zapisnika najčešće će da uslijedi i poslije izvršenog pretresanja jer razlozi za postojanje usmenog zahtjeva i sastavljanja naredbe na ovaj način jeste hitnost postupanja. Uostalom bilježenje razgovora i prepisivanje zapisnika nije predušlov da se pretresanju pristupi i zakonodavac to ne traži. To je važno samo za dokazivanje toka i sadržine preduzetih radnji ako se pojavi sumnja u ove činjenice ali nije i jedini dokaz jer sudija, koji višestrukom kontrolom obezbjeđuje zakonitost, u slučaju sumnje može da potvrdi autentičnost naredbe. Bitno je da je naredba izraz volje zakonom ovlaštenog lica, izdata u obimu i po sadržini propisanoj zakonom, a dokazivanje toka postupka i bilježenja te volje nije od suštinskog značaja. Ako bi se propustilo bilježenje komunikacije i sastavljanje zapisnika to bi predstavljalo relativno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 311. stav 2. ZKP RS. Ona bi se procjenjivala po principu da li je to bilo ili je moglo biti od uticaja na zakonito i pravilno donošenje presuda. Takav uticaj bi imalo ako se na primjer drugim dokazima ne može utvrditi da li je sudija izdao naredbu određene sadržine ili da je bilo zahtjeva ovlaštenog lica. Ovo bi se moglo desiti ako sudija u međuvremenu umre ili oboli tako da izgubi pamćenje i slično, zbog čega ne bi bio u mogućnosti da potvrdi autentičnost svoje naredbe. Svako drugačije tumačenje i vezivanje zakonitosti pretresanja za pravilnost vođenja i prepisivanja zapisnika bilo bi formalističko, udaljeno od suštine stvari i ukazivalo na iskrivljeno tumačenje volje zakonodavca.

PRETRESANJE BEZ NAREDBE

Ovdje ćemo ukratko prikazati situaciju u kojoj zakon omogućava ulazak u tuđe prostorije i pretresanje bez bilo kakve naredbe što će nam pomoći da potpunije sagledamo koliko je mali značaj pretresanja na osnovu usmenog zahtjeva i naredbe i ocijenimo uticaj određenih propusta na zakonitost tako pribavljenih dokaza. Samo izuzetno, u zakonom propisanim slučajevima, dozvoljen je ulazak ovlaštenog službenog lica u stan i druge pro-

³⁹ Čl. 127. st. 1. ZKP RS.

storije i pretresanje lica bez naredbe i svjedoka. U stan i druge prostorije može ući, po potrebi, izvršiti pretresanje ako stanar tog stana to želi, ako neko zove u pomoć, ako je potrebno uhvatiti učinioca krivičnog djela koji je zatečen na djelu ili radi bezbjednosti ljudi i imovine, ako se u stanu ili drugoj prostoriji nalazi lice koje se po naredbi suda treba pritvoriti ili prinudno dovesti ili koje se tu sklonilo od gonjenja.

Bez naredbe za pretresanje i bez prisustva svjedoka može se pretresti lice: a) prilikom izvršenja naredbe za dovođenje, b) prilikom lišenja slobode, v) ako postoji sumnja da to lice poseduje vatreno ili hladno oružje, g) ako postoji opasnost da će sakriti, uništiti ili odbaciti predmete koji treba od njega da se oduzmu i upotrijebe kao dokaz u krivičnom postupku.

Kontrola zakonitosti ovakvog postupanja vrši se tako što nakon izvršenja pretresanja, ovlašćeno službeno lice mora odmah podnijeti izvještaj tužiocu, koji o tome obavještava sudiju za prethodni postupak. Dakle, sudija kontroliše da li su dokazi pribavljeni ovakvim postupkom zakoniti.⁴⁰

Ovim su predviđene brojne situacije kada se zahtijeva hitnost postupanja i kada ne postoji mogućnost da se od sudije za prethodni postupak pismeno zatraži i dobije naredba za pretresanje. Međutim, kod ovakve situacije nije jasno zašto se uopšte propisuje pretresanje na osnovu usmene naredbe sudije i koji su to slučajevi kada postoji opasnost od odlaganja koji se razlikuju od ovih koji su navedeni kod pretresanja bez naredbe. Time se samo unosi dodatna nesigurnost i mogućnost proizvoljne primjene i neodgovarajućeg tumačenja jedne osjetljive zakonske norme.

PROPUŠTANJE SUDIJE ZA PRETHODNI POSTUPAK DA ZABILJEŽI TOK RAZGOVORA I SAČINI PREPIS ZAPISNIKA

S obzirom da se usmeni zahtjev podnosi i naredba izdaje u posebnim okolnostima (van radnog vremena, teritorijalna udaljenost, hitnost) u praksi se dešava da sudija za prethodni postupak izda naredbu na osnovu usmenog zahtjeva ali da ne sačini zabilješku o toku razgovora. Ovo odbrana nekad u žalbi koristi kao prigovor o nezakonitosti dokaza smatrajući da su dokazi pribavljeni na osnovu ovakve naredbe sudije nezakoniti. Interesantno je da se uglavnom ne dovodi u sumnju činjenica da je sudija izdao naredbu određene sadržine, već se samo zbog nesačinjavanja zabilješke o toku razgovora tvrdi da je pretresanje i dokazi koji su na osnovu njega pribavljeni nezakoniti. Dakle, ne tvrdi se da naredbu nije izdao sudija i da pretres nije izvršen na osnovu takve naredbe, već da nema pismene zabilješke o toj radnji. Ponekad se prigovara da zbog odsustva zabilješke nije moguće provjeriti da li je sudija zaista izdao usmenu naredbu na osnovu ovlašćenog lica i da to pretresanje čini nezakonitim. Prema tome nezakonitost dokaza se ne izvodi iz toga što je naredbu izdao nenadležni organ, da nije bilo zahtjeva ovlašćenog lica ili da nije postupljeno po zakonu, već da sudija nije sačinio službenu zabilješku. Time se tvrdnja o nezakonitosti ne gradi na povredi suštine zakonske norme i postupka u pribavljanju dokaza, što uglavnom nije moguće ni osporiti, nego na formalnom propustu da se zabilježi razgovor sudije sa ovlašćenim licem i zapisnik priklopi spisu predmeta.

⁴⁰ Čl. 128. st. 1. do 3. ZKP RS.

PRAKSA REDOVNIH SUDOVA

Ove situacije redovni sudovi su u toku glavnog pretresa rješavali na taj način što su, uglavnom na prijedlog stranaka i branioca, pozivali sudiju za prethodni postupak u svojstvu svjedoka da potvrdi da li je po zahtjevu ovlaštenog lica izdao takvu naredbu. Potvrđan odgovor sudije, uz postojanje pismeno sastavljene naredbe ovlaštenog lica i dalja kontrola koju je taj sudija vršio u prethodnom postupku davala im je dovoljno osnova da zaključie kako je pretresanje u vrijeme izvršenja, pa i dokazi koji su njime pribavljeni, bilo zakonito. Stav redovnih sudova je bio da se zakonitost mora cijeniti u vrijeme preduzimanja radnje pretresanja, a ona postoji ako je postojao zahtjev i ako je sudija nadležnog suda zaista tu naredbu izdao i da je po njoj postupljeno.

Ovakvom shvatanju teško se može opravdano prigovoriti jer se gradi na izvornom porijeklu ovlašćenja za izdavanje naredbe i određivanja njene sadržine, koja je pretočena u pismeni oblik. Ako je sudija zakonom ovlašćeni intelektualni tvorac, na zakonu zasnovane i u zakonskom obimu izdate, naredbe u vrijeme kada se ona saopštava ovlašćenom licu koje je prenese na papir i ono je ponovi radi sravnjivanja i kontrole sadržaja ta je naredba zakonita. Bilježenje je prenošenje na papir volje sudije i jednako je diktatu zapisničaru u kancelariji, samo što zbog nemogućnosti da sudija lično vidi sadržinu nju čita onaj ko je piše. Ako nema primjedbi to je onda na papiru autentična sudijina naredba za pretresanje. Sve drugo što se tiče bilježenja toka razgovora je praktično vođenje neke vrste zapisnika, ne u punom obimu, i nepostupanje po tome može da se postavi kao pitanje relativno bitne povrede odredaba krivičnog postupka u pogledu uticaja na zakonito (što je šire od zakonitosti dokaza) i pravilno donošenje presude, a nikako a priori nezakonitosti dokaza.

PRAKSA USTAVNOG SUDA BIH

Suprotno ovakvom stanovištu redovnih sudova Ustavni sud BiH je postupajući po apelaciji optuženih zbog povrede ljudskih prava dokaze koji su pribavljeni na ovakav način proglasio za nezakonite. U jednom slučaju radi se o optuženom koji je pravnosnažnom presudom osnovnog suda oglašen krivim za krivično djelo neovlašćene proizvodnje i prometa opojnih droga iz člana 224. KZ RS i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od tri godine i šest mjeseci. Sud je utvrdio da je optuženi počinio krivično djelo na način što je u putničkom motornom vozilu neovlašćeno, radi prodaje, prevezio 16 kilograma i 373 grama biljne materije koja potiče od biljke indijske konoplje, koja se nalazi na listi opojnih droga.⁴¹

Drogu su prilikom kontrole pronašla ovlašćena službena lica postupajući shodno članu 120. ZKP RS kada su zbog osnova sumnje da optuženi prevozi opojnu drogu, zbog toga što je strani državljanin i zbog postojanja opasnosti od bjekstva, što znači da postoji opasnost od odlaganja, odmah po lišenju slobode, uz saglasnost tužioca, od sudije za prethodni postupak zatražili izdavanje usmene naredbe za pretres vozila, pronašli drogu i uz potvrdu privremeno oduzeli.

U toku suđenja optuženi nije osporavao da je sudija stvarno izdao naredbu ali je prigovarao da je pronađena droga dokaz pribavljen na nezakonit način jer sudija za prethodni postupak nije zabilježio tok razgovora sa licima koja su tražila izdavanje naredbe za pre-

⁴¹ Presuda Osnovnog suda u Trebinju br. 095-K-07-000 003 od 8.6.2007. godine.

tresanje i predložio saslušanje sudije kao svjedoka odbrane. Sudija za prethodni postupak, kao svjedok, je potvrdio da je na zahtjev ovlašćenog službenog lica izdao spornu naredbu za pretresanje vozila ali da tok razgovora koji je obavljen, u vezi sa izdavanjem naredbe, nije zabilježio tako da ni originalni zapisnik nije predat sudu.

U obrazloženju prvostepene presude je, između ostalog, navedeno da su odmah, oko 20,00 časova, telefonom obaviješteni tužilac i sudija za prethodni postupak od koga je zatraženo da izda naredbu za pretresanje putničkog vozila kojim je upravljao optuženi. Sudija za prethodni postupak je telefonski odobrio izdavanje naredbe radi vršenja pretresa putničkog vozila, ovlašćeni radnik policije je sačinio pismenu naredbu i pročitao je sudiji za prethodni postupak, iako to nije naznačeno u naredbi. Prema mišljenju prvostepenog suda, radi se o relativno bitnim povredama odredaba krivičnog postupka koje ne utiču na zakonitost provedenih dokaza tako da se ne radi o nezakonitom dokazu. Na zakonitost ovog dokaza ne može uticati propust sudije za prethodni postupak koji nije sačinio službenu zabilješku toka razgovora.

Optuženi je ove navode ponovio i u žalbi koju je izjavio protiv presude. Odlučujući o žalbi okružni sud je odbio žalbu optuženog i potvrdio pobijanu presudu prihvatajući ovakav stav prvostepenog suda.⁴² U obrazloženju svoje presude naveo je kako utvrđena okolnost da što sudija za prethodni postupak, koji je na glavnom pretresu dao jasno obrazloženje svojih postupaka, nije zabilježio daljnji tok razgovora kad je podnesen usmeni zahtjev za izdavanje naredbe, ne predstavlja propust koji bi cjelokupnom postupku pretresanja vozila dao karakter nezakonite radnje. Isto tako, činjenica da u naredbi nije navedeno ime osobe koja je podnijela usmeni zahtjev ne pruža osnov za zaključak da se time izgubila kontrolna funkcija sudije za prethodni postupak, kako je to u žalbi ukazano.

Protiv pravnosnažne presude osuđeni je podnio apelaciju Ustavnom sudu BiH zbog povrede prava na pravično suđenje u kojoj navodi da je pretres vozila kojim je upravljao bio nezakonit i da je korišćenje ovog dokaza dovelo do bitne povrede odredaba postupka iz člana 303. stava 1. tačka (z) ZKP RS, kao i da sve što je dalje proizašlo iz navedenog dokaza nije pravno valjano. Navodi da u konkretnom slučaju nisu ispunjena tri kumulativno postavljena uslova da bi pretres mogao biti zakonit i da bi se mogao izvršiti. Naime, pri usmenom odobravanju zahtjeva za izdavanje naredbe sudija za prethodni postupak nije zabilježio tok razgovora, pa u sudu nema nikakvog pismenog traga koji bi opravdao opasnost od odlaganja podnošenja usmenog zahtjeva za pretres, niti se iz pismeno sastavljene naredbe vidi ko je usmeno podnio zahtjev, ime i funkcija ovlašćenog lica na koje se naredba odnosi, niti je navedeno da se naredba dostavlja sudu. Dakle, vidimo da se ni u jednom trenutku ne dovodi u sumnju da je na osnovu ovlašćenih lica sudija stvarno i izdao naredbu za pretresanje po kojoj je ono izvršeno i droga oduzeta.

Ustavni sud je apelaciju uvažio i ukinio drugostepenu presudu nalažući da se po hitnom postupku donese nova odluka. U ponovljenom postupku pred redovnim sudovima optuženi je oslobođen od optužbe jer se presuda nije mogla zasnovati na navedenom dokazu koji je Ustavni sud proglasio nezakonitim, a drugih dokaza nije bilo dovoljno za osuđujuću presudu.

⁴² Presuda Okružnog suda u Trebinju br. 015-0-Kž-07-000 069 od 30.10.2007. godine.

Dajući obrazloženje svoje odluke Ustavni sud postavlja nekoliko neodrživih premisa koje se zasnivaju na formalističkom, neživotnom i parcijalnom tumačenju zakonske norme, zbog čega je i izvedeni zaključak pogrešan.

Polazeći se od toga da je odredba člana 120. stav 3. ZKP RS imperativnog karaktera i kao takva jasno i nedvosmisleno nameće obvezu sudiji za prethodni postupak da sačini zapisnik prilikom izdavanja naredbe za pretres na osnovu usmenog zahtjeva i da taj zapisnik preda sudu u roku od 24 časa. Dalje se elaborira kako je ova obveza nametnuta upravo radi jemstva da je usmena naredba za pretres izdata isključivo na osnovu odobrenja sudije za prethodni postupak, odnosno da je ostvarena funkcija suda u pogledu utvrđivanja postojanja zakonskih uslova za pretresanje, a sam rok od 24 časa isključuje mogućnost eventualnih naknadnih zloupotreba.

Smatra se da zakon ne ostavlja mogućnost da se nezapisivanje toka razgovora kod izdavanja usmene naredbe za pretres, kao i nepredavanje ovjerene kopije zapisnika sudu može kasnije konvalidirati određenim radnjama (npr: davanje iskaza sudije za prethodni postupak o izdanoj usmenoj naredbi za pretres). S tim u svezi, proizlazi da bi propust sudije za prethodni postupak da sačini zapisnik i preda ga sudu, predstavljao apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 303. stav 1. tačka (z) ZKP RS (presuda se zasniva na dokazu na kome se po odredbama zakona ne može zasnivati presuda), jer pretresanje izvršeno mimo zakonskih propisa čini preduzetu radnju nezakonitom, što ima za posljedicu da se dokazi pribavljeni tom radnjom ne mogu koristiti u dokaznom postupku, imajući u vidu odredbu člana 10. stav 2. ZKP RS kojom je propisano da sud ne može zasnivati svoju odluku na dokazima koji su pribavljeni bitnim povredama tog zakona.

Na osnovu izloženog sud smatra da naredba za pretres automobila na osnovu usmenog zahtjeva nije izdata u skladu sa odredbama člana 120. stav 3. ZKP RS, jer zakon striktno propisuje uslove za izdavanje takve naredbe i njihovo nepoštovanje ne može se konvalidirati kasnijim radnjama. Shodno tome redovni sudovi su proizvoljno primijenili odredbe citiranog člana zakona jer su smatrali da iskaz sudije za prethodni postupak da je izdao usmenu naredbu za pretres može opravdati njegove očigledne propuste koji se odnose na nezapisivanje toka razgovora sa službenim licem povodom zahtjeva za usmenu naredbu za pretres kao i nepredavanje sudu ovjerene kopije zapisnika o izdanoj usmenoj naredbi za pretres. Ako je dokaz pribavljen nezakonito, onda sud na njemu ne može zasnovati svoju odluku, a pošto nađena droga predstavlja jedini direktan dokaz na osnovu koga su redovni sudovi zasnovali svoje odluke i proglasili apelanta krivim, te kako pretres njegovog automobila, nakon koga je pronađena opojna droga, nije izvršen zakonito, onda takav dokaz nema potreban kvalitet u smislu člana 6. stava 1. Evropske konvencije da bi sudovi na njemu mogli zasnovati svoje odluke. Imajući u vidu da su redovni sudovi nađenu opojnu drogu koristili kao dokaz u krivičnom postupku, tačnije rečeno, to je bio *de facto* jedini direktan dokaz kojim se apelant teretio za predmetno krivično djelo, a taj dokaz pribavljen je proizvoljnom primjenom člana 120. stav 3. ZKP RS, onda, prema mišljenju Ustavnog suda, taj dokaz (opojna droga) nema potreban kvalitet da bi sudovi na njemu mogli zasn-

vati svoje odluke, kao što je učinjeno u konkretnom slučaju, te su na takav način donesene arbitrarne odluke kojima je prekršeno apelantovo pravo na pravično suđenje iz člana 6. stava 1. Evropske konvencije i člana II/3.(e) Ustava Bosne i Hercegovine.⁴³

Smatramo da je ovako tumačenje zakonske norme formalističko, usko i odvojeno od živote stvarnosti, ali i od stvarnog stanja u predmetu, zbog čega se ne može prihvatiti kao pravilno. Ono je suprotno samo sebi u ključnim postavkama na kojima zasniva suštinu rješenja problema. Tako se tvrdi „da je ova obveza (misli se na bilježenje op.a.) nametnuta upravo radi jemstva da je usmena naredba za pretres izdata isključivo na osnovu odobrenja sudije za prethodni postupak, odnosno da je ostvarena funkcija suda u pogledu utvrđivanja postojanja zakonskih uslova za pretresanje, a sam rok od 24 časa isključuje mogućnost eventualnih naknadnih zloupotreba.“ Suprotno tome očigledno se zanemaruje činjenica da je upravo taj sudija za prethodni postupak, potvrdio autentičnost naredbe i njenog pravilnog provođenja, po zakonu jedini ovlašćeni tvorac njene sadržine i kontrolor zakonitosti krivičnog postupka u toku istrage, pa je nejasno ko bi to drugi trebao da vrši posebnu kontrolu i kakve su to zloupotrebe zaista učinjene što nije sačinjen zapisnik. Opravdano se postavlja pitanje da li se traženo „jemstvo“ ostvaruje stvarnim postupanjem sudije ili postojanjem pismenog zapisnika koji po sadržini možda i nije proizvod volje sudije. Dakle, ovako posmatrano važno je da postoji zapisnik koji ima veću snagu od izjave njegovoga zakonskog tvorca. Ovo je opasan formalistički pristup koji se zasniva na pogrešnom shvatanju normi krivičnog procesnog prava i njihove praktične primjene.

O tome kome bi sudu trebao da se preda zapisnik i sa kojim ciljem već smo govorili i to ovom prilikom nećemo ponavljati. Dakle, nema posebnog kontrolora radnji sudije u toku njihovog vršenja, a zapisnik je samo dokaz preduzetih radnji i toka postupka. Da li su radnje preduzete u okviru zakonskih ovlašćenja i da li je tok postupka pravilan može se utvrđivati i na osnovu drugih dokaza (sadržina pismeno sastavljene naredbe koju sudija izjavom potvrđuje kao svoju i slično), a o njima smo već govorili.

Rok od 24 časa ne može se smatrati prekluzivnim jer ga zakon nije tako odredio jer nema posljedica propuštanja. To se ne bi moglo ni uraditi jer nije moguće, niti je potrebno, vršiti kontrolu da li je taj rok prekoračen nekoliko minuta, časova ili dana i koja je šteta ako je on prekoračen kad je naredba zbog hitnosti najčešće izvršena prije njegovog isteka, a po svemu drugom je autentična. Takođe nije jasno kakva bi se zloupotreba naknadno izvan ovog roka mogla počinuti i ko bi je počinio, osim ako se nema povjerenje u sudiju, koji tu zabilješku sačinjava i u koju može da upiše šta smatra da je potrebno, pa i da navede retroaktivan datum i slično ako bi htio da krši zakon. Smatramo da niko ne može da bude veći jemac da je usmena naredba za pretres izdata isključivo na osnovu odobrenja sudije za prethodni postupak od samog sudije koji je tu naredbu izdao (njegovog odobrenja).

Ovdje se u iskrivljenom ogledalu posmatra suština samog instituta koji zakon normira. Smatramo da se zakonitost naredbe mora cijeliti u vrijeme njenog izdavanja, a zakonitost postupanja po naredbi u vrijeme njenog izvršavanja. Drugačiji pristup je neprihvatljiv i pogrešan jer u pogledu zakonitosti formalno dokazivanje da je jedna radnja preduzeta

⁴³ Odluka Ustavno suda BiH br. AP-291/09 od 19.11. 2011. godine i br. AP-291/08 od 19.11.2011. godine.

(zapisnik) stavlja iznad njene stvarne sadržine i izvornog porijekla (pismeno sastavljena kako je sudija naredio). Ako je usmenu naredbu izdao sudija nadležnog suda po zahtjevu ovlašćenog lica u obimu kako to zakon propisuje, a ono tu naredbu sastavilo u nepromijenjenom sadržaju, ona izvorno potiče od nadležnog izdavaoca i zakonita je. Zbog toga što kasnije nije sačinjena zabilješka o radnji ona ne može postati nezakonita, pa su rasprave o njenoj konvalidaciji nepotrebne i pogrešne jer nešto što je valjano od početka ne treba osnaživati.

U slučaju sumnje može se samo raspravljati o tome da li naredba potiče od ovlašćenog lica i da li je izdata u zakonom propisanom postupku, kao i da li je postojala opasnost od odgađanja koja se i ne konstatuje u samoj naredbi, što je stvar slobodne ocjene sudije. Sve su to činjenice koje mogu biti predmet dokazivanja u daljem toku postupka, a prema načelu slobodne ocjene dokaza pravo da se ocjenjuje njihovo postojanje ili nepostojanje nije vezano posebnim formalnim dokaznim pravilima (član 15. ZKP RS). Ako sudija, po potrebi pred sudećim vijećem, potvrdi da je po zahtjevu ovlašćenog lica izdao upravo takvu naredbu kao što je sastavljena u pismenoj formi, jer je smatrao da postoji opasnost od odgađanja, to je dokaz njene zakonitosti. Sve drugo je jedan opasan formalistički pristup koji nezakonitost dokaza premiješta u široko polje relativno bitnih povreda krivičnog postupka, koje su daleko od izvornog pojma zakonitosti dokaza. S druge strane namjerno smo ukazali i na zakonom propisanu mogućnost pretresanja bez naredbe, koja dodatno ovakvom tumačenju oduzima snagu jer se odnosi manje ili više na identične situacije.

Ustavni sud polazi od toga da su navedene norme „imperativne“, ali zanemaruje da je upravo izostalo propisivanje posebne sankcije za njihovo kršenje, pa sam određuje sankciju u vidu nezakonitosti preduzete radnje i, po principu plodova „otrovnog drveta“, dokaz koji je pribavljen takvom radnjom proglašava nezakonitim. Suprotno tome zakon o krivičnom postupku utvrđuje pravila krivičnog postupka po kojima su dužni da postupaju učesnici u krivičnom postupku. Ako postupak pri preduzimanju određene radnje nije u skladu sa zakonom zakonodavac propisuje mogućnost otklanjanja tih propusta (npr. ponavljanjem radnje) ili sankciju sa različitim posljedicama na dejstvo preduzete radnje. Posljedice njihovog kršenja nisu iste, a zakon kod usmene naredbe ne propisuje mogućnost ponavljanja radnje, što je razumljivo, ali ni posebnu sankciju za propuštanje u smislu da je takva radnja nevažeća, nezakonita i slično. Zato se ovo propuštanje može smatrati relativno bitnom povredom odredaba krivičnog postupka, ali samo ako sud utvrdi da je to bilo od uticaja ili je moglo uticajati na pravilno i zakonito donošenje presude. Tek tada uslijedila bi odgovarajuća sankcija u smislu ukidanja ili preinačenja pobijane odluke. Pošto je sud izvođenjem dokaza na glavnom predmetu utvrdio da je sudija za prethodni postupak izdao naredbu određene sadržine i da je po njoj postupljeno, onda takva povreda nije ni počinjena.

Na isti način odlučeno u još jednom predmetu protiv optuženog za isto krivično djelo suđeno pred drugim sudom, a redovni sudovi su na isti način obrazlagali svoj stav o zakonitosti naredbe koju je izdao sudija, a propustio da to zabilježi zapisnički.⁴⁴

⁴⁴ Odluka Ustavnog suda BiH br. AP-291/09 od 19.11. 2011. godine i br. AP-3364/10 od 12.02.2014. godine.

ZAKLJUČAK

Zakonitost dokaza nije nov institut u našem krivičnom procesnom pravu, jedino što je važećim zakonom posebno istaknut i proširen. Upravo ovo proširenje i djelimično neodređeno definisanje dovodi do problema u praktičnoj primjeni i omogućava njegovo veoma ekstenzivno tumačenje. Ono je prisutno prije svega u praksi redovnih sudova ali posebnu težinu dobija u odlukama Ustavnog suda BiH jer se stvaraju presedani koji nekad derogiraju zakonske norme i oduzimaju zakonska ovlašćenja redovnim sudovima u različitim životnim situacijama.

Ovaj institut povezali smo i prikazali u vezi sa jednim novim institutom pretresanja na osnovu usmene naredbe sudije za prethodni postupak. Ovo je još kontraverzniji institut koji nije bilo nužno uopšte propisati našim procesnim zakonodavstvom. Ovo je mala država, gdje su teritorijalne nadležnosti sudova tako određene da je sudija za prethodni postupak uvijek na relativno maloj udaljenosti od onoga ko traži naredbu za pretresanje, tako da mu se uvijek može doći i zatražiti pismena naredba. Za izuzetne situacije postoji institut pretresanja bez naredbe koji zadovoljava sve potrebe hitnosti.

Kod ovakvog stanja stvari, prije nego što zakonodavac uoči problem i riješi ga izmjenama zakona, potrebno je pravilnim tumačenjem postojećih propisa, otkloniti dileme oko pitanja koja su se nametnula kao sporna. Najteže pitanje tumačenja prava i jeste u tome kojom i kolikom slobodom treba sudija da raspolaze prilikom tumačenja zakona i njegovog saobražavanja datom činjeničnom stanju, a da se ona ne izvrgne u proizvoljnost i samovolju jer tumačenjem se norma ostvaruje ali ne stvara.

Smatramo da su redovni sudovi pravilno tumačili volju zakonodavca i očuvali izvornu zakonitost naredbe za pretresanje dajući prednost suštini nad formom, smještajući uočene propuste u sferu relativno bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, što pribavljene dokaze tim radnjama ne čini nezakonitim. Suprotno tome pogrešno je shvatanje da je jedna stvarno preduzeta radnja, radnja po zakonu nadležnog sudije za prethodni postupak (čija sadržina je pretočena u pismeni oblik) nezakonita zbog odsustva da se i pismeno u zapisnik zabilježi sam tok njenog preduzimanja. Još je neprihvatljivije tumačenje da to, po principu „plodova otrovnog drveta“, za posljedicu ima nezakonitost samog pribavljenog dokaza. Ovdje se radi o takvom pristupu gdje se iz sfere tumačenja pravne norme ulazi u sferu njenog stvaranja, a što je u našem pravnom sistemu nedopustivo jer je izvan Ustavom omeđenih granica postupanja svih sudova, uključujući i Ustavni. Radi toga smatramo da se shvatanje i postupanje redovnih sudova ne može podvesti pod „proizvoljnu primjenu zakona“ i na osnovu toga izvesti zaključak o tome da je povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije i člana II/3.(e) Ustava Bosne i Hercegovine.

Očigledno je da se problem neće riješiti bez intervencije zakonodavca do koje, po svemu sudeći, neće brzo doći. A do tada nećemo vjerovati sudiji da je izdao naredbu koju je stvarno izdao, koja je po njegovom „diktatu“ napisana i od njega priznata (a u njoj je to i napisano), jer nema zapisnika o „komunikaciji“. Od toga će imati samo korist dileri droge (kao u konkretnom slučaju) i drugi učinioci teških krivičnih djela, čime će cio trud organa gonjenja i novac poreskih obveznika biti bačeni. Ne možemo a da se ne zapitamo da li bi u američkom pravnom sistemu, odakle izvorno ovi „plodovi otrovne vočke“ potiču, neko

imao smjelosti da posumnja u sudijinu riječ u izjavi kojom potvrđuje da je usmeno izdao određenu naredbu, i da takvu naredbu ocijeni kao nezakonitu jer nije zapisan tok razgovora. Očigledno bi se cio pravni, i ne samo pravni sistem, građen na povjerenju u autoritetu sudske vlasti i sudijske časti time srušio.

LITERATURA

1. Beker, S.W. *Žalba u kaznenom postupku u SAD: Preispitati ili ne preispitati presudu – očigledna pogreška, neškodljiva pogreška i rizik povećanja kazne po žalbi*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 15, broj 1, 2008.
2. Bojanić I., Đurđević Z. *Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu. vol. 15, broj 2, Zagreb, 2008.
3. Krapac, D. *Kazneno procesno pravo – prva knjiga: Institucije*. Zagreb, 2007.
4. Vasiljević T., Grubač M. *Komentar Zakona o krivičnom postupku*. drugo izdanje, Beograd, 1982.
5. *Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske*. Službeni glasnik Republike Srpske br. 53/12.
6. *Zakon o krivičnom postupku*. Službeni list SFRJ, br. 26/86, 74/87, 57/89 i 3/90, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 4/93, 26/93, 14/94, 6/97 i 61/01.

Veljko Ikanović, PhD

Law College, Pan-European University APEIRON, Banjaluka

A Search Warrant Submitted Verbally and Legality of Evidence

Abstract: Criminal Procedure Code of Republika Srpska defines that a search of dwellings, other premises and persons can be permitted, with certain exceptions, only with a search warrant issued by the preliminary proceedings judge. A search warrant is issued under the conditions provided by the Code, at the request of the prosecutor or at the request of authorized officials obtained an approval by the prosecutor. A request for the issuance of a search warrant may be submitted in writing or verbally. If the request is submitted verbally, preliminary proceedings judge is obliged to record the communication appropriately, but the requesting official shall draft the warrant. Author of the paper deals with issues related to failure of the preliminary proceedings judge to record „all of the remaining communication“ after the verbally request for a search warrant was made, and judges influence to legality of evidence obtained on a basis of such a warrant. Observes all that trough the rules which are regulating the procedure, decisions of ordinary courts of law and the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, trying to find an answer to the question: is the essence of this institute presented by its form or its contents. Proper implementation of evaluation of evidence and the possibility to use the evidence in criminal procedure, human rights protection, compliance of the principle of legality, and, very often, the epilogue of criminal procedure depends from the answer to this question.

Key words: warrant, search, verbally request, remaining communication, legality of evidence, court.