

ПРЕТРЕСАЊЕ КАО ДОКАЗНА РАДЊА И ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Аїсїракиї: У раду је кроз међународне сїандарде и домаће їройисе анализирана доказна радња їреїїресања у кривичном їосїїуїку, са уїоредним осврїом на одїоварајуће одлуке Евроїскої суда за људска їрава. При їоме, даїї је країїак коменїїар о врсїїа-ма їреїїресања, законским їреїїїосїїавкама и самом їоку їреїїре-сања, уз криїїички осврїї на їоїедине одредбе и усїїановљену домаћу судску їраксу која је као їїаква доїїринела броїјним неїасноћама у їредузимању ове доказне радње. Такође, указано је и на моїуће сме-рнице у їревазилажењу їїих неїасноћа, водећи їри їїом рачуна о очувању и їошїїовању їриваїїної и їородичної живоїїа као једної од основних људских їрава.

Кључне речи: претресање, приватност, ограничење, доказ.

1. УВОД

Право на приватност представља једно од основних људских права и само изузетно се може ограничити. Наиме, интереси кривичног поступка а некада и шири интереси друштва често захтевају примену принуде која не погађа само личну слободу окривљеног, већ и друга његова добра, односно ствари, али и добра трећих лица. У циљу остваривања тих интереса служи претресање. Дакле, претресање представља доказну радњу којом се ограничава основно човеково право на поштовање његовог приватног и породичног живота.

Успех сваког правног система се огледа у томе да се пронађе најбољи могући баланс између спречавања криминала са једне стране и заштите основних људских права са друге стране. У том погледу су постављене јасне уставне гаранције и законом јасно прописани услови под којима се у интересу кривичног поступка може и сме ограничавати, односно задирати у та права.

* Јавни тужилац Вишег јавног тужилаштва у Новом Пазару, adnan.bacicanin@yahoo.com.

Претресање је доказна радња којом се прилично задире у основна људска права и оно заузима посебно место у истраживању и проучавању стручне јавности. То је пре свега резултат чињенице да се ради о веома честој доказној радњи, али и околност да софистицираност савременог криминала често доводи до тога да се ова радња предузима и уз прекорачење датих овлашћења. Стога је у последње време Европски суд за људска права у Стразбуру незаобилазна станица у решавању овог проблема доношењем одлука по представкама апликаната чија су права угрожена, на који начин се уједно и ствара одговарајућа судска пракса.

2. ПОЈАМ И ВРСТЕ ПРЕТРЕСАЊА

Претресање је важна и прилично честа доказна радња којом се прикупљају материјални докази у кривичном поступку. У теорији не постоји пуно дефиниција претресања, међутим, као једну од ретких, свакако треба издвојити то да је претресање материјално истраживање над лицима и стварима које се предузима с циљем проналажења трагова кривичног дела или предмета важних за кривични поступак или с циљем хватања окривљеног.¹ Најчешће се предузима у фази која претходи истрази, у тзв. предистражном поступку, нешто ређе у истрази, али се свакако може предузети и у даљем току поступка. Претресање представља општу доказну радњу која је значајна за откривање кривичних дела и обезбеђење доказа који ће се користити у току поступка, али треба истаћи и то да се у теоријским схватањима сматра да, у случајевима када је претресање усмерено на проналазак окривљеног, ова доказна радња не може имати доказни карактер.² Од претресања стана и других просторија треба разликовати преглед места увиђајем, јер је увиђај доказно средство којим се утврђују чињенице, док се претресање састоји у проналажењу и одузимању предмета који могу послужити као доказ. Од претресања лица такође треба разликовати преглед лица или преглед тела ради утврђивања телесних повреда и у друге сврхе.³ О наведеним сличностима и разликама ће се говорити у посебним деловима.

Претресање је доказна радња која је по својој природи репресивна и њом се ограничавају зајемчена права и слободе лица према којем се предузима.⁴ Овом приликом је неопходно посебно подсетити да право на неповредивост стана представља једно од основних уставних људских права и слобода, али да је такође гарантовано и Европском конвенцијом за заштиту људских права

1 М. Грубач, *Кривично процесно право – Увод и општи гео*, Службени гласник РС, Београд, 2004, 374.

2 М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Службени гласник РС, Београд, 2014, 260.

3 М. Грубач, *op. cit.*, 374.

4 И. Миљуш, Б. Станковић, „Претресање и поступање са привремено одузетим предметима“, *Зборник радова Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу*, Златибор, 2017, 549.

и основних слобода⁵ као и другим међународним уговорима. Наиме, Уставом Републике Србије⁶ се јемчи да је стан неповредив (члан 40 став 1), и то тако да нико не може без писмене одлуке суда да уђе у туђ стан или у друге просторије против воље њиховог држаоца, нити да у њима врши претрес. Неповредивост стана се додатно гарантује и тиме што су зајемчена права држаоца стана и других просторија да држалац може сам или преко свог заступника, уз присуство два пунолетна сведока, присуствовати претресању (члан 40 став 2), као и да само изузетно, када је то неопходно ради непосредног лишења слободе учиниоца кривичног дела или отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе или имовину, претресање се може обавити и без наредбе суда (члан 40 став 3). Обзиром да је субјект овог права држалац стана или просторија, смисао постојања овог права јесте заштита једног сегмента права на приватност, а не права на својину. Стога су могуће и ситуације да право на стан ужива и лице које незаконито запоседа одређени простор.⁷ Такође, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција) гарантује сваком појединцу право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке (члан 8, став 1), и изузетно у случају националне и јавне безбедности, спречавања нереда, криминала и слично, даје јавним властима могућност задирања у та права (члан 8, став 2).

Претресање као доказну радњу можемо поделити према објекту претресања, али и према томе да ли се претресање предузима на основу наредбе суда или без наредбе суда.

Према објекту претресања треба разликовати: а) претресање стана и других просторија, б) претресање лица и в) претресање уређаја за аутоматску обраду података и опреме на којој се чувају или се могу чувати електронски записи.

Док се прва подела односи на објекат претресања, друга подела представља резултат формалног услова претресања. Наиме, као што смо напоменули, сваком грађанину је загарантована неповредивост стана и поштовање приватног и породичног живота. Ради остваривања тих гаранција, као правило је прописано да се претресање може предузети само на основу наредбе суда, а само изузетно, у законом прописаним условима, претресање је могуће предузети и без наредбе.

3. ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА ПРЕТРЕСАЊЕ

У циљу обезбеђивања гаранција на неповредивост стана зајемчених Уставом РС, те гаранција датих сваком појединцу у виду права на поштовање

5 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ - Међународни уговори бр.9/2003, 5/2005, и 7/2005* и *Службени гласник РС - Међународни уговори бр.12/2010 и 10/2015.*

6 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС бр.98/2006 и 115/2021*

7 Д. Симовић, С. Орловић, *Коментар Устава Републике Србије са праксом Уставног суда Републике Србије и Европској суда за људска права*, Службени гласник РС, Београд, 2023, 296.

свог приватног и породичног живота, дома и преписке која су зајемчена Конвенцијом, Република Србија је и у кривично законодавство прописала да се претресање може вршити само уз испуњење одређених претпоставки, односно одређеног материјалног и формалног услова.

Материјални услов за претресање стана и других просторија или лица прописан је чланом 152 став 1 Законика о кривичном поступку⁸ (у даљем тексту ЗКП) и садржан је у вероватноћи да ће се претресањем пронаћи: 1) окривљени, 2) трагови кривичног дела или 3) предмети важни за кривични поступак. Иако чланом 152 став 3 ЗКП није одређен услов за предузимање претресања уређаја за аутоматску обраду података и опреме на којој се чувају електронски записи, то се има сматрати да је и за ову врсту претресања неопходно постојање вероватноће да ће се њиховим претресањем пронаћи трагови кривичног дела или предмети важни за кривични поступак.⁹ У теорији се сусреће више тумачења самог појма вероватноће, међу којима је можда најприхватљивије то да вероватноћа представља одређени степен уверења у којем основи који говоре у прилог остварењу циљева претресања претежу над онима који то доводе у питање.¹⁰ Обзиром да претресање представља доказну радњу којом се прикупљају материјални докази у кривичном поступку, подразумева се да вероватноћи да ће се претресањем пронаћи окривљени, трагови кривичног дела или предмети важни за кривични поступак, мора да предстоји одговарајући степен сумње, у овом случају основ сумње као најнижи степен сумње да је извршено кривично дело.¹¹ Наведени материјални услов за претресање је у потпуности у складу и са праксом Европског суда за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП). Наиме, ЕСЉП је кроз своје одлуке установио неопходност постојања нужности претреса који се огледа у томе да, иако пре радње претресања постоје други докази који указују на кривично дело, ипак треба извршити претресање ради проналаска и одузимања *corpus delicti*.¹² Нужност

8 Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС* бр.72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 одлука УС и 62/2021 – одлука УС.

9 Е. Ђоровић, „Претресање као доказна радња и њен однос са прегледом као оперативном радњом у кривичном процесном праву Србије“, *Унификација йрава и йравна сиурносй – Зборник радова Којаоничке школе йрава* (ур. С. Перовић) Београд, 1/2020, 591.

10 Г. Илић, *et al.*, *Коментйар Законика о кривичном йосйуйку*, Службени гласник, Београд, 2014, 416.

11 *Ibidem*. Упор: Т. Васиљевић, М. Грубач, *Коментйар Законика о кривичном йосйуйку*, Службени гласник, Београд, 2002, 183.

12 У пресуди ЕСЉП „*Camenzind v. Switzerland*“ од 16.12.1997. године се указује на то да појам „нужности“ мора да подразумева да је мешање пропорционално легитимном циљу којем се тежи, па је у конкретном случају суд нашао да је претрес стамбеног простора подносиоца представке био неопходан како би се прикупили докази, односно да је претрес спроведен у складу са захтевом нужности, тј да је постојала друштвена потреба за спровођењем те мере ради остваривања легитимног циља, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:%22001-58125%22>}, 21.03.2024.

постоји и када постоје и поштују се националне процедуралне гаранције против самовоље, те када је у конкретном случају испуњено начело пропорционалности у ужем смислу.¹³ Пропорционалност се у том смислу огледа у томе да претресање буде сразмерно легитимном циљу којем се тежи у конкретној околности.¹⁴

Формални услов за претресање произилази из одредбе члана 152 став 2 ЗКП и подразумева неопходност постојања наредбе суда за претресање. Правило је да се претресање предузима на основу наредбе, а законодавац је предвидео и одређене изузетке које би свакако требало уско тумачити. С тим што овде још треба напоменути да се претресање уређаја за аутоматску обраду података и опреме на којој се чувају или се могу чувати електронски записи може предузети искључиво на основу наредбе суда, о чему ће бити више речи у посебном делу.

Наредбу за претресање сходно члану 155 став 2 ЗКП издаје суд и то на образложен захтев јавног тужиоца. То подразумева да ће суд издати наредбу само уколико јавни тужилац у свом захтеву за претресање наведе разлоге претресања, односно да у том делу изнесе чињенице које указују на постојање материјалног услова претресања (вероватноће да ће се претресањем пронаћи окривљени, трагови кривичног дела или предмети важни за поступак). Уколико суд оцени да није испуњен материјални услов за претресање, то ће донети решење којим се захтев одбија, на које решење се има право жалбе ванрасправном већу истог суда.¹⁵

Наредба о претресању има своје обавезне елементе, па је тако чланом 155 став 2 ЗКП детаљно прописано да наредба садржи 1) назив суда који је наредио претресање; 2) означавање предмета претресања; 3) разлог претресања; 4) назив органа који ће предузети претресање и 5) друге податке од значаја за претресање. Таксативно навођење обавезних елемената наредбе је новина у нашем кривичном законодавству, а као разлоге за ово нормирање свакако можемо пронаћи и у неким одлукама ЕСЉП које су указивале на неопходност постављања јасних граница у оквиру којих се орган поступка може кретати приликом претресања.¹⁶

13 Д. Крапац, „Незаконити докази у казненом поступку према пракси Европског суда за људска права“, *Зборник Правној факултету у Зајребу*, 3/2010, 1221–1222.

14 У пресуди ЕСЉП „*Buck v. Germany*“ од 16.12.1997. године суд је нашао да су претресање и привремено одузимање предмета наложени у вези са прекршајем правила мање тежине, те да се задирање у права подносиоца представке није могло сматрати сразмерним легитимном циљу коме се тежи. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-22398%22%5D%7D>, 21.03.2024.

15 Г. Илић, *et al.*, *op. cit.*, 421.

16 У пресуди ЕСЉП „*Andre and Other v. France*“ од 09.11.2006. године, суд је утврдио да је претресање адвокатске канцеларије морало пратити посебне гаранције, а те се гаранције односе на то да је одобрење за претрес било формулисано сувише широко када је наведено да се може вршити претресање на свим местима на којима би могли да се пронађу релевантни документи. Такође, истом пресудом је утврђено и то да је претресање било супротно члану 8 Конвенције и из разлога

Наредба за претресање пре свега треба да садржи *назив суда* који је одредио претресање. У зависности да ли се претресање врши у фази предистражног поступка и истраге или у каснијим фазама поступка, то зависи да ли ће за доношење наредбе функционално надлежан бити судија за претходни поступак или евентуално поступајући судија. Наредба треба да садржи *означење предмета* претреса, односно да се јасно одреди стан, просторија или лице које треба претрести, али такође и да се јасно за претресање идентификује уређај за аутоматску обраду података и опреме на којој се чувају или се могу чувати електронски записи. У случају да предмет претресања не буде означен, или постоје било какве нејасноће у вези са предметом претресања, то се органу који предузима претресање могу дати преширока овлашћења¹⁷, па може доћи до непропорционалности односно несразмерности легитимном циљу због које је претресање предузето.¹⁸ Међутим, није увек неопходно строго прецизно одредити предмет претреса, већ је довољно да њен обим буде ограничен посебно споменути предметима и да предмет претреса буде упућен на предметни догађај.¹⁹ Као трећи обавезан елемент наредбе за претресање, законодавац наводи да наредба за претресање треба да садржи *разлој претресања*. Ради се о материјалном услову, односно вероватноћи да ће се претресањем пронаћи окривљени, трагови кривичног дела или предмети важни за поступак. Осим назива суда, у наредби за претресање се обавезно наводи и *орган који ће*

јер је претресање имало за циљ да се код подносиоца представке, само у вези његовог својства адвоката предузећа, открију документа на основу којих би се могла утврдити превара за коју се претпоставља да ју је извршило предузеће, те да би ти докази били искоришћени против предузећа. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22002-1984%22%5D%7D>, 21.03.2024.

- 17 У пресуди „*Smirnov v. Russia*“ од 07.06.2007. године, стоји да је налог за претрес сачињен са изузетно широким опсегом услова који су се односили на „било који предмет или документ од интереса за истрагу кривичног предмета бр.7806“, без икаквих ограничења, што је полицији дало неограничену дискрециону слободу у одређивању докумената, па су тим претресом прикупљене бројне личне и пословне ствари које нису у вези са предметом, чиме је повређен чланом 8 Конвенције, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-80953%22%5D%7D>, 23.03.2024.
- 18 У пресуди „*Ernst i other v. Belgium*“ од 15.07.2003. године суд је нашао да је у конкретном предмету заплешен велики број предмета, укључујући компјутерске дискове, хард дискове, копиран је садржај одређених докумената и медија, а да су подносиоци представке остали у незнању о конкретним разлозима за претрес па претреси нису били сразмерни легитимном циљу којем се тежило. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22002-4705%22%5D%7D>, 23.03.2024.
- 19 У пресуди „*Petrović v. Serbia*“ од 14.04.2020. године стоји да се наредба за претрес односила на „црну кожну јакну“, као и на „ципеле и друге предмете“, који су повезани са злочиним који се истражује... те да су разлози који су били наведени у наредби релевантни и довољни у датим околностима, <https://e-case.eakademija.com/presuda/detalji/632>, 23.03.2024. године. Више о томе: Е. Ђоровић, *Претресање као доказна радња и њен однос са његледом као оперативном радњом у кривичном процесном праву Србије*, 2020, 13.

предузетии претресање. Претресање углавном предузима полиција, али није искључено да претресање буде поверено и јавном тужиоцу. На крају, као обавезан елемент наредбе се наводи и то да се у наредби могу навести и *групи њодаци који су од значаја за претресање*. Ту се пре свега мисли на неке техничке детаље самог претресања, односно, да ли ће претресање бити предузето дању или ноћи, да ли ће се оптички снимати, да ли ће претресању евентуално присуствовати неко стручно лице, а у случају да има више предмета или просторија за претресање, којим ће се редоследом оно вршити и слично.²⁰

Наредба за претресање има своје трајање, па је тако законодавац чланом 155 став 3 ЗКП предвидео да претресање мора започети најкасније у року од осам дана од дана издавања наредбе, а у супротном претресање се не може предузети а наредба ће се вратити суду. Одредница да ће се претресање предузети најкасније у року од 8 дана од дана издавања наредбе указује на то да се у наредби може одредити и краћи рок, па се у том случају наредба мора предузети у том року, у супротном, материјал прибављен након тог рока ће представљати незаконит доказ.

Након испуњења ових формалних претпоставки који се тичу садржине наредбе, ради постизања законитости, неопходно је испунити и неке друге претпоставке које прате сам ток претресања. Пре свега, ту се мисли на одредбу члан 156 став 1 ЗКП који регулише предају наредбе о претресању држаоцу стана или друге просторије, односно лицу над којим ће се претресање предузети.²¹ Том приликом држалац стана или других просторија или лице над којим се врши претрес ће се позвати да само преда одређене предмете или лице које се тражи. Ова могућност тзв. добровољне предаје је апсолутно у складу са горе наведеном праксом ЕСЉП у којој се говорило о постојању нужности и пропорционалности претресања. Наиме, у случају добровољне предаје тражених ствари или лица предупредило би се евентуално задирање у права о којима смо у претходном делу говорили. Но, и у таквим ситуацијама треба поступати са опрезом, јер постоји могућност да би добровољном предајом можда били предати само неки од тражених или потребних доказа, па тако у зависности од случаја, претресању се може приступити и након добровољне предаје. Након предаје наредбе и позива да добровољно преда ствари или лица, орган поступка ће сходно ставу 2 истог члана поучити праву држаоца стана или других просторија, односно лице које требе претрести, да има право да ангажује адвоката који може присуствовати претресању. У случају да држалац, односно лице над којим

20 Г. Илић, *et al.*, *op. cit.*, 422.

21 У пресуди ЕСЉП „*Imakayev v. Russia*“ од 09.11.2006. године, суд је нашао да судски налог за претрес није био стављен на увид подносиоцу представке током претресања, као и да нису дати на увид детаљи у вези са предметима који су тражени, већ је утврђено да изгледа никакав налог није ни био издат, па је стога закључено да мере претресања и привременог одузимања предмета су спроведене без потребних одобрења или заштитних мера, па је постојала повреда члана 8. Конвенције, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-77932%22%5D%7D>, 24.03.2024.

се има предузети претресање захтева присуство адвоката, почетак претресања ће се одложити до његовог доласка, а најдуже за три часа. Оно што је врло интересантно, то је да, за разлику од претходно наведена два објекта претресања, орган поступка нема обавезу да наредбу о претресању уређаја за аутоматску обраду података и опреме на којој се чувају или се могу чувати електронски записи преда држаоцу тог уређаја, нити има обавезу да га позове да добровољно преда тражене доказе, нити обавезу да га упозна са правом да адвокат присуствује претресању, нити уопште има обавезу да га обавести о датуму и месту претресања.²² Сматрамо да је ово законско решење прилично дискутабилно, како са становишта права на одбрану регулисаних ЗКП, то свакако и са становишта људских права прокламованих Конвенцијом и установљених праксом ЕСЉП. Неспорно је да присуство сведока и овој врсти претресања даје извесну гаранцију кредибилитета овог доказа, но, не видимо неки ваљан разлог због чега је законодавац просто онемогућио окривљеном и браниоцу да присуствују овој доказној радњи. Сматрамо да би се том могућношћу у будућности додатно допринело јачању поверења у кредибилитет доказа па самим тим и поверење у цео поступак.

У начелу, претресање се у пракси најчешће предузима на горе наведени начин. Међутим, законодавац је чланом 156 став 3 ЗКП у извесним случајевима предвидео и неке изузетке. Наиме, у случају да се претпоставља оружани отпор или друга врста насиља, или ако се очигледно припрема или је отпочело уништавање трагова кривичног дела или предмета важних за поступак, али и у случају да је држалац стана и других просторија недоступан, то ће се претресању приступити и без претходне предаје наредбе, односно позива за добровољном предајом доказа, и без претходне поуке о праву на адвоката.

У сваком случају, орган поступка је сходно ставу 4 истог члана у обавези да позове држаоца стана или других просторија да он, или у случају његове одсутности, неко од пунолетних чланова његовог домаћинства, присуствује претресу. Ради се о уставном праву који јемчи држаоцу да може уз присуство два сведока, било сам или преко свог заступника, да присуствује претресању.²³

На сличан начин је у ставу 5 регулисано претресање војних објеката, просторија државних органа, предузећа или других правних лица, те у ставу 6 претресање адвокатске канцеларије или стана у којем адвокат живи. У првом случају ће се позвати да присуствује руководилац или лице које он одреди, односно одговорно лице, а у другом случају ће се позвати адвокат којег одреди председник адвокатске надлежне коморе. Разлика се огледа

22 У пресуди Врховног касационог суда Кзз бр. 1102/2021 од 10.11.2021. године, суд је нашао да су неосновани наводи захтева за заштиту законитости браниоца окривљеног да претресање рачунара представља незаконит доказ, јер окривљени и бранилац нису обавештени, већ су претресању присуствовали професионални сведоци. *Билџен Вишеј суда у Београду*, број 94/2023, Интермекс, Београд, 2023.

23 М. Пајванчић, *Коменџар Устџава Рејублике Србије*, Фондација Конрад Аденауер, Београд, 2009, 30.

4. ТОК ПРЕТРЕСАЊА

Претходно је истакнуто да је претресање задирање у приватни и породични живот, па је тако законодавац између осталог, а у циљу остваривања зајемчених права, у члану 157 ЗКП прописао и нека правила о самом току претресања. Пре свега, прописано је у ставу 1 да се претресању приступа обазриво, односно уз поштовање достојанства личности и права на интимност али и без непотребног ремећења кућног реда. Такође, прописано је да се у начелу претресање врши дању, а само изузетно и ноћу, односно између 22 и 6 часова, и то у ситуацији ако је започето дању а није завршено, или је то у наредби за претресање наређено. У пракси се неретко дешавају ситуације када се има предузети претресање просторија, намештаја или других ствари које су закључане. Оне се могу отворити силом само у случају да није присутан њихов држалац, или је присутан а неће добровољно да их отвори, или у случају његове одсутности то такође одбију и пунолетни чланови домаћинства. У сваком случају, отварању треба приступити са посебном обазривошћу како не би дошло до непотребног оштећења или евентуално ремећења кућног реда и мира.

Као што је речено, претресању присуствују два пунолетна сведока, па се поставља као спорно питање у чему се огледа то њихово присуство. Тачније да ли сведоци имају обавезу да све време заједно са органом претресања иду из једне у другу просторију и прате ток претресања, или евентуално, што је чест случај, полицијски службеници поделе међусобно просторије у којима се врши претрес, па из техничких разлога сведоци нису све време присутни у свим просторијама у којима се врши претресање. Иако се ради о техничком делу претресања, ту сматрамо да ипак у циљу гаранције квалитета претресања, уколико је то могуће, сведоци морају детаљно пратити ток претресања и најмање један од њих, у сваком тренутку мора бити уз службено лице које врши претресање. Уколико се евентуално оспори кредибилитет таквог претресања, мишљења смо да се у том случају може радити само о релативној повреди поступка која ће се ценити у свакој конкретној ситуацији.

Када се врши претресање уређаја за аутоматску обраду податак и опреме на којој су чувају електронски записи, држалац предмета или пунолетни члан домаћинства, осим окривљеног, дужан је да омогући приступ и да пружи обавештења потребна за њихову употребу, изузев ако се ради о лицу које је сходно члану 93, 94 и 95 став 2 ЗКП искључено или је ослобођено од сведочења. Детаљније о овој врсти претресања ће се говорити у посебном одељку.

лице у затвору, да се скине го и остане без одеће у присуству жене, службенице затвора, а затим додиривање његових полних органа и хране голим рукама, показало је јасан недостатак поштовања према лицу над којим се врши претрес, и самим тим умањило његово достојанство, чиме је прекршен члан 3 Конвенције, https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-59608&file_name=CASE%20OF%20VALASINAS%20v.%20LITHUANIA.docx&logEvent=False, 27.03.2024.

Као што смо истакли, претресање као доказна радња подразумева испуњење одређених формалности, а међу најзначајнијима је свакако сачињавање записника о претресању. Наиме, чланом 157 у ставу 4 је прописано да ће се о сваком претресању сачинити записник у коме ће се јасно описати предмети и исправе који се одузимају, место на коме су пронађени, а посебно ће се образложити због чега се претресање врши ноћу. У случају да неко од присутних лица има било какве примедбе, то ће се обавезно унети у записник. Записник о претресању потписују присутна лица, а у случају да лице одбије да потпише записник, то ће се посебно навести.²⁸ Циљ претресања је проналажење трагова кривичног дела или предмета важних за кривични поступка, па ће се у случају проналаска обавезно сачинити потврда о одузимању предмета или исправа и примерак потврде ће се издати лицу код кога су одузети.

Ток претресања се може тонски и оптички снимати, док се предмети који су пронађени током претресања могу посебно фотографисати. Дакле, ради се о уопштено датој могућности, с тим што је законодавац у ставу 5 истог члана, направио два изузетка и то у случају када се претресање врши без присуства сведока као и када се претреса адвокатска канцеларија без присуства представника адвокатске коморе, па је тада обавезао органа поступка да ток претресања снима и фотографише. У сваком случају, израђени снимци и фотографије ће се приложити сачињеном записнику.

5. ПРЕТРЕСАЊЕ СТАНА И ДРУГИХ ПРОСТОРИЈА

Говорећи о врстама претресања, рекли смо да према објекту претресања треба разликовати: а) претресање стана и других просторија, б) претресање лица и в) претресање уређаја за аутоматску обраду података и опреме на којој се чувају или се могу чувати електронски записи.

Претресање стана и других просторија свакако представља најчешћи вид претресања у пракси. Да бисмо боље разумели ову врсту претресања, треба пре свега указати на то шта се сматра све станом а шта под другим просторијама.

Претходни Закон о становању је у члану 3 регулисао појам стана као једну или више просторија намењених и подобних за становање, које, по правилу чине једну грађевинску целину и имају засебан улаз. Постојећи Закон о становању и одржавању зграда у члану 3 на нешто другачији начин

28 У пресуди ЕСЉП „*L M v. Italy*“ од дана 08.02.2005. године, суд је нашао да је приликом претреса стана подносиоца представке дошло до кршења члана 8 Конвенције, обзиром да након предузетог претреса, чак иако нису пронађени предмети кривичног дела, орган поступка, тачније припадници полиције нису оверили записник о претресању, па сам тим је изостала и могућност контроле државног тужилаштва над радом полиције приликом претресања, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-68190%22%5D%7D>, 28.03.2024.

дефинише појам стана, и то као посебан део зграде који чини функционалну целину, састоји се од једне или више просторија намењених за становање и по правилу има засебан улаз.²⁹ У сваком случају, у кривичноправном смислу, под станом се сматра свака просторија у којој се, трајно или привремено, стално или повремено борави или може да се борави.³⁰ Појам стана се у том смислу може поистоветити са појмом дома који појам се користи пред ЕСЉП.^{31 32} Треба напоменути да неки аутори сматрају да се под појмом дома подразумева место где лице живи, где се настанило и под тим појмом се може подразумевати и више станова-кућа, као и викендица или други привремени смештај.³³

Друге просторије могу бити било који простор унутар грађевине, који је најчешће одвојен зидом и вратима, а између осталог ту спадају канцеларије, собе за састанке, хотелске собе, болничке собе, чекаонице, учионице, клупски простор, али и вагони, бродови и тако даље.³⁴ Међутим, треба напоменути да се у пракси неретко дешава да се претресају и места која не спадају нити у стан нити у друге просторије. Па тако неки теоретичари сматрају да се претресање дворишта, моторних и запрежних возила, стогова сена, гомиле ђубрета или скупљене летине на њиви не претреса уз услове који важе за претресање, већ по правилима која важе за увиђај, образлажући свој став да је уставом загарантована неповредивост само стана.³⁵ Иако се делимично можемо сложити са горе наведеним, ипак, мишљења смо да претресању моторних али и других возила треба приступити уз претходно наведена правила о претресању. Сматрамо да за тим има више разлога. Пре свега, чињеница је да конструкције савремених возила поседују бројне

29 Закон о становању је престао да важи и замењен је Законом о становању и одржавању зграда, *Службени гласник РС*, 04/2006, 9/2020, 9/2022, (Решење Уставног суда).

30 М. Грубач, *op. cit.*, 374.

31 У пресуди ЕСЉП „*Prokopovich v. Russia*“ од дана 18.02.2005. године, суд је нашао да је „дом“ аутономан концепт који не зависи од класификације према домаћем закону, те да ли одређено становање представља „дом“ који је под заштитом члана 8 Конвенције, зависи од чињеничних околности, односно постојања довољних и непрекидних веза лица са одређеним местима, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-67538%22>}, 01.04.2024.

32 У пресуди ЕСЉП „*Connors v. United Kingdom*“ од дана 27.08.2004. године, суд је заузео став да се и ромски каравани могу сматрати домом, пре свега због чињенице да је живот Рома у караванима интегрални део ентитског идентитета Рома који се огледа у дугој традицији путујућег стила њиховог живота. Суд је посебно истакао да је обавеза државе да приликом доношења одлука која се тичу права Рома увек додатно морају на уму имати специфичности њиховог стила живота. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-61795%22>}, 01.04.2024.

33 Т. Шурлан, „Међународноправна заштита права на приватност“, *Српска правна мисао – Часопис за правну теорију и праксу*, 2014, 60.

34 Г. Илић, *at al.*, *op. cit.*, 415.

35 М. Грубач, *op. cit.*, 374.

затворене просторе које је некада неопходно отворити силом, а нека возила поседују и посебно изграђене просторе за скривање окривљених, трагова кривичног дела и предмета важних за поступак, па захтевају већу гаранцију законитости поступка. Такође, треба истаћи и то да данас возила често представљају део нераскидиве везе са држаоцем, па сматрамо да би у циљу заштите права на приватност, претресању тих „простора“ требало приступити уз поштовање правила која важе као за претресање и других просторија. У прилог овом тумачењу иде и одредба члана 97 став 9 Закона о полицији³⁶ у којој је између осталог прописано да ако је вероватно да лице има у саобраћајном средству предмете који могу послужити као доказ у кривичном поступку, полицијски службеник овлашћен је да задржи лице до прибављања наредбе за претресање, а најдуже шест часова. Дакле, и овом одредбом се посредно указује да претресању саобраћајног средства, односно возила треба приступити по добијању наредбе за претресање.

Правила која се односе на претпоставке и ток претресања о којима смо говорили у претходним одељцима се односе уопштено на претресање стана и других просторија на основу наредбе суда, тако да ћемо у наредним редовима посебно о претресању стана и других просторија без наредбе суда. С тим што је овде потребно нагласити и то да уколико је извршено претресање, а нису испуњени законски услови за претресање стана и других просторија на основу наредбе суда, претресање ће бити законито уколико се утврди да су том приликом евентуално били испуњени услови за претресање без наредбе суда.

5.1. Претресање без наредбе суда

Претресање стана и других просторија без наредбе суда и без присуства сведока је само изузетак и то под одређеним условима. Наиме, чланом 158 у ставу 1 ЗКП је прописано да јавни тужилац или овлашћена службена лица могу само изузетно ући у стан и друге просторије и предузети претресање без наредбе суда и без присуства сведока ако: 1) постоји сагласност држаоца стана и других просторија; 2) ако неко зове у помоћ; 3) радо непосредно хапшења учиниоца кривичног дела; 4) ради извршења одлуке суда о притварању или довођењу окривљеног; и 5) ради отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе или имовину.

Што се тиче сагласности држаоца стана и других просторија, ту пре свега треба истаћи да се захтева изричита сагласност која уједно подразумева и то да је лице које даје ту сагласност претходно упознато да се ради о мери која се не може предузети против његове воље. Наиме, потребно је да се на записнику о претресању стана парафира од стране држаоца део обрасца који се односи на изричиту сагласност, и то након упозорења да се та радња у датим околностима не може предузети без изричите воље.

36 Закон о полицији, Службени гласник РС, 6/2006,24/2018 и 87/2018.

Чињеница да је држалац стана потписао на крају записник о претресању стана, сама по себи не указује на то да је дата изричита сагласност за претресање.³⁷ Изричита сагласност подразумева јасно изјашњење држаоца стана да даје ту сагласност и никако се само добровољно отварање врата држаоца стана не може сматрати прећутном сагласношћу за ову врсту претресања.³⁸ У пракси се може поставити питање ко се све сматра држаоцем стана, тако да је по том питању заузет став да се под држаоцем стана има сматрати свако лице које у њему станује.³⁹ Овај став је заузет позивајући се на члан 70 Закона о основама својинскоправним односа⁴⁰ који предвиђа да државину ствари има свако лице које непосредно врши фактички власт на ствари, те да државину ствари може имати више лица.

Позивање у помоћ такође представља један од основа за предузимање претресања без наредбе суда. Оно што је битно истаћи, то је да за разлику о држаоца стана и других просторија, позив у помоћ може доћи од било којег лица. Ово право се црпи из концепта позитивне обавезе државе да створи услове за ефективно вршење основних људских права зајемчених Конвенцијом.⁴¹

Претресање стана и других просторија је могуће предузети и у случају непосредног хапшења учиниоца кривичног дела. Чињеница да је законодавац прецизирао да се мора радити о непосредном хапшењу, управо указује на то да се мора радити о ситуацијама којима се остварује легитимни циљ предузимања претресања, односно да постојати сразмерност и нужност која је била неопходна за хапшење. О тој сразмерности и нужности смо говорили кроз одговарајуће примере праксе ЕСЉП. На пример, неће постојати овај основ претресања уколико се претходно ухапси учинилац кривичног дела на улици или неком другом месту ван стана, а након тога се евентуално предузме претресање стана и других просторија са позивом да се исто врши ради непосредног хапшења. Такође, неће се испунити услови за законито претресање по овом основу ни уколико се учинилац кривичног дела претходно добровољно преда.

До претресања стана и других просторија без наредбе суда може доћи и ради извршења судске одлуке о притварању или довођењу окривљеног. Ради се о основу који се односи на решавање евентуалних проблема у

37 Решење Апелационог суда у Београду Кж2.бр.103/21 од 14.01.2021. године и решење Вишег суда у Београду К.бр.397/20 од 25.12.2020. године, *Билџен Вишеї суда у Београду*, број 93/2022, Интермекс, Београд, 2022.

38 Решење Апелационог суда у Београду Кж2.бр.1258/22 од 20.06.2022. године и решење Вишег суда у Београду К.бр.136/21 Кв.бр.961/22 од 26.05.2022. године, *Билџен Вишеї суда у Београду*, број 93/2022, Интермекс, Београд, 2022.

39 Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1.бр.511/20 од 02.09.2020. године и пресуда Вишег суда у Београду К.бр.51/17 од 27.02.2020. године, *Билџен Вишеї суда у Београду*, број 91/2020, Интермекс, Београд, 2020.

40 Закон о основама својинскоправних односа, *Службени Листї СФРЈ*, бр. 6/80, 36/90, *Службени листї СРЈ* бр. 29/96 и *Службени іласник РС*, бр. 115/2005 – др. закон.

41 Г. Илић, *et al.*, *op. cit.*, 431.

реализацији, односно спровођењу решења о одређивању притвора и наредби за довођење окривљеног. И код овог основа, као и код претходног, посебно се има водити рачуна да се не поступа несразмерно легитимном циљу, односно да се претресању не приступи уколико оно није нужно. У сваком случају, без обзира што и јавни тужилац може издати наредбу за довођење окривљеног, јасно је да се овде ради искључиво о одлуци суда.

На крају, као последњи основ за претресање стана и других просторија без наредбе суда наводи се да се претресање може предузети и ради отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе или имовину. Ради се, с једне стране, о веома широко постављеном основу, а с друге стране о основу који се у пракси ретко може остварити. Наиме, уколико за услов претресања узмемо начела сразмерности и нужности дефинисана праксом ЕСЉП, није лако замислити ситуацију да се претресање стана и других просторија врши ради отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе или имовину. Животно је логично да се најпре отклони, односно спречи непосредна и озбиљна опасност за људе и имовину, па да се тек након тога предузму радње проналаска окривљеног, трагова кривичног дела или предмета важних за поступак. Међутим, као типичан пример овог основа претресања, ипак можемо навести ситуацију када је дошло до пријаве да је у некој згради, кући, школи или другом простору постављена експлозивна направа, па је у тим ситуацијама, из разлога хитности неопходно приступити претресању, односно материјалном истраживању тих објеката ради проналаска те експлозивне направе.

У случају да се након уласка утврди да није нужно предузети претресање (утврдило се да није неопходна помоћ, односно да је позив у помоћ била лажна, или се лице које се потраживало добровољно предало и слично) па се због тога ипак не предузме претресање, то ће се држаоцу стана издати потврда о разлозима улажења и унеће се његове евентуалне примедбе. У супротном, ако дође до претресања, то ће се обавезно сачинити записник о претресању и разлозима уласка у стан или друге просторије ради претресања.

Уколико јавни тужилац или овлашћена службена лица полиције предузму претресање стана и других просторија без наредбе суда, дужна су да, сходно члану 160 ЗКП, о томе одмах поднесу извештај судији за претходни поступак који цени да ли су били испуњени услови за претресање. Оно што се може јавити спорним, то је шта је законодавац мислио под временском одредницом одмах, односно да ли то значи да се извештај има поднети непосредно након претресања, или нешто касније, евентуално наредног дана. У том смислу постоји схватање да се има сматрати правилним и уколико је судија за претходни поступак обавештен усмено телефоном а писани извештај му је достављен наредног дана.⁴² Ова судска, накнадна контрола претресања, подразумева то да судија за претходни поступак по добијању извештаја цени да ли су у сваком конкретном случају били испуњени услови

42 Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1.бр.867/19 од 30.09.2019. године и Пресуда Вишег суда у Београду К.бр.69/18 од 03.07.2019. године, *Билтен Вишег суда у Београду*, број 91/2020, Интермекс, Београд, 2020.

за претресање без наредбе суда. О томе сачињава службену белешку, која у случају да нису били испуњени услови за претресање у даљем току поступка може бити основ за утврђивање незаконитости доказа и идзвајања тог доказа из списка.

6. ПРЕТРЕСАЊЕ ЛИЦА

Као што смо у претходним редовима у више наврата навели, ако постоји вероватноћа да ће се претресањем пронаћи трагови кривичног дела или предмети важни за поступак, предмет претресања може бити и лице.

Том приликом се може предузети материјално истраживање на његовом телу и у телу, као и на ономе што лице носи на себи или има код себе. Дакле, претресање лица обухвата и спољашњи и унутрашњи преглед тела са употребом медицинских и других средстава, која нису штетна по здравље, или се не противе разлозима морала.⁴³

Правила која се односе на претпоставке и ток претресања а о којима смо већ говорили уопштено се односе и на претресање лица, с тим што се једно правило експлицитно односи на претресање лица а тиче се родне идентичности активног и пасивног актера претресања. Као што смо рекли, када се спроводи претресање лица, сведоци и лице које спроводи претресање морају бити лица истог пола као и лице које се претреса. Дакле, ту се, као што смо већ кроз примере судске праксе ЕСЉП говорили, посебно мора водити рачуна о поштовању достојанства лица над којим се врши претрес. Обзиром да се ради о осетљивој врсти претресања, код технике ове врсте претресања постоје и нека уопштена правила претресања. Наиме, лице се обавезно претреса приликом лишавања слободе и извршења решења о спровођењу, пре свега ради проналаска оружја или оруђа за напад, а такође и да би се пронашли предмети важни за кривични поступак и предупредило да лице те предмет одбаци или уништи. Такође, као једно од правила је да претресању једног лица врше два овлашћена лица, и то тако што једно лице осматра претресаног а друго врши претресање.⁴⁴

6.1. Претресање без наредбе суда

Поштујући одредбу члана 40 став 3 Устава РС који јемчи да се само изузетно, када је то неопходно ради непосредног лишења слободе учиниоца кривичног дела или отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе или имовину, претресање може обавити и без наредбе суда, то је ЗКП прописао да се и претресање лица може само изузетно обавити без наредбе суда.

43 Т. Васиљевић, М. Грубач, *op. cit.*, 163.

44 М. Шкулић, *Криминалистика*, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, 2022, 164.

У том смислу је у члану 159 ЗКП прописано да овлашћена службена лица полиције могу без наредбе суда и без присуства два сведока предузети претресање лица приликом лишења слободе или приликом извршења наредбе за довођење, уколико постоји сумња да то лице поседује оружје или оруђе за напад, или ако постоји сумња да ће одбацити, сакрити или уништити предмете које треба од њега одузети као доказ у поступку. Дакле, постоје две процесне ситуације, и то прва, која се односи на ситуацију када се лишава слободе неко лице, и друга када се извршава наредба за довођење. Уопштено, под лишењем слободе у кривичноправном смислу сходно члану 2, став 1, тачка 23 ЗКП подразумевамо свако хапшење, задржавање, забрану напуштања стана, притвор и боравак у установи који се у смислу закона урачунава у притвор. Међутим, овде се пре свега мисли на полицијско хапшење и задржавање осумњиченог.⁴⁵ Што се тиче наредбе за довођење, треба посебно истаћи да законодавац ради регулисања процесне дисциплине даје овлашћења и за довођење других учесника у поступку, и то пре свега сведока и стручног саветника, па се има сматрати да се и над тим лицима може спровести радња претресања уколико буду испуњени горе наведени услови. За разлику од одредби које се односе на претресање стана и других просторија, где и јавни тужилац може предузети само претресање, то је законодавац овде експлицитан и наводи да само овлашћена службена лица полиције могу предузети ову врсту претресања. Но, за разлику где код претресања стана и других просторија без наредбе суда мора постојати одлука суда о притварању или довођењу окривљеног, претресање лица се уз претходно наведне услове може предузети и након наредбе јавног тужиоца за довођење.

У сваком случају, као и код претресање стана и других просторија без наредбе суда и код претресање лица без наредбе суда, овлашћена службена лица полиције су обавезна одмах поднети извештај судији за претходни поступак, који такође цени да ли су били испуњени услови за претресање без наредбе.

7. ПРЕТРЕСАЊЕ УРЕЂАЈА ЗА АУТОМАТСКУ ОБРАДУ ПОДАТАКА И ОПРЕМЕ НА КОЈОЈ СЕ ЧУВАЈУ ИЛИ СЕ МОГУ ЧУВАТИ ЕЛЕКТРОНСКИ ЗАПИСИ

Уређаји за аутоматску обраду података и опрема на којој се чувају електронски записи, услед њихове свеprisутности, могу служити као средство за извршење кривичног дела али све чешће и извор сазнања о извршеном кривичном делу. У судској пракси данас готово да не постоји предмет у којем се не појави потреба за претресањем тих уређаја и опреме у циљу проналаска трагова кривичног дела или других предмета важних за кривични поступак. Неспорно је да постоје бројни начини на основу којих се

45 Г. Илић, *et al.*, *op. cit.*, 433.

може доћи до тих доказа, међутим да би тај доказ добио валидност и доказни значај у поступку, то је неопходно да се његово прикупљање, обрада и анализа обави на законит начин.

Претресање уређаја за аутоматску обрада података и опреме на којој се чувају или се могу чувати електронски записи представља врсту претресања која је предвиђена чланом 152 ставом 3 ЗКП и може се искључиво предузети на основу наредбе суда. Ово произилази из чињенице да законодавац није као у случају претресања стана и других просторија и претресања лица прописао изузетке да се претресање може обавити и без наредбе суда. Поред овог формалног услова, односно постојања наредбе суда, и код ове врсте претресања неопходно је да се испуни материјални услов, односно да постоји вероватноћа да ће се претресањем пронаћи трагови кривичног дела или предмети важни за поступак. У погледу садржаја наредбе, претпоставки и тока поступка, сходно се примењују правила о којима смо у претходном делу рада говорили. Такође, временско ограничење наредбе за претресање у трајању од осам дана се односи и на ову врсту претресања, те уколико се претресање не започне у том року, мора се прибавити нова наредба.⁴⁶

Претресање се предузима од стране органа поступка, а по потреби и уз помоћ стручног лица. Због чињенице да се ради о прилично захтевној врсти претресања, готово увек се предузима уз помоћ стручног лица, а често и у одговарајућој установи. Обзиром да се ради о врсти претресања где се предмет претресања сходно члану 147 ЗКП неретко мора привремено одузети од држаоца, то постоји могућност да се претресање предузме пре, али и након привременог одузимања уређаја и опреме. У ставу 3 овог члана је изричито наведено да у те предмете спадају и уређаји за аутоматску обраду података и уређаји и опрема на којој се чувају или се могу чувати електронски записи.

Претресање уређаја за аутоматску обраду података и опреме на којој се чувају или се могу чувати електронски записи на први поглед делује просто и постојећим правилима јасно дефинисано, међутим, сведоци смо да се у судској пракси у последње време јављају бројни проблеми и изазови, па ћемо у наредним редовима покушати да их сублимирамо и евентуално дамо неке *de lege ferenda* предлоге.

Пре свега треба подсетити на разлике између увиђаја и претресања, и указати на њихову међусобну повезаност. Наиме, законодавац је предвидео и увиђај ствари као радњу прикупљања доказа, али ову радњу треба разликовати од претресања уређаја и опреме, јер увиђај представља непосредно опажање ради утврђивања неке чињенице и свакако је знатно блажи облик задирања у људска права, од претресања уређаја и опреме којом доказном радњом се знатно више задире у основна људска права и слободе. Увиђај често претходи претресању. Приликом увиђаја посебно треба водити рачуна

46 Одговор на спорно правно питање дат на седници Кривичног одељења Врховног касационог суда од 27.10.2014. године, *Билтен Врховној касационој суда*, број 1/2015, Интермекс, Београд, 2015.

да гашењем, односно „чупањем“ из напонских инсталација уређаја и опреме коју треба претрести, не дође до брисања, измене или другог начина неповратног губитка ових података. Ту треба разликовати несталне и сталне податке, односно оне податке који се налазе у радној меморији и губе се након искључивања рачунара, и сталне који су ускладиштени на меморијском медијуму. Како би се избегли ови проблеми, односно савладали ови изазови, претресање уређаја и опреме ће се предузети о стране стручног лица и то у форензичкој лабораторији, ако је предмет привремено одузет, или на лицу места уколико је уређај који треба претресати затечен укључен.⁴⁷ Код овог другог случаја се могу јавити други проблеми. Наиме, овој врсти претресања је неопходно приступити тек по добијању наредбе суда и обезбеђења два пунолетна сведока, па се поставља питање колико је технички изводљиво обезбедити затечене предмете и чекати извесно време да се од суда добије одговарајућа наредба и обезбеде сведоци. Можда би се у неким будућим изменама закона могла предвидети могућност да орган поступка може само у изузетним околностима, предузети претрес и без наредбе, уз обавезну помоћ стручног лица, а установити обавезно обезбеђивање трагова приликом вршења увиђаја на начин да се испоштују права окривљеног и других лица.⁴⁸

У сваком случају, пре него што се приступи овој врсти претресања неопходно је обезбедити предмет претресања. Лице које држи предмете сходно члану 148 ЗКП дужно је да омогући органу поступка приступ предметима, као и да пружи обавештења неопходна за њихову употребу и да их преда на захтев органа. Посебно је прописано и то да лице које одбије да омогући приступ предметима, да пружи обавештења потребна за њихову употребу или да их преда, јавни тужилац или суд га може новчано казнити износом до 150.000 динара, а ако и након тога то одбије, може га још једном казнити. Ово питање посебно долази до изражаја код оних уређаја и опреме, пре свега паметних телефона, који су заштићени шифром, односно којима се не може приступити без претходног откључавања. Јасно је да законодавац у члану 149 ЗКП прописао да су предаје предмета ослобођени окривљени као и лице које би тако повредило дужност чувања тајног податка или професионалне тајне, но да ли се под тиме подразумева и да су та лица уједно ослобођена пружања потребних обавештења за употребу предмета, односно откривања шифре. Језичким тумачењем ове одредбе произилази да осумњичени није дужан да преда уређај који се има привремено одузети, али је дужан да омогући приступ уређају и пружи обавештења за његову употребу, на пример да открије лозинку, у супротном се може чак и новчано

47 З. Ивановић, М. Жарковић, „Претресање уређаја за аутоматску обраду података и аутоматско рачунарско претраживање података“, *Криминалистичке теме, Часопис за криминалистику, криминологију и сигурносне студије*, 2019, 431–436.

48 М. М. Писарић, „Претресање рачунара ради проналаска електронских доказа“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, 1/2015, 234.

казнити.⁴⁹ Међутим, сматрамо ипак да је логичким тумачењем ове одредбе, а пре свега у складу са привилегијом од самооптуживања, окривљени ослобођен те обавезе.

Најчешће постављено као спорно питање у пракси се јавља питање разлике ове врсте претресања од доказне радње вештачења, а пре свега да ли у фази истраге судија за претходни поступак издаје наредбу за претресање или тужилаштво може да изда наредбу за вештачење, или се ради о истоме. Треба истаћи да је неспорно да се мобилни телефони сматрају уређајима за аутоматску обраду података, с тим што постоји општеприхваћен став судске праксе да у тим ситуацијама може судија да изда наредбу за претресање тих телефона, а уколико се поступак налази у фази истраге, то у том случају јавни тужилац може да изда наредбу за вештачење.⁵⁰ Слично мишљење заузето је и приликом одбијања захтева за заштиту законитости када је наведено да код „сложених“ ситуација по предлогу јавног тужиоца суд треба да донесе наредбу за претресање мобилних телефона, а код „мање сложених“ ситуација јавни тужилац уместо претреса може донети наредбу за вештачење мобилног телефона.⁵¹ Међутим, наше мишљење је да су обе ове одлуке, баш као и судска пракса која се заснива на њима, погрешне, односно у супротности за одредбом члана 152 став 3 ЗКП. Наиме, пре свега треба рећи да вештачење и претресање нису у погледу циља који се њима остварује исте доказне радње, а посебно треба истаћи да не пружају исти ниво заштите права окривљеног.⁵² Док се под вештачењем подразумева утврђивање или оцена неке чињенице у поступку у којем је потребно неко стручно знање, то се претресање предузима ако се жели пронаћи трагови кривичног дела или предмети важни за поступак, и по потреби уз помоћ стручног лица. Дакле, претресање уређаја за аутоматску обраду података и опреме на којој се чувају или се могу чувати електронски записи је строго формалне природе, уз обавезно испуњење одређених процесних претпоставки, између осталог, доношење наредбе од стране суда као контролора законитости и обавезно присуство два сведока. Сматрамо да се увек у ситуацијама када се појави потреба за утврђивањем било којег садржаја из уређаја за аутоматску обраду података и опреме на којој се чувају електронски записи мора донети наредба од стране суда за такво претресање. Након тога, ако се пронађу одређени трагови кривичног дела или предмети важни за поступак, те тек уколико орган поступка није довољно стручан да утврди

49 М. М. Писарић, „Прикупљање електронских доказа из мобилног телефона у пракси Врховног касационог суда Републике Србије“, *Криминалистичка теорија и пракса*, 2/2020, 42.

50 Текст одговора утврђен на седници Кривичног одељења Врховног касационог суда од 04.04.2014. године, *Билтен Врховној касационој суду*, број 1/2015, Интермекс Београд, 2015.

51 Пресуда Врховног касационог суда Кзз.бр.138/2023 од 28.02.2023.године, <https://vrh.sud.rs/sr-lat/kzz-1382023-nezakonit-dokaz>, 10.04.2024.

52 М. М. Писарић, *op. cit.*, 47.

или оцени неке чињенице из тих трагова или предмета, тада се може издати посебна наредба за вештачењем. Да би се боље разјаснило ово спорно питање, треба направити паралелу са претресањем стана и других просторија у којима се на пример пронађе супстанца за коју се сумња да се ради о опојној дроги, оружје или неко оруђе, након чега се ти предмети привремено одузму, а тек након тога, због потребе утврђивања или оцене чињеница, донесе се наредба за вештачење са задатком вештачења да се утврди да ли та супстанца представља опојну дрогу, или рецимо да ли то оружје представља ватрено оружје, да ли је функционално исправно и слично. Дакле, док је претресање уређаја и опреме увек неопходно ради законитог прикупљања доказа, то у зависности од сложености прикупљеног садржаја, некада неће ни бити потребно вештачење, односно, посебно стручно знање за давање мишљења о том садржају (орган поступка након тако прикупљеног садржаја често може сам анализирати пронађене поруке, фотографије, снимке и слично). Уосталом, поставља се питање колико вештак информационих технологија, који према постојећем ставу судске праксе вештачи уређаје и опрему, има стручна знања да вештачи поруке, слике, снимке и остали садржај. Будући да ће се сви сложити да та лица нису стручна за таква вештачења, то се управо даје одговор на спорно питање, да они у ствари и не вештаче наведене уређаје и опрему, већ врше њихов класичан претрес, но, ипак, мишљења смо на незаконит начин.

На крају, као још једно спорно питање поставља се и то да ли приликом претресања, морају бити присутни сведоци, те обзиром да често та претресања знају да трају прилично дуго, често и по неколико сати, да ли би у току претресања могло да дође до замене сведока. Имајући у виду да присуство сведока представља општу претпоставку за претресање, која се односи и на ову врсту претресања, то је јасно да током трајања претресања морају да буду присутни сведоци, да све време прате ток претресања, евентуално запишу одређене примедбе и да на крају потпишу записник о претресању. Законодавац, без обзира на дужину трајања претресања, није предвидео замену сведока. Неспорно је да обезбеђивање сведока у дужем трајању представља посебно отежавајућу околност код претресања, па би можда законодавац у неким следећим изменама закона могао да то присуство евентуално замени обавезним непрекидним евидентирањем свих активности органа поступка током претресања, пре свега кроз непрекидно аудио-визуелно снимање претресања и слично. На тај начин би се још додатно повећала сигурност у кредибилитет самог претресања, а спречиле би се и одређене сумње у веродостојност садржаја.

8. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Рекли смо да право појединца на поштовање приватног живота представља једно од основних гарантованих права и огледа се у његовој константној жели и потреби да живи заштићен од других, па и од саме државе.

Међутим, истакли смо то право није у потпуности неограничено. Интереси друштва, конкретно, интереси кривичног поступка често захтевају примену одређених мера ради прибављања доказа, којим се ограничавају личне слободе појединаца. Неспорно је да постоје бројни начини на основу којих се може доћи до тих доказа, међутим да би тај доказ добио валидност и доказни значај у поступку, то је неопходно да се његово прикупљање, обрада и анализа обави на законит начин. У том смислу је неопходно и да претресање као доказна радња буде предузета након испуњења законом прописаних процесних услова.

Истакнуто је да приликом предузимања ове доказне радње од стране органа поступка неретко може доћи и до прекорачења овлашћења, тако да увек треба посебно бити обазрив да се претресањем не задре у права појединаца више него што је неопходно и нужно, као и уколико није пропорционално легитимном циљу којем се тежи. У том смислу уместо закључка можемо навести да је циљ овог рада био да поред осврта на законске претпоставке претресања, укажемо на поједине одредбе и установљену домаћу судску праксу и упуту на могуће смернице у превазилажењу насталих нејасноћа, водећи при том рачуна о очувању и поштовању приватног и породичног живота као једног од основних људских права.

ЛИТЕРАТУРА

- Васиљевић Т., Грубач М., *Коментар Законика о кривичном процесу*, Службени гласник, Београд, 2002.
- Грубач М., *Кривично процесно право – Увод и општи део*, Службени гласник РС, Београд, 2004.
- Ивановић З., Жарковић М., „Претресање уређаја за аутоматску обраду података и аутоматско рачунарско претраживање података“, *Криминалистичке теме, Часопис за криминалистику, криминологију и сигурносне студије*, 2019.
- Илић Г. *et al.*, *Коментар Законика о кривичном процесу*, Службени гласник, Београд, 2014.
- Крапац И., „Незаконити докази у казненом поступку према пракси Европског суда за људска права“, *Зборник Правној факултету у Зајребу*, 3/2010.
- Миљуш И., Станковић Б., „Претресање и поступање са привремено одузетим предметима“, *Зборник радова Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу*, Златибор, 2017.
- Пајванчић М., *Коментар Устава Републике Србије*, Фондација Конрад Аденауер, Београд, 2009.
- Писарић М. М., „Претресање рачунара ради проналаска електронских доказа“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, 1/2015

- Писарић М. М., „Прикупљање електронских доказа из мобилног телефона у пракси Врховног касационог суда Републике Србије“, *Криминалистичка теорија и пракса*, 2/2020
- Симовић Д., Орловић С., *Коментар Устава Републике Србије са праксом Уставног суда Републике Србије и Европској суда за људска права*, Службени гласник РС, Београд, 2023.
- Ђоровић Е., „Претресање као доказна радња и њен однос са прегледом као оперативном радњом у кривичном процесном праву Србије“, *Унификација права и правна сигурност – Зборник радова Криминолошког факултета* (ур. С. Перовић), Београд, 1/2020.
- Шкулић М., *Кривично процесно право*, Службени гласник РС, Београд, 2014.
- Шкулић М., *Криминалистика*, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, 2022.
- Шурлан Т., „Међународноправна заштита права на приватност“, *Српска правна мисао – Часопис за правну теорију и праксу*, 2014.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

- Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ - Међународни уговори бр.9/2003, 5/2005, и 7/2005 и Службени гласник РС – Међународни уговори бр.12/2010 и 10/2015*
- Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС бр.72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 одлука УС и 62/2021 – одлука УС*
- Закон о становању и одржавању зграда, *Службени гласник РС, 04/2006, 9/2020, 9/2022*
- Закон о полицији, *Службени гласник РС, 6/2006, 24/2018 и 87/2018*
- Закон о основама својинскоправних односа, *Службени лист СФРЈ, бр.6/80, 36/90, Службени лист СРЈ бр.29/96 и Службени гласник РС, бр.115/2005 – др. закон*
- Устав Републике Србије, *Службени гласник РС бр.98/2006 и 115/2021*

СУДСКА ПРАКСА

- Билтен Вишег суда у Београду, број 94/2023, Интермекс, Београд, 2023.
- Билтен Вишег суда у Београду, број 93/2022, Интермекс, Београд, 2022.
- Билтен Вишег суда у Београду, број 91/2020, Интермекс, Београд, 2020.
- Билтен Врховног касационог суда, број 1/2015, Интермекс Београд, 2015.
- European Court of Human Rights, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>

*Adnan Baćićanin**

SEARCH AS AN EVIDENCE ACT AND THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN

Summary

The paper analyzes the evidentiary action of searches in criminal proceedings through international standards and domestic regulations, with a comparative review of the corresponding decisions of the European Court of Human Rights. At the same time, a brief comment was given on the types of searches, legal assumptions and the course of the search itself, with a critical review of certain provisions and established domestic judicial practice, which as such contributed to numerous ambiguities in undertaking this evidentiary action. Also, possible guidelines for overcoming those ambiguities were pointed out, while taking into account the preservation and respect of private and family life as one of the basic human rights.

Keywords: search, privacy, restriction, evidence.

* Public Prosecutor of the Higher Public Prosecutor's Office in Novi Pazar, adnan.bacicanin@yahoo.com