

ДОКАЗНИ ЗНАЧАЈ АМАТЕРСКИХ АУДИО И ВИДЕО ЗАПИСА

Душан Лазић*, демонстратор
Универзитет у Београду, Факултет безбедности
Ивана Радисављевић**, сарадник у настави
Универзитет у Београду, Правни факултет

* dusan.l297@gmail.com

** ivanaradisavljevic1@gmail.com

ДОКАЗНИ ЗНАЧАЈ АМАТЕРСКИХ¹ АУДИО И ВИДЕО ЗАПИСА

Сажетак: Заинтересованост за аудио и видео записе је значајно порасла са развојем технологије и Интернета. Како је садржина тих записа разноврсна, могуће је да се на њима нађе нека чињеница од значаја за доказивање. Из тих разлога актуелизовало се питање могућности коришћења аудио и видео записа у кривичном поступку, мимо предузимања посебних доказних радњи, тзв. „аматерски аудио и видео записа”. У вези са тим, јављају се бројни теоријско-практични проблеми: на који начин очувати законитост ових доказа, како их прибавити, али и како их извести на главном претресу, а посебно имајући у виду да се сачињавањем одређених врста аудио и видео записа мање или више задира у право на приватност њихових учесника, као и да њихово коришћење више није регулисано Законом о кривичном поступку. Циљ рада је да се укаже на услове под којим се аудио и видео записи могу користити као законит доказ, као и на који начин их законито прибавити и извести на главном претресу. Основна хипотеза овог рада је: Иако Законик о кривичном поступку не регулише аудио и видео записе као доказну радњу, сматрамо да их је, у великом броју случајева, допуштено користити као доказ.

Кључне речи: аудио, запис, видео, доказ, право на приватност.

Увод

Убрзани развој нових технологија последњих година омогућио је „лавину” аудио и видео записа² које сачињавају аматери. Записи се могу сачинити на различите начине, коришћењем мобилних телефона, рачунара, таблета, дигиталних фотоапарата и камера, итд., нај-

1 У овом раду, можда мимо уобичајеног значења тог израза, под појмом „аматерски аудио и видео записи” сматраћемо све записе који нису сачињени од стране полиције, Безбедносно-информативне агенције или Војнобезбедносне агенције приликом предузимања посебних доказних радњи регулисаних Законом о кривичном поступку. Неспорно је да записи сачињени применом посебних доказних радњи могу да се користе у кривичном поступку као доказ.

2 У даљем тексту термини запис и снимак биће коришћени као синоними.

чешће³, речју Законика о кривичном поступку⁴ (у даљем тексту: ЗКП) – уређајима за аутоматску обраду података. Поред тога, развој глобалне мреже Интернет и друштвених мрежа довео је до могућности дељења са другима аудио и видео записа, па се као посебан проблем у доказивању кривичних дела јавио проблем *cyber* простора као места где се потенцијално налазе спорни записи.

Основно питање које се поставља у вези са аматерским аудио и видео записима јесте њихов доказни значај у кривичном поступку, тачније да ли се аматерски аудио и видео записи могу користити као доказ у кривичном поступку, односно да ли ти записи представљају (не) законит доказ и да ли се на њима може заснивати одлука суда. У том смислу, поставља се питање да ли, примера ради, снимак полицијских камера, снимак који се налази у телефону оштећеног, а на коме се налази окривљени, снимак постављен на друштвену мрежу Facebook или Youtube, може служити као основ за доношење судске одлуке.

(Не)законити докази

Начело слободне оцене доказа, као једно од основних начела кривичног поступка, односно кривичног процесног права, допушта, тачније, намеће дужност суду да слободно цени доказну вредност сваког појединачног доказа. Упрокс томе, суд не може користити сваки извор сазнања као доказно средство (Васиљевић, Грубач, 2005: 51).

Чланом 16 ЗКП⁵ прописано је да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су, непосредно или посредно, сами по себи или

3 Могуће је да се овакви записи нађу и на уређајима који се не могу сматрати уређајима за аутоматску обраду података, као што јенпр. магнетофон.

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

5 На сличан начин су незаконити докази регулисани и у земљама у региону. На пример, у Републици Хрватској незаконити су докази: 1) прибављени кршењем Уставом, законом или међународним правом прописане забране мучења, нечовјечног или понижавајућег поступања; 2) који су прибављени повредом Уставом, законом или међународним правом зајемчених права одбране, права на углед и част, те права на неповредивост особног и обитељског живота (осим у поступку за теже облике казних дјела из надлежности жупанијског суда, код којих интерес казненог прогона и кажњавања починитеља претеже над повредом права, али се тада не може темељити искључиво на тим доказима); 3) који су прибављени повредом одредаба казненог поступка и који су изричито предвиђени овим Законом; 4) за које се сазнало из незаконитог доказа – „деривирани докази” (Кгарас, 1209); Закон о казненом поступку Републике Хрватске, „Народне новине” бр. 152/808, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14 и 70/17. Црногорским Законом о кривичном поступку прописано је да се судска одлука не може заснивати на доказима који су прибављени повредама људских права и основних слобода зајемчених Уставом или потврђеним међународним уговорима, или на доказима који су прибављени повредама одредаба кривичног поступка, као и другим доказима за које се из њих сазнало, нити се такви

према начину прибављања у супротности са Уставом, овим законом, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним уговорима, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа⁶.

Дакле, да би одређени доказ могао бити коришћен у кривичном поступку, он мора бити допуштен. Допуштеност одређеног доказа значи његову законитост, односно законитост његове употребе за утврђивање истине (Самарин, Стојанов, 139). Управо се вредност доказа у кривичном поступку за расветљавање и решење кривичне ствари заснива на њиховој законитости (Димитријевић, 194). Тако, примера ради, као доказ се не може користити: исказ сведока у вези са којим је сведок правноснажно осуђен за кривично дело Давање лажног исказа, или оно што су полицијски службеници чули док су држали телефон окривљеном када је разговарао са другим окривљеним без наредбе о тајном надзору комуникације (Пресуда Апелационог суда у Београду Кж-1 902/15 од 29.10.2015. године). Поред тога, питање временске димензије законитости цени се у време *прибављања* одређеног доказа, односно према процесном закону који је био на снази у време предузимања процесне радње (Пресуда Апелационог суда у Београду – Посебног одељења Кж1-По1. 21/10 од 18.11.2011. године и пресуда Окружног суда у Београду – Посебног одељења К-По1. 66/10 од 11.11.2009. године; наведено према Трешњев, 239).

Такође, одређени доказ може бити и делимично законит, када се издваја само његов део. Најчешће, реч је о исказима одређених кривичнопроцесних субјеката. У том смислу, део исказа полицијског службеника који се односи на садржину обавештења добијених од оштећених не може се користити као доказ у кривичном поступку (Пресуда Основног суда у Параћину 2К-425/10 од 22.06.2010. године и Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1.5212/10 од 26.11.2010. године).

ЗКП регулисао је начин поступања са незаконитим доказима. Поступање се састоји из три фазе: 1. издвајање из списка и стављање у посебан запечаћен омот; 2. чување код судије за претходни поступак; 3. уништавање по правноснажном окончању кривичног поступка. Ипак, ЗКП није регулисао поступање са делимично незаконитим до-

докази могу користити у поступку (Законик о кривичном поступку Црне Горе, „Службени лист Црне Горе” бр. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – одлука УС, 2/2015 – одлука УС, 35/2015, 58/2015 – др. закон и 28/2018 – одлука УС).

6 Шкулић наводи да је ЗКП прихватио доказну концепцију о „плодовима отровног дрвета” (*eng. Fruit of the poisonous tree doctrine*), (Шкулић, 2016: 189–192). За додатно о овој доктринивид. и Pitler, R. (1968). *The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shephardized*, 56(3) *California Law review*.

казима. Мишљења смо да такви докази треба да остану у списима, али да се, аналогно решењу за „потпуно” незаконите доказе, судска одлука не може заснивати на њима. Тако, примера ради, суд не би могао да издвоји CD са видео записом који садржи снимак окривљеног дан пре него што је започета примена посебних доказних радњи према њему, заједно са снимком који је настао применом посебних доказних радњи.

Судска одлука се не може заснивати на незаконитом доказу, а другачије поступање суда представљало би *релативно* битну повреду одредаба кривичног поступка. Наиме, незаконит доказ произвешће ефекат неваљаности пресуде само уколико се пресуда заснива на том доказу. С друге стране, уколико је очигледно да би, с обзиром на другу доказну грађу, и без тог доказа била донета иста пресуда (члан 438 став 2 тачка 1 ЗКП), суд правног лека одлуку неће укинути.

Из законске дефиниције недозвољеног доказа произилази да је незаконит доказ онај који је сам по себи (материјална компонента) или по начину прибављања (процесна компонента – *процесно погрешан* начин прибављања)⁷ у супротности са у члану 16 ЗКП наведеним правним актима. С обзиром да ће процесна питања правилног начина прибављања аудио и видео записа као доказа бити обрађена у даљем излагању, на овом месту ћемо се задржати на материјалној компоненти незаконитости доказа.

Материјална компонента (не)законитости доказа у вези са видео и аудио записима као доказима – питање заштите приватности учесника записа

Аудио и видео записи могу бити незаконит доказ пре свега у светлу кршења права на приватност.

Право на приватност није изричито регулисано Уставом Републике Србије⁸, али постоји и јемчи се у правном систему Републике Србијена основу члана 8 Европске конвенције о људским правима и основним слободама⁹ – право на поштовање приватног и породичног живота¹⁰. Чланом 8 став 1 Конвенције прописано је да свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и пре-

7 Шкулић наводи поделу на директне и индиректне незаконите доказе (Шкулић, 2005).

8 „Сл. гласник РС”, бр. 98/2006. За критику оваквог уставног решења вид. Симовић, 334.

9 Закон о ратификацији Европске конвенција за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима – „Службени лист Србије и Црне Горе – Међународни уговори”, бр. 9/03, 5/05 и 7/05 – исправка и „Службени гласник РС – Међународни уговори”, бр. 12/10 и 10/15

10 За детаљније о другим међународним инструментима заштите права на приватност вид. код Плавшић, 2016.

писке. Ипак, Европски суд за људска права не даје (ни дескриптивну) дефиницију приватног живота. Штавише, Суд не мисли да је могуће или неопходно дати свеобухватну дефиницију појма приватан живот¹¹, односно да је појам приватног живота широк и да га није могуће дефинисати на исцрпан начин¹², што значи да Суд „екстензивно тумачи концепт приватности” (Симовић, 334). Ипак, Суд налази да појам „приватан живот” обухвата физички и морални интегритет личности, укључујући следећа лична добра: име, пол, сексуални живот, тајност преписке и телефонске и електронске комуникације, личне податке и др. (наведено према Прица, 447) Право на приватност је делом регулисано и Законом о јавном информисању и медијима¹³. Чланом 80 став 1 прописано је да у право на приватност (приватан живот и лик) спадају информација из приватног живота, лични запис (писмо, дневник, забелешка дигитални запис и сл.), запис лика (фонографски, цртани, филмски, видео, дигитални и сл.) и запис гласа (магнетфонски, грамофонски, дигитални и сл.).

Ставом 2 члана 8 Конвенције прописана су ограничења овог права¹⁴. Уставни суд Србије наводи три критеријума која морају бити *кумулативно* испуњена приликом ограничења овог права: 1) да је такво ограничење прописано законом; 2) да је у сваком конкретном случају, на начин и под условима прописаним законом, утврђено постојање оправданог и неопходног јавног интереса за ограничење, тзв. легитимни циљ; 3) да је то неопходно у демократском друштву (Одлука Уставног суда Србије Уж – 303/014 од 23.06.2016.године)¹⁵. Сматра-

11 Costello-Roberts v. the United Kingdom, 25 March 1993, Series A no. 247-C, доступно на <http://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6f08.html>, последњи пут приступљено 14.11.2018. године.

12 Niemietz v. Germany, 16 December 1992, Series A no. 251-B, <http://www.refworld.org/cases,ECHR,3f32560b4.html>, последњи пут приступљено 14. новембра 2018. године.

13 „Сл. гласник РС”, бр. 83/2014, 58/2015 и 12/2016 – аутентично тумачење.

14 „Јавне власти неће се мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других”. Вид. члан 8 став 2 Конвенције.

15 „Уставни суд налази да питање да ли ограничење права на приватност у конкретном случају представља и повреду права из члана 8. Европске конвенције, зависи од оцене постојања наведених три услова, односно оцене да ли су у оспореним пресудама испуњени напред наведени услови за дозвољено ограничење права на приватност. Међутим, Уставни суд има у виду да одредба члана 8. став 2. Европске конвенције код дозвољеног ограничења права на приватност подразумева само акте јавне власти којима право на приватност појединца може да буде ограничено. У случају задирања у право на приватност од стране других правних субјеката (физичких и правних лица), до повреде наведеног права, по мишљењу Уставног суда, може доћи у случају када судска одлука, донета у спору који је за предмет имао заштиту права приватности, није заснована на уставноправно прихватљивој примени меродавног материјалног права и/или уколико образложење те одлуке не задовољава стандарде правичног суђења, али и тада постојање повреде зависи од испуњености наведена три услова”.

мо да су ови критеријуми прихватљиви, с обзиром да, с једне стране, промовишу принцип законитости у ограничењу права на приватност чиме се избегава самовоља извршне власти кроз прописивање подзаконских аката за ограничење овог права, а истовремено, с друге стране, довољно апстрактни да омогуће широко тумачење које ће омогућити задовољење интереса јавности и критеријума које поставља Конвенција.

Кривична дела и кршење приватности – незаконити аудио и видео записи

Кривична дела која се јављају као релевантна за „прављење” незаконитих аматерских аудио и видео записа који се не могу користити у кривичном поступку јесу Неовлашћено прислушкивање и снимање (члан 143 Кривичног законика¹⁶) и Неовлашћено фотографисање (члан 144 Кривичног законика). Оба кривична дела спадају у групу кривичних дела против слобода и права човека и грађана, конкретније, оба кривична дела штите право на приватност, односно „сферу приватности појединца” (Стојановић, Делић, 60). На том ставу стоји и судска пракса¹⁷.

Не улазећи детаљно у анализу ових кривичних дела¹⁸, треба нагласити да ће кршење права на приватност постојати уколико се радње извршња ових кривичних дела предузму *неовлашћено*, односно без пристанка пасивног субјекта или без овлашћења заснованог на закону. И самим незаконитим предузимањем посебних доказних радњи (процесни недостаци), односно незаконитим поступањем полиције, тужилаштва или суда, могу бити извршена наведена кривична дела (Ракочевић, 689). Такође, сачињени видео запис неће *per se* бити недозвољен доказ уколико се не испуни услов *осетног задирања у лични живот*, односно *предаје или показивања снимка трећем лицу или на други начин омогућавања да се са њим упозна*. Други облик кривич-

16 „Сл. гласник РС”, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

17 ЗКП не прописује услове под којима се могу користити фотографије или звучни и видео снимци као доказ у кривичном поступку. Међутим, нема законских сметњи да се користе такви докази под условом да нису настали на начин којим би се остварила обележја кривичног дела Неовлашћено прислушкивање и снимање из чл. 143 Кривичног законика, Неовлашћено фотографисање из члана 144 Кривичног законика или ког другог кривичног дела (Закључак усвојен на заједничкој седници Кривичног одељења виших судова са подручја Апелационог суда у Крагујевцу, одржаној дана 24.10.2014. године).

18 За детаље вид. Стојановић, Делић, 60–61, Стојановић, 509–514, Лазаревић, 545–549, Срзентић *et al*, 215–223.

ног дела Неовлашћено фотографисање је прилично јасан, док питање осетног задирања у лични живот завређује значајнију пажњу¹⁹.

Поједини случајеви изричите (законске) дозволе сачињавања записа

Закон о јавном информисању и медијима – ограничење права на приватност

Закон о јавном информисању и медијима прописао је листу разлога који ограничавају право на приватност у смислу овог закона (подв. аут.). Ипак, иако ти разлози служе остваривању права грађана на информисање односно обавештавање, могу послужити и као користан критеријум у оцени да ли се одређени видео или аудио запис може користити у кривичном поступку у смислу његове допуштености.

Наиме, Законом о јавном информисању и медијима прописана су два одступања од права на приватност (односно, законским термином, у случају сачињавања аудио и видео записа, од права на лични запис лица): 1) *драговољно одступање* – пристанак титулара права на приватност (члан 80 и 81 Закона); 2) *одступање због интереса јавности*. У другом случају потребно је да на постављеној скали заштите интереса превагне тас интереса јавности над интересом да се спречи објављивање личног записа²⁰. Један од *exempli causa* наведених случајева могућег одступања од права на приватност је неодређени појам „интереса правосуђа”. Судска пракса ће одредити појам „интереса правосуђа”, но сматрамо да би га, свакако, требало рестриктивније тумачити. У супротном, поједини институти били би обемишљени (нпр. посебне доказне радње).

Закон о приватном обезбеђењу – право на приватност и опште безбедносне мере

Питање коришћења аудио и видео записа као доказа у кривичном поступку нарочито се актуелизовало са развојем приватног

19 За детаље вид. Стојановић, 512.

20 Закон о јавном информисању и медијима користи се системом генералне клаузуле прописујући ова ограничења, а затим *exempli causa* наводи који случајеви подпадају под појам одступања од права на приватност због интереса јавности (вид. члан 82 став 2 Закона).

обезбеђења, а нарочито са почетком употребе сигурносних система за снимање слике и звука, тзв. „сигурносних камера”. Такви уређаји имају као првенствени циљ заштиту људи и имовине (опште безбедносне мере). Поставља се питање да ли овако сачињени аудио и видео записи могу да се користе као доказ, с обзиром да наведени уређаји првенствено служе заштити приватног интереса. Пре тога треба истаћи напомену да су често овакви извори сазнања за извршено кривично дело од примарног значаја у доказивању кривичних дела.

Са материјалног аспекта посматрано, Закон о приватном обезбеђењу прописује да, када се послови заштите објеката или простора који се користе за јавну употребу врше уз употребу уређаја за снимање слике, правно лице и предузетник за приватно обезбеђење дужни су да на видљивом месту истакну обавештење да је објекат или простор заштићен видео обезбеђењем (подв. аут.), а корисник услуга је обавезан да то прихвати и архивиране снимке чува најмање 30 дана и да их, на захтев, стави на увид овлашћеном полицијском службенику (члан 32 Закона). *Ratio legis* обавештења је да се обезбеди пристанак лица које се снима. Иако *prima facie* постављање оваквих уређаја не може осетно задрети у приватан живот лица које се снима, у смислу кривичног дела Неовлашћено фотографисање, могу се замислити и супротне ситуације. Примера ради, сексуални однос на јавном месту са жељом да то нико не види (не снима). Такође, чињеница да полицијски службеници имају право да *захтевају* увид у сачињене снимке, као и да је најчешће у питању „снимање јавних површина, јавних објеката и просторија, зграда државних органа као и других објеката и простора у којима се снимање обавља из безбједносних разлога” (Ракочевић, 2012: 920–921) говори у прилог ставу да се овакви записи могу користити у кривичном поступку. Управо се водећи критеријумом „опште безбедности” путем аналогije може се доћи до закључка да се на исти начин могу користити и видео записи тзв. полицијских камера.

Прибављање аудио и видео записа који се могу користити као доказ

Пре него што се упустимо у разматрање проблематике прикупљања аудио и видео записа који у кривичном поступку могу бити коришћени као доказ и поступања са њима, неопходно је направити неколико терминолошких напомена које ће нам бити корисне у даљој анализи.

Под овим подразумевамо прављење јасне разике између термина доказ и доказно средство које користи законодавац, теорија и пракса, а који се, чини нам се, врло често употребљавају погрешно.

Докази би се могли дефинисати као „сваки доказни основ или разлог садржан у одређеном доказном средству који говори о истинитости неке чињенице важне за поступак” (Грубач, Васиљевић, 2014: 195). Доказно средство јесте „начин или метод чијом применом суд, односно, орган кривичног поступка, у кривичном поступку изводи доказе, односно стиче доказне закључке у погледу постојања или непостојања одређене кривичноправно или кривичнопроцесно релевантне чињенице (...) из чега произилази да сама радња као конкретан начин или метод доказвања којим се стиче одређени доказни закључак, представља доказно средство” (Шкулић, 2016: 182). Доказна радња јесте начин да се из доказног средства прибави доказни материјал (доказ).

Члан 82 ЗКП прописује да се докази прикупљају и изводе у складу са одредбама ЗКП, као и на други законом предвиђен начин, док у одредбама чланова 84-160 набраја доказне радње, али не и доказна средства. У том смислу, чињенице у кривичном поступку могу се доказивати свим доказним средствима, докле год је то у складу са чланом 16 став 1 ЗКП (Грубач, Васиљевић, 2014: 195, Илић et al, 245). Иако законодавац више²¹ не наводи могућност да се аудио и видео записи који су сачињени мимо доказне радње из члана 166 ЗКП користе као доказ, одредбе ЗКП ипак остављају могућност да такви записи буду коришћени у кривичном поступку, под условом да се не ради о незаконитим доказима (о чему је већ било речи).

Аудио и видео записи представљају тзв. дигиталне доказе. Дигитални доказ дефинише се као „било која информација генерисана, обрађивана, ускладиштена или пренесена у дигиталном облику на коју се суд може ослонити као меродавном, тј. свака бинарна информација, састављена од дигиталних 1 и 0, ускладиштена или пренесена у дигиталној форми, као и друге могуће копије оригиналне дигиталне информације које имају доказујућу вредност и на које се суд може ослонити, у контексту форензичке аквизиције, анализе и презентације” (Петровић, 2). Специфичност ових доказа лежи у чињеници да се налазе у дигиталној форми (Лукић, 182) – забележени су на одређеном

21 Раније важећи Законик о кривичном поступку („Службени лист СРЈ”, бр. 70/2001, 68/2002 и ”Службени гласник РС”, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2008, 20/2009, 72/2009, 76/2010) је у члану 132а дефинисао услове под којима је могуће користити аудио и видео записи који су настали без сагласности окривљеног.

електронском носиоцу података – мобилном телефону, компјутеру, камери, носачу звука.

Прикупљање оваквих доказа, дакле, захтева да орган који их прибавља поседује барем основно информатичко знање које се односи на коришћење и функционисање ових уређаја.

Са кривичнопроцесног аспекта, поступак прибављања аудио и видео материјала зависиће од тога где су записи забележени.

Прва ситуација ће постојати када је аудио или видео снимак забележен на меморији тзв. уређаја за аутоматску обраду података²². Под овим уређајима најчешће се подразумева компјутер, мобилни телефон²³, али сваки онај уређај на коме се овакви записи могу сачувати, а који су са развојем технике све бројнији и разноврснији.

Да би се овакви записи могли прибавити, први корак јесте одузимање уређаја на којима су ти подаци забележени, што се чини помоћу доказне радње привременог одузимања предмета. Наиме, члан 147 став 3 ЗКП изричито предвиђа да у предмете који се могу одузети спадају и уређаји за аутоматску обраду података и уређаји и опрема на којој се чувају или се могу чувати електронски записи.

Следећи корак јесте само прибављање снимака са ових уређаја. Са тим у вези намеће се неколико питања. Прво такво јесте да ли претраживање оваквих уређаја ради проналажења снимака јесте претресање уређаја за аутоматску обраду података, у смислу члана 152 став 3 ЗКП, или се ради о увиђају покретних ствари у смислу члана 135 ЗКП. Разликовање ове две процесне радње може имати значајне импликације на практично поступање органа поступка, будући да се, сходно одредби члана 152 став 3, претресање оваквих уређаја може предузети само уз наредбу судије за претходни поступак.

Увиђај се предузима када је за утврђивање или разјашњење неке чињенице у поступку потребно непосредно опажање органа поступ-

22 ЗКП не дефинише појам уређаја за аутоматску обраду података, али КЗ у члану 112 тачка 33 садржи дефиницију рачунара – то је сваки електронски уређај који на основу програма аутоматски обрађује и размењује податке; оваква дефиниција довољно је широка да би се под њу могли подвести уређаји попут компјутера, „паметних” телефона, таблета, као и модернијих уређаја, попут сатова опремљених камером и слично.

23 Мобилни телефони се могу сматрати уређајима за аутоматску обраду података, у смислу члана 152. став 3. ЗКП, имајући у виду опремљеност мобилних телефона, могућности приступа интернету и размене мејлова и других електронских података а при чему се електронски записи могу чувати у различитим фајловима у самом телефону те по предлогу јавног тужиоца суд може наредити њихово претресање у смислу одредбе члана 155. ЗКП али истовремено, уколико се спроводи истрага, може се наредбом јавног тужиоца одредити вештачење мобилног телефона и његовог садржаја, Текст одговора утврђен је на седници Кривичног одељења Врховног касационог суда 4.4.2014. године)

ка (члан 133 став 1 ЗКП). Он пре свега подразумева чулно опажање, и то чулом вида, али и другим чулима (Бејатовић, 294). Са друге стране, претресање јесте радња којом се задира у суштину ствари која се претреса, односно, не ограничава се само на чулно опажање, већ подразумева претраживање свих уређаја ради трагања за одговарајућим снимцима, што укључује претрагу краткотрајне и дуготрајне меморије – РАМ, РОМ, и тврдих дискова (Ивановић, 13).

Из претходно реченог, произлази да је доказна радња увиђаја веома ограниченог обима када се ради о уређајима за аутоматску обраду података. Наиме, будући да проналажење снимака подразумева претрагу меморије оваквих уређаја – дакле, на неки начин, задирање у суштину самог предмета, која превазилази границе пуког чулог опажања, произлази да би се увиђај могао ограничити само на утврђивање садржине оваквих уређаја – пописивање датотека које се у њему налазе. Са друге стране, свако отварање фајлова, па, са тим у вези, и репродукција видео снимака да би се утврдила њихова садржина, била би доказна радња претресања. Овде се мора имати у виду и чињеница да репродукција оваквих снимака представља задирање и повреду људских права у много већој мери него само бележење чињенице да неки такав запис постоји. Будући да се у стадијумима кривичног поступка у којима јавни тужилац има водећу улогу (предистражни и истражни поступак) суд појављује као нека врста гаранта очувања људских права, мишљења само да би, сходно преходно реченом, и овде улога суда била да процени да ли интереси вођења кривичног поступка претежу над правом на приватност појединца чији су лик и(ли) глас на таквом снимку забележни²⁴.

Овакав закључак доводи нас, међутим, до практичног проблема. Као што је већ речено, претресање ових уређаја не може се спровести без одговарајуће наредбе судије за претходни поступак. Законодавац је, због чињенице да је у одређеним ситуацијама ради потреба хитног поступања немогуће претходно прибавити наредбу, дозволио претресање стана и других просторија и лица и без наредбе, а на основу законског овлашћења. Како можемо замислити да и код претресања уређаја за аутоматску обраду података постоји потреба да се у најкраћем року изврши овакво претресање (нпр. зато што предстоји или је започело брисање података са рачунара), у теорији се предлаже

24 У пракси се дешава да се за потребе остваривања начела ефикасности кривичног поступка доносе наредбе о тзв. информатичком вештачењу које су садржински идентичне са наредбама о претресању уређаја за аутоматску обраду података и опреме на којима се они чувају или се могу чувати електронски записи.

да се и у овом случају дозволи могућност да се ова доказна радња предузима и без наредбе судије за претходни поступак (Писарић, 235–236).

Следеће питање које нам се намеће јесте ко може вршити претресање ових уређаја како би се пронашли одговарајући аудио или видео записи. Говорећи о претресању уређаја за аутоматску обраду података, ЗКП у члану 152 став 3 наводи да се ово претресање, може *по потреби*, вршити *уз помоћ* стручног лица. Са друге стране, говорећи о садржини наредбе, ЗКП у члану 155 став 2 тачка 4 наводи да наредба мора да садржи назив *органа* који ће претресање да обави. Поставља се питање ко фактички може предузети радњу претресања – да ли то може бити вештак информатичке струке, будући да он, *de facto*, није орган? Мишљења смо да се у овом случају ради само о несрећној формулацији законодавца која није имала интенцију да онемогући да вештаци предузимају радње претресања, већ је овде оправдано тумачење применом принципа *argumentum a contrario*. Ово поготово што претресање уређаја за аутоматску обраду података захтева искључиво знања из информатике, док претресање стана и других просторија и лица захтева учешће полиције и (ли) јавног тужиоца јер су за потоњу врсту претресања потребно познавање превасходно правила криминалистичке технике. Друга могућност јесте да се ова радња предузима уз учешће стручног лица, али ће фактички стручно лице – вештак и у овом случају предузимати конкретне радње претраживања података, наравно, уз инструкције јавног тужиоца или припадника полиције.

Посебан проблем је ситуација када се аудио или видео снимак који се може употребити у кривичном поступку налази на друштвеним мрежама. Друштвене мреже у данашње време постају веома важан извор и преносилац информација, а развој и лака доступност рачунара, мобилних телефона, таблета и сличних уређаја допринела је масовној употреби платформи као што су Facebook, Twitter, YouTube, Instagram. Чињеница да су милиони корисника свакодневно повезани путем наведених мрежа омогућава веома лако ширење и преношење података на овај начин, те сваки садржај који је на ове мреже постављен постаје лако доступан корисницима у свим деловима света.

Будући да члан 282 став 1 ЗКП говори о поступању јавног тужиоца у ситуацији када „сазна за кривично дело на други начин” – дакле не из кривичне пријаве, јасно је да јавни тужилац мора да реагује на сваку вест о кривичном делу која и посредно указује да је извршено кривично дело (основ сумње). Дакле, *stricto sensu*, уколико би се аудио или видео запис кривичног дела појавио у електронским ме-

дијима или на друштвеним мрежама, јавни тужилац има обавезу да реагује уколико би се радило у кривичном делу које се гони по службеној дужности. С тим у вези, први корак у расветљавању постојања кривичног дела јесте прибављање таквих снимака. У пракси, ови подаци се прибављају преузимањем аудио или видео записа, који могу служити као доказ, од стране полиције. Уколико би постављени запис у међувремену био скинут са интернета, јавни тужилац могао би да се обрати електронским медијима ради достављања тих снимака, што би они, а сходно одредби која налаже свим органима и правним лицима да јавном тужиоцу достављају обавештења на његов захтев, били дужни да учине. Када су у питању снимци са друштвених мрежа, чак и када се орган поступка обрати овим мрежама са затевом достављања обрисаних података, најчешће не налазе на позитиван одговор, а друштвене мреже се позивају на њихове политике приватности (*eng. Privacy Policy*).

Што се тиче друштвених мрежа, најправилније би било да се спорни аудио или видео запис одмах приликом прегледања преузме (*eng. download*). Остаје спорно у теорији и у пракси каква је правна природа тог преузимања, али је јасно да би се оно могло тешко уклопити у доказне радње побројане у ЗКП. Стога сматрамо да би овакво поступање органа поступка требало регулисати као *sui generis* доказну радњу, с тим да би се аутентичност тих аудио и видео записа могла утврђивати вештачењем.

Посебан проблем може да представља ситуација када су одређени нпр. Facebook или Instagram профили „закључани” односно, када корисници ових профила не дозволе да њихове објаве буду доступне јавно, већ само одређеном кругу људи (нпр пријатељима на Facebook-у). Амерички судови сматрају да нема кршења права приватности у ситуацији када се фотографија која се налази на закључаном Facebook профилу прибави тако што је органу достави сведок који је са окривљеним био пријатељ на друштвеној мрежи (Murphy, Fontecilla, 8–9).

Валидност доказа

За разлику од других доказа који се користе током кривичног поступка, код аудио и видео записа посебно проблематично може бити питање њихове аутентичности. Наиме, вртоглаво брзи развој технологије довео је до могућности да се, уз помоћ компјутерских програма, веома лако изврши преправљање електронских података, почев

од пуког скраћивања аудио и видео снимака, преправљања фотографија, па до монтаже целокупних аудио и видео записа. У том смислу, питање аутентичности таквог доказа могао би решити једино вештак информатичке струке, чији би задатак био да утврди да ли је одређени електронски запис био предмет преправљања или дораде.

Следеће питање повезано са аутентичношћу аудио и видео снимка може бити и питање на који начин се ће се извршити идентификација лица које се појављује на видео или аудио снимаку. ЗКП у одредбама које се односе на препознавање окривљеног говори о могућношћу да се оно изврши и путем препознавања гласа (члан 90 став 4 ЗКП), док одредба члана 141 став 3 уводи могућност да се од окривљеног, сведока, или другог лица, ради утврђивања чињеница у поступку узме узорак гласа ради упоређивања. Такође, могуће је идентификацију лица која се налазе на видео снимку извршити и путем антрополошког вештачења. Код нас се ове врсте вештачења најчешће поверавају Националном криминалистичко-техничком центру, а идентификација се врши упоређивањем тзв „биометријских тачака” (Стојадиновић, 10) лица на снимку и лица чији се идентитет утврђује.

Закључна разматрања

Како је то у раду објашњено, аудио и видео записи имају изузетан значај за утврђивање чињеница у кривичном поступку. Могуће је да на тим записима буде осумњичени пре, за време и након кривичног дела, чињенице које су од значаја за доказивање итд.

Тумачењем одредаба ЗКП, који не регулише питања (не)дозвољености ове врсте доказа, њиховог прикупљања и извођења на главном претресу, али и систематским тумачењем – повезивањем норми ЗКП са другим норма правног система, долази се до закључка да је коришћење аудио и видео записа као доказа дозвољено. Један од могућих препрека за њихово коришћење је право на приватност учесника записа. Међутим, бројна ограничења које постављају Конвенција и домаће законодавство, али и тумачења судова у Републици Србији по овом питању, донекле умањују значај наведеног права у савременом друштву и „табају стазу” за коришћење аудио и видео записа као доказа.

Ипак, и поред начелне дозвољености, орган поступка који прикупља наведене доказе мора да води рачуна да они не буду прикупље-

ни на процесно погрешан начин, како би остварили своју сврху и били коришћени као доказ у кривичном поступку

Мишљење аутора је да би свакако било адекватније да ова питања у будућности поново буду предмет регулација ЗКП, како би се у потпуности остварило право државе на кажњавање (*ius puniendi*), односно да би се остварило право одбране на правичан поступак (*eng. fair trial*), а избегла различита тумачења.

Литература

- Бејатовић, С. (2016). *Кривично процесно право*. Београд: Службени гласник.
- Билтен Апелационог суда у Крагујевцу, бр. 1/2015. Београд: Intermex.
- Билтен Апелационог суда у Београду, бр. 9/2017. Београд: Intermex.
- Васиљевић, Т., Грубач, М. (2003). *Коментар Законика о кривичном поступку*. Београд: Службени гласник.
- Васиљевић, Т., Грубач, М. (2014). *Коментар Законика о кривичном поступку*. Београд: Пројурис.
- Димитријевић, Д. (1981). *Кривично процесно право*. Београд: Савремена администрација.
- Ивановић, З. (2015). Питање поступања са дигиталним доказима у српском законодавству. *Криминалистичка теорија и пракса*, 7–21.
- Илић, Г., Мајић, М., Бељански, С., Трешњев, А. (2012). *Коментар Законика о кривичном поступку*. Београд: Службени гласник.
- Крас, Д. (2010). Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 60(6), 1207-1240.
- Лазаревић, Љ. (2011). *Коментар Кривичног законика*. Београд: Правни факултет Универзитета Унион.
- Лукић, Т. (2012). Дигитални докази. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2, 177–192.
- Murphy, J., Fontecilla, A. (2013). Social Media Evidence in Government Investigations and Criminal Proceedings: A Frontier of New Legal Issues. *Richmond Journal of Law and Technology*, Vol. 19/3. Преузето 10. новембра, 2018., са <https://scholarship.richmond.edu/jolt/vol19/iss3/4>
- Петровић, Л. (2004). *Дигитални докази*. Преузето 10. новембра, 2018., са <https://singipedia.singidunum.ac.rs/izdanje/40058-digitalni-dokazi>
- Писарић, М. (2015). Претресање рачунара ради проналазке електронских доказа. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр 1, 215–238.
- Pitler, R. (1986). The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized. 56(3) *California Law Review*, Vol. 56/3, 579-651. Преузето 10. новембра, 2018., са <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2807&context=californialawreview>

- Плавшић, Н. (2016). *Заштита појединца пред Комитетом за људска права и пред Европским судом за људска права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Прица, М. (2012). Ограничавање приватности државном интервенцијом заснованом на примени информационих технологија. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 62, 445–462.
- Ракочевић, В. (2012). Тајно праћење и техничко снимање лица и предмета у свијетлу ограничења основних права личности. *Правни живот*, 63(10), 677–691.
- Ракочевић, В. (2012). Тајно фотографисање и видео снимање у кривичном поступку и заштита права на приватност. *Правни живот*, 61(9), 911–923.
- Самарин, В., Стојанов, Н. (2009). Проблемы совершенствования правового регулирования допустимости в уголовном процессе Украины и Республики Беларусь: сравнительно-правовой анализ. *Криминальный процес*, 139–143.
- Симовић, Д. (2008). Људска права у Уставу Србије од 2006. године: критичка анализа. У З. Радивојевић (Ур.) (2014). *Уставне и међународноправне гаранције људских права*. (стр. 325-348). Ниш: Правни факултет.
- Срзентић, Н., Стајић, А., Краус, Б., Лазаревић, Љ., Ђорђевић, М. (1986). *Коментар Кривичних закона Србије, САП Косова и САП Војводине*. Београд: Савремена администрација.
- Стојадиновић, Д. (2018). Антрополошко вештачење односно мануелна биометрија и компаративно вештачење лица. *Iusticia*, бр. 2, 9–11.
- Стојановић, З. (2018). *Коментар Кривичног законика*, Београд: Службени гласник.
- Стојановић, З., Делић, Н. (2014). *Кривично право посебни део*. Београд: Правна књига.
- Трешњев, А. (2013). *Збирка судских одлука из кривичноправне материје – Књига 9*. Београд: Службени гласник.
- Шкулић, М. (2006). Доказни значај у кривичном поступку фотографија, аудио и видео снимака када није у питању радња аудио и видео надзора из члана 232. Законика о кривичном поступку. *Билтен Окружног суда у Београду*, бр. 7. Београд: Intermex.
- Шкулић, М. (2016). *Кривично процесно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Прописи

- Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (Закон о ратификацији Европске конвенција за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима – „Службени лист Србије и Црне Горе – Међународни уговори”, бр. 9/03, 5/05 и 7/05 – исправка и „Службени гласник РС – Међународни уговори”, бр. 12/10 и 10/15).
- Закон о јавном информисању и медијима, „Службени гласник РС” бр. 83/2014, 58/2015 и 12/2016 – аутентично тумачење.
- Закон о казненом поступку Републике Хрватске, „Народне новине” бр. 152/808, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14 и 70/17.

- Закон о приватном обезбеђењу, „Службени гласник РС”, бр. 104/2013, 42/2015 и 87/2018.
- Законик о кривичном поступку „Службени лист СРЈ”, бр. 70/2001, 68/2002 и ”Службени гласник РС”, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2008, 20/2009, 72/2009, 76/2010.
- Законик о кривичном поступку Црне Горе, „Службени лист Црне Горе” бр. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – одлука УС, 2/2015 – одлука УС, 35/2015, 58/2015 – др. закон и 28/2018 – одлука УС.
- Законик о кривичном поступку, „Службени гласник РС”, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.
- Кривични законик, „Службени гласник РС”, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016.
- Устав Републике Србије, „Службени гласник РС”, бр. 98/06

LEGAL IMPORTANCE OF AMATEUR AUDIO AND VIDEO RECORDINGS

Dušan Lazić

Teaching Fellow, University of Belgrade, Faculty of Security Studies

Ivana Radisavljević

Teaching Fellow, University of Belgrade, Faculty of Law

Summary

Interest in audio and video recordings has significantly increased with the development of technology and the Internet. Since the content of these records is diverse, it is possible that some of them can be relevant for criminal proceedings. For these reason, the possibility of using „amateur audio and video recording” in the criminal procedure has actualized, with the exception of Special Investigative Actions. Many theoretical and practical problems have arisen from this question: how to keep the legality of this evidence, how to obtain them, but also how to take them at the hearing, especially considering that certain types of audio and video recording less or more violate the right to private life of their participants, and that their use is no longer regulated by the Code of Criminal Procedure. The aim of the paper is to identify the conditions under which audio and video recordings can be used as lawful evidence, as well as how to legally obtain and take them at the hearing. The basic hypothesis of this paper is: Although the Criminal Procedure Code does not regulate audio and video recording as evidentiary action, we consider that, in a large number of cases, it is permitted to use these recordings as evidence.

Key words: *audio, video, recordings, evidence, right to private life*