

ПРЕГЛЕДНИ ЧЛАНАК
Рад примљен: 27.05.2018.
Рад прихваћен: 11.10.2018.

UDK: 343.13/.15(497.11)

УЛОГА СУДА У УТВРЂИВАЊУ ЧИЊЕНИЦА НА ГЛАВНОМ ПРЕТРЕСУ

Јелена Веселиновић¹

Студенткиња докторских студија,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Апстракт

Кривични поступак Републике Србије базира се на адверзијалној конструкцији главног претреса, где је основна идеја законописца била истискивање начела утврђивања материјалне истине из кривичног поступка. Одвајање процесних субјеката и додељивање измењених улога суду и тужилаштву испоставило се као велики изазов и повукло је са собом низ спорних питања у пракси. На странкама је сада терет доказивања, а задатак суда је да, на основу изведених доказа, стекне уверење о кривичној ствари са степеном извесности. Међутим, аутор ће кроз анализу појединих одредаба ЗКП-а указати да улога суда није остала само на нивоу пасивног посматрача и да је „кроз мала врата“ донекле уведено начело утврђивања материјалне истине. На почетку рада биће речи о чињеницама које се утврђују у кривичном поступку и субјектима који их утврђују, док ће предмет другог дела рада бити промењена процесна улога суда кроз анализу одредаба које се односе на процесну активност суда, уз краћи осврт на праксу судова у нашој земљи.

Кључне речи: утврђивање чињеница, начело материјалне истине, доказна улога суда, адверзијални поступак.

1. Увод

Ступањем на снагу Законика о кривичном поступку² (у даљем тексту: ЗКП) елиминисано је једно од дотадашњих кључних начела у кривичном

1 jelenaveselinovic@yahoo.com.

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

поступку, а то је начело утврђивања материјалне истине. Увођењем адверзијалне конструкције главног претреса, идеја законописца била је да инквизиторно начело истисне из кривичног поступка. Међутим, и поред те идеје, остале су извесне процесне установе, као реликти истражног начела, а то су редукована доказна иницијатива суда у доказном поступку (чл. 15. ст. 4. ЗКП) и одговорност суда за нетачно и непотпуно утврђено чињенично стање, као својеврстан психички притисак на судију да посеже за доказним овлашћењима из страха због сношења управо ове одговорности.

Ове радикалне промене повукле су са собом низ спорних питања у пракси. Одвајањем процесних улога и процесних субјеката, увођењем тужилачке истраге, сужавањем овлашћења суда на главном претресу и проширењем овлашћења одбране у прикупљању доказа, кривични поступак Републике Србије добија изванредан хибридни карактер, имајући у виду да „српско позитивно законодавство уводи спој тужилачке и ‘страначке’ истраге” (Николић, 2014: 37).

Правну конструкцију чињеничног стања, као подлоге за решавање спора, чини уверење суда, које исти стиче на основу доказног материјала. Предмет овог рада биће разматрање улоге суда и његов допринос утврђивању чињеничне основе одлуке кроз сужену доказну активност.

2. Појам и врсте правних чињеница у кривичном поступку

2.1. Појам правних чињеница

Правне чињенице су одређене околности за које правна норма везује настанак, промене и престанак правних односа (Вукадиновић, 2007:164). Утврђивање чињеница може се посматрати са два аспекта: епистемолошког и процесноправног (Ђурђић, 2013: 487). Са епистемолошког становишта утврдити неку чињеницу значи уверити се да чињеница постоји или не постоји. Чињенице се сазнају непосредним опажањем на основу сопственог искуства или посредно, логичким закључивањем. Са процесноправног гледишта, шта се има сматрати утврђивањем чињеница зависи од схватања које се чињенице утврђују у кривичном поступку и од гледишта који субјекти утврђују те чињенице. У кривичном поступку се чињенице утврђују са различитим степеном уверења, зависно од фазе поступка и предмета одлучивања.

2.2. Врсте правних чињеница

Чињенице које се утврђују у кривичном поступку класификују се према њиховој вредности, као и последицама које производе. Поред правних чињеница, у кривичном поступку утврђују се и друге чињенице,

које служе за утврђивање правно релевантних чињеница. Разликују се одлучне чињенице, чињенице-индиције и помоћне чињенице.

У кривичном поступку првенствено се утврђују правно релевантне чињенице – одлучне чињенице. Ово су чињенице на које упућују правни прописи и за које право везује одређене правне последице, јер се на њима темељи примена како материјалног тако и процесног кривичног права. Стога, постоје материјалне и процесне правно релевантне чињенице. Скуп материјалноправних релевантних чињеница чини садржину кривичне ствари и то су све оне чињенице које се односе на општа и посебна обележја основног бића кривичног дела, чињенице које представљају основе за искључење противправности и кривице, као и оне на које кривично материјално право надовезује примену кривичне санкције од којих зависи одмеравање казне. Са друге стране, процесноправно релевантне чињенице су чињенице које се односе на форму извођења појединих кривичнопроцених радњи, као и на постојање претпоставки за вођење кривичног поступка. Могу бити оне које представљају процесне претпоставке и процесне сметње од којих непосредно или посредно зависи судска одлука, али и чињенице на којима се темељи одлука о трошковима поступка, односно, одлука о имовинскоправном захтеву (Дракић, 2012: 228). Скуп материјалноправно релевантних и процесноправно релевантних чињеница, које се утврђују у кривичном поступку о једној конкретној кривичној ствари, заједно чине правно релевантно чињенично стање (Стевановић, Ђурђић, 2006: 224).

Друге чињенице које се утврђују у кривичном поступку, а посредством којих се утврђују одлучне чињенице називају се чињенице-индиције. Више чињеница-индиција чини тзв. ланац индиција. Чињенице помоћу којих се утврђује веродостојност доказних средстава називају се помоћне чињенице.

Оно што разликује чињенице-индиције и помоћне чињенице од одлучујућих чињеница, јесте да прве две нису правно важне, на њих се не примењује непосредно правна норма. У диспозитиву судске одлуке проглашавају се утврђене одлучне чињенице, док се утврђене чињенице-индиције и помоћне чињенице проглашавају у образложењу судске одлуке и служе као логички аргумент на коме се темељи уверење да нека одлучна чињеница постоји или не постоји (Ђурђић, 2013: 478). Скуп свих чињеница, одлучних, индиција и помоћних, представља стање ствари.

3. Субјекти који утврђују чињенице у кривичном поступку

„Утврдити чињенично стање у процесноправном смислу значи установљење у прописаној форми и ауторитативно проглашење од стране за то овлашћеног судског органа у његовој одлуци, постојања или непостојања скупа одређених чињеница, на којима се темељи одлучивање у кривичном поступку.” (Грубиша, 1982: 96) У погледу кривичнопроцесних субјеката који у кривичном поступку утврђују чињенице, постоје два гледишта. Уже, односно, монистичко схватање по коме чињенично стање обухвата само оне чињенице за које је суд, у својој одлуци, закључио да постоје. Ово схватање засновано је на већ поменутој процесноправној дефиницији утврђивања чињеничног стања „...од стране за то овлашћеног судског органа у његовој одлуци...”. Из тога следи да у кривичном поступку чињенице утврђује једино суд. Шире, односно, плуралистичко становиште полази од епистемолошког појма утврђивања чињеница у кривичном поступку, по коме утврдити чињеницу значи уверити се у њено постојање, те у субјекте утврђивања чињеница убраја судске и друге државне органе, странке, па чак и вештаке (Ђурђић, 2013: 484–485).

Процесна улога субјеката који учествују у поступку разликује се у зависности од прихваћеног типа кривичног поступка.

Европскоконтинентални систем карактерише водеће начело утврђивања материјалне истине и активна улога суда на пољу извођења доказа. Суд руководи истрагом и главним претресом и дужан је да по службеној дужности изводи доказе ради потпуног разјашњења кривичне ствари и правилног утврђења чињеничног стања. Суд је „господар” доказног поступка, без обзира на то што странке располажу одговарајућом доказном иницијативом. Одлуку о кривици и кривичној санкцији доноси искључиво суд. На теоријском плану, овом моделу одговара процесноправна дефиниција утврђивања чињеница и монистичко учење, по коме само суд утврђује чињенице у кривичном поступку (Ђурђић, Трајковић, 2013: 120).

У чистом адверзијалном кривичном поступку (англоамерички систем), задатак утврђивања одлучних чињеница је на пороти. Кривични поступак је спор између две супротстављене странке, где пороту чине обични грађани, лаици за правну науку. У англоамеричком типу кривичног поступка, странке су те на које је пребачен терет доказивања, док суд игра улогу немог посматрача, где свако интензивније укључивање судије у извођење доказа представља повреду правила поступка. Судија се ни на који начин не меша у доказни поступак, не наређује извођење, нити изводи доказе. Одлуку о кривици у овом систему доноси порота, док је изрицање конкретне кривичне санкције на суду, уколико порота процени постојање

кривице. На теоријском плану присутно је схватање да је епистемолошка дефиниција утврђивања чињеница довољна, а процесноправна непотребна и да је плуралистичко учење о субјектима који утврђују чињенице одговарајуће.

Ригидност поделе на ова два система полако постаје реликт прошлости, имајући у виду тенденцију присвајања ефикасних решења из једног система у други.

4. Извођење доказа и утврђивање чињеница према одредбама ЗКП-а Републике Србије.

Улога суда у утврђивању истине постала је минорна Закоником о кривичном поступку из 2011. године, где је изостављено из текста закона начело утврђивања материјалне истине. За разлику од решења у ЗКП-у из 2001. године³, према коме су суд и други државни органи имали обавезу да истинито и потпуно утврде чињенице које су од важности за доношење законите одлуке, ЗКП-ом из 2011. године успостављена је превага расправног начела над истражним. Положај судије је знатно измењен. Он треба да постане неутрални „трећи” субјекат у сукобу две странке; арбитар у спору који већ у истрази воде два супротстављена противника: јавни тужилац и окривљени (Грубач, Васиљевић, 2014:68). У адверзијалном кривичном поступку доказна улога, која је некада била подељена између странака и суда, сада је преваљена на странке. Докази се, по правилу, изводе на предлог странака, а не по службеној дужности суда. Принцип истраживања материјалне истине и одговорности судије за утврђено чињенично стање, замењен је страначким поступком, па је и принцип судске одговорности за утврђено чињенично стање замењен принципом одговорности странака. Оптужба је *thesis probandi*, поставка тужиоца, чију истинитост тужилац доказује (Илић, Мајић, Бељански, Трешњев, 2012: 95). Окривљени има право, не и дужност, да предлаже доказе у прилог својој одбрани. Ако одбрана оцени да оптужба нема доказа, неће се користити правом из чл.15. ст.3. ЗКП-а.

Како власт одлучивања о основаности казненог захтева има искључиво суд, да би утврђене чињенице постале основа судске одлуке, потребно је да уверење о њиховом постојању стекне суд. Суд утврђује чињенице на основу изведених доказа. Обавеза тужиоца јесте да докаже оптужбу и то доказивањем постојања, односно, непостојања чињеница, а

³ Чл. 17. Законика о кривичном поступку (Службени лист СРЈ, бр. 70/2001 и 68/2002 и Службени гласник РС, бр. 58/2004, 85/2005,115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон и 72/2009).

да суд стекне уверење о томе са степеном извесности. Чињенице које се не могу са извесношћу утврдити, суд ће тумачити у корист окривљеног, као последица начела *in dubio pro reo*. Из овога се може извести закључак да је суд једини који утврђује чињенице у кривичном поступку, а да остали субјекти само помажу суду да стекне уверење о постојању одлучних чињеница.

4.1. Начело утврђивања материјалне истине

Утврдити материјалну истину у кривичном поступку не значи да ће се увек доћи до сазнања о томе како се неки животни догађај заиста одиграо, јер истина утврђена у кривичном поступку није апсолутна. Истина утврђена у кривичном поступку је релативна категорија, пошто се постојање или непостојање неке чињенице утврђује релативно, извођењем различитих доказа. Тако утврђена истина је и субјективна, јер иста кривична ствар не мора довести до исте одлуке различитих судова (Буха, 2017: 171).

Начело утврђивања истине своди се на дужност суда да у кривичном поступку утврђује истину кроз извођење доказа по службеној дужности. Последица увођења тужилачке истраге и измена процесних улога довела је до битних измена одредаба о главном претресу. Наиме, по узору на *common law* систем централни део кривичног поступка учињен је више адверзаторним са циљем да се утврди истина на основу јавног сучељавања оптужбе и одбране, на које сада пада терет доказивања, а пред потпуно неутралним судом, јер је било неопходно угасити принцип истраживања материјалне истине (Грубач, 2011: 497). Главни претрес је уређен по угледу на амерички акузаторски систем и конципиран као чисто страначки. Суд има обавезу да истинито утврди чињенице, али само на основу доказа које изведу саме странке, нема обавезу да истину истражује по службеној дужности (Ђурђић, Трајковић, 2013: 121). Самим тим, идеја је била напуштање принципа судске одговорности за утврђено чињенично стање и инквизиционе максиме која се огледала у утврђивању чињеница са највишим степеном уверења – истинитости (Илић, 2014: 593).

Међутим, иако ово начело заиста експлиците није предвиђено у тексту новог ЗКП-а, бројне су одредбе којима је ипак „кроз мала врата” донекле уведено начело утврђивања материјалне истине. Ради се о одредбама које овлашћују суд да сам одреди извођење доказа по службеној дужности.

Одредбама које се односе на признање окривљеног у току поступка, прописано је да када окривљени призна да је учинио кривично дело, орган поступка дужан је да и даље прикупља доказе о учиниоцу и кривичном делу само ако постоји основана сумња у истинитост признања или је признање непотпуно, противречно или нејасно и ако је у супротности са другим

доказима⁴, док ако је признање оптуженог да је учинио кривично дело дато на главном претресу, изводе се само докази од којих зависи оцена да ли признање испуњава претпоставке из члана 88. ЗКП-а, као и докази од којих зависи одлука о врсти и мери кривичне санкције⁵. Приликом оцене налаза и мишљења вештака, чланом 124. ЗКП-а, суд је овлашћен да, по службеној дужности, може наредити да се вештачење понови ако је налаз нејасан, непотпун, погрешан, у противречности сам са собом, или са околностима о којима је вештачено, или се појави сумња у његову истинитост, или ако је мишљење нејасно или противречно. Чланом 350. ст.2. ЗКП-а прописано је да председник већа има овлашћење да на припремном рочишту нареди прибављање нових доказа за главни претрес и без предлога странака, док је трећим ставом овог члана прописано да ако је оптужени признао да је учинио кривично дело, предлагање доказа за главни претрес ће се ограничити на доказе од којих зависи оцена да ли признање испуњава претпоставке из члана 88. овог законика, као и доказе од којих зависи одлука о врсти и мери кривичне санкције. И код овлашћења судећег већа налазимо својеврсну доказну иницијативу, где је чл. 368 ст.1 тач.5. ЗКП-а одређено да судеће веће може извести допунске доказе, уколико оцени да је то неопходно да би се отклониле противречности или нејасноће у изведеним доказима и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио. Члан 408. ст.2. ЗКП-а, који се односи на допуну и завршетак доказног поступка између осталог даје овлашћење суду да само одреди извођење доказа пре објављивања завршетка главног претреса. Чак и после завршних речи на главном претресу, када су саме странке завршиле своје изношење доказа, или ако у току већања и гласања нађе да је то потребно, суд може да одлучи да се доказни поступак настави, односно да се поново отвори ради извођења још неких доказа.⁶ Чланом 419. ст. 2. ЗКП установљена је дужност суда да на основу савесне оцене сваког доказа појединачно и у вези са осталим доказима изведе закључак о постојању одређене чињенице. Ако до таквог закључка суд не би могао да дође на основу изведених доказа које су му предложили странке, морао би да прибави доказе по својој службеној дужности.

Дужност утврђивања чињеница поверена је искључиво суду, који је дужан да са једнаком пажњом утврди чињенице које терете или иду у корист окривљеном. Имајући у виду новоуведену тужилачку истрагу и одредбе чл. 15. ст. 2. и ст. 3. ЗКП-а, закључује се да суд утврђује чињенице на основу оцене изведених доказа, а које изводи суд на предлог странака.

4 Чл. 88. ЗКП

5 Чл. 394. ст. 3. ЗКП

6 Чл. 414. ст. 1. и 415. ст. 3. ЗКП.

Поставља се питање, да ли је суд дужан, да ради утврђивања чињеница, изводи доказе по службеној дужности, без предлога субјеката којима је поверено управо предлагање доказа.

Одредбама ЗКП-а⁷ прописано је да је чињенично стање погрешно утврђено када је суд неку одлучну чињеницу која је предмет доказивања погрешно утврдио, а непотпуно је утврђено када неку одлучну чињеницу која је предмет доказивања није утврдио. Овде видимо контрадикторност у одредбама ЗКП-а. Наиме, суд је најпре одредбом ослобођен дужности утврђивања чињеничног стања и самог утврђивања истине у кривичном поступку, док се одредбом чл. 440. ЗКП-а враћа та одговорност суду. Жалбени разлог из чл. 440. Законика о кривичном поступку представља класичан основ побијања пресуде због огрешења о начело истине, јер „погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање” представља ништа друго до неистинито чињенично стање, односно, неутврђену истину у кривичном поступку (Шкулић, Илић, 2012: 127). Тако да, када повежемо одредбе чл. 440. и чл. 15. ст.3. ЗКП-а (којом је одређен карактер доказног поступка) долази до конфузне ситуације, из које законописац не прописује излаз. Имајући у виду напред речено, закључујемо да су законописци, тиме што су задржали одговорност суда за утврђивање чињеничног стања, створили реалну опасност да ће судије запасти у моралну дилему кад год закључе да је доказни материјал мањкав (Ђурђић, 2013:80).

4.2. Члан 15. ст. 4. ЗКП-а

Суд изузетно може одредити извођење појединих допунских доказа, али не у циљу утврђивања истине, већ само ради отклањања противречности или нејасноћа у већ изведеним доказима. Оваква законска регулатива садржана је у чл. 15 ст. 4. ЗКП-а. То је кључна одредба која „на малигни начин тешко инфицира и трује цео текст Законика из 2011. године” (Шкулић, Илић, 2012: 76). Уз испуњење услова да суд оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио, суд је овлашћен да супсидијарно изводи доказе по службеној дужности. Суд може дати налог странци да предложи допунске доказе или може, изузетно, сам одредити да се такви докази изведу. Према Коментару (Илић *et al*, 2012: 105), овлашћење суда да предложи или сам одреди извођење додатних доказа, служи да би се отклониле искључиво фрагментарне недоречености или недоследности, а не и предмет оптужбе у целости. Из саме одредбе је првенствено нејасно у којој форми судија даје налог странкама. Да ли је судија испунио дужност и неформалним сугерисањем, или је потребно унети налог на записник

⁷ Чл. 440. ст. 2. ЗКП.

о главном претресу, као процесно засведочење. А потом долази на ред питање колико је та одредба делотворна, узимајући у обзир да не постоји процесно средство којим се странке могу „принудити” да поступе по налогу суда, и да ли је ова врста ауторитативног императива заиста неопходна. Поставља се питање, шта би се десило у ситуацији када би странке одбиле да поступе по налогу; да ли ће судија онда предузети извођење доказа по службеној дужности из страха од жалбе због непотпуног или погрешно утврђеног чињеничног стања.

Саставни део одредбе је и стандард „изузетно”. Наиме, суд је овлашћен да „изузетно” посеже за својим доказним овлашћењима. Оправдано се истиче да, по логици ствари, а узимајући у обзир могућност странака да се жале на погрешно, односно, непотпуно утврђено чињенично стање, суд ће, као орган одговоран за своју пресуду, бити заинтересован да она опстане у ожалбеном поступку, те ће у кривичном поступку тежити да се утврди потпуно и тачно чињенично стање, односно, да се утврди истина (Шкулић, 2013: 507). Таква обавеза могла би да наведе суд да често и непотребно посеже за доказном иницијативом. Посебно се отвара питање какав је третман доказа који је суд извео по службеној дужности, а за који се, након извођења, утврди да иде на штету одбране. Др Мајић у таквој ситуацији, када је суд у „доброј вери” извео доказ по службеној дужности у корист окривљеног, сматра да употреба овог доказа у осуђујућој пресуди нарушава основно правило доказивања, да је терет доказивања оптужбе на тужиоцу и да се не би могао употребити као подлога осуђујуће пресуде.⁸

И можда највећа енигма, ако је утврђивање чињеничног стања у искључивој диспозицији странака, чему онда могућност да странке оспоравају непотпуност чињеничне основе за коју су оне одговорне. Док, са једне стране поједини аутори сматрају да је опстајањем овог жалбеног основа законодавац утемељио легитимацију суда да настоји да, заједно са странкама, утврди истинитост одлучних чињеница (Илић, 2015: 601), са друге стране стоји теза о контрадикторности самог ЗКП-а у већини одредаба (Шкулић).

Повезаћемо ову одредбу са чл. 16. ст.2. и 4. ЗКП-а, којима је прописано да одлуку којом пресуђује кривичну ствар „суд може засновати само на чињеницама у чију је извесност уверен”, пошто претходно „непристрасно оцени изведене доказе”. Међутим, обавезу суда на утврђивање чињеница са степеном извесности не треба поистовећивати са утврђивањем истине. Своје уверење о извесности постојања неке чињенице, суд заснива само

⁸ Разумевање чл. 15. ст. 4. ЗКП, преузето: 25.05.2018. године, <http://misamajic.com/2015/09/29/razumevanje-clana-15-stav-4-zkp/>.

на доказима. У адверзијалном поступку, доказе на главном претресу изводе једино странке. Суд није дужан да изводи доказе по службеној дужности у случају да странке не изведу довољно доказа. Чланом 16. ст. 5. ЗКП-а је управо и решен тај проблем, те ће сумњу у погледу чињеница од којих зависи вођење кривичног поступка, постојање обележја кривичног дела или примена неке друге одредбе кривичног закона, суд у својој одлуци решити у корист окривљеног, дакле применом правила *in dubio pro reo*. Управо из овог разлога, наметање обавезе суду да постојање сваке чињенице утврђује са степеном извесности не значи истовремено и обавезу суда да потпуно и истинито утврђује чињенично стање, јер „омеђено страначким доказима, судијско уверење дели судбину намере странака и њихове способности да докажу истину” (Ђурђић, 2015: 79).

4.3. Примери неуједначене судске праксе

Проблем неуједначене судске праксе и различитог тумачења и примене права постоји и у примени одредбе чл. 15. ст. 4 ЗКП-а.

Апелациони суд у Крагујевцу је у једној од пресуда заузео став да *самоиницијативно извођење доказа, од стране суда, који би могао штетити окривљеном, значило би да суд на себе преузима функцију доказивања оптужбе, а што није допуштено и у директној је супротности са принципом судијске непристрасности.*⁹

9 Решење Вишег суда у Нишу, Кж. 305/2014 од 22.4.2014. године. Из образложења: „Образлажући своју одлуку да окривљеног ослободи од оптужбе првостепени суд, између осталог, наводи да се извршеним вештачењем није могло утврдити да ли је повреда коју је оштећени критичном приликом задобио могла бити нанета ударцем пластичном гарнишном, с обзиром на то да се вештак о томе није изјашњавао, због чега је суд сходно члану 16. став 5. Законика о кривичном поступку (даље: ЗКП) узео да повреда коју је оштећени критичном приликом задобио није могла настати ударцем описаног предмета.

Чланом 15. став 2. ЗКП прописано је да је терет доказивања оптужбе на тужиоцу, док је чланом 15. став 4. ЗКП предвиђено да суд може дати налог странци да предложи допунске доказе или изузетно сам одреди да се такви докази изведу, ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио. Имајући у виду да из списка предмета произилази да је медицинско вештачење било непотпуно, с обзиром на то да не садржи изјашњење вештака у погледу чињенице да ли је повреда оштећеном могла да буде нанета ударцем пластичном гарнишном и да ли је наведени предмет са карактеристикама представљеним у оптужном акту могао да представља средство подобно да тело тешко повреди, према налазу другостепеног суда било је нужно у току доказног поступка извођењем допунског вештачења утврдити наведене чињенице. Пропуштање првостепеног суда да у таквој ситуацији наложи странкама у поступку да предложе допунски доказ или да сам по службеној дужности одреди да се такви докази изведу ради разјашњења наведене чињенице, у конкретном случају резултирало је тиме да суд није на поуздан начин утврдио одлучне чињенице које се односе на то да ли је противправно

Виши суд у Нишу је у једном од случајева заузео супротан став да, *уколико је нејасан налаз и мишљење вештака, суд ће по службеној дужности на основу члана 15. став 4. Законика о кривичном поступку одредити да се вештачење понови кад оцени да није утврдио којим средством је оштећеном нанета телесна повреда, пошто се ради о чињеници од које зависи утврђење обележја кривичног дела.*¹⁰

Док Апелациони суд у Крагујевцу, у духу адверзијалног поступка, изричито забрањује мешање суда у доказни поступак, сасвим супротан став примећујемо у пракси Вишег суда у Нишу. Виши суд у Нишу је у другостепеном поступку оценио да је у питању пропуст првостепеног суда, који је донео ослобађајућу пресуду због недостатка доказа да је окривљени учинио кривично дело које му се ставља на терет. Наиме, у конкретном случају, Основно јавно тужилаштво је окривљеном ставило на терет nanoшење тешке телесне повреде другом лицу средством описаним у оптужном акту и вештачење повреда је рађено у односу на тај предмет. У међувремену, тужилац је прецизираним оптужним актом изменио средство извршења дела и у односу на новонаведено средство поступање окривљеног било у узрочно-последичној вези са телесним повредама које је задобио оштећени.”

10 Решење Вишег суда у Нишу, Кж. 305/2014 од 22.4.2014. године. Из образложења: „Образлажући своју одлуку да окривљеног ослободи од оптужбе првостепени суд, између осталог, наводи да се извршеним вештачењем није могло утврдити да ли је повреда коју је оштећени критичном приликом задобио могла бити нанета ударцем пластичном гарнишном, с обзиром на то да се вештак о томе није изјашњавао, због чега је суд сходно члану 16. став 5. Законика о кривичном поступку (даље: ЗКП) узео да повреда коју је оштећени критичном приликом задобио није могла настати ударцем описаног предмета.

Чланом 15. став 2. ЗКП прописано је да је терет доказивања оптужбе на тужиоцу, док је чланом 15. став 4. ЗКП предвиђено да суд може дати налог странци да предложи допунске доказе или изузетно сам одреди да се такви докази изведу, ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио. Имајући у виду да из списка предмета произилази да је медицинско вештачење било непотпуно, с обзиром на то да не садржи изјашњење вештака у погледу чињенице да ли је повреда оштећеном могла да буде нанета ударцем пластичном гарнишном и да ли је наведени предмет са карактеристикама представљеним у оптужном акту могао да представља средство подобно да тело тешко повреди, према налазу другостепеног суда било је нужно у току доказног поступка извођењем допунског вештачења утврдити наведене чињенице. Пропуштање првостепеног суда да у таквој ситуацији наложи странкама у поступку да предложи допунски доказ или да сам по службеној дужности одреди да се такви докази изведу ради разјашњења наведене чињенице, у конкретном случају резултирало је тиме да суд није на поуздан начин утврдио одлучне чињенице које се односе на то да ли је противправно поступање окривљеног било у узрочно-последичној вези са телесним повредама које је задобио оштећени.”

није предложио допунско вештачење. Изведени докази у конкретном случају нису били нејасни и противречни, вештак се није изјашњавао на околност да ли је повреда могла настати предметом који је наведен у прецизираном оптужном акту тужилаштва. Неспорно је да је чињеница којим је предметом нанета повреда оштећеном остала неутврђена, али улога суда у адверзијалном поступку није да трага за истином и утврђивање ове чињенице није био његов задатак, јер би на тај начин радио посао тужилаштва. Улога суда је да, на основу изведених доказа, који у овом случају нису били нејасни и контрадикторни, донесе одлуку, те је доношење ослобађајуће пресуде била исправна одлука поступајућег судије. Оно што ствара забуну јесте да ли услови из ове одредбе треба да се тумаче кумулативно „...ако су изведени докази противречни или нејасни” као један услов, и други „...и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио”. Језичким тумачењем, узимајући у обзир да законописац користи везник „и”, јасно је да се ради о кумулативно постављеним условима. У конкретном случају, стоји да кривична ствар није свестрано расправљена и то је неспорно, али изведени докази нису били ни противречни, а још мање нејасни. Јасно је да је у наведеном примеру реч о извођењу допунског доказа, који није могао да „промакне” странкама, а посебно не тужиоцу, који је у својој оптужби навео предмет којим је дело извршено, а остао је пасиван када је требало доказати ту тврдњу. Неактивност или неспособност тужиоца у конкретном случају резултирала су пребацивањем његовог задатка у крило суда. Поред тога, очигледно је да извођење овог доказа никако није било у корист окривљеног, те је оваквим ставом грубо повређено право окривљеног на правично суђење.

5. Закључак

Законик о кривичном поступку из 2011. године уређен је по узору на англоамерички адверзијални модел поступка по принципу строго формалне јавнотужилачке истраге. Критика која се упућује адверзијалном кривичном поступку јесте да истина до које се долази не представља највећи степен извесности, с обзиром на то да њено доказивање није више задатак све три стране, већ само тужиоца и одбране. Истина зависи од искључиве воље странака у поступку да је докажу. Како поједини аутори (Грубач, Васиљевић) истичу, у адверзијалном поступку, окривљени остаје без једног субјекта који је вршио његову материјалну одбрану, што понекад може бити и у супротности са општим интересима, јер ће кривична санкција много чешће моћи да погоди грађанина који није успео да се у кривичном поступку ефикасно одбрани од оптужбе, и обрнуто, санкција

би могла да изостане према стварном кривцу ако његова одбрана „победи” тужиоца.

Чланови Комисије за праћење примене и спровођење новог ЗКП-а¹¹, као и део аутора, истичу да не постоји ниједан једини разлог, сем теоријски, да се суду не омогући да своје одлучивање заснива на истинитим чињеницама, које су од важности за доношење законите одлуке и да му се због тога чланом 15. ЗКП-а омогући да и поред тога што је терет доказивања оптужбе на јавном тужиоцу, може да изведе доказе којима се истините чињенице утврђују, а ако такве доказе нису извеле странке и ако оцени да су изведени докази нејасни, противуречни или у супротности са другим доказима, а када је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано распрвио. Шкулић посебно истиче процесну неједнакост странака у поступку, додајући да у нашем праву није предвиђена обавезна стручна одбрана у свим случајевима, те насупрот окривљеног – лаика, имамо јавног тужиоца који познаје право и који је у много већој предности.

Ако бисмо изменили постојеће одредбе и дали већу улогу председнику већа, односно већу, онда би суд преузео задатак тужиоца, јер би био дужан да изводи све доказе у циљу утврђивања извесности чињеница, односно свестраног расветљења предмета доказивања, тако да би поред оних који иду у корист одбране, изводио и доказе који су на штету окривљеног. Тиме бисмо пореметили сада успостављену процесну равноправност страна. Наиме, сматрамо да тренутна процесна позиција, у светлу права на правично суђење, заиста представља „једнакост оружја”. Оно што олакшава позицију окривљеног јесу презумпција невиности и примена правила *in dubio pro reo*, која спадају у правила која омогућавају „предност одбране” (*favor defensionis*). Ради се о правилима кривично процесног права, која дају одређене предности окривљеном у односу на јавног тужиоца. Циљ ових начела је уравнотежење процесног положаја окривљеног у односу на почетну правну и фактичку неједнакост међу кривичнопроцесним странкама. Применом ових правила отежава се задатак јавног тужиоца.

Неосновано и непотребно извођење доказа по службеној дужности, било би супротно адверзијалном поступку и довело би до битне повреде одредаба кривичног поступка из чл. 438. ст. 2. тач. 3. ЗКП-а. Питање које се поставља јесте – где је граница процесне активности суда у доказном поступку. Судија и судеће веће ће у сваком случају страховати од укидања пресуде, што због битне повреде одредаба кривичног поступка (ако изведу доказе за које се сматра да их је суд неосновано и непотребно извео) или

11 Извештај Комисије за праћење примене и спровођења новог ЗКП-а за период од 4.11.2013. до 31.01.2014. године.

због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања (ако је суд остао „превише пасиван” у доказном поступку).

Резимирањем целокупне улоге суда, увиђамо да су овлашћења суда пре главног претреса у погледу утврђивања чињеница и извођења доказа, скоро па у потпуности искључена. Суд је постао својеврсни контролор истраге, али без истражних овлашћења, већ само кроз улогу судије за претходни поступак или, како га негде зову, и „судија за људска права”. Дакле, има овлашћења приликом одлучивања о притвору и другим мерама и забранама када тужилац или овлашћена службена лица својим радњама прете да угрозе слободе и права грађана, чиме се обезбеђује законитост тако прикупљених доказа.

Судија на главном претресу више нема доказну иницијативу, али остаје одговорност за донету пресуду. За разлику од англоамеричког система у коме судија и порота деле ту одговорност, у нашем систему улога судије знатно је отежана одузимањем учествовања у истраживању материјалне истине, али остављањем велике одговорности по питању утврђивања кривице и кривичне санкције ако се утврди постојање исте.

Са становишта оспособљености и савести судија и странака у поступку, измењена улога на главном претресу представља велики изазов. Судије тешко прихватају да су сада неутрална страна, „неми” посматрач који се стара о поштовању и остваривању права учесника у поступку. Суд више није суверени и неприкосновени господар доказног поступка. Почетак примене тужилачке истраге вукао је са собом реликте свести судије који трага за истином. Контрадикторности у самом ЗКП-у додатно отежавају положај судије, а посебно питање одговорности суда за утврђено чињенично стање.

Листа референци

Буха, М. (2017). *Начело слободне оцјене доказа у кривичном поступку Републике Српске*, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци. 159–179;

Дракић, Д. (2012). *Судско утврђивање чињеница у кривичном поступку – успостављање стварности извршеног дела*. Анали Правног факултета у Београду. 1(LX). 224–243;

Ђурђић, В. (2013.) *Утврђивање чињеница у кривичном поступку*. Правна ријеч. 37/2013. 475–488.

Ђурђић, В. (2015). *Перспектива новог модела кривичног поступка Србије*. Журнал за криминалистику и право. 2(XX). 71–95;

Ђурђић, В. Трајковић, М. (2013). *О истини у кривичном поступку*. Зборник радова правног факултета у Нишу, 65(LI). 111–127;

Грубач, М. Васиљевић, Т. (2014). *Коментар Законика о кривичном поступку*. Београд: Пројурис;

Грубиша, М. (1982). *Што значи у процесноправном смислу утврдити чињенично стање и тко га утврђује у кривичном поступку*. Наша законитост, бр. 6/1982. 91–110;

Илић, Г. Мајић, М. Бељански, С. Трешњев, А. (2012). *Коментар Законика о кривичном поступку*. Београд: Службени гласник;

Илић, И. (2014). *Реперкусије измењених процесних улога на утврђивање чињеница у кривичном поступку*. Зборник радова Правног факултета у Нишу, 68(LIII). 585–604;

Илић, И. (2015). *Утврђивање чињеница у адверзијалном кривичном поступку и суђење у разумном року*. У: Бејатовић, С. (ур.). *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 591–605;

Разумевање чл. 15. ст. 4. ЗКП, преузето: 25.05.2018. године, <http://misamajic.com/2015/09/29/razumevanje-clana-15-stav-4-zkp/>

Стевановић, Ч. Ђурђић, В. (2006). *Кривично процесно право – општи део*, Ниш: Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу;

Шкулић, М. (2013). *Начело истине и основна доказна правила у новом ЗКП-у*. Правна ријеч, 37/2013. 489–513;

Шкулић, М. Илић, Г. (2012). *Реформа у стилу „Један корак напред – два корака назад“*, Београд: Удружења јаваних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије;

Вукадиновић, Г. (2007). *Теорија државе и права*. Нови Сад: Футура публикације;

Законик о кривичном поступку, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014;

Законик о кривичном поступку, Службени лист СРЈ, бр. 70/2001 и 68/2002 и Службени гласник РС, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др.закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон и 72/2009;

THE ROLE OF THE COURT IN DETERMINING THE FACTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Jelena Veselinović

PhD Student, Faculty of Law, University of Niš

Summary

The current Criminal Procedure Code of the Republic of Serbia eliminated the principle of truth, which was one of the most important principles in the former Criminal Procedure Code. By introducing the adversarial criminal trial proceedings, the legislator's guiding conception was to remove the investigative principle from criminal proceedings. In spite of this conception, there are remaining relics of the inquisitorial principle, which are reflected in legal provisions pertaining to the significantly reduced initiative of the court to adduce evidence ex officio. Establishing a clear distinction between the procedural subjects and the assignment of distinctive roles to the court and the prosecutor turned out to be a great challenge and raised a series of disputable issues in practice. The legislator adopted the adversarial criminal procedure from the Anglo-American legal system but retained the judicial authority to establish the offender's guilt (culpability) and to impose criminal sanctions. Unlike the Anglo-American system, where the judge and the jury share the responsibility for the final judgment, in our system the judge bears a considerably heavier burden. As an entity that has been deprived of the capacity to participate in the investigation of material truth but given great responsibility in establishing guilt and deliberating on criminal sanctions, judges often face a moral dilemma concerning the scope of the using already reduced initiative to adduce evidence ex officio. The lack of a clear answer to this question is confirmed by the inconsistent practice of domestic courts.

Keywords: fact-finding, the principle of material truth, probative role of the court, adversarial procedure.