

**Иван Илић\***  
асистент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.131.8

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

## **РЕПЕРКУСИЈЕ ИЗМЕЊЕНИХ ПРОЦЕСНИХ УЛОГА НА УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ\*\***

**Апстракт:** Основу рада представља теза да Законик о кривичном поступку из 2011. године почива на начелу утврђивања истине. Наиме, током рада на изради законског текста, као и након усвајања ЗКП-а из 2011. године, до почетка његове примене у пуном опсегу, у стручној јавности се појавило мноштво радова којима се доводи у сумњу егзистенција начела истине у важећем процесном кодексу. Иако ово начело заиста експлиците није предвиђено у тексту новог ЗКП-а, аутор доказује његову егзистенцију анализом појединих одредби закона, којима је значајно измењен положај главних кривичнопроцесних субјеката, у погледу утврђивања чињеница у кривичном поступку. Аутор заступа став да утврђивање истине о кривичној ствари остаје највиши циљ вођења поступка, без обзира што је концепција кривичног поступка постављена по угледу на адверзијални систем. Истакнут је одлучујући значај истинитог оформљења чињеничног фондуса за доношење правилне и законите судске одлуке. Аутор сматра да тумачење одредби којима је регулисана доказна активност суда, у складу са начелом истине, не излази изван оквира закона, те да учесталост доказне интервенције суда не може бити ограничена изван слова и духа закона.

**Кључне речи:** начело истине, утврђивање чињеница, адверзијални кривични поступак.

---

\* ivan@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018 године.

## 1. Уводне напомене

Основна карактеристика Законика о кривичном поступку из 2011. године,<sup>1</sup> који је заснован на адверзијалном начелу, јесте измењен процесни положај главних субјеката. Јавни тужилац добија руководећу улогу у предистражном поступку и истрази. На главном претресу доминира расправно начело, са наглашеном улогом странака приликом утврђивања чињеница, док је улога суда пасивизирана. Суд руководи поступком и доноси одлуку, док је у извођењу доказа његова улога минимизирана. Суд предлаже извођење доказа и изводи их по службеној дужности само изузетно. Нормативни израз начела истине изостављен је из законског текста, а из других одредби видљива је намера законодавца да суд ослободи дужности да утврђује истину. Доказна иницијатива је, у највећој мери, на странкама, док је суду додељена супсидијарна, комплементарна и корективна улога.

Током рада на изради законског текста, као и након усвајања ЗКП-а из 2011. године, до почетка његове примене у пуном опсегу, у стручној јавности се појавило мноштво радова, којима се доводи у сумњу егзистенција начела истине у сада важећем процесном кодексу (Шкулић, Илић, 2012, Шкулић, 2013: 489–515, Ђурђић, Трајковић, 2013: 111–128, Бејатовић, 2013: 3–25). Рад почива на тези да се Законик о кривичном поступку из 2011. године темељи на начелу утврђивања истине, што истовремено представља циљ вођења поступка, иако је овај принцип изостављен из текста закона, а улога суда у утврђивању чињеница минимализована. Иако ово начело заиста експлиците није предвиђено у тексту новог ЗКП-а, покушаћемо да докажемо његово постојање анализом појединих одредби закона. Реч је о одредбама којима је значајно измењен положај главних кривичнопроцесних субјеката у погледу утврђивања чињеница. Утврђивање истине о кривичној ствари мора опстати и остати један од циљева кривичног поступка, без обзира што је његова концепција постављена по угледу на адверзијални систем. Стога релевантне одредбе Законика о кривичном поступку треба тумачити на начин којим се омогућава правилност и законитост судских одлука, самим тим и владавина права.

## 2. Начело истине

У лепези основних начела кривичног процесног права, готово незаобилазан чинилац је начело (материјалне) истине. Ово начело сматрало се једним од најважнијих, некада и својеврсним надначелом кривичног процесног права (Марковић, 1930: 241). Иако представља тековину инквизиционог поступка, његов значај произлази из саме бити кривичног поступка, који

---

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

представља институционални оквир за доношење одлуке о основаности *ius puniendi* државе (Кнежевић, 2012: 89). Имајући у виду да у кривичном поступку, а нарочито након његовог окончања, долази до значајног ограничења елементарних људских права, логично се намеће захтев да се судска одлука заснује на истинито утврђеним правно релевантним чињеницама. Управо стога се истина каткада поима и као један од циљева вођења кривичног поступка, јер је правилна примена права могућа само ако је чињенично стање истинито утврђено (Сијерчић Чолић, 2012: 105).

Дефинисање истине је *seades materiae*, првенствено логике и филозофије. Полазећи од тог одређења, изведен је појам истине у кривичном поступку, која представља субјективан одраз објективно постојећег у свести судије (Стевановић, Ђурђић, 2006: 78). Истина у кривичном поступку представља, дакле, највиши степен извесности о извршеном кривичном делу од стране учиниоца, до које је суд дошао утврђивањем чињеница. Другим речима, то је највећи степен подударности између онога што је суд сазнао и догађаја из прошлости који је предмет кривичног поступка. Круцијално питање је да ли се у кривичном поступку може утврдити савршена, објективна и апсолутна истина. Преовлађујуће је схватање да се може утврдити само релативна, субјективна и историјска истина (Водинелић, 1978: 38–51). Разлози за то су многобројни. Најпре, у кривичном поступку се реконструише догађај из прошлости, па су детаљи сећања подложни забору, док се материјални докази такође трансформишу услед дејства атмосферских прилика и хемијских реакција. Истина до које се може доћи у кривичном поступку, свакако је субјективна, будући да је утврђују људи. То, самим тим, значи да она не може бити лишена утицаја личних особина, искуства и знања судије. Према томе, у кривичном поступку је могуће утврдити асимптотску истину, која је најближа тачки апсолутног поклапања са кривичним догађајем који се одиграо у прошлости, али се не поклапа у потпуности.

Различити путеви сазнања истине дуго су били размеђа између грађанског и кривичног поступка. У грађанском поступку, заснованом на диспозиционој максими странака, доминантна је њихова улога приликом утврђивања чињеница, што истину у овом типу поступка чини *формалном*. Насупрот томе, у кривичном поступку суд није (био) везан диспозицијом странака, већ је дужан да по службеној дужности изводи доказе. Ако странке својим процесним располагањем не могу суду запречити пут долажења до истине, онда је реч о *материјалној* истини. Новији реформски захвати довели су до реверзибилног процеса у смеру реприватизације кривичног поступка, у коме јача позиција странака у утврђивању чињеница у односу на суд, чији се положај и активност пасивизира. Уколико би се овај концепт спровео до крајњих граница, урушио би се јавноправни карактер кривичног поступка.

Приликом одлучивања о основаности казненоправног захтева овлашћеног тужиоца, у приличној мери се задира у основна права окривљеног. Са друге стране, држава је заинтересована да се њено право на кажњавање активира у случају извршења кривичног дела. Стога, претварање кривичног поступка у парницу није оправдано, нити логично, а противно је правној баштини континенталног правног система.

Начело трагања за истином, као уосталом и било које друго начело кривичног процесног права, није апсолутно, већ постоји низ одступања од њега. Суд је, приликом доказивања и доношења одлуке, омеђен субјективним и објективним елементом оптужбе. Између пресуде и оптужбе мора постојати идентитет. Субјективни идентитет се односи на истоветност лица које је у оптужном акту означено као окривљени. Објективни идентитет представља подударност битних елемената кривичног дела из чињеничног описа оптужног акта. Суд је у утврђивању истине такође ограничен кругом лица која се у поступку могу саслушати у својству сведока. Од опште дужности сведочења, којој подлежу сви грађани, ослобођене су поједине категорије сведока. Поједина лица су ослобођена од дужности сведочења услед блиског сродничког или неког другог односа са окривљеним (члан 98. ЗКП). Они се називају привилеговани сведоци. Од обавезе да сведоче такође су ослобођена нека лица, која иначе поседују апстрактну способност, али у конкретном случају не могу бити сведоци. То су лица која би својим исказом, у конкретној кривичној ствари, повредила дужност чувања професионалне, или какве друге тајне, као и бранилац окривљеног, о ономе што му је у том својству окривљени поверио (члан 93. ЗКП). Најзад, сваки сведок је ослобођен дужности да одговори на поједино питање, ако би себи блиско лице, или самог себе, изложио тешкој срамоти, знатној материјалној штети или кривичном гоњењу (члан 95. став 2. ЗКП).

Знатна органичења у досезању до истине у кривичном поступку проистичу из потребе да се окривљеном заштите основна људска права. Из права окривљеног на несамооптуживање произлази право да се у поступку брани ћутањем. С истим циљем је установљена апсолутна забрана мучења и нечовечног поступања, примена силе, претње, обмане и принуде, као и медицинских интервенција према окривљеном и другим учесницима у поступку. У корист окривљеног и из интереса правне сигурности, науштрб утврђивања истине, налази се немогућност истовременог или сукцесивног кривичног гоњења истог окривљеном за исто кривично дело (члан 4. став 1. ЗКП). Ова процесна установа, позната као забрана двоструке угрожености, изражена је још старом латинском максимом *ne bis in idem* (Илић, 2011: 349–369). На истом курсу налази се и забрана *reformatio in peius*, која важи у поступку по правним лековима, ако је правни лек изјављен само у корист окривљеног (члан 4. став 2. ЗКП).

### 3. Нормативни израз начела истине

Начело истине имало је сопствени нормативни израз и традицију дугу један и по век у нашем кривичном поступку. У Законику о кривичном поступку из 2001. године,<sup>2</sup> била је предвиђена обавеза за суд и друге државне органе да истинито и потпуно утврде чињенице које су важне за доношење законите одлуке (члан 17. ЗКП из 2001. године). Суд је имао дужност утврђивања чињеница, у корист и на штету окривљеног. Приликом утврђивања вредности појединих доказа, суд није везан формалним доказним правилима, већ је овлашћен да вредност доказа цени по слободном судијском уверењу (члан 18. ЗКП из 2001. године). У многим одредбама раније важећег процесног закона била је истакнута активна улога суда, изражена у могућности извођења доказа по службеној дужности. Предлагање и извођење доказа не подлеже временском ограничењу, већ важи повластица новирања (*beneficium novorum*), чиме је такође афирмисано начело истине. Евентуално признање кривице окривљеног не зауставља даље извођење доказа, већ је суд овлашћен да провери истинитост датог признања ако оцени да је непотпуно, противуречно или нејасно (члан 94. ЗКП из 2001. године). Начело истине подупиру и друга процесна начела, контрадикторности, јавности, усмености и непосредности, којима се одређује начин извођења кривичнопроцесних радњи. Могућност побијања чињеничне основице судске одлуке у кривичном поступку, редовним и ванредним правним лековима, такође афирмише начело истине. Жалбом на пресуду првостепеног суда може се побијати првостепена пресуда, услед погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања. Трагање за истином не зауставља се ни стицањем својства правноснажности судске одлуке. Појава нових чињеница и нових доказа основ је за понављање кривичног поступка.

У Законику о кривичном поступку из 2011. године више не постоји нормативни израз начела истине какав је постојао у раније важећем процесном закону. Уместо тога, у члану 15. ЗКП-а, садржана су основна правила о доказивању. Прописано је да се докази прикупљају и изводе у складу са законом. Јасно је истакнуто да терет доказивања оптужбе пада на тужиоца. Предлагање доказа примарно је на странкама, а извођење доказа је у власти суда. Изузетно, суд може наложити странкама да дају предлог да се изведу допунски докази, или сам одредити извођење допунских доказа. Суд има такву могућност, ако оцени да су до тада изведени докази противуречни или нејасни, те да постоји неопходност да се додатним извођењем доказа предмет доказивања *свестрано* расправи. Намера

---

2 Сл. лист СРЈ, бр. 70/2001 и 68/2002 и Сл. гласник РС, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон, 72/2009 и 76/2010.

законодавца да се реши начела истине јасно је исказана изостављањем атрибута *истинитог и потпуног* утврђивања чињеница, који је замењен термином *свестрано*. Објашњење за једну од најзначајнијих промена коју је донело усвајање новог Законика о кривичном поступку, дали су сами законописци (Илић, Мајић, Бељански, Трешњев, 2012: 102–103), у коментару ЗКП-а. Основна интенција била је давање преваге расправном начелу над инквизиционом максимумом, чије је главно упориште био члан 17. раније важећег ЗКП-а. Полазећи од тезе да је у поступку немогуће доћи до апсолутне истине, већ само судске, релативне и историјске, писци Законика сматрају да је постојање могућности суда да прибавља и изводи доказе по службеној дужности неоправдано. Додатни аргумент законописци налазе у чињеници да је извођење доказа *ex curia* неспојиво са једним од елемената правичног суђења – непристрасношћу суда?! То, другим речима, значи да активна улога суда у утврђивању чињеница аутоматски повлачи за собом пристрасност, што представља нонсенс. Ако суд има овлашћење да изводи доказе у корист и на штету окривљеног, не може бити речи о пристрасности. Недоследност овог концепта произлази из могућности супсидијарног извођења доказа *ex officio*, која је дата суду. Ако, према мишљењу законодавца, активна улога суда у извођењу доказа представља опасност од пристрасности, требало је суд у потпуности развластити од могућности утврђивања чињеница.

Изражавамо неслагање са тврдњом да је активна улога суда у утврђивању чињеница на главном претресу неприхватљива. Након што је чињенична основа у потпуности формирана, одлука о казненем захтеву тужиоца пада на суд. Да би могао да донесе правилну и закониту одлуку, суд је имао могућност да изводи доказе по службеној дужности, искључиво с циљем свестраног сагледавања предмета поступка, што је захтев који се и у новом ЗКП-у поставља пред суд. Ако постоји сумња у пристрасност судије, постоји могућност истицања захтева за изузеће. Околности које могу довести до пристрасности, дефинисане су законом (члан 37. став 1. и 2. ЗКП), и утврђују се индивидуално, а не генерализацијом. Са тврдњом законописаца, да је некадашњи концепт, са активном улогом судије, доводио то тога да суд подупире оптужбу (Шкулић, 2014: 25), такође се не саглашавамо. Извођењем доказа *ex officio* суд не подржава било коју од странака, јер сваки изведени доказ цени по слободном судијском уверењу. Апропо тога, изражена интенција да страначке функције буду потпуно одвојене од функције суђења, такође није доследно материјализована. Како објаснити да се јавни тужилац, који у предистражном поступку и истрази има функцију државног органа који руководи овим фазама поступка, у даљем току поступка претвара у странку. Посве је нелогично

и неоправдано очекивати да ће јавни тужилац у претходном поступку предузимати радње у корист окривљеног, да би касније, на главном претресу, заступао оптужбу. Зашто би јавни тужилац, који је странка у поступку, заступао интересе супротне странке у хеуристичкој фази, и да ли је реално тако нешто очекивати?

#### **4. Ко у кривичном поступку утврђује чињенице ?**

У погледу круга кривичнопроцесних субјеката који у кривичном поступку утврђују чињенице, постоје два схватања. Уже схватање полази од тврдње да чињенично стање обухвата само оне чињенице за које је суд, у својој одлуци, закључио да постоје. Из тога следи да у кривичном поступку чињенице утврђује једино суд (Грубиша, 1982: 96). Шире схватање, полазећи од тога да утврдити чињеницу значи уверити се у њено постојање, у субјекте утврђивања чињеница убраја судске и друге државне органе, странке, па чак и вештаке (Крапац: 1982: 107). Да би утврђене чињенице постале основа судске одлуке, потребно је да уверење о њиховом постојању стекне суд. Чињенице о чијем би постојању учесници у поступку стекли уверење, а нису констатоване у одлуци суда, немају правни значај, нити могу послужити приликом доношења одлуке.

Суд може имати овлашћење да изводи доказе искључиво на предлог странака, или и по службеној дужности. Међутим, закључак о постојању правно релевантних (одлучних) чињеница, мора бити на суду који има власт над доношењем одлуке у кривичном поступку. Нелогично би било да одлуку о утврђености чињеница доносе странке, или неки други учесници у поступку, а да иза одлуке стане суд. Стога је правило да у кривичном поступку чињенице утврђује кривични суд, изузетно други државни орган (јавни тужилац у фази истраге), који је на то законом овлашћен (Ђурђић, 2013: 485). И у случају постојања тужилачке истраге, одлуку о кривичној ствари доноси кривични суд, након суђења, схваћеног у ужем смислу.

У раније цитираном члану 17. Законика о кривичном поступку из 2001. године, *explicite* је било прописано да суд и други државни органи утврђују чињенице које су од значаја за доношење судске одлуке. Насупрот томе, у члану 16. став 2. важећег ЗКП-а, дужност утврђивања чињеница поверена је искључиво суду. Имајући у виду да је раније важећи ЗКП предвиђао судску истрагу, а важећи има тужилачку истрагу, законска одредба из члана 17. ЗКП-а из 2001. године примеренија је садашњој процесној реалности, а одредба из члана 16. ЗКП-а из 2011. године – некадашњој. Према дикцији одредбе важећег процесног закона, да се закључити да суд утврђује



чињенице на основу оцене изведених доказа.<sup>3</sup> Притом је суд дужан да са једнаком пажњом утврђује чињенице које иду у корист и на штету окривљеног. Према томе, суд изводи доказе на предлог странака, након чега врши оцену доказа, чиме утврђује постојање одлучних чињеница. Постоји, међутим, и другачије тумачење, да доказе изводе *странке*, а да је улога суда у томе супсидијарна, корективна и изузетна (Илић, Мајић, Бељански, Трешњев, 2012: 103). Такво схватање коси се са језичким тумачењем законског текста, али и са процесном логиком. Странке предлажу извођење доказа, суд прихвата предложене доказе и изводи их. Извођење доказа значи прихватање предложених доказа, сазнавање чињеница из извора доказа и процесно фиксирање (Ђурђић, 2014: 258). Та делатност увек је у власти суда, независно од тога да ли има активну или пасивну улогу у предлагању доказа.

Према важећем процесном закону, доказна активност је готово у потпуности на странкама, изузетно и супсидијарно на суду, док извођење доказа мора бити у надлежности суда. У супротном, ако би странке руководиле извођењем доказа, кривични поступак би био претворен у својеврсну анархију, имајући у виду супротстављене интересе које иманентно имају странке у поступку.

## **5. Скривено начело истине у одредбама Законика о кривичном поступку**

Као што је раније наведено, начело истине је изостављено из текста Законика о кривичном поступку. Иако би се могло помислити да је намера законодавца била само да се ослободи инквизиционе максиме, темељним тумачењем закона, као и из коментара ЗКП-а, јасно се види намера законодавца да начело истине у потпуности елиминира из кривичног поступка. У новонасталој ситуацији оправдано се може поставити питање, шта је циљ вођења поступка, ако не долажење до истине? У члану 1. ЗКП-а, стипулисан је циљ вођења кривичног поступка на следећи начин: *„да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција, под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка“*. Прокламовани циљ не може се досегнути ако се у кривичном поступку утврђује она истина коју странке желе, односно истина коју наметне успешнији у страначком двобоју.

---

<sup>3</sup> Став 2. члана 16. гласи: „Суд је дужан да непристрасно оцени изведене доказе и да на основу њих са једнаком пажњом утврди чињенице које терете или иду у корист окривљеном“.



У недостатку доказа о учињеном кривичном делу, окривљени бива ослобођен. Исто тако, ако суд остане у сумњи у погледу постојања одлучних чињеница, одлучиће у корист оптуженог (*in dubio pro reo*). Како доћи до правилне осуђујуће, или ослобађајуће пресуде, ако се не утврди истинитост одлучних чињеница? Који је то виши степен извесности од довољно основане сумње, до кога је потребно доћи да би се донела судска одлука? Одговор се налази у ставу 4. члана 16. ЗКП-а. Судску одлуку могуће је засновати једино на чињеницама, у чију је *извесност* суд *уверен*. И у овој одредби, законодавац је свесно избегао термин *истинитост*, као какву пошаст ранијег кривичног поступка, са доминантним постојањем инквизиционе максиме.

У кривичном поступку чињенице се утврђују са различитим степеном извесности, зависно од фазе поступка. Квалитет извесности, логично, расте током поступка. Најнижи степен извесности представљају основе сумње (основи подозрења), довољан за покретање преткривичног (предистражног) или кривичног поступка.<sup>4</sup> Основана сумња је степен извесности о кривичном делу и учиниоцу, који је, такође, потребан за покретање поступка, ако постоји јасна граница између преткривичног поступка и фазе истраге.<sup>5</sup> Довољно основана сумња, оправдана сумња,<sup>6</sup> односно вероватноћа је степен извесности потребан за подизање оптужнице. Највиши степен извесности о делу и учиниоцу, потребан за доношење судске одлуке, је *истинитост*. Уместо тога, наш законодавац се служи термином *извесност*, који није прецизан. Извесност у постојање нечега може се градирати, баш као што то показује динамика кривичне ствари која еволуира од основа сумње, преко основане сумње, оправдане сумње, све до истинитости. Бити уверен у извесност одлучних чињеница не значи ништа друго до бити уверен у њихову истинитост. Управо тако и треба тумачити наведену одредбу из члана 16. став 4. ЗКП. Било какво друго тумачење и заснивање судске одлуке на нижем степену извесности о постојању одлучних чињеница доводи до неправилне и незаконите одлуке.

Осим наведене одредбе, чијим тумачењем заправо потврђујемо да је и даље један од циљева вођења кривичног поступка долажење до највишег степена уверења о постојању одлучних чињеница, и низ других законских одредби, у значајној мери, подупиру тезу о важењу начела истине. Иако је, сасвим оправдано, терет доказивања оптужбе на тужиоцу, а доказна

4 Према члану 295. став 1. ЗКП-а, основи сумње су степен извесности потребан за отварање истраге.

5 Видети: члан 241. ЗКП-а из 2001. године.

6 Видети: члан 331. став 1. ЗКП-а.

иницијатива примарно на странкама, суду је дато, истина сужено овлашћење, да изводи доказе по службеној дужности. Реч је, заправо, о два овлашћења; прво, суд може „дати налог странкама да предложи извођење допунских доказа“ или, изузетно, сам одредити да се такви докази изведу. У оба случаја то је могуће једино ако суд оцени да су изведени докази противуречни или нејасни, као и да је то неопходно, с циљем свестраног расправљања предмета доказивања (члан 15. став 4. ЗКП-а). Из ове, прилично компликоване формулације, могу се извући бројни закључци. Најпре, очито је да суд има доказну иницијативу супсидијарно и изузетно, док је она по правилу и примарно на странкама. Суд има могућност да сугерише странкама предлагање додатних доказа, ако оцени да је то потребно ради разјашњења противуречности или нејасноћа у утврђеним чињеницама. Давање налога странкама да предложи допунске доказе, формално гледано, тешко се може изразити и правно артикулисати. Реч је о неформалном сугерисању, које суд обавља у консултацијама са странкама. Питање је да ли ће се, и на који начин, у пракси процесно засведочавати налагање странкама да предложи доказе. Дубиозно је како ће се странке приморати да предложи допунске доказе, с обзиром да наложити неке нешто значи неку врсту ауторитативног императива. У крајњем случају, на шта нас наводи термин „изузетно“, суд може и сам одредити извођење допунских доказа, опет уз испуњење додатних услова, да су изведени докази противуречни и нејасни, и да је то потребно да би се предмет доказивања свестрано распрвио.

Кључно питање за тумачење ове одредбе јесте да ли се допунски докази односе на неутврђене чињенице, или на чињенице које су претходно утврђиване путем већ изведених доказа. Једно од тумачења налазимо у коментару закона (Илић и др, 2012: 105–106), у коме се наводи да се допунски докази односе на недостатке у већ изведеним доказима. Потребно је да су изведени докази противуречни или нејасни, при чему се апострофира да је један доказ нејасан, најчешће сам по себи, а да противуречан може бити сам по себи, или у односу на друге доказе. Према писцима коментара ЗКП-а, овлашћење суда да предложи или сам изводи додатне доказе, служи да би се отклониле искључиво фрагментарне недоречености или недоследности, а не и предмет оптужбе у целисти. Из свега неведеног се може закључити интенција да се доказна иницијатива суда сведе у веома сужене оквире. Сматрамо да се наведена законска одредба може и другачије тумачити. Према члану 419. став 2. ЗКП-а, суд има дужност да, на основу оцене изведених доказа, закључи о извесности утврђених чињеница. Круг правно релевантних чињеница, које је потребно утврдити, произилази из предмета оптужбе, а квантитет и квалитет доказа одређују

учесници у поступку, највећим делом – странке. Да би суд испунио своју дужност, предмет доказивања мора бити свестрано расправљен. Поимање критеријума „свестраног“ расветљења кривичне ствари зависи од личности судије, у сваком конкретном случају. Суд мора имати потпун чињенични фондус да би могао донети правилну и закониту одлуку. Стога нема места механичким ограничењима могућности предлагања извођења додатних доказа, као ни извођења доказа по службеној дужности. Да ли постоји потреба за додатним извођењем доказа, зависиће од околности конкретног случаја. Стога је непримерено давати суду упутства о томе да ову могућност треба рестриктивно користити, да се не би, којим случајем, реафирмисала превазиђена и опасна истражна максима.

С циљем додатног аргументовања и утемељења става да доказна иницијатива суда представља само изузетну и рестриктивну могућност, посеже се за ставовима судске праксе (Илић и др, 2012: 106). Да ли то значи да са увођењем адверсарног кривичног поступка у Србију стиже *common law* систем прецедентног права, у коме је један од извора пракса судова. Сматрамо да нема места таквом тумачењу и да се доказна пасивност суда може заснивати једино на слову закона, а никако на судским пресудама. Заступници овог концепта такође сматрају да прекомерно посезање суда за могућношћу уплитања у предлагање доказа може произвести битну повреду одредби кривичног поступка (члан 438. став 2. тачка 3. ЗКП). Смисао повреде, на коју се позивају, састоји се у неправилној примени или непримени неке од одредаба ЗКП-а, са одлучујућим утицајем на доношење неправилне и незаконите пресуде. Узмимо, хипотетички, да прекомерна доказна умешаност суда представља неправилну примену члана 15. став 4. ЗКП-а. Тиме би чињенично стање било утврђено, а кривична ствар свестрано расправљена. Да ли је могуће да правилно и потпуно утврђено чињенично стање може довести до неправилне или незаконите пресуде? Сматрамо да је то немогуће.

Према коментару процесног закона, суд није овлашћен да утврђује „одлучне, нити материјалноправне чињенице“ које представљају елементе општег бића кривичног дела. У супротном би дошло до повреде објективног идентитета између пресуде и оптужбе (Илић и др, 2012: 106). Полазећи од те претпоставке, отвара се питање које чињенице се могу утврђивати на основу доказне иницијативе суда. Да ли је реч о индицијама и о контролним чињеницама? Сматрамо да се и ове две врсте чињеница могу утврђивати на тај начин, али да тиме, ни у ком случају, нису искључене одлучне чињенице. У кривичном поступку утврђују се чињенице на које материјално кривично право надовезује последице. Реч је о елементима општег и посебног бића кривичног дела, условима за постојање кривичне

одговорности, те условима за примену кривичне санкције (Ђурђић, 2013: 480). То су *материјално правно релевантне* чињенице. Осим тога, у кривичном поступку се утврђују чињенице које се односе на услове за покретање и вођење кривичног поступка, као и чињенице о начину извођења кривичнопроцесних радњи и решавања неких процесних питања (*процесно правно релевантне чињенице*). Скуп једних и других чињеница означава се термином *правно релевантно чињенично стање* (Бајер, 1980: 5). Према томе, извођење доказа о постојању правно релевантних чињеница, које су садржане у казненом захтеву тужиоца, на иницијативу суда, не може представљати прекорачење оптужбе у објективном смислу. Уколико су садржане у чињеничном опису оптужног акта, правно релевантне чињенице бивају предмет доказивања на главном претресу, независно од тога да ли иницијатива за њихово утврђивање потиче од странака или суда.

У аргументацији процесног положаја главних кривичнопроцесних субјеката, приликом утврђивања чињеница, законописци афирмишу доказну иницијативу суда ако су у питању докази за које се претпоставља да би ишли у прилог одбрани (Илић и др, 2012: 107). Као што смо раније навели, један од разлога за пасивизацију суда у утврђивању чињеница био је елиминисање тобожње потпоре оптужби. Ако би се прихватило тумачење, према коме је суд овлашћен да интервенише у корист одбране, то би легализовало управо пристрасност суда. Из тог разлога је неприхватљиво да суд улази у доказну арену интервенишући на страни одбране окривљеног. Тај задатак има бранилац, који заједно са окривљеним врши функцију одбране у кривичном поступку. На истој линији је тумачење да суд не треба да тежи свестраном расправљању кривичне ствари, иако је евидентно да су докази изведени на предлог тужиоца противуречни или нејасни, јер такав след ствари иде у прилог окривљеном. Руковођен том логиком, суд би требало да као неми посматрач испрати евидентне контрадикторности и недоречености у утврђивању чињеница, на основу доказа оптужбе, и да на основу такве чињеничне подлоге донесе ослобађајућу пресуду. Имајући на уму да је на тужиоцу терет доказивања, суд би био овлашћен да доноси неправилне одлуке, не дирајући у чињенично стање. Такав приступ у пракси био би погубан по схватање правде и правичности, као и саме владавине права. Осим тога, такво поступање суда било би у дисхармонији са дужношћу суда да са једнаком пажњом утврђује чињенице у корист и на штету окривљеног (члан 16. став 2. ЗКП-а). Најзад, такво поступање, консеквентно, доводи до укидања пресуде од стране другостепеног суда.

Супротно поимању коментатора ЗКП-а, активност суда приликом утврђивања чињеница не потиरे процесне институте установљене

у корист окривљеног. Ако (не)постојање неке чињенице у кривичном поступку није могло бити утврђено са сигурношћу, сматра се да је утврђена у корист окривљеног. У томе је суштина правила *in dubio pro reo*. Важење овог принципа и начела истине не искључују се међусобно. Ако се истинитост постојања неке чињенице у кривичном поступку не може утврдити са сигурношћу, доноси се одлука у корист окривљеног (Кнежевић, 2012: 118). Извођење доказа по службеној дужности који иду на штету окривљеном доводи се, такође, у везу са забраном *reformatio in peius*. У коментару ЗКП-а изнета је тврдња, да ако би се испоставило да доказ, чије је извођење суд одредио *ex officio*, иде на штету окривљеног, на њему се, у целисти, или у претежном делу, не би могла заснивати судска одлука, већ би суд требало да примени забрану преиначења на штету (Илић, Мајић, Бељански, Трешњев, 2012: 108). Забрана *reformatio in peius* важи у поступку по правним лековима. У случају када је правни лек изјављен *само* у корист окривљеног, виши суд не сме судску одлуку да измени на штету окривљеног (Грубач, 2009: 441). На главном претресу, у доказном поступку, нема места примени ове процесне установе, јер је неопходно утврђивати чињенице и у корист и на штету окривљеног, како би се *свестрано* расправила кривична ствар. Стога сматрамо да нема места тумачењу према коме се доказ изведен по службеној дужности, који би ишао на штету окривљеног, третира као какав незаконити доказ, на коме се не може темељити судска одлука. Ирелевантно је, такође, то што је суд одредио извођење неког доказа, под претпоставком да би ишао у корист окривљеног, за који се испостави да, заправо, иде на штету окривљеног. Законски установљену могућност супсидијарног и корективног интервенисања суда у формирање чињеничне подлоге судске одлуке треба тумачити *in favorem* свестраног расправљања предмета доказивања, што је законом изричито и недвосмислено установљено.

## 6. Одредбе о радњама доказивања и начело истине

У Законику о кривичном поступку из 2011. године, начело истине *implicite* је садржано у неколико законских одредби којима су регулисале поједине радње доказивања. Резултат делатности вештака у кривичном поступку, на утврђивању чињеница за које је потребно стручно знање или умење, материјализује се у налазу и мишљењу. И у једном и у другом делу могу постојати нејасноће, недоречености, контрадикторности, или се пак може појавити сумња у истинитост резултата вештачења. Контролу налаза и мишљења вештака врши орган вођења поступка који је наредио ову делатност. Ако је налаз вештака нејасан, непотпун, погрешан, противуречан, или постоји сумња у његову истинитост, орган

вођења поступка (најчешће суд) може, по службеној дужности, или на предлог странака, наредити допунско вештачење (члан 124. став 1. ЗКП). Исто овлашћење дато је суду, ако је мишљење вештака нејасно или противуречно. Орган вођења поступка још у једној ситуацији има дужност интервнусања у извођењу процесне радње вештачења. Ако се недостаци у налазу и мишљењу вештака не могу отклонити поновним испитивањем вештака, нити одређивањем допунског вештачења, суд ће одредити другог вештака, који ће обавити поновно вештачење (члан 124. став 2. ЗКП). Два овлашћења суда, који у утврђивању чињеница, за које је потребно стручно знање или умење, имају активну улогу, представља реализацију начела истине. Активни положај суд је такође задржао приликом одређивања психијатријског вештачења окривљеног. Уколико се појави сумња у урачунљивост окривљеног, или да је окривљени извршио кривично дело у стању скривљене неурачунљивости, као и сумња да је услед психичких сметњи процесно неспособан, суд ће одредити психијатријско вештачење окривљеног (члан 131. ЗКП).

Дужност суда, да и након признања окривљеног и даље изводи доказе, опстала је у ЗКП-у из 2011. године. Реч о реперкусији начела истине, установљеној с циљем проверавања веродостојности и тачности датог признања. Обавеза даљег извођења доказа о кривичном делу и учиниоцу веже суд (орган поступка) ако постоји основана сумња у истинитост признања, или ако је признање окривљеног нејасно, непотпуно или противуречно, као и ако постоји дисхармонија са другим доказима (члан 88. ЗКП). У поређењу са раније важећим процесним законом, може се закључити да је активност суда сада чак и проширена. Раније се тражило извођење доказа о кривичном делу, а сада и о окривљеном. То имплицира да је наметнута дужност утврђивања карактеристика личности окривљеног. Вероватно је разлог за то интенција утврђивања мотива окривљеног за давање признања (Више: Стевановић, Ђурђић, 2006: 303). Раније је један од услова за даље утврђивање чињеница био недостатак других (до тада изведених) доказа, којима је поткрепљено признање (члан 94. ЗКП из 2001. године). Сада се даље доказивање спроводи ако је признање у контрадикцији са другим доказима. У адверсарном типу кривичног поступка, признање окривљеног доводи до обустављања даљег утврђивања чињеница и одмах се прелази у фазу изрицања кривичне санкције (Кнежевић, 2007: 32).

Доказна иницијатива суда није карактеристика искључиво главног претреса, већ постоји и током припремног рочишта. Председник већа може наредити прибављање доказа за главни претрес, иако за то не постоји предлог, учињен од странака, браниоца окривљеног, нити оштећеног (члан



350. став 2. ЗКП). Током саслушања окривљеног, суд према слову закона, није пасивни посматрач, већ може бити активни учесник. Ако у исказу окривљеног дође до неслагања са раније датим исказом, председник судећег већа је дужан<sup>7</sup> да га упозори на то, питаће га за разлоге одступања, а такође, може одредити читање или репродукцију оптичког или тонског снимка (члан 397. став 4). Суд, такође, има овлашћење да увек окривљеном постави питање, с циљем добијања потпунијег и јаснијег одговора (члан 398. став 5. ЗКП). Исто овлашћење суд има приликом испитивања сведока, вештака и стручних сарадника (члан 402. став 7. ЗКП). Коментатори ЗКП-а настоје да избегну сваку помисао да је реч о манифестацији начела истине, тврдећи да је реч о форматирању доказа, а не о учешћу у утврђивању чињеница. Таква тврдња могла би се прихватити, ако би суд био надлежан да у писаној, или некој другој форми, засведочи исказ неког учесника у поступку, као какав записничар. Заборавља се да је у власти суда доношење одлуке о кривичној ствари, односно мериторно решавање о казненом захтеву тужиоца. То никако не може бити техничка делатност, као што ни активност суда, приликом извођења доказа, не може имати други циљ до утврђивања истине о кривичној ствари.

Након свестраног расправљања предмета доказивања, суд доноси одлуку о кривичној ствари, тј. мериторно одлучује о казненом захтеву тужиоца. Та делатност представља логичку операцију, у којој су правно релевантне чињенице мала премиса (*premissa maiorr*), које се супсумирају под одговарајућу правну норму, што представља већу премису (*premissa maiorr*). Суд врши оцену изведених доказа, најпре појединачно, а потом и у вези са осталим изведеним доказима. Ова активност има за циљ доношење закључка о постојању одређених чињеница, пре свега, одлучних чињеница. Суд доноси закључак о постојању чињеница које творе чињенични основ пресуде са највишим степеном извесности. У члану 419. ЗКП-а, користи се термин „извесност“, о чијој је непрецизности већ било рећи. Намера законодавца да, по сваку цену, избегне израз „истинитост“, довела је до нарушавања једног од темељних захтева (*lex certa*), којима се мери квалитет нормативног акта. У суштини, не може бити речи ни о чему другом, него о закључивању са највишим степеном извесности, дакле са истинитошћу, о постојању неке чињенице. Само на тако утврђеним одлучним чињеницама може се засновати правилна и законита судска одлука.

Најзад, непостојање начела истине, односно дужности суда да се стара о потпуном осветљању кривичне ствари, заснованом на истинито утврђеним одлучним чињеницама, обесмишљава постојање могућности

---

<sup>7</sup> На закључак да је реч о дужности наводи нас дикција законске норме, у којој је коришћен императив: „упозориће га“, „упитаће га“ и „одредиће“.



да се у поступку по жалби испитује постојање чињеничних недостатака. Иако је начело истине изостављено из ЗКП-а, један од жалбених основа и даље је постојање непотпуног или погрешно утврђеног чињеничног стања (члан 437. ЗКП). Право на изјављивање жалбе припада, првенствено, странкама. Ако је утврђивање чињеничног стања у искључивој диспозицији странака, чему могућност да оспоравају непотпуност чињеничне основе, за шта су оне одговорне. Тешко је довести у склад адверзијални главни претрес, са постојањем непотпуно утврђеног чињеничног стања, као основа жалбе, имајући у виду да суд правног лека о овом основу одлучује искључиво на захтев жалиоца, а не по службеној дужности. Опстајањем овог жалбеног основа, законодавац је утемељио легитимацију суда да, заједно са странкама, настоји да утврди истинитост одлучних чињеница. Једино се на основу истинито утврђених чињеница може тачно утврдити чињенично стање. Супротно томе, ако одлучне чињенице нису истинито утврђене, чињенично стање биће погрешно.

## 7. Закључак

Настојањем законодавца да се, по сваку цену, начелу истине приметне сваки траг, подривају се основе континентално-европског правног система. Јавноправни карактер кривичног поступка, његова сврха, као и правна култура налажу да суд има одговорност за доношење одлука. Правна традиција англо-америчког кривичног поступка посве је другачија. Јавноправни карактер изражен је у мањој мери, а утврђивање чињеница поверено је странкама. Суд арбитражира на основу чињеничног стања, које је утврђено активношћу странака, и доноси одлуку о победнику тог двобоја. Но, то не значи да истина не постоји у кривичном поступку САД. Из Петог амандмана на Устав САД (*due process clause*) изведен је стандард „доказаност ван сваке разумне сумње“, који представља највиши степен извесности, пандан истинитости у европско-континенталном типу поступка. За разлику од тога, у референтним правним системима, који су деценијама служили као узор развоју нашег кривичног поступка, начело истине егзистира и заузима важно место у лепези принципа кривичног поступка. Независно од тога да ли је истрага поверена суду (Француска) или јавном тужиоцу (Немачка, Аустрија), начело истине прожима многе одредбе процесних закона (Ђурђевић, 2013: 338–339).

Постојање истражне максиме, тј. начела истине, законодавац је видео као недостатак кривичног поступка. Но, установљавањем страначке истине уместо материјалне, изједначава кривични поступак са парницом. То је неприхватљиво јер је јавни интерес преодоминантан у кривичном поступку.

Услед потпуне пасивности суда приликом утврђивања чињеница, постоји опасност да ће се кривци наћи на улици, услед недовољне агилности јавног тужиоца. Из наведених разлога је неопходна корективна улога суда у утврђивању чињеница, без ограничења, с циљем употпуњавања доказног фондуса, на коме ће се засновати судска одлука. Само на тај начин и таквим приступом се може остварити циљ вођења кривичног поступка, прокламован у члану 1. ЗКП-а. Тумачењем релевантних одредаба ЗКП-а, на наведени начин, који није противан закону, може се осигурати правилно и потпуно утврђивање чињеничног стања. На тај начин не би била нарушена концепција страначког доказивања, на којој почива нови ЗКП. Суду припада улога коректора у утврђивању чињеница, чиме се омогућава доношење правилне и законите судске одлуке. Из свега наведеног произлази потврда почетне хипотезе. Начело истине има свој, додуше имплицитни нормативни израз, у Законнику о кривичном поступку из 2011. године. Оно је садржано у низу његових одредби и један је од циљева вођења кривичног поступка.

## Литература

- Бајер, В. (1980). *Југославенско кривично процесно право (право о чињеницама и њиховом утврђивању у кривичном поступку)*. Загреб: Информатор
- Бејатовић, С. (2013). Нови Законик о кривичном поступку: крај реформе или само један корак у процесу реформе? Основне карактеристике Законика. *Правни информатор*. 9. 3–25
- Водинелић, В. (1978). Истина – један од основних проблема науке о кривичном поступку. *Наша законитост*. 6. 38–51
- Грубач, М. (2009). *Кривично процесно право*. Службени гласник
- Грубиша, М. (1982). *Чињенично стање у кривичном поступку*. Загреб: Информатор
- Ђурђевић, З. (2013). Реконструкција, јудицијализација, конституционализација, еуропеизација хрватског казненог поступка V новелом ЗКП/08, први дио. *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*. 2. 313–363
- Ђурђић, В. (2014). *Кривично процесно право – општи део*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета
- Ђурђић, В., Трајковић, М. (2013). О истини у кривичном поступку. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 65. 111–128

- Ђурђић, В. (2013). Утврђивање чињеница у кривичном поступку. *Правна ријеч*. 37. 475–488
- Илић, И. (2011). Забрана двоструке угрожености и понављање кривичног поступка на штету окривљеног. *Зборник радова Правног факултета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици*. 349–369
- Илић, Г., Мајић, М., Бељански, С., Трешњев, А. (2012). *Коментар Законика о кривичном поступку*. Београд: Службени гласник
- Кнежевић, С. (2007). *Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу
- Кнежевић, С. (2012). *Основна начела кривичног процесног права*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета
- Крапац, Д. (1982). Утврдити чињенице значи уверити се у њихово постојање властитим опажањем или доказивањем. *Наша законитост*. 11–12.
- Марковић, Б. (1930). *Уџбеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије*. Београд: Народна штампарија
- Сијерчић Чолић, Х., (2012). *Кривично процесно право*. Сарајево: Правни факултет
- Стевановић, Ч., Ђурђић, В. (2006). *Кривично процесно право – општи део*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета
- Шкулић, М. (2013). Начело истине и основна доказна правила у новом законикау о кривичном поступку Србије. *Правна ријеч*. 37. 489–515
- Шкулић, М. (2014). Погрешна концепција и бројне правно-техничке грешке новог Законика о кривичном поступку: шта даље и како „реформисати“ реформу српског кривичног поступка. *Реформа кривичног права*. 23–65
- Шкулић, М., Илић, Г. (2012). *Реформа у стилу „Један корак напред – два корака назад“: Нови Законик о кривичном поступку Србије*. Београд: Удружење тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Правни Факултет, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу

**Ivan Ilić, LL. B.**

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

## **Repercussions of Modified Procedural Roles on Determining the Facts in Criminal Proceedings**

### *Summary*

The main characteristic of the new Code of Criminal Procedure, 2011, which is based on adversarial principle, is changed position of the main subjects. The public prosecutor gets more active role. It is head of the pre-investigative procedure and the investigation. At trial, the role of the parties emphasized, while the role of the court passivated. The Court adjudicate and manage the process, while in the presentation of evidence, for the proper and complete determination of the facts, his role significantly diminished. The court is not obliged *ex officio* to determine the truth, and the principle of truth is omitted from the basic principles of criminal procedure. Evidentiary initiative is, largely, up to the parties, while the court granted subsidiary role. Basis of the work is the thesis that the Code of Criminal Procedure from 2011, based on the truth principle, which is also the goal of the procedure. In fact, while working on the development of the legal text, and after of the adoption, to the beginning of its application in full range, in professional community there were lots of papers, which cast doubt on the principle of truth existence, in the currently valid procedural law of Serbia. Although this principle is not actually explicitly stipulated in the text of the new CPC, the author proves his existence by analyzing of certain provisions of the law, which has significantly altered the position of the main criminal procedural subjects, in terms establishing the facts in criminal proceedings. The author argues that the truth about a criminal matter remains the highest goal of the procedure, despite the fact that the concept of criminal proceedings is set on the adversarial model of criminal proceedings.

**Keywords:** principle of truth, fact-finding, adversarial procedure.



# ТРГОВИНСКОПРАВНА СЕСИЈА



