

Асистент Иван Илић

Правни факултет Универзитета у Нишу

КОНТИНЕНТАЛНО-АДВЕРЗИЈАЛНО УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ*

Да би се остварио непосредан и укупни (коначни) циљ кривичног поступка, потребно је наћи одговоре на питања, која су постављена у казненом захтеву, о постојању кривичног дела, о учиниоцу, и о испуњењу услова за примену кривичне санкције. Осим тога, некада је неопходно донети одлуку о постојању услова за вођење кривичног поступка. Одлука о томе може се донети након утврђивања свих релевантних околности конкретне случаја. Утврђивање чињеница једно је од битних обележја типа кривичног поступка. Разлике између континентално-европског и англо-америчког кривичног поступка, између осталог, огледају се у субјектима и циљу утврђивања чињеница.

Аутор се у раду, најпре, бави појмом и врстама чињеница, које се утврђују у кривичном поступку. Затим су представљена основна обележја типова савременог кривичног поступка. Након тога, аутор се бави субјектима који учествују у утврђивању чињеница, према одредбама Законика о кривичном поступку Србије из 2011. године. Након детаљне анализе одредаба процесног закона, изведен је закључак да је адверзијални поступак, уведен доношењем ЗКП-а из 2011. године, остао без једног важног елемента – постојања пороте. На тај начин, створен је хибрид, континентално-адверзијални тип кривичног поступка, што се рефлектује на утврђивање чињеница, као и на остварење циља поступка.

Кључне речи: Правно релевантне чињенице; Чињенично стање; Утврђивање чињеница; Адверзијални кривични поступак; Континентални кривични поступак.

Иван Илић, ivan@prafak.ni.ac.rs.

* Чланак представља резултат рада на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, под редним бројем 179046, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Основна карактеристика Законика о кривичном поступку из 2011. године,¹ који је заснован на адверзијалном начелу, је измењен процесни положај главних субјеката. Јавни тужилац је добио 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 одредбаба видљива је намера законодавца да суд ослободи дужности утврђивања истине. Доказна иницијатива је, у највећој мери, на странкама, док је суду додељена супсидијарна, комплементарна и корективна улога.

2. ПОЈАМ И ВРСТЕ ЧИЊЕНИЦА КОЈЕ СЕ УТВРЂУЈУ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

У процесној литератури најчешће је навођена логичка дефиниција, према којој је чињеница „мисаоно-чулном делатношћу утврђено објективно-реално постојање извесне ствари, појаве, процеса, дешавања, особине или односа предмета сазнања“.² Сматрамо да се логичка дефиниција, будући да је општа, може применити на кривични поступак, у коме се утврђују чињенице, које не одударају од осталих појава у стварности. Будући да је чињенице неопходно утврдити низом процесних радњи процесних субјеката, приликом одређивања појма чињенице оправдано је уважити обе компоненте (онтолошку и гносеолошку). Стога, појам чињенице се може одредити као утврђено постојање појаве (фрагмента) из стварности у кривичном поступку.

На основу појма опште логике, потребно је извести појам чињенице, специфичан за науку кривичног процесног права. Но, претходно треба имати у виду појам правне чињенице из теорије права. Правне чињенице су догађаји или људске радње, на основу којих долази до заснивања, промена и престанка правних односа.³ Једно од схватања у науци кривичног процесног права је да се под појмом чињенице подразумевају појаве у стварности,⁴ које представљају услове материјал-

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

² Б. Шешкић, *Основи методологије друштвених наука*, Београд 1974, 198.

³ М. Димитријевић, М. Симић, *Увод у право*, Ниш 2001, 232.

⁴ Једна варијација наведеног схватања у чињенице убраја појаве, догађаје, радње и стања. Н. Henkel, *Strafverfahrensrecht*, Berlin 1968, 262.

ног кривичног права за примену кривичних санкција, или услове за вођење кривичног поступка и извођење процесних радњи.⁵ Наведена дефиниција, заправо, конкретизује општи појам правних чињеница.

Будући да је свака кривична ствар различита, као реалан догађај из стварности, који се одиграо у прошлости, у кривичном поступку се утврђују разне врсте чињеница. У току кривичног поступка заснива се, тече и престаје кривичнопроцесни однос, који је једна врста правног односа. Извршењем кривичног дела заснива се кривичноправни однос, такође врста правног односа, о коме се одлучује у кривичном поступку. Према томе, током кривичног поступка утврђују се правне чињенице, јер утичу на динамику две наведене врсте правних односа (кривичног и кривичног процесног). Правне чињенице, на које се надовезују правне последице материјалног и процесног кривичног права, у процесној теорији се називају правно релеватним,⁶ односно одлучним чињеницама.⁷ У чл. 440, ст. 2 Законика о кривичном поступку, наводи се да је чињенично стање погрешно утврђено, кад је суд неку *одлучну чињеницу* погрешно утврдио, а да је непотпуно утврђено, када неку *одлучну чињеницу* није утврдио.

Правно релевантан значи бити од важности за право.⁸ Како је „право“ широк појам, потребно је додатно прецизирање. У кривичном поступку, као што је речено, 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.⁹ Те чињенице су *кривично материјално правно релевантне*. 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. Њих можемо назвати *кривично процесно правно релеватне чињенице*. Скуп једних и других чињеница означава се термином *правно релевантно чињенично стање*.¹⁰

Поједине правно релевантне чињенице у кривичном поступку није могуће утврдити непосредно, посредством доказних средстава, већ се до њих може доћи једино посредним путем, утврђивањем других чињеница. Те друге чињенице, на основу којих се утврђује постојање

⁵ В. Бајер, *Југославенско кривично процесно право (право о чињеницама и њиховом утврђивању у кривичном поступку)*, Загреб 1980, 4.

⁶ В. Бајер, 4; Ч. Стевановић, В. Ђурђић, *Кривично процесно право – општи део*, Ниш 2006, 223; Д. Радуловић, *Кривично процесно право*, Подгорица 2009, 150.

⁷ М. Грубиша, *Дејанско стање у казенском поступку*, Љубљана 1989, 13.

⁸ Бајер истиче да ту важност чињеницама даје право (В. Бајер, 5).

⁹ В. Ђурђић, „Утврђивање чињеница у кривичном поступку“, *Правна ријеч* 37/2013, 480.

¹⁰ В. Бајер, 5.

правно релевантних чињеница, нису одлучујуће за доношење судске одлуке. Оне нису правно релевантне, јер на њих право не надовезује правне последице. Њихова је, међутим, важност велика, јер су једини пут утврђивања правно релевантних чињеница. Ове чињенице се називају *индиције*.¹¹ Оне представљају извор сазнања о правно релевантним чињеницама, односно докази постојања тих чињеница. Са друге стране, индиције су врста чињеница (појаве у стварности), што имплицира да имају двоструки карактер у кривичном поступку. За утврђивање постојања правно релевантних чињеница најчешће није довољна једна,¹² већ више индиција (ланац индиција).¹³

У кривичном поступку каткад постоји потреба да се провери веродостојност неког извора сазнања о правно релевантним чињеницама.¹⁴ У том случају се прибегава додатним процесним радњама, којима се утврђују нове чињенице, с циљем проверавања. Те чињенице називају се *помоћне чињенице*, зато што помажу утврђивању правно релевантних чињеница. Исту улогу имају и чињенице-индиције, па би их такође могли назвати помоћним чињеницама. Стога је исправније назвати их *контролним чињеницама*,¹⁵ јер се њима контролише веродостојност извора сазнања.

3. ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ АДВЕРЗИЈАЛНОГ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Савремени кривични поступак, на глобалном нивоу, можемо поделити на два основна типа. То су континентално-европски и англо-амерички (англо-саксонски) тип кривичног поступка. У теорији се често означавају као инквизиторски и акузаторски¹⁶ тип поступка, иако то није сасвим прецизно одређење, јер у оба типа постоје извесни еле-

¹¹ Реч „индиција“ потиче од латинске речи „indiciū“, што значи предзнак, претпоставка, знак, симптом, путем кога долазимо до сазнања о нечему што је непознато или скривено. L. Ramshorn, F. Lieber, *Dictionary of Latin synonyms: for the use of schools and private students, with a complete index*, Boston 1841, 387.

¹² Изузетно се постојање правно релевантне чињенице може утврдити на основу једне индиције, примера ради, у случају алибија.

¹³ Ч. Стевановић, В. Ђурђић, 224.

¹⁴ На пример, чињеница да је сведок могао јасно видети инкриминисани догађај проверава се путем реконструкције. Контрадикторности између исказа окривљеног и сведока, или између исказа сведока утврђује се путем суочења.

¹⁵ М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Београд 1963, 18.

¹⁶ Акузаторски је реч, која је изведена из начела оптужбе, акузаторности. У литератури се, као синоними, срећу термини оптужни, адверсарни, адверзијални, адверсаријарни као и контрадикторни.

менти истражног и оптужног начела. Адверзијални кривични поступак је карактеристичан за САД, као и за Енглеску и Велс. Након реформе кривичног поступка, Италија је, такође, прихватила овај тип поступка. У остатку Европе постоји мешовити, континентално-европски тип кривичног поступка. Међутим, реформа која је присутна у европском законодавству, последњих деценија, традиционални мешовити поступак приближава адверзијалном. Тенденција, која се означава као конвергенција двају типова кривичног поступка, заправо је постепена метаморфоза ка адверзијалном кривичном поступку. Са једне стране, у већину држава, које су баштиниле мешовити тип поступка, уведени су елементи англо-саксонског поступка (споразум о признању кривице, пасивизација судије у доказном поступку), док се утицај континентално-европског поступка може уочити једино у јачању положаја јавног тужиоца приликом кривичног гоњења за тешка кривична дела (тероризам, организовани криминалитет).

Већ сам назив англо-америчког типа кривичног поступка, „адверзијални“, објашњава саму његову суштину. Реч је о „сукобљавању“ странка пред непристрасним арбитром, који пресуђује ко је у том двобоју био успешнији. Треба нагласити да је овај тип кривичног поступка заснован на сасвим другачијем поимању улоге државе у односу према појединцу. Реактивна држава је ограничена на конституисање институционалног оквира, унутар кога појединци остварују сопствене циљеве.¹⁷ Пренесено на терен кривичног поступка, таква минималистичка држава успоставља правосудни систем, који служи за решавање спорова, које појединци не могу међусобно решити. Зато адверзијални кривични поступак умногоме подсећа на парницу. С друге стране, у држави активистичког типа, највиши циљ судског поступка не може бити решавање спора. Уместо тога, циљ је применити право, увек када постоји интерес државе.¹⁸

Основне карактеристике адверзијалног кривичног поступка могу се сагледати на примеру кривичног поступка САД. Истрага се не сматра делом кривичног поступка и она је неформалног карактера. О спровођењу истраге се не доноси одлука. Истрагом руководи полиција, док се улога јавног тужиоца своди на давање инструкција, у посебним ситуацијама. Циљ истраге је хеуристичка делатност, те је најсличније преткривичном поступку, који постоји у континенталном типу поступка.¹⁹ Докази, прибављени у истрази се не могу користити

¹⁷ М. Дамашка, *Лица Правосуђа и државна власт*, Загреб 2008, 77.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ М. Шкулић, „Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка“, *Crimen* 2/2013, 198.

на главном претресу. Изузетак једино представља на исказ, који је осумњичени дао полицији, под условом да су испоштована сва права одбране (тзв. Миранда правило²⁰).

С друге стране, материјални докази, прибављени током истраге могу се користити у кривичном поступку, под условом да су прибављени на законит начин. Након подизања оптужнице, следи нека врста судске контроле оптужбе, која има за циљ испитивање оправданости извођења окривљеног на главни претрес. Реч је о прелиминарном саслушању (претресу), који се одвија или пред судијом појединцем, или пред великом поротом. У поступку пред великом поротом, или на прелиминарном претресу, утврђује се постојање одговарајућег степена сумње (*probable cause*) за извођење на главни претрес.²¹ Велику пороту сачињава 16 до 23 грађана, који се бирају са бирачког списка. У поступку контроле оптужбе нема контрадикторности, будући да учествује само једна странка – државни тужилац.

Тужилац износи доказе, којима подупире тврдњу да постоји вероватни разлог за извођење окривљеног на главни претрес. Након тога велика порота доноси одлуку о испуњењу тог услова. У пракси се ретко дешава да се донесе одлука, противна ставу државног тужиоца. Чак у 99,6 % случајева доноси се одлука, којом се потврђује оптужба.²² Након доношења одлуке велике пороте, приступа се формалном сачињавању оптужнице. У великом броју америчких држава велика порота је укинута. У оним државама, у којима и даље постоји, контрола оптужбе је резервисана само за нека кривична дела. Далеко чешће се практикује прелиминарни претрес, пред судијом појединцем. Прелиминарно саслушање је засновано на начелу контрадикторности. Тужилац износи доказе у прилог оптужби, а окривљени има право да износи доказе у прилог одбрани, као и да испитује сведоке. Исход је исти, као пред великом поротом. Ако суд установи постојање довољног степена сумње за извођење окривљеног на главни претрес, тужилац, заједно са судијом, сачињава оптужницу. Ако, пак судија донесе одлуку о одбијању оптужбе, поступак се обуставља. Међутим, ова одлука није обухваћена дејством начела *ne bis in idem*, те тужилац може поново поднети оп-

²⁰ Реч је о упозорењима, које је полиција дужна да саопшти осумњиченом након хапшења, или приликом саслушања. Односе се на заштиту од самооптуживања, гарантовану 5. амандманом на Устав САД, као и право на браниоца, из 6. амандмана. Ово правило потиче из одлуке Врховног суда САД, у случају Миранда против Аризоне (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)), у коме је суд установио да изостанак саопштавања права осумњиченом, приликом саслушања, представља кршење 5. и 6. амандмана на Устав САД.

²¹ М. Шкулић, 205.

²² *Ibid.*

тужницу против истог лица, за исто кривично дело, ако касније дође до нових доказа. Након потврђивања оптужнице, заказује се рочиште за изјашњење о кривици. На овом рочишту присуствују странке. Најпре тужилац чита оптужницу, да би се након тога окривљени, у присуству браниоца, изјаснио о сопственој кривици. Признање кривице доводи до изрицања кривичне санкције, без даљег доказног поступка. Довољно је да је признање дато добровољно и да је окривљени свестан реперкусија датог признања. Ако окривљени пориче кривицу, долази до поротног суђења. Порота уобичајено има 12 чланова, мада у појединим државама може имати и мање чланова. Састав пороте се бира за свако конкретно суђење, најчешће из бирачког списка. Суђење пред поротом је јавно, непосредно и контрадикторно суђење.

Пре почетка суђења, одржава се прелиминарно рочиште, на коме се странке изјашњавају о доказима, које намеравају да изведу на претресу. Суђење започиње изношењем навода оптужбе. Након тога, одбрана наводи своје доказе. Суд је пасиван и стара се о законитости самог суђења, као и о законитости прибављања доказа. Испитивање сведока се састоји од основног испитивања, странке, која га је позвала. Након тога следи унакрсно испитивање, од супротне странке. Коначно, сведока поново испитује странка, која га је позвала (додатно испитивање). Једна од специфичности адверзијалног поступка је могућност да се буде „сведок у сопственој ствари“, тј. да окривљени буде испитан у својству сведока. Та могућност не постоји у континенталном типу поступка. Порота доноси одлуку о кривици, без икаквог образложења („крив“ – „није крив“). Одлука мора бити донета једногласно. Ако је порота донела одлуку „крив је“, судија професионалац изриче кривичну санкцију. Кривична санкција се изриче на посебном рочишту, у присуству странака и службеника за одређивање кривичних санкција. Поступак по жалби је веома редак. Жалба на пресуду се може изјавити само по основу тежих повреда процесних правила, док чињеничне повреде не могу бити основ за изјављивање жалбе. До мериторног одлучивања по изјављеној жалби може доћи само ако прође прелиминарно одлучивање, где се врши тријажа важности повреде права и утицаја конкретног питања по будућу праксу судова.²³

4. СУБЈЕКТИ УТВРЂИВАЊА ЧИЊЕНИЦА

Од типа кривичног поступка зависи који ће процесни субјекти бити овлашћени за утврђивање чињеница. У чистом типу адверзијалног кривичног поступка, утврђивање чињеница је у власти пороте. Иако је,

²³ *Ibid.*

формалноправно посматрано, реч о судском органу, не може се апстраховати да је порота састављена од грађана, који не поседују правничко образовање. Најпре, о опсегу чињеница, које ће се утврђивати, одлучују странке. Тачније, чињенични скуп детерминише тужилац у оптужном акту. На окривљеном је шта ће од тога оспоравати, а шта не. Чињенице, које су неспорне међу странкама, не утврђују се у овом типу поступка. Судија професионалац, у начелу, не интервенише у погледу утврђивања чињеница. У супротном, сматра се, губи позицију непристрасног арбитра у спору странака. Пасивност судије се проширује чак и на основе, који искључују противправност, или кривицу (неурачунљивост, нужна одбрана...). У већини америчких држава и даље је недопуштено да суд, по службеној дужности утврђује неурачунљивост. Позивање окривљеног на тај приговор потпада под аутономију воље окривљеног.²⁴

У погледу круга кривичнопроцесних субјеката, који у кривичном поступку утврђују чињенице, у континенталној теорији, 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.²⁵ 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.²⁶ 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, правило је да у континенталном типу кривичног поступка чињенице утврђује кривични суд, изузетно други државни орган (јавни тужилац у фази истраге), који је на то законом овлашћен.²⁷ И у случају постојања тужилачке истраге, одлику о кривичној ствари доноси кривични суд, након суђења, схваћеног у ужем смислу. Разлог за поимање суда, као субјекта који утврђује чињени-

²⁴ М. Дамашка, 119.

²⁵ М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Загреб 1982, 96.

²⁶ Д. Крапац, „Утврдити чињенице значи уверити се у њихово постојање-властитим опажањем или доказивањем“, *Наша законитост* 11–12/1982, 107.

²⁷ В. Ђурђић, (2013), 485.

це у континенталном кривичног поступку, је непостојање праве пороте. У већини европских земаља постоји тзв. мешовито веће, састављено од судије професионалца и судија поротника. Судаће веће заједнички одлучује о чињеничним и правним питањима. Фактички превагу приликом доношења одлуке имају судије професионалци, док поротници следе одлуку судије, често без удубљивања у мериторно решавање кривичне ствари. Мешовито веће стога показује низ слабости, у пракси судова, те се учешће грађана у суђењу своди на пуку форму.

5. УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА ПРЕМА ОДРЕДБАМА ЗКП

У чл. 17 Законика о кривичном поступку из 2001. године,²⁸ *explicite* је било прописано да суд и други државни органи утврђују чињенице, које су од значаја за доношење судске одлуке. Насупрот томе, у чл. 16, ст. 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 чл. 17 ЗКП-а из 2001. године примеренија је садашњој процесној реалности, а одредба из чл. 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.²⁹ Притом, суд је 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.³⁰ Такво схватање коси се са језичким тумачењем законског текста, али и са процесном логиком. Странке предлажу извођење доказа, док суд прихвата предложене доказе и изводи их. Извођење доказа значи прихватање предложених доказа, сазнавање чињеница из извора доказа и процесно фиксирање.³¹ 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.

²⁸ *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 и 72/2009.

²⁹ Став 2, чл. 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“.

³⁰ Г. Илић *et al.*, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд 2012, 103.

³¹ В. Ђурђић, *Кривично процесно право – Општи део*, Ниш 2014, 258.

Терет доказивања оптужбе је, сасвим оправдано, на тужиоцу, а доказна иницијатива примарно на странкама, док 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 предложе 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 (чл. 15, ст. 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 предложе 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 предложе доказе. Дубиозно је како ће се странке приморати да предложе допунске доказе, с обзиром да наложити некоме 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 расправио.

Кључно питање за тумачење ове одредбе је, 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,³² 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 целости. 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 чл. 419, ст. 2 ЗКП-а, суд има дужност да, на основу оцене изведених доказа, закључи о извесности утврђених

³² Г. Илић *et al.*, 105–106.

чињеница. Круг правно релевантних чињеница, које је потребно утврдити, произлазе 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 што је на њему одговорност и за чињенична и за правна питања. Све док нема праве пороте, одговорност за укидање пресуда у жалбеном поступку пада на суд. 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.³³ 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 одредаба 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 чл. 15, ст. 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, дошло би до повреде објективног идентитета између пресуде и оптужбе.³⁴ Полазећи од те претпоставке, отвара се питање које чињенице се могу утврђивати, на

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

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.³⁵ То су *материјално правно релевантне* чињенице.

Осим тога, у кривичном поступку се утврђују чињенице, које се одnose 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*.³⁶ 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.³⁷ 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

³⁵ В. Ђурђић, (2013), 480.

³⁶ В. Бајер, 5.

³⁷ Г. Илић *et al.*, 107.

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 (чл. 16, ст. 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.³⁸ 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 целости, или у претежном делу, не би могла заснивати судска одлука, већ би суд требало да примени забрану преиначења на штету.³⁹ 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.⁴⁰ 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.

³⁸ С. Кнежевић, *Основна начела кривичног процесног права*, Ниш 2012, 118.

³⁹ Г. Илић *et al.*, 108.

⁴⁰ М. Грубач, *Кривично процесно право*, Београд 2009, 441.

Непостојање дужности суда да се стара о потпуном расветљању кривичне ствари, заснованом на истинито утврђеним одлучним чињеницама, обесмишљава постојање могућности да се у поступку по жалби испитује постојање чињеничних недостатака. Један од жалбених основа и даље је постојање непотпуног или погрешно утврђеног чињеничног стања (чл. 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 иститино утврђених чињеница може тачно утврдити чињенично стање. Супротно томе, ако одлучне чињенице нису истинито утврђене, чињенично стање биће погрешно.

6. ЗАКЉУЧАК

Јавноправни карактер континенталног 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 арбитраира на основу чињеничног стања, које је утврђено активношћу странака, и доноси одлуку о победнику тог двобоја. Не сме се изгубити из вида постојање и улога пороте у англо-америчком типу кривичног поступка. Порота доноси одлуку о чињеничном стању, односно изјашњава се о кривници окривљеног, а суд доноси одлуку о кривичној санкцији.

Постојање истражне максиме, законодавац је видео као недостатак кривичног поступка. Но, установљавањем страначке истине, уместо материјалне, изједначава кривични поступак са парницом. То је неприхватљиво јер је јавни интетрес преодминантан 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, приликом утврђивања 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.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Бајер, Владимир, *Југославенско кривично процесно право (право о чињеницама и њиховом утврђивању у кривичном поступку)*, Загреб 1980;
2. Грубач, Момчило, *Кривично процесно право*, Београд 2009;
3. Грубиша, Младен, *Дејанско стање у казенском поступку*, Љубљана 1989;
4. Грубиша, Младен, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Београд 1963;
5. Грубиша, Младен, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Загреб 1982;
6. Дамашка, Мирјан, *Лица правосуђа и државна власт*, Загреб 2008;
7. Димитријевић, Момчило, Симић, Миролуб, *Увод у право*, Ниш 2001;
8. Ђурђић, Војислав, *Кривично процесно право – Општи део*, Ниш 2014;
9. Ђурђић, Војислав, „Утврђивање чињеница у кривичном поступку“, *Правна ријеч* 37/2013;
10. Илић, Горан, *et al.*, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Београд 2012;
11. Кнежевић, Саша, *Основна начела кривичног процесног права*, Ниш 2012;
12. Крапац, Давор, „Утврдити чињенице значи уверити се у њихово постојање-властитим опажањем или доказивањем“, *Наша законитост* 11–12/1982;
13. Радуловић, Драго, *Кривично процесно право*, Подгорица 2009;
14. Ramshorn, J., Lieber, F., *Dictionary of Latin synonymes: for the use of schools and private students, with a complete index*, Boston 1841;
15. Стевановић, Чедомир, Ђурђић, Војислав, *Кривично процесно право – Општи део*, Ниш 2006;
16. Henkel, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, Berlin 1968;
17. Шешкић, Богдан, *Основи методологије друштвених наука*, Београд 1974;
18. Шкулић, Милан, „Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка“, *Crimen* 2/2013.

Assistant Ivan Ilić, LL.M.

Faculty of Law, University of Niš

CONTINENTAL-ADVERSIAL ESTABLISHING THE FACTS IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

In order to achieve an immediate and total (final) aim of the criminal proceedings, it is necessary to find answers to questions that have been raised in

the criminal request. It is about the existence of the crime, the offender, and the fulfillment of the conditions for the application of criminal sanctions. In addition, it is sometimes necessary to take a decision on the existence of the conditions for the conduct of criminal proceedings. The decision can be made after determining all the relevant circumstances of the case.

Fact-finding is one of the important characteristics of the type of criminal procedure. As each criminal matter is different, as the real event from reality, which took place in the past, in criminal proceedings establishes different types of facts. In criminal proceedings, sometimes there is a need to evaluate the credibility of a source of knowledge about the relevant legal facts. This is achieved by determining the auxiliary facts. The differences between the continental-European and Anglo-American criminal procedure, among other things, are reflected in the subjects of establishing the facts. While in the continental proceedings it is on the Court, in the adversarial proceedings the facts establishes the jury.

The author first deals with the notion and the types of facts, which are determined in criminal proceedings. Then the basic characteristics of modern types of criminal proceedings are presented. After that, the author deals with subjects participating in establishing the facts, according to the provisions of the Serbian Criminal Procedure Code (CPC) from 2011. After detailed analysis of the CPC provisions, the conclusion is that the adversarial procedure, which introduced by adopting CPC from 2011, remained out of an important element – the existence of the jury. Thus, a hybrid is created, something like continental-adversarial type of criminal procedure, which is reflected on the fact-finding, as well as the achievement of the objective goals of the procedure.

Key words: *Legally relevant facts; Indications; Fact-finding; Establishing the facts; Adversarial criminal proceedings; Continental criminal proceedings.*