



УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ



Иван Б Илић

ИСПИТИВАЊЕ ЧИЊЕНИЧНЕ ОСНОВЕ КРИВИЧНЕ ПРЕСУДЕ

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Текст ове докторске дисертације ставља се на увид јавности,
у складу са чланом 30., став 8. Закона о високом образовању
("Сл. гласник РС", бр. 76/2005, 100/2007 – аутентично тумачење, 97/2008, 44/2010,
93/2012, 89/2013 и 99/2014)

НАПОМЕНА О АУТОРСКИМ ПРАВИМА:

Овај текст сматра се рукописом и само се саопштава јавности (члан 7. Закона о ауторским и сродним правима, "Сл. гласник РС", бр. 104/2009, 99/2011 и 119/2012).

Ниједан део ове докторске дисертације не сме се користити ни у какве сврхе, осим за упознавање са њеним садржајем пре одбране дисертације.

Ниш, 2018.



UNIVERSITY OF NIŠ
FACULTY OF LAW



Ivan B Ilić

**EXAMINATION OF A CRIMINAL
JUDGMENT FACTUAL BASIS**

DOCTORAL DISSERTATION

Niš, 2018.

Подаци о докторској дисертацији

Ментор:

др Војислав Ђурђић, редовни професор, Универзитет у Нишу,
Правни факултет
др Саша Кнежевић, редовни професор, Универзитет у Нишу,
Правни факултет

Наслов:

Испитивање чињеничне основе кривичне пресуде

Резиме:

Предмет истраживања је испитивање чињеничних недостатака неправноснажне и правноснажне кривичне пресуде. Истраживање је обухватило легислативну основу, на међународном и националном нивоу. Анализиране су могућности испитивања и ревидирања чињеничне основе судске одлуке. Испитани су могући узроци, који доводе до постојања чињеничних недостатака, као и импликације, које мањкавости у утврђеном чињеничном стању имају на примену права. Предмет опсервације аутора представља поступање виших судских инстанци, у поступку испитивања чињеничне основе. Предмет пажње је и поступање првостепеног суда, у случају новог суђења, након укидања пресуде, због чињеничних недостатака. Циљ истраживања је теоријска анализа нормативног оквира, којим је регулисано испитивање чињеничне основе кривичне пресуде, као и практична евалуација примене легислативне основе, у судској пракси. Приликом истраживања су коришћени историјскоправни, упоредноправни, правно – догматски метод, статистички метод и метод анализе садржаја. На основу теоријске компоненте истраживања се дошло до закључка да промена модела кривичног поступка имплицира промене у корпусу субјеката, који утврђују чињенице, у опсегу чињеница, које се доказују, као и степена уверења са којим се утврђују. Аутор, такође, закључује да реформски захвати у нашем кривичном поступку, утичу на обим испитивања чињеничне основе пресуде. На основу анализе легислативне основе, аутор закључује да се приликом нормирања поступка преиспитивања чињеница мора водити рачуна о ефикасности кривичног поступка, али и потребе да се чињенично стање потпуно и тачно утврди. Анализом нормативне основе преиспитивања чињеничне основе правноснажне пресуде је изведен закључак да су прописана преширока овлашћења за одбацивање захтева за понављање поступка. Аутор, такође, пледира за увођење понављања поступка на штету окривљеног, у законом прописаним границама. На основу резултата емпиријског истраживања, аутор закључује да је испитивање чињеничне основе неправноснажне пресуде веома често у судској пракси. Са друге стране, испитивање чињеничне основе правноснажне пресуде је реткост, а још мањи број је уважених захтева за понављање кривичног поступка. На основу резултата

емпиријског истраживања, аутор доводи у питање делотворност правног лека захтев за понављање кривичног поступка.

Научна област:
Научна
дисциплина:

друштвено – хуманистичке науке, правне науке

Кривично процесно право

Кључне речи:

чињенично стање, чињенице, пресуда, кривични поступак, адверзијални кривични поступак, континентални кривични поступак, жалба, понављање поступка

УДК:

CERIF
класификација:

S149

Тип лиценце
Креативне
заједнице:

CC BY-NC-ND

Data on Doctoral Dissertation

Doctoral
Supervisor:

PhD, Vojislav Đurđić, full professor, University in Niš, Law faculty

Title:

Examination of a criminal judgment factual basis

Abstract:

The subject of the research is examination of the factual basis of a non final and final criminal judgment. The research included an international and national legislative basis. The possibilities of examining and reviewing factual basis of the court decision were analyzed. Possible causes, which lead to the existence of factual deficiencies, as well as the implications that the deficiencies in the established factual basis have on the application of the law, are examined. The object of the author's observation is acting of higher judicial instances, in the examination of the factual basis. The object of the author's attention is also the conduct of the first-instance court, in the case of a new trial, after the cancellation of the judgment, due to established factual deficiencies. The aim of the research is the theoretical analysis of the normative framework, which regulates the examination of the factual basis of the criminal judgment, as well as the practical evaluation of the application of the legislative basis, in the case law. During the research, were used historical, comparative, legal (dogmatic) method, statistical method and method of content analysis. Based on theoretical research, it was concluded that the change in the model of criminal procedure implies changes in the corpus of subjects, which determine the facts, in the scope of the facts that are proven, as well as the degree of certainty that they establish. The author also concludes that the reform interventions in our criminal proceedings affect the scope of the judgment's factual basis examination. Based on the analysis of the legislative basis, the author concludes that, during the making of normative basis of procedure for reviewing the facts, must be taken into account the efficiency of the criminal procedure, as well as the need to fully and accurately determination of the judgment's factual basis. By analyzing of the normative basis for reviewing of the final judgment's factual basis, it was drawn the conclusion that it was prescribed excessive powers for the rejection of the request for repetition of the proceedings. The author also pledges for repeating the proceedings at the expense of the defendant, within the legally prescribed limits. Based on the results of the empirical research, the author concludes that the examination of the factual basis of a non final judgment is very often in court practice. On the other hand, the examination of the factual basis of a final judgment is rare, and the number of accepted requests for reopening of criminal proceedings is even lower. Based on the results of the empirical research, the author calls into question the effectiveness of the legal remedy request for reopening of criminal

proceedings.

Scientific
Field:
Scientific
Discipline:

Social sciences, Law

Criminal proceedings

Key Words:

factual basis, facts, judgment, criminal proceedings, adversarial
criminal proceedings, continental criminal proceedings, appeal,
reopening of a trial

UDC:

CERIF
Classification:

S149

Creative
Commons
License Type:

CC BY-NC-ND

САДРЖАЈ

УВОД	1
I Утврђивање чињеница у кривичном поступку	3
1. Појам чињенице у логици, у правној науци и у кривичном поступку	3
2. Шта представља утврђивање чињеница	6
3. Врсте чињеница које се утврђују у кривичном поступку	8
3.1. Правно релевантне чињенице	8
3.2. Чињенице индиције	10
3.3. Контролне чињенице	18
3.4. Дводеоба и трдеоба чињеница	18
3.5. Остале класификације чињеница	20
4. Чињенице које се у кривичном поступку не доказују	24
5. Субјекти утврђивања чињеница	30
5.1. Утврђивање чињеница према одредбама Законика о кривичном поступку ..	32
6. НАЧИНИ УТВРЂИВАЊА ЧИЊЕНИЦА	39
6.1. Појам доказа	39
6.2. Појам доказног средства	42
6.3. Врсте доказа	43
6.4. Доказне забране (ограничења)	50
6.4.1. Везаност пресуде оптужбом	50
6.4.2. Остале доказне забране	58
6.5. Преклузија доказа	61
6.6. Утицај консенсуалних процесних форми на доказивање чињеница	63
7. Степеновање утврђивања чињеница	65
7.1. Степени извесности у континенталном типу поступка	65
7.2. Утицај сумње у извесност чињеница на судску одлуку	75
7.2.1. Појам, значење и историјат принципа <i>in dubio pro reo</i>	75
7.2.2. Опсег важења принципа <i>in dubio pro reo</i> и повезаност са другим процесним институтима	77
7.2.3. Принцип <i>in dubio pro reo</i> у српском кривичном поступку	82
7.2.4. <i>In dubio pro reo</i> у судској пракси	86
7.3. Степени сумње у англо-америчком кривичном поступку	87

8.	Чињенично и правно питање	94
9.	Законска терминологија о чињеницама.....	97
10.	Гаранције за правилно утврђивање чињеница у кривичном поступку.....	100
10.1.	Начело контрадикторности и једнакост оружја.....	100
10.1.1.	Контрадикторност и тужилачка истрага.....	103
10.1.2.	Реализација контрадикторности на главном претресу	108
10.1.3.	Суђење у одсуству окривљеног	111
10.2.	Начело непосредности.....	113
10.2.1.	Реализација начела непосредности	115
10.3.	Начело усмености	117
10.4.	Начело јавности	120
II ПРАВНА СРЕДСТВА ЗА ИСПИТИВАЊЕ ЧИЊЕНИЧНЕ ОСНОВЕ ПРЕСУДЕ		125
11.	Појам, оправдање постојања и циљеви правних лекова	126
12.	Врсте правних лекова	131
13.	Дејство правног лека.....	135
14.	Основи правних лекова.....	139
15.	Субјекти правних лекова.....	142
16.	Објекат правног лека	148
16.1.	Диспозитив пресуде.....	149
16.2.	Образложење пресуде.....	150
III ИСПИТИВАЊЕ ЧИЊЕНИЧНЕ ОСНОВЕ НЕПРАВНОСНАЖНЕ ПРЕСУДЕ		152
17.	Појам испитивања утврђених чињеница	152
18.	Историјат редовних правних лекова	154
18.1.	Стари век.....	154
18.2.	Средњи век	158
18.3.	Нови век	161
18.4.	За и против апелације	164
18.5.	Апелација, касација и ревизија.....	169
18.6.	Историјат испитивања чињеничне основе неправноснажних пресуда у Србији	173
18.6.1.	Период успостављања нормативног оквира у обновљеној држави	173
18.6.2.	Период примене првог српског процесног закона.....	176

18.6.3.	Предјугословенски период.....	181
18.6.4.	Закон о кривичном поступку Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца...	182
18.6.5.	Закон о кривичном поступку ФНРЈ.....	185
18.6.6.	Закон о кривичном поступку СФРЈ.....	189
18.6.7.	Законик о кривичном поступку СРЈ из 2001. године	192
19.	Испитивање чињеничне основе неправноснажне пресуде према важећем процесном закону.....	195
19.1.	Појам и одлике жалбе на пресуду првостепеног суда.....	195
19.2.	Примена међународних стандарда права на жалбу.....	197
19.3.	Субјекти жалбе према Законнику о кривичном поступку из 2011. године	201
19.4.	Основи жалбе према важећем процесном закону.....	203
19.4.1.	Битне повреде одредаба кривичног поступка	203
19.4.2.	Повреде кривичног закона	215
19.4.3.	Погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање	217
19.4.4.	Нове чињенице и нови докази	221
19.4.5.	Страначки карактер поступка и чињенични недостаци као основ жалбе.....	222
19.4.6.	Феномен „прерушавања“ чињеничних у правна питања	224
19.4.7.	Неправилна одлука о кривичним санкцијама и споредним предметима кривичног поступка	226
19.5.	Границе испитивања побијане пресуде	232
19.6.	Садржај жалбе	234
20.	Поступак по жалби.....	239
20.1.	Припремни поступак	239
20.2.	Главни поступак.....	242
20.3.	Мериторне одлуке другостепеног суда	246
20.3.1.	Усвајање жалбе.....	246
20.3.2.	Одбијање жалбе.....	248
20.4.	Жалба на пресуду другостепеног суда	249
21.	Испитивање чињеничне основе одлука јавног тужиоца у истрази	253
22.	Побијање чињеничне основе пресуде донете након рочишта за изрицање кривичних санкција без главног претреса	256
23.	Испитивање чињеничне основе одлуке суда донете на основу закљученог споразума о признању кривичног дела	258

24.	Испитивање чињеничне основе решења о изрицању мера безбедности обавезног психијатријског лечења	260
25.	Упоредноправни приказ испитивања чињеничне основе неправноснажне пресуде	262
25.1.	Француска.....	262
25.2.	Белгија.....	265
25.3.	Немачка.....	266
25.4.	Аустрија.....	269
25.5.	Русија	270
25.6.	Италија	272
25.7.	Румунија.....	274
25.8.	Бугарска	275
25.9.	Босна и Херцеговина	277
25.10.	Хрватска.....	281
25.11.	Македонија	284
25.12.	Словенија	286
25.13.	Тзв. Косово	289
25.14.	Норвешка	290
25.15.	Данска	293
25.16.	Шведска	293
25.17.	Енглеска.....	294
25.18.	Сједињене америчке државе	298
25.19.	Канада	300
25.20.	Јужна Африка	302
25.21.	Нови Зеланд.....	303
25.22.	Статути међународних судова.....	304
IV ПРЕИСПИТИВАЊЕ ЧИЊЕНИЧНЕ ОСНОВЕ ПРАВНОСНАЖНЕ ПРЕСУДЕ		308
26.	Правноснажност судских одлука и начело <i>ne bis in idem</i>	308
27.	Појам и оправдање ванредних правних лекова.....	310
28.	Одлике ванредних правних лекова.....	312
29.	Историјат ванредних правних лекова	313
29.1.	Античка Грчка.....	313
29.2.	Стари Рим	313

29.3.	Средњевековно право	314
29.4.	Настанак ванредних правних лекова у савременом кривичном поступку	316
29.5.	Историјат ванредних правних лекова у српском кривичном поступку ...	319
29.5.1.	Закон о поступку судском у кривичним делима из 1865. године.....	319
29.5.2.	Закон о судском кривичном поступку Краљевине Југославије из 1929.године.....	321
29.5.3.	Закон о кривичном поступку из 1948. године	325
29.5.4.	Законик о кривичном поступку из 1953. године.....	327
29.5.5.	Закон о кривичном поступку из 1976. године	329
29.5.6.	Законик о кривичном поступку из 2001. године.....	332
30.	Понављање кривичног поступка	334
30.1.	Појам понављања кривичног поступка.....	334
30.2.	Међународна и уставна регулатива допуштености понављања поступка.....	335
30.3.	Позитивноправно регулисање испитивања чињеничне основе правноснажне пресуде	340
30.4.	Врсте понављања кривичног поступка.....	343
30.5.	Разлози за понављање поступка	346
30.5.1.	Пресуда заснована на кривичном делу	347
30.5.2.	Нове чињенице и докази.....	351
30.5.3.	Повреда принципа <i>ne bis in idem</i> (противуречне пресуде).....	361
30.6.	Овлашћени подносиоци захтева за понављање поступка.....	363
30.7.	Садржај захтева.....	366
30.8.	Поступак по захтеву за понављање кривичног поступка	367
30.8.1.	Формално одлучивање о захтеву за понављање поступка.....	368
30.8.2.	Мериторно одлучивање о захтеву за понављање поступка.....	369
30.9.	Поступање на главном претресу у поновљеном поступку	375
31.	Понављање кривичног поступка осуђеном у одсуству	378
32.	Упоредноправна регулатива понављања кривичног поступка.....	382
32.1.	Француска.....	382
32.2.	Немачка.....	383
32.3.	Аустрија	384

32.4.	Русија	385
32.5.	Италија	385
32.6.	Норвешка	386
32.7.	Шведска	387
32.8.	Данска	388
32.9.	Румунија.....	389
32.10.	Бугарска	390
32.11.	Енглеска	391
32.12.	САД	393
32.13.	Босна и Херцеговина	395
32.14.	Црна Гора.....	397
32.15.	Хрватска.....	398
32.16.	Словенија.....	402
32.17.	Македонија	403
32.18.	Тзв. Косово	405
32.19.	Статути међународних судова.....	407
V РЕЗУЛТАТИ ЕМПИРИЈСКОГ ИСТРАЖИВАЊА		409
33.	Жалба на пресуду првостепеног суда	409
33.1.	Жалбе на пресуду Основног суда у Нишу за које је надлежан Виши суд у Нишу.....	409
33.2.	Жалбе на пресуду Основног суда у Нишу за које је надлежан Апелациони суд у Нишу	414
33.3.	Жалбе на пресуде Вишег суда у Нишу	418
33.4.	Жалба на пресуду другостепеног суда	421
34.	Захтев за понављање кривичног поступка.....	425
34.1.	Основни суд у Нишу.....	425
34.2.	Виши суд у Нишу.....	432
ЗАКЉУЧАК		436
БИОГРАФИЈА АУТОРА		468

УВОД

Свака људска делатност има свој циљ, под којим се сматра априори постављен и фиксиран жељени резултат, до кога се жели доћи свесном активношћу.¹ Кривични поступак је правно уређена људска делатност, па сходно томе, има свој(е) циљ(еве). Приликом дефинисања циља кривичног поступка, треба правити разлику између непосредног и посредног циља. Као непосредан циљ вођења кривичног поступка најчешће се означава утврђивање постојања казненог захтева државе, у конкретном случају.² С обзиром да је кривични поступак инструменталног карактера, у односу на кривично материјално право, у њему се одлучује о примени материјалног кривичног права.³

Циљ вођења кривичног поступка се остварује провером основаности захтева јавног тужиоца из оптужног акта. Користећи право државе на кажњавање (*ius puniendi*), јавни тужилац, у случају постојања одређеног степена сумње да је извршено кривично дело, истиче захтев, у форми оптужног акта, којим тражи од суда да утврди, да ли је учињено кривично дело, ко га је учинио, као и да ли су испуњени услови за примену кривичне санкције.⁴ О казненом захтеву јавног тужиоца, након спроведеног кривичног поступка, доноси се судска одлука. Неки аутори циљ вођења кривичног поступка виде у решавању његовог предмета, односно у доношењу одлуке о кривичном делу.⁵ Како се на тај начин испуњавају захтеви материјалног кривичног права о постојању кривичног дела, кривичне одговорности и примени кривичне санкције, овако дефинисан циљ се поклапа са претходно изнетом концепцијом.

¹ Стеван Врачар, *Социјална садржина функције државноправног поретка*, Београд, 1965, стр. 73.

² Божидар Марковић, *Уџбеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије*, Београд, 1930, стр. 3.

³ Тихомир Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд, 1981, стр. 15. Исто: Снежана Бркић, *О циљевима кривичног поступка*, Гласник адвокатске коморе Војводине, број 10/1997, стр. 380, Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право – општи део*, Ниш, 2014, стр. 12, Миодраг Симовић, Владимир Симовић, *Кривично процесно право – увод и општи део*, Бихаћ, 2013, стр. 35.

⁴ Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, стр. 13. Павишић разликује четири општа циља кривичног поступка, да ли је учињено кривично дело, ко је учинилац, да ли је крив и да ли постоје услови за примену кривичне санкције (Берислав Павишић и сурадници, *Казнено поступовно право*, Ријека, 2011, стр. 31). Крапац циљем вођења кривичног поступка сматра утврђивање кривице или невиности као и (евентуално) изрицање кривичне санкције (Давор Крапац, *Казнено процесно право – институције*, Загреб, 2010, стр. 4).

⁵ Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, стр. 3.

Општи, непосредни циљ кривичног поступка је дефинисан у члану 1. Законика о кривичном поступку Србије (у даљем тексту: ЗКП),⁶ који носи наслов „предмет законика“. Циљ законом утврђених правила је да нико не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција, под условима, прописаним кривичним законом, у законитом и правичном кривичном поступку.⁷ У делу процесне теорије се може наћи схватање, које се у највећем делу, поклапа са законским изразом циља кривичног поступка. Према том схватању, основни циљ кривичног поступка је да се учиниоцу кривичног дела, на основу законито спроведеног поступка, изрекне кривична санкција,⁸ а да се пружи заштита невиним лицима, уз избегавање самовоље током вођења поступка и приликом доношења судске одлуке.⁹

У делу теорије може се наћи на схватање, према којем непосредни циљ кривичног поступка представља утврђивање материјалне истине,¹⁰ као и опсервација личности окривљеног.¹¹ Оваква гледишта само су делимично прихватљива. Утврђивање истине о кривичном догађају мора бити један од циљева вођења кривичног поступка. У супротном, чему би се тежило?! Једини антипод био би утврђивање неистине, или у најбољем случају полуистине. Овом се циљу, међутим, не може тежити по сваку цену и без ограничења. Неограничено трагање за истином током кривичног поступка би довело до прекомерног задирања у основна људска права и слободе окривљеног. Осим тога, трагање за истином мора бити у строгој, законом прописаној форми извођења кривичнопроцесних радњи. Кривични суд је, такође, ограничен оптужбом јавног тужиоца (принцип везаности пресуде оптужбом). Ни упознавање личности окривљеног не може бити доминантни циљ кривичног поступка.¹² То би могао бити циљ психолошке опсервације личности окривљеног, као

⁶ "Сл. гласник РС", бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

⁷ Циљ кривичног поступка по први пут је истакнут у Законику о поступку судском у кривичним делима за Краљевину Србију, из 1865. године. Сви органи вођења поступка дужни су да се старају да невини не вуду гоњени, а вини да не избегну заслужену казну (члан 5. став 1.). Законик о кривичном поступку Краљевине Југославије није садржао ову одредбу, али је поново уведена у ЗКП- у из 1953. године.

⁸ Никола Матовски и др, *Казнено процесно право*, Скопље, 2011, стр. 18. Овако дефинисан циљ изоставља важну напомену, да се спречи осуђивање невиних лица (Види: Никола Огорелица, *Казнено процесуално право: с особитим обзиром на јудикатуру Краљ. стола седморице и касационога суда бечкога*, Загреб, 1899, стр. 4).

⁹ Claus Roxin, Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, München, 2009, стр. 3.

¹⁰ М. С. Строгович, *Кривични судски поступак*, Београд, 1948, стр. 9.

¹¹ О утврђивању криминолошке личности окривљеног, као једном од задатака кривичног поступка видети: Тихомир Васиљевић, *op. cit.*, стр. 292.

¹² Циљ кривичног поступка према малолетницима је, измађу осталог, заштита личности. Стога се превалетно утврђују чињенице, које се односе на личност малолетника, као и његове личне прилике (Саша Кнежевић, *Малолетничко...*, *op. cit.*, стр. 104).

радње вештачења у кривичном поступку, а не поступка, у целини. Свакако да се субјективне околности извршења кривичног дела утврђују у кривичном поступку, али не као доминантни циљ, већ само као један од аспеката извршења кривичног дела, уз објективне околности.

Телеолошко посматрање кривичног поступка нужно обухвата шири, друштвени контекст. Осим непосредног циља, кривични поступак има општи циљ, који се поклапа са циљем материјалног кривичног права, који се огледа у заштити друштва од криминалитета. Заштита усвојених друштвених вредности, које се штите инкриминацијама у кривичном закону, остварује се путем права државе на кажњавање (*ius puniendi*), а технички применом права на правилно и потпуно утврђено чињенично стање. Друштвени циљ кривичног поступка се остварује, такође, путем заштите одређених индивидуалних вредности, које називамо основним људским правима и слободама.¹³ На тај начин се у савременом кривичном поступку настоји успоставити својеврсна равнотежа између супротстављених захтева за ефикасношћу поступка и заштите основних права и слобода, пре свега окривљеног.

Да би се остварио непосредни и општи (коначни) циљ кривичног поступка, потребно је пронаћи одговоре на питања, која су постављена у казненом захтеву. Потребно је донети одлуку о постојању кривичног дела, о учиниоцу, и о испуњености услова за примену кривичне санкције. Осим тога, каткада је потребно донети одлуку о испуњености услова за вођење кривичног поступка. О томе се може одлучити¹⁴ након што се утврде све релевантне околности кривичне ствари. Те околности заправо представљају појаве у стварности,¹⁵ које се у логици и науци кривичног процесног права називају *чињеницама*¹⁶.

I Утврђивање чињеница у кривичном поступку

1. Појам чињенице у логици, у правној науци и у кривичном поступку

¹³ Давор Крапац, *op. cit.*, стр. 5.

¹⁴ О предмету кривичног поступка најчешће се одлучује у форми пресуде. Доношење одлуке представља логичку делатност, у којој се под апстрактну правну норму супсумирају утврђене чињенице, у конкретном случају (Давор Крапац, *Процесноправни аспект проблема утврђивања чињеничног стања у кривичном поступку*, ЈРКК бр. 3-4/1981, стр. 527).

¹⁵ Владимир Бајер, *Југославенско кривично процесно право (право о чињеницама и њиховом утврђивању у кривичном поступку)*, Загреб, 1980, стр. 3.

¹⁶ О важности чињеница у судском поступку говори стара латинска сентенца *da mihi factum, dabo tibi ius*.

Будући да се појмом чињенице првенствено бави логика, најпре треба поћи од општег поимања. У онтолошком смислу под чињеницом се подразумева нека индивидуална ствар, односно њена егзистенција, својство или однос. Појам чињеница, према томе, означава да нешто јесте, да нешто постоји, да нешто јесте такво и такво – да има таква и таква својства, затим, да нешто јесте у таквим и таквим односима, као и да се нешто понаша/развија тако и тако.¹⁷ У гносеолошком смислу, чињенице су појаве, догађаји, односи, својства, који су предмет опажања, описивања, рационалног тумачења.¹⁸ *Summa summarum*, то су појаве из стварности, које су предмет спознаје.

У процесној литератури је најчешће навођена логичка дефиниција, према којој је чињеница „мисаоно-чулном делатношћу утврђено објективно-реално постојање извесне ствари, појаве, процеса, дешавања, особине или односа предмета сазнања“.¹⁹ Наведена дефиниција уважава онтолошку и гносеолошку компоненту појма чињенице. На другој страни је одређење, које чињеницама сматра спољне или унутрашње појаве, догађања, радње, стања, из прошлости и садашњости.²⁰ Ова дефиниција појам чињенице одређује искључиво са онтолошке стране. Према делу теорије, дефиниција опште логике прихватљива је за науку кривичног процесног права.²¹ 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 се појам чињенице може одредити као утврђено постојање појаве (фрагмента) из стварности у кривичном поступку²²

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.²³ Слично је гледиште према коме су то чињенице, садржане у почетној хипотези и у

¹⁷ <http://gimza.edu.rs/novosti/?p=106>.

¹⁸ Владимир Водинелић, *Проблеми чињеница у доказној теорији кривичног процесног права*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5/1992, стр. 371.

¹⁹ Богдан Шешкић, *Основи методологије друштвених наука*, Београд, 1974, стр. 198.

²⁰ Загорка Јекић, *Докази и истина у кривичном поступку*, Београд, 1989, стр. 29.

²¹ Чедомир Стевановић, *Кривично процесно право*, Београд, 1994, стр. 191, Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право – општи део*, Ниш, 2006, стр. 223, Војислав Ђурђић, *Утврђивање чињеница у кривичном поступку*, *Правна ријеч*, бр. 37/2013, стр. 477.

²² Слично: Владимир Водинелић, *op. cit.*, стр. 373.

²³ Момчило Димитријевић, Миролуб Симић, *Увод у право*, Ниш, 2001, стр. 232.

одређењу деликта, као секундарној хипотези правне норме, које су услови за настанак, промену или престанак правних односа (правних овлашћења или обавеза).²⁴ Из угла судског логичког закључивања, правне чињенице представљају мању премису (*premissa minor*), које се супсумирају под већу премису (*premissa maior*), правну норму, што у кривичном поступку представља примену кривичне санкције. Неки процесуалисти чињенице сагледавају као основ пресуде, имајући у виду да се, сходно начелу непосредности, пресуда заснива искључиво на чињеницама, утврђеним на главном претресу.²⁵ Једно од схватања дефинише чињенице, правећи разлику од права. Према тој концепцији, чињенице су предмет перцепције, свести, односно поимања.²⁶ У науци кривичног процесног права, под појмом чињенице у кривичном поступку такође се сматрају појаве у стварности,²⁷ које представљају услове материјалног кривичног права за примену кривичних санкција, или услове за вођење кривичног поступка и извођење процесних радњи.²⁸ Веома слична је дефиниција, која чињеницама сматра животни догађај, или више њих, који су повезани у једну целину.²⁹ Наведена дефиниција, заправо, конкретизује општи појам правних чињеница. Извршењем кривичног дела настаје кривичноправни однос између учиниоца и државе. У кривичном поступку се утврђују чињенице, које утичу на настанак тог правног односа (услови за примену кривичне санкције). Покретањем и вођењем кривичног поступка заснива се и кривично процесни однос. Чињенице везане за кривичнопроцесни однос се такође утврђују у кривичном поступку (услови за вођење поступка). Овом схватању се приговара, пре свега, због тога што не обухвата услове кривичног права, који се односе на постојање самог кривичног дела, као о претпоставке за примену кривичне санкције.³⁰ Осим тога, наведеном дефиницијом нису обухваћене чињенице индиције, којима се, посредним путем, утврђују правно релевантне чињенице.³¹

²⁴ Никола Висковић, *Држава и право*, Загреб, 1997., стр. 212.

²⁵ Божидар Марковић, *О доказима у кривичном поступку*, Београд, 1921, стр. 4, Бранко Петрић, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Београд, 1987, стр. 132.

²⁶ Бранко Петрић, *Коментар Законика о кривичном поступку, II књига*, Београд, 1987, стр. 131, Наведено према: Загорка Јекић Симић, *op. cit.* стр. 28.

²⁷ Једна варијација наведеног схватања у чињенице убраја појаве, догађаје, радње и стања (Heinrich Henkel, *Strafverfahrensrecht*, Berlin, 1968, str. 262).

²⁸ Владимир Бајер, *op. cit.*, стр. 4.

²⁹ Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1978, стр. 192-193.

³⁰ Милан Шкулић, 2009, *op. cit.*, стр. 182.

³¹ Војислав Ђурђић, *Утврђивање чињеница...*, *op. cit.* стр. 476.

2. Шта представља утврђивање чињеница

Утврђивање чињеница у кривичном поступку представља делатност, којом се реконструише догађај из прошлости. Сагледавајући ток кривичног поступка, чињенична основа има квантитативну али и квалитативну динамику. Чињенична основа кривичне ствари има динамику од основа сумње, што је степен извесности потребан за почетак истраге, преко оправдане сумње, за подизање оптужнице, све до извесности, што је степен сумње потребан за доношење пресуде. Чињенична подлога кривичне пресуде се формира делатношћу странака и суда. Странке предлажу и изводе доказе, а суд учествује у тим делатностима странака, тако што обезбеђује законитост извођења доказа, или сам изводи доказе. Да би се чињеница сматрала утврђеном, потребно је да о њеном постојању уверење стекне суд. Суд је надлежан за доношење одлуке о кривичној ствари, па је једини овлашћен да утврђује чињенице у кривичном поступку. У тој делатности му помажу странке и други учесници поступка, али став учесника поступка о постојању чињеница не везује суд. Само их суд може утврдити доношењем одлуке о кривичној ствари. Полазећи од епистемолошко - логичке дефиниције, утврдити чињеницу значи уверити се у њено постојање,³² односно установити да ли она постоји или не (да ли је, или није постојала).³³ У процесној теорији постоје и кривичнопроцесне дефиниције утврђивања чињеница. Једно од схватања је да утврђивање чињеница представља логичку операцију, која се састоји у закључивању суда о постојању одлучних чињеница из прибављених основа сазнања.³⁴ Према истом аутору, утврђивање чињеница представља установљење у прописаној форми и ауторитативно проглашење од стране суда у његовој одлуци постојања, или непостојања скупа чињеница, на којима се заснива одлучивање у кривичном поступку.³⁵ У доктрини постоји и гледиште да у процесноправном смислу утврдити чињеницу значи уверити се у њено постојање, из правно допуштених извора, као и ауторитативно проглашење у одлуци суда или другог органа вођења поступка.³⁶ У новијим радовима је присутно посредно одређење утврђивања чињеница, преко

³² Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право – општи део*, Ниш, 2014, стр. 242.

³³ Владимир Бајер, *op. cit.*, стр. 5.

³⁴ Младен Грубиша, *Чињенично стање...*, *op. cit.*, стр. 31.

³⁵ *Ibidem*, стр. 96.

³⁶ Војислав Ђурђић, 2014, *op. cit.*, стр. 244.

одговора на питање, ко у кривичном поступку утврђује чињенице,³⁷ односно преко прављења дистинкције између утврђивања и доказивања чињеница.³⁸ У другом случају је дато одређење, да утврђивање представља испитивање да ли нешто постоји.³⁹

Епистемолошка дефиниција се у кривичном поступку може и мора применити, као полазна основа. Спознајни процес утврђивања чињеница у кривичном поступку је исти као у свакодневном животу. Ипак се не сме губити из вида да утврђивање чињеница у кривичном поступку, да би производило правне последице, мора бити проглашено у судској одлуци. Спознаја учесника у поступку о постојању чињеница нема правних последица, ако такав закључак не изведе суд. Једини изузетак је утврђивање чињеница, од којих зависи постојање правних претпоставки за кривично гоњење. Те чињенице утврђује државни орган, коме је поверено вођење истраге, односно јавни тужилац. У делатности утврђивања чињеница, од којих зависи основаност казненог захтева, јавни тужилац учествује, али са нижим степеном извесности. Довољно је да се увери да о чињеницама постоје само основи сумње, или највише оправдана сумња. Јавни тужилац, према томе има само квалификовану сумњу да чињенице постоје, па зато отвара истрагу или подиже оптужницу. Чињенице се не утврђују ни у поступку примене диверзионих форми, већ јавни тужилац има само основе сумње у постојање чињеница. Према томе, чињеница у кривичном поступку, од које зависи основаност казненог захтева, може бити утврђена, само ако се суд са извесношћу уверио у њено постојање.

Суд може утврђивати чињенице на предлог странака, или по службеној дужности, у зависности од модела кривичног поступка, који је прихваћен. Преимућство странака у иницирању утврђивања чињеница је одлика адверзијалног поступка. Равноправност у иницијативи за утврђивање чињеница је једна од одлика континенталног типа кривичног поступка. Независно од прихваћеног модела и иницијативе за утврђивање чињеница, само их суд утврђује и то на основу оцене изведених доказа. Суд утврђене чињенице ауторитативно проглашава у диспозитиву и образложењу судске одлуке. Стога сматрамо да је чињеница утврђена у кривичном поступку, ако је суд (или изузетно други орган вођења поступка) стекао уверење у

³⁷ Алан Узелац, Истина у судском поступку, Загреб, 1997, стр. 149-153, Страхиња Давидов, Утврђивање чињеница у кривичном поступку – има ли правде без истине, докторска дисертација, Ниш, 2014, стр. 47-53.

³⁸ Вања Бајић, Процесноправни значај општепознатих чињеница и чињеница утврђених у правноснажним судским одлукама, докторска дисертација, Београд, 2014, стр. 95.

³⁹ *Ibidem*.

извесност њеног постојања и ако је проглашена у судској одлуци (или изузетно у одлуци другог органа вођења поступка).

3. Врсте чињеница које се утврђују у кривичном поступку

Према томе, дефинисање процесног појма чињенице отвара низ нових дилема, пре свега, које се врсте чињеница утврђују у кривичном поступку. Будући да се чињеницама у процесној теорији додељује супсидијарна улога у односу на доказе, страни аутори нису превише пажње посвећивали деоби чињеница.⁴⁰ *Glaser* разликује непосредно и посредно важне чињенице. *Višinski* прави разлику између главних и споредних чињеница. Тродеоба чињеница, додуше у рудименталном облику, дело је намачке правне теорије, тачније Шмита (*Schmidt*). Према овом схватању у кривичном поступку се утврђују главне чињенице, индиције и помоћне чињенице.

3.1. Правно релевантне чињенице

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. Као што смо објаснили, у току кривичног поступка се заснива, 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,⁴¹ односно одлучним чињеницама.⁴² При томе се, у старијим радовима, правила разлика између ових појмова, а о терминологији оштро полемисало.⁴³ Данас се ови појмови третирају као синоними, с тим што закон даје предност термину *одлучне чињенице*. У

⁴⁰ Више о томе: Младен Грубиша, *Чињенично стање...*, ор. cit. стр. 29-31.

⁴¹ Владимир Бајер, ор. cit., стр. 4, Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, ор. cit, стр. 223, Давор Крапац, *Институције...*, ор. cit., стр. 382, Драго Радуловић, *Кривично процесно право*, Подгорица, 2009, стр. 150, Момчило Грубач, ор. cit, стр. 236, Војислав Ђурђић, 2014, ор. cit, стр. 245. Шкулић говори о чињеницама релеватним за доношење судске одлуке о предмету кривичног поступка, што сматрамо синонимом са „правно релеватним“ чињеницама (Милан Шкулић, 2009, ор. cit, стр. 182).

⁴² Младен Грубиша, *Дејанско стање у казенском поступку*, Љубљана, 1989, стр. 13.

⁴³ Видети: Давор Крапац, *Процесноправни аспект...*, ор. cit., стр. 527-558, Младен Грубиша, *Што значи у процесноправном смислу утврдити чињенично стање (чињенице) тко га утврђује у кривичном поступку*, *Наша Законитост* бр. 6/1982, стр. 91-110.

члану 440. став 2. Законика о кривичном поступку⁴⁴, 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.⁴⁵ 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.⁴⁶ 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 релевантне чињенице*. Скуп једних и других чињеница означава се термином *правно релевантно чињенично стање*.⁴⁷ Заправо, прецизније је рећи *кривично процесно правно релевантно чињенично стање*, али је такав термин рогобатан. Стога је једноставније рећи да скуп правно релевантних (одлучних) чињеница у кривичном поступку представља *чињенично стање*.⁴⁸⁴⁹ Према томе, скуп чињеница, на које се непосредно примењују норме материјалног и процесног кривичног закона, у одређеној кривичној ствари, јесте чињенично стање.⁵⁰ Термин „одлучне чињенице“, којим оперише ЗКП, сматрамо језички донекле некоректним, јер придев „одлучан“ асоцира на људску особину, којом се означава човек, чија је воља непоколебљива, који је донео одлуку да нешто учини или не учини.⁵¹ С обзиром да је реч о чињеницама, које су важне за доношење судске одлуке, адекватније би било означити их термином „одлучујуће“⁵² чињенице“, дакле

⁴⁴ "Сл. гласник РС", бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014

⁴⁵ Бајер истиче да ту важност чињеницама даје право (Владимир Бајер, *op. cit.*, стр. 5).

⁴⁶ Војислав Ђурђић, *Утврђивање чињеница*, *op. cit.*, стр. 480.

⁴⁷ Владимир Бајер, *op. cit.*, стр. 5.

⁴⁸ Младен Грубиша, *Што значи у процесноправном смислу...*, *op. cit.*, стр. 95.

⁴⁹ У торији права постоји и дефиниција чињеничног стања као целог амбијента конкретног случаја (Михајло Вуковић, Ђуро Вуковић, *Знаност о изради правних прописа – номотехника*, Загреб, 1997, стр. 155-156). Наведени аутор, притом, сматра да ће се приликом утврђивања чињеничног стања узети у обзир само релевантне чињенице, чиме из овог пјма искључује друге важне чињенице (индиције и контролне).

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Појам "одлучан", у српском језику има и значења „одлучујући“, „пресудан“, „преломан“, „битка“ и „догађај“.

⁵² Исто: Младен Грубиша, *Што значи у процесноправном смислу...*, *op. cit.*, стр. 94.

оне, на којима се заснива судска одлука. Консеквентно томе, може се рећи да је чињенично стање скуп одлучујућих чињеница.⁵³

У теорији државе у права, чињенично стање се означава као садржај неке ствари, те модалитет постојања у времену и простору.⁵⁴ Притом се прави разлика између нормативног (апстрактног) и стварног (конкретног) чињеничног стања. Апстрактно чињенично стање је опис чињеница у законској норми. То је опис догађаја, за који се претпоставља да се може догодити. Конкретно чињенично стање чине околности случаја, који решава суд. Након што се утврди конкретно чињенично стање, долази до супсумпције, до подвођења конкретног чињеничног стања под апстрактно, садржано у правној норми.⁵⁵ Чињенично стање се може довести у везу и са правним основом (титулусом). Правни основ је, заправо, чињенично стање, признато од правног поретка, на основу кога настаје одређени правни резултат. Правни основ је узрок, а правни резултат последица.⁵⁶ Правни основ кривичног дела убиство је људска радња противправног умишљајног лишења живота другог лица.

3.2. Чињенице индиције

Поједине правно релевантне чињенице у кривичном поступку није могуће утврдити непосредно, помоћу доказних средстава, већ се до њих може доћи једино посредним путем, утврђивањем других чињеница. Те друге чињенице, на основу којих се утврђује постојање 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*.⁵⁷ У том случају правно релевантне чињенице се утврђују индиректно, тако што се најпре утврђује постојање индиција. Стога су оне 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

⁵³ Војислав Ђурђић, *Утврђивање чињеница*, *op. cit.*, стр. 481.

⁵⁴ Душко Врбан, *Држава и право*, Загреб, 2003, стр. 444-445.

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ Берислав Перић, *Структура права*, Загреб, 1994, стр. 91, наведено према: Ален РАЈКО, *Утврђивање чињеница и доказни поступак у управном спору*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи, бр.1/2013, , стр. 500.

⁵⁷ Реч „индиција“ потиче од латинске речи „indicium“, што значи предзнак, претпоставка, знак, симптом, путем кога долазимо до сазнања о нечему што је непознато или скривено (Ludwig Ramshorn, Francis Lieber, *Dictionary of Latin synonyms: for the use of schools and private students, with a complete index*, Бостон, 1841, стр. 387.

утврђивање постојања правно релевантних чињеница најчешће није довољна једна,⁵⁸ већ више индиција (ланац индиција).⁵⁹ Након утврђивања индиција, до правно релевантних чињеница се долази логичким закључивањем. У том случају скуп индиција је мања премиса, која се подводи под већу премису, у овом случају под правила општег искуства, и на основу тога закључује о постојању правно релевантних чињеница.⁶⁰ Да би се правилно утврдило постојање правно релевантне чињенице, потребно је довести у везу утврђене индиције, јер су основна њихова својства несамоосталност и фрагментарност.⁶¹

Осим у кривичном поступку, појам индиција се користи у Криминалистици. Почетак криминалистичке делатности нераскидиво је везан за индиције. Након сазнања о извршеном кривичном делу (и учиниоцу) даљи рад јавног тужиоца и полиције представља извођење низа оперативно-тактичких радњи. Ова активност се заснива на основима сумње (подозрења), који се у криминалистичком вокабулару називају *индиције*. То су чињенице, које са мањим или већим степеном вероватноће указују на извршење кривичног дела, на учиноца, као и на друге околности, значајне за расветљење и решење кривичне ствари.⁶² Криминалистичке индиције највећи значај имају у тзв. хеуристичкој фази, тј. приликом откривања кривичног дела и учиниоца. На њих указују физичка и правна лица, која пријављују извршење кривичног дела. Након тога полиција предузима активности с циљем провере индиција. Оперативним радом полиције, заправо се врши тријажа индиција, до којих се дошло. Одбацују се неосноване, а прихватају делимично или потпуно основане, док се даљом провером елиминишу контрадикторности између индиција. До индиција се долази путем потражних, односно оперативно-тактичких радњи (информативним разговором, праћењем, рацијом). Резултат ових радњи не може бити основа одлуке у каснијем кривичном поступку. То, међутим, не значи да се ове чињенице напуштају. Оне могу бити предмет утврђивања у кривичном поступку, путем извођења доказа. Индиције се прикупљају и истражним радњама (саслушање осумњиченог, вештачење, увиђај) у предистражном поступку. Резултат ових радњи може бити основа судске одлуке у кривичном поступку, ако су ове радње изведене на законом прописани начин.

⁵⁸ Изузетно се постојање правно релевантне чињенице може утврдити на основу једне индиције, примера ради, у случају алибија.

⁵⁹ Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, *op. cit.*, стр. 224.

⁶⁰ Давор Крапац, *Институције...*, *op. cit.*, стр. 383.

⁶¹ Снежана Соковић, *Доказивање индицијама*, Крагујевац, 1997, стр. 139.

⁶² Бранилав Симоновић, *Криминалистика*, Крагујевац, 2004, стр. 68.

Индиције дају одговор на мноштво питања приликом откривања и расветљавања кривичних дела, извршених од непознатих учинилаца.⁶³ Реч је, дакле, о првим информацијама, до којих долазе државни органи, надлежни за откривање кривичних дела и учинилаца. Оне су чињенична основа кривичне пресуде на које се касније надограђују чињенице утврђене на главном претресу, са највишим степеном извесности.

С обзиром да индиције представљају разноврсне чињенице, оне се могу поделити по разним критеријумима. Према елементу кривичне ствари индиције се могу поделити на оне, које се односе на учиниоца (субјективни елемент) и на кривично дело (објективни елемент). Према кривичноправном субјекту, индиције се деле на оне, које се односе на учиниоца (активни субјект), и на жртву (пасивни субјект). Значајна је подела према потреби вештачења на материјалне, психичке и моралне индиције. Материјалне су предмети и трагови извршења кривичног дела. За њихово утврђивање, по правилу, није потребно вештачење, већ примена стручног искуства и логичко закључивање.⁶⁴ На другој страни, за утврђивање психичких (промене у понашању) и моралних чињеница (анализа карактера и понашања учиниоца) неопходно је спровести вештачење. Потпун индицијални доказ постоји само ако су обухваћене материјалне, моралне и психичке индиције. У случају недостатка материјалних индиција, догађај је погрешно одређен, а без психичких и моралних, није објашњен.⁶⁵ По времену настанка, деле се на индиције које настају пре, за време и након извршења кривичног дела. У индиције, које настају пре извршења кривичног дела се, између осталог сврставају морална способност учиниоца, мотив, испољавање воље, сумњиво понашање, ранија осуђиваност. Присуство на месту извршења кривичног дела, поседовање средстава извршења дела, телесне и психичке особине, познавање околности под којима је дело извршено су неке од индиција које настају у време извршења кривичног дела. *A posteriori* индиције су, примера ради, трагови кривичног дела, корист од кривичног дела, сумњиво понашање, лажан алиби.⁶⁶

Са аспекта доношења судске одлуке о казненем захтеву тужиоца, од значаја је подела на орјентационо-елиминационе и индиције са доказном снагом. Орјентационо-елиминационе индиције се срећу у предистражном поступку. Оне су резултат

⁶³ Велимир Ракочевих, *Индиције у криминалистици*, Правни живот бр.10/2008, стр. 138.

⁶⁴ Бранилав Симоновић, *op. cit.*, стр. 69.

⁶⁵ Владимир Водинелић, *Криминалистика*, Београд, 1996, стр. 117.

⁶⁶ *Ibidem.*

оперативно-тактичких радњи, које спроводи полиција и не могу бити чињенични фондус кривичне пресуде, али су од значаја у хеуристичкој фази. На основу ових индиција се, најпре, формирају верзије о кривичном догађају, а затим се оне и проверавају. Ове индиције усмеравају даљу делатност на расветљењу кривичног дела, али и служе селекцији доступних информација о кривичном догађају, на основу којим се спроводи даља делатност на расветљењу извршења кривичног дела. Орјентационо-елиминационе чињенице се могу означити као криминалистичке индиције.

Индиције са доказном снагом су чињенице, настале као резултат извођења доказа у кривичном поступку. Оне представљају основу судске одлуке, изведене из посредних доказа. За разлику од чињеница, утврђених на основу непосредних доказа, које су једнозначне и не захтевају проверавање, чињенице, утврђене посредним доказима су вишезначне и захтевају проверавање различитих верзија.⁶⁷ За формирање потпуне чињеничне подлоге потребно је више индиција, повезаних у једну логичку целину, која чини тзв. ланац индиција. Индиције се могу међусобно рангирати према близини везе између чињенице и кривичног дела. Индиције, које имају ближу везу са кривичним делом називају се главне индиције, док су удаљеније чињенице, слабије повезане са кривичним делом, споредне индиције.⁶⁸ Скуп једних и других ћемо означити индицијама у кривичнопроцесном смислу.

Поступак рада са индицијама започиње њиховим откривањем. До тога може доћи спонтано, приликом предузимања уобичајених активности полиције, а може бити и резултат планске делатности на откривању кривичног дела. Откривене чињенице се фиксирају и проверава се њихова веродостојност. Након откривања следи анализа индиција и њихова селекција. Затим се врши анализа и тумачење прикупљених чињеница. То је, заправо, проверавање могућих верзија о кривичном догађају. Између прибављених чињеница се врши компарација и настоји утврдити постојање међусобне везе, с циљем стварања система индиција. У току рада са индицијама се користе специфични методи елиминације, дифундирања и акумулације. Метод елиминације се примењује приликом провере верзија. Реч је о оповргавању једне верзије постојањем друге верзије. Од више почетних верзија се постепено елиминишу оне, које се међусобно искључују. Метод дифундирања се заснива на негативним чињеницама. На основу непостојања одређених чињеница се оповргава постојање појединих верзија.

⁶⁷ Бранислав Симоновић, *op. cit.*, стр. 71.

⁶⁸ Иво Кобовац, *Криминалистика*, Загреб, 1960, стр. 108. Наведно према: *Ibidem*.

Метода акумулације се карактерише постепеном надоградњом чињеница у смеру утврђивања правно релевантне, односно одлучне чињенице. Откривају се индиције које једна другу не искључују, већ се надовезују једна на другу и постепено попуњавају мозаик једне исте верзије о кривичном догађају.

Постоји мишљење, према којем је појам индиције у криминалистичком смислу шири од истог појма у кривичнопроцесном погледу. У криминалистици се, према том схватању, осим чињеница индиција у кривичнопроцесном смислу, под овим појмом подразумевају и друге чињенице (основи сумње, основи подозрења), које на посредан начин указују на учињено кривично дело, на учиниоца или на друге околности, под којима је дело учињено.⁶⁹ Са изнетим гледиштем се само делимично саглашавамо. Наиме, између два појма индиције постоји једна значајна разлика. Индиције у криминалистичком смислу представљају предмет опсервације, пре свега, у предистражном поступку, од стране јавног тужиоца и полиције. На основу њих се формира неопходан степен уверења, на основу кога јавни тужилац одлучује о покретању кривичног поступка. Криминалистичке индиције не могу бити доказна подлога судске одлуке у кривичном поступку. Оне су разноврсне, бројне чињенице, више или мање у вези са кривичним делом, до којих су дошли органи предистражног поступка. Приликом одлучивања о покретању истраге врши се њихова тријажа. Насупрот томе, чињенице индиције у кривичном поступку представљају предмет утврђивања, да би се, индиректним путем, утврдило постојање правно релевантних чињеница, ако се то не може учинити на директан начин. На тај начин, оне посредно улазе у чињеничну основу судске одлуке, за разлику од криминалистички индиција. Кривичнопроцесне индиције се, такође, наводе у образложењу судске одлуке, како би се аргументовало постојање одлучних чињеница. Реч је, дакле, о два различита појма, који имају извесне додирне тачке, али нису у односу ужег и ширег.

Термин индиције и основи сумње се често користе као синоними. То потиче из инквизиционог поступка, у коме је постојала законска вредност доказа. На основу постојања основа сумње се покретала тзв. посебна истрага. Индицијама су се сматрале чињенице, на којима се заснивају основи сумње. У параграфу 118. Закона о поступку судском у кривичним делима за Књажевство Србију из 1865. године је дата дефиниција основа сумње. Основи подозрења су одређени као околности које између кривичног

⁶⁹ Александар Б.Ивановић, Александар Р. Ивановић, *Криминалистичке процедуре*, Даниловград, 2013, стр. 92.

дела и учиниоца стоје у тесној вези, тако да се непристрасно може узети као вероватно да је лице које се оптужује учинило кривично дело, или учествовало у његовом извршењу. У савременом кривичном поступку основи сумње (подозрења) представљају најнижи степен уверења о извршеном кривичном делу, који је неопходан за покретање преткривичног (предистражног) поступка, или(и) кривичног поступка.⁷⁰

У уводном делу Законика о кривичном поступку из 2011. године, у коме су дефинисани основни појмови, стоји и одређење основа сумње. Најнижи степен извесности је скуп чињеница, које *посредно* указују да је извршено кривично дело, *или* да је неко лице учинилац тог дела. На тај начин су индиције и основи сумње изједначени у значењу. За разлику од тога, основана сумња представља скуп чињеница, које *непосредно* указују на кривично дело и учиниоца (члан 2. став 1. тачка 17. и 18. ЗКП). Наведене одредбе су спорне јер реafirмишу давно напуштену законску вредност доказа. Ако се током предистражног поступка дође искључиво до чињеница, које посредно указују на кривично дело, евентуално и на учиниоца, постојаће основи сумње. Са друге стране, за постојање основане сумње неопходне су чињенице, које непосредно указују да је неко лице извршило кривично дело. На тај начин је, у потпуности искључена могућност утврђивања одлучних чињеница индицијама у кривичном поступку,⁷¹ јер се, на основу њих, према слову закона, не може формирати основана сумња, нити оправдана сумња о кривичној ствари. Томе у прилог иде и одређење оправдане сумње, која према слову закона постоји ако постоји скуп чињеница, које *непосредно* поткрепљују основану⁷² сумњу и оправдавају оптужење. Немогућност заснивања основане и оправдане сумње на ланцу индиција се противи и слободном судијском уверењу, које се заснива на слободној оцени целокупног

⁷⁰ Према члану 295. став 1. ЗКП-а, истрага се покреће када постоје *основи сумње* да је учињено кривично дело, од стране познатог или непознатог учиниоца. Јавни тужилац ће донети решење о одбацивању кривичне пријаве, такође, ако не постоје *основи сумње* да је учињено официјелно кривично дело. Из тога следи да је исти степен уверења потребан за покретање предистражног поступка и истраге, па није јасно у чему се огледа хеуристичка делатност органа предистражног поступка, ако исходује једнаком степену извесности о учињеном кривичном делу.

⁷¹ Законодавац је почетак кривичног поступка везао за моменат доношења наредбе о спровођењу истраге (члан 7. став 1. тачка 1. ЗКП). Осим тога, резултат радњи, предузетих у истрази може представљати основицу судске одлуке. Стога се истрага може сматрати делом кривичног поступка, макар у ширем смислу (Војислав Ђурђић, 2014, *op. cit.*, стр. 10), који је судско-јавнотужилачког карактера (Саша Кнежевић, *Кривично...*, *op. cit.*, стр. 25), иако у тој фази још увек није успостављен кривичнопроцесни однос.

⁷² Основана сумња према законодавцу није степен уверења, који је потребан за почетак неке фазе у кривичном поступку, већ само представља услов за одређивање мера за обезбеђење присуства окривљеног у кривичном поступку.

доказног материјала.⁷³ Најнижи степен сумње се не мора састојати искључиво од индиција, те ова два појма нису идентична. У покушају да се дефинише најнижи степен извесности, који је промовисан у услов за покретање истраге, законодавац је, чини се, помешао криминалистичке и кривичнопроцесне индиције. Додатну контрадикторност представља дефиниција извесности, која је одређена као закључак о несумњивом постојању или непостојању *чињеница*, који је изведен на основу објективних мерила расуђивања. Из ове формулације се може закључити да се чињенична основица судске одлуке може формирати на основу свих врста чињеница, па и ланца индиција.

Законодавац се за одређење степена извесности о кривичној ствари заправо користио теоријском поделом на непосредне и посредне доказе. Критеријум за ову поделу је однос доказа према чињеници, која се утврђује. Непосредним доказом се директно утврђује постојање одлучне чињенице. Примера ради, путем исказа сведока, вештака, окривљеног, као и увиђајем се директно могу утврдити одлучне чињенице. Чињенице, утврђене на основу непосредних доказа су једнозначне. Посредним доказима се, утврђују чињенице, којима се долази до правно релевантних чињеница. Реч је, заправо, о чињеницама индицијама. Оне су вишезначне и на основу њих се формирају различите верзије о кривичној ствари. На основу више индиција, логички међусобно повезаних у ланац индиција, утврђују се одлучне чињенице. У предистражном поступку се, осим изузетно, не изводе докази, те није потребно везивати степен извесности за одређене врсте чињеница, или доказа. Осим тога, степен извесности, основана сумња, у ЗКП-у фигурира као неопходни услов за одређивање притвора. Довођењем у везу са законском дефиницијом, притвор би могао бити одређен само на основу постојања непосредних чињеница о кривичном делу и учиниоцу. С обзиром да се притвор може одредити већ од почетка истраге, за чије је отпочињање довољно постојање основа сумње, засноване на посредним чињеницама, стриктна примена законске дефиниције основане сумње, за коју је неопходно постојање непосредних чињеница, би умногоме отежала оправданост одређивања притвора на почетку истраге.

Схватање, којим се појам индиција изједначава са основима сумње постоји и у делу теорије. У случају када чињенице наговештавају могућност извршења кривичног

⁷³ Војислав Ђурђић, *Перспектива новог модела кривичног поступка Србије*, Наука безбедност полиција, бр. 2/2015, стр. 91.

дела, или да је извршено од стране одређеног лица, онда постоје основи сумње. У том случају се веза између чињеница и кривичног дела успоставља путем индиција. Ако је између чињеница и кривичног дела успостављена веза помоћу доказа, реч је о основаној сумњи.⁷⁴ Степени извесности о кривичном делу и учиниоцу се базирају на чињеницама. Од највећег значаја су правно релевантне (одлучне) чињенице. Осим тога, некада се до одлучних чињеница долази заобилазним путем, чињеницама индицијама. Ако се сумња у веродостојност доказног средства, онда се то проверава помоћним чињеницама. Основи сумње, као резултат делатности овлашћених државних органа у предистражном поступку, се формирају на основу откривених чињеница о кривичном делу и евентуалном учиниоцу. То јесу индиције, у криминалистичком смислу речи. Међутим, у вокабулару процесуалиста, реч је, по правилу, о правно релевантним чињеницама. Те чињенице још увек нису утврђене, зато што кривични поступак још није отпочео, па нема учешћа суда, који је једини овлашћен да их утврђује. О њиховом постојању постоје само основи сумње. Обезбеђени предмети и трагови кривичног дела најчешће у кривичном поступку постају материјални докази. Лица која полиција позива на тзв. информативни разговор у кривичном поступку бивају сведоци, окривљени и оштећени. Из њихових исказа ће суд на главном претресу утврђивати чињенице. Неке од чињеница из предистражног поступка могу ући у чињенични фондус судске одлуке, ако су засведочени на законом прописани начин (члан 287. став 2. ЗКП). Реч је о могућности да осумњичени буде саслушан од стране полиције, по овлашћењу јавног тужиоца, ако на то пристане, и ако његовом саслушању присуствује бранилац (члан 289. ЗКП). Према томе, основе сумње, односно најнижи степен извесности о кривичном делу и евентуалном учиниоцу, формирају све чињенице, до којих се дошло у предистражном поступку, а не искључиво чињенице индиције.

Имајући у виду да се криминалистичке индиције претежно везују да предистражни поступак, као и да представљају резултат неформалних, оперативнотактичких радњи полиције, поставља се питање њихове доказне вредности. Суревњивост према могућности да индиције буду докази у кривичном поступку потиче из времена инквизиционог поступка. Доказивање индицијама се показало нецелисходним зато што је доводило до честих судских заблуда. За одређивање доказне вредности индиција, потребно је одредити појам доказа. Иако постоје разна

⁷⁴ Загорка Јекић, *Кривично процесно право*, Београд, 1982, стр. 189.

схватања,⁷⁵ може се рећи да доминира дефиниција да је доказ чињеница, на основу које орган вођења поступка закључује да постоји, или не постоји правно релевантна чињеница. Из одредаба ЗКП-а се може закључити да су докази исправе (предмети и рачунарски подаци, члан 2. став 1. тачка 2б.), исказ окривљеног (члан 68. став 1. тачка 1.), као и резултати процесних радњи, фиксирани у списима предмета (члан 383. ЗКП). Из наведених одредаба се може закључити да су у ЗКП-у наведени само поједини докази. Такође се може запазити да се доказима сматрају исправе, у које спадају средства којим је извршено кривично дело, предмети настали извршењем кривичног дела и предмети на којима се налазе трагови кривичног дела, а то су типичне индиције. У основи доказа, који се изводе на главном претресу налазе се управо индиције, до којих се дошло оперативно-тактичком делатношћу полиције, у предистражном поступку. Уколико су оне проверене и потврђене, касније утврђено чињенично стање ће бити потпуно и тачно. Осим тога, чињенице индиције могу бити и докази у кривичном поступку. Једина разлика у односу на правно релевантне чињенице се односи на поступак утврђивања. Да би се индицијама утврдило постојање правно релевантних чињеница, потребно је претходно утврдити, помоћу доказа, постојање више чињеница индиција, па их повезати у логички низ. На основу свих наведених аргумената није тешко закључити да се доказна вредност било које чињенице не може оспорити, ако се на основу ње може доћи до одлучних чињеница у кривичном поступку.

3.3. Контролне чињенице

У кривичном поступку понекад постоји потреба да се провери веродостојност неког извора сазнања о правно релевантним чињеницама.⁷⁶ У том случају се прибегава додатним процесним радњама, којима се утврђују нове чињенице, којима се то проверава. 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 *контролне чињенице*,⁷⁷ јер се њима контролише веродостојност извора сазнања.

3.4. Дводеоба и тродеоба чињеница

⁷⁵ Више о томе: Војислав Ђурђић, 2014, *op. cit.*, стр. 246-251.

⁷⁶ Примера ради, чињеница да је сведок могао јасно видети инкриминисани догађај проверава се путем реконструкције. Конtradикторности између исказа окривљеног и сведока, или између исказа сведока утврђује се путем суочења.

⁷⁷ Младен Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Београд, 1963, стр. 18.

У старијој процесној литератури срећемо дводеобу чињеница, на правно релевантне и чињенице индиције.⁷⁸ Овом схватању кореспондира подела чињеница на непосредно и посредно важне,⁷⁹ док неки праве разлику између главних, које се односе на кривичну ствар и помоћних, које се односе на доказну снагу доказних средстава.⁸⁰ Једна од подела чињеница у совјетској литератури, прави разлику између главних и доказних.⁸¹ Ова класификација чињеница у потпуности одговарају подели на одлучне и чињенице индиције.⁸² Постоји, такође, подела чињеница на непосредно и посредно доказујуће. Непосредно доказујуће се односе на елементе посебног бића кривичног дела, а посредно доказујуће обухватају индиције, помоћне чињенице, као и искуствене ставове.⁸³

У делу процесне теорије је заступљено схватање, којим се у први план истичу докази, док се утврђивање чињеница разматра само узгредно, у склопу изагања о доказивању и доказима.⁸⁴ У складу са том концепцијом чињенице се сматрају предметом доказивања. Према овом схватању предмет доказивања (*thema probandi*) су чињенице, које су релевантне⁸⁵ (од важности⁸⁶) за доношење судске одлуке о кривичној ствари, чиме су обухваћене материјалне и процесне правно релевантне чињенице. Са друге стране, индиције (основи подозрења) се сврставају у посредне доказе, те оне представљају средство за утврђивање правно релевантних чињеница.⁸⁷ Према једној од подваријанти овог схватања индиције нису предмет *доказивања*, али јесу предмет *утврђивања*⁸⁸ у кривичном поступку. Да би једна чињеница имала својство индиције, потребно је да стоји у логичкој вези са чињеницом, која је предмет доказивања и да је сама доказана са степеном истинитости.⁸⁹ Ако је тако, онда је други услов у

⁷⁸ Никола Огорелица, *op. cit.*, стр. 328-329.

⁷⁹ Hermann Roeder, *Lehrbuch des Österreichischen Strafverfahrensrechts*, Wien, 1963, стр. 137.

⁸⁰ Karl Peters, *Strafprozess*, Karlsruhe, 1966, стр. 251.

⁸¹ Михаил С. Строгович, *op. cit.*, стр. 97.

⁸² Главне чињенице се односе на елементе бића кривичног дела и представљају предмет доказивања, а доказне чињенице су оне, на основу којих се закључује о главној чињеници (Снежана Соковић, *op. cit.*, стр. 68).

⁸³ Max Alsberg, *Der Beweis Antrag im Strafprozess*, München, 2013, стр. 576.

⁸⁴ Никола Огорелица, *op. cit.*, стр. 325-331, Божидар Марковић, *Уџбеник...*, *op. cit.*, стр. 321-326, Тихомир Васиљевић, *op. cit.*, стр. 294-296, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 233-238, Милан Шкулић, 2009, *op. cit.*, стр. 182 и 184.

⁸⁵ Грубач користи термин „важне“ чињенице за судску одлуку у конкретном случају, а затим прецизира да је реч једино о правно релевантним чињеницама (М. Грубач, *op. cit.*, стр. 236.).

⁸⁶ Божидар Марковић, *Уџбеник...*, *op. cit.*, стр. 322.

⁸⁷ Милан Шкулић, 2009, *op. cit.*, стр. 184.

⁸⁸ О разлици утврђивања и доказивања чињеница видети: Младен Грубиша, *Што значи у процесноправном смислу...*, *op. cit.*, стр. 99.

⁸⁹ Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 248.

контрадикцији са тврдњом да се индиције не доказују у кривичном поступку.⁹⁰ Прихватимо ли концепцију, према којој је чињеница, која треба да се докаже, предмет доказа (*thema probandi*), то се у кривичном поступку чини помоћу доказног основа (*probatio*).⁹¹ Доказни основ су чињенице, из којих се изводи закључак о постојању предмета доказа, тј. правно релевантних чињеница. Према томе, да би се утврдило постојање одлучних чињеница, најчешће је потребно утврђивање других чињеница, на основу којих се, правилима искуства или логичким закључивањем оне утврђују. Те друге чињенице се такође утврђују помоћу доказа. Стога се саглашавамо са ставом, да су предмет доказивања у кривичном поступку, такође чињенице, на основу којих се закључује о извесности одлучних чињеница.⁹² То су, заправо, чињенице индиције (индицирајуће чињенице). Осим наведене две категорије, контролне (помоћне) чињенице такође су предмет доказивања у кривичном поступку.

Тродеоба чињеница,⁹³ која обухвата одлучне, индиције и помоћне чињенице прихваћена је у савременој науци кривичног процесног права.⁹⁴ Скуп свих чињеница (одлучујућих, индиција и контролних), које се утврђују у кривичном поступку, назива се *стање ствари*.⁹⁵ Овај појам обухвата чињенично стање и остале чињенице (индиције и контролне), које су средство за утврђивање правно релевантних чињеница. Суштински исто, а терминолошки различито је гледиште да скуп *важних чињеница*, који обухвата одлучне и друге важне чињенице за доношење судске одлуке, представља стање ствари.⁹⁶

3.5. Остале класификације чињеница

Осим наведених класификација, постоје и друге поделе чињеница, које се утврђују у кривичном поступку. Према томе, да ли се односе на кривично дело или

⁹⁰ У објашњењу поступка доказивања индиција, износи се тврдња да се најпре *утврђује* чињеница индиција, те да се истинитост индиције може *доказати* било којим доказним средством. Након тога се изводи закључак о чињеници, која је предмет доказивања (Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 249). Према томе, чињенице индиције се утврђују доказним средствима, што је ништа друго до радња доказивања. Ако је индиција објект радње доказивања, она је онда предмет доказивања у кривичном поступку, баш као и правно релевантне чињенице.

⁹¹ Божидар Марковић, *Уџбеник...*, *op. cit.*, стр. 322.

⁹² Никола Огорелица, *op. cit.*, стр. 329.

⁹³ Ову поделу први пут срећемо у делу: Метод Доленц, *Теорија судског кривичног поступка за краљевину Југославију*, Београд, 1933, стр. 156.

⁹⁴ В. Бајер, *op. cit.*, стр. 8-9, М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Загреб, 1963, стр. 16, Д. Крапац, *Институције...*, *op. cit.*, стр. 382-384, Д. Радуловић, *op. cit.*, стр. 151, Војислав Ђурђић, 2014, *op. cit.*, стр. 245-246, Миодраг Симовић, Владимир Симовић, *op. cit.*, стр. 318.

⁹⁵ Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, *op. cit.*, стр. 224, Војислав Ђурђић, 2014, *op. cit.*, стр. 246,

⁹⁶ Младен Грубиша, 1963, *op. cit.*, стр. 22.

учиниоца, разликују се спољашње од унутрашњих чињеница.⁹⁷ Спољашње чињенице су оне, које се манифестују у спољном свету.⁹⁸ Ту би, пре свега, спадале сама радња извршења кривичног дела, те настала последица, као и време, место, начин, средство извршења кривичног дела. Унутрашње чињенице су оне, које се тичу психичких збивања учиниоца кривичног дела. Због тога се називају и психолошким чињеницама.⁹⁹ То су свест и воља, намера, циљ, заблуда и мотиви извршења кривичног дела. Унутрашње чињенице се, по правилу, теже утврђују од спољашњих. Најчешће се то чини путем интроспекције,¹⁰⁰ вештачењем или на основу чињеница индиција. Ређе се могу утврђивати и непосредно, у случају признања извршења кривичног дела, од стране окривљеног.¹⁰¹ Према афирмативности тврдње о њиховом постојању, чињенице се деле на позитивне и негативне. Чињенице, код којих је потребно утврдити њихово постојање, називају се позитивним. То је, примера ради, случај са постојањем директног умишљаја (*dolus directus*) где је потребно утврдити да је учинилац био свестан свога дела и хтео његово извршење.¹⁰² Све чињенице, које се, у том случају, утврђују (свест о радњи и последици дела, о узрочној вези између њих, свест о обележјима бића кривичног дела) су позитивне. Код негативних чињеница се утврђује њихово непостојање. Примера ради, код несвесног нехата (*negligentia*), који постоји када учинилац није био свестан свог дела, иако је био дужан и могао бити свестан, први елемент је негативна чињеница – непостојање свести.¹⁰³ Некада се једна иста чињеница може утврдити било помоћу позитивне или негативне чињенице. Недостатак одговарајуће стручности, која је битан елемент бића кривичног дела надрилекарство и надриапотекарство (члан 254. Кривичног законика¹⁰⁴), могуће је доказати на два начина; позитивном чињеницом, да је за време, у које је окривљени наводно завршавао медицински факултет, заправо био запослен у неком предузећу;

⁹⁷ Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, *op. cit.*, стр. 243.

⁹⁸ Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 236.

⁹⁹ *Ibidem.*

¹⁰⁰ Интроспекција је утврђивање чињеница на основу исказа окривљеног, који реконструише сопствена психичка збивања, пре за време и после извршења кривична дела, под условом да се не брани ћутањем.

¹⁰¹ То је разлог због чега се сматра да је критеријум ове поделе већа или мања могућност непосредног утврђивања чињеница (Давор Крапац, *Институције...*, *op. cit.*, стр. 384.).

¹⁰² Драган Јовашевић, *Кривично право, општи део*, Београд, 2010, стр. 116.

¹⁰³ Потреба утврђивања негативних чињеница, такође, постоји код кривичних дела, код којих се сама радња извршења састоји у нечињењу (омисивна кривична дела), нпр. неуказивање лекарске помоћи (члан 253. КЗ), непријављивање кривичног дела и учиниоца (члан 332. КЗ), непружање помоћи лицу повређеном у саобраћајној незгоди (члан 296. КЗ) и др.

¹⁰⁴ "Сл. гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013.

негативном чињеницом, да окривљени, за време наводног трајања студирања *није био* у земљи. Реч је, дакле, о техници доказивања, што указује на релативност ове поделе чињеница.

За разлику од парничног поступка, у кривичном поступку се, осим спорних, утврђују и неспорне чињенице. Другим речима, сагласност странака о постојању неке чињенице у кривичном поступку не утиче на њено утврђивање. То је, иначе, један од постулата савременог мешовитог кривичног поступка, који је последица важења начела утврђивања материјалне истине. У члану 83. став 3. важећег Законика о кривичном поступку предвиђено је да се не доказују чињенице, о чијем се постојању странке саглашавају, ако суд утврди да то није у супротности са осталим (другим) доказима. Ову законску одредбу треба тумачити као изузетак од правила да се у кривичном поступку утврђују и неспорне чињенице. Да би дошло до примене ове одредбе, потребно је испуњење неколико услова. Неопходно је постојање сагласности странака око постојања неке одлучне чињенице. Потребно је, такође, да сагласност странака не противуречи до тада изведеним доказима. Сагласност странака о чињеницама, о којима није изведен ниједан доказ, не може довести до изостанка доказивања чињеница. Другим речима, претходно изведени докази морају указивати на постојање тих чињеница.¹⁰⁵ Најзад, закључак, односно оцену сагласности неспорне чињенице са већ изведеним доказима, даје искључиво суд. То значи да се чињенице, које су неспорне међу странкама, не морају доказивати, али се утврђују. Оцена сагласности странака са другим изведеним доказима представља ништа друго, до утврђивање чињеница. Ако суд утврди да сагласност странака противуречи до тада изведеним доказима, неспорне чињенице могу бити предмет доказивања, на основу овлашћења, које суд има према одредби из члана 15. став 4. ЗКП. На тај начин је у кривичном поступку Србије опстало правило да се утврђују спорне и неспорне чињенице.

На претходну поделу се надовезује диференцирање чињеница према критеријуму резултата доказивања. С обзиром да се чињенице доказују помоћу доказа, спорне чињенице након доказивања могу бити доказане, недоказане и сумњиве.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Постоји тумачење да је потребно постојање било којих доказа, који нису у супротности са чињеницама, о којима се странке саглашавају, а не искључиво доказа о тим чињеницама (Милан Шкулић, *Начело истине и основна доказна правила у новом Закону о кривичном поступку Србије*, Правна ријеч бр. 37/2013, стр. 510).

¹⁰⁶ Загорка Јекић, *op. cit.*, стр. 26.

Чињенице, које су помоћу доказа утврђене са истинитошћу, добија атрибут доказана (поуздана). Супротно, чињеница која у поступку доказивања бива оповргнута, постаје недоказана (непоуздана). Најзад, чињеница која се помоћу доказа не утврди, нити се оповргне њено постојање, остаје на одређеном¹⁰⁷ нивоу сумње.

Чињенице у кривичном поступку деле се на прошле и садашње. Већи део чињеница, које се утврђују у кривичном поступку су из прошлости, јер је кривично дело учињено пре вођења кривичног поступка, у коме се реконструишу ти прошли догађаји. Осим прошлих, у кривичном поступку се каткад утврђују и садашње чињенице. Мањим делом су материјалноправне (односно учиниоца према кривичном делу у време вођења поступка, да ли се каје), а већим делом су процесноправне (услови за вођење поступка, примера ради урачунљивост окривљеног у време вођења поступка).

Најзад, разликују се чињенице које иду у прилог одбрани од чињеница које иду на руку оптужби.¹⁰⁸ Ова подела чињеница фигурира у Законнику о кривичном поступку, који оперише појмовима чињеница које иду у корист и које терете окривљеног (члан 6, 86, и 397. ЗКП). У првом случају (члан 6. ЗКП), реч је о дужности јавног тужиоца и полиције да, приликом вођења предистражног поступка, поступају непристрасно и да испитују чињенице које терете осумњиченог и оне, које му иду у корист. У члану 86. ЗКП садржана су правила о саслушању окривљеног. Приликом саслушања, окривљеном се омогућава да се изјасни о околностима, које га терете, као и да изнесе чињенице у прилог одбрани. Приликом изношења одбране на главном претресу окривљени има исто право (члан 397. ЗКП). Насупрот члану 6. ЗКП, у коме је направљена разлика између две врсте чињеница, у друга два анализирана члана реч је о *околностима*, које терете окривљеног и *чињеницама*, на којима заснива одбрану. Из законске терминологије могао би се извести закључак да се околности разликују од чињеница. Међутим, ипак је реч о синонимима.¹⁰⁹ Законодавац се служи термином „околности“ на више места у закону. Један од примера је члан 211. у коме су прописани разлози за одређивање притвора. Помињу се „околности које указују на опасност од бекства“, „особите околности, које указују да ће поновити кривично дело“

¹⁰⁷ То може бити степен основа сумње, основана сумња или пак вероватноћа.

¹⁰⁸ Давор Крапац, *Институције...*, ор. cit, стр. 384.

¹⁰⁹ Са тиме се слажу и коментатори Законика о кривичном поступку (Горан Илић, Миодраг Мајић, Александар Трешњев, Слободан Бељански, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2013, стр. 280.

итд. Постојање околности фактичко је питање, које суд утврђује у сваком конкретном случају. Реч је о чињеницама, везаним за учиниоца или за кривично дело, које указују на неку опасност (од бекства, од понављања извршења кривичног дела).¹¹⁰ Ове чињенице се такође морају утврдити, како би се донела одлука о притвору окривљеног, који је најтежа мера процесне принуде. У овом случају није реч о утврђивању правно релевантних чињеница, као што то не мора бити ни у случају изношења одбране. Окривљени се може изјаснити о било којим важним чињеницама, не нужно правно релевантним. Према томе, терминолошки прецизније је служити се појмовима чињенице које иду на терет и у корист окривљеном, као у члану 6. ЗКП.¹¹¹

4. Чињенице које се у кривичном поступку не доказују

Осим чињеница, које се утврђују у кривичном поступку, постоје чињенице за које се у теорији сматра да их не треба *утврђивати*,¹¹² односно да их у кривичном поступку није потребно *доказивати*.¹¹³ Ове чињенице такође су основ судске одлуке, али се сматрају утврђеним.¹¹⁴ Према трећем схватању, неке чињенице у кривичном поступку није потребно доказивати, али се морају утврђивати.¹¹⁵

Имајући у виду да основ судске одлуке могу бити само оне чињенице, које су констатоване у диспозитиву (правно релевантне чињенице), или у образложењу судске одлуке (остале важне чињенице - индиције и контролне чињенице), сматрамо да ове категорије чињеница морају бити утврђене у судској одлуци. Стога сматрамо да су оне предмет утврђивања, али не и доказивања. То значи да се њихово постојање, односно непостојање мора констатовати у судској одлуци, по правилу, без претходног доказивања. Уобичајено се прави разлика између очигледних чињеница, општепознатих чињеница, правних претпоставки, правила искуства и правних норми.

¹¹⁰ Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, *ор. cit*, стр. 357.

¹¹¹ У Закону о казненом поступку Хрватске (Народне новине бр. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13) је исправно прописана обавеза за суд и друге државне органе, који учествују у кривичном поступку, да са једнаком пажњом утврђују *чињенице* које иду на терет окривљеног, као и чињенице које му иду у корист (члан 9.).

¹¹² Владимир Бајер, *ор. cit*, стр. 28, Давор Крапац, *Институције...*, *ор. cit*, стр. 386.

¹¹³ Никола Огорелица, *ор. cit*, стр. 329, Станко Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд, 2008, стр. 277. Милан Шкулић, 2009, *ор. cit*, стр. 183, Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, *ор. cit*, стр. 244, Војислав Ђурђић, 2014, *ор. cit*, стр. 266.

¹¹⁴ Момчило Грубач, *ор. cit*, стр. 237, Миодраг Симовић, Владимир Симовић, *ор. cit*, стр. 320.

¹¹⁵ Младен Грубиша, *Што значи у процесноправном смислу...*, *ор. cit*, стр. 99.

Очигледне чињенице није потребно доказивати јер је уверење о њима део усвојених конвенција у друштву. Примера ради, није потребно доказивање пунолетства,¹¹⁶ окривљеног, који је у позном животном добу, с обзиром да се пунолетство стиче са 18 година.

Чињенице, које су познате ширем кругу људи, на подручју где се води кривични поступак, такође није потребно доказивати. То су тзв. *ноторне*, или *општепознате* чињенице. То су неки важни датуми, попут почетка светског рата, државног празника, или неки географски појмови, као што су главни град неке државе или раздаљина између два града. С обзиром да је „општапознатост“ правни стандард, тумачи се као могућност да сваки човек са просечним животним искуством зна за такву чињеницу,¹¹⁷ или да се о њој може информисати путем свима доступних извора, без примене стручног знања.¹¹⁸ Ове чињенице морају бити искануте у кривичном поступку и бити контрадикторно размотрене пред судом. Ноторност чињеница цени суд, а њихово постојање се утврђује уношењем у образложење пресуде. Уколико се, међутим, у поступку појави сумња у истинитост ноторних чињеница, то ће бити предмет доказивања, путем уобичајем доказних средстава.

Претпоставке (пресумпције) су чињенице, за које се, према природи ствари, општем животном искуству (природне), или на основу одређеног правног правила (правне), узима да постоје, иако њихово постојање претходно није утврђено. Сврха њиховог постојања је у поједностављењу доказног поступка, јер ослобађају суд од дужности доказивања. Оне могу бити необориве (*praesumptio iuris et de iure*), без могућности доказивања супротног и обориве (*praesumptio iuris tantum*), где је могуће доказивати супротно, када се посумња у њихово постојање. У случају оборивих правних претпоставки доказивање постојања супротног, од онога што представљају, могуће је непосредно, доказним средствима, као и коришћењем извесних процесних установа, као што је повраћај у пређашње стање (*restitutio in integrum*). У том случају, терет доказивања лежи на ономе, ко тврди супротно. Од

¹¹⁶ Што је, иначе, важна чињеница за одређивање форме поступка, избор врсте кривичне санкције итд.

¹¹⁷ Осим услова да су одређене чињенице познате великом броју људи и усвојене као истините, у америчком судској пракси се захтева да чињеница буде разумно неоспорива, да би се констатовала као општепозната (више о томе: Вања Бајовић, *Процесноправни значај општепознатих чињеница и чињеница утврђених у правноснажним судским одлукама – докторска дисертација*, Београд, 2014, стр. 168-174).

¹¹⁸ N.M. Isberg, *Beweisantrag im Strafprozess*, Munchen, 1983, pp. 535-536. Наведено према: Миодраг Симић, Владимир Симић, *op. cit.*, стр. 320.

правних претпоставки разликују се правне фикције.¹¹⁹ То су правне чињенице, за које се узима да постоје или не постоје, иако се поуздано зна да је такво тврђење неистинито, односно да не одговара стварности. Управо зато се у кривичном поступку пресуда не може темељити на правним фикцијама.

Једна од природних претпоставки, иманентна кривичном процесном праву, је претпоставка урачунљивости окривљеног. Искуство казује да је велика већина људи душевно здрава. Из тога се изводи претпоставка да је окривљени урачунљив. Потреба да се урачунљивост¹²⁰ окривљеног утврђује јавља се једино ако се посумња у душевно здравље окривљеног (или сведока). То потврђује и одредба из члана 131. ЗКП-а, из које произлази да се психијатријско вештачење одређује ако се посумња да је окривљени неурачунљив или смањено урачунљив,¹²¹ или да је, услед зависности од употребе алкохола или опојних дрога учинио кривично дело, или да је због душевних сметњи неспособан да учествује у кривичном поступку. Вештачење психичког здравља сведока одређује се ако се посумња у способност да пренесе своја запажања и сазнања (члан 131. став 2. ЗКП).

У кривичном процесном праву, осим природних, постоје и правне претпоставке. Такве су пресумпције о одустанку од кривичног гоњења. За оштећеног, који је уредно позван, или коме се позив није могао уручити услед непријављивања промене пребивалишта, те није присутан на припремном рочишту, или на главном претресу, на коме је јавни тужилац одустао од оптужбе, важи претпоставка да је одустао од кривичног гоњења (члан 61. став 2. ЗКП). Суд ће, у том случају, донети решење о обустави поступка, односно пресуду којом се оптужба одбија. Исте процесне последице погађају уредно позваног приватног тужиоца, који не дође на припремно рочиште или на главни претрес. Ова правна претпоставка је оборива. Оштећени, у

¹¹⁹ У праву се фикцијама само изузетно прибегава. Познате су фикције да се дипломатска представништва налазе на територији своје земље, иако се заправо налазе на територији стране државе. Такође, у грађанском праву значајно место заузима фикција *nasciturus*, према којој се зачето дете сматра рођеним, ако је то у његовом најбољем интересу (*nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*).

¹²⁰ Прилањамо се ставу Грубише (Младен Грубиша, *Што значи у процесноправном смислу...*, оп. cit, стр. 100) да се у кривичном поступку утврђује оно у шта се посумња, дакле, у конкретном случају, урачунљивост окривљеног.

¹²¹ За разлику од Кривичног законика, у коме фигурирају појмови „неурачунљивост“, као основ који искључује кривицу и „битно смањена урачунљивост“, као основ за ублажавање казне (члан 23. став 2. и 3), у ЗКП-у се појављује степен „смањене урачунљивости“. С обзиром да смањена урачунљивост до степена битног, не утиче на кривицу учиниоца (Зоран Ћирић, Тамара Мировић, *Кривица и урачунљивост правно- психијатријски аспект*, Реформа кривичног правосудја, Ниш, 2010, стр. 314), није јасно зашто би се психијатријско вештачење одређивало када се у то посумња. Смањена урачунљивост може бити само олакшавајућа околност на страни окривљеног.

својству супсидијарног или приватног тужиоца, има право да тражи повраћај у пређашње стање (*restitutio in integrum*), ако из оправданих разлога није обавестио суд о промени пребивалишта или боравишта, односно ако из оправданих разлога није могао да дође на припремно рочиште или на главни претрес.

Једна од најзначајнијих правних пресумпција кривичног процесног права је претпоставка невиности окривљеног. На тасу између тежње ефикасне заштите друштва од криминалитета и заштите права грађана нормативним ограничењима државних органа, налази се претпоставка невиности окривљеног. Имајући у виду да је кривични поступак „сеизмограф“ развоја људских права у једном друштву, инсистирање на презумпцији невиности добија на значају. Она представља исходиште настојања за хуманизацијом положаја окривљеног у кривичном поступку, у односу на некадашњи инквизициони поступак. Интенција је да се ограничења основних права човека сведу на најмању, разумну меру, у време када још није са истинитошћу утврђена кривица окривљеног.

Суштина претпоставке невиности, као једне од значајнијих тековина правне државе и демократског друштва, најчешће се изражава правилом да се свако сматра невиним, и да га нико не може сматрати кривим, док се правноснажном судском одлуком од стране надлежног суда не утврди његова кривица¹²². Као једна од тековина француске буржоаске револуције, претпоставка невиности нашла је своје место у Декларацији о правима човека и грађанина из 1789. године. Данас претпоставка невиности представља назаобилазан саставни део корпуса основних права човека, у најзначајнијим међународним документима.¹²³ Устав Србије¹²⁴ такође прокламује презумпцију невиности, у члану 34. став 3., на следећи начин: „Свако се сматра невиним за кривично дело, док се његова кривица не утврди правноснажном одлуком суда“. У Законик о кривичном поступку је садржана готово истоветна формулација претпоставке невиности (члан 3. ЗКП).

¹²² Давор Крапац, *Институције*, оп. cit., стр. 388.

¹²³ Формулација ове значајне процесне гаранције налази се у члану 11. став 1. Универзалне декларације о правима човека и грађанина из 1948. године, члану 14. Међународног пакта о грађанским и политичким правима, члану 6. став 2. Америчке конвенције о заштити људских права, члану 8. став 2. Америчке декларације о људским правима и члану 7. став 1. тачка б Афричке повеље о људским правима.

¹²⁴ "Службени гласник РС", бр. 98/06.

У теорији се поставља питање, да ли претпоставка невиности представља правну претпоставку.¹²⁵ Они који стоје на том становишту, сматрају је оборивом правном презумпцијом.¹²⁶ Међутим, тврдње садржане у правним претпоставкама, у највећем броју случајева поклапају са стањем у стварности, што код претпоставке невиности није случај. Стога се, према заступницима таквог схватања, не може говорити о правној презумпцији.¹²⁷ Задатак кривичног поступка није потврђивање, нити обарање претпоставке невиности. Хипотеза о виности, садржана у оптужном акту је оборива. Стога је претпоставка невиности апсолутна претпоставка.¹²⁸ Претпоставка невиности се не оповргава изрицањем осуђујуће пресуде, нити се потврђује изрицањем ослобађајуће пресуде.¹²⁹ Степени извесности о кривичном делу и учиниоцу не потиру важење претпоставке невиности. Ако постоје основи сумње, основана сумња или оправдана сумња да је неко извршио кривично дело, и даље се сматра, или ће се сматрати невиним. Важење претпоставке невиности престаје након што је правноснажном осуђујућом пресудом утврђено да је окривљени извршио кривично дело, које му се оптужбом ставља на терет.

Садржину претпоставке невиности одредио је Европски суд за људска права, у сопственој јуриспруденцији. Према ставу Суда, не сме се поћи од унапред створене представе да је окривљени извршио кривично дело. Терет доказивања лежи на тужиоцу и ризик недоказаности (сумња у постојање одлучних чињеница) мора ићи у корист окривљеног (*in dubio contra auctoritatem*).¹³⁰

Стандард поступања без предрасуда и предубеђења, разрађен је у низу пресуда. Претпоставка невиности је, према ставу Суда повређена, ако у пресуди није доказана кривица окривљеног, а судска одлука одражава став да је крив.¹³¹ Уколико се у образложењу ослобађајуће пресуде имплицира кривица окривљеног, такође је повређена претпоставка невиности.¹³² Повреда наведеног стандарда установљена је и у

¹²⁵ Више о правној природи претпоставке невиности: Иван Илић, *Претпоставка невиности окривљеног и право на јавно информисање*, Зборник радова Правног факултета у Нишу : тематски број. Медији и људска права, Ниш 2012, Бр. 61, стр. 571-586.

¹²⁶ Циљ оборивих правних претпоставки исцрпљује се у одређивању тога, ко сноси терет доказивања (Радомир Лукић, *Теорија државе и права*, Београд 1976, стр. 188).

¹²⁷ Владимир Водинелић, *О правној природи презумпције невиности*, Зборник Правног факултета у Сплиту, бр. 6/1968., стр. 135.

¹²⁸ Слободан Бељански, *Међународни правни стандарди о кривичном поступку*, Београд, 2001, стр. 61. и 63.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ *Barbera, Masseque and Jabardo v. Espana*, 10588/83, 10589/83, 10590/83, § 77.

¹³¹ *Minelli v. Switzerland*, 8660/79.

¹³² *Lamanna v. Austria*, 28923/95.

првој пресуди, коју је Суд донео против Србије. Подносилац представке је у решењу о одређивању притвора означен као починилац кривичног дела, чиме је претпоставка невиности прекршена.¹³³

Правило према коме терет доказивања пада на тужиоца, разрађен је у низу одредаба ЗКП (о главном претресу, о саслушању окривљеног, о руковођењу главним претресом итд.). Осим тога, терет доказивања је супсидијарно и на кривичном суду. Од овог правила допуштени су изузеци, у случају када је окривљеном лакше да доказује неки од елемената посебног бића кривичног дела. Опште прихваћени изузетак постоји и у погледу доказивања постојања неурачунљивости.¹³⁴ Најзад, будући да важи презумпција честитости, на окривљеном је терет доказивања истинитости изнетих или пренетих информација.¹³⁵

Треће правно правило, инволвирано у претпоставку невиности, представља расподелу ризика недоказаности кривице. Кривични суд мора донети ослобађајућу пресуду, не само када није доказано да је окривљени крив, већ и када остане сумња у његову кривицу. Тај став подржава и ЗКП Србије, који у члану 16. став 5. изричито прописује да се сумња у погледу одлучних чињеница, које су везане за неко обележје кривичног дела или од којих зависи примена неке одредбе Кривичног законика, суд ће у својој одлуци решити у корист окривљеног. Реч је о старом правилу *in dubio pro reo* (у сумњи у корист окривљеног).

Правила искуства су судови од општег значаја, који су стечени искуством, на основу посматрања и уопштавања појединачних случајева.¹³⁶ То могу бити закони појединих природних наука, попут математике, физике итд. Тако се, примера ради, алиби окривљеног заснива на закону физике о непробојности материје. Према том закону, постојање исте материје (тј. скупа атома) у исто време на два различита места није могуће. Стога окривљени, за кога се докаже да је у време извршења кривичног дела био на другом месту, бива ослобођен оптужбе. На тај начин се, ипак, не искључује свака повезаност окривљеног са кривичним делом. Учешће у извршењу кривичног дела, у виду помагања или подстрекавања, може се остварити на неком другом месту, ван места извршења кривичног дела.

¹³³ Матијашевић против Србије, 23037/07.

¹³⁴ *X v. United Kingdom*, 5076/71.

¹³⁵ Војислав Ђурђић, *Значење и обим примене претпоставке невиности у кривичном поступку*, Билтен судске праксе Окружног суда у Нишу, бр. 25, Београд 2007. стр14.

¹³⁶ Тихомир Васиљевић, *op. cit.*, 300.

Најзад, у кривичном поступку се не доказују ни правне норме (*iura novit curia*). Међутим, од овог правила постоји изузетак, када су у питању технички нормативи или стандарди у националном праву, као и норме иностраног права. Све наведене категорије су изузете од доказивања у кривичном поступку, али не и од утврђивања. Само чињенице, које је ауторитативно прогласио суд, у судској одлуци, сматрају се утврђеним, и оне представљају чињеничну основу судске одлуке.

5. 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, 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.¹³⁷

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.¹³⁸ 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.¹³⁹ Да би утврђене чињенице постале основа

¹³⁷ М. Дамашка, *op. cit.*, стр. 119.

¹³⁸ М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Загреб, 1982, стр. 96.

¹³⁹ Давор Крапац, *Утврдити чињенице значи уверити се у њихово постојање-властитим опажањем или доказивањем*, *Наша законитост*, бр. 11-12/1982, стр. 107.

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. Према томе, сматрамо да је утврђивање чињеница у кривичном поступку у искључивој надлежности суда. Само оне чињенице, које је суд ауторитативно прогласио у судској одлуци, се могу сматрати утврђеним. Суд се мора са извесношћу уверити у постојање чињеница, да би их утврдио. Ако уверење органа вођења кривичног поступка о постојању чињеница, остане са нижим степеном извесности (оправдана сумња), оне се не могу сматрати утврђенима. У том случају ће се применити принцип *in dubio pro reo*. Уколико је одлучна чињеница на штеу окривљеног, сматраће се да не постоји, а ако иде у корист окривљеног, да постоји. На тај начин се не потиरे правило, које смо поставили, с обзиром да се у случају примене правила *in dubio pro reo* чињеница која иде у корист окривљеног сматра постојећом. Њено постојање није утврђено, већ се примењује правна фикција о њеном постојању.

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 континенталном типу кривичног поступка чињенице утврђује кривични суд, изузетно други државни орган (јавни тужилац у фази истраге), који је на то законом овлашћен.¹⁴⁰ И у случају постојања тужилачке истраге, одлуку о кривичној ствари доноси кривични суд, након суђења, схваћеног у ужем смислу. Разлог за поимање суда, као субјекта који утврђује чињенице у континенталном кривичном 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.

¹⁴⁰ Војислав Ђурђић, *Утврђивање чињеница...*, op. cit., стр. 485.

5.1. Утврђивање чињеница према одредбама Законика о кривичном поступку

У члану 17. Законика о кривичном поступку из 2001. године,¹⁴¹ *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.¹⁴² 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, што је и нормирано у члану 15. став 3. ЗКП. Постоји, међутим, и другачије тумачење, да доказе изводе *странке*, а да је улога суда у томе супсидијарна, корективна и изузетна.¹⁴³ Наведено гледиште је последица недоследности законодавца, будући да су готово све одредбе, које се односе на извођење доказа, у супротности са основном одредбом из чланс 15. став 3. ЗКП, у којој је предвиђено да суд изводи доказе. Такво нормирање је противно процесној теорији. Извођење доказа значи прихватање предложених доказа, сазнавање чињеница из извора доказа и процесно фиксирање.¹⁴⁴ Та делатност увек је у власти суда, независно од тога, да ли има активну или пасивну улогу у предлагању доказа. Странке предлажу извођење доказа, док суд прихвата предложене доказе и изводи их. Према важећем процесном закону, доказна активност је готово у потпуности на странкама, изузетно и супсидијарно на суду. Сматрамо да извођење доказа мора бити у надлежности суда, у моделу кривичног поступка, у коме нема поротног суђења, већ о чињеничним и правним питањима одлучује мешовито судеће веће. У таквом моделу, суд одговара за законитост пресуде. Све док је тако, извођење доказа мора бити у власти суда, без обзира на коме је иницијатива за

¹⁴¹ "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

¹⁴² 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“.

¹⁴³ Горан Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *Коментар...*, оп. cit., стр. 103.

¹⁴⁴ Војислав Ђурђић, 2014, оп. cit., стр. 258.

извођење доказа. Законодавац, међутим, одступа од тог постулата, те у одредбе о извођењу доказа на главном претресу уводи адверзијални концепт, према коме је извођење доказа поверено странкама. На тај начин су општа одредба о извођењу доказа и посебне одредбе, о извођењу појединих доказа на главном претресу у контрадикцији.

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 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. Језичким тумачењем „налог“ може значити наредити некоме да нешто учини. Међутим, у одсуству процесног механизма, који би обезбедио извршење наредбе, у пракси је реч о неформалном сугерисању суда приликом консултовања 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 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,¹⁴⁵ у коме се наводи да се допунски докази односе на недостатке у већ изведеним доказима. Потребно је да

¹⁴⁵ Горан Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *Коментар...*, op. cit, стр. 105-106.

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 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, 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 конкретnog случаја. Стога је непримерено давати суду упутства о томе да ово овлашћење 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.¹⁴⁶ 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 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

¹⁴⁶ *Ibidem.*

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.¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸ 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*.¹⁴⁹ 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,

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ Војислав Ђурђић, *Утврђивање чињеница...*, *op. cit.*, стр. 480.

¹⁴⁹ Владимир Бајер, *op. cit.*, стр. 5.

ако су у питању докази, за које се претпоставља да би ишли у прилог одбрани.¹⁵⁰ 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.¹⁵¹ 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

¹⁵⁰ Горан Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *Коментар...*, *op. cit.*, стр. 107.

¹⁵¹ Саша Кнежевић, *Основна начела...*, *op. cit.*, стр. 118.

судска одлука, већ би суд требало да примени забрану преиначења на штету.¹⁵² 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.¹⁵³ 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 установљено супсидијарно и корективно интервенисање суда у формирање чињеничне подлоге судске одлуке треба тумачити *in favorem* свестраног расправљања предмета доказивања, што је законом изричито и недвосмислено установљено.

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 (члан 437. ЗКП). Право на изјављивање жалбе припада, првенствено, странкама. Ако је утврђивање чињеничног стања у искључивој диспозицији странака, бесмислено је допустити оспоравање непотпуности 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.

Законски израз начела истине инкорпориран је у процесне законе многих значајних држава. У немачком *Straffprozessordnung* несумњиво је утврђена дужност

¹⁵² Горан Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *Коментар...*, op. cit, стр. 108.

¹⁵³ Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, стр. 441.

суда да по службеној дужности прошири извођење доказа на све чињенице и доказе, који су релевантни за доношење одлуке (члан 244. став 2. СтПО). У наведеној одредби је *explicite* помиње истина. Дужност суда да по службеној дужности изводи доказе је установљена ради истраживања истине. Штавише, пракса Савезног уставног суда изнедрила је тражење материјалне истине као уставно начело. Ово начело изводи се из права на личну слободу тумачењем да се она може ограничити једино у поступку, у коме је минимални захтев тражење материјалне истине.¹⁵⁴ Начело истине је прописано и у аустријском процесном закону. Дужност је суда да по службеној дужности, на главном претресу, мора расправити о кривичном делу и кривици оптуженог (члан 2. став 2. СтПО Аустрије). Органи вођења поступка имају дужност да трагају за материјалном истином и да утврде све чињенице од значаја за оцену кривичног дела и окривљеног (члан 3. СтПО). Истражни судија и расправни судија у Француској, такође имају дужност да позивају сведоке и да изводе доказе, који помажу приликом утврђивања истине (члан 330. CPP). Након што је готово укинута истражна максима, хрватски законодавац се вратио концепцији, према којој суд има доказну иницијативу. Судаће веће може предложити да се изведу докази, које странке нису предложиле, или су одустале од извођења предложених доказа (члан 419. став 3. Закона о казненем поступку).

Основна теза законодаваца, којом оправдавају гушење начела истине, је да доказна иницијатива суда може бити у контрадикцији са претпоставком невиности окривљеног и са судском непристрасношћу, уколико се на тај начин подупире оптужна теза.¹⁵⁵ Сходно томе, доказна иницијатива суда може бити оправдана једино ако предложени доказ иде у прилог одбрани, који треба извести с циљем утемељења примене принципа *in dubio pro reo*. Стога остаје нејасно зашто та идеја није материјализована кроз став 4. члана 15 ЗКП-а. Као референтни пример могла је послужити слична одредба о доказној иницијативи суда из важећег ЗКП-а Пољске. Наиме, у пољском процесном закону суд може да врати предмет јавном тужиоцу, са налогом да предложи извођење додатних доказа, у одређеном року. Непоступање јавног тужиоца по налогу има за последицу да суд примењује правило којим сумњу у

¹⁵⁴ Злата Ђурђевић, *Реконструкција, јудицијализација, конституционализација, еуропеизација хрватског казненог поступка петом новелом ЗКП/08: први дио*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, број 2/2013, Загреб, стр. 338.

¹⁵⁵ Више о томе: Горан Илић, Миодраг Мајић, *Nature, importance and limits of finding the truth in criminal proceedings*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/2013, стр. 82-100.

постојање чињеница решава у корист окривљеном.¹⁵⁶ Насупрот томе, у нашем ЗКП-у је налог суда јавном тужиоцу за предлагање додатних доказа остао без процесних последица. На тај начин је идеја законодаваца о лимитираном домету начела истине, у претежно акузаторском типу кривичног поступка, који је установљен новим ЗКП-ом, остала недовршена.

6. НАЧИНИ УТВРЂИВАЊА ЧИЊЕНИЦА

6.1. Појам доказа

Наука кривичног процесног права развила је инструментаријум утврђивања чињеница у кривичном поступку. Правно релевантне и друге важне чињенице утврђују се помоћу доказа. То значи да су докази средство утврђивања чињеница. Око појма доказа, али и сродних појмова доказног извора, доказног основа и доказног средства, у теорији се ломе копља дуги низ година. Ни данас не можемо рећи да је изграђен и једнодушно прихваћен, истоветно одређен појам доказа. У старијој процесној теорији се наглашавала важност доказа за утврђивање истине. Притом се прави разлика на појам доказа у материјалном и процесном смислу. Према једном од схватања, доказом у материјалном смислу, се схвата чињеница, којом се доказује постојање чињеница, које су од важности за доношење судске одлуке. Чињеница коју треба доказати зове се предмет доказа (*thema probandi*), док се чињеница којом се доказује предмет доказа зове доказни основ, односно доказни разлог (*probatio*).¹⁵⁷ У складу са тим, доказом се сматра скуп основа (разлога) који говоре у прилог истинитости неке важне чињенице.¹⁵⁸ Слично је гледиште према којем је доказ сваки основ или разлог, садржан у доказном средству, који потврђује истинитост неке чињенице, важне за поступак.¹⁵⁹ Истој групи припада одређење доказа као фактичких података, у законом предвиђеним процесним формама, који оправдавају постојање кривичног дела и кривичне

¹⁵⁶ Страхиња Давидов, *Велика реконструкција европског кривичног поступка*, Гласник АКВ, бр. 12/2011, стр. 623.

¹⁵⁷ Божић Марковић, *Уџбеник...*, op. cit., стр. 322.

¹⁵⁸ Ibidem, str. 323. Реч је, заправо, о преузетом схватању из тадашње иностране теорије, које су заступали Mittermaier, Birkmeyer, Glaser и други.

¹⁵⁹ Тихомир Васиљевић, op. cit, стр. 294, Момчило Грубач, op. cit, стр. 234, Никола Матовски, Гордана Лажетић-Бужаровска, Гордан Калајџијев, *Казнено процесно право*, Скопје 2011, стр. 180.

одговорности окривљеног.¹⁶⁰ Доказ се, такође, дефинише као чињеница, којом се утврђује постојање спорних правно релевантних чињеница у кривичном поступку.¹⁶¹

У једном од схватања је направљена разлика између доказа у правом и неправом смислу. У правом смислу под доказом се подразумева доказни основ, а сам доказ дефинише као чињеница о истинитости или неистинитости спорне чињенице. У неправом смислу доказ се изједначава са појмовима извор доказа, односно доказно средство.¹⁶²

Доказом се сматрају и извори сазнања о чињеницама, које се утврђују у кривичном поступку.¹⁶³ Бајер на овај начин одређује појам доказа у ужем смислу, као извор сазнања о постојању неке чињенице, која се не може утврдити властитим опажањем.¹⁶⁴ Ту убраја исказе процесних субјеката, исправе и снимке, којима су регистроване чињенице. Докази у ширем смислу, осим наведеног, обухватају и индиције. Такође је било заступљено и схватање да су докази процесне радње, којима се утврђују чињенице од важности за доношење судске одлуке.¹⁶⁵

Појам доказа у процесном (формалном) смислу одређује се полазећи од законских одредби, у којима су регулисани докази. Под доказима се разумеју процесне радње, усмерене на утврђивање истинитости чињеница, на којима се заснива судска одлука.¹⁶⁶ Овај појам доказе изједначава са радњама доказивања, односно са доказним поступком. Процесни појам доказа није у потпуности напуштен у савременој теорији кривичног процесног права. Он се користи да би се истакао захтев да се чињенице утврђују од стране законом одређених процесних субјеката, на законом прописан начин.¹⁶⁷ Анализом одредби важећег ЗКП-а, у новијој литератури је настало схватање да је доказ у процесном смислу свако доказно средство, које служи као инструмент утврђивања чињеница у кривичном поступку.

У новијим радовима, који се, између осталог, баве питањима доказа, приметна је тенденција да се појам доказа одреди синтетичком дефиницијом. Једна од првих

¹⁶⁰ Владимирив, *Учење о кривичним доказима*, 1910, стр. 10. Наведено према: Загорка Јекић, *Докази и истина*, Београд, 1989, стр. 10.

¹⁶¹ Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, *op. cit.*, стр. 228, Драго Радуловић, *op. cit.*, стр. 158.

¹⁶² Драгољуб Димитријевић, *Кривично процесно право*, Београд 1981, стр. 184.

¹⁶³ М. С. Строгович, *op. cit.*, стр. 139. Владимир Бајер, *op. cit.*, стр. 15, Давор Крапац, *Институције...*, *op. cit.*, стр. 412, Берислав Павишић и сурадници, *op. cit.*, стр. 141.

¹⁶⁴ Насупрот томе, неки теоретичари доказом сматрају и властито опажање чињеница, од стране органа вођења поступка (Метод Доленц, *op. cit.*, стр. 159).

¹⁶⁵ Никола Огорелица, *op. cit.*, стр. 326.

¹⁶⁶ Божидар Марковић, *Уџбеник...*, *op. cit.*, стр. 322.

¹⁶⁷ Снежана Соковић, *op. cit.*, стр. 35.

таквих дефиниција доказом сматра фактичке податке, до којих се долази у законом прописаном поступку, спровођењем процесних радњи. Они су извор сазнања о чињеницама, на које се примењују норме материјалног и процесног кривичног права.¹⁶⁸ Унеколико другачије је одређење да је доказ чињеница, на основу које надлежни орган у кривичном поступку утврђује неопходне чињенице.¹⁶⁹ Доказом се сматра и чињеница, садржана у доказном средству, на основу које орган вођења поступка закључује о постојању или непостојању важних чињеница за дониошење судске одлуке.¹⁷⁰

Из свих наведених дефиниција доказа се може закључити да се садржај овог појма одређује као информација, податак, односно чињеница. На другој страни су аутори, који сматрају да докази нису чињенице, већ извори сазнања о чињеницама. Ипак, и код њих је присутна контрадикција, јер садржајем доказа сматрају управо чињенице, које се утврђују у конкретном случају,¹⁷¹ уз додатне елементе овог појма. Као што кривична ствар представља један животни догађај, који се састоји од чињеница из стварности, тако се и докази, којима се он реконструише, морају састојати од чињеница. Зовимо их информације или фактички подаци, у доказима се нужно морају садржати чињенице, на основу којих ћемо утврдити постојање одлучних чињеница. Све чињенице, које су садржане у доказу, примера ради у исказу сведока, не морају се односити на кривични догађај. Исказ сведока ће, по правилу садржати мноштво чињеница, које немају директних додирних тачака са кривичним догађајем. Стога је задатак органа вођења поступка да од свих чињеница изврши тријажу и да издвоји оне чињенице, помоћу којих се може доћи до правно релевантних. Према томе, да би те чињенице биле докази, морају се односити на кривичну ствар и морају бити фиксирани на законом прописани начин.¹⁷² Докази су чињенице, произашле из доказног средства, којима се у кривичном поступку утврђује постојање правно релевантних чињеница. Те чињенице, којима се утврђује постојање правно релевантних чињеница могу се означити основ доказивања (утврђивања), а чињенице, које је потребно утврдити – предмет доказивања (утврђивања).

¹⁶⁸ Загорка Лекић, *op. cit.*, стр. 12.

¹⁶⁹ Станко Бејатовић, 2008, *op. cit.*, стр. 274.

¹⁷⁰ Војислав Ђурђић, 2014, *op. cit.*, стр. 248.

¹⁷¹ Бајер сматра да доказ, осим чињеница, мора садржати још један елемент, а то је околност да је процесни субјект за њих сазнао властитим опажањем (Владимир Бајер, *op. cit.*, стр. 20).

¹⁷² Владимир Водинелић, *Проблеми чињеница у доказној теорији кривичног процесног права*, *Анали Правног факултета у Београду* бр. 5/1992, стр. 384.

6.2. Појам доказног средства

Попут појма доказа, ни по питању појма доказног средства у теорији кривичног процесног права не постоји сагласност. Постоји схватање да је доказно средство доказ у неправом смислу речи. Овако схваћено доказно средство представља извор доказа, тј. све оно што може да представља доказ о спорним чињеницама у кривичном поступку.¹⁷³ У доказна средства ово гледиште убраја увиђај, сведочење, вештачење, признање и порицање окривљеног, као и исправе. Постоји гледиште да доказно средство представља извор, односно облик из кога проистичу чињенице, које су доказни основ, а у доказна средства убрајају окривљене, сведоке, вештаке, исправе и увиђај.¹⁷⁴ Слично схватање одређује појам доказног средства као изворе, односно форме и начине у којима се јављају докази, путем којих се утврђују правно релевантне чињенице и друге чињенице, али у њих сврставају увиђај, исказ сведока, исказ вештака, исказ окривљеног и исправе.¹⁷⁵ Неки аутори доказним средствима сматрају форме (облике) у којима се јављају докази, али у доказна средства најбоље убраја процесне субјекте, примера ради сведоке, а након тога радње доказивања, испитивање сведока, вештачење, саслушање окривљеног, увиђај, као и исправе.¹⁷⁶ Супротно томе, неки аутори такође одређују доказна средства као форме, у којима се јављају докази, али доказним средствима означавају исказ окривљеног, сведока и вештака, те исправе, увиђај и реконструкцију.¹⁷⁷

Неки аутори сматрају да под општи појам доказа спадају доказна средства и доказни основи.¹⁷⁸ Доказна средства се, од стране неких аутора, дефинишу као начини или методи за извођење доказа од стране суда у кривичном поступку, а то је, заправо, предузимање радњи доказивања.¹⁷⁹ Одређење доказних средстава као начина или форме за уношење спознајног материјала, такође, изједначава доказна средства са радњама доказивања.¹⁸⁰ Сматра се да оно што је класична школа кривичног процесног

¹⁷³ Драгољуб Димитријевић, *ор. cit.*, стр. 184-185.

¹⁷⁴ Тихомир Васиљевић, *ор. cit.*, стр. 301, Момчило Грубач, *ор. cit.*, стр. 239, Миодраг Симовић, *ор. cit.*, стр. 325, Татјана Лукић, *Доказне радње у кривичном поступку*, Нови Сад 2011, стр. 5.

¹⁷⁵ Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, *ор. cit.*, стр. 228, Драго Радуловић, *ор. cit.*, стр. 170.

¹⁷⁶ Станко Бејатовић, 2008, *ор. cit.*, стр. 274 и 289-342.

¹⁷⁷ Војислав Ђурђић, 2014, *ор. cit.*, стр. 251.

¹⁷⁸ Витомир Петровић, *Кривично судски поступак*, Београд 1957, стр. 49, наведено према: Снежана Соковић, *ор. cit.*, стр. 36.

¹⁷⁹ Милан Шкулић, 2009, *ор. cit.*, стр. 184-185.

¹⁸⁰ Берислав Павишић и сурадници, *ор. cit.*, стр. 144.

права назвала доказним средствима, заправо су радње доказивања, методика, односно јединство средстава и начина, којима се остварује доказивање.¹⁸¹

Полазећи од етимолошког значења речи „средство“, као начина, инструмента, појам доказно средство се може дефинисати као начин на који се у кривичном поступку утврђују правно релевантне и друге важне чињенице, за доношење одлуке о захтеву тужиоца. С обзиром да се чињенице у кривичном поступку утврђују искључиво на начин, прописан процесним законом и искључиво путем средстава, која су приописана законом, доказна средства се односе на процесне форме за утврђивање чињеница. Стога се појам доказног средства мора разликовати од извора доказа. Извор доказа може бити људско биће, окривљени, сведок или ствар, предмет, исправа, налаз и мишљење вештака. Када се тај извор заодене у прописану процесну форму, постаје доказно средство. Доказна средства у кривичном поступку су одређена у Законику о кривичном поступку, системом енумерације. То су исказ окривљеног, исказ сведока, исказ вештака, исправе и увиђај. Ове појмове треба разликовати од радњи доказивања, као што су саслушање окривљеног, испитивање сведока, претресање стана и лица и друге.

6.3. Врсте доказа

У теорији кривичног процесног права се наводе различите класификације доказа. Оне немају велики практични значај, с обзиром на важећу слободну оцену доказа, која постоји у савременом кривичном поступку. За разлику од тога, класификације доказа имале су значаја у раније важећој законској оцени доказа, карактеристичној за инквизициони поступак.

Према критеријуму односа доказа и предмета доказивања, докази се деле на непосредне и посредне.¹⁸² Непосредним доказом, на директан начин се утврђују чињенице, од значаја за доношење судске одлуке. Другим речима, на основу непосредног доказа, непосредно се закључује о истинитости правно релевантних и других важних чињеница.¹⁸³ Најчешће се као пример наводи исказ сведока, очевица, исказ вештака, исказ окривљеног, као и увиђај. Путем посредног доказа се, најпре, утврђују неке чињенице, које указују на постојање правно релевантних чињеница. Реч

¹⁸¹ Владимир Водинелић, *op. cit.*, стр. 380, Ово схватање прихвата и Снежана Соковић, *op. cit.*, стр. 38.

¹⁸² Неки аутори их називају природним и вештачким доказима (Божидар Марковић, *Уибеник...*, *op. cit.*, стр. 337).

¹⁸³ Станко Бејатовић, 2008, *op. cit.*, стр. 281.

је о својеврсним међучињеницама,¹⁸⁴ на основу којих се, посредно, утврђују одлучне чињенице. Посредни докази су, заправо, чињенице индиције. Формирањем, најчешће, ланца индиција утврђује се постојање правно релевантних чињеница.

Термин индиције и основи сумње се често користе као синоними. То потиче из инквизиционог поступка, у коме је постојала законска вредност доказа. На основу постојања основа сумње покретала се тзв. посебна истрага. Индицијама су се сматрале чињенице, које су омогућавале покретање кривичног поступка, али и примену тортуре према окривљеном. У савременом кривичном поступку основи сумње (подозрења) представљају најнижи степен уверења о извршеном кривичном делу, који је неопходан за покретање преткривичног (предистражног) поступка, или(и) кривичног поступка.¹⁸⁵ У уводном делу Законика о кривичном поступку из 2011. године, у коме су дефинисани основни појмови, стоји и одређење основа сумње. Најнижи степен извесности је скуп чињеница, које *посредно* указују да је извршено кривично дело, *или* да је неко лице учинилац тог дела. На тај начин су индиције и основи сумње изједначени у значењу. За разлику од тога, основана сумња представља скуп чињеница, које *непосредно* указују на кривично дело и учиниоца (члан 2. став 1. тачка 17. и 18. ЗКП). Наведене одредбе су спорне, јер реafirмишу давно напуштену законску вредност доказа. Ако се током предистражног поступка дође искључиво до чињеница, које посредно указују на кривично дело, евентуално и на учиниоца, постојаће основи сумње. Са друге стране, за постојање основане сумње неопходне су чињенице, које непосредно указују да је неко лице извршило кривично дело. На тај начин је, у потпуности искључена могућност утврђивања чињеница индиција у кривичном поступку, јер се, на основу њих, према слову закона, не може формирати основана сумња, а самим тим ни оправдана сумња и извесност о кривичној ствари. Најнижи степен сумње се не мора састојати искључиво од индиција, те ова два појма нису идентична. Неопходан степен извесности за покретање истраге формира се од свих расположивих чињеница, до којих су дошли субјекти вођења предистражног поступка, без обзира на врсту. У покушају да се дефинише најнижи степен извесности, који је

¹⁸⁴ Војислав Ђурђић, 2014, *op. cit.*, стр. 252.

¹⁸⁵ Према члану 295. став 1. ЗКП-а, истрага се покреће када постоје *основи сумње* да је учињено кривично дело, од стране познатог или непознатог учиниоца. Јавни тужилац ће донети решење о одбацивању кривичне пријаве, такође, ако не постоје *основи сумње* да је учињено официјелно кривично дело. Из тога следи да је исти степен уверења потребан за покретање предистражног поступка и истраге, па није јасно у чему се огледа хеуристичка делатност органа предистражног поступка, ако исходује једнаком степену извесности о учињеном кривичном делу.

промовисан у услов за покретање истраге, законодавац је, чини се, помешао криминалистичке и кривичнопроцесне индиције.

Подела доказа на непосредне и посредне се може прихватити, с тим што је треба разграничити од непосредног и посредног утврђивања чињеница. Једно од основних начела кривичног процесног права, начело непосредности, као правило одређује непосредно утврђивање чињеница. Правно релевантне и друге чињенице се утврђују непосредним чулним опажањем кривичног суда, директно из извора доказа. То значи да суд, по правилу, не сазнаје за чињенице, које је утврдио неки други орган вођења поступка, на основу записника, тј. не суди на основу списка. Суд, такође, не може заменити могуће утврђивање чињенице из исказа сведока очевица, исказом сведока по чувењу. Од принципа непосредности постоје законом установљена одступања, мотивисана економичношћу поступка и његовим разумним трајањем. У члану 406. Законика о кривичном поступку су предвиђене ситуације, у којима је могуће читање записника о испитивању сведока, налаза и мишљења вештака, као и записника о саслушању саоптуженог или осуђеног саучесника. То је могуће ако су испитана лица умрла, душевно оболела, не могу се пронаћи, или је њихов доказак пред суд знатно отежан услед болести, старости, или из других разлога. Исказ сведока или вештака, који није присутан, може бити прочитан, ако се странке сагласе, без обзира да ли су били позвани на главни претрес. Читање раније датог исказа ових процесних субјеката је могуће ако су присутни на главном претресу, али одбијају да дају исказ, без постојања законских разлога. Исказ саоптуженог може бити прочитан, ако је дошло до раздвајања кривичног поступка, или је већ осуђен правноснажном пресудом. Најзад, ако је сведок или вештак испитан пред председником судећег већа, или је испитан ван главног претреса од стране члана већа, исказ такође може бити прочитан на главном претресу (члан 404. ЗКП). С обзиром да је новим Закоником о кривичном поступку уведена тужилачка истрага, широко постављено одступање од начела непосредности може довести у питање правичност поступка, ако се судска одлука заснива на посредно утврђеним чињеницама. Нарочито је спорно неограничено коришћење резултата спроведених доказних радњи, од стране полиције, у предистражном поступку. Ако су доказне радње спроведене на законит начин, докази, које је прикупила полиција могу

бити коришћени у кривичном поступку, тј. на тим доказима може бити заснована судска одлука (члан 287. став 2. ЗКП).¹⁸⁶

На претходно наведену, логички се наслања класификација доказа на оригинарне и изведене. Критеријум за ову поделу је однос извора информације и чињенице, коју је потребно утврдити. Оригинарни су докази, чији су извор лица, која су чињенице опажали непосредно, својим чулима. Изведени докази су чињенице, утврђене на посредан начин, од лица које их је сазнало на посредан начин.¹⁸⁷ Ова подела је, чини се, недовољно разграничена од поделе доказа на непосредне и посредне. Приликом разграничења доказа, на овај начин, узети су у обзир само лични докази, док су материјални (исправе, тј. предмети, трагови) остали ван класификације. Аутори, додуше у оригинарне доказе сврставају предмете и ствари, које су извор материјалних доказа, али тек приликом експликације набрајањем.¹⁸⁸ Већи проблем је што се оригинарни докази у потпуности преклапају са непосредним, а изведени са посредним доказима.

У делу процесне теорије се за поделу на оригинарне и изведене доказе узима као критеријум однос доказа према извору доказа. Докази, које орган поступка сазнаје из извора доказа, у коме се налазе, су оригинарни. То су чињенице које суд сазнаје из исказа очевица, исказа окривљеног или из предмета, посматрањем. Ако орган поступка не сазнаје чињенице из извора доказа, већ из другог доказног средства, то су изведени докази. То може бити исказ сведока по чувењу, као и кривични спис.¹⁸⁹

Прихватајући теоријску заснованост претходне класификације, сматрамо да се као критеријум за ову класификацију доказа треба узети начин на који суд сазнаје чињенице. Према том критеријуму, оригинарни су докази, из којих суд сазнаје чињенице директно од носиоца информације, из исказа окривљеног, сведока, вештака, из оригинала исправа, као и путем расправног увиђаја. Деривативни (изведени) докази постоје ако суд сазнаје чињенице из преносиоца информације, из записника о саслушању окривљеног, о испитивању сведока, или вештака, те записника о истражном

¹⁸⁶ Законодавац *explicite* не предвиђа да резултати доказних радњи из предистражног поступка, предузетих од стране јавног тужиоца, могу бити коришћене у кривичном поступку. С обзиром да је нелогично давати предност полиције, над јавним тужиоцем, који руководи предистражним поступком, треба тумачити да резултати доказних радњи јавног тужиоца такође могу бити коришћени у поступку.

¹⁸⁷ Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, *op. cit.*, стр. 230.

¹⁸⁸ *Ibidem.*

¹⁸⁹ М. С. Строгович, *op. cit.*, стр. 132, Војислав Ђурђић, 2014, *op. cit.*, стр. 252-253.

увиђају.¹⁹⁰ Овде је реч о утврђивању чињеница на основу фиксираних резултата спроведених процесних радњи, у ранијим фазама поступка, или чак у предистражном поступку, у којима није учествовало судеће веће. Према овој подели, чињенице из исказа сведока по чувењу спадају у деривативне доказе, будући да их кривични суд сазнаје од преносиоца информације. Чињенице сазнате из увиђаја, спроведеног од стране судећег већа, тзв. расправног увиђаја, спадају у оригинарне доказе. Насупрот томе, чињенице добијене као резултат тзв. истражног увиђаја спадају у деривативне доказе, јер суд о чињеницама сазнаје из записника о увиђају (од преносиоца информација), у коме није учествовао.

Класификација доказа на личне и материјалне (стварне) извршена је према врсти и карактеристикама извора доказа. Код личних доказа орган поступка сазнаје чињенице из исказа лица, било да је то окривљени, сведок или вештак. Извор материјалних доказа налази се у предметима, траговима, стварима, аудио и визуелним снимцима и у списима. Процесноправним вокабуларом речено, извор материјалних доказа су исправе. Иако се сматра да материјални докази имају велику доказну вредност јер говоре истину, за дешифровање те истине неретко је потребна помоћ лица са стручним знањем. За разлику од материјалних доказа, код којих је за утврђивање чињеница суду на располагању пружање стручне помоћи вештака, код личних доказа суд нема могућност коришћења помоћи стручних лица, већ се мора ослонити на сопствено знање, логику и знања из психологије поступка.

Подела на потпуне и непотпуне доказе, такође је плод теорије кривичног процесног права из времена инквизиционог поступка, и директна је последица тада важеће законске оцене доказа. Тада се правила разлика између потпуног доказа и тзв. полудоказа, с обзиром на снагу доказа. Потпун доказ био је онај, који је, на основу одредбе био довољан за доношење осуђујуће пресуде. Примера ради, сагласан исказ два сведока сматран је потпуним доказом. Исто тако, потпуним доказом сматрано је признање окривљеног, које се називало „краљица“ доказа. Полудоказ је, према тадашњим законским одредбама, био сваки други доказ, који није потпун доказ. Ако су сагласни искази двају сведока потпун доказ, онда је исказ једног сведока полудоказ. Такође, ако је за потпун доказ потребно три основа подозрења, онда је постојање два или једног основа подозрења мање или више од полудоказа.¹⁹¹

¹⁹⁰ Они се називају „докази из друге руке“ (*Ibidem*).

¹⁹¹ Божидар Марковић, *Уџбеник...*, *op. cit.*, стр. 338-339.

У савременој процесној теорији се задржала ова класификација, али према другачијем критеријуму. Подела на потпуне и непотпуне доказе се врши према степену извесности, са којим се на основу њега може утврдити правно релевантна чињеница.¹⁹² Потпун доказ је онај, на основу кога се правно релевантна чињеница утврђује са највишим степеном извесности, тј. са истинитошћу. Непотпун је доказ, на основу кога се постојање одлучних чињеница утврђује са степеном извесности, мањим од истинитости. То могу бити основи сумње, за покретање истраге, основана сумња, за одређивање притвора, као и оправдана сумња, за подизање оптужнице. С обзиром да је за доношење одлуке о кривичној ствари потребно утврдити постојање одлучних чињеница са извесношћу, основица мериторне судске одлуке може бити формирана само од потпуних доказа. са друге стране, примера ради, решење о одређивању притвора се може одредити на основу непотпуних доказа, с обзиром да је за одређивање ове мере процесне принуде потребна основана сумња.

Наредна подела доказа је на доказе оптужбе и доказе одбране. Овако постављена класификација извршена је према предлагачу, односно према субјекту који је предложио доказ.¹⁹³ Доказима оптужбе подупире се оптужна теза, и предлаже их тужилац. Имајући у виду да је интерес оштећеног да се потврди казнени захтев тужиоца, доказе оптужбе, у процесној стварности, бивају предложени од стране оштећеног и пуномоћника оштећеног. Супротна странка, окривљени, са браниоцем ће, сагласно сопственим интересима, предлагати доказе одбране, настојећи да побије наводе оптужбе. Ова подела доказа се може критиковати имајући у виду важећу слободну оцену доказа. Суд није везан формалним правилима о вредности појединих доказа, већ цени сваки изведени доказ, нјепре појединачно, а након тога у склопу осталих изведених доказа. Чињенице, утврђене на основу изведених доказа могу ићи у корист, или на терет окривљеног, без обзира која странка је предложила извођење доказа. Тако се може десити да се, на основу исказа сведока оптужбе утврде чињенице, које иду у корист окривљеног, и обрнуто. Ову класификацију доводи у питање и дужност тужиоца да, у својству државног органа, испитује постојање чињеница које иду у корист или на терет окривљеног (члан 6. став 4. ЗКП). Стога је боље правити разлику

¹⁹² Станко Бејатовић, 2008, *op. cit.*, стр. 281.

¹⁹³ Војислав Ђурђић, 2014, *op. cit.*, стр. 253.

између оптужних и одбрамбених доказа,¹⁹⁴ с обзиром на то да ли потврђују наводе оптужбе или одбране.

Најзад, према законитости прибављања, докази се деле на дозвољене и недозвољене. Дозвољени докази су они, који су прибављени из законом предвиђених доказних средстава, на начин, прописан законом. Недозвољени докази су добијени из законом предвиђених средстава, али на начин, који није дозвољен законом. Ови докази се могу означити као незаконити, за разлику од дозвољених, који се могу именовати законитим доказима. Наведена подела има и трећу категорију. То су докази, који нису изричито забрањени, али ни изричито допуштени.¹⁹⁵ Реч је о доказима, до којих се долази применом савремених научних и техничких достигнућа, у ситуацији када легислатива за корак закасни за научним прогресом. У оквиру излагања ове категорије доказа, на пола пута између законитих и незаконитих, нарочито се анализирају могућности примене детектора лажи (полиграфа) у кривичном поступку. Полиграф је вишеканални апарат, који региструје више физиолошких реакција, истовремено.¹⁹⁶ Детектор лажи, иако термин, који се налази у колоквијалној употреби, није адекватан. Овај апарат не региструје лаж, већ региструје физиолошке реакције лица, које се испитује.¹⁹⁷ Употреба резултата полиграфског испитивања окривљеног, као доказа у кривичном поступку једино је могућа у САД, уз услов да окривљени има браниоца и да је претходно потписао уговор о полиграфском тестирању, као гарант слободне воље. У континенталном кривичном поступку резултат полиграфског испитивања не може бити коришћен као доказ у кривичном поступку. Употреба полиграфа је могућа у предистражном поступку, од стране полиције, као оперативно-тактичка радња, предузета с циљем откривања учиниоца кривичног дела, или откривања доказа.¹⁹⁸ Законско овлашћење за примену полиграфског испитивања произлази из члана 286. став 1. ЗКП-а. Ако постоје основи сумње да је извршено кривично дело, за које се гони по службеној дужности, полиција је дужна да предузме радње, с циљем откривања учиниоца дела, прикупљања и обезбеђења трагова кривичног дела, као и обавештења, потребних за вођење кривичног поступка. Иако није *explicite* предвиђена употреба

¹⁹⁴ Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, *op. cit.*, стр. 230, Станко Бејатовић, 2008, *op. cit.*, стр. 281.

¹⁹⁵ Владимир Бајер, *op. cit.*, стр. 77.

¹⁹⁶ Бранислав Симоновић, *Криминалистика*, Крагујевац, 2004, стр. 113.

¹⁹⁷ Више о томе: Ранко Соколовић, *Полиција и кривични поступак*, Београд, 2006, стр. 221-227.

¹⁹⁸ Маријан Шуперина, Стјепан Глушчић, *Полиграфско тестирање у хрватском казненом и полицијском законодавству: рашчламба судске праксе*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 2/2006, стр. 193.

полиграфа, предузимање ове радње могуће је управо с циљем, наведеним у члану 286. ЗКП-а. Према Закону о полицији,¹⁹⁹ овлашћена службена лица Министарства унутрашњих послова могу применити полиграфско тестирање над лицем, од кога прикупљају обавештења. То може бити осумњичени или презумптивни сведоци. Потребно је да је лице, од кога полиција прикупља обавештења, дало писану сагласност, као и да је претходно упознато са радом уређаја (члан 70. став 1. ЗОП). Прописани су и изузеци од примене полиграфа, примера ради на лица која имају срчана обољења, респираторне сметње, налазе се у алкохолисаном стању, или су под дејством опојних дрога, лица под стресом итд.

6.4. Доказне забране (ограничења)

6.4.1. ВЕЗАНОСТ ПРЕСУДЕ ОПТУЖБОМ

Предмет кривичног поступка (кривична ствар) детерминисана је оптужним актом овлашћеног тужиоца. То је директна последица важења оптужног начела, чија је суштина у старој латинској максими – *neto iudex sine actore*. Између кривичне пресуде и оптужбе мора постојати субјективни и објективни идентитет. Субјективни идентитет значи да се пресудом могу обухватити само лица, која су означена у оптужном акту. При томе, промене у облику кривице (умишљај, нехат), нити промене у утврђеном доприносу окривљеног извршењу кривичног дела (извршилац, саучесник, у ужем смислу), не утичу на промену субјективног идентитета. Објективни идентитет означава постојање подударности између чињеничног описа оптужног акта и кривичне пресуде. Реч је о материјалном идентитету пресуде и оптужбе, који се односи на чињеничну основу, док формални идентитет не мора постојати, јер суд није везан правном квалификацијом тужиоца.²⁰⁰ Објективни идентитет, заправо, постоји ако постоји истоветност одлучних чињеница. Потребно је да постоји поклапање у погледу основних обележја, која конституишу одређено кривично дело, а нарочито у односу на заштитни објекат. Суштина саме кривичне ствари не сме бити измењена, у односу на оптужни акт. То значи да се у кривичном поступку могу утврђивати само чињенице, које се односе на кривично дело и окривљеног, који су означени у оптужници.²⁰¹ Суд

¹⁹⁹ "Сл. гласник РС", бр. 101/2005, 63/2009 - одлука УС и 92/2011, у даљем тексту: ЗОП.

²⁰⁰ Бранко Петрић, *Идентитет оптужбе и пресуде у кривичном поступку*, Правни живот, бр. 6-7/1980, стр. 13.

²⁰¹ Ана Гарачић, *Захвати суда у чињенични опис оптужбе*, Одвјетник, број 9-10/04, текст доступан на: http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/AGaracic-Zahvati_suda_u_cinjenicni_opis_optuz.PDF, приступ: 22.12.2014. године.

може утврђивати и друге чињенице, које доприносе свестраном и потпуном расветљењу кривичног дела, а не представљају елементе бића конкретног кривичног дела. Законодавац поставља јасна ограничења тврдњом да се пресуда може односити само на лице и на дело, које је обухваћено поднетим, или на главном претресу измењеним оптужним актом (члан 420. став 1. ЗКП). Суд, такође, није везан правном квалификацијом тужиоца.

Питање идентитета оптужбе и пресуде представља једно од најсложенијих питања кривичног поступка, за теорију, али и за судску праксу. Према старијем теоријском схватању, идентитет постоји ако се пресуда односи на исти догађај из прошлости. Пресуда се мора односити на дело из оптужнице, а пресуда се доноси на темељу чињеница, утврђених на главном претресу.²⁰² На основу тог схватања, суд може пресудом обухватити све радње извршења (код продуженог кривичног дела), иако нису обухваћене оптужбом. Такође, може се пресудити за довршено кривично дело, без обзира што је окривљени оптужен за покушај. Измене чињеничног описа оптужног акта могу ићи и у корист и на штету окривљеног, зависно од онога што буде утврђено на главном претресу.²⁰³ Ово схватање засновано је на начелу материјалне истине.

Уже схватање идентитета пресуде и оптужбе, доминатно у теорији од друге половине 20. века, засновано је на доследном спровођењу начела акузаторности. Према присталицама ужег схватања, истоветност постоји ако је предмет пресуде *друкчије дело*, у односу на оптужбу, а не постоји ако је реч о *другом* делу. Према теорији, дело је друкчије, ако је у суштини остало исто. Измене се могу кретати у опсегу другог вида кривичног дела. Примера ради, тешка телесна повреда и лака телесна повреда, тешко убиство и убиство, разбојништво и крађа представљају друкчија дела.²⁰⁴ То подразумева измене у погледу неких околности, под којима је дело извршено, као што су место, време, средство извршења, уколико то нису елементи бића самог кривичног дела. Не представља прекорачење оптужбе ни ако је у пресуди оптужба само прецизирана или додатно конкретизирана, или ако је утврђено да је реч о делу у стицају. Притом, дело које је обухваћено пресудом не сме бити теже по окривљеног.

²⁰² Бранко Бркић, *Идентитет између пресуде и оптужбе*, Хрватска правна ревија, број 4/2004, текст доступан на: http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/BrkicB_Identitet-izmedju-presude-optuzbe_2004.pdf, приступ: 3.1.2015. године.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ Младен Грубиша, *Правила за практично решавање питања објективног идентитета пресуде и оптужбе*, *Наша законитост*, бр. 11–12, Загреб 1960а, 601–618.

Супротно, суд може пресуду засновати на блажем друкчијем делу, у односу на чињенични опис из оптужног акта. Ако није доказано постојање неке квалификаторне околности, може се пресудити за основни облик, уместо за квалификовани облик кривичног дела. Исто се односи на утврђену лакшу последицу, или за мањи износ прибављене имовинске користи.²⁰⁵

Наведене измене не представљају прекорачење оптужбе, ако не представљају *друго* кривично дело. О другом делу је реч, ако се оно суштински разликује од дела које се окривљеном ставља на терет, на пример помоћ учиниоцу након извршеног кривичног дела и држање опојне дроге.²⁰⁶ Притом, прекорачење оптужбе постоји без обзира да ли је реч о лакшем или тежем кривичном делу. Ужа концепција фаворизује начело оптужбе на уштрб апсолутног важења начела истине.

У новијој процесној теорији појавила се теорија чињеничних скупова.²⁰⁷ Ова теорија представља најригідније тумачење везаности пресуде оптужбом. Тужилац у чињеничном опису оптужног акта поставља чињенични скуп, који у пресуди мора остати исти. Чињенични скуп оптужбе састоји се из подскупова, које чине обележја бића кривичног дела, затим квалификаторне и привилегујуће околности, као и остали елементи, попут времена, места, средство којим је извршено кривично дело. Модификације елемената, који чине обележје бића кривичног дела, су могуће само ако представљају ужу категорију (подскуп), у односу на чињенични скуп из оптужног акта.²⁰⁸ Измене су, такође, могуће, ако представљају умањење наступеле последице извршења кривичног дела, по квантитету. Према овом принципу, могуће су модификације у степену кривице. Урачунљивост се може у пресуди изменити смањеном урачунљивошћу, а директни умишљај евентуалним умишљајем. Насупрот томе, евентуални умишљај из оптужбе није могуће заменити свесним нехатом у пресуди, јер нису у односу скупа и подскупа, већ делимично укрштени скупови. Квалификаторне околности из оптужбе, суд може изоставити, или их умањити по квантитету, али не може додавати, нити мењати једне, другим квалификаторним околностима. Привилегујуће околности, према овој теорији, суд може додавати, иако

²⁰⁵ Вања Бајовић, *Објективни идентитет пресуде и оптужбе*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2013, стр. 204.

²⁰⁶ Решење Врховног суда Србије, Кж.1 1267/05 од 3.11.2005.

²⁰⁷ Миодраг Мајић, *Чињенични идентитет пресуде и оптужбе: преиспитивање граница дозвољеног одступања*, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 2/2011, 85–105.

²⁰⁸ Типичан пример је однод између тешке крађе и крађе, јер се у свакој тешкој крађи садрже сви елементи крађе.

нису наведене у оптужном акту. Модификације су могуће ако су у питању остали елементи, попут времена, места и средства. Суд, према овом схватању, такође може окривљеног осудити за лакше кривично дело, обухваћено чињеничним описом из оптужбе, ако је то утврђено на главном претресу. Супротно није могуће, те се чињенични скуп из оптужног акта не сме проширивати на штету окривљеног, ако тужилац не измени или допуни оптужни акт. Разлика између теорије, која прави разлику између друкчијег и другог дела и ове теорије, састоји се у допуни чињеничног описа оптужбе, ако то не доводи до другачије правне квалификације. То би била питања ведности одузете ствари или износа прибављене имовинске користи. Док су, према првој теорији такве модификације могуће, друга их теорија не допушта, јер представљају прекорачење чињеничног скупа оптужбе.

Ако се у току поступка утврди да је окривљени извршио друго кривично дело, а не оно, које му се оптужбом ставља на терет, овлашћени тужилац, у складу са начелом мутабилитета, има овлашћење да измени оптужни акт. У складу са одредбом из члана 410. став 1. ЗКП, јавни тужилац у току главног претреса има право да прошири оптужницу, ако буде утврђено да је окривљени раније извршио неко друго кривично дело, које није било обухваћено првобитном оптужбом. У том случају суд ће бити везан чињеничним описом из тако измењеног оптужног акта. Ако тужилац не измени оптужни акт, суд мора донети ослобађајућу пресуду, применом члана 423. тачка 2, јер није утврђено да је окривљени извршио кривично дело, за које је оптужен.

Ако се на главном претресу утврди да је кривично дело извршено од стране другог лица, овлашћени тужилац не може проширити оптужбу у субјективном смислу. Он може одустати од оптужбе, услед чега ће суд донети одбијајућу пресуду, те након тога, подићи оптужбу, којом ће то лице означити као окривљеног. Доношење пресуде којом је нарушен идентитет између пресуде и оптужног акта представља прекорачење оптужбе. То је, уједно, једна од апсолутно битних повреда одредаба кривичног поступка и представља основ за изјављивање жалбе (члан 438. став 1. тачка 9. ЗКП).

У пракси судова су се искристалисале ситуације, које представљају прекорачење оптужбе, и самим тим, битну повреду одредаба кривичног поступка.²⁰⁹ Суд ће прекорачити предмет оптужбе ако окривљеног осуди за кривично дело, чији је индивидуални и групни заштитни објект различит, од кривичног дела, које је

²⁰⁹ *Ibidem.*

дефинисано чињеничним описом оптужног акта.²¹⁰ Прекорачење предмета оптужбе је могуће и у случају, ако је групни заштитни објект исти, али се разликује индивидуални заштитни објект. Наиме, ако се окривљеном ставља на терет извршење кривичног дела разбојништво, а оглашен је кривим за кривично дело насилничко понашање, дошло је до повреде идентитета пресуде и оптужбе. Иако је групни заштитни објект ових дела, према Казненом закону Хрватске, јавни ред и правни саобраћај, индивидуални заштитни објект је у првом случају живот, тело и имовина, а у другом случају спокојство грађана.²¹¹ Пракса судова у Хрватској нема јединствени став у случају оптужења за кривично дело тешке телесне повреде, а пресуђења за кривично дело учествовања у тучи. Један став је да учествовање у тучи представља неодређено nanoшење телесне повреде у субјективном смислу, те не би постојало прекорачење оптужбе.²¹² Супротан став је да у овом случају постоји прекорачење.²¹³

У појединим случајевима се прекорачење оптужбе образлаже применом торијског концепта „другог дела“.²¹⁴ Судска пракса „другим делом“, такође, сматра измену бланкетне норме, на коју се тужилац позвао у оптужном акту, другом бланкетном нормом, посебно код повреде саобраћајних прописа.²¹⁵ До прекорачења оптужбе, такође, може доћи ако суд измени облик кривице, за који се оптужбом терети окривљени, ако таква модификација иде на штету окривљеног.²¹⁶ Супротно, преиначење облика кривице, из тежег у лакши облик, не представља прекорачње оптужбе.²¹⁷ Ако суд осуди окривљеног за теже кривично дело, од онога, које му се

²¹⁰ Примера ради, ако је окривљени уместо убиства у покушају осуђен за изазивање опште опасности. Код кривичног дела убиства је групни заштитни објект живот и тело човека, а појединачни живот човека, за разлику од опште сигурности људи и имовине, односно сигурности човека и имовине, код кривичног дела изазивање опште опасности. Идентитет пресуде и оптужбе је прекорачен ако је окривљени осуђен за кривично дело изазивање опште опасности, а био је оптужен за изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости, стога што ова два кривична дела имају различит заштитни објект (Решење Апелационог суда у Београду, Кж. 1. бр. 149/12 од 8.2.2012).

²¹¹ Одлука ВСХ, Кж-624/88 од 8. 11. 1989. године.

²¹² Одлука ВСРХ, И Кж-593/95 од 27. 09. 1995.

²¹³ Одлука ВСХ, Кж-315/89 од 6. 12. 1990.

²¹⁴ Суд је прекорачио оптужбу ако је окривљеног, који је био оптужен за кривично дело помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела, осудио за неовлашћено држање опојних дрога, јер је реч о другом делу (Решење Врховног суда Србије, Кж.1 1267/05 од 3.11.2005).

²¹⁵ Решење Врховног суда Србије, Кж. 1 555/06 од 28.12.2006.

²¹⁶ То би било преиначење евентуалног умишљаја из оптужног акта у директни умишљај, у пресуди суда.

²¹⁷ Оптужба није прекорачења тиме што је у пресуди наведено да је окривљени кривично дело непружања помоћи извршио из нехата, иако је у оптужници стајало да је реч о умишљајном извршењу кривичног дела (Пресуда Врховног Суда Србије, Кж. 1 950/08 од 22.5.2008).

оптужбом стављало на терет, такође је реч о повреди идентитета пресуде и оптужбе.²¹⁸ При томе, реч је о тежем кривичном делу, ако суд у пресуду унесе неку чињеницу, која представља квалификаторну околност, те због тога дело постаје теже.²¹⁹ По питању облика саучесништва, пракса нема јединствени став. У делу судске праксе је заузет став да се окривљени, који је оптужен за извршење кривичног дела, може огласити кривим за помагање.²²⁰ Такав став се темељи на схватању да је саучесништво у ужем смислу лакши облик учешћа у извршењу кривичног дела од (са)извршилаштва. Другачије схватање, које налазимо у судској пракси, је да се окривљени може огласити кривим за (са)извршилаштво, без обзира што је оптужен за саучесништво, у било ком облику.²²¹ Практика судова стоји на становишту да је реч о прекорачењу оптужбе ако је окривљени оглашен кривим за свршено кривично дело, а био је оптужен за покушај извршења кривичног дела.²²² Неконзистентност судске праксе долази до изражаја по питању модификација неких споредних елемената кривичног дела, попут места или времена. У неким случајевима је утврђено прекорачење оптужбе, тиме што је суд изменио време извршења кривичног дела, у односу на оптужни предлог,²²³ док у другим одлукама прекорачење оптужбе није утврђено, иако је у пресуди измењено време и место извршења кривичног дела, у односу на оптужницу.²²⁴ Судска пракса нема јединствен став ни по питању измена неких споредних елемената, као што су количина или вредност оштећених или одузетих ствари.²²⁵ Идентитет пресуде и оптужбе постоји када је суд окривљеног огласио кривим што је дао своје возило на управљање другом лицу, које је било под утицајем алкохола, а био је оптужен да је сам изазвао саобраћајну незгоду, управљајући моторним возилом, под дејством

²¹⁸ На пример, ако је уместо тешке телесне повреде, за коју је окривљени оптужен, осуђен за кривично дело убиство у покушају.

²¹⁹ Проширење чињеничног описа оптужбе у субјективном смислу, тако да је кривично дело разбојништво извршено од стране три, уместо два лица, представља повреду идентитета пресуде и оптужбе, стога што на тај начин дело добија квалификовани облик (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1940/02, од 7.10.2003.).

²²⁰ Пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 374/05, од 7.3.2005.

²²¹ Пресуда Врховног суда Србије, Кзз. 20/02, од 12.11.2003.

²²² Пресуда Првог општинског суда у Београду, К. бр. 859/06, од 6.6.2006.

²²³ Решење Вишег привредног суда, Пкж. 768/99 од 17.2.2000.

²²⁴ Пресуда Врховног суда Србије, Кж. I-607/04/1 од 9.9.2004.

²²⁵ Оптужба је прекорачена ако је окривљени оглашен кривим за одузимање 10 прстенова, а био оптужен за одузимање 4 прстена (Решење Окружног суда у Београду, Кж. 825/03, од 31.3.2003). Са друге стране, нема прекорачена оптужбе ако је окривљени оглашен кривим да је осим мобилног телефона одузео и пуњач (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 2346/03, од 21.6.2004).

алкохола.²²⁶ Преиначење намере (прибављање противправне имовинске користи за себе и саоптужене), са којом је окривљени предузео радњу извршења кривичног дела из оптужног акта, у намеру да се прибави имовинска корист за правно лице, у пресуди, такође према ставу судске праксе представља прекорачење оптужбе.²²⁷ Најзад, до прекорачења оптужбе долази ако је суд у пресуди додао значајну криминалну количину, чиме је изменио суштину чињеничног описа из оптужног акта.²²⁸

Из праксе судова, на другој страни, се могу класификовати поједини случајеви, у којима нема повреде идентитета пресуде и оптужбе. Најчешће је реч о блажој квалifikацији.²²⁹ Оптужба није прекорачена, ако суд окривљеног огласи кривим за блаже кривично дело, у односу на оптужбу.²³⁰ До повреде идентитета пресуде и оптужбе, такође, не доводи детаљнији опис радње извршења кривичног дела, као и последица, насталих по оштећеног.²³¹ То не утиче на правну оцену дела, већ служи утврђивању кривице окривљеног и користи се приликом одмеравања казне. Ни изостављање појединих, небитних чињеница, које нису доказане на главном претресу, не доводи до прекорачења оптужбе, ако је дело остало исто.²³² У неким одлука судова истиче се да нема прекорачења оптужбе, ако је суд у пресуди другачије означио узрок саобраћајне незгоде, у односу на оптужни акт.²³³ До истог закључка судска пракса је дошла, када је суд у пресуди навео другу, алтернативно прописану радњу извршења истог кривичног дела.²³⁴ Сасвим оправдано, судска пракса је на становишту да нема

²²⁶ Марија Аничих – Згоњанин, *Идентитет између оптужбе и пресуде (везаност пресуде за оптужбу)*, текст на:
доступан
http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.okruznisud-bl.com%2Fdownload%2Fstrucni-radovi%2Fkrivicno-prekrsajno%2Fidentitet-presude-i-optuzbe.doc&ei=izSyVJT0KoeCzAPA64HoCg&usq=AFQjCNEdzSP5l_QkKeuB6EvKNLbC_IK68g&bvm=bv.83339334,d.bGQ (приступ: 10.01.2015.године).

²²⁷ Пресуда Врховног суда Хрватске бр. 1 КЖ-386/00 – 3.

²²⁸ Ако је суд изоставио чињенице, које представљају елементе бића кривичног дела проневере (присвајање покретних ствари, које су поверене окривљеном у служби), а додао чињенице које представљају елементе бића кривичног дела несавесног рада у служби (пропуштање дужног надзора), прекорачио је оптужбу. Пресуда VSRH, Кж-27/97 од 4. 5.1999. године.

²²⁹ Нема повреде идентитета пресуде и оптужбе ако је окривљени осуђен за убиство, насупрот оптужби за убиство из безобзирне освете (Пресуда Окружног суда у Бањалуци, број К-16/03 од 27.10.2008.).

²³⁰ Дело је квалификовано по блажем закону, ако је уместо разбојништва дело квалификовано као изнуда (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1 621/05 од 6.9.2005).

²³¹ Пресуда Четвртог општинског суда у Београду К.828/01 од 3.6.2003 и Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1 2236/03 од 4.2.2004.

²³² Пресуда Окружног суда у Бањалуци, број 011-0-Кж-К-07-000015 од 29.8.2007. У конкретном случају је суд изоставио из чињеничног описа кривичног дела насиље у породици чињенице да је окривљени оштећену ухватио за руку, изгурао из куће и ударио једанпут отвореним дланом.

²³³ Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 529/05 од 9.3.2005.

²³⁴ Пресуда Другог општинског суда у Београду К. 1261/02 од 12.9.2006.

повреде идентитета пресуде и оптужбе, ако су у пресуди додате чињенице, које указују да је окривљени извршио кривично дело у прекорачењу нужне одбране.²³⁵ На истом курсу је став праксе да нема прекорачења оптужбе, ако је чињенично стање уподобљено у делу, који се односи на психичко стање окривљеног, у време извршења кривичног дела.²³⁶ Чест случај у пракси представља ситуација када на основу чињеница, утврђених на главном претресу, произлазе елементи бића кривичног дела учествовање у тучи, уместо оптужбе за кривично дело тешка телесна повреда, стога што није могуће утврдити, ко је од учесника у тучи нанео повреде оштећеном. Слична је ситуација када буде утврђен умишљај да се нанесе тешка телесна повреда, уместо умишљаја да се лиши живота, што је конститутивни елемент кривичног дела убиство.²³⁷ У наведена два случаја, разуме се, не постоји прекорачење оптужбе. Нема прекорачења оптужбе ако суд није донео одлуку о трошковима поступка, јер се о томе може одлучити посебним решењем. У погледу имовинскоправног захтева, нема повреде идентитета ако суд није решио о овом захтеву оштећеног, стога што суд нема обавезу да решава о томе, већ оштећеног може упутити на парницу. До битне повреде одредаба поступка дошло би једино у ситуацији ако је имовинскоправни захтев једно од битних обележја кривичног дела.²³⁸

Везаношћу пресуде за оптужбу омогућава се делотворно остваривање права окривљеног на одбрану. У супротном, правна сигурност окривљеног била би озбиљно нарушена, ако би суд имао право да мења чињенични опис из оптужног акта. То би, такође, представљало прекорачење правила да нема суђења без тужбе, као и нарушавање начела монофункционалности.

Од везаности пресуде оптужбом постоји једно значајно одступање. Наиме, у поступку према малолетницима ово правило не важи. Према члану 74. став 4. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица²³⁹ (у даљем тексту: ЗМ), суду за малолетнике дато је овлашћење да донесе одлуку

²³⁵ Пресуда Врховног суда Србије, Кж.1 812/04 од 6.10.2004.

²³⁶ Пресуда Основног суда у Сомбору број К.1581/12 од 12.07.2013. године и пресуда Апелационог суда у Новом Саду број Кж. 1-1685/13 од 12.07.2013. године. У конкретном случају, суд је у пресуди навео да је окривљени, у време извршења кривичног дела, поступао у стању смањене урачунљивости до степена битног, али не и битно, услед алкохолисаности.

²³⁷ Пресуда Окружног суда у Бањалуци, број 011-0-К-07-000 004 од 22.10.2007.

²³⁸ Ана Гарачић, *Захвати суда у чињенични опис оптужбе*, Одвјетник, број 9-10/04, текст доступан на: http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/AGaracic-Zahvati_suda_u_cinjenicni_opis_optuz.PDF

²³⁹ "Сл. гласник РС", бр. 85/2005.

на основу чињеничног стања, утврђеног на главном претресу, без обзира на предлог²⁴⁰ јавног тужиоца. Везаност суда за малолетнике за чињеничну основу иницијалног акта јавног тужиоца у поступку према малолетникцима релативизирана је изостанком прецизирања посебне форме, тј. елемената обавезне садржине захтева за покретање припремног поступка. У теорији се, као једно, од могућих решења, наводила аналогија са захтевом за спровођење истраге,²⁴¹ предлагањем да захтев за покретање припремног поступка треба да садржи елементе, који су били прописани за иницијални акт тужиоца у редовном кривичном поступку. Увођењем тужилачке истраге, захтев за покретање истраге не постоји више као иницијални оптужни акт, те нема места прављењу аналогије са њим. У теорији је заступљено схватање да захтев за покретање припремног поступка према малолетницима не треба да садржи ни чињенични опис ни правну квалификацију. Овај став се аргументује изостанком обавезе суда да о покретању припремног поступка донесе формалну одлуку, као и релативизацијом везаности пресуде оптужбом.²⁴² Са наведеним схватањем се не можемо сагласити. Без обзира на невезаност суда за чињеничну подлогу оптужбе, у иницијалном акту јавног тужиоца морају постојати чињенице, које представљају елементе бића кривичног дела, које се малолетнику стављају на терет. Из њих је изведен закључак јавног тужиоца о постојању основане²⁴³ сумње, на основу чега јавни тужилац упућује захтев суду да покрене поступак према малолетнику. У супротном, иницијални акт јавног тужиоца, без чињеничног описа и правне квалификације био би *захтев* само у номиналном смислу, док у суштинском смислу не би садржао тај круцијални елемент, по коме се одређују оптужни акти. Због тога сматрамо да захтев за покретање припремног поступка треба да садржи чињенични опис и правну квалификацију, као што је то прописано за предлог за изрицање санкције („опис и законски назив дела“, члан 69. став 2. ЗМ).

6.4.2. ОСТАЛЕ ДОКАЗНЕ ЗАБРАНЕ

²⁴⁰ У поступку према малолетницима, улогу оптужних аката обављају предлог за изрицање васпитних мера и предлог за кажњавање малолетника. Покретање поступка према малолетницима иницира се захтевом за покретање припремног поступка.

²⁴¹ Саша Кнежевић, *Малолетничко...*, ор. cit, стр. 192.

²⁴² Фрањо Хирјан, Младен Сингер, *Малолетници у кривичном праву*, Загреб, 1987, стр. 401-402, наведено према: Саша Кнежевић, *Малолетничко...*, ор. cit, стр. 193.

²⁴³ Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица није мењан од доношења. Стога је истрага остала судска, а степен извесности, потребан за почетак кривичног поступка је основана сумња.

Постоје неке чињенице, чије је утврђивање забрањено у кривичном поступку. Једна од доказних забрана прописана је у материјалном кривичном праву. У члану 172. став 5. Кривичног законика забрањено је утврђивање истинитости или неистинитости онога што је изнесено или пронесено из личног или породичног живота, за кривично дело изношење личних или породичних прилика. Од ове доказне забране предвиђен је изузетак, ако је ово кривично дело учињено у вршењу службене дужности, новинарског позива, одбрани неког права или при заштити оправданих интереса. У том случају је на окривљеном терет доказивања истинитости сопственог тврђења, или да је имао основаног разлога да поверује у истинитост оног што је износио или проносио.

Процесне доказне забране карактеристичне су за искључење од дужности сведочења, за поједине категорије сведока. Не може бити саслушан сведок, који би својим исказом одао тајни податак, ако од стране надлежног органа не буде ослобођен дужности његовог чувања (члан 93. став 1. тачка 1. ЗКП). То значи да чињенице, садржане у податку, који носи ознаку тајности, не могу бити утврђиване у кривичном поступку, осим ако се са њега не скине ознака тајности. У кривичном поступку, такође, не могу бити утврђиване ни чињенице, које представљају професионалну тајну. Не може се саслушати као сведок лице, које би својим сведочењем одало професионалну тајну. Реч је о лекарима, адвокатима, верским исповедницима, бабицама итд. Изузетак од ове доказне забране постоји ако је неко од ових лица ослобођено дужности чувања професионалне тајне посебним прописом, или изјавом датом од лица, у чију је корист установљена ова дужност. Од утврђивања су изузете чињенице, садржане у ономе што је окривљени поверио свом браниоцу. Према томе, бранилац окривљеног је ослобођен од дужности сведочења у овом делу. Све три наведене процесне доказне забране релативног су карактера. Чињенице, које представљају службену, државну, професионалну или бранилачку тајну, могу се утврђивати по предлогу окривљеног или његовог браниоца, ако такву одлуку донесе суд (члан 93. став 2. ЗКП). У упоредном праву постоји забрана утврђивања чињеница, које се односе на раније полно понашање и на сексуалне склоности жртве (члан 422. став 1. ЗКП Хрватске).²⁴⁴

У члану 83. став 3. ЗКП-а, прописане су чињенице, које се не доказују. Наведене су чињенице, које су, по оцени суда општепознате, расправљене у довољној мери, тако да их окривљени признаје, на начин, који не захтева даље доказивање, као и чињенице

²⁴⁴ „Народне новине“, бр. 152/08, бр. 76/09. и 80/11.

о којима сагласност странака не противуречи другим доказима. Из ове рогобатне формулације може се издвојити неколико категорија чињеница. То су, најпре, општепознате чињенице, о којима је било речи. Не доказују се ни чињенице претходно расправљене у довољној мери, које окривљени признаје, па их није потребно даље доказивати. Према законској норми, реч је о чињеницама, које су биле предмет доказивања у кривичном поступку. Након што су биле предмет контрадикторне расправе, окривљени их признаје. Очигледно је законодавац имао на уму признање тзв. неизбежно признање окривљеног („притешњен доказима“).²⁴⁵ Трећи услов је постављен негативно. Потребно је, да је реч о признању окривљеног, таквог квалитета, да није потребно даље доказивање чињеница. Признање окривљеног, иначе, ослобађа орган вођења поступка даљег утврђивања чињеница, осим у случају постојања основане сумње у истинитост признања или је признање непотпуно, противречно или нејасно или ако је у супротности са другим доказима (члан 88. ЗКП). Према томе, у кривичном поступку се, у случају признања окривљеног, не доказују чињенице, које су предмет тог признања, осим ако се не посумња у квалитет признања.

У складу са заокретом ка адверзијалном кривичном поступку, који је промовисан Законом о кривичном поступку из 2011. године, поставља се питање утврђивања чињеница, неспорних међу странкама. У парничном поступку важи правило да се неспорне чињенице међу странкама не утврђују, већ само оне, о којима странке износе опречне тврдње. Према процесном закону, ни у кривичном поступку се не доказују чињенице, о којима постоји сагласност странака, ако то није у супротности са осталим доказима. Ову одредбу треба тумачити тако да су чињенице, о којима постоји сагласност међу странкама, биле предмет утврђивања, односно да су с тим циљем цећ изведени докази, након чега су постале неспорне међу странкама. Но, и након што су се странке сагласиле, те чињенице ће се утврђивати путем доказа, ако постоји контрадикторност у односу на остале, до тада изведене доказе. Иако је законодавац побројао чињенице, које се не доказују у кривичном поступку, постоје и друге, о којима је било речи, и о којима у теорији постоји сагласност, да се такође не доказују у кривичном поступку. Са друге стране, тенденција ка недоказивању

²⁴⁵ Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, *op. cit.*, стр. 303.

чињеница које окривљени признаје и чињеница, неспорних међу странкама, одраз је процеса, који се у теорији назива „реприватизација кривичног поступка“.²⁴⁶

6.5. Преклузија доказа

Утврђивање чињеница у кривичном поступку може бити лимитирано преклузијом доказа. У начелу, странке и оштећени имају право на предлагање доказа, с циљем утврђивања чињеница све до окончања главног претреса (члан 395. став 1. ЗКП). Штавише, право на предлагање нових доказа постоји у поступку по жалби (*beneficium novorum*), а ванредни правни лек, захтев за понављање кривичног поступка почива на откривању нових чињеница и доказа. Са увођењем адверзијалних елемената у кривични поступак, једна од новина је забрана предлагања нових доказа, ако је странка за њих знала, али их није предложила у ранијим фазама поступка. *Ratio* за увођење ових забрана је захтев за ефикасношћу кривичног поступка, као и спречавање злоупотреба процесних овлашћења. Управо с тим циљем је у наш кривични поступак уведено припремно рочиште, као прва фаза у припремању главног претреса. Задатак припремног рочишта је тријажа чињеничних и правних питања, која ће бити предмет расправљања на главном претресу.²⁴⁷ Прва делатност на припремном рочишту је изјашњење окривљеног о оптужби. Уколико окривљени оспорава оптужбу, само у неком од делова, на главном претресу ће се изводити докази, који се односе на оспорени део оптужнице (члан 349. став 4. ЗКП). На тај начин се знатно редукује чињенични супстрат, који ће бити предмет доказивања на главном претресу. На припремном рочишту ће странке, бранилац окривљеног и оштећени предложити доказе, који ће се извести на главном претресу, уз упозорење суда да докази, који су им били познати а нису били предложени, неће бити уважени на главном претресу. Према томе, странке, бранилац и оштећени су дужни да све познате доказне предлоге саопште већ на припремном рочишту, како би се већ у тој фази припремио доказни поступак. Ако је окривљени признао извршење кривичног дела, онда се предлагање доказа редукује на чињенице, којима се проверава квалитет признања, као и чињенице од значаја за одмеравање врсте и мере кривичне санкције (члан 350. став 3. ЗКП). Уколико

²⁴⁶ Више о томе: Албин Есер, *Функционалне промјене процесних максима кривичног права: на путу к "реприватизирању" кривичног поступка*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 42, 1992, стр. 167-191.

²⁴⁷ Станко Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд, 2014, стр. 425.

припремно рочиште није одржано,²⁴⁸ странке, бранилац и оштећени могу након одређивања главног претреса да предложе нове доказе, с тим што су дужни да образложе које чињенице и околности ће се њима утврђивати (члан 356. став 1. ЗКП). У погледу јавног тужиоца ова могућност је сасвим јасна, с обзиром да је предлог доказа један од обавезних елемената оптужнице. Остаје, међутим, дилема за окривљеног, браниоца и оштећеног, о којим новим доказима је реч, с обзиром да они, у овом случају нису ни имали могућност да предложе доказе суду. То је значајно стога што је законодавац имао интенцију да се и у овој фази врши филтрирање доказа, који ће бити изведени на главном претресу, као и да се спречи злоупотреба процесних овлашћења. Питање је такође колико је оправдано да се од странака захтева да предложе доказе у писаној фази поступка.

Странке, бранилац окривљеног и оштећени могу до окончања главног претреса предложити доказе, којима ће се утврђивати правно релевантне и друге важне чињенице. Председник већа може одбити предлог за извођење доказа, ако је реч о незаконитом доказу, али и ако је реч о доказу за који су знали на припремном рочишту, или након одређивања главног претреса, али његово извођење нису предложили, без оправданог разлога (члан члан 395. став 4. тачка 1. ЗКП). То овлашћење председник већа има ако се доказ односи на чињенице које нису предмет доказивања (које не чине обележје бића кривичног дела, нити од њихове примене зависи примена друге одредбе кривичног закона или одредаба кривичног поступка), као и чињенице које се не доказују (општепознате чињенице, у довољној мери расправљење, тако да их окривљени признаје и неспорне чињенице), или ако би доказивање те чињенице очигледно одуговлачило поступак (члан 395. став 4. тачка 2. и 3. ЗКП).²⁴⁹

Сходно правилу *beneficium novorum*, у жалби се могу износити нове чињенице и предлагати нови докази, уз дужност да жалилац образложи зашто их није раније предложио, као и да наведе којим доказима ће се утврђивати наведене чињенице и које

²⁴⁸ Та могућност постоји за кривична дела са запређеном казном затвора до 12 година, ако председник већа сматра да није потребно, с обзиром на прибављене доказе, спорна чињенична и правна питања, те сложеност предмета (члан 346. став 3. ЗКП).

²⁴⁹ За разлику од пређашње нормативе у Хрватској, која је предвиђала знатан опсег примене преклузије доказа (више о томе: Давор Крапац, *Институције...*, ор. cit., стр. 416-417), важећа легислатива у потпуности искључује преклузију доказа, те странке могу на главном претресу без ограничења предлагати доказе с циљем утврђивања чињеница, осим ако је реч о незаконитом докази или чињеници која се може доказивати, чињеницама неважним за одлучивање, ако је у питању доказ неприкладан за утврђивање конкретне чињенице или доказни предлог има за циљ да се тиме одуговлачи поступак (члан 421. Закона о казненом поступку Хрватске, Народне новине 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14).

чињенице треба утврдити предложеним новим доказима (члан 436. став 4. ЗКП). Ако председник *првостепеног* већа, приликом одлучивања о допуштености жалбе, закључи да би предложене нове чињенице и докази допринели свестранијем расправљању кривичне ствари, отвориће нови главни претрес и наставити доказни поступак?! У случају да жалбено веће прихвати предлоге нових чињеница и доказа, реч је о непотпуно утврђеном чињеничном стању, па ће се нови докази изводити на претресу пред другостепеним судом или на поновном главном претресу пред првостепеним судом, након укидања пресуде. Странке и бранилац могу предложити утврђивање чињеница и извођење доказа, на које су указали у жалби, али и доказа повезаних са предложеним доказима, и на претресу пред другостепеним судом (члан 450. став 4. ЗКП). На новом главном претресу пред првостепеним судом странке (не и бранилац и оштећени?!) могу истицати нове чињенице и предлагати нове доказе, и то без лимита, с обзиром да је поступак ресетован на почетак главног претреса. Позивање на нове чињенице и нове доказе у самој је бити захтева за понављање кривичног поступка. Осим што се у захтеву мора навести разлог по коме се тражи понављање кривичног поступка, морају се навести и докази, којима се подупиру чињенице, на које се позива овлашћено лице. Извесна ограничења позивања на нове чињенице произлазе из члана 475. ЗКП, у коме су наведени разлози за доношење одлуке којом се одбацује захтев за понављање кривичног поступка. Та одлука се, између осталог, доноси ако су чињенице и докази, на којим је заснован захтев, већ раније биле истицане у захтеву за понављање кривичног поступка, који је правноснажно одбијен. Истоветна одлука ће се донети ако суд утврди да чињенице и докази, на које се позвао подносилац захтева, нису подобне за понављање поступка. Стога се може закључити да се подносиоци захтева не могу позивати на већ истицане чињенице, у захтеву, о коме је донета правноснажна одлука, као и на чињенице и доказе, који нису подобни да би се на основу њих дозволило понављање поступка.

6.6. Утицај консенсуалних процесних форми на доказивање чињеница

Доказивање чињеница од стране суда је у директној контрадикцији са применом споразума о признању кривичног дела. У самој бити споразума је сагласност странака о доказима, које презентују суду у закљученом консензусу. На суду је да прихвати споразум, који има подлогу у чињеницама које су наведене у доказној подлози, или да га не прихвати. У споразуму који се подноси суду, уколико још увек није била

подигнута оптужница,²⁵⁰ уз споразум се обавезно доставља и овај оптужни акт. То значи да је у оптужници садржан и предлог доказа, којима се поткрепљују одлучне чињенице. У случају да је споразум поднет пре отпочињања главног претреса, чињенична основица за доношење одлуке о споразуму, којим се мериторно окончава кривични поступак, чини предлог доказа из оптужнице. Према томе, у овом случају суд прихвата чињенице из оптужног акта „здрово за готово“, а да уопште није ни било доказног поступка, на главном претресу, сходно начелу јавности, непосредности,²⁵¹ усмености и контрадикторности. Једино у случају да је споразум о признању кривичног дела закључен непосредно пре окончања главног претреса, суд би имао чињеничну подлогу као у редовном кривичном поступку, након доказног поступка. Приликом одлучивања о прихватању споразума, суд између осталог, утврђује да ли постоје и други докази, који нису у контрадикцији са признањем окривљеног (члан 317. став 1. тачка 3. ЗКП). То значи да ће ценити предложене доказе у оптужници и став јавног тужиоца о одлучним чињеницама, у односу на признање окривљеног.²⁵² Према томе, у случају закључења споразума о признању кривичног дела долази до потпуне лимитираности доказивања чињеница, јер је суд је везан доказним предлозима јавног тужиоца, које окривљени не оспорава, будући да признаје извршење кривичног дела. Стога се може рећи да суд, у овом случају, утврђује чињенице искључиво из доказа, који нису непосредно изведени, односно да суд утврђује чињенице на основу страначке сагласности воља.

Још једна симплификована процесна форма, која је предвиђена процесним законом, је рочиште за изрицање кривичне санкције. Реч је о могућности да се за кривична дела са запређеном новчаном казном и казном затвора до 5 година одржи ово рочиште, уместо главног претреса. Пре доношења одлуке да ли ће прихватити предлог тужиоца, судија ће између осталог ценити предложене доказе и сложеност предмета, те ће одредити одржавање рочишта за изрицање кривичне санкције или главног претреса (члан 514. став 1. тачка 4. ЗКП). У случају одређивања рочишта, оно почиње изгагањем тужиоца о доказима, које је прикупио. Осуђујућа пресада се доноси ако се окривљени сагласио са предложеним доказима и врстом и мером кривичне санкције. У случају

²⁵⁰ Закључење споразума о признању кривичног дела је могуће најраније од доношења наредбе о спровођењу истраге, а најкасније до окончања главног претреса (члан 313. став 1 ЗКП).

²⁵¹ Вељко Турањанин, *Споразум о признању кривичног дела*, докторска дисертација, Крагујевац, 2016, стр. 54.

²⁵² *Ibidem*, стр. 240.

споразума странка, дакле, не постоји могућност извођења доказа, већ суд за чињеничну подлогу узима оно о чему постоји сагласност странка. Штавише, ни чињенице од значаја за одмеравање врсте и мере кривичне санкције се не доказују, стога што и око тога постији слога странака. Стога и ова процесна форма наликује парници. Услов за доношење осуђујуће пресуде је прихватање предлога јавног тужиоца. Доношењем осуђујуће пресуде, суд заправо потврђује да се уверио у постојање одлучних чињеница, на основу предложених доказа, који нису непосредно изведени. Суд, према томе, и у овом случају утврђује чињенице, на основу споразума странака.

За кривична дела, са запрећеном новчаном казном или казном затвора до пет година, могуће је применом условљеног опортунитета, одложити кривично гоњење. У том случају се осумњиченом, у предистражном поступку изриче једна или више мера, из члана 283. ЗКП, ако јавни тужилац сматра да нема места кривичном гоњењу. Ипак, у овом случају се осумњиченом изриче једна врста парасанкција, које по многим карактеристикама одговарају кривичним санкцијама,²⁵³ а да је претходно утврђено само постојање основа сумње, и то од стране несудског државног органа. Иако је последица успешно примењеног условљеног опортунитета одбацивање кривичне пријаве, те се осумњичени сматра неосуђиваним, поставља се питање, да ли је чињенично стање *de facto* утврђено? С обзиром да заступамо гледиште да чињенично стање може утврдити само суд, сматрамо да у овом случају нема утврђивања чињеница. Осим тога, чињенично стање се не може утврђивати ван кривичног поступка. Најзад, решење о одбацивању кривичне пријаве не стиче својство *res iudicata*. У случају условног одлагања кривичног гоњења се чињенице не утврђују, већ је реч о једној врсти нагодбе између јавног тужиоца и осумњиченог, која има за циљ да не дође до кривичног поступка. Осумњичени, прихватањем условљеног опортунитета, пристаје да утврђивање чињеница у кривичном поступку у потпуности изостане.

7. Степеновање утврђивања чињеница

7.1. Степени извесности у континенталном типу поступка

²⁵³ Више о аргументацији за и против условљеног опортунитета: Иван Илић, *Условно одлагање кривичног гоњења*, У: Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије : тематски зборник радова. Књ. 5, Ниш, 2010. – Стр. 405-434.

Да би дошло до покретања кривичног поступка у ширем смислу, тј. истраге, па и саме делатности државних органа у предистражном поступку, потребно је постојање одређеног степена сумње о постојању кривичног дела (и учиниоцу). Најпре је неопходно одредити појам сумње, за потребе кривичног поступка. Најпре, сумња представља стање људског духа, чија је доминантна карактеристика постојање неуверености. Стога постоји тежња да се реши противуречност, која настаје у дијалектичком процесу мишљења, о постојању или непостојању кривичног дела и учиниоца.²⁵⁴ Једно од схватања истиче степен и форму сазнања о делу и учиниоцу, приликом дефинисања сумње.²⁵⁵ У овој дефиницији, међутим, недостаје суштина, тј. шта у бити представља сумња. Такође, форма извођења процесних радњи није карактеристична за предистражни поступак, те у том делу, ова дефиниција не може покрити степен сумње, карактеристичан за ову фазу. Страни теоретичари најчешће наводе дефиницију према којој је сумња, на чињеницама заснована могућност, или претпоставка да је одређено лице извршило кривично дело.²⁵⁶ Синтетичка дефиниција сумњу одређује као могућност да је одређено лице извршило кривично дело, које му се ставља на терет, одређеног степена, засновану на одређеним чињеницама и околностима.²⁵⁷ С обзиром да се, према важећем ЗКП-у, предистражни поступак, али и истрага може водити против непознатог учиниоца, из наведене дефиниције се мора изоставити субјективни елемент. Сматрамо, такође, да навођење „околности“ није неопходно, будући да чињенице постоје и у предистражном поступку, само што нису утврђене помоћу доказа. Консеквентно томе, прихватљиво је одређење сумње као на чињеницама заснован одређени степен могућности да је извршено кривично дело. Значај степеновања сумње огледа се у томе што служи суду као руководна идеја, односно као критеријум за степен извесности о постојању чињеница, који је неопходан за доношење конкретне одлуке у кривичном поступку.²⁵⁸

Динамичност, као општа одлика кривичне ствари, заправо значи да чињенично и правно формирање, пролазећи кроз различите фазе кривичног поступка, добија нови квалитет, који се материјализује кроз различите степене извесности о кривичном делу. Без обзира што се појмови различитих степена уверења не могу потпуно прецизно

²⁵⁴ Живојин Алекстић, Милан Шкулић, Милан Жарковић, *Лексикон криминалистике*, Београд, 2004, стр. 352.

²⁵⁵ Загорка Јекић, *Кривично процесно право*, Београд, 1982, стр. 189.

²⁵⁶ Више о томе: Ђорђе Лазин, *In dubio pro reo* у кривичном поступку, Београд, 1985, стр. 14.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ Давор Крапац, *Институције...*, *op. cit.*, стр. 400.

одредити, покушај њиховог дефинисања свакако је од значаја, приликом доношења одлуке органа вођења поступка о испуњености услова за прелазак у наредну фазу.

Да би дошло до предузимања радњи у предистражном поступку, потребно је да постоји најнижи степен извесности о кривичном делу, који се најчешће означава као основи сумње. Исти степен сумње је неопходан за предузимање посебних доказних радњи (члан 161. став 1. ЗКП). У теорији постоји сагласност око тога да је реч о најнижем²⁵⁹ степену извесности, као и да је реч о више, а не једном основу, али не и о томе шта овај појам представља. Неки основе сумње повезују са начинима сазнања за извршено кривично дело,²⁶⁰ док други основе сумње изједначавају са индицијама и информацијама.²⁶¹ У теорији је, такође, заступљено схватање да је реч о чињеницама и околностима које чине могућим да је кривично дело извршено.²⁶² Постоји гледиште да су основе сумње чињенице и околности, које наговештавају везу између дела и учиниоца,²⁶³ што се заправо опет своди на изједначавање са индицијама. Према схватању појединих аутора, реч је о минималном степену вероватноће, где још увек није јасно и потпуно утемељена међусобна повезаност података.²⁶⁴

У литератури је изнесен и став да је реч о вероватноћи да је осумњичени извршио кривично дело, која је мања од вероватноће да то није учинио.²⁶⁵ Слично претходном, скандинавски теоретичари су покушали да квантификују степене сумње и представе их графиконом, који се назива Шредерова крива.²⁶⁶ Према том графикону, у распону од 0 до 1, где нула означава непостојање а јединица постојање чињенице, основе сумње се квантификују са 0,25. У америчкој процесној теорији се основе сумње

²⁵⁹ У криминалистици се прави разлика између опште сумње и основа сумње. Општа сумња представља могућност да на одређеном месту, у одређено време, услед постојања одређених околности, буде извршено кривично дело. Она се заснива на тзв. општој индицији, које је заснована на криминалистичком знању, искуству, познавању типологије делинквената и механизма извршења кривичних дела. Општа сумња помаже приликом проактивне делатности полиције. Насупрот томе, код основа сумње постоје конкретне индиције да се припрема, започело је илије извршено кривично дело. (Александар Ивановић, *Улога сумње у сузбијању и спречавању савремених облика кривичних дела*, у: Зборник радова: Примјена савремених метода и средстава у сузбијању криминалитета, Брчко, 2008, стр. 350.)

²⁶⁰ Владимир Бајер, *op. cit.*, стр. 112.

²⁶¹ Бранко Петрић, *Коментар...*, *op. cit.*, стр. 333.

²⁶² Драгољуб Димитријевић, *Кривично процесно право*, Београд, 1981, стр. 11.

²⁶³ Загорка Јекић, *op. cit.*, стр. 189.

²⁶⁴ Берислав Павишић и сурадници, *op. cit.*, стр. 198.

²⁶⁵ Ђорђе Лазин, *op. cit.*, стр. 19.

²⁶⁶ Више о томе: Алан Узелац, *Истина у судском поступку*, Загреб, 1997, стр. 46.

нумерички означавају у односу на вероватноћу, и то у распону од 31-50% вероватноће да је извршено кривично дело.²⁶⁷

У судској пракси се, такође, могу наћи одређења основа сумње. У једној одлуци Врховног суда Хрватске, најнижи степен извесности се изједначава са обичним претпоставкама.²⁶⁸ У другој одлуци истог суда, основе сумње се дефинишу као недоказане могућности.²⁶⁹

Преглед наведених различитих ставова у теорији о одређивању појма основа сумње показује да је тешко дати прецизну дефиницију најнижег степена уверења. Неспорно је да је реч о најнижем степену уверења, који је неопходан да би уопште дошло до активности државних органа, најпре на откривању кривичног дела, а затим и до покретања истраге. Такође се може закључити да проста сумња не може бити повод за покретање кривичног поступка, већ мора бити потрепљена неким сазнањима, која наговештавају могућност да је извршено кривично дело. Није од значаја да ли су то искључиво индиције, већ могу бити и друге чињенице, али не треба губити из вида да оне не могу бити утврђене у том моменту. Стога је погрешно везивати степен сумње за врсте чињеница, на начин како је то учињено у тексту нашег ЗКП-а. Није реч о скупу чињеница одређене врсте и квалитета, кад говоримо о степену сумње, већ о уверењу органа вођења поступка да тај степен извесности постоји.²⁷⁰ Из истог разлога су и покушаји нумеричког разграничења осуђени на пропаст. Орган вођења поступка цени степен извесности по слободном уверењу, у оквирима слободне оцене доказа, а не математичким прорачуном или графиконима. Основе сумње се не могу заснивати на пуким претпоставкама, већ морају почивати на конкретним чињеницама. Те чињенице садржане су у подацима, до којих дође орган вођења поступка, као и у непосредном чулном опажању. Неретко до таквих чињеница долази од стране тзв. информатора,²⁷¹ односно оперативне везе, тј. од особа које полицији служе као контакт за прикупљање чињеница о извршеним кривичним делима. То могу бити и предмети, пронађени приликом предузимања потражних радњи. Кад говоримо о основама сумње као о претпоставкама, треба имати у виду да се мисли на претпоставку да је кривично дело извршено, а не да је реч о процесним претпоставкама. Основе сумње могу се

²⁶⁷ Жељко Карас, *Основе сумње и основана сумња; затворени круг индиција*, Полицијска сигурност, Загреб, бр. 4/2011, стр. 618.

²⁶⁸ Врховни суд Републике Хрватске, IV Кж-11/1999, од 29.04.1999. године.

²⁶⁹ Врховни суд Републике Хрватске, IV Кж-11/1999, од 25.02.1999. године.

²⁷⁰ Снежана Бркић, *Кривично процесно право II*, Нови Сад, 2013, стр. 35-36.

²⁷¹ Жељко Карас, *op. cit.*, стр. 619.

посматрати као недоказане могућности, ако се гледа из криминалистичког угла и различитих верзија о извршеном кривичном делу и учиниоцу, које постоје у том тренутку.

Основана сумња је виши степен извесности о извршеном кривичном делу, који се најчешће захтева за покретање истраге. Све до доношења Законика о кривичном поступку из 2011. године, то је био случај и са нашим кривичним поступком. Према члану 241. ЗКП-а из 2001. године, истрага се покретала кад постоји основана сумња да је окривљени извршио кривично дело. Међутим, према важећем процесном закону, за покретање истраге довољно је постојање основа сумње, као и за предистражни поступак. Основана сумња сада фигурира само као општи услов за одређивање притвора окривљеном (члан 211. став 1.).

У теорији се, приликом одређивања појма основане сумње, најчешће потенцира да је реч о вишем ступњу извесности о кривичном делу и учиниоцу. Према једном схватању, основана сумња представља знатну извесност о постојању одређених чињеница које указују да је одређено лице извршило кривично дело.²⁷² Неки аутори основану сумњу одређују као скуп озбиљних индиција, које оправдавају извођење окривљеног пред суд.²⁷³ Постоји, такође, одређење да је сумња основана ако се заснива на одређеним доказима.²⁷⁴ Неки сматрају да основана сумња постоји ако постоје чињенице које оправдавају сумњу.²⁷⁵ Према ставу теорије, основана сумња постоји ако је, у односу на основе сумње, постала јасна, околосна и проверљива.²⁷⁶

По Шредеровој криви, која нумерички изражава степен сумње, основана сумња се одређује коефицијентом 0,5 вероватноће да је извршено кривично дело. Овај степен сумње се описује као довољно основа за сумњу, односно да је доста вероватно да је одређено лице извршило кривично дело, као и да за ту тврдњу постоје докази.²⁷⁷ На истом трагу је схватање да основана сумња постоји када је вероватноћа да је окривљени извршио кривично дело једнака са вероватноћом да дело није извршио.²⁷⁸ Другим речима, основана сумња постоји када су основи који говоре у прилог

²⁷² Бранко Петрић, *Коментар...*, ор. cit, стр. 359.

²⁷³ Шпиро Вуковић, *Закон о кривичном поступку (са објашњењима и судском праксом)*, Београд, 1981, стр. 126.

²⁷⁴ Владимир Бајер, ор. cit, стр. 112.

²⁷⁵ Драгољуб Димитријевић, ор. cit, стр. 11.

²⁷⁶ Берислав Павишић и сурадници, ор. cit, стр. 11.

²⁷⁷ Давор Крапац, *Институције...*, ор. cit, стр. 401.

²⁷⁸ Ђорђе Лазин, ор. cit, стр. 22.

истинитости неке чињенице једнаки или чак и јачи од основа који говоре супротно.²⁷⁹ Наведено становиште блиско је степену сумње, који фигурира у парници. У грађанском поступку постоји преимућство доказа, као степен извесности. Победу у парници односи она странка, која је остварила преимућство доказа, односно потребно је да је вероватније да је доказна теза тужиоца истинита. То би се нумерички могло изразити као више од 50%.

Основана сумња се у судској пракси најчешће везује за заснованост на чињеницама, као и за доказаност сумње. За разлику од основа сумње, основана сумња мора бити поткрепљена доказима. Такође, за разлику од основа сумње, која се може заснивати на претпоставкама, основана сумња мора почивати на подацима.²⁸⁰ Према судској пракси, основана сумња представља заокружену целину објективних и субјективних елемената кривичног дела, који чине озбиљни ниво сумње.²⁸¹ У односу на основе сумње, приликом разграничења, судска пракса се користи правним стандардом разумне мере сумње. Основана сумња мора да обухвати више основа сумње, да би се у разумној мери могло закључити да је осумњичени извршио кривично дело.²⁸² Несумњиво је да основана сумња представља виши ниво извесности о извршеном кривичном делу. За разлику од основа сумње, код основане сумње мора да постоји извешан ниво извесности и о учиниоцу кривичног дела. Она се не мора заснивати, ни везивати искључиво за индиције, већ за све врсте чињеница, које се утврђују у кривичном поступку. Будући да основаној сумњи (у оним државама, које основану сумњу одређују као стварни услов за отварање истраге) претходи рад органа вођења предистражног поступка, неопходно је да она почива на одређеној доказној подлози. Најпре долази да проверавања навода из кривичне пријаве, тј. до провере основа сумње. Осим тога, делатношћу органа вођења предистражног поступка, прикупљају се докази, којима се поткрепљују проверене основе сумње. На основу тога се одлучује има ли места покретању истраге. У нашем процесном закону овај степен извесности је потребан за одређивање притвора. С обзиром да се притвор осумњиченом може одредити већ од почетка истраге, за чије покретање су довољне основе сумње, остаје нејасно на који ће начин судија за претходни поступак образложити виши степен извесности, односно постојање основане сумње, у тренутку

²⁷⁹ Тихомир Васиљевић, *op. cit.*, стр. 315.

²⁸⁰ Жељко Карас, *op. cit.*, стр. 620.

²⁸¹ Врховни суд Републике Хрватске, IV Кж 12/03, од 5.3.2003. године.

²⁸² Врховни суд Републике Хрватске, IV Кж 37/04, од 10.8.2004. године.

отварања истраге, за коју је довољан нижи степен извесности. Додатну тешкоћу представља чињеница да судија за претходни поступак не руководи истрагом, већ јавни тужилац, у чијим рукама се налази доказни материјал, неопходан за сачињавање образложења решења о одређивању притвора.

Следећи, виши степен извесности о кривичном делу и учиниоцу, неопходан за подизање оптужнице је вероватноћа. То је појам који је изградила теорија, док се у процесном закону срећу појмови довољно основане сумње, односно оправдане сумње. Термин „вероватноћа“ се у литератури често среће и као генерички појам, којим се означавају основе сумње, основана сумња и оправдана сумња, дакле сви степени извесности, осим највишег. У ужем смислу, вероватноћом се означава степен сумње који је неопходан за извођење окривљеног на главни претрес. Другим речима, то је степен извесности који је потребан да фазу оптужења. С обзиром да је, по редовном току ствари, достизању овог степена сумње претходила истрага, за вероватноћу се може рећи да представља надградњу над основаном сумњом, или основама сумње. Тако постоји гледиште да је реч о основаној сумњи, у довољној мери поткрепљеној доказима, чињеницама и околностима, насталим као резултат предузимања доказних радњи у истрази.²⁸³ Сличан претходном је став појединих аутора, који вероватноћу изједначава са постојањем довољно доказа за основану сумњу да је окривљени извршио кривично дело.²⁸⁴ Из угла постојања основа који говоре у прилог истинитости чињеница, неки процесуалисти изводе закључак да вероватноћа постоји, ако су основи у прилог истинитости чињеница јачи од супротних.²⁸⁵ Постоји, такође, гледиште да вероватноћа значи постојање довољно доказа, односно да је доказана основана сумња.²⁸⁶ Нумеричко приказивање вероватноћу одређује коефицијентом већим од 0,75. Са тим процентом треба да буде доказана извесност чињеница. Приликом дефинисања оправдане сумње, односно вероватноће, такође је неприхватљиво нумеричко изражавање степена извесности о чињеницама. Процент истинитости током поступка не расте на скали од 0 до 100, већ је реч о степенима сумње о постојању чињеница, који се не могу егзактно изразити у бројкама. За разлику од основа сумње и основане сумње, оправдана сумња је скуп чињеница, до којих су дошли органи вођења поступка, на основу прикупљеним доказа, током истраге. Језичким тумачењем појма „оправдана

²⁸³ Драгољуб Димитријевић, *op. cit.*, стр. 145.

²⁸⁴ Загорка Јекић, 1982, *op. cit.*, стр. 264.

²⁸⁵ Тихомир Васиљевић, *op. cit.*, стр. 315.

²⁸⁶ Давор Крапац, *Институције...*, *op. cit.*, стр. 401.

сумња“ може се закључити да је реч о сумњи у постојање чињеница о кривичном делу и учиниоцу, коју подупиру, односно оправдавају докази. Оправдана сумња, као и нижи степени сумње може бити заснована на непосредним и посредним доказима, према томе, може бити састављена и од индиција.

На главном претресу, који представља суђење, у ужем смислу речи, делатношћу странака и суда, долази се до чињеничног и правног оформљења кривичне ствари. На основу изведених доказа утврђују се правно релевантне и друге важне чињенице, с циљем доношења одлуке о основаности казненог захтева. С обзиром да је за подизање оптужнице неопходно постојање довољно основане сумње о кривичном делу и учиниоцу, за доношење судске одлуке потребан је виши степен извесности. Током доказног поступка, чињенице, које су наведене у оптужном акту, бивају евалуиране, извођењем доказа, уз обезбеђење неопходних гаранција, у виду начела контрадикторности, јавности, усмености и непосредности. На тај начин се степен извесности подиже на највишу лествицу. Исход може бити тројак; постојање или непостојање чињенице може бити утврђено са највишим степеном извесности, тј. са истинитошћу. Према томе, у постојање или непостојање чињеница не сме остати било каква сумња, да би се сматрале утврђенима, односно неутврђенима. Ако пак, остане сумња, та ситуација се решава применом принципа *in dubio pro reo*. Уколико је реч о чињеници, која иде на штету окривљеном, сматраће се да не постоји. Супротно, ако иде у корист окривљеном, сматраће се да постоји.

Појам истине представља филозофску категорију. У филозофији су се искристалисала три правца о појму истине.²⁸⁷ Објективистички концепт наглашава да истина постоји независно од субјекта, који предузима спознајну активност. Субјективистички правац оспорава могућност спознаје објективне стварности. Човек не може да сазна објективну истину, јер је на путу спознаје ограничен сопственом акцијом и категоријама, које априорно познаје. Кореспонденцијске теорије одређују истину као сагласност представе и сазнања о некој чињеници, са стварношћу. Реч је о сагласности неке изјаве или става са стварношћу, или делом стварности. Ова теорија се у филозофији често означава као класична реалистичка теорија. Суштински, према овом схватању истина постоји ако нека констатација кореспондира са чињеницама, а

²⁸⁷ Више о томе: Саша Кнежевић, *Основна начела...*, *op. cit.*, стр. 90-91.

супротно, констатација је неистинита, ако не кореспондира са чињеницама.²⁸⁸ Кореспонденцијски приступ истини служио је као основа за изградњу инквизиционог поступка. На критици кореспонденцијске теорије настала је теорија кохеренције. Истина је нешто што не може постојати *a priori*, већ се до ње долази након свестраног разматрања, што се уклапа у складан систем уверења. Теорија кохеренције уграђена је у адверзијални кривични поступак. Схватање истине као остварљивог сазнања, са елементима субјективног и објективног, апсолутног и релативног, апстрактног и конкретног,²⁸⁹ заправо је синтеза претходно наведених теорија.

Из филозофског и логичког појма истине, изводи се појам истине у кривичном поступку. Истина у кривичном поступку представља веран одраз кривичног догађаја у свести судије.²⁹⁰ Реч је о највишем степену подударности између уверења кривичног суда и онога што се одиграло у стварности. Речником процесног права, то је највиши степен извесности (убеђења²⁹¹), о кривичном делу и учиниоцу, до које може судија у кривичном поступку.²⁹²

У теорији процесног права постоји дилема управо по питању достизања тог највишег степена подударности између догађаја, који се одиграо у стварности и утврђених чињеница, помоћу којих се догађај реконструише. Већински је став да се до апсолутне, објективне истине у кривичном поступку не може доћи. Неспорно је да истинитост чињеница, које су утврђене у кривичном поступку, подлежу слободној оцени судије. Том приликом се врши евалуација објективног, на основу субјективног. Према томе, истина у кривичном поступку може бити само субјективна, релативна, односно историјска. Често се са овим појмовима изједначава и јуристичка истина. Према путевима сазнања истине, постоји подела на материјалну и формалну истину. Материјална²⁹³ истина била је карактеристична за кривични поступак, инквизиционог типа, као и за савремени тип кривичног поступка, континенталног типа. Суштина је у активној улози суда у утврђивању чињеница. Другим речима, странке не могу ограничити суд у тражењу истине, сопстеним располагањем. Формална истина одликује оптужни, адверзијални тип кривичног поступка, као и грађански поступак.

²⁸⁸ Горан Илић, Миодраг Мајић, *Nature, importance and limits of finding the truth in criminal proceedings*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/2013, стр. 86.

²⁸⁹ Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, *op. cit.*, стр. 77.

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ Загорка Јекић, Радмила Данић, *Кривично процесно право*, Београд, 2004, стр. 197.

²⁹² Младен Грубиша, *Чињенично стање...*, *op. cit.*, стр. 14.

²⁹³ У савременој процесној теорији се најчешће изоставља атрибут „материјална“.

Странке имају монопол над доказном иницијативом, на основу диспозиционе максиме, а улога суда је пасивна. Овим начином сазнања долази се до страначке истине. Простом компарацијом лако је извести закључак који начин сазнања је ближи објективној истини. Док је формална истина лимитирана интересима странака у поступку, материјална истина укључује додатну активност независног и непристрасног арбитра, те је већа могућност да утврђено чињенично стање буде ближе догађају, који се одиграо у стварности. Иако на први поглед може изгледати другачије, истина је један од циљева оба типа савременог кривичног поступка. Једино се путеви долажења до истине разликују.

По питању највишег степена извесности, у теорији је већ дуго постоји борба аргумената за и против истине у кривичном поступку. О истини у кривичном поступку воде се расправе, које отварају низ сложених питања, која допиру чак до самих темеља кривичног поступка. Заправо, корени те дилеме постоје још у време напуштања инквизиционог поступка, у коме је истина заиста била врховни циљ, али се до ње легитимно могло стићи применом тортуре према окривљеном, као и испуњењем законом одређеног квантума доказа, за доношење осуђујуће пресуде. Уколико се до истине није могло доћи, окривљени је остајао у статусу сумњивог, лишен било какве правне извесности, у погледу поновног отварања поступка, ако се у будућности појаве докази против њега. Са изградњом савременог кривичног поступка, заснованог на постулатима људских права, као тековине француске буржоаске револуције, истина у кривичном поступку, додуше, остаје један од најзначајнијих циљева поступка. Она, међутим, добија своје границе, те постаје јасно омеђена извођењем законитих доказа, идентитетом пресуде и оптужбе, принципом *in dubio pro reo*, и забраном *reformatio in peius*. Значајно ограничење трагања за истином представља и диспозиција странка., манифестована у поступку по редовним правним лековима. Суд правног лека испитује чињеничне недостатке првостепене пресуде искључиво ако представљају жалбени основ, у конкретном случају. Другим речима, другостепени суд не испитује правилност и потпуност утврђеног чињеничног стања по службеној дужности. На тај начин се до истине у кривичном поступку може доћи само у задатим координатама, којима се штити окривљени, односно којима се обезбеђује формална равноправност странака. Опстанак начела истине није био довољан у питање, стога што на страни државе постоји јавни интерес да према појединцима, који се не придржавају установљених

правила понашања и који угрожавају државна добра и добра других, интервенише применом кривичних санкција.

7.2. Утицај сумње у извесност чињеница на судску одлуку²⁹⁴

7.2.1. ПОЈАМ, ЗНАЧЕЊЕ И ИСТОРИЈАТ ПРИНЦИПА IN DUBIO PRO REO

Стара латинска сентенца, *in dubio pro reo*, најчешће се преводи „у сумњи, (одлучити) у корист окривљеног“. О пореклу ове максиме у теорији не постоји потпуна сагласност. Најчешће се истиче да води порекло из римског права.²⁹⁵ Има, међутим, основа за тврђење да је ово правило настало још у античкој митологији. На суђењу Оресту за убиство мајке, суд Аеропага остао је подељен, по питању његове кривице, те је богиња правде, Атина, пресудила у његову корист. Касније је, на основу тог мита, Есхил написао драму Орестиа.²⁹⁶ Принцип *in dubio pro reo* има и своје библијско утемељење. На основу тумачења Старог Завета, често је цитирана сентенца, „боље ослободити хиљаду криваца, него једног невиног осудити“.²⁹⁷ Касније, у време важења инквизиционог кривичног поступка, принцип *in dubio pro reo*, није примењиван. Напротив, у случају сумње у постојање кривице окривљеног, могао је бити осуђен на блажу казну од прописане (*poena extraordinaria*), или се доносила пресуда *absolutio ab instantia*. Том пресудом, којом се окривљени „отпушта испод суђења“, заправо је привремено обустављан кривични поступак. С обзиром да ова судска одлука није стицала својство правноснажности, поступак против окривљеног је могао бити настављен, у случају откривања нових доказа.²⁹⁸ Залагања за афирмацију правила *in dubio pro reo*, почела су се јављати почетком 19. века, као реакција на правну несигурност окривљеног, коју је имао у инквизиционом поступку. Овај принцип заузео је место у савременом кривичном поступку, континенталног типа. У англосаксонском кривичном поступку правило *in dubio pro reo*, формално не постоји. Сумња у постојање кривице окривљеног решава се постојањем стандарда доказаности „изван разумне сумње“. Стога је порота, у случају постојања „разумне сумње“ дужна да донесе одлуку, повољнију по окривљеног – „није крив“. Примена наведеног доказног

²⁹⁴ Иван Илић, *Примена принципа in dubio pro reo у кривичном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 70 /2015, стр. 467-482.

²⁹⁵ Саша Кнежевић, *Основна начела...*, op. cit., стр. 112.

²⁹⁶ Чедомир Богићевић, *Одступање од начела истине у кривичном поступку*, Билтен Врховног суда Црне Горе, 2010, стр. 18-19.

²⁹⁷ D. Epps, *The Consequences of Error in Criminal Justice*, *Harvard Law Review*, бр. 4/2015, стр. 1077.

²⁹⁸ Војислав Ђурђић, 2014, op. cit., стр. 25.

правила фактички кореспондира са применом принципа *in dubio pro reo*.²⁹⁹ У англосаксонској доктрини кривичног права, добро је позната Блекстонова формулација (*Blackstone's formulation or ratio*), која гласи: „боље десет криваца да побегне, него да један невини пати“.³⁰⁰ Она суштински афирмише примену принципа *in dubio pro reo*.

У савременом кривичном поступку, који се, између осталог карактерише заштитом основних људских права, пре свега окривљеног, садржано је низ процесних механизма, који омогућавају извесно преимућство одбране (*favor defensionis*). Једна од тих предности, које су настале као реакција на положај окривљеног у инквизиционом поступку, садржана је у принципу *in dubio pro reo*. Овај принцип се односи на неотклоњену сумњу у постојање или непостојање чињеница у кривичном поступку. Чињенице, које суд није могао утврдити са сигурношћу, приписују се у корист окривљеног. Другим речима, сумња у постојање чињенице која иде у прилог окривљеном решава се тако што се сматра да је утврђена, тј. да постоји. Супротно, ако суд остане у сумњи у постојање чињенице, која иде на штету окривљеног, онда се сматра да таква чињеница не постоји. Реч је о некој врсти правила доказивања, којим се заправо ствара фикција постојања или непостојања одређених чињеница у кривичном поступку, с циљем заштите окривљеног од потенцијално неосноване осуде. Према томе, чињенице које иду на штету окривљеног морају бити утврђене са извесношћу. У супротном, сматра се да не постоје. На другој страни, чињенице које иду у корист окривљеног сматраће се утврђеним и ако остане сумња у њихово постојање, односно ако постоји вероватноћа да оне постоје.³⁰¹

У немачкој теорији процесног права сматра се да правило *in dubio pro reo* првенствено припада кривичном материјалном праву и уставном праву. Овај принцип произлази из самог начела законитости („*nullum crimen, nulla poena sine lege*“). Према протагонистима овог схватања, суд ће изрећи осуђујућу пресуду ако су испуњени услови постојања елемената кривичног дела, противправности и кривице окривљеног, утврђени извођењем доказа на главном претресу. Услови за доношење осуђујуће пресуде нису испуњени, ако у погледу неког од ових елемената остане основана сумња.

²⁹⁹ Снежана Бркић, *Кривично процесно право I*, Нови Сад, 2014, стр. 311-312.

³⁰⁰ W, Blackstone, *Commentaries on the Law in England in four books*, Philadelphia, 1893, стр. 352.

³⁰¹ Шиме Павловић, *Познавање и примјенљивост конвенцијских и уставних начела о правичном поступку као conditio sine qua non добре одбране*, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, бр. 2/2009, стр. 550-551.

У том случају се, доноси ослобађајућа пресуда применом правила, у сумњи у корист окривљеног.³⁰²

7.2.2. ОПСЕГ ВАЖЕЊА ПРИНЦИПА *IN DUBIO PRO REO* И ПОВЕЗАНОСТ СА ДРУГИМ ПРОЦЕСНИМ ИНСТИТУТИМА

У погледу обима важења принципа *in dubio pro reo*, у теорији постоји несагласност. Најпре се поставља питање да ли се примена овог принципа односи само на чињенична питања, и у ком опсегу, или су њиме обухваћена и правна питања. У том смислу се може пратити постепена еволуција. Најпре су применом принципа *in dubio pro reo* биле обухваћене чињенице које иду на штету окривљеног,³⁰³ а касније је примена проширена на чињенице, које иду у корист окривљеног. Овде се, пре свега, мисли на материјалне правно релевантне чињенице. Осим тога, ово правило се примењује на процесне правно релевантне чињенице. С обзиром да чињенице индиције и контролне чињенице служе као инструменти за утврђивање одлучних чињеница, примена овог начела је, тим пре, неопходна, ако остане сумња у њихово постојање. Примера ради, у немачком праву, ово правило се примењује на чињенична питања, док се не примењује на правна питања, нити на питања о правичности пресуде.³⁰⁴

Екстензивни приступ пледира да се принцип *in dubio pro reo* примењује приликом тумачења права, оцене изведених доказа и одмеравања казне.³⁰⁵ Међутим, исти аутор касније напушта наведено схватање, те износи став да са увођењем слободне оцене доказа овај принцип потпуно губи смисао. Сумњу у истинитост чињеница судија ће разрешити у двојаким смислу; или да постоји, или да не постоји. Да ли ће на крају оцене доказа тас на ваги претегнути у корист или на штету окривљеног, то зависи од околности конкретног случаја. Чак и када судија одабере решење, које је повољније по окривљеног, ту није реч о примени каквог правила, већ о личном опредељењу.³⁰⁶ Са наведеним схватањем се само делимично можемо сагласити. Примена принципа *in dubio pro reo* приликом тумачења права може доћи у обзир ако недоумица у значење конкретне правне норме остане и након примене свих

³⁰²V, Krey, *German Criminal Procedure Law*, Stuttgart, 2009, стр. 4.

³⁰³ Тихомир Васиљевић, *op. cit.*, стр. 315.

³⁰⁴ W, Hassemer, *Human Dignity in Criminal Process: The Example of Truth-Finding*, *Israel Law Review*, бр. 1-2/2011, стр. 192.

³⁰⁵ Тихомир Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд, 1964, стр. 36-37.

³⁰⁶ Тихомир Васиљевић, *Коментар закона о кривичном поступку*, Београд, 1977, стр. 386.

расположивих метода тумачења. У том случају би било нелогично, али и неправично, немоћ адресата примене права пребацити на терет окривљеног. Оцена изведених доказа врши се применом правила логике и искуства. И ту свакако постоји могућност примене овог принципа, будући да је реч о доношењу закључака о чињеничним питањима. Приликом одмеравања казне, одлучује се о правним питањима, тако да нема места примени принципа *in dubio pro reo*, с обзиром да тој делатности претходи правилно и потпуно утврђивање чињеничног стања. Примена овог правила је, међутим, могућа приликом одлучивања о врсти пресуде. Ослобађајућа пресуда ће бити донета не само када нема доказа да је окривљени извршио кривично дело, већ и у случају недостатка довољно доказа о томе.³⁰⁷

Начело *in dubio pro reo* се у неким случајевима не примењује. Насупрот чињеничним питањима, ово правило се не примењује приликом решавања правних питања.³⁰⁸ Једно од најспорнијих питања у теорији кривичног поступка јесте разликовање чињеничних и правних питања. Прављење дистинкције између чињеничног и правног је, доиста, веома тешко. Неки појмови, који означају чињенице из свакодневног говора инкорпорирани су у текст закона (сила, претња, обмана...). Са друге стране, неки правни појмови су истовремено чињенице у стварности (чињеница да неко поседује имовину, или да је неко присвојио туђу ствар). У кривичном поступку се утврђује постојање појаве из стварности, која је описана у чињеничном опису оптужног акта овлашћеног тужиоца. О постојању чињеница, важних за доношење одлуке о кривичној ствари се закључује на основу доказа. На тако утврђено чињенично стање се примењује правна норма.³⁰⁹ Закључак о постојању чињеница се врши на основу слободног судијског уверења. У случају да судија није сигуран у постојање неке чињенице, он ће то решити применом правила *in dubio pro reo*. Закључак о правним питањима, дакле о примени правне норме на утврђено чињенично стање, врши се применом правила логике. Суд утврђене чињенице супсумира под одговарајућу правну норму. У случају постојања дилеме у погледу решавања правног питања, то се решава применом правила тумачења правне норме. Приликом тумачења правне норме, примени правила *in dubio pro reo* нема места.

Гледано кроз поступак чињеничног и правног формирања чињеничне основе пресуде, најпре долази до утврђивања радње окривљеног, која му се оптужбом ставља

³⁰⁷ Саша Кнежевић, *Основна начела...*, ор. cit., стр. 128.

³⁰⁸ Давор Крапац, *Институције...*, ор. cit., , стр. 118.

³⁰⁹ Младен Грубиша, *Чињенично и правно питање*, Наша законитост, бр. 9/1959, стр. 404.

на терет. Та фаза представља утврђивање чињеница. Након тога се испитује да ли делатност окривљеног представља радњу извршења кривичног дела. Ако се дође до потврдног одговора, онда се одлучује о примени кривичне санкције према окривљеном. Обе фазе представљају решавање правних питања.³¹⁰ Другим речима, утврђивање околности из стварности представља чињенично питање, а оцена да ли та околност одговара правној норми је правно питање.³¹¹

Принцип *in dubio pro reo* се такође не примењује у случајевима, када се одступа од правила да терет је доказивања на тужиоцу. У кривичним законодавствима, у којима и даље постоји кривично дело клевете, терет доказивања истинитости онога што је износио или проносио пада на окривљеног. Осим пресумпције честитости, терет доказивања пада на окривљеног приликом обарања претпоставке урачунљивости. Такође, у поступку одузимања имовинске користи, стечене извршењем кривичног дела, на окривљеном је терет доказивања законитог порекла имовине.

У теорији постоји сличан став, према којем је принцип *in dubio pro reo*, противан начелима истине и слободне оцене доказа. Чињенице у кривичном поступку могу бити доказане или недоказане. Применом овог принципа суд пренебрегава дужност да утврди све важне чињенице, без обзира да ли иду у корист, или на штету окривљеном.³¹² Наведено гледиште не можемо прихватити стога што полази од погрешне премисе. Принцип *in dubio pro reo* компатибилан је са начелом истине. Након извођења свих доказа, односно тежње да се утврде све чињенице о конкретној кривичној ствари, ово правило представља коректив, у случају да и тада остане сумња у истинитост чињеница. Тај коректив представља повластицу окривљеном, ако резултат доказног поступка не буде несумњиво утврђено стање ствари.

Овај принцип не може бити супротан ни начелу слободне оцене доказа. Напротив, *in dubio pro reo* са њим има континуитет. Након утврђивања чињеница, извођењем доказа, судија врши оцену доказа, по слободном судијском уверењу. Најпре се врши оцена сваког доказа појединачно, а затим у склопу са осталим изведеним доказима. Правило *in dubio pro reo* се примењује након оцене доказа, ако судија утврди да постоји сумња у извесност одлучних чињеница. Према томе, *in dubio pro reo* не

³¹⁰ Младен Грубиша, *Решавање проблема разликовања и разграничења чињеничних од правних питања*, Наша законитост, бр. 1-2/1960, стр. 34.

³¹¹ Светлана Ђуричић, *Разликовање чињеничних и правних питања*, Гласник АКВ, бр. 5/2005, стр. 267.

³¹² Бранко Петрић, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Шид, 1982, стр. 7-8.

ремети слободну оцену доказа, нити обавезује судију у примени правила логике и закључивања.

Следеће је потребно разграничити степен сумње, који је неопходан за примену овог правила. Законодавац се најчешће опредељује за термин „сумња“. Према одредби из члана 16. став 5. Законика о кривичном поступку,³¹³ „сумњу у погледу чињеница..., суд ће решити у корист окривљеног“. Наведени термин не кореспондира ниједном степену извесности, који мора да постоји за покретање предистражног поступка, истраге, подизање оптужног акта, односно за доношење пресуде. Законодавац је пропустио да дефинише овај термин у члану 2, за разлику од термина основи сумње, основана сумња, оправдана сумња и извесност. У теорији постоји схватање, да је за примену принципа *in dubio pro reo*, потребна основана сумња у истинитост чињеница, тј. да су разлози за и против истинитости неке чињенице једнаки.³¹⁴ Неки су на становишту да је за примену овог правила потребно да постоје основе сумње, које произлазе из мисаоног процеса оцене доказа. Према наведеном схватању та сумња представља сазнање да не постоји довољно основа да би нека чињеница била утврђена са степеном извесности.³¹⁵ Трећи приступ је да је примена овог принципа могућа код постојања било какве сумње.³¹⁶ Сматрамо да је неопходан степен извесности управо најнижи степен сумње, односно било каква сумња. Примена принципа *in dubio pro reo* је могућа увек када остане обична сумња у степен извесности о постојању чињенице, који је неопходан у конкретној фази поступка.

У теорији се најчешће истиче повезаност претпоставке невиности и начела *in dubio pro reo*. Према заступницима тог схватања, принцип *in dubio pro reo* представља последицу важења претпоставке невиности.³¹⁷ Суштина претпоставке невиности, као једне од значајнијих тековина правне државе и демократског друштва, најчешће се изражава правилом да се свако сматра невиним, и да га нико не може сматрати кривим, док се правноснажном судском одлуком од стране надлежног суда не утврди његова кривица.³¹⁸ Садржину претпоставке невиности одредио је Европски суд за људска права, у сопственој јуриспруденцији. Према ставу Суда, она инволвира следеће: поступање без предрасуда и предубеђења о кривици окривљеног, правило да терет

³¹³ "Сл. гласник РС", бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

³¹⁴ Ђорђе Лазин, *op. cit.*, стр. 28-29, Саша Кнежевић, *Основна начела...*, *op. cit.*, стр. 120.

³¹⁵ А. Маркићевић, *Принцип in dubio pro reo: скица за једну расправу*, Гласник АКВ бр. 12/1984, стр. 2-3.

³¹⁶ Младен Грубиша, *Принцип in dubio pro reo у теорији и пракси*, ЈРКК, бр. 3/1966, стр. 330.

³¹⁷ Владимир Бајер, *op. cit.*, стр. 40.

³¹⁸ Давор Крапац, *Институције...*, *op. cit.*, стр. 388.

доказивања лежи на тужиоцу и да ризик недоказаности (сумња у постојање одлучних чињеница) мора ићи у корист окривљеног (*in dubio contra auctoritatem*).³¹⁹ Треће правно правило, инволвирано у претпоставку невиности, представља расподелу ризика недоказаности чињеница о кривичној ствари. Кривични суд мора донети ослобађајућу пресуду, не само када није доказано да је окривљени крив, већ и када остане сумња у његову кривицу.³²⁰ Начело *in dubio pro reo* се у делу, који се односи на одлучне чињенице, којима се доказује постојање кривице, поклапа са претпоставком невиности. Међутим, примена овог правила је шира, јер су њиме обухваћене све друге материјалне и процесне правно релевантне чињенице.³²¹

Принцип *in dubio pro reo* није прописан у процесном закону Немачке. Тамошња теорија га сматра делом уставног права, прецизније елементом начела владавине права. Такође се сматра да припада материјалном кривичном праву, садржаном у начелу законитости (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Закључак о примени начела у сумњи у корист окривљеног, искључиво на материјалне правно релевантне чињенице, изводи се из саме правне природе повреде права, као жалбеног основа.³²²

За разлику од Немачке, принцип *in dubio pro reo* представља једно од законских начела кривичног процесног права у Швајцарској. У члану 10. став 3. федералног Законика о кривичном поступку Швајцарске из 2011. године, предвиђено је да окривљени може бити осуђен само ако је суд утврдио постојање довољно доказа за његову кривицу. Из тога се закључује да се ослобађајуће пресуда доноси и у случају непостојања довољно доказа за кривицу окривљеног, што је примена принципа у сумњи у корист окривљеног.³²³ У Закону о кривичном поступку Руске Федерације из 2001. године, новелираног 2012. године, у делу под називом „Опште одредбе“, стипулирана је претпостака невиности. У истом члану 14. став 3. законски израз добило је правило да сумња у кривицу оптуженог, која не може бити отклоњена применом одредаба закона, мора се тумачити у корист оптуженог. Пресуда не сме бити заснована на претпоставкама (члан 14. став 4). Према члану 4. мађарског ЗКП-а, свака чињеница, која није доказана са степеном извесности изнад разумне сумње, не може се

³¹⁹ *Barbera, Masseque and Jabardo v. Espana*, 10590/83.

³²⁰ Иван Илић, *Претпоставка невиности окривљеног и право на јавно информисање*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, тематски број. Медији и људска права, бр. 61, стр. 575.

³²¹ Војислав Ђурђић, 2014, *op. cit.*, стр. 195-196.

³²² V, Krey, *op. cit.*, стр. 4.

³²³ G. Gwladys, *Public Prosecutors in the United States and Europe*, Zürich, 2014, стр. 30.

приписати на штету окривљеном. Ова одредба есенцијално изражава примену правила *in dubio pro reo*.

Процесни закони Босне и Херцеговине садрже начело *in dubio pro reo*. Сумња у погледу постојања неког елемента бића кривичног дела, или у погледу неке одредбе кривичног законодавства, решава се у пресуди на начин, који је повољнији по окривљеног (члан 3. став 1. ЗКП БиХ, чл. 3. ст. 1.ЗКП ФБиХ, чл. 3. ст. 1. ЗКП РС, чл. 3. ст. 1. ЗКП БДБиХ). Процесни кодекс Црне Горе законски израз начела у сумњи у корист окривљеног садржи у истом члану, у којем је прописана и претпоставка невиности. Ако након прибављања и извођења свих доказа остане сумња у неко битно обележје кривичног дела или у погледу чињенице која доводи до примене неке одредбе Кривичног законика или Закона о кривичном поступку, суд ће донети одлуку у корист окривљеног (члан 3. став 3. ЗКП ЦГ). Ужи опсег важења принципа *in dubio pro reo* предвиђен је у процесном закону Македоније. У случају сумње у постојање чињеница, које представљају елементе кривичног дела, или од којих зависи примена неке одредбе Кривичног закона, суд ће одлучити у корист окривљеног (члан 4. ЗКП МК). Готово истоветна је формулација у члану 3. став 2. Закона о казненом поступку Хрватске. Из наведених одредаба процесних закона држава бивше Југославије (са изузетком Словеније), може се закључити да се правило *in dubio pro reo* сврстава у општа начела кривичног поступка. Негде се регулише заједно са претпоставком невиности, услед схватања да се консеквентно изводи из ње, а негде се сматра посебним начелом (Македонија). Разлике се могу уочити у погледу обима важења. Најшири опсег примене предвиђен је у Босни и Херцеговини, где се предвиђа примена на све одредбе кривичног законодавства. У Црној Гори је домен важења начела *in dubio pro reo* ограничен на материјалне и процесне правно релевантне чињенице, док је у Македонији и Хрватској³²⁴ предвиђена примена искључиво на материјалне правно релевантне чињенице.

7.2.3. ПРИНЦИП *IN DUBIO PRO REO* У СРПСКОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Процесна максима да се у сумњи одлучује у корист окривљеног уграђена је у текст важећег Законика о кривичном поступку. У члану 16. став 5. прописано је да се

³²⁴ У теорији постоји схватање да се обим примене принципа *in dubio pro reo* протеже и на процесне правно релевантне чињенице (Давор Крапац, *Институције...*, , ор. cit., стр. 117). Такво гледиште поткрепљено је одредбом члана 452. ЗКП ХР, из које се не може извући закључак о могућности примене овог начела.

сумња у погледу чињеница, од којих зависи постојање неког елемента бића кривичног дела, примена неке друге одредбе кривичног закона, као и вођење кривичног поступка решава, пресудом или решењем које одговара пресуди, у корист окривљеног. Овом одредбом је проширен опсег важења принципа *in dubio pro reo*, у односу на раније важећи закон. У члану 18. став 3. Законика о кривичном поступку из 2001. године,³²⁵ била је предвиђена примена овог начела, у случају постојања сумње у одлучне чињенице, које чине елементе кривичног дела, или од којих зависи примена неке одредбе Кривичног законика.

Разлика између две одредбе се, најпре, огледа у врсти чињеница. У важећем закону је употребљен термин „чињенице“, а у раније важећем – „одлучне чињенице“. Иако је реч о чињеницама од којих зависи постојање елемената кривичног дела, не треба губити из вида да се постојање тих чињеница неретко утврђује на посредан начин, индицијама и контролним чињеницама.³²⁶ Стога сматрамо исправнијом формулацију позитивноправне одредбе, која покрива све врсте чињеница. Друга разлика се огледа у обиму важења принципа *in dubio pro reo*. Насупрот раније важећем ЗКП – у, у новом процесном закону су, осим материјалних правно релевантних чињеница, обухваћене и процесне правно релевантне чињенице. То су чињенице, од којих зависи вођење кривичног поступка. Тако ће се, случају сумње у наступање застарелости, постојања амнестије, помиловања, или да је кривична ствар *res iudicata*, донети одлука у корист окривљеног, односно пресуда којом се оптужба одбија. Имајући у виду да се постојање трајних сметњи за кривично гођење најчешће доказује правним актом, тешко ће доћи до ситуације да у погледу наведених правних чињеница остане сумња у поступку. Хипотетички, до тога може доћи једино у погледу наступања застарелости, ако је дубиозно од ког момента се рачуна рок. Из тог разлога је прихватљиво проширено дејство принципа *in dubio pro reo*, за које се одлучио законодавац.

Најзад, разлика између раније и сада важећег процесног кодекса постоји и у погледу примене овог правила на друге одредбе материјалног кривичног права, које не спадају у елементе кривичног дела. Док се у ранијем ЗКП-у користи израз „Кривични законик“, у важећем је употребљен термин „кривични закон“. Циљним и историјским

³²⁵ "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)

³²⁶ Иван Илић, *Значај индиција за откривање и доказивање кривичних дела*, Дани Арчибалда Рајса, зборник радова са међународног научног скупа, том I, Београд, 2014, стр. 329-337.

тумачењем долазимо до закључка да је у новом ЗКП-у реч о кривичном законодавству, у целини, за разлику од ранијег, који се односио искључиво на Кривични законик. И ову интервенцију сматрамо оправданом, будући да је у кривичном законодавству још прописа,³²⁷ који имају примену приликом доношења судске одлуке у кривичном поступку

Имајући у виду стилизацију одредбе из члана 16. ЗКП-а, поставља се питање, да ли је могућа примена принципа *in dubio pro reo*, приликом доношења решења о одбацивању оптужнице. Непостојање чињеница, од којих зависи вођење кривичног поступка, заправо је постојање процесних сметњи. Оне могу бити неотклоњиве (трајне) и отклоњиве (привремене). Привремене сметње за вођење кривичног поступка су стварна ненадлежност, непостојање захтева овлашћеног тужиоца, предлога оштећеног за гоњење или одобрења за гоњење, као и душевна болест окривљеног у време вођења поступка. Утврђено постојање привремених сметњи за кривично гоњење на главном претресу доводи до доношења решења о одбацивању оптужнице. Ипак, аргумент који говори против примене начела *in dubio pro reo*, приликом доношења ове врсте одлуке налази се у делу члана 16. став 6. ЗКП-а, у коме је изричито предвиђено „...суд ће у пресуди, или решењу које одговара пресуди решити у корист окривљеног“. Из текста ове законске одредбе може се препознати интенција законодавца да обухвати ослобађајућу, осуђујућу и процесну пресуду, као и решења, којима се изричу кривичне санкције. Решење о одбацивању оптужнице не одговара пресуди, јер не представља мериторну судску одлуку, већ процесну одлуку, којом се кривични поступак прекида, до отклањања привремених процесних сметњи.

Имајући у виду да је *dominus litis* предистражног и претходног кривичног поступка јавни тужилац, поставља се питање, да ли може применити начело *in dubio pro reo*. Иако према законској одредби овлашћење за примену овог принципа има искључиво суд, сматрамо да има места ширем тумачењу. Према ставу 4. члана 6. Јавни тужилац (и полиција) су дужни да, са једнаком пажњом, испитују постојање чињеница, које окривљеном иду на штету и у корист. Јавни тужилац, између осталог, доноси решење о одбацивању кривичне пријаве, ако не постоје основи сумње да је извршено кривично дело, за које се гони по службеној дужности (члан 284. став 1. тачка 3. ЗКП). Дакле, ако након прибављања обавештења, предузимања одређених

³²⁷ Примера ради: Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Закон о програму заштите учесника у кривичном поступку и други.

мера и радњи, с циљем откривања кривичног дела и, евентуално учиниоца, јавни тужилац закључи да не постоје основи сумње, али и ако нађе да постоји сумња, али не на нивоу основа сумње, донеће решење о одбацивању кривичне пријаве. Према томе, иако је реч о најнижем степену сумње, јавни тужилац, у том случају, поступа применом начела *in dubio pro reo*. Јавни тужилац, такође, може одустати од спровођења истраге, ако нема довољно доказа за оптужење (члан 308. став 1. тачка 3. ЗКП). У овом случају је, такође реч о примени правила у сумњи у корист окривљеног. Томе у прилог говори да је могуће да постоје неки докази о извршењу кривичног дела, али недовољни, да би се јавни тужилац одлучио да подигне оптужницу. Јавни тужилац може да одустане од подигнуте оптужнице све до завршетка главног претреса. У том случају ће суд донети пресуду којом се оптужба одбија. Одустанак јавног тужиоца од оптужнице представља манифестацију начела *in dubio pro reo*, с обзиром да ће до такве одлуке доћи услед спознаје да не постоји оправдана сумња да је окривљени извршио кривично дело, које му се оптужбом ставља на терет. Према томе, у случају доношења процесне пресуде, услед одустанка јавног тужиоца од оптужбе, принцип *in dubio pro reo* примењен је од тужиоца, а не од суда.³²⁸

Одредба из члана 423. став 1. тачка 2. представља последицу важења начела *in dubio pro reo*. Ослобађајућа пресуда се доноси ако није доказано да је окривљени извршио кривично дело, за које је оптужен. Ова одредба се тумачи тако да се либераторна пресуда доноси ако нема доказа да је окривљени учинио кривично дело, које му се оптужбом ставља на терет. Ова врста пресуде ће бити доната и у случају ако постоје неки докази да је окривљени учинио кривично дело, али недовољни да би суд био потпуно уверен у то. Ако, дакле, суд остане у сумњи у квалитет доказа, који говоре у прилог извршењу кривичног дела од стране окривљеног, донеће ослобађајућу пресуду, применом принципа *in dubio pro reo*.

У теорији се као потпора важења овог начела често наводи правило о гласању приликом одлучивања о кривичној ствари, у нејавној седници.³²⁹ У случају да се приликом доношења одлуке гласови чланова судећег већа поделе, тако да ниједно

³²⁸ Вредно спомена је овлашћење већа позивних судија да донесе одлуку о обустави поступка, приликом вршења судске контроле оптужбе, у случају непостојања оправдане сумње. Према члану члану 338. став 1. тачка 3. ЗКП, ванрасправно веће ће донети одлуку да нема места оптужби, те обуставити поступак, ако нема довољно доказа за оправдану сумњу да је окривљени извршио кривично дело, које му се ставља на терет. И у овом случају до те одлуке може доћи применом начела *in dubio pro reo*, ако постоји сумња да ли прикупљени докази оправдавају извођење окривљеног на главни претрес.

³²⁹ Саша Кнежевић, *Основна начела...*, op. cit, стр. 128.

мишљење нема већину, гласови чланова већа, који су најнеповољнији по окривљеног се прибрављају повољнијим гласовима, док се не постигне већина (члан 272. став 2. ЗКП). Реч је о примени правила *in dubio pro reo* приликом пресуђења кривичне ствари. Иако техничка правила о гласању иду у корист одбране окривљеном, сматрамо да се не може говорити о примени овог начела. Сваки члан судећег већа гласа о томе да ли је окривљени учинио кривично. При томе чланови судећег већа, сваки за себе исказује сопствени став о постојању одлучних и других важних чињеница. Мисаони-логички процес закључивања код судија, чланова судећег већа, о постојању чињеница претходи гласању. Исто тако, и евентуална сумња у постојање чињеница се јавља пре гласања, те тада може и доћи до примене принципа *in dubio pro reo*. Примена овог начела, према томе, долази у обзир само приликом оцене доказа, од стране чланова већа, која претходи гласању. Стога се прибрављање гласова у корист окривљеног може једино сматрати једним од преимућстава одбране.

Изостанак примене принципа *in dubio pro reo*, доводи до неправилне пресуде, јер је заснована на доказима, у чију извесност суд није уверен. Реч је о повреди дужности суда да савесно оцени изведене доказе, па је изрека пресуде противречна наведеним разлозима, или су разлози, наведени у образложењу пресуде у знатној мери противречни, што представља битну повреду одредаба кривичног поступка (члан 438. став 2. тачка 2. ЗКП). Реч је о релативној повреди одредаба кривичног поступка, коју суд правног лека испитује само ако је наведена у жалби.

7.2.4. IN DUBIO PRO REO У СУДСКОЈ ПРАКСИ

У нашој старијој судској пракси је до неправилне примене принципа *in dubio pro reo* долазило најчешће услед пребацивања терета доказивања на окривљеног. Супротно одредбама процесног закона, ако одбрана не би доказала постојање основа који искључују противправност и кривицу, судови су изрицали осуђујућу пресуду. На тај начин није примењено правило у сумњи у корист окривљеног, већ супротно – у сумњи на штету окривљеног.

Према ставу, израженом у немачкој судској пракси, правило *in dubio pro reo* није повређено када је, по мишљењу одбране, суд требало да има сумњу у погледу кривице оптуженог.³³⁰ У искључивој власти суда је да цени извесност постојања

³³⁰ Joubert Chantal, *Judicial Control of Foreign Evidence in Comparative Perspective*, Amsterdam, 2005, стр. 61.

одлучних чињеница, те став одбране по том питању не може имати утицаја. Судска пракса је на становишту да до повреде принципа *in dubio pro reo* не долази ако суд нема сумњу у постојање чињеница, већ ако у случају сумње одлучи на штету окривљеног. Најчешће је реч о недостацима у образложењу пресуде о постојању елемената кривичног дела или процесних сметњи.³³¹ У случају немогућности суда да за окривљеног прибави извод из казнене евиденције, има се узети да је неосуђиван, применом начела *in dubio pro reo*.³³² Ако се не може утврдити тачно време извршења кривичног дела, узима се да је извршено у оном тренутку, који је најповољнији по окривљеног, у погледу застарелости кривичног гоњења.³³³ До примене принципа *in dubio pro reo* такође долази у случају када о извршеном кривичном делу постоје искључиво индиције. У судској пракси је заузет став да се осуђујућа пресуда, заснована искључиво на основу индиција, може донети само изузетно, ако стварају чињенични ланац, који искључује било коју другу верзију, приликом оцене доказа.³³⁴ У случају постојања две верзије о извршењу кривичног дела, након завршетка доказног поступка, претежно на основу налаза и мишљења вештака, суд је дужан да, оценом изведених доказа, донесе одлуку о извесности једне од две верзије.³³⁵ Примена начела *in dubio pro reo*, у овом случају, могућа је једино ако постоји неотклоњива сумња.³³⁶

7.3. Степени сумње у англо-америчком кривичном поступку

У кривичном поступку САД фигурирају појмови, који кореспондирају са степенима сумње, познатим у процесној теорији европско-континенталног правног круга. Најчешће се срећу „reasonable suspicion“ и „probable cause“. Основана или разборита сумња (reasonable suspicion) је правни стандард, који је изнедрила пракса Врховног суда САД. Прва одлука, у којој се спомиње овај степен извесности је *Terry v. Ohio* из 1968. године.³³⁷ Суд је, правећи разлику између временски ограниченог истражног задржавања и притвора, нагласио да је у првом случају реч о мањем ограничењу личне

³³¹ Одлука Уставног суда Хрватске У-III-1371/2009 од 30.06.2010. године.

³³² Пресуда Врховног суда Србије, Кж.І.бр.388/03 ођ 01.04.2003. гођине и пресуда Окружног суда у Београду, К.бр.743/02 ођ 26.12.2002. године.

³³³ Пресуда Врховног касационог суда Кзз бр. 87/2011 од 21. 12. 2011. године.

³³⁴ Решење Врховног суда Србије, Кж бр. 706/03 од 13. 11. 2003. године.

³³⁵ Ж. Мирков, *Начело in dubio pro reo као обележје правичног поступка*, Гласник АКВ бр. 1/2014, стр. 30.

³³⁶ Пресуда Општинског суда у Суботици, К бр. 106/04 од 27. 2. 2008. године и Решење окружног суда у Суботици, бр. Кж бр. 370/08 од 14. 8. 2008. године.

³³⁷ *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968)

слободе, за који је потребан нижи ниво оправдања, назвавши га основана сумња. За хапшење и притварање је потребан виши ниво извесности, који се назива вероватноћа (probable cause). Према томе, полиција може зауставити и на кратко задржати неко лице, с циљем откривања кривичног дела, ако постоји основана сумња, заснована на артикулисаним чињеницама да је у току извршење кривичног дела, или је дело извршено или ће бити извршено, као и ако постоји разборита сумња да би неко лице могло бити наоружано и опасно.

Иако овај стандард у судској пракси није прецизно одређен, постављени су извесни критеријуми, за процену његовог постојања. У односу на вероватноћу, која је захтевнији стандард, основана сумња се може састојати од мање података који су сиромашнији по садржини. Подаци, од којих је сачињена, такође могу бити мање поуздани, у односу на вероватноћу.³³⁸ Реч је о степену сумње, који је неопходан за краткотрајно задржавање возила или лица, нарочито ако постоје индиције да одређено лице поседује оружје, као и у случају претреса возила, у случају постојања сумње да се у њему налази скривно оружје. Ако постоји сумња да задржано лице поседује оружје, полиција може претрес гардеробе. У случају проналажења оружја, или ако је реч о кријумчарењу, полиција може запленили оружје, као и инкриминисане предмете. За обе радње није потребно постојање налоза за задржавање или претрес, али јесте постојање конкретних и усаглашених чињеница, које не могу бити засноване на интуицији. Основана сумња је озбиљан степен сумње, иако може бити заснована на мањем броју података, мање поузданим. Постоји тумачење да се основана сумња може темељити на мање или више чињеница, али које потичу из извора непознате поузданости. Иако се чини да је судска пракса ипак на становишту да је за постојање основане сумње потребно довољно поузданих индиција,³³⁹ заправо је временом овај стандард проширено тумачен, тако да се може темељити на чињеницама које су сазнате од често непроверених и непоузданих извора.³⁴⁰ Примера ради, Суд се у случају *State v. Bridges*,³⁴¹ бавио постојањем основане сумње за заустављање осумњиченог, у случају да је заснована једино на чињеници, добијеној од информанта. Суд је оцењивао постојање разборите сумње на основу свих околности, посебно

³³⁸ *Alabama v. White*, 496 U.S. 325 (1990)

³³⁹ *Adams v. Texas*, 448 U.S. 38 (1980)

³⁴⁰ Robert Berkley Harper, *Has the replacement of probable cause with reasonable suspicion resulted in the creation of the best of all possible worlds?*, *Akron Law Review*, 13, 14 (1988), p. 26.

³⁴¹ *State v. Bridges*, 133 N.J. 447, 628 A.2d 270 (1993)

узевши у обзир поузданост информанта, те закључио да је овај степен извесности може заснивати на поузданим информацијама, добијеним од доушника.³⁴²

У енглеском кривичном поступку, према Закону о полицији и кривичним доказима из 1984. године, степен основане (разборите) сумње потребан је за хапшење осумњиченог без налога, те за краткотрајно задржавање, пре упућивања магистрату. Разборита сумња, за разлику од обичне сумње, мора бити заснована на чињеницама. Мора постојати конкретна основа за веровање, усмерена против тачно одређеног осумњиченог, коју може проверити трећа, непристрасна особа.³⁴³

Стандард постојања вероватног узрочности, односно вероватноће (probable cause) произлази из IV амандмана на Устав САД.³⁴⁴ У уставу нема прецизне дефиниције овог степена сумње, већ је његово значење обликовала пракса Врховног суда. Реч је о практичном термину, који се одређује с обзиром на чињенице и практичне разлоге, а оцењује с обзиром на стандард разумног и разборитог поступања.³⁴⁵ То је логично, с обзиром да чињенична питања спадају у надлежност пороте, која је сачињена од грађана, те се степен извесности оцењује здраворазумски, извођењем закључака о људском понашању. За достизање стандарда вероватноће није неопходно постојање исте врсте конкретног доказа за сваки елемент кривичног дела.³⁴⁶ У пресудама Врховног суда се често истиче да вероватноћа представља правичан компромис између супротстављених интереса.³⁴⁷ Вероватноћа се може дефинисати као постојање довољно поузданих чињеница (доказа) које разумног и пажљивог човека наводи на веровање да је осумњичени извршио кривично дело, или да ће се на месту претреса пронаћи предмети, повезани са извршењем кривичног дела. То је извесност која је више од обичне сумње, а мање од доказаности која оправдава доношење осуђујуће пресуде.³⁴⁸

Према слову устава, за издавање налога за претрес неопходно је постојање вероватноће. Судска пракса је проширила примену овог степена извесности и на неке радње, које су предузете без налога. Вероватноћа да је осумњичени извршио кривично

³⁴² Више о томе: Patrick H Tott, *Reasonable Approach to Reasonable Suspicion and Informant Tips*, Creighton Law Review, vol. 24, 1990-1991, pp. 621-648.

³⁴³ Давор Крапац, *Енглески казнени поступак*, Загреб, 1995, стр. 110.

³⁴⁴ Четврти амандман на Устав САД гарантује право на сигурност личности, стана, имовине и хартија од вредности од неоснованог претреса и заплена.

³⁴⁵ *Ornelas v. United States*, 517 U.S. 690 (1996)

³⁴⁶ *Adams v. Williams*, 407 U.S. 143 (1972)

³⁴⁷ *Beck v. Ohio*, 379 U.S. 89 (1964)

³⁴⁸ James Mc Cord, Sandra Mc Cord, *Criminal Law and Procedure*, New York, 2006, стр. 317.

дело неопходан је услов за хапшење. Да ли је хапшење осумњиченог законито, зависи од тога, да ли су у моменту предузимања ове радње постојале чињенице и околности, које разумном човеку чине вероватним да је извршио кривично дело.³⁴⁹ Свако хапшење, које није засновано на вероватноћи је незаконито и, консеквентно, доводи до ослобађања осумњиченог, као и до издвајања доказа, прибављених током хапшења, с обзиром да је реч о тзв. плодовима отровне воћке.³⁵⁰ Вероватноћа је, такође, степен извесности који омогућава претрес тзв. пролазних мета без налога, као што су аутомобили, аутобуси, камиони, возови, авиони и бродови.³⁵¹ У случају *Winston v. Lee*, Врховни суд је нашао да када претрес лица обухвата високо инвазивне методе на телу, као што је вађење метка из утробе путем сонде, мора да постоји вероватноћа да ће се на тај начин прикупити докази, као и потреба за откривање доказа која превазилази слободу да се буде ослобођен од инвазивних метода, које могу угрозити живот и здравље човека.³⁵² Најзад, вероватноћа је степен сумње, неопходан да извођење окривљеног на прелиминарно рочиште, на основу оптужбе за теже кривично дело (злочин, *felony*). Ако тужилац успе да докаже постојање вероватноће да је окривљени извршио кривично дело, поступак прелази у фазу претреса на коме се окривљени изјашњава о предмету оптужбе. У супротном, долази до одбацивања оптужбе.

Ако су чињенице, који су потпора за вероватноћу нетачне, стога што су ограничења поступка до њих дошли на основу изјаве афианта,³⁵³ који је био свестан нетачности информација, или их је намерно дао, суд правног лека ће испитати веродостојност постојања тог степена сумње, искључујући нетачну чињеницу.³⁵⁴ Ако је афиант дао полицији неке погрешне информације, а чињенична подлога је заснована на истинитим кључним чињеницама, веродостојност чињеничне подлоге, која оправдава вероватноћу није нарушена.³⁵⁵ Врсте доказа, који могу бити укључени у чињеничну подлогу вероватноће, нису лимитиране. То може бити исказ сведока по чувењу, полицијски снимци, као и чињенице сазнате од информанта. Вероватноћа, као степен извесности, у начелу, мора постојати у време реализације налога за претрес. У налогу може стајати антиципација будућег постојања вероватноће, заснована на основу

³⁴⁹ *Beck v. Ohio*, 379 U.S. 89 (1964)

³⁵⁰ James Mc Cord, Sandra Mc Cord, op. cit, стр. 326.

³⁵¹ *United States v. Ross*, 456 U.S. 798 (1982)

³⁵² *Winston v. Lee*, 470 U.S. 753 (1985)

³⁵³ Нека врста заклетог сведока, који јемчи својим исказом.

³⁵⁴ *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978)

³⁵⁵ *United States v. Burston*, 159 F.3d 1328, 1335-36 (11th Cir.1998)

предвидивости извршења кривичног дела, али се она мора реално остварити, у тренутку извршења налога. С циљем уједначавања праксе судова, Врховни суд је установио стандард за оцењивање постојања основане сумње и вероватноће. Приликом оцене испуњености степена извесности, апелациони судови треба истовремено да изврше евалуацију чињеничних и правних питања (*de novo*).³⁵⁶

У адверзијалном поступку постоје термини, којима се означавају степени извесности, нижи од поменутих. Слутња (*hunch*) представља најнижи релевантан степен извесности, за поступање државних органа с циљем откривања кривичних дела. Реч је о интуицији да је у току, или се припрема противправно понашање, које није поткрепљено конкретним чињеницама. Сумња постоји ако полиција има сазнање да се на неком месту налазе докази, или да је извршено кривично дело, које се заснива на чињеницама мање важности, или на чињеницама веће важности, али из непознатог или непоузданог извора.³⁵⁷

Насупрот континентално-европском типу кривичног поступка, традиција и филозофска основа адверзијалног поступка је посве друкчија. Иако и у овом типу поступка, недвосмислено постоји јавни интерес за манифестовање *ius puniendi*, ипак је мање изражен, а методологија долажења до дефинисаних циљева вођења поступка је знатно другачија. Овај тип поступка личи на парницу, у којој је одговорност за успех у спору пребачена на странке. Заправо, кад је реч о кривичном поступку, за доказивање основаности казненог захтева одговорност у пуној мери лежи на тужиоцу. Терет доказивања оптужбе ултимативно је на страни оптужбе, без интервенисања суда у тражење истине у кривичном поступку. Са друге стране, овакво постављање стубова поступка сасвим је оправдано, с обзиром да чињенице утврђује порота, састављена од грађана, који нису правнички образовани, нити квалификовани за извођење доказа. Но, то не значи да се у адверзијалном поступку не тежи ка истини. Напротив, постоје строги критеријуми о доказном поступку, који морају бити испуњени, да би порота могла да се изјасни о кривици. Чињенице у овом типу поступка морају бити утврђене са степеном извесности „изван разумне сумње“, што простим језичким тумачењем кореспондира са извесношћу, односно истинитошћу, у континенталном типу поступка.

³⁵⁶ Поступак пред апелационим судом, у коме се о одређеном питању одлучује по први пут, где суд испитује повреде закона, назива се суђење *de novo*. Уколико нађе постојање повреде закона, апелациони суд може преиначити пресуду првостепеног суда, у том делу.

³⁵⁷ Примера ради, до полиције дође анономна кривична пријава да неко продаје наркотице.

У англо-америчком типу поступка се највиши степен извесности постојања чињеница означава као доказаност „изван сваке разумне сумње“ (*beyond reasonable doubt*). С обзиром да је терет доказивања оптужбе у рукама тужиоца, на њему је дужност да докаже кривицу оптуженог, односно да се критични догађај одиграо на начин описан у оптужници. То значи да наводи из оптужбе морају бити доказани у складу са тим стандардом, да по питању постојања чињеница не сме бити никакве сумње, тј. да код „разумног човека“³⁵⁸ не сме остати било каква дилема у њихово постојање. Уколико на страни пороте након изведених доказа остане разумна сумња у постојање кривице, донеће одлуку „није крив“. Овај степен извесности не значи апсолутно одсуство сумње, већ да не постоји „разумна“ или „разборита“ сумња. То је стандард доказивања који има довољну специфичну тежину да искључи свако друго рационално објашњење о кривици оптуженог.³⁵⁹ Степен извесности ван разумне сумње налази се насупрот презумпцији невиности окривљеног. Све док у поступку кривица не буде доказана са овим степеном извесности, на страни окривљеног важи претпоставка да није крив. Последица неуспеха тужиоца да докаже постојање кривице оптуженог са највишим степеном извесности је доношење ослобађајуће пресуде, применом принципа *in dubio pro reo*.

Тужилац мора да докаже постојање сваког елемента бића кривичног дела без сваке разумне сумње. Овај стандард се несумњиво примењује на све одлучне чињенице.³⁶⁰ Утврђивање овог стандарда неће нарушити постојање могућности сумње, или сумње која је заснована на спекулацијама. Такав закључак произлази једино ако је сумња поткрепљена разлозима и ако је заснована на здравом разуму. То може бити последица изведених доказа, недостатка доказа или природе доказа. Порота мора бити убеђена да је испуњен овај стандард до те мере да би без оклевања донела одлуку, као да је реч о најважнијој одлуци у животу самог поротника.³⁶¹

³⁵⁸ Применом стандарда „разумне особе“ евалуира се како би се понашала већина људи у заједници у конкретној ситуацији. У кривичном поступку се користи како би се упоредило понашање окривљеног са понашањем разумног човека. Порота или судија поставља себи питање, да ли би се разуман човек понашао на начин као окривљени, у конкретној ситуацији? Ако је одговор негативан, онда је на страни окривљеног постојао нехат. (Nikhil Jhunjhnuwala, *What is the Reasonable Person Standard?*, доступно на: <http://www.legalcrunch.com/car-accident/what-is-the-reasonable-person-standard/>, приступ: 17.04.2016. године.

³⁵⁹ James Mc Cord, Sandra Mc Cord, op. cit, стр. 35.

³⁶⁰ *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

³⁶¹ Kevin O' Malley, Jay E. Grenig, Hon. William C. Lee, *Federal Jury Practice and Instructions, vol. 1A*, West Group, 2002, стр. 188.

Након завршетка доказног поступка, судија даје поуке пороти, пре него што се пређе на већање и гласање. Иако је у адверзијалном систему постављена јасна граница у погледу утврђивања чињеница, ипак постоји одређени утицај судије на пороту. Осим што пороти даје правно обавезујућу поуку о правним питањима, сумира резултате доказног поступка, дајући оцену изведених доказа, судија у току доказног поступка одлучује о допуштености доказа, те на тај начин, посредно, утиче на утврђивање чињеница.³⁶² Приликом давања правних поука пороти, новија судска пракса у Енлеској се више не односи благонаклоно према усмеравању пороте да размотри да ли постоји кривица окривљеног изван сваке разумне сумње. Уместо тога, поука пороти треба да буде усмерена ка томе да пре него што одлуче између алтернатива крив/није крив, порота мора бити сигурна у постојање кривице оптуженог.³⁶³ Према томе, постоји уверење да порота зна критеријуме за испуњеност највишег степена уверења, те да би претерана интервенција судије излазила изван оквира надлежности, у погледу утврђивања чињеница. Насупрот томе, пракса недовољног упућивања пороте од стране судије о критеријумима испуњености овог стандарда доводи до нараздевања значења, од стране поротника. Студије показују да међу поротницима постоји несагласност, често и незнање шта значи бити доказан „изван разумне сумње“. Они најчешће процентуално поимају овај стандард, али се разликује став о потребном броју процента доказаности кривице. На скали, према мишљењу поротника, испуњеност доказаности се креће у распону од 50 до 100 процената.³⁶⁴ У САД судија обавезно даје пороти инструкције о примени стандарда доказаности изван разумне сумње. У теорији, међутим, постоји неслагање око питања да ли судија треба пороти да даје дефиницију овог стандарда.³⁶⁵ Инструкције које се дају пороти морају бити јасне, али није дозвољено наводити примере *exempli causa*.³⁶⁶

У адверзијалном поступку кандског типа постоје јасне смернице за пороте, које разјашњавају постојање стандарда „изван сваке разумне сумње“. Испуњеност највишег степена извесности не заснива се на симпатијама и предрасудама, већ на разлозима и здравом разуму. Овај стандард не захтева апсолутно искључивање сваке сумње, али

³⁶² Давор Крапац, *Енглески...*, op. cit, стр. 35.

³⁶³ *R v Majid* [2009] EWCA Crim 2563 (12 October 2009).

³⁶⁴ Warren Young, Neil Cameron, Yvette Tinsley, *Juries in Criminal Trials: Part Two* (PDF). Preliminary Paper 37 2, Wellington, New Zealand: Law Commission, 1999, стр. 54.

³⁶⁵ Видети: Henry Diamond, *Reasonable Doubt: To Define, or Not to Define*, Columbia Law Review, Vol. 90, No. 6/1990, стр. 1716-1736.

³⁶⁶ *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1 (1994).

она не сме бити имагинарна и мора бити озбиљна. Ако постоји само вероватноћа да је окривљени крив, мора се донети ослобађајућа одлука. Одлука о постојању кривице изван сваке разумне сумње мора бити заснована на доказу са моралном сигурношћу. Озбиљна и значајна сумња нису довољне да би постојао највиши степен извесности.³⁶⁷

Врховни суд Канаде је у пресуди *R. v. Starr* јасно истакао да је стандард кривице изван сваке разумне сумње много ближи апсолутној извесности, него доказу заснованом на претежној вероватноћи (који се користи у парници). Није довољно просто веровање да је окривљени крив, или да је највероватније крив.³⁶⁸ На основу става суда у овом случају јасно је да стандард „изван сваке разумне сумње“ није ништа друго до највиши степен „извесности“, односно „истинитости“, који фигурира у кривичном поступку континенталног типа.

8. Чињенично и правно питање

Једно од најспорнијих и најсложенијих питања у теорији кривичног поступка јесте разликовање чињеничних и правних питања. Са друге стране, њихово разграничење је од круцијалног значаја за правилно решавање кривичне ствари, као и за одлучивање по правном леку. Примера ради, с обзиром да је суд везан чињенични описом оптужбе, а не и правном квалификацијом, разграничење чињеничног од правног је неопходно да не би дошло до повреде идентитета пресуде и оптужбе. Старија процесна литература са ових простора се или није упуштала у разматрање овог важног питања, или се само означавало да постоје чињенична и правна питања, без даљег разграничења.³⁶⁹ У страниој литератури, претежно немачкој, аустријској, совјетској и италијанској, постојали су покушаји да се разграниче чињенице од права, но сваки примењени критеријум водио је казуистици, или се констатовало да је тешко разграничити их, с обзиром да се преплићу (*questiones mixtae*).³⁷⁰

Једно од схватања полази од структуре правне норме, заснива се на тврдњи да правна норма има чињенични део (чињенично стање норме), као и правни елемент (санкцију). Само оцена да ли се на утврђено чињенично стање може применити санкција, представља правно питање. Све остале, претходне делатности које обухватају

³⁶⁷ *R. v. Lifchus*, [1997 3 SCR 320] (SCC 1997).

³⁶⁸ *R. v. Layton*, [2009 2 SCR 540] (SCC 2009).

³⁶⁹ Више о томе: Горан Илић, *Границе испитивања првостепене кривичне пресуде*, Београд, 2004, стр. 92.

³⁷⁰ Видети: Младен Грубиша, 1963, *op. cit.*, стр. 185-191.

утврђивање чињеничног стања, у конкретном случају, као и примену на апстрактно чињенично стање, дефинисано у правној норми, представља чињенично питање.³⁷¹ Постоји схватање да је чињенично питање подвођење под појмове садашњости, употребом говорног језика, а правно подвођење под правну норму.³⁷² Неки аутори за критеријум разграничења чињеничног и правног питања узимају циљ предузимања делатности суда. Код чињеничног закључивања, реч је о оцени истинитости тврдње, док је код правног реч о квалификацији догађаја под правна правила разних врста. У литератури се среће и становиште, које разграничење чињеничних и правних питања решава комбинованом применом логичког метода (силогизам) са методама доказивања и тумачења права. Према овом схватању, чињенична питања су она, на која се примењују методе доказивања и начела која се примењују у поступку доказивања, а правна на која се примењују методе тумачења правне норме.³⁷³

Прављење дистинкције између чињеничног и правног је, доиста, веома тешко. Неки појмови, који означају чињенице из свакодневног говора инкорпорирани су у текст закона (сила, претња, обмана...). Са друге стране, неки правни појмови су истовремено чињенице у стварности (чињеница да неко поседује имовину, или да је неко присвојио туђу ствар). У кривичном поступку се утврђује постојање појаве из стварности, која је описана у чињеничном опису оптужног акта овлашћеног тужиоца. Према томе, хронолошки посматрано, прва делатност представља утврђивање чињеничног стања. Реч је о реконструкцији критичног догађаја, описаног у оптужном акту. Та делатност се обавља помоћу доказа, тј. путем доказивања. О постојању одлучних и других важних чињеница суд закључује на основу оцене доказа, слободним судијским уверењем. Ова делатност, несумњиво, представља решавање чињеничних питања. У случају да остане сумња у постојање неке чињенице, судија ће то решити применом правила *in dubio pro reo*. На тако утврђено чињенично стање се примењује правна норма.

Правна норма се састоји из два дела, хипотезе и санкције. У хипотези је садржана апстрактно формулисана забрањена делатност, која повлачи примену санкције, на лице које оствари ту делатност. Иако су у хипотези кривичноправне

³⁷¹ Мирослав Муха, *Чињенична утврђења и правна оцена*, Панчево 1938, стр. 16,19 и 20. Наведено према (*Ibidem.*).

³⁷² Клаус Роксин, *Straftverfahrensrecht*, Минхен, 1995, стр. 405-406, наведено према: Горан Илић, *op. cit.*, стр. 92.

³⁷³ Горан Илић, *op. cit.*, стр. 94.

норме, језички посматрано, употребљени бројни појмови, који се користе у свакодневном животу, они су постали правни инкорпорирањем у норму. Стога закључивање да ли се утврђене чињенице подударају са правним појмовима из хипотезе правне норме, представља решавање правног питања.³⁷⁴ Закључак о правним питањима, дакле о примени правне норме на утврђено чињенично стање, врши се применом теорије, правила тумачења и правне логике. Приликом супсумције чињеница под правну норму, примени правила *in dubio pro reo* не ма места. У случају постојања дилеме у погледу решавања правног питања, то се решава применом правила тумачења правне норме. Према томе, решавање чињеничних питања сеже до утврђивања одлучних и других важних чињеница, док све наредне делатности, које обухватају подвођење конкретног чињеничног стања под хипотезу правне норме и евентуално примену санкције, уколико се утврди поклапање, представљају решавање правних питања.³⁷⁵

Гледано кроз поступак чињеничног и правног формирања чињеничне основе пресуде, најпре долази до утврђивања радње окривљеног, која му се оптужбом ставља на терет. Та фаза представља утврђивање чињеница. Након тога се испитује да ли делатност окривљеног представља радњу извршења кривичног дела. Ако се дође до потврдног одговора, онда се одлучује о примени кривичне санкције према окривљеном.³⁷⁶ Обе фазе представљају решавање правних питања³⁷⁷. Другим речима, утврђивање околности из стварности представља чињенично питање, а оцена да ли та околност одговара правној норми је правно питање.³⁷⁸ На тај начин се лако долази до закључка да су сва питања, која се појављују током кривичног поступка или чињенична или правна, те да мешовита питања не постоје.³⁷⁹

³⁷⁴ Младен Грубиша, *Чињенично стање...*, *op. cit.*, стр. 199.

³⁷⁵ Супротно: Мирослав Муха, *op. cit.*, стр. 16,19 и 20.

³⁷⁶ Примера ради: Чињенично је питање да ли је окривљени критичном приликом срушио на под ствари своје супруге, а затим јој наредио да клекне и покупи ствари са пода, па док је она то чинила, задао јој више удараца у пределу грудног коша, услед чега су наступиле повреде у виду прелома три ребра, крвних подлива коже носа и десног угла усана, огуљотине коже леве подлактице и посекотина шаке десне руке. Правно је питање, да ли наведене повреде представљају „тешку телесну Значај повреду“, што доводи до квалификованог облика кривичног дела насиље у породици, из члана 194. став 3. Кривичног законика.

³⁷⁷ Младен Грубиша, *Чињенично стање...*, *op. cit.*, стр. 34.

³⁷⁸ Светлана Ђуричић, *op. cit.*, стр. 267.

³⁷⁹ Берислав Павишић и сурадници, *op. cit.*, стр. 340.

9. Законска терминологија о чињеницама

У великом броју одредаба Законика о кривичном поступку се налазе појмови, везани за чињенице. Законодавац се најчешће служио појмом „чињенице“. Овим појмом обухваћене су, најпре, правно релевантне чињенице. То је јасно видљиво из одредбе члана 83 ЗКП-а, којим је одређено да су предмет доказивања чињенице о обележјима кривичног дела, или од којих зависи примена неке одредбе Кривичног законика. Осим тога, предмет доказивања су и чињенице, од којих зависи примене неке одредбе Законика о кривичном поступку. Према томе и процесне правно релевантне чињенице се доказују. Из наведене одредбе се може извести закључак да се све одлучне чињенице доказују. Потврду да је реч о утврђивању чињеница доказивањем, даје нам, примера ради одредба из члана 113. према којој се вештачење одређује када је за *утврђивање* или оцену неке чињенице потребно стручно знање. Такође, увиђај се предузима када је за *утврђивање* или разјашњење неке чињенице потребно непосредно чулно опажање (члан 133. ЗКП). Увиђај и вештачење су радње доказивања, којима се утврђује постојање чињеница. Непристрасном оценом изведених доказа суд утврђује чињенице у кривичном поступку, што је недвосмислено одређено у ставу 2. члана 16. ЗКП. На основу резултата реконструкције се утврђују чињенице од значаја за разјашњење предмета доказивања, тј. одлучних чињеница, као и чињенице, којима се проверавају изведени докази (члан 137. став 1. ЗКП). Из ове одредбе је јасно да процесни закон предвиђа утврђивање контролних чињеница. Утврђивање чињеница, којима се разјашњавају одлучне чињенице, законом је такође предвиђено у току вршења увиђаја (члан 133. став 1. ЗКП). Чињеничним основом пресуде су обухваћене све чињенице, које се утврђују у кривичном поступку. То произлази из члана 419. ЗКП-а, према којем је суд дужан да појединачном и скупном оценом доказа изведе закључак о извесности постојања *одређене чињенице*.

У процесном закону су наведене три врсте чињеница које се не доказују (члан 83. став 3. ЗКП). Најпре је реч о чињеницама које су, по оцени суда, општепознате. Затим се не доказују чињенице које окривљени признаје, ако су претходно довољно расправљене, те није потребно даље доказивање. Најзад, не доказују се неспорне чињенице, ако сагласност странака о њима није контрадикторан са другим доказима.

У закону се, додуше, не срећу термини „правно релевантне“, нити „одлучне“ чињенице, већ на више места „важне“ чињенице. Примера ради, увиђај лица ће се

предузети ако је потребно утврдити чињенице *важне* за поступак (члан 134. став 1. ЗКП). Приликом регулисања вођења предистражног поступка, законодавац је показао одређену термилошку недоследност. Најпре је употребљен термин прикупљање „података“, у члану којим су дефинисана овлашћења јавног тужиоца, приликом поступања по поднетој кривичној пријави (члан 282. став 1. ЗКП). Затим је коришћен термин прикупљање „обавештења“, у члану, којим су дефинисана овлашћења полиције (члан 286. став 1. ЗКП). Исти термин је употребљен у регламентацији прикупљања обавештења од грађана (члан 288. ЗКП). Шта више, у члану 282. су коришћена оба термина. Активност јавног тужиоца на прикупљању индиција означена је као „прикупљање података“, а одговор државних органа на захтев јавног тужиоца за достављањем информација назива се „пружањем обавештења“. Када јавни тужилац хеуристичку делатност повери полицији, тада је такође реч о прикупљању обавештења. Најзад, државним органима је наложено обазриво поступање приликом „давања података“, као резултат испуњења захтева јавног тужиоца. Из дикције одредбе става 2. члана 286. произлази да је полицији поверено утврђивање чињеница и околности извршења кривичног дела.³⁸⁰ Будући да је реч о предузимању радњи предистражног поступка, с циљем провере навода из кривичне пријаве о постојању основа сумње да је извршено кривично дело, не може бити речи о утврђивању чињеница. Пре почетка кривичног поступка не могу се утврђивати чињенице, већ само прибављати предмети и трагови извршења кривичног дела, те друге индиције о евентуалном кривичном делу. Током предистражног поступка не постоји казнени захтев тужиоца, а не мора бити познат ни осумњичени. Стога је јасно да се не могу утврђивати чињенице, у кривичнопроцесном смислу. Термилошки је коректнија одредба из члана 332. став 1. тачка 6. ЗКП-а, у којој је прописан садржај оптужнице. У образложењу оптужнице, према слову закона, треба да стоји стање ствари, настало као резултат истраге, те навођење доказа, којима се утврђују чињенице, које су предмет доказивања. У овој норми се законодавац определио за термин „стање ствари“, али додао да је реч о прикупљеним чињеницама, након спровођења истраге. Према томе, реч је о скупу свих чињеница, до којих се дошло спровођењем истраге. Навођење доказа, којима се утврђују чињенице представља заправо предлог доказа, на којима тужилац заснива оптужну тезу. Законодавац није овластио јавног тужиоца да утврђује материјалне

³⁸⁰ Наведена одредба гласи: „...О чињеницама и околностима које су *утврђене* приликом предузимања појединих радњи,..., саставиће се записник или службена белешка.

правно релевантне чињенице,³⁸¹ већ да наведе доказе, којима ће суд утврдити њихово постојање. У одредби о припремном рочишту законодавац предвиђа утврђивање чињеничних (и правних) питања, која ће бити предмет расправљања на главном претресу (члан 345. ЗКП). Будући да је прецизирано да ће чињенице бити контрадикторно разматране на главном претресу, употребљени термин тумачимо као одређивање скупа чињеница које ће се тек утврђивати, у процесноправном смислу.

Једини процесни субјекат који утврђује чињенице у кривичном поступку је суд. У члану 16. став 2. ЗКП-а је јасно прописано да је суд дужан да утврди чињенице које терете окривљеног, као и оне, које му иду у корист. Мериторну судску одлуку суд може засновати само на чињеницама, у чију је извесност уверен (члан 16. став 3. ЗКП). У образложењу пресуде, суд ће навести чињенице које је утврдио у кривичном поступку (члан 428. став 8. ЗКП).

Чињеничним стањем у процесном законикау се сматра скуп одлучних чињеница. То се може закључити из одредбе члана 440, у којој су прописани чињенични недостаци као основ за изјављивање жалбе. Чињенично стање је погрешно утврђено кад је суд неку *одлучну* чињеницу погрешно утврдио, а непотпуно кад неку *одлучну* чињеницу није утврдио. Термин „стање ствари“ законодавац користи да означи скуп свих расположивих чињеница, у одређеној фази кривичног поступка. У члану 310. ЗКП-а, предвиђено је да јавни тужилац доноси наредбу о завршетку истраге кад је стање ствари довољно разјашњено. У образложењу оптужнице јавни тужилац такође наводи стање ствари, након спроведене истраге (члан 332. став 1. тачка 6. ЗКП). Приликом судске контроле оптужбе, ванрасправно веће може одредити допуну истраге, ако је то потребно с циљем бољег разјашњења стања ствари (члан 337. став 3. ЗКП). У закону се стање ствари помиње и у одредби, којом је одређен ток седнице већа пред другостепеним судом. Прва делатност у седници већа је реферисање судије известиоца о стању ствари у списима предмета (члан 448. став 1. ЗКП). У том случају реч је о скупу свих чињеница, на којима је заснована првостепена пресуда, као и чињеница, које су наведене у жалби и одговору на жалбу. Уколико дође до претреса пред другостепеним судом, о стању ствари излаже председник већа (члан 450. став 1. ЗКП).

³⁸¹ Такво тумачење произлази из употребљеног аперсоналног глаголског облика „се утврђују“, а не „утврђене“ или „утврдио“.

Интересантна је одредба члана 459. ЗКП-а, о усвајању жалбе и преиначењу првостепене пресуде. Наиме, у овој одредби је законодавац користио оба термина; чињенично стање и стање ствари. Првостепена пресуда ће бити преиначена ако је према утврђеном *чињеничном стању* дошло до повреде кривичног закона, или до неправилне одлуке о кривичној санкцији. Исти исход је предвиђен ако је према *стању ствари* дошло до битне повреде одредаба кривичног поступка, која се састоји у постојању неке трајне сметње за вођење поступка, у случају вођења поступка без оптужбе овлашћеног тужиоца, или одобрења за гођење, ако је оптужба прекорачена, или је повређен принцип забране преиначења на штету окривљеног. У прва два случаја, реч је о процесним сметњама за вођење поступка. Њихово постојање произлази из процесних правно релевантних чињеница. Са друге стране, прекорачење оптужбе и повреда принципа забране *reformatio in peius*, се утврђује на основу свих утврђених чињеница, према томе према стању ствари. Стога је законодавац оправдано направио дистинкцију између ова два случаја, у којима долази до преиначења пресуде.

10. Гаранције за правилно утврђивање чињеница у кривичном поступку

За формирање правилне и потпуне чињеничне и правне основице судске одлуке, потребно је обезбедити ваљане гаранције у кривичном поступку. У самој суштини спора о казненем захтеву налази се сучељавање странака пред судом. При томе је неопходно контрадикторно расправљање о кривичној ствари. Важан предуслов за пуну реализацију начела контрадикторности се налази у једнакости оружја, што је, истовремено важан елемент права на правично суђење. Логички и суштински уз контрадикторност иде и начело непосредности, у чијој је бити упознавање судећег већа са правно релевантним чињеницама на оригинеран начин, без посредника. То директно утиче на правилно доношење логичких закључака, приликом оцене доказа. Напосредно извођење доказа такође представља важан сегмент правичног поступка. Гарант законитог и правилног утврђивања чињеница представљају још и начело усмености и јавности, али у мањој мери, те се на овом месту нећемо њима бавити.

10.1. Начело контрадикторности и једнакост оружја

Оптужни (акузаторски) тип кривичног поступка изграђен је као спор странака о кривичној ствари. Овај тип поступка се заснива на принципу расправности. У инквизиционом кривичном поступку није била могућа реализација контрадикторности, услед неодељености кривичнопроцесних функција оптужбе, одбране и суђења. У оба типа савременог кривичног поступка ово начело заузима значајно место, као један од стандарда који захтева право на правично суђење, из члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.³⁸² Англо-амерички (адверзијални) кривични поступак почива на овом начелу, те се често и назива контрадикторним поступком. Континентални тип поступка такође се одликује контрадикторношћу, која је посебно заступљена на главном претресу.

Начело контрадикторности често се дефинише помоћу старе латинске изреке *audiatur et altera pars*, што означава право да се чује и друга страна. Суштински ово начело означава право странака у поступку да износе тврђења о кривичној ствари, као и да се изјасне о ставу супротне стране.³⁸³ У пракси Европског суда за људска права (у даљем тексту: Суд) се истиче да је конфронтацијско право саставни елемент правичног поступка, те да означава да свака странка у кривичном, или грађанском поступку, има прилику да буде упозната, односно могућност да се изјасни о свим доказима и поднесцима супротне стране, с циљем да утиче на одлуку суда.³⁸⁴ Суд је и у новијој јуриспруденцији јасно истицао да контрадикторност поступка и једнакост оружја између странака представљају темељни аспект права на правично суђење.³⁸⁵

Да би се у пуној мери реализовао овај принцип, неопходно је постојање извесних претпоставки. Најпре је неопходно да постоје одвојене главне кривичнопроцесне функције. С обзиром да је за реализацију контрадикторности потребно да постоји спор, страначки обликован поступак је *conditio sine qua non* за његово оживотворење. Осим тога, потребно је да постоји независан арбитар у спору. У кривичном поступку то је суд. Будући да је окривљени фактички слабија странка у кривичном поступку, у односу на јавног тужиоца, који иза себе има апарат државне власти, потребно је постићи формалну равноправност странака. То се постиже, на првом месту, путем претпоставке невиности, затим правом на стручну одбрану

³⁸² У члану 14. став 1. и 3. Мађународног пакта о грађанском и политичким правима, такође је садржано право на једнакост страна и минимална јемства у кривичном поступку.

³⁸³ Саша Кнежевић, *Кривично...*, op. cit., стр. 65.

³⁸⁴ *Pellegrini v. Italy*, Application no. 30882/96, § 44.

³⁸⁵ *Koval v. Ukraine*, Application no. 65550/01, § 113.

окривљеног, као и низом процесних института и овлашћења, који се називају преимућства одбране (*favor defensionis*).

Равноправност странака у поступку се често апострофира као важан елемент правичног поступка и означава као једнакост оружја (*equality of arms*). Једнакост оружја обухвата скуп процесних права која имају за циљ да странкама осигурају једнаку могућност представљања и заступања сопствених интереса у поступку.³⁸⁶ Циљ важења једнакости оружја је спречавање да се окривљени стави у неповољнију позицију, у односу на тужиоца, као и да се постигне одсуство разлика у третману. С обзиром да су странке у кривичном поступку најчешће фактички неједнаке, с обзиром на државни апарат, на страни јавног тужиоца, коме се супротставља (најчешће) праву невичан окривљени, једнакост оружја не подразумева потпуну симетрију у правима и обавезама, већ правичну равнотежу.³⁸⁷ Реч је о једнакости шанси да се утиче на исход поступка. Неправична равнотежа постоји ако има за резултат недопуштено ограничење права на одбрану. Једнакост оружја се остварује доступношћу информација о току поступка (право увида у списе предмета), те једнакости у погледу предлагања процесних радњи и учешћа у предузимању процесних радњи.

Најзад, реализација начела контрадикторности постиже се присуством странака извођењу процесних радњи. С тим циљем се предвиђа позивање окривљеног да присуствује испитивању сведока и вештака, те извођењу увиђаја и реконструкције. На истом курсу је и правило³⁸⁸ да се главни претрес у редовном кривичном поступку не може одржати без присуства окривљеног.

Имајући у виду да је за реализацију начела контрадикторности у пуном обиму неопходно да поступак буде страначког карактера, поставља се питање да ли то искључује утицај суда на формирање чињеничне и правне основице судске одлуке. У теорији, наиме, постоји схватање да је пуна контрадикторност обезбеђена само уколико је извођење доказа у потпуности у рукама странака, док је суд у потпуности пасиван.³⁸⁹ Другим речима, да би се остварила контрадикторност у пуном опсегу, неопходно је да

³⁸⁶ Давор Крапац, *Načelo enakosti orožij strank v kazenskem postopku (Rezultati raziskave na preiskovalnem oddelku Okrožnega sodišča v Mariboru)*, u: Uveljavljanje novih institutov kazenskega materialnega in procesnega prava, Uradni list Republike Slovenije, Institut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana, 2000., стр. 212.

³⁸⁷ Елизабета Ивичевић Карас, *Начело једнакости оружја као конститутивни елемент права на правични казни поступак из чланка 6. Еуропске конвенције за заштиту људских права и темељних слобода*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 4-5/ 2007, стр. 783.

³⁸⁸ Изузетак од овог правила представља одржавање главног претреса без присуства окривљеног у сумарном поступку, под одређеним условима (члан 507. став 2. ЗКП).

³⁸⁹ Више о томе: Саша Кнежевић, *Основна начела...*, op. cit., стр. 136.

се формирање чињеничне основе судске одлуке у потпуности препусти странкама, док суд задржава право да се стара о законитости вођења поступка. У адверзијалном кривичном поступку, који се стога често назива контрадикторни поступак, такав модел утврђивања чињеница и јесте прихваћен. Насупрот томе, у кривичном поступку континенталног типа често је улога суда, у доказном поступку, активна. С обзиром на начело истине, суд има право да интервенише приликом извођења доказа, на тај начин што ће позивати сведоке и вештаке по службеној дужности, изводити и друге доказе *ex officio*, те активно учествовати у испитивању окривљеног, сведока и вештака. Некада се, примарно, странкама оставља доказна иницијатива, док се суду додељује овлашћење допунског извођења доказа, с циљем правилног и потпуног утврђивања чињеничног стања.

10.1.1. КОНТРАДИКТОРНОСТ И ТУЖИЛАЧКА ИСТРАГА

Активна улога суда, приликом извођења доказа, од стране заговорника адверзијализације кривичног поступка се сматра неприхватљивом, стога што доводи у питање непристрасност суда.³⁹⁰ На основу овог схватања је извршена реформа кривичног поступка у Србији, којом је уведена готово потпуна контрадикторност главног претреса. Истрага је поверена јавном тужиоцу, те се не може говорити о остварењу начела расправности у тој фази, с обзиром да ова фаза поступка нема страначки карактер. Јавни тужилац је руководилац истраге, па не може истовремено бити и странка. Из тог разлога странка у овој фази поступка не може бити ни окривљени, јер недостаје непристасни арбитар у спору. Супротно томе, остваривање контрадикторности је било могуће реализовати већ у претходном поступку, у истрази којом је руководио и коју је спроводио истражни судија. Постоји, међутим, потпуно супротно схватање да су у судској истрази шансе за осваривање контрадикторног поступка знатно умањене, у односу на тужилачку (или тужилачко-полицијску) истрагу. Кључна тврдња је да се контрадикторан поступак може остварити само ако се окривљени супротставља другој странци, а не суду. Такође се наводи да истражни судија, који је снабдевен овлашћењима да прикупља инкриминишуће доказе, не може испунити критеријум непристрасности.³⁹¹ Аргумент да се контрадикторност остварује у страначки обликованом поступку у потпуности потири залагање за тужилачку

³⁹⁰ Горан Илић, Миодраг Мајић, *Nature, importance and limits of finding the truth in criminal proceedings*, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, бр. 3/2013, стр. 90.

³⁹¹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005, стр. 69.

истрагу, навођењем оваквих аргумената, стога што у тужилачкој истраги нема странака. Онда је нејасно како се окривљени може равноправно супротстављати јавном тужиоцу, који је, у том случају и арбитар спора. Суштина концепта тужилачке истраге је у томе да у тој фази поступка није нужна контрадикторност, која се касније, у потпуности, остварује на главном претресу.

Ипак, у тужилачкој истрази је неопходно успоставити основне постулате правичног поступка, нарочито једнакост оружја (*equality of arms*). Европски суд за људска права је у својој пракси јасно истакао да правична равнотежа између странака представља један од елемената правичног поступка, гледано у целини.³⁹² Једнакост оружја значи да свака странка у поступку може да представи своје аргументе и презентује доказе, на начин који је не стављају у суштински неповољнији положај, у односу на другу страну.³⁹³ То се, између осталог, материјализује кроз право одбране да испитује сведоке оптужбе, као и сведоке одбране, под истим условима (члан 6. став 3д. Европске конвенције). Суштина права окривљеног да испитује сведока оптужбе је у могућности да оспори његов исказ, односно да дискредитује тврђе сведока. Претпоставка за реализацију овог права одбране је у присуству окривљеног и браниоца испитивању сведока оптужбе. Окривљени и бранилац могу да присуствују испитивању сведока оптужбе, као и да постављају питања, у току првог испитивања, у истрази, или касније, на главном претресу. Једнакост оружја, такође подразумева да странке у поступку предлагати доказе, као и да буду упознате са свим доказима супротне стране. Од остваривања свих наведених гаранција, које омогућавају једнакост оружја и контрадикторност странака у кривичном поступку зависи делотворност права на одбрану окривљеног.³⁹⁴

У члану 300. став 1. Законика о кривичном поступку је прописано да јавни тужилац позива осумњиченог и браниоца да присуствују испитивању сведока и вештака у истрази. Осумњичени и његов бранилац, такође, могу присуствовати увиђају (члан 300. став 3. ЗКП). Ова одредба није најјасније стипулисана, јер термин „могу“ није примерен императивној правној норми. Довођењем у везу са ставом 1. члана 300. може се ипак извући закључак да је законодавац желео да обавезе јавног тужиоца да упути позив осумњиченом и браниоцу и за присуство овој доказној радљи. Стога,

³⁹² *Delcourt v. Belgium*, Application no. 2689/65, §28

³⁹³ *Kress v. France* Application no. 39594/98, §78

³⁹⁴ Елизабета Ивичевић Карас, *Доказна снага резултата истраге према приједлогу новеле Закона о казненом поступку*, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, број 2/2013, стр. 694.

одредбу из става 3. члана 300. треба тумачити као могућност извођења увиђаја у истрази, у одсуству уредно позваног осумњиченог и браниоца. Од успостављеног правила да осумњичени и бранилац присуствују извођењу доказних радњи у истрази постоје извесна одступања. Најпре, осумњичени, који се налази у притвору, може да изостане, ако се доказна радња изводи ван седишта суда. О целисходности присуства осумњиченог, у овом случају, одлучује јавни тужилац (члан 300. став 4. ЗКП). Будући да се позив упућује браниоцу, он може присуствовати увиђају.

Други изузетак од присуствовања извођењу доказних радњи у истрази покрива заправо две ситуације. Јавни тужилац може приступити испитивању сведока и вештака без присуства окривљеног и браниоца, ако нису уредно позвани?! Потребно је одобрење судије за претходни поступак. Исто овлашћење је дато јавном тужиоцу, ако се истрага води против непознатог учиниоца (члан 300. став 6. ЗКП). Имајући у виду да доказне радње из истраге³⁹⁵ могу бити коришћене као основа судске одлуке, ова одредба добија на значају. Конвалидација неуредног позива, услед кога осумњичени и бранилац не могу присуствовати извођењу доказних радњи, претходним одобрењем судије за претходни поступак не отклања непостојање једнакости оружја, у овом случају. Реч је о апсолутном ускраћивању права да окривљени испитује сведоке. Осим тога, у овом случају сведок или вештак бива испитан *in camera*, од стране јавног тужиоца, а не пред судом. Са друге стране, не разматрајући на овом месту проблематику вођења истраге против непознатог учиниоца, са аспекта поштовања права на одбрану, поставља се такође питање оправданости испитивања сведока и вештака, имајући у виду да у овој ситуацији није предвиђена обавезна одбрана окривљеног.

Трећи изузетак од присуства осумњиченог и браниоца испитивању сведока предвиђен је за посебне поступке, у којима поступа јавно тужилаштво посебне надлежности.³⁹⁶ Јавни тужилац посебне надлежности може одлучити да испита сведока без присуства осумњиченог и браниоца, ако оцени да би њихово присуство имало утицаја на исказ сведока (члан 300. став 2. ЗКП). У том случају се пресуда не може заснивати искључиво, или у претежној мери, на исказу тог сведока. Овакво решење

³⁹⁵ Према члану 287. ЗКП, доказне радње, предузете од полиције, у предистражном поступку, о којима без одлагања обавести јавног тужиоца, такође могу бити коришћене у даљем току поступка, односно на њима се може заснивати одлука суда.

³⁹⁶ Реч је о тужилаштву за ратне злочине, Тужилаштву за организовани криминал и о Посебном одељењу за борбу против високотехнолошког криминала, при Вишем јавном тужилаштву у Београду.

није у супротности са праксом Европског суда, будући да одступање од контрадикторности приликом испитивања сведока у предсудећој фази поступка не представља повреду права на правично суђење, конкретно члан 6. став 3д. Конвенције, ако пресуда није заснована у одлучујућој мери на том исказу.³⁹⁷ Према томе, у пракси Европског суда су се искристалисали стандарди допуштених ограничења права на једнакост оружја. Правило је да се сви докази изводе у присуству окривљеног, на јавној расправи, сходно начелу контрадикторности.³⁹⁸ На тај начин није искључено да се сведок испита без присуства окривљеног, у претходном поступку, ако то не нарушава право на одбрану. Окривљени мора имати овлашћење да испита сведока, у претходном поступку, или касније, у току главног претреса.³⁹⁹ Уколико окривљени није имао ту могућност, онда се пресуда не сме заснивати у одлучујућој мери, или претежно, на таквом исказу. Контрадикторност, нити једнакост оружја није успостављена ни ако је окривљени могао да испитује полицијске службенике, нити судију за претходни поступак, пред којима је сведок дао исказ.⁴⁰⁰

У случају да се испитивање сведока и вештака обавља у присуству осумњиченог и браниоца, обезбеђено је право одбране овлашћењем да преко јавног тужиоца, или непосредно, постављају питања, ради разјашњења. Осим тога, окривљени и бранилац постоји могу да предлажу прикупљање доказа (члан 300. став 8. ЗКП). Исто право осумњичени и бранилац имају у случају присуства стручног лица извођењу ових доказних радњи, које пружа помоћ јавном тужиоцу приликом разјашњења појединих техничких и других стручних питања.

У складу са основним постулатима контрадикторности, али и равноправности странака, законодавац је настојао да изједначи право одбране и јавног тужиоца да прикупљају доказе у истрази. Према одредби из члана 301. став 1. осумњичени и његов бранилац могу да прикупљају доказе у корист одбране. Реч је о прикупљању обавештења од презумптивних сведока, улазака у стан и приватне просторије, уз сагласност држаоца стана и прибављања предмета и исправа од физичких и правних лица. Прикупљени „докази и материјали“ не могу бити основа судске одлуке, као што могу бити резултати доказних радњи, предузетих од јавног тужиоца, већ могу бити коришћени за предлагање извођења доказа у истрази или касније, у току суђења.

³⁹⁷ *Kostovski v. Netherland*, Application no. 11454/85 § 44.

³⁹⁸ *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, Application no. 10590/83, § 78.

³⁹⁹ *Unterpertinger v. Austria*, Application no. 9120/80, § 31.

⁴⁰⁰ *Kostovski v. Netherland*, op. cit, § 42.

Осумњичени и бранилац могу да предложe извођење доказа јавном тужиоцу, или судији за претходни поступак, у случају неслагања јавног тужиоца са предлогом одбране (члан 302. ЗКП). На трагу једнакости оружја је правило да јавни тужилац, односно осумњичени и бранилац имају дужност да омогуће разгледање списка и предмета, који могу служили као доказ. Иако је намера законодавца била да се постигне једнакост оружја, односно равноправност у погледу прикупљања доказа у истрази, јасна је фактичка неједнакост, у корист јавног тужиоца, који иза себе има апарат државне власти. Осим тога, платежно способнији окривљени лакше могу да воде приватну истрагу, чиме се дискриминишу остали, слабије платежно способни окривљени. Ни корективни механизам предлагања извођења доказа у корист одбране, односно налог јавном тужиоцу да изведе доказ у корист одбране неће уједначити положај одбране, јер се у тужилачкој истрази афирмише терет доказивања и заступања оптужбе, па је тешко очекивати непристрасно деловање јавног тужиоца.

У самој бити начела контрадикторности је могућност окривљеног да се супротстави оптужној тези овлашћеног тужиоца. Те гаранције је потребно обезбедити већ од отварања истраге. У судској истрази је постојала могућност да осумњичени изјави жалбу на решење о спровођењу истраге.⁴⁰¹ Осим тога, постојала је обавеза да осумњичени буде саслушан пре доношења решења о спровођењу истраге.⁴⁰² Супротно томе, против наредбе о спровођењу истраге, коју доноси јавни тужилац, осумњичени и његов бранилац, као и оштећени не могу изјавити било какво правно средство, којим би покренули поступак преиспитивања основаности покретања истраге. Потпору за то налазимо у члану 277. став 2. у коме је јасно прописано да наредба постаје извршна одмах по доношењу, осим ако доносилац наредбе није другачије одредио. Осим тога, кривични поступак је покренут доношењем наредбе о спровођењу истраге члан 7. став 1. тачка 1). На тај начин, законодавац је јасно исказао вољу да против ове одлуке, којом се покреће кривични поступак, не предвиди правни лек.⁴⁰³ Ни обавеза да осумњичени буде саслушан пре покретања истраге више не постоји. Најпре, подсећамо да се истрага може водити против непознатог учиниоца. У случају да је идентификован осумњичени, ни тада не мора бити саслушан, пре доношења наредбе о спровођењу

⁴⁰¹ Члан 243. став 5. Законика о кривичном поступку из 2001. године ("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).

⁴⁰² Члан 243. став 2. Законика о кривичном поступку из 2001. године.

⁴⁰³ Исто: Станко Бејатовић, 2014, *op. cit.*, стр. 391.

истраге. Наредба о спровођењу истраге се доноси пре предузимања прве доказне радње у предистражном поступку, или непосредно након предузимања прве доказне⁴⁰⁴ радње (члан 296. став 2. ЗКП). Из тога је јасно да саслушање осумњиченог не мора обавезно претходити отварању истраге. На тај начин, законодавац је, у потпуности искључио егзитенцију начела контрадикторности, у тренутку отпочињања кривичног поступка.

У фази судске контроле оптужбе потребно је, такође, обезбедити контрадикторност странака. У важећем процесном закону, то је формално постигнуто, правом подношења одговора на оптужницу (члан 336. ЗКП). Након што јавни тужилац достави подигнуту оптужницу ванрасправном већу, председник већа ће доставити окривљеном без одлагања, а ако се налази у привору, најкасније у року од 3 дана од пријема оптужнице. Окривљени, или бранилац има право да у року од 8 дана од пријема оптужнице поднесе одговор, у писаној форми. Побијањем чињеничне и правне основе оптужнице окривљени покушава да спречи извођење на главни претрес.⁴⁰⁵ Исходовањем да нема места оптужби, те да се поступак обуставља, окривљени и бранилац остварују право на одбрану, на основу важења начела контрадикторности. Међутим, с обзиром да не постоји процесна последица ако суд не узме у обзир одговор на оптужницу, приликом доношења одлуке о оправданости и законитости оптужнице, контрадикторност је само номинално, а не и суштински успостављена.

10.1.2. РЕАЛИЗАЦИЈА КОНТРАДИКТОРНОСТИ НА ГЛАВНОМ ПРЕТРЕСУ

Главни претрес представља фазу кривичног поступка, у којој, по природи ствари, највише долази до изражаја контрадикторност. С обзиром на правило да се судска одлука може заснивати искључиво на чињеницама, утврђеним на основу изведених доказа на главном претресу, доказни поступак се одвија у присуству странака, које имају могућност да се изјашњавају о кривичној ствари и наводима супротне стране. На том трагу пуне је и правило да се окривљеном може судити искључиво у присуству, осим у законом предвиђеним случајевима (члан 13. став 1. ЗКП). Контрадикторности неспорно доприноси и право окривљеног да се у његовом присуству испитују сведоци оптужбе и одбране (члан 33. став 4. ЗКП). У кривичном

⁴⁰⁴ Из члана 300. ЗКП, може се закључити да се доказним радњама сматрају саслушање осумњиченог, испитивање сведока и вештака и увиђај.

⁴⁰⁵ Саша Кнежевић, *Основна начела...*, ор. cit, стр. 135.

поступку адверзијалног типа, потпуна реализација начела контрадикторности се постуже пасивном улогом суда у извођењу доказа. Доказе изводе странке, а суд се стара о законитом и несметаном одвијању главног претреса. Синоним за контрадикторност на главном претресу представља позната техника испитивања, која креће од основног, преко унакрсног, све до допунског испитивања сведока⁴⁰⁶. Начело контрадикторности се, у стадијуму суђења, у српском кривичном поступку, најпре материјализује кроз право окривљеног да се, након читања оптужнице, изјасни о оптужби, на припремном рочишту (члан 349. ЗКП). Након предлагања доказа на припремном рочишту странке ће се изјаснити о предлозима и наводима друге стране (члан 350. став 4), чиме се такође постиже пуна контрадикторност. Окривљени може да се изјасни о оптужби и на главном претресу, након читања оптужнице (члан 392. ЗКП). Контрадикторност, својствена адверзијалном поступку, је обезбеђена прописивањем редоследа испитивања сведока, вештака и стручног саветника. Питања најпре поставља странка, која је предложила сведока, а затим унакрсно супротна странка, па онда, уколико то жели, поново странка која га је предложила (члан 402. став 6. ЗКП). Контрадикторност је обезбеђена и у случају да је сведока или вештака предложио суд, предвиђеним редоследом испитивања. У том случају сведока или вештака испитују председник већа, па чланови већа, а након тога тужилац, те окривљени и бранилац (члан 402. став 4. ЗКП). Контрадикторност приликом предузимања вештачења је афирмисана, у већој мери, него у раније важећем процесном закону, могућношћу ангажовања стручног саветника. Реч је о процесном субјекту, који помаже окривљеном приликом одређивања вештачења. То је лице, које располаже стручним знањем из области, у којој је одређено вештачење. Стручног саветника може имати окривљени, као и оштећени као приватни и супсидијарни тужилац. Иако стручни саветник има право да присуствује вештачењу, да прегледа списе, предлаже вештаку предузимање радњи и стављања примедби, те на главном претресу право да поставља питања вештаку, на тај начин је остварена контрадикторност, али не и једнакост оружја странака, будући да стручни саветник нема овлашћење да самостално обави вештачење, под истим условима као вештак.⁴⁰⁷ Најзад, на главном претресу

⁴⁰⁶ Под сведоком се, у англосаксонском поступку, као и у пракси Европског суда за људска права, сматрају и оштећени (жртве), вештаци, као и саокривљени.

⁴⁰⁷ На важност успостављања једнакости оружја приликом извођења доказа путем налаза и мишљења вештака пажњу је скренуо и Европски суд за људска права. Немогућност суштинског оспоравања налаза и мишљења вештака, који је одлучујуће утицао на одлуку суда, представља повреда права на правично

контрадикторност је реализована прописаним редоследом завршних речи, као и правом на реплику на завршне речи странака и оштећеног (члан 412. став 1. и 2. ЗКП).

Важење начела контрадикторности није доведено у питање могућношћу да окривљени буде удаљен из суднице, за време предузимања одређене доказне радње, или до завршетка главног претреса (члан 371. ЗКП). Иако окривљени, по повратку у судницу доиста нема право да испитује сведоке, саокривљене или вештаке, већ само да буде обавештен о току доказног поступка, да прочита записнике о саслушању и да се изјасни о оптужби, право одбране да испитује сведоке оптужбе је обезбеђено постављањем браниоца по службеној дужности. Исти модалитет је обезбеђен у случају да је окривљени проузроковао сопствену неспособност за учешће на главном претресу (члан 383. став 2. ЗКП). У овом случају се, штавише, претрес не може ни окончати, без присуства окривљеног.

Контрадикторност кривичног поступка може изостати на основу изјаве воље окривљеног. У случају склапања споразума о признању кривичног дела, окривљени се одриче права на суђење, што практично значи свих благодети из начела расправности, које му припадају. У том случају одступање од контрадикторности је допуштено, с обзиром на став окривљеног према свом делу и одговорности. Нема говора о повреди правичности поступка, јер се окривљени својевољно одрекао права на суђење, а свест о последицама закључења споразума утврђује суд, пре доношења одлуке о (не)прихватању споразума (члан 317. став 1. тачка 3. ЗКП).

Начело контрадикторности своју примену налази и у поступку по правним лековима. Изјављена жалба доставља се супротној страни, којој је остављен рок од 8 дана за подношење одговора. Затим се жалба и одговор на жалбу достављају другостепеном суду (члан 444. ЗКП). Могућност странака да присуствују седници већа, на којој се одлучује о жалби, као и да предлажу читање списа и да дају објашњења за наводе у жалби и одговору, свакако кореспондирају са основним постулатима контрадикторности. Најзад, на главном претресу пред другостепеним судом жалилац излаже жалбу, а противна странка му одговара. Странке, такође, износе чињенице и предлажу доказе, а сведок или вештак се могу контрадикторно испитивати, сходно правилима о току главног претреса пред првостепеним судом. На тај начин је обезбеђена контрадикторност у другостепеном поступку, пред судом правног лека.

суђење из члана 6. Конвенције, у смислу једнакости оружја (*Korošec v. Slovenia*, Application no. 77212/12, § 57-58).

Из самог концепта Законика о кривичном поступку из 2011. године јасно је уочљива замисао законодавца да изгради кривични поступак адверзијалног типа. Стога не чуди опредељење да се на главном претресу у потпуности афирмише контрадикторност. Доказна иницијатива је готово у потпуности препуштена странкама, са изузетном могућношћу да суд интервенише у поступку извођења доказа (члан 15. став 4. ЗКП). Према томе, странке, у највећој мери сnose одговорност за потпуност утврђеног чињеничног стања, док можемо прихватити да за правилност утврђеног чињеничног стања и даље одговара суд. У том случају је нелогично допустити странкама право на жалбу услед непотпуно утврђеног чињеничног стања, ако је иницијатива за извођење доказа у њиховим рукама. Осим тога, у правом адверзијалном поступку чињенице утврђује права порота, састављена од лаика, док је на суду да се стара о законитости одвијања претреса. Супротно томе, у српском кривичном поступку чињенице утврђује суд, а не порота, што значи да суд одговара за правилност и законитост одлуке. Питање је да ли у таквом моделу поступка може егзистирати пуна контрадикторност, са потпуно пасивном улогом суда, у доказном поступку.

10.1.3. СУЂЕЊЕ У ОДСУСТВУ ОКРИВЉЕНОГ

Значајно одступање од начела контрадикторности представља могућност суђења у одсуству окривљеног. Присуство странака на главном претресу је предуслов за остваривање правичног суђења, а на страни окривљеног за реализацију права на одбрану. У случају одсуства окривљеног, функција одбране се реализује преко браниоца, али суд остаје ускраћен за виђење критичног догађаја окривљеног, а такође је онемогућена криминолошка експертиза личности окривљеног, значајна код одмеравања врсте и мере кривичне санкције.⁴⁰⁸ Одбијање окривљеног да присуствује главном претресу доводи до примене мера за обезбеђење присуства, ако је реч о недошавшем окривљеном. У случају када окривљени није доступан органима вођења поступка (одбегли окривљени), постоји потреба да се кривични поступак одвија у његовом одсуству, услед опасности од наступања застарелости, као и у случају тешких кривичних дела, попут ратних злочина или организованог криминалитета.

⁴⁰⁸ Миодраг Симовић, *Кривично процесно право – увод и општи део*, Бихаћ, 2013, стр. 271.

У кривичном поступку адверзијалног типа могућност суђења у одсуству окривљеног готово и да не постоји.⁴⁰⁹ Из јуриспруденције Европског суда за људска права произлази да је суђење у одсуству окривљеног могуће у случају јасног и недвосмисленог одрицања од права да присуствује суђењу. У том случају је потребно обезбедити минимум заштитних механизма за реализацију права на одбрану. То подразумева присуство браниоца на главном претресу, преко кога се штите интереси окривљеног. Право на правично суђење биће обезбеђено ако су органи вођења поступка учинили све што је могуће да окривљени буде обавештен о вођењу поступка против њега.⁴¹⁰ Такође је неопходно предвидети основ за понављање поступка, у случају доступности окривљеног, након доношења одлуке.⁴¹¹

Процесни закон Србије допушта могућност суђења у одсуству окривљеног. Према члану 381. ЗКП, суђење у одсуству окривљеног је могуће ако постоје нарочито оправдани разлози, под условом да се налази у бекству, или да је недоступан органима вођења поступка. Предлог за суђење даје тужилац, а одлуку доноси судеће веће. У случају суђења у одсуству, окривљени мора имати браниоца. Суђење у одсуству је могуће како у редовном, тако и у скраћеном кривичном поступку. При томе је потребно правити разлику између суђења недошавшем окривљеном, од суђења одбеглом окривљеном. Законом је предвиђено да се главни претрес може одржати, у случају изостанка уредно позваног окривљеног (члан 507. став 2. ЗКП). Потребно је да се суди за кривично дело, за које је предвиђена као главна казна новчана казна, или казна затвора до 3 године, затим да је окривљени уредно позван, а да присуство окривљеног није нужно и да је претходно саслушан. Са друге стране, за суђење у одсуству окривљеног примењује се одредба из члана 381. ЗКП, с обзиром да је у члану 495. предвиђена примена одредаба Законика о кривичном поступку, ако у делу, који се односи на сумарни поступак није нешто друго прописано. Према томе, реч је о две различите ситуације, које су изазивале дилеме у судској пракси, али које су отклоњене одлуком највише судске инстанце.⁴¹² Окривљеном се може судити у одсуству и у скраћеном поступку, ако постоје важни разлози за то, при чему претња наступања застарелости свакако представља оправдан разлог. Насупрот томе, у поступку према

⁴⁰⁹ Више о упоредноправној регулативи видети: Саша Кнежевић, *Суђење у одсуству окривљеног*, Зборник Правног факултета у Нишу, бр. 66, стр. 89-104.

⁴¹⁰ *Colozza v. Italy*, 9024/80, § 28.

⁴¹¹ *Krombach v. France*, 29731/96, §85.

⁴¹² Пресуда Врховног касационог суда К33 12/10, од 14.04.2010. године.

малолетницима није могуће суђење у одсуству (члан 48. став 1. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица⁴¹³). На тај начин је, у овој форми поступка, потпуније афирмисано начело непосредности, у погледу присуства странака суђењу.

10.2. Начело непосредности

Осим начела контрадикторности, начело непосредности такође служи као гаранција исправности утврђивања чињеница, односно у сврху друштвене контроле правосуђа. Према овом начелу суд све доказе сазнаје на директан начин, непосредним чулним опажањем из извора чињеница. Ово начело се управо односи на начин извођења доказа, а значајно утиче на оцену доказа. Основно правило, које произлази из овог начела је да се судска одлука заснива на чињеницама, утврђеним на основу доказа изведених на главном претресу, од стране расправног суда. Другим речима, између расправног суда и извора сазнања не сме бити посредника.⁴¹⁴ Из претходног деривира и правило да се докази изводе пред оним саставом већа, које доноси одлуку у кривичном поступку. С тим циљем се предвиђа одређивање допунских судија, који прате ток главног претреса и заузимају место члана већа, у случају потребе. Суд сазнаје чињенице, по правилу, из оригинерних доказа. То, у начелу, значи да је недопуштено да расправни суд сазнаје чињенице из записника о радњама изведеним од стране неког другог субјекта поступка (руководиоца истраге). У том случају реч је о формалној непосредности. Изворни докази се, по правилу не могу заменити деривативним доказима. Примера ради, није могуће да суд саслуша друго лице о чињеницама које је опазио очевидац (тзв. забрана *hearsay*-а, која постоји у англосаксонском праву). Овде је реч о материјалној непосредности. Непосредно сазнавање чињеница има неупоредиве бенефите по формирање правилне чињеничне основице судске одлуке. Када су у питању лични извори сазнања, суд током давања исказа окривљеног, сведока или вештака може пратити психичка збивања ових процесних субјеката, што има значајан утицај не само на логичку, већ и психолошку оцену доказа. Суд, такође, из исправа које се читају непосредно сазнаје садржину и

⁴¹³ "Сл. гласник РС", бр. 85/2005.

⁴¹⁴ Станко Бејатовић, 2014, *op. cit.*, стр. 104.

чињенице, важне за доношење одлуке о кривичној ствари. За реализацију начела непосредности, као и за контрадикторност, неопходно је присуство странака, али и других учесника (сведока, вештака) на главном претресу. Присуство странака је неопходно, како би активно учествовале у току доказног поступка пред судом, што нарочито долази до изражаја током основног, унакрсног и допунског испитивања сведока и вештака. Осим тога је неопходно да суд непосредно сазнаје чињеница из исказа окривљеног, осим ако се брани ћутањем. Осим тога, потребно је да се главни претрес, од почетка до окончања, одвија пред истим персоналним саставом судећег већа. Континуитет главног претреса и концентрација процесних радњи, такође су од битног значаја за реализацију овог начела.⁴¹⁵

Начело непосредности је најпре постојало у оптужном типу кривичног поступка, а поново се афирмисало са изградњом савременог кривичног поступка, као реакција на инквизициони поступак, где није постојало. Адверзијални кривични поступак се, такође, одликује овим начелом. Иако није *explicite* прокламовано у члану 6. Европске конвенције, Европски суд за људска права у својој јудикатури истиче важност начела непосредности за правичност поступка.⁴¹⁶

Законски израз начела непосредности налази се у члану 419. став 1. ЗКП. Суд пресуду може заснивати само на доказима, који су изведени на главном претресу. Из ове законске одредбе произлази да ће сведоци или вештаци, који су саслушани у претходним фазама поступка, поново давати исказ на главном претресу. С обзиром да главни претрес може трајати извесно дуже време, председник већа може упутити захтев председнику суда да одреди једног или двојицу судија или поротника, који ће пратити ток суђења и заузети место члана већа, у случају потребе (члан 359. ЗКП).

Супротно начелу непосредности је сазнавање чињеница посредним путем. Од важења начела непосредности законом су допуштени изузеци. Најпре је предвиђено да се на главном претресу врши увид у записник о увиђају, који је обављен ван главног претреса, као и о претресању стана и других просторија и лица (члан 405. став 1. ЗКП). У том случају се, према томе, судеће веће са чињеницама, садржаним у записницима упознаје посредним путем. У потврду о привремено одузетим предметима, као и у исправе, које служе као доказ, такође се врши увид, али је најчешће реч о оригиналима, па је реч о непосредном сазнавању чињеница. У наредном, члану 406. ЗКП су

⁴¹⁵ Саша Кнежевић, *Основна начела...*, op. cit, стр. 185.

⁴¹⁶ Примера ради: *Mellich and Beck v. Czech Republic*, 35450/04, *Ensslin, Baader and Raspe v. Germany*, 7572/76, *Graviano v. Italy*, 10075/02.

предвиђена бројна одступања од начела непосредности, када је реч о извођењу доказа из личних извора доказа. Законом су предвиђене могућности читања записника о исказу сведока, саоптужених и осуђених саучесника и записника о налазу и мишљењу вештака. До тога може доћи ако су испитана лица умрла, душевно оболела, или се не могу пронаћи, или ако је њихов долазак на главни претрес знатно отежан због болести, старости или из других разлога. Одступање од непосредности из ових разлога сматра се оправданим у пракси Европског суда за људска права.⁴¹⁷ Друга могућност упознавања са садржином исказа сведока или са налазом и мишљењем вештака постоји ако се странке сагласе, без обзира да ли је сведок или вештак био позван. Записник о исказу сведока се може читати и ако је услед немогућности доласка био испитан ван главног претреса, или ако је испитан пред истим председником већа. Ако сведок или вештак, који су уредно позвани и приступили главном претресу не желе да дају исказ, иако за ускраћивање исказа не постоји законски основ, записници о њиховим исказима се такође могу прочитати. Најзад, одступање од непосредности је могуће у случају исказа саоптуженог, према коме је поступак раздвојен, или је окончан правноснажном осуђујућом пресудом. С обзиром да је истрага поверена јавном тужиоцу, превелика одступања од непосредности у кривичном поступку, које су постојале и раније, када је истрагом руководио истражни судија, умногоме одступају од саме концепције Законика о кривичном поступку. У адверзијалном моделу поступка, одступања од непосредности су ретки изузетак од правила да се сви докази изводе на главном претресу, непосредним путем.⁴¹⁸ Утицај наведених изузетака од непосредног сазнавања чињеница добија на значају ако се узме у обзир могућност поверавања извођења доказних радњи у истрази, па чак и пре отпочињања истраге, полицији. Узевши у обзир наведена одступања од начела контрадикторности у истрази (члан 300. ЗКП), оправдано се јавља дилема,⁴¹⁹ да ли је предвиђањем значајних изузетака од непосредности доведено у питање право окривљеног да захтева да се под истим условима испитају сведоци одбране, као и да ли се може говорити о једнакости оружја.

10.2.1. РЕАЛИЗАЦИЈА НАЧЕЛА НЕПОСРЕДНОСТИ

⁴¹⁷ Елизабета Ивичевић Карас, *Доказна снага...*, оп. cit, стр. 696.

⁴¹⁸ Више о томе: Милан Шкулић, *Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка*, Crimen, број 2/2013, стр. 186.

⁴¹⁹ Југослав Тинтор, *Нови ЗКП – основни проблеми одбране*, стр. 13, текст доступан на: <https://blog.aks.org.rs/wp-content/uploads/2015/11/osnovni-problemi-odbrane.pdf>, приступ: 28.06.2016. године.

За реализацију начела непосредности, али и за правилно утврђивање чињеница у кривичном поступку, од великог је значаја обезбедити континуитет у извођењу процесних радњи. Дисконтинуитет настаје услед краткотрајних застоја у току главног претреса моји може бити последица прекида или одлагања. Прекид главног претреса је краткотрајни застој у извођењу процесних радњи, до кога долази услед истека радног времена, или потребе да се обезбеди присуство учесника у поступку, у кратком року прибаве докази итд.⁴²⁰ Одлагање главног претреса је дужи застој у извођењу процесних радњи узрокован потребом прибављања нових доказа, недоласка позваних субјеката на главни претрес, немогућношћу ангажовања браниоца у случају обавезне одбране, као и неурачунљивошћу окривљеног након извршења кривичног дела. Уколико дисконтинуитет у току главног претреса траје дужи временски период, потребно је предвидети његово поновно отпочињања, како би се обезбедило да утисак и закључци о кривичном догађају, који се формирају у свести чланова судећег већа буду свежи, у тренутку доношења одлуке. Исто тако, потребно је прописати да главни претрес почне изнова, ако је дошло до промене члана већа, осим у случају да је реч о допунском судији, који је пратио ток главног претреса.

Према слову важећег процесног закона, прекид главног претреса може трајати најдуже до 15 дана. Прекинути главни претрес се наставља, осим ако је дошло до измене члана судећег већа, или ако је прекид трајао дуже од 15 дана (члан 386. став 6. ЗКП). У том случају се поступа по правилима за одложени главни претрес. Законодавац уводи правило да главни претрес мора почети изнова, у случају измене персоналног састава већа. Од тог правила, међутим, допушта изузетак, у случају да се након изјашњења странка и одлуке већа може приступити читању записника раније датом исказу сведока и вештака. Странке, дакле, не могу спречити доношење одлуке, којом се одступа од непосредности. Законодавац, затим, уводи правило да главни претрес мора почети изнова, ако је дошло до промене председника већа, те да се сви докази имају поново извести (члан 388. став 3. ЗКП). Већ у следећем ставу је предвиђено одступање и од овог правила, такође након изјашњења странака, веће може донети одлуку да се сведоци и вештаци не испитују поново. Овај пут законодавац наводи разлоге, који би могли утицати на такву одлуку. Од непосредности се може одступити због заштите сведока, протеча времена (!) или других важних разлога.

⁴²⁰ Саша Кнежевић, *Основна начела...*, *op. cit.*, стр. 196.

Поступањем по законског овлашћењу, с циљем обезбеђивања процесне економије, долази се у ситуацију да се о одлучним чињеницама за доношење одлуке о казненом захтеву тужиоца, председник већа упознаје на основу списка, што може одлучујуће утицати на евентуалну погрешну оцену доказа. Заштита сведока не може бити оправдање за одступање од непосредности, имајући у виду за је процесним законом предвиђен адекватан механизам процесне заштите. Још је мање јасно допуштено одступање услед протеча времена. Да ли је законодавац имао у виду да ће исказ након протеча времена бити квалитативно слабији? Онда би то био *ratio* да се докази испитивањем сведока уопште и не изводе на главном претресу, већ да се за доношење одлуке узму као релевантни искази из истрагњ, или предистражног поступка. Протек времена би требао управо бити кључни разлог да се испитивање сведока и вештака понови пред измењеним судећим већем, како би се са чињеницама упознали на непосредан начин.

10.3. Начело усмености

Начело усмености најчешће се сврстава у начела која одређују начин предузимања радњи⁴²¹ у кривичном поступку,⁴²² односно у начела која се односе на форму поступка.⁴²³ Многи аутори усменост сматрају једним од основних начела кривичног процесног права.⁴²⁴ Често се апострофира повезаност са начелима непосредности, јавности и контрадикторности, при чему се заједнички означавају начелима која служе друштвеној контроли рада правосуђа.⁴²⁵ Не спорећи наведене класификације, сматрамо да је реч о начелу, које осигурава правилно утврђивање чињеница у кривичном поступку.

Суд чињенице, које представљају основицу одлуке у кривичном поступку, сазнаје путем речи или покрета. Основ пресуде могу бити само докази, засновани на чињеницама, које је суд сазнао усмено, на главном претресу. Након доношења решења о одржавању главног претреса, наредна делатност, читање оптужнице, се предузима усмено, читањем, или по одобрењу председника већа усменим изношењем оптужнице

⁴²¹ У кривичном поступку неке се радње могу предузети искључиво усмено, неке искључиво писменим путем, а неке пак усмено или писменим путем. Примера ради оптужба, предлог, саопштење или правни лек се могу поднети писмено или усмено, на записник (члан 229. став 1. ЗКП).

⁴²² Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 201, Саша Кнежевић, *Кривично...*, *op. cit.*, стр.65.

⁴²³ Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2014, стр. 74.

⁴²⁴ Станко Бејатовић, 2014, *op. cit.*, стр. 89.

⁴²⁵ Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, *op. cit.*, стр. 83-84.

(члан 391. став 1. ЗКП). Саслушање окривљеног, испитивање сведока, као и све друге радње на главном претресу, све до завршних речи, се такође предузимају усмено. Вештак излаже свој налаз и мишљење усмено, или по одобрењу већа може да га прочита (402. став 1. ЗКП). Чак и када је дозвољено одступање од начела непосредности, читањем записника о предузетим радњама пре главног претреса, овим се не одступа од усмености. Управо усмено читање записника о предузетим радњама служи да се суд и други учесници у живој речи упознају са њиховом садржином. Саслушање окривљеног, те испитивање сведока на главном претресу посредством тумача, такође не представља одступање од начела усмености, јер тумач усменим путем саопштава наводе ових субјеката суду (члан 87. став 1. и члан 98. став 6. ЗКП). Суд се са садржином исправа упознаје читањем, дакле усменим путем. Већање и гласање, у нејавној седници, као и објављивање пресуде се такође одлукују усменошћу.

Начело усмености служи афирмацији контрадикторности, остваривању начела јавности и непосредности, те доприноси утврђивању истине у кривичном поступку.⁴²⁶ Усменост је тековина савременог кривичног поступка, док је у инквизиционом поступку важило супротно, начело писмености, које се изражавало латинском сентенцом *quod non est in actis non est in mundo*. Насупрот томе, у савременом кривичном поступку, само су поједине фазе задржале одлику писмености. У фази оптужења, након подизања оптужнице, евентуално достављања одговора на оптужницу, долази до судске контроле оптужбе, у седници ванрасправног већа. Такође, у поступку по жалби је заступљено начело писмености, ако се одлучује у седници већа. Истрага се одликује усменошћу, стога што се саслушање окривљеног, те испитивање сведока и вештака, у овој фази поступка, одвија усмено.

С обзиром да се у самој бити усмености налази међусобна употреба живе речи, предуслов за успешну реализацију овог начела је могућност споразумевања. Стога је Уставом Србије, Законом о службеној употреби језика и писма,⁴²⁷ Закоником о кривичном поступку и статутима јединица локалних самоуправа прописана употреба језика и писма у кривичном поступку. Уставом Србије је прописано да је у службеној употреби у кривичном поступку српски језик и ћирилично писмо, а да се употреба других језика и писама регулише законом. Преама члану 11. став 1. Закона о службеној употреби језика и писма, у јединицама локалне самоуправе, у којима традиционално

⁴²⁶ Станко Бејатовић, 2014, *op. cit.*, стр. 106.

⁴²⁷ Сл. гласник РС", бр. 45/91, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 - др. закон и 30/2010, у даљем тексту: ЗСУЈП.

живе припадници националних мањина, поступак се може водити и на тим језицима, и уз употребу тих писама. Првостепени кривични поступак се води на језику или писму, које је у службеној употреби у суду (члан 11. став 2. ЗКП). Другостепени поступак се води искључиво на српском језику (члан 15 став 1. ЗСУЈП). Учесници у поступку имају право да у току кривичног поступка употребљавају свој језик и писмо, а споразумевање са органама вођења поступка ће се обавити путем преводиоца, који се обезбеђује на терет буџетских средстава (члан 11. став 3. ЗКП). Најзад, међусобна комуникација судова и других државних органа се обавља на језику, који је у службеној употреби.

Начело усмености је, у пуном волумену, заступљено на главном претресу. Ипак, може се поставити питање оправданости једног од законом предвиђеног изузетка од усмености, који се односи на упознавање са садржином налаза и мишљења вештака. У члану 403. став 1. прописано је да се може одступити од испитивања вештака, ако се због природе вештачења не могу очекивати или нису потребна потпунија обавештења. У том случају врши се увид у садржину налаза и мишљења вештака, односно веће може одлучити да председник већа укратко саопшти садржину налаза и мишљења вештака, или да га прочита. Усменост подразумева да се са чињеницама и доказима у живој речи упознаје суд, али и други учесници у поступку. Изостанком испитивања вештака о садржини налаза и мишљења најпре се грубо крше права одбране, с обзиром да не постоји могућност да се томе успротиве, нити да утичу на одлуку суда да се не позива вештак. Тај недостатак не може отклонити ни неделотворни корективни механизам, предвиђен у ставу 2. члана 403. Предвиђено је да веће *може* одлучити да дође до непосредног испитивања вештака, након извођења других доказа и примедби странака. Уколико дакле дође до противљења странака, веће има дискреционо право да одлучи о усменом испитивању вештака, али тек након извођења других доказа, чиме се ремети концентracија доказа, али и спречава одбрана да у датом тренутку оспори веродостојност вештачења. Од начела усмености законодавац је предвидео крупна одступања и на тај начин што је прописао да се у записнике о увиђају ван главног претреса, о претресању стана или других просторија, о испитивању сведока, саопштених и осуђених саучесника и о налазу и мишљењу вештака, те у потврду о привремено одузетим предметима и у исправе врши увид, а ако председник већа оцени да је то неопходно, укратко ће упознати учеснике са садржином, или ће их прочитати (члан 405. став 1. и 406. став 1. ЗКП). Утисак је да је, на рачун процесне економије,

законодавац прешироко креирао одступања од усмености. Једино је начело усмености у потпуности афирмисано одредбом, којом је предвиђена обавеза да се тонски или оптички снимак, као и електронски запис репродукују на главном претресу (члан 405. став 2. ЗКП). Главни претрес у поступку, који инклинира ка адверзијалном, мора да се у потпуности заснива на начелу усмености. Стога, превелико одступање од овог начела може нарушити право на одбрану, а такође изостаје могућност да се судеће веће, између осталог, упознаје са психичким збивањима испитиваних субјеката. Иначе би повреда начела усмености у већем броју случајева била битна повреда одредаба кривичног поступка, валоризована кроз повреду начела контрадикторности или права на одбрану окривљеног на главном претресу.⁴²⁸

10.4. Начело јавности

Принцип јавности у кривичном поступку подразумева право појединаца да присуствују извођењу радњи у кривичном поступку (непосредна јавност) и могућност да се о току кривичног поступка јавност обавештава путем средстава јавног информисања (посредна јавност).⁴²⁹ Непосредна јавност може бити општа, што подразумева право грађана да присуствују главном претресу, затим ограничена, што подразумева ужи круг лица, која осим процесних субјеката, могу присуствовати главном претресу, и страначка. Страначка јавност подразумева присуство странака извођењу процесних радњи, до које се најчешће долази искључењем јавности. У овом случају постоји јавност поступка, у најужем опсегу, за разлику од извођења доказа у јавнотужилачкој истрази без присуства странака, где је реч о нејавном поступку.

Начело јавности је тековина акузаторског и савременог кривичног поступка, док се инквизициони поступак одликовао тајношћу, готово у читавом току. Са продором идеје о заштити људских права у кривичном поступку, јавност суђења постаје једно од основних права човека. Као део корпуса права, који сачињавају право на правично суђење, начело јавности је инкорпорисано у најзначајнија документа о људским правима. Право на правично и јавно суђење пред независним и непристрасним судом је прописано у члану 10. Универзалне декларације о правима човека, затим у члану 14, став 1. Међународног пакта о грађанским и политичким правима, и у члану 6. став 1.

⁴²⁸ Милан Шкулић, 2014, *op. cit.*, стр. 76-77.

⁴²⁹ Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 202.

Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода. Право на јавну расправу пред судом има и ранг уставног права, предвиђено у члану 42. став 3. Устава Србије. Ипак, ни ово начело није апсолутно, већ су од њега предвиђена одступања. Европска конвенција допушта могућност искључења јавности са суђења због заштите интереса морала, јавног реда, националне безбедности, услед заштите интереса малолетника или заштите приватног живота странака, или у посебним околностима, када би јавност могла да нашкоди интересима правде (члан 6. став 2. ЕК). Уставом Србије такође је предвиђена могућност искључења јавности у читавом поступку или у делу поступка, ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, као и ради заштите интереса малолетника или приватности учесника у поступку (члан 32. став 3. УС).

Присуство јавности току кривичног поступка доприноси доношењу квалитетнијих судских одлука, савеснијем и пажљивијем раду правосудних органа. Јавност поступка јача веру грађана у рад правосуђа, спречава могућност злоупотреба, те доприноси владавини права. Начело јавности може имати и генерално превентивно дејство, које инхибиторно утиче на потенцијално извршење кривичних дела. Присуство јавности на главном претресу може користити и одбрани окривљеног, у тежњи да придобије јавно мњење с циљем доношења ослобађајуће пресуде. Најзад, интерес јавности за праћење кривичних поступака је израженији, у односу на друге типове поступка, имајући у виду да се извршењем кривичних дела вређа и јавни интерес. Са друге стране, неограничено присуство јавности може штетити интересима приватности учесника у поступку, нарочито малолетног окривљеног, оштећеног, или сведока. Присуство јавности некада може доћи у колизију са јавним интересом, очувања безбедности, јавног морала, или потребе за чувањем тајне. Стога се предвиђа могућност извођења појединих процесних радњи без присуства јавности, те на тај начин прави баланс између супротстављених интереса.

Зависно од фазе у кривичном поступку, разликује се круг лица, која могу присуствовати извођењу процесних радњи. У истрази не постоји јавност приликом извођења процесних радњи. Предвиђено је присуство ужег круга процесних субјеката, од кога такође може доћи до одступања, у неким случајевима. У истрази, којом руководи јавни тужилац, не може бити речи ни о страначкој јавности, с обзиром да у тој фази поступка још увек нема странака. Тако саслушању осумњиченог присуствује бранилац, а саслушању сведока или вештака, осумњичени и бранилац. Саслушање

сведока се може обавити и без присуства осумњиченог и браниоцима, под условима предвиђеним у члану 300. став 2. ЗКП. Увиђају могу присуствовати осумњичени, бранилац и оштећени, а вештачењу стручни саветник. Ако се истрага води против непознатог учиниоца, испитивање сведока и вештака се обавља без присуства било ког процесног субјекта, по одобрењу судије за претходни поступак (члан 300. став. став 6. ЗКП). Најзад, обавеза присуства било ког процесног субјекта је дерогирана овлашћењем јавном тужиоцу да се процсна радња у истрази може предузети и без присуства позваних или обавештених лица, ако та лица нису присутна (члан 300. став 7. ЗКП). Притом се из дикције правне норма ни не наслућује услов да су та лица уредно позвана! О афирмацији начела јавности можемо говорити само у случају предузимања радње претресања стана и лица, уколико је реч о претресању са наредбом суда (члан 156. ЗКП). Претресању присуствује држалац стана, или неко од чланова његовог домаћинства, или друго лице, као и адвокат, уколико држалац стана захтева. Осим тога, претресању присуствују два пунолетна грађанина, у својству тзв. судских сведока, који гарантују законитост претресања, што није ништа друго, него контрола јавности над предузимањем процесне радње.

С обзиром да је у фази истраге потребно обезбедити контролисан проток информација о току поступка, законодавац је предвидео обавезу чувања тајне за лица која се саслушавају,⁴³⁰ или испитују, за лица која присуствују извођењу процесних радњи, као и за лица која разгледају списе (члан 304. став 1. ЗКП). Ова обавеза постоји ако је то потребно ради заштите националне безбедности, јавног реда и морала, интереса малолетника, приватности учесника поступка, као и ради заштите других оправданих интереса у демократском друштву. На основу наведених законских одредби јасно се може закључити да афирмација начела јавности, у фази истраге, готово у потпуности изостаје, као и у фази судске контроле оптужбе. Рочиште на коме суд одлучује о прихватању споразума о признању кривичног дела такође се држи без присуства јавности (члан 315. став 3. ЗКП).

Начело јавности афирмисано је у пуном волумену на главном претресу. Главни претрес је, по правилу јаван (члан 362. став 1. ЗКП). То значи да главном претресу могу присуствовати лица старија од 16 година, под условом да са собом немају оружје или опасно оруђе. Главни претрес пред другостепеним судом је, такође, јаван (члан 450. став 6. ЗКП). Присутна јавност на главном претресу је дужна да не омета ток

⁴³⁰ С обзиром да се саслушавају само осумњичени, обавезом чувања тајне су и они обухваћени.

главног претреса. Број присутних лица лимитиран је капацитетом места у судници. Уколико је интересовање веће од расположивих капацитета у судници, приоритет имају лица, која од председника већа добију улазницу.

До искључења јавности на главном претресу може доћи у законом предвиђеним случајевима. Веће може искључити јавност са дела претреса или са целог претреса по службенох дужности, или на предлог странака или браниоца, ради заштите националне безбедности, јавног реда и морала, интереса малолетника, приватности учесника у поступку, или зарад других оправданих интереса у демократском друштву (члан 363. ЗКП). У поређењу са ставом 2. члана 6. Европске конвенције, где су за искључење јавности у поступку предвиђени разлози заштите јавног реда и морала, националне безбедности, интереса малолетника и приватности учесника у поступку, те у посебним околностима када би јавност могла да штети интересима правде, може се рећи да је предметна одредба нашег процесног закона није потпуно у складу са референтном одредбом из Конвенције. Уставом Србије такође су предвиђени разлози за искључење јавности са суђења, у члану 32. став 3. Предвиђено је да јавност може бити искључена с циљем заштите националне безбедности, јавног реда и морала, интереса малолетника и приватности учесника у поступку. Разлози су, према томе, прописани *numerus clausus*, па се може поставити питање уставности члана 363. ЗКП-а, у делу у коме процесни закон још наводи и друге оправдане интересе у демократском друштву.⁴³¹ Може се поставити питање, да ли је овај непрецизно одређен основ за искључење јавности у складу са Конвенцијом, јер „посебне околности које штете интересима правде“ не морају бити идентичне са „другим интересима у демократском друштву“. Уколико је јавност била искључена, објављивање диспозитива пресуде увек је јавно, а јавност се може искључити док се чита образложење пресуде. Процесним законом је предвиђен посебан случај искључења јавности на главном претресу (члан 366. ЗКП). Јавни тужилац може предложити да се јавност искључи током испитивања окривљеног или осуђеног сарадника. Пре него што веће одлучи о предлогу јавног тужиоца, потребно је да се окривљени и бранилац изјасне о овом предлогу.

У поступку према малолетницима јавност главног претреса је увек искључена (члан 75. став 1. ЗМ), те могу присуствовати само одређена лица, осим странака и браниоца. То су лица која се баве заштитом и васпитавањем малолетника и сузбијањем

⁴³¹ Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 206.

преступништва младих, као и представник органа старатељства, и родитељи малолетника, односно усвојилац или старалац.

У вези са начелом јавности, намеће се и питање присуства телевизијских камера у судници. Допуштеност аудио-визуелног снимања регулише и ЗКП. У члану 236. предвиђено је да аудио визуелно снимање процесних радњи, али од стране и за потребе органа поступка. Доказ томе је предвиђено чување снимка у тужилаштву или суду, до момента чувања судског списка. Закон предвиђа да суд или тужилац може дозволити учесницима поступка снимање појединих процесних радњи, или главног претреса. Потребно је само постојање оправданог интереса на страни учесника поступка (члан 236. став 9. ЗКП). Закон, према томе не предвиђа могућност средстава јавног информисања да снимају ток главног претреса, али је допуштено да то чине учесници поступка. Овакво решење је врло опасно за заштиту интереса, пре свега окривљеног, али и оштећеног, па би судови требали да поступају веома опрезно и рестриктивно приликом допуштања коришћења овог овлашћења учесницима у поступку.

С обзиром да је, сходно начелу јавности, у ширем смислу, потребно задовољити интерес шире јавности да буде обавештена о току кривичних поступака, Судским пословником⁴³² је прописано под којим условима средства јавног информисања имају приступ информацијама. Информације, које се саопштавају медијима морају бити тачне и потпуне (члан 58, став 4. СП). Предвиђено је да ће се водити рачуна о равномерној заступљености средстава јавног информисања. Председник суда, судије и судско осибље је дужно да пружи средствима јавног информисања информације о поступцима у току и да им обезбеде приступ поступцима. Протом се мора водити рачуна о приватности и безбедности учесника у поступку, као и о интересима вођења поступка (члан 57. став 1. СП). За главни претрес у предмету, где постоји повећано интересовање јавности, судска управа је дужна да обезбеди већу просторију. Распоред суђења се свакодневно објављује на улазу у судницу, на инфо табли суда или у електронском облику. Предвиђено је да информације медијима даје председник суда, служба за информисање или особа задужена за односе са јавношћу. У складу са материјалним и техничким могућностима, користиће се савремена средства комуникације, као што су интернет странице, а конференције за медије одржаваће се у посебној прес-сали.

⁴³² "Сл. гласник РС", бр. 110/2009, 70/2011, 19/2012, 89/2013, 96/2015, 104/2015, 113/2015 - испр., 39/2016 и 56/2016

Фотографисање и аудио или видео снимање главног претреса обавиће се само уз претходно добијено одобрење председника суда, али по претходно добијеној сагласности председника већа, или судије појединца, странака и учесника радње, која се снима (члан 60. став 1. СП). Приликом давања сагласности за снимање водиће се рачуна о интересу јавности, на једној страни, и о интересима поступка, приватности и безбедности учесника.

На основу наведених одредаба Судског пословника није тешко закључити да је овим прописом обезбеђено адекватно обавештавање јавности о току поступка, уз истовремену заштиту интереса поступка и учесника у поступку. Остаје нејасно зашто Законик о кривичном поступку не предвиђа правни основ за обавештавање јавности путем средстава јавног информисања, већ само потпуно непотребно прописује могућност снимања процесних радњи од стране учесника у поступку, и то без додатних услова, који су предвиђени за средства јавног информисања. Стога се може десити да злоупотреба снимака о току процесних радњи потекне од учесника, а не од средстава јавног информисања.

II ПРАВНА СРЕДСТВА ЗА ИСПИТИВАЊЕ ЧИЊЕНИЧНЕ ОСНОВЕ ПРЕСУДЕ

Приликом одлучивања о правима и интересима појединца, могуће су неправилности и незаконитости. Стога је неопходно омогућити преиспитивање чињеничне о правне основе судских одлука, с циљем доношења правилних и законитих одлука. Инструмент путем кога се иницира преиспитивање, укидање или измена одлуке, која је неповољна по адресата, представља правно средство, односно правни лек. Право на употребу делотворних правних средстава установљено је као јемство заштите основних људских права. То право данас представља универзалну тековину, зајемчену најважнијим међународним правним документима, а на националном нивоу најчешће је реч о праву, које је садржано у конституцијама савремених држава.

С обзиром да доношење судске одлуке у кривичном поступку потенцијално може довести до значајних ограничења неких од основних људских права, од круцијалног је значаја обезбедити правни механизам истицања захтева за преиначење

или укидање одлуке суда, која је штетна по окривљеног. То се постиже правом на правни лек (жалба, призив, касација, ревизија итд.), којим се спречава да наступи правноснажност судске одлуке, а затим и извршност и коначност. Осим тога, интерес за истицање захтева за преиспитивање судске одлуке могу имати и други процесни субјекти, пре свега тужилац, као носилац функције оптужбе, као и оштећени, који је најчешће жртва извршења кривичног дела. Из тог разлога се круг овлашћених лица, којима се додељује активна легитимација за изјављивање жалбе на одлуку суда у кривичном поступку, најчешће поклапа са онима, који имају оправдани интерес за побијање судске одлуке. Право на жалбу представља градивни елемент правичног поступка. Стога од адекватног система правних лекова, који се материјализује кроз циљеве, обим и садржај основа и жалбених разлога, динамику поступка, те њихову делотворност, зависи и сама ефикасност кривичног поступка.

Правни лек представља једино правно средство, којим се може иницирати испитивање ваљаности и утемељености чињеничне основице пресуде у кривичном поступку. Суд не може по службеној дужности испитивати утврђене чињенице, већ једино по захтеву, садржаном у правном леку. Изјављивање правног лека је, према томе, *conditio sine qua non* за испитивање чињеница, на којима се заснива пресуда. Стога је за разумевање испитивања чињеничне основе од великог значаја одредити појам, врсте и циљеве правног лека, дејство и основе, као круг субјеката од чије воље зависи да ли ће испитивања утврђених чињеница уопште и бити. Осим тога, неопходно је одредити шта представља објекат правног лека, односно који део пресуде се побија правним леком.

11. Појам, оправдање постојања и циљеви правних лекова

Дефинисање правних лекова представљало је изазов за бројне теоретичаре кривичног поступка. Бројна схватања се могу поделити на две групе. У прву спадају они аутори, који под правним лековима подразумевају процесне радње. Једно од примера је да су правни лекови процесне радње странака и других овлашћених лица у кривичном поступку, којима побијају неправилну и незакониту одлуку, и којом траже да је суд измени или укине, пошто утврди основаност њихових навода.⁴³³ Гледиште да су правни лекови процесне радње *странака*, којим се изазива спор о евентуалном

⁴³³ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, ор. cit, стр. 554. Слично: Богдан Златарић, Мирјан Дамашка, Рјечник кривичног права и поступка, Београд, 1966, стр. 245, Берислав Павишић и сурадници, ор. cit., стр. 328, Тадија Бубаловић, *Правни лијекови у казненом поступковном праву*, Ријека, 2011, стр. 25.

укидању, преиначењу или останку на снази неке радње суда,⁴³⁴ заправо се суштински поклапа са претходним, с обзиром да је из доба, када су право изјављивања жалбе имале само странке.

Друга група схватања пледира за став да су правни лекови врста правних средстава. Заступници најчешће наводе да правни лекови представљају правна средства којим заинтересована лица нападају судску одлуку, којом нису задовољни, с циљем да она буде преиначена или укинута.⁴³⁵ У ову групу спада и схватање да је правни лек процесно средство којим овлашћено лице у процесној форми напада одређену одлуку у кривичном поступку, те захтева доношење одређене одлуке, друге врсте одлуке или другачије решавање чињеничних или правних питања у побијаној одлуци.⁴³⁶ Изван оквира двају група схватања остају дефиниције, које су у неком погледу специфичне. Неки сматрају да су правни лекови начин контроле судских одлука.⁴³⁷ Други у правним лековима виде акт,⁴³⁸ односно израз незадовољства⁴³⁹ странке, или заинтересованог лица, којим се напада одлука суда, с циљем да буде преиначена или укинута. Најзад, има аутора који правни лек одређују двојако, у акционом смислу као преоцесну радњу, а у садржинском као правно средство.⁴⁴⁰

Одредити правну природу неког института или установе значи сврстати је у ширу категорију према природи и типичним одликама. Другим речима, неки појам се дефинише у односу на најближи род (*genus proximum*) и врсну разлику (*differentia specifica*).⁴⁴¹ Правна средства су шири појам од правних лекова, и представљају инструменте процесних субјеката, којима могу да издејствују измену за њих неповољне и штетне процесне ситуације, до које је дошло незаконитим радњама органа

⁴³⁴ Никола Огорелица, *Казнено процесуално право*, Загреб, 1899, стр. 570

⁴³⁵ Божидар Марковић, *Уџбеник...*, Београд, 1930, стр. 539. Слично: Момчило Грубач, ор. cit., стр. 429, Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право, посебни део*, Ниш, 2011, стр. 148, Станко Бејатовић, 2014, ор. cit., стр. 473, Снежана Бркић, II, ор. cit., стр. 160, Милан Шкулић, 2014, ор. cit., стр. 411, Хајрија Сијерчић Чолић, *Кривично процесно право – књига 2*, Сарајево, 2008, стр. 123.

⁴³⁶ Милан Шкулић, *Жалба као редован правни лек (појам, врсте и основне карактеристике)*, у: Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Београд, 2016, стр. 118.

⁴³⁷ Загорка Симић Јекић, *Појам и функција правних лекова и њихово место у систему кривичног процесног права*, *Анали Правног факултета У Београду*, бр. 1-4/1983, стр. 610.

⁴³⁸ Лавослав Хенингсберг, *Кривични поступак о правним лековима*, Београд, 1933, стр. 12.

⁴³⁹ Бранко Петрић, *Правни лекови у кривичном поступку*, Београд, 1980, стр. 13.

⁴⁴⁰ Драго Радуловић, *Систем правних лијекова и реформа Законика о кривичном поступку Црне Горе (норме и пракса)*, у: Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Београд, 2016, стр. 57.

⁴⁴¹ Радомир Лукић, Будимир Кошутић, *Увод у право*, Београд, 2005, стр. 23.

вођења поступка, и других учесника у поступку.⁴⁴² Правна средства служе за побијање незаконитих радњи или поступака, с циљем заштите права и интереса овлашћених лица.⁴⁴³ То су средства напада или одбране, којима учесник кривичног поступка реализује своја законом установљена права или на закону заснован интерес.⁴⁴⁴ У правна средства, између осталог, спадају молба за повраћај у пређашње стање, одговор на жалбу, одговор на оптужницу, предлог за укидање притвора, захтев за изузеће судије или другог учесника у поступку. С обзиром да су правна средства нераскидиво повезана са поступком, у коме се одлучује по захтеву садржаном у њима, сва правна средства се могу означити термином процесна средства.

У теорији је заступљено схватање да се правним лековима побијају само неправилне и незаконите судске одлуке, док се правним средствима побијају и радње и поступци органа вођења поступка, али и других учесника у поступку, или пропуштање предузимања радњи.⁴⁴⁵ С обзиром да је важећим процесним законом прописано да се правним лековима у кривичном поступку могу побијати одлуке суда, али и јавног тужиоца,⁴⁴⁶ наведено схватање ваља прилагодити стварности. Правни лекови су врста правних средстава, којима се побија правилност и законитост одлука органа вођења кривичног поступка, али и неке радње, које претходе доношењу тих одлука.

Осим тога, правни лекови немају смисао постојања без адресата, односно без круга лица, која су овлашћена на њихово изјављивање. Узевши у обзир савремене кривичне поступке, право на изјављивање правних лекова, пре свега, припада странкама, а такође и другим учесницима у поступку, који имају на праву заснован интерес. У самој бити постојања правних лекова је исправање неправилних и незаконитих судских одлука, те је неопходно и овај елемент укључити у дефиницију. Најзад, изјављивање правног лека без захтева обесмислило би предузимање те процесне радње. Захтев се, по правилу, састоји у укидању или преиначењу одлуке суда, коју овлаћена лица сматрау неправилном или незаконитом.⁴⁴⁷ *Summa summarum*,

⁴⁴² Богдан Златарић, Мирјан Дамашка, *Ријечник кривичног права и поступка*, Загреб, 1966, стр. 245.

⁴⁴³ Тадија Бубаловић, *op. cit.*, стр. 26.

⁴⁴⁴ Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 430.

⁴⁴⁵ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, *op. cit.*, 554.

⁴⁴⁶ Према одредби из члана 51. став 1. ЗКП. оштећени може да поднесе приговор непосредно вишем јавном тужиоцу, ако јавни тужилац одбаци кривичну пријаву, обустави истрагу или одустане од кривичног гоњења. У члану 482. став 1. ЗКП је предвиђено да се захтев за заштиту законитости може поднети против правноснажне одлуке суда или јавног тужиоца, или због повреде поступка, која је претходила доношењу одлуке суда или тужиоца.

⁴⁴⁷ Неки аутори праве разлику између захтева, да се преиспита судска одлука и предлога, да дође до преиначења или укидања судске одлуке (Ивица Крамарић, *Другостепени кривични поступак* –

правни лекови се могу дефинисати као правна средства, којима овлашћени процесни субјекти захтевају укидање или преиначење неправилне или незаконите одлуке органа вођења кривичног поступка.

Правни лек не може бити процесна радња, с обзиром да је реч о правно регулисаној делатности процесних субјеката, коју карактерише чињење.⁴⁴⁸ Процесна радња може бити изјављивање правног лека, а правни лек је део статике, који спада у шири, генусни појам, правних средстава. Теза да су правни лекови начин контроле судских одлука је прихватљива, али је реч о основном разлогу њиховог постојања,⁴⁴⁹ а не о елементу дефиниције. Гледиште да је реч о изразу незадовољства је дескрипција, која не одређује појам правног лека, већ је такође реч о особини, гледано из угла овлашћеног лица, које изјављује правни лек ако је незадовољан судском одлуком. Правним актом, који представља изјаву воље који садржи правну норму, или је услов за примену правне норме,⁴⁵⁰ могу се означавати правни лекови, с обзиром да они представљају услов за примену правне норме. Имајући у виду да су правна средства врсте правних аката (који у себи садрже услов за примену правне норме), примерено терминологији кривичног процесног права оправдано је служити се управо генусним појмом правних средстава, а не правних аката, који су својствени теорији права.

Из појма правног лека произлазе битни елементи дефиниције. То су субјект, предмет, основ и захтев.⁴⁵¹ Правни лек могу изјавити само законом овлашћени процесни субјекти. Круг субјеката, овлашћених за изјављивање правних лекова се разликује, зависно од врсте правног лека. Предмет побијања је судска, или одлука јавног тужиоца. Као што је већ речено, по томе се правни лекови разликују од неких правних средстава. С обзиром да су предмет побијања неправилне или/и незаконите

докторска дисертација, Нови Сад, 1985, стр. 11). Сматрамо да је суштински елемент правног лека захтев, који се састоји у преиначењу или укидању судске одлуке, који инкорпорира и захтев да одговарајућа инстанца преиспита предметну одлуку суда. То је, истовремено, коначни и крајњи циљ овлашћеног лица, које изјављује правни лек.

⁴⁴⁸ Војислав Ђурђић, 2014, *op. cit.*, стр. 219-220.

⁴⁴⁹ Гордана Лажетић Бужаровска, *Правни лекови у новом Закону о кривичном поступку Републике Македоније*, у: Зборник радова Правног факултета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2011, стр. 314.

⁴⁵⁰ Момчило Димитријевић, Мирољуб Симић, *op. cit.*, стр. 197.

⁴⁵¹ Зависно од прихваћене дефиниције правног лека, аутори издвајају елементе садржаја појма. Тако се најчешће наводе основицу, предмет и захтев (Ивица Крамарић, *op. cit.*, стр. 11, Тадија Бубаловић, *Правни лијекови...*, *op. cit.*, стр. 25). Постоји такође схватање да су елементи појма правног лека субјект, предмет, основ, захтев и поступак испитивања допуштености и основаности (Снежана Бркић, *II*, *op. cit.*, стр. 160-161). Сматрамо да поступак по правном леку није елемент овог појма, будући да се изјављивањем правног лека покреће поступак одлучивања о допуштености и основаности. Стога је у захтеву садржано покретање поступка одлучивања по правном леку.

одлука органа вођења поступка, основ побијања могу бити чињенични (*error in facto*) или правни недостаци (*error in iure*). Правни недостаци се могу даље поделити на повреде материјалног права (*error in iudicando*) и на повреде процесног закона (*error in procedendo*). Сваки правни лек, као битни елемент, садржи захтев. Садржина захтева може бити двојака, да се побијана одлука, након разматрања од суда правног лека, преиначи или укине. Неки теоретичари сматрају да је реч о предлогу, а не захтеву. Они предлогом сматрају само иницирање испитивања одлуке од суда правног лека. Реакција на ово гледиште представља треће схватање. О сваком правном леку, уколико претходно прође тест допуштености, биће мериторно разматрано. Стога, овлашћени процесни субјект, у том смислу, не чини захтев, нити предлог суду, већ само адресира правни лек.⁴⁵² Сматрамо да кључни елемент правног лека представља захтев. Без захтева нема ни правног лека. Да је захтев да се одлука суда укине или преиначи кључни елемент правног лека, говори и чињеница да је основни мотив, али и крајњи циљ његовог изјављивања измена или укидање побијане судске одлуке.

У раду судова, неминовно, долази до грешака, приликом доношења судских одлука. То је некада последица немара, незнања или других ненамерних узрока, а понекад и намере, злоупотребе права, или интенције доношења незаконитих одлука, мотивисане прибављањем противправне користи. Стога је оправдано допустити преиспитивање судске одлуке, с циљем доношења правилне и законите одлуке. Судска одлука је правилна, ако је чињенично стање правилно и потпуно утврђено, а законита ако је на тако утврђено чињенично стање правилно примењено материјално и процесно право. Доношење правилних и законитих одлука доприноси владавини права, једнакости свих пред законом, правној сигурности, те поверењу грађана у правосуђе. Право на правни лек је установљено у корист сваког појединца, који има интерес за побијање судске одлуке. С обзиром на то, постојањем правних лекова штити се јавни интерес, те остварује законитост и правичност судских одлука. Према томе, оправдање правних лекова лежи у потреби отклањања недостатака и у доношењу правилних и законитих судских одлука. Оправдање правних лекова лежи у самом члану 1. Законика о кривичном поступку, у коме је дефинисан циљ вођења кривичног поступка, да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне законита санкција, у правичном поступку.

⁴⁵² Ивица Крамарић, *op. cit.*, стр. 11, Тадија Бубаловић, *Правни лијекови...*, *op. cit.*, стр. 25

Циљ изјављивања правног лека се може сагледати уопштено и конкретно. Уопштено посматрано, циљ сваког правног лека је отклањање недостатака (чињеничних или правних) у судској одлуци.⁴⁵³ Конкретно посматрано, циљ изјављивања правног лека је укидање или преиначење конкретне судске одлуке, која је предмет побијања.

Постојање правног лека има и превентивно дејство на носиоце правосудних функција, јер психолошки делује као опасност да ће пресуда бити укинута, или преиначена. Правни лекови, такође, утичу и на уједначавање судске праксе, иако одлуке вишестепених судова немају правно обавезујуће дејство на нижестепене судове. Првостепени судови неретко следе установљена схватања виших судова, по питању примене процесних института, у сличним или истим ситуацијама. Уједначавањем судске праксе истовремено се уједначава и казнена политика, што заједно има позитивне реперкусије по правну сигурност. Изношење нових чињеница и извођење нових доказа у поступку по правном леку омогућавају доношење квалитетнијих судских одлука. Преиспитивањем судске одлуке од суда правног лека, који чине искусније судије, постиже се да коначну одлуку о кривичној ствари донесе други функционално надлежан састав суда, који је различит од састава суда који је донео побијану одлуку.⁴⁵⁴

12. Врсте правних лекова

Правни лекови се разликују по многим одликама, те је теорија изнедрила бројне класификације, зависно од критеријума. Основна подела правних лекова је на редовне и ванредне. Редовним правним лековима се побијају неправноснажне, а ванредним правноснажне судске одлуке. Функција редовних правних лекова је да они представљају средство за стицање формалне правноснажности судске одлуке. Са друге стране, ванредни правни лекови су средство за измену материјалне правноснажности судске одлуке.⁴⁵⁵ Формална правноснажност значи да се судска одлука не може

⁴⁵³ Неки аутори децидирано оспоравају да је циљ правних лекова отклањање грешака у суђењу, већ само недостатака у судској одлуци (Берислав Павишић и сурадници, *op. cit.*, стр. 329). Ипак, тај став може се само условно прихватити. Имајући у виду да је један од основа правног лека повреда одредаба поступка, циљ изјављивања правног лека, у том случају, управо је да се отклоне недостаци у суђењу, који су за последицу имали незакониту судску одлуку.

⁴⁵⁴ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, *op. cit.*, стр. 556.

⁴⁵⁵ Загорка Жекић, *Кривично процесно право*, Београд, 1994, стр. 217.

побијати редовним правним леком. Материјална правноснажност означава стварање права у конкретном случају. Одлука садржана у пресуди представља обавезу за оног, на кога се односи. То је, заправо, правно дејство правноснажне судске одлуке. Судска одлука може постати правноснажна на активан и пасиван начин. Ако је изјављен правни лек, који је одбијен, или одбачен, судска одлука је постала правноснажна на активан начин. Ако правни лек није изјављен, или су се овлашћени субјекти одрекли права на изјављивање правног лека, или су одустали од изјављеног правног лека, судска одлука је постала правноснажна на пасиван начин.⁴⁵⁶ Ванредним правним лековима побијају се правноснажне судске одлуке, независно да ли су против те одлуке изјављивани редовни правни лекови.

Зависно од основа, правни лекови се деле на потпуне и непотпуне. Потпуним правним лековима се судска одлука може побијати услед чињеничних и правних недостатака. У теорији се најчешће непотпуним правним лековима означавају они, којима се одлука може побијати само због повреде материјалног или процесног закона, ређе услед неправилно изречене кривичне санкције.⁴⁵⁷ Штавише, неки аутори износе тврдњу да у поступку по непотпуним правним лековима чињенично стање не подлеже евалуацији суда, већ се цени само правилност примене закона, материјалног или процесног.⁴⁵⁸ Овакав став потиже постојање ванредног правног лека Захтев за понављање кривичног поступка, по коме се судска одлука управо побија услед неисправне чињеничне основице.⁴⁵⁹ Према томе, непотпуним правним лековима исправније је сматрати оне, којима се судска одлука може побијати алтернативно, услед правних или чињеничних недостатака.⁴⁶⁰ Редовни правни лекови су најчешће потпуни, те се њима судска одлука може побијати услед чињеничних и правних недостатака.⁴⁶¹ Ванредни правни лекови су, по правилу непотпуни.

⁴⁵⁶ Милан Шкулић, *Жалба као редован правни лек (појам, врсте и основне карактеристике)*, у: , у: *Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, Београд, 2016, стр. 119.

⁴⁵⁷ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, ор. cit, стр. 559, Момчило Грубач, ор. cit, стр. 433, Војислав Ђурђић, 2011, ор. cit., стр. 153, Тадија Бубаловић, *Правни лијекови...*, ор. cit, стр. 46.

⁴⁵⁸ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, ор. cit, стр. 559.

⁴⁵⁹ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, ор. cit, стр. 647.

⁴⁶⁰ Горан Илић, *Границе...*, ор. cit., стр. 24, Снежана Бркић, II, ор. cit., стр. 175.

⁴⁶¹ Непотпуни призив и призив против пресуде окружног суда у зборном саставу, који су постојали у кривичном поступку Краљевине Југославије су изузеци, јер се њима могла нападати само правна страна судске одлуке (више о томе: Иван Илић, *Систем правних лекова у кривичном поступку Србија XIX века*, У: Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: тематски зборник радова. Књ. 4 Ниш, 2014, стр. 161-178.

Деволутивни правни лекови су они о којима, по правилу, одлучује виши суд,⁴⁶² односно виша судска инстанца⁴⁶³. Деволутивност се у теорији објашњава и на тај начин да се о изјављеном правном леку расправља пред органом вишег ранга, у односу на орган који је донео побијану одлуку.⁴⁶⁴ Недеволутивни су они правни лекови о којима одлучује исти суд. То не значи да о побијаној одлуци одлучује исти, већ другачији персонални састав истог суда.⁴⁶⁵

Суспензивни правни лекови одлажу извршење одлуке, која се напада, а несуспензивни немају то дејство. Према року за изјављивање, правни лекови се деле на темпоралне (везани роком), и нетемпоралне (који нису ограничени роком). Ако о правном леку одлучује други суд истог ранга, реч је о циркуларним правним лековима, а ако одлучује друго веће истог суда, реч је о ремонстративним правним лековима. Директни правни лек се може изјавити самостално против одлуке суда, а инволвиран се може изјавити само уз изјављивање жалбе против неке друге одлуке.⁴⁶⁶

С обзиром на начин подношења, разликују се усмени и писмени правни лекови. Усмени се могу изјавити на записник, а писмени у писаној форми. До дејству, правни лекови се деле на рестриктивне и нерестриктивне. Рестриктивни су правни лекови они којима је дејство законом ограничено, у појединим случајевима. По истом критеријуму се правни лекови још деле и на екстензивне и неекстензивне. Екстензивни правни лекови омогућавају да суд правног лека у испитивању судске одлуке иде шире од основа, на које се овлашћено лице позвало. Према циљу лица овлашћеног за изјављивање, правни лекови се деле на ресциндирајуће и апелаторне. Ако је циљ побијања судске одлуке њено укидање, реч је о ресциндирајућем, а ако је циљ преиначење, реч је о апелаторном правном леку. С обзиром на круг овлашћених лица за изјављивање, правни лекови се деле на страначке, посебне и опште. Страначки могу бити једностранни (приговор) или двострани (призив). На изјављивање посебних

⁴⁶² Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 443, Берислав Павишић и сурадници, *op. cit.*, стр. 331-332.

⁴⁶³ Војислав Ђурђић, 2014, *op. cit.*, стр. 154.

⁴⁶⁴ Ивица Крамарић, *op. cit.*, стр. 17.

⁴⁶⁵ Насупрот томе, постоји гледиште да деволутивно својство поседују и правни лекови о којима одлучује другачији персонални састав истог суда (Тадија Бубаловић, *Правни лијекови...*, *op. cit.*, стр. 45). Са наведеним схватањем се не можемо сагласити. Полазећи од одређења деволутивних правних лекова „да о њима, по правилу, одлучује виши суд“, *argumentum a contrario* недеволутивно дејство имају правни лекови о којима одлучује исти суд, што значи различит персонални састав истог суда. У супротном се губи *differentia specifica*, па наведена подела не би имала смисла. У теорији је заступљен став да је у том случају реч о окрњеном или ограниченом деволутивном дејству (Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 444).

⁴⁶⁶ Примера ради, према члану 465. став 3. ЗКП, решења која се доносе с циљем припремања и одржавања главног претреса, могу се побијати само у жалби на пресуду.

правних лекова су овлашћена посебна лица, а општи или популарни правни лекови имају најшири круг овлашћених лица, и то право најчешће припада свакоме, ко има правни интерес.⁴⁶⁷

Упоредноправно посматрано, разликују се законодавства са монистичким, и законодавства са плуралитетним системом правних лекова. У монистичким системима постоји јединствени правни лек. У нашем законодавству, то је жалба. Насупрот томе, у плуралитетном систему постоји више врста редовних правних лекова. Најчешће је реч о призиву и жалби. Такав систем познају немачко, француско и бројна друга законодавства.

Из визуре поступка по правним лековима, од значаја је разликовање на апелационо и касационо одлучивање по правним лековима. Апелационо одлучивање обухвата могућност поновног испитивања и одлучивања о чињеничним и правним питањима. Апелациони суд има овлашћење да побијану одлуку укине, и предмет врати на поновно суђење, као и да побијану одлуку преиначи. Касационо одлучивање значи могућност испитивања само правне основице побијане одлуке. Касациони суд може само укинути одлуку првостепеног суда и предмет вратити на поновно одлучивање, као и одбити жалбу и потврдити првостепену судску одлуку. Монистички систем потпуних правних лекова, где се судска одлука може побијати услед чињеничних и правних недостатака, најчешће иде заједно са апелационим уређењем поступка, као што је то случај са нашим процесним законом.

Од врсте, садржине и броја правних лекова, који чине систем правних лекова, зависи остварење циља и разлога постојања правних лекова. Систем правних лекова у једној држави треба да задовољи два опречна интереса, доношење законитих судских одлука на једној и захтев за правном сигурношћу, на другој страни.⁴⁶⁸ Управо овај други захтев, да правна неизвесност о примени државног права на кажњавање траје разумно дуго, заправо значи да је право на правни лек неодвојиво повезано са захтевом за ефикасношћу кривичног поступка.

Посматрано из визуре тока кривичног поступка, у поступку по правним лековима не заснива се нови кривичнопроцесни однос. Реч је о процесном односу који је заснован пред првостепеним судом. Стога постоји идентитет у предмету

⁴⁶⁷ Више о томе: Тадија Бубаловић, *Правни лијекови...*, op. cit, стр. 45-48.

⁴⁶⁸ Војислав Ђурђић, 2014, op. cit, стр. 150.

одлучивања, пред првостепеним и судом правног лека. У систематици тока поступка, најчешће се поступак по правним лековима издваја у самосталан стадијум.⁴⁶⁹

13. Дејство правног лека

Уско повезано са неким од наведених подела правних лекова је њихово дејство. Дејство правног лека, најпре, може бити суспензивно, односно несуспензивно. Суспензивно дејство има правни лек, чије изјављивање одлаже правноснажност судске одлуке. Такво дејство имају редовни правни лекови. Када судска одлука стане на правну снагу, она се више не може побијати редовним правним леком. Неки аутори сматрају да суспензивно дејство правног лека спречава извршење⁴⁷⁰ судске одлуке, која се побија. Међутим, постоје изузеци, када извршност наступа пре правноснажности,⁴⁷¹ па у том случају суспензивни ефекат не спречава извршење судске одлуке. Жалба на пресуду првостепеног, односно другостепеног суда, најчешће има суспензивно дејство. Насупрот томе, ванредни правни лекови немају суспензивно дејство, као ни нека решења (примера ради решење о одређивању притвора).⁴⁷²

Правни лекови могу имати деволутивно дејство. То значи да о правном леку одлучује суд вишег ранга (*iudex a quem*), од суда који је донео побијану одлуку (*iudex a quo*). Недеволутивно дејство имају они правни лекови, о којима одлучује другачији персонални састав суда истог ранга. Са аспекта правичности неспорно је оправдано да о поднетом правном леку одлучује други суд, од оног који је донео побијану одлуку. На тај начин се обезбеђује евалуација судских одлука од стране више независних и

⁴⁶⁹ Самосталност стадијума дају му суд, пред којим се води поступак, процесне претпоставке, посебна правила вођења поступка, одлука која се доноси и посебни трошкови вођења поступка (Берислав Павишић и сурадници, ор. cit, стр. 328).

⁴⁷⁰ Тадија Бубаловић, *Правни лијекови...*, ор. cit, стр. 46. У теорији постоји гледиште да суспензивно дејство настаје док траје рок за изјављивање жалбе (Синиша Трива, *Грађанско процесно право*, Загреб, 1972, стр. 557, Момчило Грубач, ор. cit, стр. 444).

⁴⁷¹ Ту спадају сва решења за која је прописано да жалба не одлаже њихово извршење. Примера ради жалба на решење о одређивању притвора не одлаже извршење решења (члан 214. став 3. ЗКП). Ако је пресудом изречена казна затвора, оптужени који је у притвору може упутити захтев суду да буде упућен на извршење казне затвора и пре него што је судска одлука постала правноснажна (члан 430. став 1. ЗКП). У том случају изјављена жалба на осуђујућу пресуду такође нема суспензивно дејство на извршност судске одлуке.

⁴⁷² Неки теоретичари разликује апсолутно суспензивно дејство, које наступа када је правни лек благовремено изјављен од овлашћеног лица, релативно, које постоји током понављања поступка, и условно, које наступа приликом понављања поступка лицу суђеном у одсуству (Тадија Бубаловић, *Правне посебности жалбе у кривичном поступку*, Право и правда, бр. 1/2002., Сарајево, 2002, стр. 78-81.

непристрасних органа. Жалба на пресуду првостепеног суда је деволутивни правни лек. О жалбама на пресуду основног суда за кривична дела са предвиђеном казном затвора преко пет година, као и на пресуду вишег суда, одлучује апелациони суд. О жалби на пресуду основног суда са запређеном новчаном казном или казном затвора до пет година одлучује виши суд. Жалба на пресуду другостепеног суда за кривична дела, са прописаном казном затвора преко пет година, нема деволутивно дејство, јер о њој одлучује исти суд, у другачијем саставу (апелациони суд, члан 464. став 1. ЗКП). Захтев за понављање кривичног поступка такође има недеволутивно дејство. Према слову закона, о овом правном леку одлучује ванрасправно веће суда који је донео првостепену одлуку (члан 474. став 1 ЗКП). Захтев за заштиту законитости има деволутивно дејство, стога што о њему одлучује Врховни касациони суд (члан 486. став 1. ЗКП).

Правни лекови могу имати диспозитивно, екстензивно и лимитирајуће дејство. Реч је, заправо, о границама испитивања побијане пресуде. Судска одлука се, по правилу, испитује у оквиру основа и разлога наведених у правном леку. Основно је правило да је поступак по правном леку факултативан, те да зависи од изјављивања жалбе од стране овлашћених лица. Жалбени суд се креће у оквиру разлога и правца побијања, који су наведени у жалби.⁴⁷³ На тај начин се афирмише диспозитивност правног лека, што нарочито долази до изражаја са адверзализацијом кривичног поступка, где је доказна иницијатива препуштена странкама. Од тог правила постоје одступања у два смера. Постоје проширења у субјективном и објективном погледу, па је тада реч о екстензивном дејству правног лека. Осим тога, постоји и сужење испитивања побијане одлуке, у погледу преиначења на штету окривљеног. Тада правни лек има ограничавајуће, односно лимитирајуће дејство. Наведена својства у највећој мери су изражена код жалбе. Другостепени суд побијану пресуду испитује у границама разлога,⁴⁷⁴ који су наведени у жалби (члан 451. став 1. ЗКП). Лице овлашћено на изјављивање жалбе побија пресуду, у оном делу, у коме је сматра неправилном и/или незаконитом. Сасвим је оправдано да суд правног лека испитује пресуду о том опсегу. Осим тог, редовног дејства, изјављена жалба има тројако екстензивно дејство. Најпре је предвиђено проширење граница испитивања пресуде законским овлашћењем да се

⁴⁷³ Снежана Бркић, *II*, *op. cit.*, стр. 170.

⁴⁷⁴ У тексту ЗКП-а стоји „...у оквиру основа, дела и правца побијања...“. Осим што је нејасна, наведена одредба је и језички некоректна јер „правац“ побијања није адекватан термин, стога што је правац један, а смера могу бити два, у корист и на штету окривљеног.

по службеној дужности испитују одређени недостаци. Реч је о апсолутним повредама одредаба кривичног поступка и повредама кривичног законика, које су према раније важећем ЗКП-у испитиване *ex officio* од суда правног лека. Закоником о кривичном поступку из 2011. године је ово дејство у знатној мери сужено, те сада другостепени суд по службеној дужности испитује само одлуку о кривичној санкцији, уколико је жалба изјављена у корист окривљеног, услед погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања, или због повреде кривичног закона, или ако жалба не садржи основ или разлоге (члан 451. став 2. ЗКП). Оваквим решењем законодавца заправо се афирмише начело диспозитивности⁴⁷⁵ у поступку по правним лековима, по угледу на адверзијални кривични поступак, сагласно промењеним процесним улогама странака и суда у нашем кривичном поступку.

Други вид екстензивног дејства представља проширење обима испитивања жалбе у субјективном погледу применом установе *beneficium cohaesionis* (повластица повезаности, привилегија здруживања).⁴⁷⁶ Реч је о установи која представља обавезу суда да утврђене повољности по саокривљеног, који је изјавио жалбу примени и на саокривљене који нису изјавили жалбу, или је нису изјавили у том смеру. Она има свој *ratio* у настојању једнаког поступања према саокривљенима, који се налазе у истој процесној ситуацији.

Да би дошло до примене повластице повезаности потребно је да се против саокривљених води јединствени поступак, без обзира да ли је реч о саучесницима, у кривичноправном смислу.⁴⁷⁷ Консеквентно, потребно је да су саокривљени обухваћени истом пресудом. Затим је потребно да је жалбу изјавило било које овлашћено лице, те да је другостепени суд утврдио разлоге, услед којих је донео одлуку повољнију по неког од саокривљених. За разлику од раније важећег процесног закона, у коме је било предвиђена примена ове процесне установе само ако је изјављена жалба у корист окривљеног,⁴⁷⁸ према важећем закону се она може применити и када је жалба изјављена на штету окривљеног. То произлази из дикције одредбе закона из члана 454. ЗКП, у којој је јасно прописана примена поводом „било чије жалбе“. Потребно је само да је жалбени суд донео одлуку у корист окривљеног, а то је могуће и када је изјављена

⁴⁷⁵ Више о диспозитивном дејству правних лекова: Снежана Бркић, *II*, *op. cit.*, стр. 169-170.

⁴⁷⁶ Више о томе: Саша Кнежевић, *Повластица повезаности у кривичном поступку*, Правни живот, бр. 9/2005, стр. 991-1001.

⁴⁷⁷ Снежана Бркић, *II*, *op. cit.*, стр. 175.

⁴⁷⁸ Саша Кнежевић, *Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку*, Ниш, 2007, стр. 130.

жалба на штету окривљеног (члан 451. став 3. ЗКП). Уколико се ти разлози могу применити на саокривљене, који нису изјавили жалбу, или је нису изјавили у том смеру, суд правног лека ће по службеној дужности поступити као да је жалба изјављена (члан 454. ЗКП). Реч је, дакле, о правној фикцији, да је изјављена жалба, која у стварности није изјављена. Изјављена жалба неког од саокривљених производи екстензивно дејство по друге саокривљене, па је реч о субјективном проширењу.

Повластица повезаности се примењује и у поступку по жалби на пресуду другостепеног суда. У том случају она има још шире дејство стога што се примењује и на саокривљеног, који није имао активну легитимацију на изјављивање жалбе на пресуду другостепеног суда (члан 464. ЗКП). Законодавац је предвидео сходну примену привилегије здруживања у поступку по жалби на решење (члан 468. ЗКП),⁴⁷⁹ као и примену у поступку по захтеву за понављање кривичног поступка (члан 477. став 3. ЗКП) и у поступку по захтеву за заштиту законитости (члан 489. став 2. ЗКП).

Насупрот екстензивном, постоји лимитирајуће дејство правног лека, које се огледа у примени процесне установе забране *reformatio in peius*. Реч је о установи, која представља благодет по окривљеног у поступку по правном леку. Она спречава суд правног лека, или првостепени суд, да измени побијану одлуку на штету процесног субјекта, у чију је корист изјављен правни лек.⁴⁸⁰ Оправдање за примену ове установе произлази из правичности, а њоме се спречава бојазан да би процесни субјект, који изјављује правни лек у своју корист могао исходovati одлуку суда правног лека на своју штету. Најчешће се примењује на окривљеног, мада има примера ширег опсега деловања, на апеланта, који је изјавио правни лек у своју корист.⁴⁸¹

Упоредноправно посматрано се разликује опсег деловања, од најширег, којим се спречава било каква измена одлуке на штету окривљеног, до ужих, којима се забрањује примена тежих правних последица осуде, или примена строже кривичне санкције.⁴⁸² У нашем кривичном поступку забрана преиначења на штету важи у случају да је изјављен правни лек само у корист окривљеног,⁴⁸³ а односи се на тежу правну

⁴⁷⁹ У том случају се законодавцу поткрала једна грешка јер предвиђа сходну примену става 1. и 2. члана 454. у коме је прописана повластица повезаности, који има само један став!

⁴⁸⁰ Горан Илић, *op. cit.*, стр. 102.

⁴⁸¹ Реч је о француском и руском кривичном поступку.

⁴⁸² *Ibidem.*

⁴⁸³ Синтагму „само у корист окривљеног“ треба тумачити тако да се забрана преиначења на штету примењује и ако је изјављена жалба на штету окривљеног, али је одбачена или одбијена (Више о томе: Саша Кнежевић, *Заштита људских права...*, *op. cit.*, стр. 138-139). У теорији је такође постојало залагање да се важење забране прошири на ситуацију када су изјављене жалбе на штету и у корист окривљеног,

квалификацију и кривичну санкцију (члан 453. ЗКП). Забрана *reformatio in peius* важи до правноснажности пресуде, тј. она обухвата и поступак по жалби на пресуду другостепеног суда. Важење ове процесне установе се такође протеже на ванредне правне лекове. На то несумњиво указују члан 473. ЗКП, у коме је стипулисано да се кривични поступак може поновити искључиво у корист окривљеног, као и члан 489. став 3. ЗКП, у коме је прописано да се пресуда у поступку по захтеву за заштиту законитости може укинути или преиначити само у корист окривљеног. Штавише, уколико Врховни касациони суд, на основу захтева за заштиту законитости, поднетог на штету окривљеног, утврди да постоји повреда закона, донеће утврђујућу (деклараторну пресуду), којом само констатује постојање повреде закона. На тај начин је у потпуности примењена установа забране преиначења на штету након првонаснажности судске одлуке.

14. Основи правних лекова

Основи правног лека представљају врсте (категорију или групу) недостатака судске одлуке, због којих се може изјавити правни лек.⁴⁸⁴ Основ правног лека означава групу сродних недостатака судске одлуке, исте врсте и природе.⁴⁸⁵ Недостаци судске одлуке могу бити стварни и правни. Стварни недостаци се односе на утврђивање чињеница, а правни на примену материјалног или процесног права. Група стварних недостатака представља погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање. Правни недостаци су сврстани у две групе (битне повреде одредаба кривичног поступка, повреде кривичног закона). Осим тога, једна група недостатака је комбинована и састоји се у неправилној или незаконитој одлуци о кривичној санкцији. а разлог представља конкретан основ у оквиру једне од група недостатака судске одлуке. Жалбени разлози су конкретне чињенице и околности, којима се образлаже у чему се састоји недостатак судске одлуке.⁴⁸⁶ Стога није довољно само позвати се на основ, већ правни лек мора садржати и образложење, у коме се налазе жалбени разлози, односно

као и када је изјављена само жалба на штету окривљеног. У члану 451. став 3. ЗКП-а је предвиђено да другостепени суд може преиначити првостепену пресуду у погледу одлуке о кривичној санкцији, ако је јавни тужилац изјавио жалбу на штету оптуженог. На тај начин је делимично усвојено наведено гледиште процесне теорије.

⁴⁸⁴ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, оп. cit, стр. 557, Момчило Грубач, оп. cit, стр. 431.

⁴⁸⁵ Тадија Бубаловић, *Правни лијекови...*, оп. cit, стр. 92.

⁴⁸⁶ *Ibidem*.

конкретизација основа правног лека. Примера ради, битна повреда одредаба кривичног поступка постоји ако је пресуду за кривично дело са запређеном казном затвора преко 10 година донео стварно ненадлежни суд, у конкретном случају основни суд.

Недостаци судске одлуке могу бити чињенични (*error facti*) и правни (*error iuris*). Чињенични недостаци постоје ако је утврђено чињенично стање непотпуно или погрешно. Непотпуно утврђено чињенично стање постоји ако нису утврђене све одлучне чињенице. То подразумева постојање пропуста приликом откривања и извођења доказа. Погрешно утврђено чињенично стање постоји ако су утврђене све правно релевантне чињенице, али је суд погрешно приликом логичке или психолошке оцене утврђених чињеница. У овом случају реч је о погрешној оцени доказа. Погрешно утврђено чињенично стање може имати за последицу неправилно одмеравање врсте и мере кривичне санкције, у законским оквирима. У свим случајевима постојања чињеничних недостатака донета судска одлука је неправилна.

Закоником о кривичном поступку чињенични недостаци су прописани као основ редовних и ванредних правних лекова. Погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање је један од основа за изјављивање жалбе на пресуду првостепеног суда (члан 440. ЗКП). С обзиром да је жалба на пресуду другостепеног суда могућа ако је првостепена ослобађајућа пресуда преиначена у другостепену осуђујућу (члан 463. ЗКП), поставља се питање да ли то подразумева да је чињенично стање другостепени суд другачије утврдио од првостепеног? У теорији не постоји јединство о томе. Једно од схватања је да, у овом случају, није могуће изјавити жалбу услед чињеничних недостатака, зато што се у чињенично стање, које је утврдио првостепени суд није дирало, већ је на основу тако утврђеног чињеничног стања, у седници већа, донета осуђујућа пресуда, уместо ослобађајуће.⁴⁸⁷ Насупрот томе, постоји гледиште да се жалба на другостепену пресуду може изјавити услед чињеничних недостатака.⁴⁸⁸ Друго схватање је прихватљиво стога што до преиначења пресуде, од стране другостепеног суда, може доћи у седници већа, али и на главном претресу (члан 455. став 2. ЗКП).⁴⁸⁹ То значи да ће најчешће другостепена пресуда бити заснована на

⁴⁸⁷ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, *op. cit.*, стр. 630.

⁴⁸⁸ Момчило Грубач, Тихомир Васиљевић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2014, стр. 849. Ипак, није јасно зашто су онда аутори наводили једну старију судску одлуку која управо потиरे заузет став, стога што сентенца гласи да се у случају да другостепени суд заснује своју одлуку на измењеном чињеничном стању, у седници већа, таква одлука се може побијати захтевом за заштиту законитости.

⁴⁸⁹ Горан Илић и други, *op. cit.*, стр. 1045.

измењеном чињеничном стању, што оправдава став да се она може побијати услед чињеничних недостатака.

Решења се, онда када је могуће изјављивати правни лек против њих, могу такође побијати услед чињеничних недостатака. На то нам указује став теорије да се решења могу побијати услед свих недостатака, због којих је могуће побијати пресуду, ако је то могуће.⁴⁹⁰ Предвиђањем сходне примене, између осталог, члана процесног закона, у коме су одређени основи жалбе на првостепену пресуду (члан 468. ЗКП), законодавац је отклонио све дилеме, те јасно установио могућност побијања решења услед чињеничних и правних недостатака.

Један од основа за изјављивање правног лека, који се своди на побијање одлуке о кривичним санкцијама, одузимању имовинске користи, трошковима поступка и о имовинскоправном захтеву, је мешовит. Он обухвата чињеничне и правне недостатке. Одлука о кривичним санкцијама се може побијати само стога што је неправилна, а не и незаконита, док одлука о трошковима поступка и имовинскоправном захтеву може бити побијана зашто је неправилна и незаконита. Одлука о одузимању имовинске користи се може побијати само ако је незаконита.⁴⁹¹ Најзад, ванредни правни лек, захтев за понављање поступка, је могуће изјавити искључиво услед чињеничних грешака у правноснажним судским одлукама. Општи основ овог правног лека су нове чињенице и нови докази.

Правни недостаци постоје у случају непримене права, или погрешне примене права. У том случају донета судска одлука је незаконита. Правни недостаци постоје ако је било грешака у поступању (*error in procedendo*), што значи да суд током поступка није применио, или је погрешно применио одредбе процесног права, или ако је суд на утврђено чињенично стање погрешно применио кривични закон, услед чега је дошло до грешке у пресуђењу (*error in iudicando*). Повреде права могу бити многобројне и разнородне, али нису све од утицаја на законитост судске одлуке. Да би судска одлука била незаконита правни недостатак мора бити битан (значајан) и актуелан. Правне последице утврђеног битног правног недостатка нису идентичне, већ се прави разлика између апсолутно и релативно битних повреда закона. Утврђена апсолутно битна повреда закона има за последицу преиначење или укидање судске одлуке и враћање предмета на поновно суђење. Ако се у поступку по правном леку утврди постојање

⁴⁹⁰ Момчило Грубач, Тихомир Васиљевић, *op. cit.*, стр. 849

⁴⁹¹ Снежана Бркић, *II*, *op. cit.*, стр. 188.

релативно битне повреде закона, на суду је да цени утицај повреде на законитост судске одлуке. Процесне повреде морају још да буду и актуелне. То значи да се изјављивањем правног лека могу обухватити недостаци конкретног стадијума у поступку, који је окончан доношењем побијане одлуке.

15. Субјекти правних лекова

Остваривање права на правни лек зависи од обима, који је детерминисан кругом субјектата, овлашћених за побијање судских одлука, дијапазоном основа, по којима је могу побијати, врстама судских одлука, које се могу побијати, као и формалним претпоставкама за изјављивање правног лека.

Из појма правног лека произлазе елементи дефиниције. Један од елемената је субјект правног лека. Правни лек могу изјавити само законом овлашћени процесни субјекти. Од њихове воље зависи да ли ће поступка преиспитивања судске одлуке уопште и бити. Поступак по правном леку је увек факултативан и важи начело диспозиције процесних субјектата. Круг субјектата, овлашћених за изјављивање правних лекова се разликује, зависно од врсте правног лека. У начелу, круг лица овлашћених за изјављивање правног лека се поклапа са субјектима који имају на праву заснован интерес да побијају правилност и/или законитост судске одлуке. Да би неко лице стекло статус субјекта правног лека, мора да има апстрактни и конкретни правни интерес.⁴⁹² Апстрактни правни интерес је одређен општим овлашћењем за изјављивање правног лека, које је додељено законом. Основу за то представља члан 36. став 2. Устава Србије, којим је гарантовано право на изјављивање жалбе, или другог правног средства, против одлуке, којом се одлучује о каквом праву, обавези, или интересу појединца, заснованом на закону. Према томе, право на изјављивање правног лека је потребно признати свакоме, коме је доношењем судске одлуке одлучено о каквом праву, обавези или интересу.

Круг субјектата овлашћених на изјављивање правног лека је различит, зависно од врсте. Најшири круг субјектата је овлашћен на изјављивање жалбе на пресуду првостепеног суда. Осим странака и браниоца окривљеног, жалбу могу изјавити оштећени, затим лица која се налазе у блиском крвном или грађанском сродству са окривљеним, као и лице чији је предмет одузет, или од кога је одузета имовинска

⁴⁹² Снежана Бркић, *II*, *op. cit.*, стр. 163.

корист. Исти круг субјеката може побијати другостепену пресуду жалбом, у законом предвиђеном случају. Жалбу на решење могу изјавити странке⁴⁹³ и бранилац, као и лица чија су права повређена (сведок, вештак). За изјављивање захтева за понављање поступка овлашћене су странке и бранилац, као и супститути окривљеног, наведени у члану 433. став 2. ЗКП. Према важећем процесном закону захтев за заштиту законитости је такође устројен као двостраначки правни лек, с тим што окривљени може поднети захтев искључиво преко браниоца. Наредбе се не могу побијати редовним правним лековима, већ једино могу бити измењене, или опозване, од стране доносиоца. Оне, међутим, могу бити побијане захтевом за заштиту законитости, који може бити изјављен услед повреде закона.⁴⁹⁴

Осим што мора да поседује апстрактни правни интерес, заснован на закону, да би процесни субјекат могао да изјави правни лек, мора да поседује и конкретни правни интерес. То значи да конкретна судска одлука, у конкретном случају погађа неко право или интерес процесног субјекта, тј. да то лице жели да отклони конкретну штету, насталу доношењем судске одлуке. Реч је о *тзв. gravamini*, који се најчешће објашњава као постојање стварне и непосредне штете по неко право или интерес лица на које се односи. Потребно је да је доношењем незаконите или неправилне судске одлуке битно погоршан правни положај субјекта, који подноси правни лек, односно да је дошло до повреде неког права или на закону заснованог интереса.⁴⁹⁵

Јавни тужилац има најшири дијапазон овлашћења, јер у својству државног органа може да побија судску одлуку и на штету и у корист окривљеног. Ова друга могућност је заснована на положају јавног тужиоца у кривичном поступку. Осим што заступа оптужбу, јавни тужилац је државни орган, овлашћен да се стара о заштити права и интереса окривљеног. Захтев за понављање кривичног поступка јавни тужилац може изјавити само у корист окривљеног,⁴⁹⁶ а захтев за заштиту законитости у оба смера. Супсидијарни и приватни тужилац имају интерес да побијају судску одлуку једино на штету окривљеног.

⁴⁹³ Жалба не нека решења је устројена као једностраначки правни лек. Примера ради, решење о потврђивању оптужнице може побијати само окривљени, а решење о обустави поступка, о одбијању оптужбе и о ненадлежности суда које доноси ванпретресно веће, приликом контроле оптужбе, само јавни тужилац (члан 343. ЗКП).

⁴⁹⁴ Снежана Бркић, *II*, ор. cit, стр. 162.

⁴⁹⁵ Више о томе: Тадија Бубаловић, *Правни лијекови...*, ор. cit, 61-62.

⁴⁹⁶ Из тог разлога не може доћи до понављања поступка ако је донета ослобађајућа пресуда, пресуда којом се оптужба одбија или решење о обустави поступка (Снежана Бркић, *II*, ор. cit, стр. 163).

Окривљени нема гравемен да побија пресуду којом је ослобођен од оптужбе, иако закон не садржи то ограничење. На том курсу је и члан 14. став 5. Међународног пакта о грађанским и политичким правима, којим је предвиђен правни лек само у случају да је неко оглашен кривим. Искристалисао се став теорије да окривљени нема интерес да побија ослобађајућу пресуду, осим ако жели да исходује исту судску одлуку по основу недостатка доказа, уместо ослобађајуће одлуке по основу неурачунљивости.⁴⁹⁷ Такву могућност је отклонио законодавац, предвидевши доношење решења којим изриче меру безбедности медицинског карактера, ако је утврђено да је окривљени у време извршења кривичног дела био неурачунљив, (члан 526. став 4. ЗКП), а не ослобађајућу пресуду, као што је то био случај са претходно важећим процесним законом из 2001. године.⁴⁹⁸ За изјављивање жалбе на решење којим се изриче медицинска мера безбедности, између осталог, овлашћен и окривљени (члан 528. став 1. у вези са чланом 433. став 1. и 2. ЗКП). У процесном закону је остала обавеза да се ослобађајућа пресуда донесе ако дело није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности, као и ако није доказано да је окривљени извршио кривично дело. Стога, сматрамо да окривљени не би имао правни, већ једино морални интерес, да побија ослобађајућу пресуду, донету по једном од ова два основа, јер су обе варијанте једнако повољне и производе једнаке правне последице. Окривљени такође не може изјавити жалбу на своју штету, јер не може имати правни интерес за такво поступање. Окривљени нема правни интерес да захтева преиначење ослобађајуће пресуде у осуђујућу, као ни осуђујуће, у делу којим је изречена кривична санкција, тражећи тежу уместо лакше санкције. Таква жалба била би одбачена као недопуштена.⁴⁹⁹

Блиски сродници окривљеног⁵⁰⁰ могу изјавити жалбу и захтев за понављање поступка само у корист окривљеног, у случају смрти окривљеног, када наступају као његови процесни супститути. За изјављивање правног лека на штету окривљеног они

⁴⁹⁷ Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 434, наведено према: Снежана Бркић, *II*, *op. cit.*, стр. 164.

⁴⁹⁸ Видети члан 355. став 1. тачка 1. ЗКП из 2001. године.

⁴⁹⁹ У јуриспруденцији постоји мишљење да се у оваквим ситуацијама може, осим одбацивања жалбе, ући и у меритум, те донети одлука којом се жалба одбија као неоснована (Тихомир Васиљевић, *Систем...*, *op. cit.*, стр. 563). Аргументација за такву тврдњу налази се у постојању неких повреда одредаба кривичног поступка, које вређају општи интерес, те се на њих пази по службеној дужности. Уважавајући такву потпору наведеног става сматрамо да је формална одлука, којом се одлучује о допуштености правног лека приоритетна, у односу на мериторну, те да о томе треба претходно одлучити и правни лек одбацивати ако је у дисхармонији са конкретним правним интересом овлашћеног лица.

⁵⁰⁰ Према Законику о кривичном поступку то су: брачни друг, лице са којим живи у ванбрачној или другој трајној заједници живота, сродници по крви у правој линији, законски заступник, усвојитељ, усвојеник, брат, сестра и хранитељ.

немају конкретан правни интерес. Бранилац окривљеног такође може изјавити правни лек само у корист окривљеног, будући да је пружање стручне помоћи приликом одбране у кривичном поступку у самој бити његовог процесног положаја. За изјављивање правног лека браниоцу окривљеног није потребно посебно овлашћење, с тим што не може изјавити правни лек против воље окривљеног, осим ако је окривљеном изречена казна затвора у трајању од 30 до 40 година (члан 433. став 6. ЗКП). Исто правило важи и за блиске сроднике (процесне супституте) окривљеног.

Осим круга субјеката овлашћених на побијање судских одлука, заснованог на правном интересу, од значаја за опсег права на правни лек је дијапазон основа побијања судске одлуке. То право може бити потпуно, што подразумева побијање судске одлуке у целости, по свим основама, или ограничено, ако одређени процесни субјект може побијати судску одлуку само делимично, или само по неким основама. У теорији се говори о границама побијања одлуке, у погледу основа на које се може позвати овлашћено лице, делова одлуке која се оспорава, те о правцу побијања.⁵⁰¹

Правило је да се може побијати само диспозитив судске одлуке, а не и образложење. С обзиром на заузет став да је допуштено да окривљени изјави жалбу на ослобађајућу пресуду, тражећи истоветну одлуку, али по другом основу за ослобађање од оптужбе, поставља се питање, да ли је у том случају реч о побијању образложења? Сматрамо да је и у том случају реч о побијању диспозитива, у коме јасно стоји основ за доношење пресуде, којом се окривљени ослобађа од оптужбе. Још један потенцијалан изузетак односи се на једну од релативно битних повреда одредаба кривичног поступка, која се састоји у противуречности образложења диспозитиву пресуде, изостанку образложења, или у нејасноћама, противуречностима и другим недостацима у образложењу пресуде (члан 438. став 2. тачка 3. ЗКП). Да ли се тада побија образложење пресуде, а не диспозитив? Сматрамо да се и у овом случају побија диспозитив, стога што је диспозитив изведен из аргумената суда, којима се руководио приликом оцене доказа, односно утврђивања чињеница. Овде је заправо дошло до неправилне судске одлуке услед погрешних логичких закључака о утврђеним чињеницама, што аргумендују противуречности у образложењу пресуде, или услед пропуста да се утврде све одлучне чињенице, што је видљиво из изостанка образложења.

Најшири опсег побијања судских одлука имају они процесни субјекти који могу изјавити правни лек по свим основама. У том случају они могу, у потпуности,

⁵⁰¹ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, op. cit, стр. 562.

оспоравати правилност и законитост судске одлуке, услед чињеничних и правних недостатака. Кад је у питању жалба на пресуду, то право припада странкама, као и браниоцу окривљеног. Ови процесни субјекти могу изјавити жалбу на пресуду првостепеног и другостепеног суда по свим основама, прописаним у члану 437. ЗКП. Од овог правила процесни закон предвиђа једно значајно ограничење. Реч је о ситуацији када окривљени током кривичног поступка призна извршење кривичног дела. У том случају даље извођење доказа по службеној дужности од стране суда је допуштено једино ако постоји основана сумња да је признање окривљеног неистинито, или ако је признање нејасно, непотпуно, или у противречју са другим изведеним доказима (члан 88. ЗКП). Ако исход поступка буде осуђујућа пресуда, окривљени, бранилац и процесни супститути тада имају право на жалбу у ограниченом опсегу. Они могу изјавити жалбу само услед погрешног, или непотпуно утврђеног чињеничног стања, али и тада редуковано, само у погледу чињеница, на основу којих је суд извршио одмеравање казне (члан 433. став 7. ЗКП).

Редукција права на жалбу, у случају признања окривљеног може бити оправдана, али је законодавац, чини се, то учинио у погрешном смеру. Окривљени не може да оспорава чињенично стање, осим у делу изведених доказа од стране суда, по службеној дужности. Међутим, очигледно је да је суд потврдио наводе окривљеног, након провере квалитета признања, с обзиром да је донео пресуду којом се окривљени оглашава кривим. Стога се може рећи да постоји сагласност суда и странака око одлучних чињеница. Онда има смисла ограничити жалбу услед чињеничних недостатака. Нема сметње да то буде и за обе странке, јер окривљени признаје управо оно што му се оптужбом ставља на терет. Са друге стране, постоји основ изјављивања жалбе, који се своди на неправилности и незаконитости у погледу утврђивања врсте и мере кривичне санкције. По том основу би требало допустити изјављивање жалбе странкама и браниоцу окривљеном, као и процесним супститутима. Редукција права, свођењем само на жалбу услед повреда кривичног закона, или битних повреда одредаба кривичног поступка, апсолутно не може имати оправдања, јер је судска одлука донета у редовном кривичном поступку, након одржаног главног претреса.

Право на изјављивање жалбе у пуном опсегу има и оштећени, који је током првостепеног поступка наступао у својству супсидијарног и приватног тужиоца. То право супсидијарног тужиоца опстаје и ако је јавни тужилац преузео кривично гоњење од оштећеног, до окончања главног претреса. У неким случајевима је законодавац

презумирао правни интерес, те је ограничио опсег права на жалбу. Тако оштећени, који у поступку није био странка, може побијати пресуду само због одлуке о имовинскоправном захтеву и о трошковима кривичног поступка (члан 433. став 4). Са друге стране, одлуку суда о имовинскоправном захтеву жалбом не може да побија ниједан овлашћени тужилац, јер није субјект адхезионог поступка, у коме се о томе одлучује.⁵⁰² Јавни тужилац може да побија законитост правноснажне одлуке о имовинскоправном захтеву, било да је донета у кривичном или у парничном поступку, изјављивањем ванредног правног лека. Правни интерес за побијање судске одлуке постоји и код лица од кога је одузет предмет и лице од кога је одузета имовинска корист, те се и они јављају у својству субјеката који су овлашћени на изјављивање правних лекова. Ови процесни субјекти могу побијати пресуду жалбом само у делу, у коме је одлучено о одузимању предмета или имовинске користи.

Код ванредних правних лекова је најчешће прописан пун опсег побијања судских одлука. Ванредни правни лекови, међутим, имају ужи круг субјеката, који су овлашћени на њихово изјављивање. Побијање чињеничне основице правноснажне пресуде, у виду захтева за понављање кривичног поступка, даје се јавном тужиоцу и окривљеном, односно браниоцу окривљеног. Ако је понављање поступка допуштено само у корист окривљеног, онда оштећени као тужилац нема правни интерес за побијање правноснажне пресуде. Ако је допуштено побијање чињеничне основе у оба смера, онда се право на изјављивање захтева за понавање кривичног поступка даје овлашћеном тужиоцу. Након смрти окривљеног право побијања правноснажно утврђених чињеница припада јавном тужиоцу, као и процесним супституцијама окривљеног. За побијање правне основице правноснажних судских одлука је увек овлашћен јавни тужилац, с обзиром на надлежност да се стара о уставности и законитости. С обзиром да о захтеву за заштиту законитости решава највиши суд, право на изјављивање овог правног лека припада највишем у јавнотужилачкој хијерархији (члан 483. став 2. ЗКП). С циљем обезбеђивања контрадикторности се то право додељује и окривљеном, односно браниоцу окривљеног, али се то право најчешће ограничава роком. Такође се најчешће то право окривљеног остварује искључиво преко правног лека који може изјавити искључиво бранилац окривљеног (члан 483. став 3. ЗКП).

⁵⁰² Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 436.

16. Објекат правног лека

Осим круга овлашћених субјеката, који имају право да побијају чињеничну и правну основицу судске одлуке, правни лекови имају свој објекат. Објекат правног лека представља онај део судске одлуке, који се њиме побија.

О постојању права државе на кажњавање, решава се судском одлуком у кривичном поступку. До ње се долази радњама одлучивања, које представљају посебну врсту процесних радњи. У кривичном поступку се најпре одлучује о чињеничним, па онда и о правним питањима. Најпре се од утврђених чињеница формира чињенично стање, а затим се на утврђену чињеничну конструкцију примењују правне норме.⁵⁰³ Одлучивање у кривичном поступку може бити процесно и мериторно. Процесним одлучивањем се не одлучује о оправданости казненоправног захтева, услед постојања одређених процесних сметњи. Мериторно одлучивање је суштинско одлучивање о основаности казненог захтева. Епилог тога може бити усвајање или одбијање захтева за кажњавање.⁵⁰⁴ Власт одлучивања припада суду. Изузетно, с обзиром да јавни тужилац одлучује о покретању истраге, као и о њеном окончању, може се рећи да власт одлучивања припада и овом државном органу. Јавни тужилац, међутим, не поседује власт мериторног одлучивања, нити може одлучивати о правима других процесних субјеката.⁵⁰⁵

Судске одлуке представљају материјализацију процесних радњи одлучивања у кривичном поступку. Оне су израз формалног и мериторног одлучивања. Њима се одлучује о чињеничним и правним питањима. По форми се деле на наредбе, решења и пресуде. Пресуда је судска одлука, којом се кривична ствар (кривичноправни однос) решава у одређеној судској инстанци.⁵⁰⁶ Пресудом се одлучује о главном и споредним предметима у кривичном поступку. Доношење пресуде је у искључивој надлежности суда. Пресуда се, по правилу,⁵⁰⁷ доноси након одржаног главног претреса. Основ пресуде могу бити само чињенице, које су доказане на главном претресу, уз гаранције које пружају начело контрадикторности, усмености, непосредности и јавности.

⁵⁰³ Саша Кнежевић, *Кривично...*, *op. cit.*, стр. 345.

⁵⁰⁴ Војислав Ђурђић, 2014, *op. cit.*, стр. 341.

⁵⁰⁵ Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, Београд, 2014, стр. 128.

⁵⁰⁶ Војислав Ђурђић, 2014, *op. cit.*, стр. 343, Саша Кнежевић, *Кривично...*, *op. cit.*, стр. 346.

⁵⁰⁷ Изузетак представљају пресуда на основу споразума о признању кривичног дела, као и пресуда изречена након рочишта за изрицање кривичних санкција, која се доноси без одржавања главног претреса.

Предмет пресуде може бити само кривично дело и учинилац, садржани у чињеничном опису оптужног акта. Пресуда може бити процесна и мериторна. Процесном пресудом, која се назива пресуда којом се оптужба одбија, се решавају питања која се тичу поступка. Њоме се не одлучује о кривичној ствари, већ се констатује постајање сметњи за кривично гоњење. Мериторном пресудом се одлучује о основаности казненог захтева. Осуђујућа пресуда се доноси, ако је казнени захтев основан, а ослобађајућа, ако је неоснован. Изузетно се о кривичној ствари и о окончању кривичног поступка одлучује решењем. Решење о изрицању судске опомене и о изрицању васпитних мера, у поступку према малолетницима, представљају мериторне судске одлуке. Решење о обустави поступка представља формалну судску одлуку, којом се окончава кривични поступак, пре почетка главног претреса, услед трајних и неотклоњивих сметњи за кривично гоњење.

16.1. Диспозитив пресуде

Судске одлуке се, као најважније судске одлуке, одликују посебном формом. Оне се по правилу, састоје од увода, диспозитива (изреке), образложења, поуке о правном леку и аутентификације. Изрека је најзначајнији део, „срце“ судске одлуке, у коме је садржана примена закона у конкретном случају, и само је она подложна извршењу. Одлуку суда, у ужем смислу, представља оно што је наведено у изреци.⁵⁰⁸ У силогизму, где је горња премиса апстрактна правна норма, а доња, утврђено чињенично стање, закључак је диспозитив судске одлуке. У њему се налази воља суда, односно заповест државне власти о примени права на утврђене чињенице.⁵⁰⁹ Да би логички закључак био ваљан, мора бити заснован на правилним и истинитим премисама. Горња премиса мора бити изведена из правилно примењених метода тумачења права, а доња из потпуно и тачно утврђеног чињеничног стања. У диспозитиву пресуде се налазе лични подаци о окривљеном, као и одлука суда о казненоправном захтеву тужиоца (члан 85. став 1. ЗКП). Део пресуде, у којој је садржана одлука суда се разликује, с обзиром на то да ли се окривљени оглашава кривим, ослобађа од оптужбе, или се оптужба одбија. Осуђујућа пресуда садржи чињенични опис, правну квалификацију, одуку о кривичној санкцији, о трошковима

⁵⁰⁸ Миодраг Мајић, *Вештина писања првостепене кривичне пресуде*, Београд, 2016, стр. 27.

⁵⁰⁹ Давор Крапац, *Институције...*, *op. cit.*, стр. 267.

поступка, урачунавању притвора, или већ издржане казне, и о имовинскоправном захтеву (члан 424. ЗКП).

Диспозитив осуђујуће пресуде садржи личне податке окривљеног, затим одлуку суда, којом се оглашава кривинм, за дело за које је опзужен, чињенични опис дела законски назив кривичног дела, одлуку о казни и другим кривичним санкцијама, те споредним предметима поступка. Вердикт осуђујуће пресуде почиње речима „крив је“, а затим се представља кривични догађај, односно понашање окривљеног, којим је извршено кривично дело. У овом делу пресуде треба да стоји време и место извршења, законски елементи и чињенице и околности кривичног дела. Приликом приказивања чињеница и околности суд користи терминологију из свакодневног живота, наводећи радњу или пропуштање окривљеног, којим је проузрокована наступела последица. Чињеничним описом мора бити обухваћен сваки елемент конкретног кривичног дела, тј. мора се из описа јасно распознати. Управо недостаци у чињеничном опису дела често доводе до укидања пресуде.⁵¹⁰

Одлука суда у ослобађајућој пресуди (члан 423. тачка 1. ЗКП) почиње речима „ослобађа се оптужбе“, а затим се наставља чињеничним описом дела, правном квалификацијом, те одлуком о имовинскоправном захтеву и трошковима кривичног поступка. Диспозитив одбијајуће пресуде (члан 422. тачка 3. ЗКП) препознатљив је по фрази „одбија се оптужба“, а даљи елементи ове пресуде су идентични ослобађајућој пресуди. Једна од апсолутно битних повреда одредаба кривичног поступка постоји ако је изрека пресуде наразумљива (члан 438. став 1. став 11. ЗКП). Релативно битну повреду одредаба кривичног поступка представља противуречност изреке пресуде самој себи (члан 438. став 2. тачка 2. ЗКП).

16.2. Образложење пресуде

Образложење је део судске одлуке у којима суд излаже мисаони процес доношења одлуке. Суд аргуентује које је методе тумачења права користио и како је оценио доказе. У овом делу се налазе разлози, којима се суд руководио приликом доношења одлуке, у конкретном случају.⁵¹¹ Образложење представља значајног јемца заштите од судске произвољности. У њему је изражена воља суда, која треба да се поклапа са вољом законодавца, апстрактно израженом у закону.⁵¹² Према слову закона,

⁵¹⁰ Миодраг Мајић, *op. cit.*, стр. 37.

⁵¹¹ Миодраг Мајић, *op. cit.*, стр. 99.

⁵¹² Горан Илић, *Право на образложену судску одлуку*, Crimen 2/2011, стр. 229.

суд ће у образложењу изнети разлоге за сваку тачку пресуде (члан 428. став 6. ЗКП). Овај део омогућава овлашћеним лицима да побијају диспозитив судске одлуке, а вишестепеном суду омогућава да испита правилност и законитост судске одлуке. У образложењу су садржана чињенична и правна питања. Законском терминологијом, суд ће изнети утврђено чињенично стање у кривичном поступку, а затим навести разлоге због којих утврђене чињенице сматра доказаним или недоказаним. Суд мора образложити зашто није уважио предлоге странака, а нарочито оцену веродостојности противуречних доказа. Суд такође аргументује разлоге, којима се руководио приликом решавања правних питања (члан 428. став 8. ЗКП). У случају изрицања осуђујуће пресуде, суд ће у образложењу навести чињенице, које је узео у обзир при одмеравању казне (члан 428. став 10. ЗКП).

Суд је дужан да образложи логичку и психолошку анализу и оцену доказа, у делу аргументације о утврђеном чињеничном стању.⁵¹³ Нарочито је важно да суд образложи став о веродостојности доказа. У делу о примени права суд наводи које је одредбе закона применио и како их је тумачио. Најзад, суд наводи које је околности узео као олакшавајуће, а које као отежавајуће, приликом одмеравања казне. С обзиром на наведене елементе образложења, може се сублимирати садржај овог дела пресуде. Најпре се износе тужиочеви наводи, а затим изјашњење окривљеног о оптужби, са нагласком на оспорене делове оптужбе. Након тога се елаборирају изведени докази, приказом садржине доказа, а затим следи њихова анализа. Најзад, суд наводи разлоге за правну квалификацију, те за одређивање врсте и мере кривичне санкције.⁵¹⁴

Централни део образложења свакако представља анализа доказа. Реч је, заправо о анализи чињеничних и правних питања. Приликом чињеничне анализе суд наводи аргументе за чињенице које је утврдио, наводећи које је чињенице утврдио и којим доказима. Реч је о оцени доказа, која се врши њиховим довођењем у међусобну везу. Ако је суд донео осуђујућу пресуду, у чињеничној анализи ће образложити на основу чега је, са извесношћу, утврдио основаност оптужне тезе. У супротном, ако је донета ослобађајућа пресуда, суд ће изнети аргументе у прилог тврдњи да је утврђено чињенично стање показало да казнени захтев није био довољно основан, тј. да тужилац није успео да докаже своју оптужну тезу. Анализа чињеничног стања се врши само у овом случају, приликом доношења ослобађајуће пресуде услед недостатка доказа. У

⁵¹³ Момчило Грубач, 2014, *op. cit.*, стр. 328.

⁵¹⁴ Миодраг Мајић, *op. cit.*, стр. 105.

случају доношења ослобађајуће пресуде зато што дело није кривично дело, реч је о правном питању, те изостаје оцена чињеничног стања. Иста констатација важи и за одбијајућу пресуду, код које се у образложењу наводе правна питања, без евалуације утврђеног чињеничног стања.

Правило је да се може побијати само диспозитив судске одлуке, а не и образложење. С обзиром на заузет став да је допуштено да окривљени изјави жалбу на ослобађајућу пресуду, тражећи истоветну одлуку, али по другом основу за ослобађање од оптужбе, поставља се питање, да ли је у том случају реч о побијању образложења? Сматрамо да је и у том случају реч о побијању диспозитива, у коме јасно стоји основ за доношење пресуде којом се окривљени ослобађа од оптужбе. Још један потенцијалан изузетак односи се на једну од релативно битних повреда одредаба кривичног поступка, која се састоји у противуречности образложења диспозитиву пресуде, изостанку образложења или у нејасноћама, противуречностима и другим недостацима у образложењу пресуде (члан 438. став 2. тачка 3. ЗКП). Да ли се тада побија образложење пресуде, а не диспозитив? Сматрамо да се и у овом случају побија диспозитив, стога што је диспозитив изведен из аргумената суда, којима се руководио приликом оцене доказа, односно утврђених чињеница. Овде је заправо дошло до неправилне судске одлуке услед погрешних логичких закључака о утврђеним чињеницама, што аргумендују противуречности у образложењу пресуде, или услед пропуста да се утврде све одлучне чињенице, што је видљиво из изостанка образложења.

III ИСПИТИВАЊЕ ЧИЊЕНИЧНЕ ОСНОВЕ НЕПРАВНОСНАЖНЕ ПРЕСУДЕ

17. Појам испитивања утврђених чињеница

Чињенична основа пресуде у кривичном поступку се састоји од утврђених чињеница. То су, пре свега, одлучне чињенице, али и чињенице индиције и контролне чињенице. Скуп одлучних чињеница представља чињенично стање и налази се у диспозитиву судске одлуке. На утврђене чињенице суд примењује право, те доноси одређену врсту пресуде.

Утврђене чињенице у кривичном поступку могу бити предмет испитивања, у поступку по правним лековима. Чињенична основа неправноснажне пресуде се може

испитивати у поступку по жалби, а правноснажне, у поступку по захтеву за понављање поступка. Испитати значи прегледати, ревидирати, преконтролисати, преиначити, преправити, изменити ранији став. Испитивање утврђених чињеница, према томе, представља њихову контролу, односно ревизију. С обзиром да смо утврђивање чињеница одредили као делатност суда (изузетно, јавног тужиоца), којима стиче уверење о извесности постојања чињеница, испитивање чињеница представља контролу закључака суда о њиховом постојању. Осим правилности закључака о постојању чињеница, у поступку по правним лековима се још испитује и опсег утврђених чињеница. То представља контролу закључака суда о томе које чињенице је неопходно утврдити.

Подносилац правног лека, побијањем чињеничне основе пресуде, жели да исходује доношење другачијег закључка о постојању, или непостојању чињеница, односно да се прошири опсег утврђених чињеница. Жалилац износи другачији став о постојању неке чињенице, или опонира закључку суда да неку чињеницу не треба утврдити, у конкретном случају. Стога сматрамо да је испитивање чињеничне основе обухвата најпре делатност вишег суда, којом се контролишу закључци нижег суда о чињеницама, на којима је заснована побијана одлука, по захтеву, садржаном у правном леку.

Поставља се питање, које се чињенице преиспитују. С обзиром да се овај основ за жалбу најчешће одређује као испитивање правилности и потпуности *чињеничног стања*, нема сумње да су предмет преиспитивања одлучне чињенице. Имајући, међутим у виду да смо раније аргументовали да се у кривичном поступку утврђује и чињенице индиције и контролне чињенице, сматрамо да оне такође могу бити предмет преиспитивања. Погрешан закључак суда о постојању одлучне чињенице може бити последица грешака у утврђивању индиција, или контролних чињеница. Стога нема сумње да се све врсте чињеница, које се утврђују у кривичном поступку, могу преиспитивати у поступку по правним лековима.

Исход испитивања чињеничне основе, од стране вишег суда, може бити потврђивање ставова и уверења нижег суда, чија се одлука побија, о постојању и потпуности утврђених чињеница. Са друге стране, испитивање чињеничне основе може исходовати укидањем пресуде, услед недостатака у процесу утврђивања чињеница. У овом случају долази до поновног утврђивања чињеница, на основу раније изведених и новоизведених доказа, на претресу пред првостепеним судом.

Првостепени суд, приликом поновног утврђивања чињеница, није везан за раније закључке о постојању чињеница, али он не само што поново утврђује чињенице, већ и преиспитује раније чињеничне закључке. Стога и ове делатности треба укључити у дефинисање испитивања чињеничне основе пресуде. На основу наведеног се може закључити да (пре)испитивање чињеница представља контролу правилности закључака нижег суда о њиховом постојању. Ову делатност најпре обавља виши суд, а затим и нижи суд, након укидања пресуде, приликом поновног суђења.

Испитивање чињеничне основе неправноснажне пресуде има своје корене још у оптужном типу кривичног поступка. Стога је потребно сагледати историјски развој те могућности, кроз анализу редовних правних лекова, који су средство за побијање чињеничне основе неправноснажне пресуде у кривичном поступку.

18. Историјат редовних правних лекова

18.1. Стари век

Неопходан предуслов за побијање судске одлуке је постојање судова ниже и више инстанце. У старом Египту, врховна власт је припадала владару, који је истовремено представљао највишу судску власт. Нижа судска инстанца је у Старом царству је била тзв. „палата шесторице“, а током Новог царства судску власт су вршили колугијум од тридесет судија, окружни и градски судови. У старом Египту није постојала диференцијација на грађански и кривични поступак, већ се судски поступак одвијао по истим правилима.⁵¹⁵

Иако управна власт није била одвојена од судске, у Вавилонском царству су постојали државни чиновници, који су вршили судску власт, али и поротници, који су обављали само судску функцију. Суђење је било тростепено. У првом степену је судио месни суд, на челу са управником града, са којим је судеће вече чинило 4-8 угледних грађана, поротника. Другостепени суд је обласни суд, где је судеће веће било састављено од шаканакуа и 6-10 поротника. На пресуду овог суда могла се изјавити жалба владару, који је представљао врховну судску власт и који је доносио коначну одлуку, у трећем степену. О обиму преиспитивања првостепене и другостепене судске одлуке у старом Египту и Вавилонском царству нема поузданих информација.

⁵¹⁵ Драган Николић, *Графменти правне историје*, Ниш, 1997, стр. 54.

Хронолошки посматрано, први тип акузаторног кривичног поступка био је из античке Грчке.⁵¹⁶ Са увођењем популаре тужбе, као плод Солонових реформи, основан је својеврсни народни врховни суд, Хелиеја, који је био надлежан за суђење у првом⁵¹⁷ и другом степену. Након Клистенових реформи овај суд постаје надлежан да суди по жалбама на одлуке органа државне власти. Разликовала су се два начина кривичног гоњења. За дела од општег интереса сваки грађанин је могао поднети народну, јавну тужбу (*графе*), чиме би отпочињао кривични поступак. За дела од приватног интереса, поступак се водио на основу приватне тужбе оштећеног (*дики*), претежно с циљем накнаде штете. У првом случају, за дела којима се вређа општи интерес, право изјављивања жалбе било је условљено успехом у адхезионом поступку, у коме је окривљени истицао да је пресуда заснована на лажном исказу сведока. У случају вођења поступка по приватној тужби, било је могуће побијање пресуде жалбом, без додатних услова који су постојали у поступку по популарној тужби. За поступак по жалби нису постојала посебна правила, већ је Хелиеја одлучивала као и првостепени суд, сходно начелу непосредности. То значи да је чињенично стање, које је утврдио првостепени суд, могло бити преиспитивано од стране жалбеног суда, без ограничења. Суђење у поступку по жалби је заправо било понављање поступка, под истим условима као у првостепеном поступку. Старогрчки кривични поступак познавао је и својеврсно понављање поступка, окончаног у одсуству окривљеног, ако се окривљени појави најкасније десет дана након доношења пресуде.⁵¹⁸

У романистичкој науци далеко већа пажња усмерена је на проучавање и тумачење римског приватног права, док је неправедно запостављено римско јавно право (посебно кривични поступак).⁵¹⁹ Посматрајући еволутивни развој права, кроз одређене периоде развоја римске државе, јасно се уочава тенденција сепарације приватног од јавног права. У периоду Републике, римски правници, који су попунили правне празнине, створили су основу за рецепцију римског права и његових института

⁵¹⁶ Више о томе: Драган Николић, *op. cit.*, стр. 112-113.

⁵¹⁷ Осим хелиеје, која је судила у првом степену амо за кривична дела против државе и службене дужности, у Атини су постојали и други судови и државни органи који су вршили судску власт (Ареопаг, Суд ефета, Суд једанаесторице, Суд диетета, Суд четнаесторице Архонти и специјализовани судови). *Ibidem*.

⁵¹⁸ Горан Илић, *Границе...*, *op. cit.*, стр. 39-40.

⁵¹⁹ Марија Игњатовић, *О утицају појединих правила римског јавног права на савремено право*, *Social change in the global world*, Штип, 2014, стр. 357.

од стране правних система других држава и народа.⁵²⁰ Развој римског приватног и јавног права се даље може пратити кроз мишљења угледних правника, одлуке Сената и царске одлуке из каснијег доба римске државе (Гајеве Институције и Јустинијанову Кодификацију).

Provocatio, односно позив на народно суђење је представљао другу фазу когницијског поступка.⁵²¹ Био је допуштен свим пунолетним римским грађанима мушког пола, али не и женама које нису имале право да учествују у раду Скупштине. Овај правни лек је био установљен у периоду ране Републике и први пут је правно регулисан 509. године путем *Lex Valeria de provocatione*, којим је дозвољено апеловање грађанина народу против осуде на смртну казну, телесну казну и високу новчану казну, коју би изrekli магистрати.⁵²² Изјављивање *provocatio* је имало за циљ укидање правоснажне пресуде магистрата и да се коначно решавање о кривници и казни учиниоца кривичног дела пренесе на Скупштину. Међутим, ово правило се у пракси сусретало са одређеним проблемима. Случај се није могао изнети пред Народну скупштину уколико се са захтевом осуђеног не би сложили магистрати, који су имали надлежност да сазивају Скупштину. Када би пак, неки од магистрата усвојио *provocatio* осуђеника, морао би да сазове Скупштину и то центуријатску, ако је предмет жалбе била смртна казна, или трибутску, ако се радило о *mulcta suprema* (високој казни).⁵²³ Од дана прихватања *provocatio* од стране магистрата до заседања Народне скупштине морало је да прође најмање 24 дана, а у том периоду вршило се поновно саслушање упутиоца *provocatio*. Уколико до тога не би дошло, а Скупштина се састане, осуђени би био ослобођен претходно досуђене казне и поступак би тиме био завршен. Када су сви услови за изношење случаја пред Народну скупштину били испуњени, поново би се приступило утврђивању чињеничног стања учињеног кривичног дела. Утврђивање чињеничног стања вршено је у посебним већима непосредно пред одржање главног заседања Скупштине.

⁵²⁰ Малина Новкиришка, *За римското публично право, Римско и савременно публично право*, Софија, 2013, стр. 29.

⁵²¹ Когницијски поступак се водио за кривична дела за која је могла да се изрекне смртна или највиша новчана казна (3200 аса) и одвијао се у две фазе. Прва фаза се одвијала пред магистратом који је био јединствени представник државе у поступку (тужилац, иследник и судија). Док се друга фаза, по подношењу *provocatio*, предузимала пред Народном скупштином.

⁵²² “*Ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret*”.

⁵²³ Гоце Наумовски, Владо Бучковски, Мирјана Поленак-Акимовска, Иво Пухан, *Римско право*, Скопље, 2014, стр.450.

Назнаке правног лека *appellatio* први пут можемо срести у периоду Принципата, када надлежност за вођење кривичног поступка, у име императора, прелази на *praefectus urbi* (градског префекта), чија се надлежност простирала у Риму и у околини од 100 миља, а у Италији изван простора од 100 миља и над лицима, која су била изузета од јурисдикције провинцијских гувернера⁵²⁴.

У случају када су судили специјални или генерални императорови делегати, лице које није било задовољно њиховом пресудом, могло је да поднесе *appellatio* директно императору. *Appellatio* је био нови институт у римском праву, који је могао да се појави једино у хијерархијски уређеној држави.⁵²⁵ Хијерархијски виши орган је имао овлашћење да прихвати, одобри или измени, односно да укине и да сам донесе одлуку уместо одлуке њему подређеног органа. У том периоду, долази и до појаве вишестепености у суђењу тако да је осуђени могао уложити жалбу чак и принцепсу чија би одлука била правно обавезујућа и коначна.

Жалбени поступак у периоду Домината није доживео значајне измене. *Appellatio* се подносио суду, који је одлучивао у првом степену. Суд је затим разматрао, да ли може усвојити жалбу и једино уколико то није било могуће, жалбу је, заједно са свим списима предмета и мишљењем, слао хијерархијски вишем суду (апелационом суду). Судија који је неправедно ускратио право на жалбу ризиковао је да буде новчано кажњен. Рок за изјаву *Appellatio* био је два до три дана, да би се касније Трибонијановом реформом тај рок продужио на десет дана. Приликом одлучивања по жалби, јавност је била искључена. Као и у периоду Принципата, одлука хијерархијски нижег суда је могла били поништена, измењена, или потврђена, али апелациони суд је био овлашћен и да сам донесе нову пресуду. С обзиром да се поступак пред апелационим судом одвијао по истим правилима као и првостепени, на основу овог правног лека је испитивана чињенична и правна основа судске одлуке.⁵²⁶ Суд правног лека је био овлашћен да доказни поступак води испочетка, независно од разлога, наведених у жалби и обима побијања пресуде.⁵²⁷ То је последица важења начела утврђивања истине и слободне оцене доказа, значајних принципа римског кривичног поступка, у доба домината.⁵²⁸

⁵²⁴ *Ibid*, стр. 501.

⁵²⁵ Гоце Наумовски, Владо Бучковски, Мирјана Поленак-Акимовска, Иво Пухан, *op. cit*, стр. 459.

⁵²⁶ Горан Илић, *Границе...*, *op. cit*, стр. 131.

⁵²⁷ Ивица Крамарић, *Другостепени кривични поступак, докторска дисертација*, Нови Сад, 1985, стр. 32.

⁵²⁸ Ивана Јарамаз Рескушић, Томислав Меданчић, *Cognitio extra ordinem у римском праву*, Правник број. 40/2006, стр. 104.

Поред кривичног поступка пред нижим и апелационим судовима, у овом периоду се одржало и императорово лично посредовање у правосуђу. По једном закону Теодосија II император суди сам само у оним споровима, који су пресудили *judices inlustres* (прворангирани), а кад се апелује против одлука судија названих *judices spectabiles*, суђење се предавало комисији.⁵²⁹

18.2. Средњи век

Рано средњевековно право не познаје установу правног лека. Неке установе сличне правном леку, као *покуда пресуде* у германском праву, или *апел на лажну пресуду* су завршавани двобојем између онога ко је изјавио и онога ко је пресудио. Уколико би судија био поражен, пресуда је укидана, а судија (властелин) је губио право на пресуђивање, у конкретној ствари.⁵³⁰ О правном леку може бити речи тек од XII века, што се поклапа за развојем институција модерне државе.⁵³¹ Многи италијански правници су се залагали за постојање жалбе на одлуку о добијању признања применом тортуре, као и против мериторне одлуке о кривици.

Касније је у судској пракси апелирање било, у знатној мери, ограничено, а и теорија се залагала на сужавање ове могућности. Кључни аргументи су били да првостепено суђење већ пружа довољне гаранције, које превенирају грешке судија, као и да постоји опасност од дерогирања закона путем глорификовања злочина. Италијанске идеје су се пренеле на германско право раног средњег века. Изјављивање апела је било могуће само на одлуку о добијању признања тортуром. Осим тога, постојала је могућност преношења списа истражитеља на одлучивање већа правних стручњака, или надлежног министра, за најтежа кривична дела.⁵³²

Под утицајем рецепције римског канонског права, црква је усвојила инквизиторни кривични поступак. У њему је постојао правни лек апел, а поступак је био тростепени, где је у трећем степену судио папа, односно патријаршијски суд у православној цркви. У француском праву раног средњег века је постојао и апел због ускраћивања права, који је могао изјавити вазал због тога што се три пута безуспешно обраћао свом властелину зарад судске заштите. Ово правно средство се изјављивало

⁵²⁹ Живко Милосављевић, *Римско јавно право*, Београд, 1898, стр. 658.

⁵³⁰ Горан Илић, *Границе...*, *op. cit.*, стр. 43

⁵³¹ Мирјан Дамашка, *Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*, *Yale Law Journal* 3/1974, стр. 489.

⁵³² *Ibidem.*

непосредно вишем властелину, а у случају да је и тада била ускраћена судска заштита, могло се даље ићи, хихерархијски све до краља.⁵³³ Из правних средстава француског права се развио правни лек, о коме је одлучивао краљевски суд. Поступак пред овим судом се одвијао уз строго поштовање прописа, а будући да је суд могао самостално истраживати стање ствари,⁵³⁴ произлази да је реч о чињеничном преиспитивању пресуде. У германском праву се на основу покуде пресуде такође развио правни лек, делатношћу судова, тако да је о побијаној пресуди одлучивао непосредно виши суд.⁵³⁵ Овде је суд правног лека судио на основу списка, а не на претресу, те нема говора о испитивању чињеничне основе побијане пресуде.

У немачком праву 16. века од највишег значаја је доношење законика Карла V, под називом *Constitutio criminalis Carolina*. Њиме је разграничен акузаторни од инквизиционог поступка. С обзиром да у Каролини није била предвиђена установа правног лека, примењивани су раније важећи прописи, којим су попуњаване правне празнине. Правни лек у облику апела вишем суду је, међутим, постојао само у акузаторском типу кривичног поступка. У инквизиционом поступку је постојао лек даљње одбране, чије је изјављивање имало суспензивно дејство, док окривљени пред судијом изведе доказе, у одређеном року. Ова установа је у теорији различито тумачена,⁵³⁶ мада има схватања да је реч о апелацији у инвизиционом поступку, с обзиром да је окривљени практично остваривао право на одбрану, додуше пред судијом који је већ против њега донео осуђујућу одлуку. С обзиром на карактеристике, може се закључити да је реч о некој мешавини апела и понављања поступка, где је, недвојбено, долазило до чињеничне ревизије првостепене пресуде.

Предуслови за испитивање судских одлука у кривичном поступку у Француској су јачали заједно са ширењем власти краља. Негде од XIV века је етаблирана могућност да краљ буде апелациони суд над одлукама феудалаца. Тако су краљеви судови постали апелациона инстанца за одлуке сениоралних судова.⁵³⁷ Установа правног лека је у француском праву правно перфектуирана доношењем Ордонансе 1670. године. Право на апелацију имали су окривљени, тужилац и оштећени. О правном леку су одлучивали властелински судови и краљев суд, а у случају осуде на

⁵³³ Драган Николић, *op. cit.*, стр. 237.

⁵³⁴ Владимир Бајер, *Казнено поступовно право прва књига, повијесни развој*, Загреб, 1943, стр. 96.

⁵³⁵ Горан Илић, *Границе...*, *op. cit.*, стр. 44.

⁵³⁶ *Ibidem*, стр. 46, фуснота 151.

⁵³⁷ Peter Marshall, *A comparative analysis of the right to appeal*, *Duke Journal of Comparative and International Law*, no. 1/2011, p. 13.

телесну казну или мучење, апелациони поступак је био обавезан. За поступак по правном леку су важила иста правила као за првостепени поступак, с тим што није било могуће да се одлучује на главном претресу. Одлучивање суда правног лека је у великој мери зависило од извештаја судије известиоца. О вршењу уплива у чињенично стање, утврђено у првостепеној пресуди, говори обавеза саслушања окривљеног, пре доношења одлуке о основаности апела. Такво поступање је истина било ограничено, будући да се нису изводили и други докази. У канонском праву је такође постојало преиспитавање првостепене одлуке у потпуности. У поступку по жалби је испитивана чињенична и правна основица, а другостепени поступак је имао карактеристике *de novo* суђења. Стремљења за увођењем потпуне жалбе на првостепену пресуду у кривичном поступку нису била страна ни италијанским средњеверовним правницима. Они су се залагали за жалбу, којом би се могла побијати чињенична и правна основа пресуде, којом би биле обухваћене одлуке о покушају да се добије признање окривљеног применом тортуре, као и мериторне одлуке у кривичном поступку.⁵³⁸

У српском средњевековном праву, о праву на апелацију су одредбе најпре садржане у скраћеној Синтагми Матије Властара, коју је за потребе цара Душана преведена. У овом правном документу је наведено да се може изјавити апел и до два пута. Осим тога, мало се може сазнати о поступку по правном леку, осим да су највише судске инстанце биле изабрани суд, цар и патријарх. Из малобројних одредби Душановог законика се може понешто закључити о кривичном поступку средњевековне Србије. Судску власт су вршили кнезови и жупани, те властела и господари већих добара. Изнад њих су биле дворске судије, а највишу судску власт имао је цар.⁵³⁹ Пред Царски суд, као првостепени, се износио спор у случају спорова о црквеној земљи, о незаконитим царским актима, и у случају тзв. великом дела, које нису могли пресудити други судови. Ипак, у једној повељи цара Душана манастиру Хиландару, из 1355. године, је гарантована апелација, у случају кривог суђења кефалија.⁵⁴⁰ Према томе, установа апелације је под утицајем византијског права постепено инкорпорирана у српско средњевековно право. Остало је спорно питање, који је суд решавао по поднетој апелацији, кефалијски или владарев суд. Осим

⁵³⁸ Више о томе: Мирјан Дамашка, *Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*, Yale Law Journal 3/1974, стр. 489.

⁵³⁹ Више о томе: Божидар Марковић, *Расправе из кривичног поступка*, Београд, 1914, стр. 37.

⁵⁴⁰ Горан Илић, *Границе...*, op. cit, стр. 50.

апелације, постојао је још правни лек *relatio*, којим су се редовни судови обраћали владару да донесе одлуку.

18.3. Нови век

Након револуционарног периода у западној Европи, који је означио крај феудалног друштва и почетак новог века, у немачким земљама се примењивао кривични поступак инквизиционог типа. Једна од његових карактеристика је постојање права на жалбу. У Аустрији је право на жалбу статуирано још у Општем кривичном судском реду цара Јосифа из 1788. године, познатог под називом Јозефина. Жалба на првостепену пресуду (*рекурс*) је могла бити изјављена због непостојања основа за вођење истраге, или због погрешне оцене вредности индиција, дакле услед стварних и правних разлога. Виши суд, или трећестепени суд, су могли да укину пресуду, или да је преиначе. У баварском Казненом законнику је била предвиђена добровољна ревизија. Реч је о правном леку који је могао бити изјављен због повреде материјалног или процесног права, или због погрешно утврђеног чињеничног стања. Могућношћу изјављивања апелације (*призива*) карактерисао се и аустријски Закон о кривичном поступку из 1853. године. Пресуда се могла побијати услед формалних и садржинских недостатака. Погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање је спадало у групу садржинских недостатака.

Напуштање теорије о законској вредности доказа је довело до укидања овлашћења побијања пресуде призивом. Сходно томе, већ аустријски ЗКП из 1873. године није познавао апелацију, као правни лек. Сматрало се да другостепени суд није могао да на ваљан начин цени вредност доказа, изведених пред првостепеним судом. Суђење на основу списка из првостепеног поступка је по тадашњем поимању могло довести само до лошије одлуке, у односу на оспоравану.⁵⁴¹

Француски Законик о судској истрази из 1808. године познаје два правна лека, апел и касациони захтев. Изјављивањем апела захтевано је поновно суђење пред другостепеним судом. Апелациони суд се кретао у оквиру чињеница, утврђених у првостепеном поступку, али су странке могле истицати нове доказе. Касациони захтев је правни лек, који је могао бити изјављиван услед повреда материјалног и процесног закона.

⁵⁴¹ Ивица Крамарић, *Другостепени кривични поступак, докторска дисертација*, Нови сад, 1985, стр. 32.

Побијање чињеничне основе пресуде у Енглеској дуго није било могуће. Разлог за то је што је порота уведена уместо божјег суда и доказивања помоћу ордалија. Као што одлука божјег суда није била подложна преиспитивању, тако то није било могуће ни за одлуке пороте.⁵⁴² То међутим не значи да је одлука пороте о кривици била недодирљива. Иако окривљени није имао овлашћење да побија првостепену пресуду, одлука о кривици је преиспитивана од стране секундарне пороте, и већ крајем XV и почетком XVI века се усталила пракса кажњавања судеће пороте у случају доношења ослобађајуће пресуде, упркос претежућим доказима о кривици. У XVII веку је одређивање поновног суђења, што је од раније већ постојало у парници, уведено у кривични поступак. Између осталог, ова могућност је постојала ако тзв. *Star Chamber*, државно тело надлежно за спречавање злоупотреба правног система, утврди да је пресуда пороте у дисхармонији са доказима.⁵⁴³ Реч је о својеврсној контроли унутар правосуђа, по службеној дужности, током које је испитивана и чињенична основа пресуде. Судски налог (*writ of error*) је такође једна врста правног средства, која је представљала последицу ревизије списка предмета од стране вишег суда. Ревизија је била ограничена само на процедуралне грешке и грешке у изреци, док се у чињеничну основицу пресуде није могло дирати.⁵⁴⁴ За разлику од суђења пред поротом, у сумарном поступку је одувек постојало право изјављивања жалбе на одлуку суда, услед стварних недостатака. Ово право је било уског опсега, с обзиром да је припадало само окривљеном, а не и тужиоцу, и то само у случају доношења осуђујуће пресуде.⁵⁴⁵

У другој половини XVIII века се појавило залагање за увођење жалбе у кривични поступак. Један од најпознатијих заступника тог стремљења био је Цереми Бентам. Главни аргумент за увођење жалбе је био спознаја да су учестале погрешне осуде, као и чињеница да је у парници већ постојала могућност апелирања. Ова идеја је наишла на оштро противљење судске струке, што је довело до полемика, током којих је прављена и својеврсна *cost-benefit* анализа вођења другостепеног поступка. Јуриспруденција је била подржана од стране јавности, нарочито у штампи, где је истицана неодложна потреба о увођењу жалбе због чињеничних грешака. Та кампања

⁵⁴² Mireille Delmas-Marty, J.R.Spencer, *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, 2002, str. 28.

⁵⁴³ Peter Marshall, *A comparative analysis of the right to appeal*, Duke Journal of Comparative and International Law, no. 1/2011, pp. 5-6.

⁵⁴⁴ *Ibidem*.

⁵⁴⁵ Mireille Delmas-Marty, J.R.Spencer, *op. cit.*, стр. 28.

је подривала поверење грађана у судску власт.⁵⁴⁶ У теорији су истицане предности, али и недостаци преиспитивања чињеничне основе пресуде. Позивање на чињеничне недостатке доводи до мериторног одлучивања. Чињенични недостаци су значајнији од правних, а отклањањем тих недостатака се исправљају грешке у пресуђењу. Грешке у утврђивању чињеница су честе и резултат су бројних разлога. Некада из жеље жртве за осветом, затим због лажног сведочења, некада због погрешног извођења закључака суда, услед некомпетентности тужиоца, или због сугестија полиције датих сведоку. На чињеничне недостатке могу утицати и предрасуде, створене у јавности, затим претходна осуђиваност окривљеног, као и пропусти у вршењу одбране окривљеног.⁵⁴⁷ Све то оправдава потребу за преиспитивањем чињеница у поступку по правним лековима. На другој страни, против преиспитивања чињеничне базе пресуде истицали су уобичајени аргументи. Протек времена од извршења дела до другостепеног суђења утиче на квалитет доказа и доводи до девијације исказа сведока. Отежено је вршење увиђаја. Другостепени суд нема гаранције утврђивања чињеница у виду начела неподредности, јавности и усмености као што их има порота. Другостепени суд је дизајниран за правна питања и решавање чињеничних му може одузети време и лоше утицати на квалитет решавања правних.

Тек са усвајањем Закона о кривичном апелу 1907. године, уведено је право изјављивања апела, о коме је одлучивао Суд кривичног апела. Окривљени, који је једини био овлашћен на изјављивање апела, је могао побијати пресуду у редовном поступку, у коме суди порота, између осталог услед чињеничних недостатака, или чињенично-правних недостатака, али само ако добије одобрење за изјављивање овог правног лека (*leave to appeal*). На претресу пред другостепеним судом окривљени је могао да буде присутан, ако је побијао пресуду услед чињеничних или мешовитих недостатака. Апелациони суд је могао да заснује своју одлуку на новоутврђеном чињеничном стању, након спровођења доказног поступка. У скраћеном поступку, у коме суди мировни судија, окривљени који није признао кривицу, је могао изјављивати апел услед чињеничних и правних недостатака, као и услед одлуке о казни. Суд кварталних заседања је поновно судио и могао поништи судску одлуку, или да је измени. Сличну еволуцију жалба је имала у САД, где је дуго постојала као право у

⁵⁴⁶ Peter Marshall, *op. cit.*, 8.

⁵⁴⁷ Lester Orfield, *The scope of appeal in Criminal Cases*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 84, 1936, стр. 830.

грађанском поступку, а у кривични поступак је инкорпорирана тек 1889. и 1891. године, одлуком Конгреса да апелациону надлежност додели Врховном суду.

Противници жалбе на судске одлуке у кривичном поступку истичу да постојање другостепеног поступка спречава наступање правноснажности и коначности судске одлуке. Они истичу да је порота најкомпететнија за доношење одлуке, зато што се пред њом непосредно изводе докази, те исказ сведока чују из прве руке. Супротно томе, другостепени суд одлуку доноси претежно на основу списка. Неки процесуалисти наводе да је суђење пред поротом заправо већ само по себи апелација, с обзиром да следи након прелиминарног претреса, или након одлуке великог већа. Другостепени поступак, према протагонистима овог гледишта, поскупљује трошкове кривичног поступка, те захтева додатне људске ресурсе. Продужетак трајања поступка доводи до смањења поверења грађана у правосуђе, а пажњу судова скрећу са оправданих жалби ка мноштву неоснованих. Најзад, увођење жалбе на одлуку пороте доводи до својеврсног опуштања, јер постају свесни да одлука може бити преиспитана од стране другостепеног суда, што повећава број грешака приликом одлучивања.⁵⁴⁸

18.4. За и против апелације

Скуп правних лекова, који су статуирани у кривичном поступку неке државе чине систем правних лекова. Под системом правних лекова се подразумева број, садржај и врста правних лекова.⁵⁴⁹ Број правних лекова не мора да се подудара са бројем степени суђења. Више правних лекова најчешће постоји услед овлашћења побијања неправноснажних и правноснажних судских одлука. На то утичу и различити основи, по којима се може побијати судска одлука, затим постојање различитих врста првостепених судова, као и различите врсте судских одлука. Систем правних лекова успоставља се с обзиром на актуелне друштвене прилике, које детерминишу циљеве кривичног поступка. При томе, мора се водити рачуна о заштити права окривљеног, о тражењу истине о кривичној ствари, али и о економичности поступка. Са једне стране, мора се штитити законитост судских одлука, а са друге, правна сигурност. Систем правних лекова представља резултат тежње за усклађивањем ових неретко супротстављених тенденција. С обзиром на карактеристике правних

⁵⁴⁸ Peter Marshall, *op. cit.*, 11.

⁵⁴⁹ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, *op. cit.*, стр. 559. Војислав Ђурђић, 2011, *op. cit.*, стр. 150.

лекова, тј. њихову врсту и садржину, као и овлашћења суда правног лека, у односу на побијану пресуду, често се прави разлика између касационог, ревизионог и апелационог система правних лекова.

Призивање вишег суда на одлуку потиче од латинске речи *appellare*, што значи потражити лек за направилну или незакониту одлуку од вишег суда. Апелација је један од начина уређења правних лекова. Апелациони систем је од својих корена замишљен као потпуно преиспитивање судских одлука, који подразумева овлашћење за побијање судске одлуке услед чињеничних и правних недостатака, као и услед незаконите или неправилне одлуке о кривичној санкцији. Друга важна карактеристика је да суд који одлучује о правном леку, апелациони или призивни суд, може укинати првостепену судску одлуку и вратити је на поновно одлучивање нижем суду, а може првостепену преиначити сопственом одлуком.

С обзиром на дугу традицију, коју има у континенталном кривичном поступку, право на жалбу се сматра важним сегментом правичности поступка, често подигнуту на људско право уставног ранга.⁵⁵⁰ С обзиром на примену принципа забране преиначења на штету, окривљени је лишен ризика, којим би био изложен у поступку по жалби. Још једна важна одлика апелационог система је суспензивно дејство. Правноснажност и извршност побијане пресуде се одлажу до доношења одлуке по изјављеној жалби. С обзиром да апелациони суд може својом одлуком заменити побијану одлуку, као и да може бити побијана чињенична основа одлуке, апелациони суд је овлашћен да самостално утврђује чињенично стање извођењем доказа.

Проблем испитивања чињеничне основе судске одлуке се појавио са настанком савременог кривичног поступка. За разлику од инквизиционог поступка, који се одликовао тајношћу и писменошћу, савремени се темељи на начелима контрадикторности, јавности, непосредности и усмености. У типу поступка у коме се судска одлука доноси у нејавној седници, на основу списка, нема сметњи да се судска одлука преиспита у целисти, применом истих тих начела. У поступку који се заснива на усменом, непосредном, контрадикторном и јавном утврђивању чињеница поставља се питање квалитета чињеница, које би утврђивао другостепени суд. Ако се чињенице у другостепеном поступку утврђују у нејавној седници, онда је јасно да ће квалитет утврђеног бити у најмању руку дубиозан. У случају да се и пред другостепеним судом утврђују чињенице сходно савременим начелима, која подупиру њихово правилно

⁵⁵⁰ Мирјан Дамашка, *op. cit.*, стр. 490.

утврђивање, онда се јавља проблем протекла времена од критичног догађаја до другостепеног суђења, који несумњиво мути слику оригинала, а докази постају мање релевантни.

Стога се у теорији појавио правац који се противи апелацији, односно који се залаже за испитивање једино правне основе пресуде, а не и чињеничне. Као кључни аргументи се наводе слабљење квалитета доказа, нарочито из исказа учесника у поступку, одуговлачење поступка, слабљење пажљивости и савесности судија првостепенаца, те манипулативне тактичке радње странака приликом предлагања доказа.⁵⁵¹ Сви поменути разлози носе са собом опасност да се тежа поступка пребаца на другостепени поступак, што је противно циљевима које законодавци постављају. У совјетском кривичном поступку се овом приговору још додавало да је првостепени, народни суд, најближи становништву.⁵⁵² Према противницима преиспитивања чињеничне основе судске одлуке, такво овлашћење се противи слободном судијском уверењу. Сматра се да је због примене тог принципа испитивање чињеничне базе немогуће. На страни вишег суда се као препрека јавља немогућност да се претрес реализује на начин на који се води расправа пред првостепеним судом. Утврђивање чињеница пред судовима правног лека захтева учешће грађана у суђењу, у виду пороте. Другостепени судови су често удаљени од места извршења кривичног дела и неприступачни учесницима поступка. На главном претресу пред другостепеним судом не учествује оштећени. Најзад, судије виших суда временом развијају другачију психологију, која се разликује од размишљања и поимања судија, који доносе првостепене одлуке.⁵⁵³

Гледиште о оправданости права на побијање правне али не и чињеничне основе судских одлука је довело до тога да се у другој половини XIX века у западним земљама призив изузимао из система правних лекова, или је у знатној мери ограничаван. Тако већ аустријски ЗКП из 1873. године не познаје призив, за разлику од ЗКП-а из 1853. године. У француској призив није допуштен против одлука суда асиза, који суди за злочине. Такво решење је засновано на великом поверењу које пружа састав суда асиза, који је сачињен од три судије по позиву и девет поротника. Са друге стране,

⁵⁵¹ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, ор. cit, стр. 560.

⁵⁵² Михаил Строгович, *Кривични судски поступак*, Београд, 1948. стр. 365.

⁵⁵³ Давор Крапац, *Размишљања о жалби због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања у кривичној пресуди*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 4/1974, стр. 330. Наведено према: Ивица Крамарић, ор. cit, стр. 249-250.

призив, те самим тип потпуно побијање основе судских одлука је допуштено против одлука судова велике инстанције, који је надлежан за преступе. Такво решење је задржано до данашњих дана. Француски систем правних лекова полази од премисе да суд, у се чијем саставу налази девет поротника није подложен заблудама. Парадоксално је да се степен правне сигурности умањује са растом тежине кривичног дела. Још један од недостатака система правних лекова у Француској је могућност да другостепени суд преиначи првостепену пресуду, ако другачије утврди чињенично стање, а да се другостепени поступак у претежној мери заснивао на списима, осим саслушања окривљеног.⁵⁵⁴ Немачки и аустријски процесни кодекси друге половине XIX века и прве половине XX века су предвиђали слична решења, допуштајући побијање чињеничне базе пресуда судија појединаца, за лакша кривична дела. Полазна премиса је била слична француској, да судови у инокосном саставу пружају мање гаранција за правилно и потпуно утврђивање чињеница, од судова у зборном саставу. Штавише, за одлуке призивног суда постојало је овлашћење побијања и ревизијом, чиме је омогућена тростепеност у суђењу. Због тога је у германском правном кругу тога доба постојала изрека „што лакше кривично дело, то више гаранција, и *vice versa*“.⁵⁵⁵ Уочени недостаци таквог система правних лекова отклањани су на тај начин што је ширена стварна надлежност судије појединца, према већем броју тежих кривичних дела, али та реформа је била кратког даха и убрзо напуштена.

Противници немогућности побијања чињеничне основе судске одлуке истичу да је то неприхватљиво, стога што је утврђивање правилног и потпуног чињеничног стања најзначајније у кривичном поступку. Без правилног и потпуног чињеничног стања не може бити ни правилне примене права.⁵⁵⁶ Омогућавањем испитивања само правне основе отклања се последица, а не и узрок.⁵⁵⁷ Заступници права на побијање чињеничне базе пресуде такву могућност повезују са афирмацијом долажења до материјалне истине, насупротив формалној истини, ако би суд правног лека био везан утврђеним чињеничним стањем, иако је оно евидентно погрешно или непотпуно. У прилог омогућавања побијања чињеничне основе пресуде говори и један практичан

⁵⁵⁴ Ивица Крамарић, *op. cit.*, стр. 33.

⁵⁵⁵ Наведено према: Младен Грубиша, *Кривични поступак – поступак о правним лековима*, Загреб, 1987, стр. 2, фуснота 1.

⁵⁵⁶ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, *op. cit.*, стр. 33.

⁵⁵⁷ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 3, фуснота 2.

разлог. Велики број укунутих пресуда, услед недостатака у утврђеном чињеничном стању, показује да су те врсте судских грешака честе.

Формална немогућност побијања чињеничне основе у пракси судова оних држава, које су прихватиле овакав концепт у пракси судова, је довео до фактичке модификације правних у чињенична питања, тј. до ефекта који се назива „прерушавање“ правних у чињенична питања.⁵⁵⁸ Можда најбољи пример долази из некадашњег совјетског права. Иако се потпуно право на побијање судских одлука сматрало иманентним социјалистичком друштву, ипак је могућност улагања призива уведена тек 1938. године. До тада је постојала само побијање пресуде услед формалних недостатака, не и суштинских. Судска пракса је, међутим, формалну касацију претворила у призив, тако што је правилност чињеничног стања разматрана с позивом на један од основа касације, који се односио на неправедност пресуде, одређивањем санкције у оквирима допуштеног минимума и максимума, али у несразмери са тежином дела и околностима, под којима је извршено. Иако су касациони судови временом почели проверавати све фактичке околности и изведене доказе, у совјетској теорији је упорно оспоравано увођење апелационог разматрања, у судској пракси, услед тога што се одлучује на основу списка, без поновног суђења. И сама теорија увиђа да је потребно разматрање првостепене пресуде у суштинском смислу, нарочито да ли је пресуда заснована на довољно доказа и да ли пресуда одговара изведеним доказима, али не препознаје да је реч о преиспитивању чињеничне базе пресуде.⁵⁵⁹

До потпуног преиспитивања основе пресуде у совјетском праву се дошло најпре преко члана 15. Закона о уређењу судова, којим је *explicite* касационој инстанци додељен задатак да, осим законитости пресуде, испитује и њену основаност. На тај начин је касациони суд био обавезан да изврши оцену доказа, на којима је заснована судска одлука. Оцена доказа касационог суда разликује се, у знатној мери, од првостепеног суда. Приликом доношења првостепене пресуде, оцена доказа се врши на основу чињеница, утврђених у складу са начелом непосредности. Касациони суд не одлучује након одржаног главног претреса, већ на основу списка првостепеног суда. Чињенична основа суда првог степена остаје нетакнута. Касациони суд испитује, да ли је првостепени суд правилно оценио изведене доказе, односно да ли је закључак о основаности казненог захтева донео на основу довољно доказа. У случају да изведе

⁵⁵⁸ *Ibidem*, op. cit, стр. 6.

⁵⁵⁹ Михаил Строгович, op. cit, стр. 369.

закључак да је побијана пресуда неоснована, или заснована на неубедљивој доказној поднози, укинуће је и вратити првостепеном суду на поновно одлучивање.⁵⁶⁰ Касациони суд нема овлашћење да утврђује чињенице, нити да измени првостепену пресуду. Стога је у совјетском праву постојала могућност преиспитивања чињеничних и правних недостатака пресуде, али у поступку касације, док је апелација сматрана неприхватљивом, јер се у другостепеном поступку утврђивање чињеница не може спровести на адекватан начин, нити по квалитету, какав је могућ на претресу пред првостепеним судом.

Утицај совјетског процесног закона се испољио у другим социјалистичким државама. У ЗКП-у НР Пољске је постојао двојак систем контроле пресуде, ревизионо-касациони и ревизионо-апелациони. У другопоменутом је суд правног лека био овлашћен да изводи доказе и самостално утврђује чињенице. У ревизионо-касационом систему је постојало укидање пресуде услед *очите неправичности*. Овај правни стандард отворио је могућност евалуације утврђеног чињеничног стања, без права на извођење нових доказа, и утврђивања чињеница од ревизионог суда. У случају да је било потребно само допунити изведене доказе, ревизиони суд је изузетно могао извести „допунски“ доказ. Румунски процесни законик тога доба иде још даље, те предвиђа овлашћење за извођење нових доказа и за утврђивање чињеница, у поступку ревизије. Слична овлашћења предвиђао је и процесни кодекс ДДР-а, док је једини изузетак био мађарски кривични поступак. У мађарском закону о кривичном поступку из 1973. године је задржан апелациони модел. Пресуде су се могле побијати услед правних и чињеничних недостатака, а другостепени суд је био овлашћен да утврђује чињенице, изводећи доказе, уколико утврди да је чињенично стање непотпуно или делимично утврђено.

18.5. Апелација, касација и ревизија

Систем правних лекова, заједно са развојем савременог кривичног поступка, обликовао се с обзиром на традицију, као и схватање о обиму могућег преиспитивања основе судских одлука. У западноевропским земљама, које баштине континенталну традицију, се задржало право на апелирање у поступку за лакша и кривична дела средњег степена опасности (преступе и иступе), у којима поступа суд у инокосном

⁵⁶⁰ Михаил Строгович, *op. cit.*, стр. 377.

саставу, или у зборном саставу већа судија по позиву. У кривичном поступку за најтежа кривична дела (злочине) се може побијати само правна основица судске одлуке, касационом жалбом. Осим касационе жалбе, постоји још и ревизија. То је редовни правни лек, којим се такође може побијати правна основица судске одлуке, услед повреде закона, која утиче на законитост донете пресуде.

У државама некадашње Југославије се ustalio систем побијања чињеничне и правне основе првостепених и другостепених судских одлука путем жалбе. У државама које баштине англосаксонску правну традицију постоји могућност побијања чињеничне и правне основице пресуде, али је побијање стварне основице омогућено тек након претходног добијања дозволе за то (*leave to appeal*). Системи апелације, касације и ревизије се у савременом кривичном поступку често неђусобно комбинују.

На основу историјског развоја, те упоредноправног посматрања, могу се извести закључци о битним карактеристикама различитих система правних лекова. Апелациони систем, који је познат још од римског права, одлукује се пре свега потпуношћу правног лека. Призив, којим се иницира апелационо одлучивање је потпун правни лек, којим се судска одлука може побијати услед повреда материјалног и процесног права, али и услед чињеничних недостатака судске одлуке. Апелациони суд има право утврђивања чињеница, извођењем доказа, другачије у односу на чињенично стање утврђено у првостепеном поступку. Међутим, то није опште место, јер у неким апелационим системима суд правног лека другостепену одлуку доноси на основу утврђених чињеница од стране првостепеног суда, на основу списка. Осим што првостепену пресуду може да укине и предмет врати на првостепено одлучивање, апелациони суд може да преиначи првостепену одлуку и да је замени сопственом. Управо то овлашћење се често критикује у теорији, нарочито ако је апелациони суд овлашћен да донесе сопствену одлуку на основу чињеничне подлоге првостепеног суда.⁵⁶¹ У том случају се у потпуности одступа од начела непосредности (контрадикторности и усмености), те самим тим у одсуству гаранција, које значајно подупиру право на одбрану окривљеног.

Другостепено суђење не може бити истог квалитета као првостепено услед протекла времена од критичног догађаја, услед чега докази губе на квалитету, што консеквентно отежава одлучивање о чињеницама. Управо због тога треба бити опрезан приликом коришћења овлашћења за доношење пресуде, на основу измењеног

⁵⁶¹ Ивица Крамарић, *op. cit.*, стр. 35.

чињеничног стања. Потребно је поставити извесне баријере, у случају кад апелациони суд посумња у веродостојност неког доказа из првостепене пресуде. Тада треба допустити преиначење пресуде искључиво у корист окривљеног, осим ако је доказ изведен на претресу пред другостепеним судом, уз гаранције контрадикторности, усмености и непосредности. На основу наведеног није тешко закључити да је кључна одлика апелационог устројства правних лекова постојање овлашћења да апелациони суд преиначи првостепену пресуду, након сопственог утврђивања чињеница. Да би се обезбедиле адекватне гаранције за доношење законите и правилне одлуке, потребно је приближити се првостепеном суђењу, у највећој могућој мери, посебно обезбеђивањем гаранција за правилно утврђивање чињеница.

Касациони систем правних лекова се, најпре, одликује могућношћу побијања искључиво правне основице судске одлуке, због правних недостатака. Друго битно обележје касације је овлашћење суда правног лека да, у случају основаности, пресуду укине⁵⁶² и предмет врати на поновно суђење, а не и да побијану одлуку преиначи. Касациони суд не утврђује утицај повреде на законитост пресуде, већ је укида чим утврди постојање повреде, наведене у закону. Касациони суд не улази у меритум побијане одлуке, већ само оцењује начин примене права. Овај вид побијања судских одлука је био познат још у римском праву, јер су се пресуде услед постојања битних правних недостатака сматрале непостојећим.⁵⁶³ У савременом кривичном поступку, касациони систем се најпре развио у Француској, нарочито током Француске буржоаске револуције, са оснивањем Касационог трибунала. Касациони захтев је могао бити изјављен против судских одлука, донетих у последњем степену за злочине преступе и иступе, које нису могле бити побијане апелом. Основи касационог захтева су били повреда материјалног и процесног права. Касациони суд није трећестепени суд, већ највиша судска инстанца.⁵⁶⁴ У случајевима усвајања захтева, пресуда је укидана а Касациони суд је предмет враћао на поновно одлучивање другом суду исте врсте и степена, у односу на суд, који је донео укинута пресуду.

Систем чисте касације се такође критикује управо с позивом на његову главну карактеристику. Побијање правне основице, не и чињеничне, сматра се лечењем последице, а не узрока. Апострофира се неповољнији положај окривљеног у касационом поступку, у односу на апелациони, јер је побијана пресуда суштински

⁵⁶² Термин касација води порекло од француске речи *casser* што значи поништити, разрушити.

⁵⁶³ Ивица Крамарић, *op. cit.*, стр. 36.

⁵⁶⁴ Горан Илић, *op. cit.*, стр. 53.

коначна.⁵⁶⁵ Примена чистог модела касације се у судској пракси често модификује, те судови улазе у суштину ствари, односно испитивање чињеничне основе судске одлуке, с позивом на правне недостатке. Екстензивним тумачењем правних повреда, касациони судови оцењују утврђене чињенице. На француском примеру, недостатак образложења, или у већој мери недовољност разлога за доношење одлуке, даје овлашћење Касационом суду да укине пресуду услед чињеничних недостатака, позивајући се на наведени правни недостатак.⁵⁶⁶ Ставови совјетских правника о касацији су исходovali модификовани модел касације, са елементима апелације, о којима је било речи.

Осим касације, правну основицу неправноснажне судске одлуке је могуће побијати ревизијом. Реч је о непотпуном, деволутивном и суспензивном правном леку, којим се побија судска одлука услед повреда материјалног или процесног права. Касацијом се захтева од суда правног лека укидање судске одлуке, или њено преиначење. Још једно значајно обележје касације је утицај повреде права на законитост судске одлуке. Побижана пресуда се може укинути, или преиначити, ако је услед повреде закона донета одређена врста пресуде, односно да би у случају изостанка те повреде била донета друкчија одлука. То значи да су основи ревизије само битне повреде закона.

Ревизија је настала у немачком кривичном поступку, средином 19. века, у време постепеног одвајања и осамостаљења од француског система правних лекова. Поимање да укидање пресуде и враћање на поновно суђење првостепеном суду понекад води одуговлачењу поступка, довело је до увођења овог правног лека. Реч је о случајевима када се и без задирања у чињенично стање могу кориговати правни недостаци у пресуди. Ревизија је уведена у аустријски процесни закон, затим у хрватски закон о кривичном поступку из 1875, а касније и у Закон о судском кривичном поступку Краљевине Југославије из 1929. године. У немачком Закону о кривичном поступку из 1877. године, ревизија је фигурирала као правни лек, којим се судска одлука побија услед повреда закона. Међутим, ако се током испитивања основаности ревизије покаже да су утврђене повреде закона утицале на чињенично стање, онда побијану пресуду треба укинути и у погледу чињеничне основе пресуде.⁵⁶⁷ Примера ради, таква ситуација постоји код заснованости пресуде на неком незаконитом доказу. Управо

⁵⁶⁵ Михаил Строгович, *op. cit.*, стр. 363.

⁵⁶⁶ Ивица Крамарић, *op. cit.*, стр. 39.

⁵⁶⁷ Ивица Крамарић, *op. cit.*, стр. 42.

овлашћење за укидање пресуде је довело до каснијег проширивања на евалуацију чињеничних питања, током поступка одлучивања о основаности ревизије, под утицајем судске праксе.

Иако није спорно да ревизиони суд нема овлашћење да утврђује чињенице, нити да изводи доказе, то не значи да је могуће механички се ограничити на испитивање само правне стране пресуде, а потпуно занемарити чињеничну. Чињенична и правна питања су испреплетана и међусобно повезана. Најзад, и постулати правичности налажу да примена права буде заснована на правилно утврђеним чињеницама. У једној од бројних расправа у немачкој правној теорији, средином 30-тих година XX века се водила расправа о потреби опастанка ревизије. Као један од кључних аргумената афирмативне тезе наводило се да треба проширити опсег контроле, која би требала обухватати осим правне и чињеничну основу побијане одлуке. На тај начин се овај правни лек приближава животу и стварности.⁵⁶⁸

Совјетски процесуалисти су често истицали разлике између касације и ревизије у западноевропским земљама, и у совјетском праву. Навођене су бројне предности совјетског система правних лекова, попут слободе побијања пресуде, затим ревизијска овлашћења касационог суда, примена установе *beneficium cohaesionis*, испитивање, осим правне, и чињеничне основе у касационом суду, право предлагања нових доказа у касационом поступку, те примена забране преиначења на штету окривљеног.⁵⁶⁹ Те разлике, у највећем броју случајева, нису постојале, већ је реч о интенцији да се направи разлика између кривичног поступка буржоаских земаља и совјетског кривичног поступка. Са сигурношћу се може констатовати да је совјетска касација прошла пут од чистог модела, који је примењен у царској Русији, до заправо ревизије, без обзира што је задржан назив касација. Совјетски касациони суд је испитивао чињеничну и правну основицу пресуде. Била је допуштена оцена утврђених чињеница првостепеног суда, с циљем контроле пресуде, а не и властити чињенични закључци.

18.6. Историјат испитивања чињеничне основе неправноснажних пресуда у Србији

18.6.1. ПЕРИОД УСПОСТАВЉАЊА НОРМАТИВНОГ ОКВИРА У ОБНОВЉЕНОЈ ДРЖАВИ

⁵⁶⁸ Јурај Кулаш, *Проблем правних лекова у кривичном праву*, Београд, 1939, стр. 37-38.

⁵⁶⁹ Н.С. Алексеев, *Уголовный процесс*, Москва, 1972, стр. 413-416, и други аутори: наведено према: Ивица Крамарић, *op. cit.*, стр. 45.

Упоредо са борбом за ослобођење од власти Османског царства и са изградњом и обновом српске државе, текао је процес оформљења правног поретка. Први кривичноправни пропис устаничке Србије, одобрен је од стране Скупштине, који је саставио прота Матеја Ненадовић, по угледу на старо црквено право, био је Закон за кривична дела из 1804. године.⁵⁷⁰ Годину дана касније установљена је судска власт, коју су вршили нахијски судови (магистрати), као првостепени судови, а по жалбама на пресуде решавао је Совјет. Од 1811. године, формиран је Народни или Велики Суд, као апелациони за кривичне, грађанске и брачне правне ствари. Судску власт, за најтежа кривична дела, вршио је и сам Вожд, односно касније Кнез.

За разлику од материјалног кривичног права, које је (барем делимично) правно регулисано, почев од 1804. године, кривични поступак није био регламентиран у форми закона. У недостатку правила кривичне процедуре, судило се по здравом разуму, природном поимању правде и по савести судије.⁵⁷¹ Од 1825. године наступа друга фаза парцијалног нормирања кривичног поступка. У наредних неколико година, Народни Суд и кнез Милош издали су неколико уредби. Реч је о својеврсним упутствима за судове, који се односе, како на грађански, тако и на кривични поступак.⁵⁷² Према издатим уредбама, Кмет је био првостепени судски орган, а кнежински или нахијски другостепени судови, надлежни за лакша кривична дела. За тежа дела судили су магистрати, а за најтежа сам кнез Милош.

Наредна значајна промена збила се након доношења Устава из 1839. године, којим су установљени примирителни, окружни и Апелациони Суд. Наредне године издато је Устројство окружних судова. Њиме је регулисан кривични и грађански поступак. Пресуда, којом је изречена казна затвора преко 3 месеца или телесна казна преко 50 штапа⁵⁷³, мора бити, по службеној дужности, испитана од стране Апелационог Суда. У осталим случајевима, странке могу изјавити жалбу на пресуду окружног суда. Апелациони суд може потврдити, преиначити или укинути пресуду. У потоњем случају, предмет се враћа на поновно суђење, ако Апелациони суд нађе да извићање није потпуно. То имплицира да је један од жалбених разлога био недостатак

⁵⁷⁰ Стеван Максимовић, *Суђења у кнежевини Србији пре писаних законика*, Пожаревац 1898., стр. 5.

⁵⁷¹ *Ibid.*, стр. 23.

⁵⁷² *Ibid.*, стр. 48.

⁵⁷³ Више о врстама казни у Србији у 19. веку видети: Слободанка Константиновић – Вилић, Миомира Костић, *Врсте казни и облици кажњавања у Србији до краја другог светског рата*, Пешчаник, бр. 3/2013 (доступно на: <http://www.arhivnis.co.rs/cirilica/idelatnost/br%203/cvrstakazni.htm>, приступ: 15.02.2014.)

у утврђеном чињеничном стању, тачније непотпуно утврђено чињенично стање.

Наредни важан корак на оформљењу кривичне процедуре учињен је 1842. године. Тада је, по први пут, уређен корпус доказних средстава. До тада је важило начело слободне оцене доказа⁵⁷⁴, а *расписом Попечитељства правосуђа о законој сили сведочанства (доказателства) у догађајима кривичним*, примењена је теорија законске оцене доказа. У суштини, теорија законске оцене доказа тековина је истражног типа поступка и представља заштиту од судске арбитрерности, приликом утврђивања чињеница, у кривичном поступку. Она, такође, омогућава и олакшава суду правног лека контролу утврђеног чињеничног стања.⁵⁷⁵ Испоставило се, међутим, да је распис заправо представљао лош превод аустријског процесног кодекса из 1803. године. Без обзира на то, доказна правила из расписа, остала су на снази све до 1863. године, када су замењена новим циркуларним *расписом Попечитељства правосуђа о доказима у кривичном поступку*⁵⁷⁶, који је представљао дословни превод дела аустријског закона из 1853. године.

У годинама, након доношења Устава из 1838. године, тзв. Турског устава се приступило кодификацији полицијских престапа, која ће их и процесуирати и за њих судити. Поступак за престапе регулисан је *Уредбом о томе како ће полицајне власти с полицајним преступницима поступати и како ће их она казнити*, из 1850. године, која се често назива „Полицијска уредба“. Према слову Уредбе, органи надлежни за ислеђење полицијских престапа су били примирителни судови при срезовима и општинама, као судови нижег ранга,⁵⁷⁷ срески и окружни начелници, као судови вишег ранга, али и више инстанце, као и управа вароши Београда, као суд вишег ранга примирителног суда вароши Београда. Одлука примирителног суда постаје правноснажна и извршна моментом доношења. Међутим, осуђени, након извршења пресуде, има право да се жали вишој полицијској власти (начелнику среза, односно Управи вароши Београда), ако сматра да му је тиме нанета штета.⁵⁷⁸ По изјављеној жалби, другостепени суд може донети само одлуку о њеном одбијању, као

⁵⁷⁴ Управо слобода у избору доказних средстава довела је до анархије и самовоље у поступању претежно неписмени судија тога доба. Увођењем законске оцене доказа настојала се елиминисати употреба анахроних доказних средстава, попут заклетве, јемства, свода итд. (Момчило Грубач, 2009, *op. cit.*, стр. 58).

⁵⁷⁵ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, *op. cit.*, стр. 20.

⁵⁷⁶ Више о томе: Тома Живановић, *Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804. до 1865.*, Београд 1967, стр. 393.

⁵⁷⁷ Примирителни судови су надлежни да суде за полицијске престапе за које је прописана новчана казна до 2 талира, казна затвора до 3 дана, и телесна казна до 10 штапа.

⁵⁷⁸ Ивана Крстић – Мистрицеловић, *op. cit.*, стр. 424.

неоснованој, уколико након разматрања стања ствари утврди да је првостепени суд „исправно и законито“ поступио. Из тога закључујемо да је жалба на (извршену!) пресуду могла бити изјављена из стварних и правних недостатака, дакле била је потпун правни лек. У супротном, када би суд правног лека (срески начелник) утврдио основаност жалбе, издао би мишљење и жалиоца упутио надлежном окружном начелнику. Жалба окружном начелнику могла је бити изјављена и у случају ако је срески начелник одбио жалбу на пресуду првостепеног суда, као неосновану. Према томе, срески начелник био је нека врста трећестепеног суда. Будући да срески начелници⁵⁷⁹ суде за преступе са тежим запрећеним казнама⁵⁸⁰, допуштена је жалба на пресуду, која се изјављује окружном начелнику. На пресуду окружног начелника⁵⁸¹, као и Управе вароши Београда била је, такође, допуштена жалба, по којој је одлучивало Министарство унутрашњих послова.

18.6.2. ПЕРИОД ПРИМЕНЕ ПРВОГ СРПСКОГ ПРОЦЕСНОГ ЗАКОНА

Текст Законика о поступку судском у кривичним делима за књажевство Србију из 1865. године (у даљем тексту: ЗКП КС) израђен је по узору на аустријски процесни закон из 1853. године. Устројство редовних кривичних судова у Србији почивало је на разлици између првостепених и виших судова. У првом степену за иступе судили су општински судови и полиција, а за тежа кривична дела (преступе и злочине), првостепени и поротни судови. Другостепени судови били су апелациони судови у Београду и Скопљу, а поред тога постојао је и Касациони суд у Београду. Неопходни услови и потреба за преиспитивање првостепене судске одлуке, поводом правног лека, настала је у инквизиционом поступку. Будући да над судовима није вршена контрола у току вођења поступка, постојала је потреба да се супервизија врши по његовом окончању. Испитивање судских одлука било је олакшано, јер се судило на основу списка и према законској оцени доказа. Најзад, успостављање власти суверена, који је, између осталог, вршио и судску власт, омогућило је хијерархијско разврставање судова.⁵⁸² Постепено изграђена и регулативом уређена мрежа судова у Србији 19. века,

⁵⁷⁹ Терминолошки је исправније рећи „среско начелство“, јер начелник заправо суди у већу заједно са 2 кмета, односно 2 службеника општине.

⁵⁸⁰ Срески начелници суде за полицијске преступе са запрећеном новчано казном од 2 до 8 талира, казном затвора до 12 дана и телесна казна до 25 штапа.

⁵⁸¹ Окружни начелник надлежан је да суди за полицијске преступе са предвиђеном новчаном казном преко 8 талира, казном затвора до 30 дана и телесном казном до 35 штапа.

⁵⁸² Тихомир Васиљевић, *Систем...*, ор. cit., стр. 20.

дочекала је усвајање Законика о поступку судском у кривичним делима за књажеводство Србију. С циљем долажења до правилне и законите судске одлуке, дакле у интересу правде, процесни закон омогућава поновно разматрање судских одлука, донетих у поступку првог степена. Закон не оперише изразом „правни лек“, већ „правно средство“ (члан 344. и 345. ЗКП КС). Но, будући да је у теорији прихваћено гледиште да је правни лек ужи појам од правног средства⁵⁸³, у складу са темом нашег рада, ми ћемо се служити тим појмом.

Законик о поступку судском у кривичним делима за књажеводство Србију познаје три правна лека: незадовољство, жалбу и молбу за поновно суђење. Од тога, незадовољство и жалба су редовни правни лекови, док је молба за поновно суђење ванредни правни лек. Док се незадовољство може изјавити само против мериторних судских одлука (осуђујућих пресуда, изузев ако је донета од стране поротног суда), дотле је жалба правни лек, којим се могу нападати како мериторне, тако и процесне одлуке суда.⁵⁸⁴

Незадовољство је редован и потпун правни лек, везан роком, са суспензивним и деволутивним дејством. Овај правни лек може се изјавити само против осуђујуће пресуде првостепеног суда⁵⁸⁵ (члан 261. ЗКП КС). Реч је о потпуном правном леку, јер се пресуда може побијати по чињеничним (*error in facto*) и правним (*error iuris*) основима. Незадовољство је правни лек са суспензивним дејством. Његово изјављивање одлаже извршење првостепене пресуде (члан 259. став 3 ЗКП КС). Одлуку доноси другостепени, Апелациони суд, те је дејство незадовољства деволутивно. Првостепена пресуда се може нападати по стварним и правним основима. Правни основи се могу поделити на погрешну примену материјалног закона (*error in iudicando*) и на повреду поступка (*error in procedendo*). Стварни разлози за побијање првостепене пресуде су недостаци у утврђеном чињеничном стању. Разликују се погрешно, од непотпуно утврђеног чињеничног стања. Код погрешно утврђеног чињеничног стања, реч је о судској заблуди, стварној или правној. Стварна заблуда постоји, примера ради, ако је суд погрешно протумачио наводе сведока, а правна

⁵⁸³ Види: Војислав Ђурђић, 2011, *op. cit.*, стр. 148. Под правним лековима разумеју се правна средства, којим овлашћена лица побијају судску одлуку услед стварних или правних недостатака, тврдећи да је неправилна или незаконита, којим траже њено укидање или преиначење.

⁵⁸⁴ Иван Илић, *Систем правних лекова у кривичном поступку Србије XIX века*, у: Заштита људских и мањинских права у европском правном простору, Ниш, 2014, стр. 161-178.

⁵⁸⁵ Против ослобађајуће пресуде и пресуде којом се оптужени пушта испод суђења, дозвољена је жалба, о којој одлучује Касациони Суд.

заблуда, ако је недостајала заклетва сведока. Непотпуно утврђено чињенично стање постоји када суду нису били познати, па самим тим, нису ни изведени сви докази. Дакле, кључна разлика између погрешног и непотпуног чињеничног стања је у доказној грађи, на коју се субјект жалбе позива. Док се, у случају погрешно утврђеног чињеничног стања, позива на постојећу доказну грађу, код непотпуно утврђеног чињеничног стања позива се на нове чињенице и нове доказе, који нису извођени у првостепеном поступку. У том случају, субјект жалбе користи се повластицом новирања (*beneficium novorum*), тј. правом навођења нових чињеница и доказа, које вреди и у жалбеном поступку.

Конкретни законски основи незадовољства, наведени су у члану 246. ЗКП КС. Незадовољством се пресуда може побијати због: 1. ништавости поступка, 2. због (не)постојања кривичног дела и кривичне одговорности окривљеног, 3. због одлуке о казни и 4. због одлуке о приватном потраживању. Од наведених основа незадовољства, о повредама поступка, питању кривице и одлуци о казни, суд води рачуна по службеној дужности (члан 246. став 2. ЗКП КС). То значи да ће суд разматрати ова питања, независно од тога, да ли се жалилац позвао на њих у незадовољству. Једино о приватном потраживању суд ће одлучивати, само ако се оштећени позове на овај основ.

Законом је прописан круг процесних субјеката, овлашћених за изјављивање незадовољства (члан 258. ЗКП КС). Државни тужилац може изјавити овај правни лек, како на штету, тако у корист окривљеног. Приватни тужилац може изјавити незадовољство, ако је реч о поступку за кривична дела, која се гоне по приватној тужби. Ако приватни тужилац има пуномоћника, и он може изјавити незадовољство. Након смрти приватног тужиоца, ово право имају његови наследници. Оштећени, као и његов пуномоћник, има ограничено право на изјављивање незадовољства. Он може побијати судску одлуку само по питању накнаде штете, ако је о томе одлучивано у кривичном поступку. У супротном, ако је за осваривање потраживања упућен на парницу, нема право на изјављивање овог правног лека. Окривљени и његов бранилац могу изјавити незадовољство по било ком, од законом прописаних основа, само у корист окривљеног. Ово право имају и супружник, родбина у правој линији и старалац окривљеног. Они могу изјавити незадовољство само у корист окривљеног, чак и против његове воље. Ово право припада им и након смрти окривљеног. Право на изјављивање незадовољства против воље малолетног окривљеног има бранилац.

Поступак по изјављеном незадовољству састоји се из два дела. Први део чини поступак пред судом, који је донео првостепену судску одлуку, а други, пред Апелационим судом. Првостепени суд, по пријему незадовољства, најпре испитује благовременост. Ако је незадовољство благовремено изјављено, првостепени суд ће списе доставити Апелационом суду на решавање. Пре него што приступи решавању по поднетом незадовољству, Апелациони суд ће, најпре, поново испитати благовременост подношења, као и да ли незадовољство изјављено од овлашћеног лица. Ако утврди да је неблаговремено, или поднето од неовлашћеног лица, суд ће га решењем одбити (члан 261 ЗКП КС).

Поступак пред Апелационим судом је био јаван, писмен и посредан. Суди се на основу списка предмета, искључиво у седници већа, на које се странке не позивају. Без обзира на законске основе, наведене у незадовољству, жалбени суд, по службеној дужности испитује следеће недостатке: потпуност поступка (реч је, заправо о потпуности утврђеног чињеничног стања), да ли је дело по закону кривично дело (чиме је обухваћено испитивање постојања основа, који искључују кажњивост), правну квалификацију, идентитет пресуде и оптужбе и јасноћу пресуде, те чињеничну основу пресуде (да ли су узете у обзир олакшавајуће и отежавајуће околности, како су цењени наводи одбране, као и изведени докази), повреде поступка (нпр. да ли је суд био надлежан), и одлуку о кривичној санкцији. Према томе, велики број повреда суд испитује, *ex officio*, на зависно од тога, да ли су наведени у незадовољству.

У случају да Апелациони суд нађе да постоје повреде поступка, укунуће пресуду и предмет вратити на поновно суђење првостепеном суду (члан 265 ЗКП КС). Апелациони суд ће на исти начин поступити ако нађе да је поступак повређен на тај начин што је изостало суђење за све наводе из оптужнице. У случају мањих пропуста у вођењу првостепеног поступка (нпр. изостанак увиђаја, или испитивања неког од сведока), апелациони суд ће вратити првостепеном суду предмет, да на новом главном претресу допуни доказни поступак. У том случају пресуда се формалноправно не укида, већ по употпуњеном доказном поступку, Апелациони суд изриче нову пресуду (члан 265.). Апелациони суд ће овако поступити и у случају непотпуно утврђеног чињеничног стања, односно, када има места утврђивању нових чињеница и извођењу нових доказа. Овакво решење је последица концепцијске поставке, према којој Апелациони суд не доноси одлуку на главном претресу. Судска пракса је, донекле, кориговала законско решење, па се у важнијим случајевима, нова пресуда, сасвим

оправано, изрицала од стране првостепеног суда, пред којим су утврђиване све чињенице и извођени докази.

У случају да Апелациони суд нађе да постоји погрешно утврђено чињенично стање, или да постоји повреда материјалног закона, изрећи ће нову пресуду. У том случају, суд може изрећи осуђујућу пресуду, ослобађајућу пресуду и ослобађајућу пресуду због недовољно доказа. До преиначења пресуде у корист окривљеног може доћи без обзира на то, ко је, и у ком смеру, изјавио незадовољство. Такав исход могућ је и у ситуацији да је само државни тужилац изјавио незадовољство на штету окривљеног. Насупрот томе, став Касационог суда био је да се пресуда може преиначити у корист окривљеног, једино ако је незадовољство изјављено у његову корист.⁵⁸⁶ Такво схватање косило се са одредбом из члана 264 ЗКП КС, према којој суд по службеној дужности преиспитује и оцењује првостепену пресуду, у складу са начелом материјалне истине. На другој страни. Апелациони суд је био ограничен дејством принципа забране *reformatio in peius*, у случају изјављивања незадовољства, само у корист окривљеног. Дакле, до преиначења на штету окривљеног могло је доћи једино ако је незадовољство изјавио државни тужилац, на његову штету. Забрана преиначења на штету окривљеног односи се на тежу правну квалификацију или на тежу казну (члан 266. ЗКП КС).

Закон о поступку судском у кривичним делима за књажевство Србију је познавао још један редовни правни лек. Жалба се могла изјавити против коначних пресуда и решења нижих судова (члан 272). Потребно је истаћи да „коначне“ пресуде нису правноснажне. Реч је о судским одлукама, којима је мериторно решена кривична ствар, у последњем степену. О таквој кривичној ствари не може се више судити (*res iudicata*), већ судска одлука подлеже испитивању, само у погледу повреда закона, од стране Касационог суда. Жалба је била допуштена против ослобађајућих пресуда првостепеног суда, пресуда поротног суда, пресуда апелационог суда и пресуда војних судова. Осим тога, овај правни лек је било могуће изјавити против решења првостепеног, или апелационог суда, којима се решава кривична ствар. Реч је о деволутивном правном леку, о коме одлучује други суд, који није судио у првом или другом степену. Касациони суд није надлежан за суђење у трећем степену. Овај суд је био овлашћен да, по поднетој жалби, испитује повреду поступка и примену

⁵⁸⁶ Одлука Касационог суда бр. 848, од 4.2.1898., одлука број 1487, од 21.02.1898. и одлука бр. 13441, из 1908. године.

материјалног закона, на утврђено чињенично стање. Према томе, чињенична основица пресуде или решења, на први поглед, није била подложна преиспитивању, пред Касационим судом.

Последица постојања правила о законској оцени доказа је могућност да се жалбом напада пресуда и решење, услед погрешне оцене изведених доказа. Приликом разматрања ове врсте повреде, Касациони суд је испитивао, да ли је закључак о постојању неке одлучне чињенице тачно изведен. У том случају Касациони суд је заправо испитивао и чињеничну основу пресуде или решења, с тим што није могао утицати на њену модификацију. Још један основ жалбе, који доводи до испитивања чињеничне основе судске одлуке, је била могућност побијања по основу непотпуно утврђеног чињеничног стања. Касациони суд је могао укинути судску одлуку, ако је услед неутврђивања неке одлучне чињенице дошло до повреде закона. Утврђивање недостајуће чињенице није вршио Касациони суд, већ првостепени суд, на новом главном претресу, након укидања судске одлуке. Према томе, иако, као основ жалбе, нису фигурирале чињеничне повреде, на посредан начин Касациони суд је испитивао и чињеничну подлогу судске одлуке, као претпоставку повреде права. То потврђује одредба, према којој је у жалби, на посредан начин⁵⁸⁷, допуштено навођење нових чињеница и доказа (члан 278. и 344. став 2. ЗКП-а).

18.6.3. ПРЕДЈУГОСЛОВЕНСКИ ПЕРИОД

У државама, које су након Првог светског рата оформиле Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца, је у другој половини XIX века важило различито законодавство. У Хрватској је до 1854. године важило обичајно право, а од тада Закон о казненом поступку за аустријску царевину, из 1853. године. Будући да је процесни закон Краљевине Србије писан по узору на аустријски, систем правних лекова је био идентичан ономе из Законика о поступку судском у кривичним делима за књажевство Србију.⁵⁸⁸ Осим што се судска одлука по призиву могла побијати услед мана у форми, постојала је могућност побијања садржине судске одлуке. Садржински недостаци судске одлуке могли су се побијати по основу повреде материјалног кривичног права, погрешно одмерене врсте и мере кривичне санкције, као и услед погрешног или

⁵⁸⁷ Закон користи следећу формулацију: „ако нижи суд по примедбама Касационог суда буде имао допуњивати ислеђење, он ће то и учинити“.

⁵⁸⁸ О карактеристикама кривичног поступка у Србији у XIX веку видети више: Иван Илић, *Изградња кривичног поступка Србије у XIX веку*, Пешчаник, бр. 12 /2014, стр. 298-303.

непотпуно утврђеног чињеничног стања. Након укидања законске теорије о оцени доказа, односно њене позитивне варијанте,⁵⁸⁹ долази до отпора теорије према овлашћењу преиспитивања чињеничне основе пресуде. Тај тренд је дошао до изражаја у аустријском ЗКП-у из 1873. године. С обзиром да је хрватски ЗКП из 1875. године писан по узору на аустријски закон,⁵⁹⁰ у систем правних лекова је уведен дуалитет. Судска одлука се могла побијати притужбом, која одговара данашњој жалби на решење, као непотпуним и потпуним призивом. За злочине и преступе се могао изјавити непотпуни призив, услед погрешне одлуке о кривичној санкцији и о имовинскоправном захтеву оштећеног. Према томе, чињенина основица судске одлуке за тежа кривична дела није била подложна преиспитивању. Потпуним призивом могла се побијати судска одлука за прекршаје. Овим правним леком се могла побијати и чињенична база пресуде, али само за најлакша кривична дела.

На подручју Словеније и Далмације је важио аустријски ЗКП из 1873. године. У Босни и Херцеговини је важило шеријатско право до анексије 1878. године, када је уведено војно правосуђе Аустро-Угарске, да би 1891. године био уведен аустријски кривични поступак, који се по систему правних лекова поклапао са Хрватском, Словенијом и Далмацијом. На подручју Војводине је важило обичајно право, које је, у погледу правних лекова, садржало утицаје из аустријског процесног закона из 1853. године. Нешто касније, 1896. године на подручју Војводине, као деловима данашње Хрватске (Барања и Међумурје), уведен је угарски Закон о кривичном поступку, који је у начелу, заснован на веома сличним решењима као и аустријски ЗКП. У Црној Гори је 1910. године донешен процесни закон, који је рађен по угледу на српски ЗКП. Најзад, будући да је Македонија била у саставу Краљевине Србије, на том подручју се примењивао српски процесни закон из 1865. године.

18.6.4. ЗАКОН О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ КРАЉЕВИНЕ СРБА, ХРВАТА И

СЛОВЕНАЦА

Рад на изради Закона о кривичном поступку Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, касније Краљевине Југославије започео је још 1920. године. Након два

⁵⁸⁹ Позитивна теорија о законској оцени доказа је старија и подразумевала је потпуну везаност суда за утврђени квантитет и квалитет доказа. Новија, негативна варијанта подразумева могућност суда да цени вредност сваког доказа у односу на одлучне чињенице, кад се утврди законом прописани квантитет и квалитет доказа (Саша Кнежевић, *Кривично...*, ор. cit., стр. 272.).

⁵⁹⁰ Божидар Марковић, *Расправе...*, ор. cit, стр. 67.

пројекта, јавне расправе и неколико измена у саставу комисије за израду овог прописа, Законик о судском кривичном поступку је усвојен 1929. године. Он је рађен по узору на дотадашњи хрватски процесни закон, а у комисији за његову израду су суделовали еминентни професори оног доба, попут Николе Огорелице, Божидара Марковића, Метода Доленца, Михајла Чубинског, као и судије највиших судских инстанци. Овај закон је 1930. године ступио на снагу на већем делу територије Југославије, изузев Црне Горе и Србије (и Македоније), где је поступно ступао на снагу до 1932. године, услед продуженог *vacatio legis* јер је предвиђао бројне измене у односу на дотадашњи кривични поступак у овим деловима државе.

Законик о судском кривичном поступку Краљевине Југославије (у даљем тексту: ЗСКП) из 1929. године је предвиђао побијање неправноснажних судских одлука путем призива (непотпуног и потпуног) и ревизије. Непотпуни призив је редован правни лек, са деволутивним и, по правилу, суспензивним дејством, којим су се могле побијати првостепене пресуде окружног суда, донете у зборном саставу. Овај правни лек је могао бити изјављен услед неправилне одлуке суда о кривичној санкцији, као и услед одлуке о приватноправном потраживању оштећеног и трошковима кривичног поступка и извршења казне, као и услед (не)признавања олакшица приликом извршења казне (члан 332. став 1. ЗСКП). Призивни суд⁵⁹¹ је, у случају основаности, могао да преиначи првостепену пресуду сопственом одлуком (члан 334. став 2. ЗСКП). Непотпуни призив је правни лек, којим се није могла побијати ни правна, ни чињенична основа судске одлуке, већ само услед грешака у погледу одлука суда о споредним предметима кривичног поступка, или о казни, без да је суд тиме прекорачио границе својих овлашћења и на тај начин повредио закон.

Потпуни призив је редовни правни лек, по правилу са суспензивним, као и деволутивним правним дејством, који су могле изјавити странке и други овлашћени субјекти. Овај правни лек је могао бити изјављен против одлука окружног суда, донетих од стране судије појединца и против одлука среског суда. У складу са именом, потпуним призивом су се судске одлуке могле побијати услед повреда закона и услед чињеничних недостатака побијане пресуде. Осим правних повреда, основ потпуног призива је била одлука суда о кривици, што је подразумевало доказе о чињеницама, као и одлука о споредним предметима кривичног поступка (члан 392. став 1. ЗСКП). У

⁵⁹¹ О призиву је одлучивао Апелациони суд (члан 333. став 5. ЗСКП), а у случају подношења заједно са ревизијом, одлучивао је Касациони суд (члан 353. став 1. ЗСКП).

случају доношења одлуке о основаности потпуног призива, другостепени суд је могао да преиначи првостепену пресуду, али и да укине првостепену пресуду и предмет врати на поновно суђење. Након одржаног главног претреса, другостепени суд је могао да поништи побијану пресуду и да донесе сопствену пресуду (члан 405. ЗСКП).

Према томе, одлуке судова за лакша кривична дела могле су се побијати и услед чињеничних недостатака, за разлику од одлука судова за тежа кривична дела, где се могла побијати само правна основица одлуке. Разлози којима је објашњавана немогућност побијања чињеничне основе пресуда за тежа кривична дела углавном су исти као и у државама, које су служиле као узор за израду југословенског ЗКП-а. Главни претрес у првостепеном поступку заснован је на начелима контрадикторности, јавности, усмености и непосредности, која омогућавају правилно утврђивање чињеница. Супротно томе, вишем суду за доношење правилне одлуке о чињеницама недостаје потребна грађа, те не може поправити ни евентуалне погрешне закључке првостепеног суда. Квалитет доказа, изведених пред вишим судом, не може бити исти као код првостепеног суда, нарочито у погледу исказа сведока, који временом губе на квалитету. Уколико би виши суд одлучивао само на основу списка, то би такође утицало на лошији квалитет одлуке донете у жалбеном поступку.⁵⁹² Сви наведени аргументи доводе у питање постојање потпуног призива, којим се могла побијати чињенична основа судских одлука судије појединца, у поступку за лакша кривична дела. Оправдање за ово одступање од правила да другостепени суд не евалуира чињеничну базу првостепене пресуде се налази у потреби да се лакше одржи главни претрес пред другостепеним судом. Осим тога, овде је призивни суд окружни⁵⁹³, где странке лакше могу приступити.⁵⁹⁴ Узевши у обзир све наведене аргументе, изостаје кључни, а то је степен пружања правне заштите, који опада са тежином кривичног дела. Са оваквим системом правних лекова, исправљање судских грешака у поступку за тешка кривична дела било је готово искључено.

Решења и наредбе су се могле побијати жалбом, и то у потпуности, чињенична и правна основица. Потпуност овог правног лека се објашњавала тиме да се наредбама и решењима мериторно не решава кривична ствар, те нема сметњи да се у поступку по

⁵⁹² Божић Марковић, *Уџбеник...*, op. cit, стр. 547-548.

⁵⁹³ Уколико је био изјављен против одлуке Среског суда, о призиву је одлучивао Окружни суд, а ако је био изјављен против одлуке судије појединца окружног суда, онда је другостепени суд био Апелациони суд (члан 390. став 2. ЗСКП).

⁵⁹⁴ *Ibidem.*

жалби, у коме се решава на основу списка, испита и стварна база ових судских одлука.⁵⁹⁵

Пресуде Окружног суда донете у зборном саставу су се могле побијати и ревизијом. Реч је о редовном, суспензивном и деволутивном правном леку, којим се пресуда Окружног суда могла побијати услед повреда материјалног или процесног закона (члан 335. ЗСКП). Ревизиони суд је могао да укине побијану пресуду и предмет врати на поновно суђење, као и да је преиначи и замени својом одлуком. Касациони суд, који је био овлашћен да одлучује по поднетој ревизији, имао је овлашћење да укине побијану пресуду, ако се појави знатна сумња у утврђено чињенично стање, која не може бити отклоњена ни додатним извиђајима Касационог суда. У случају знатне сумње у истинитост одлучних чињеница, Касациони суд је такође могао да преиначи побијану пресуду у ослобађајућу, или да према окривљеном примени блажи закон. Према томе, у поступку по ревизији је постојала могућност евалуације чињеничног стања побијане одлуке, и то по службеној дужности. У теорији се називала „изванредном ревизијом“,⁵⁹⁶ стога што је Касациони суд прибегавао у изузетним случајевима, кад је побијана пресуда била очигледно неправична. Ипак, реч је о једној од одлука Касационог суда, а не о правном леку у правном леку.

Дуалитет правних лекова, на коме је био заснован Закон о судском кривичном поступку Краљевине Југославије је у теоријским расправама био предмет критике. Већ тада су се могли чути предлози за јединствени правни лек, којим би се могла нападати судска одлука у потпуности, услед чињеничних и правних недостатака. Такође се предлагало да се овим јединственим правним леком обухвате сва кривична дела, злочини, преступи и иступи, да би се све одлуке могле побијати по истим основима.⁵⁹⁷

18.6.5. ЗАКОН О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ФНРЈ

Процесни закони који су донети након Другог светског рата доносе једну велику промену у систему правних лекова. Укинут је дуалитет правних лекова, као и разликовање опсега побијања судских одлука, зависно од тежине кривичног дела. Уведен је јединствени правни лек, којим се могла побијати чињенична и правна основица судске одлуке. Према схватању законописаца, ревизија је неадекватан и беживотан правни лек, којим се успоставља искључиво формална законитост судске одлуке. Правни лек, којим се не би могла нападати чињенична страна судске одлуке

⁵⁹⁵ Божидар Марковић, *Уџбеник...*, op. cit, стр. 547.

⁵⁹⁶ Лавослав Хенингсберг, op. cit, стр. 89.

⁵⁹⁷ Јурај Кулаш, op. cit., стр. 192-193.

био би неправичан и неприступачан грађанима, с обзиром да су чињенични недостаци најлакше уочљиви просечном човеку.⁵⁹⁸ Из тих разлога се стало на становиште да потребама окривљеног и других учесника поступка највише погодује потпун редовни правни лек. Такво схватање опстало је до данашњих дана.

Законом о кривичном поступку ФНРЈ из 1948. године⁵⁹⁹ (у даљем тексту ЗКП ФНРЈ) уведен је монистички систем правних лекова. Уместо разлика у праву на побијање пресуде, зависно од тежине кривичног дела, жалбом, као јединим редовним правним леком, могле су се побијати пресуде среских и окружних судова (члан 255. став 1 ЗКП ФНРЈ). Жалбом су се могле побијати пресуде услед повреда одредаба поступка, због повреда кривичног закона, због порешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, као и због одлуке о казни, трошковима поступка и имовинскоправном захтеву (члан 262. ЗКП ФНРЈ). Законом је било дефинисано погрешно и непотпуно утврђено чињенично стање. Према слову закона, погрешно утврђено чињенично стање постоји кад из чињеница утврђених од стране суда не произлазе закључци о кривичној одговорности окривљеног, или кад суд није правилно оценио изведене доказе. Непотпуно утврђено чињенично стање постоји кад суд није узео у обзир неке од одлучних чињеница, или кад је кад оцена доказа није била довољна (члан 266. ЗКП ФНРЈ).

Другостепени суд је, у случају основаности жалбе, могао да преиначи првостепену пресуду, или да је укине и предмет врати на поновно суђење. Потоње овлашћење је постојало у случају повреде материјалног закона, или ако је услед погрешног или непотпуног чињеничног стања било потребно поновно отварање главног претреса пред првостепеним судом (члан 275. ЗКП ФНРЈ). Исто овлашћење је постојало ако су у жалби наведени нови докази или нове чињенице,⁶⁰⁰ те је било потребно поновно отварање главног претреса. и на поновном претресу пред првостепеним судом је било могуће предлагати нове доказе и истицати нове чињенице. Нови докази и нове чињенице сматраће се важним ако доводе у питање утврђене чињенице у првостепеном поступку. Ако другостепени суд закључи да су одлучне чињенице правилно утврђене и да се на основу правилно утврђеног чињеничног стања

⁵⁹⁸ Ивица Крамарић, *op. cit.*, стр. 250.

⁵⁹⁹ Службени лист ФНРЈ бр. 97/48.

⁶⁰⁰ Прелиминарну оцену нових чињеница и доказа оцењивало је жалбено веће другостепеног суда. Тај састав суда испитује њихову важност за пресуђење ствари. Жалбеном већу је стајала на располагању могућност да преко првостепеног суда испита постојање доказа, на које је овлашћено лице позвало у жалби (члан 270. ЗКП ФНРЈ).

има донети другачија одлука, правилном применом закона, другостепени суд је преиначавао првостепену пресуду сопственом одлуком (члан 276. ЗКП ФНРЈ).

Процесни закон ФНРЈ је омогућавао испитивање пресуде по службеној дужности, у случају да је изречена смртна казна, а жалба није била изјављена у року (члан 268. став 3. ЗКП ФНРЈ). У случају истека рока за жалбу пресуде, којом је окружни суд изрекао смртну казну, уколико није било изјављених жалби, пресуда је ипак достављана другостепеном суду ради разматрања. С обзиром да нема одредби о опсегу испитивања пресуде, у овом случају, било је допуштено испитивање чињеничне и правне основице пресуде првостепеног суда. Ово је значајан изузетак од општег начела диспозитивности, јер је пресуда испитивана по службеној дужности, без изјављене жалбе. Овакво решење било је мотивисано тежином изречене казне, којим се дегорирало најзначајније људско право на живот.

У Закону о кривичном поступку из 1953. године Федеративне народне републике Југославије⁶⁰¹ (у даљем тексту: ЗКП ФНРЈ 1953) била су предвиђена три редовна правна лека, жалба на пресуду првостепеног суда, жалба на пресуду другостепеног суда и жалба на решење. Жалба на пресуду првостепеног суда је редовни, деволутивни, суспензивни и потпун правни лек. Пресуда се могла побијати услед повреда кривичног закона, битних повреда одредаба кривичног поступка, погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања, због одлуке о казни, мерама безбедности, трошковима поступка, имовинскоправном захтеву, о одузимању одликовања и објављивању пресуде (члан 341. ЗКП ФНРЈ 1953). У односу на процесни закон из 1948. године, право на предлагање нових доказа и указивања на нове чињенице је могуће, али је жалилац дужан да наведе зашто их није испицао током првостепеног поступка. На тај начин је установа *beneficium novorum* у извесној мери била ограничена у поступку по жалби. Уколико се жалилац позове на нове чињенице, дужан је да наведе доказе, којима ће се утврдити, а ако наведе нове доказе, дужан је да означи које ће чињенице путем тих доказа бити утврђене. Дефиниција погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања је унеколико упрошћена, у односу на раније важећи закон. Погрешно чињенично стање постоји кад је суд неку одлучну чињеницу погрешно утврдио. Кад суд неку одлучну чињеницу није утврдио, као и кад на то указују нове чињенице и нови докази, постоји непотпуно утврђено чињенично стање

⁶⁰¹ Службени лист ФНРЈ бр. 40/53, 43/53, 5/60, 30/62 и Сл. лист СФРЈ, бр. 12/65, 23/67, 50/67 (пречишћен текст), 54/70 и 6/73.

(члан 344. ЗКП ФНРЈ 1953). У односу на формулацију из 1948. године, чини се да је овакво дефинисање лошије. Констатација да је чињенично стање погрешно утврђено кад је суд неку чињеницу погрешно утврдио је таутологија, јер не прецизира кад се чињеница сматра погрешно утврђеном.

Другостепени суд може по поднетој жалби да одлучи у седници већа, или на главном претресу. Претрес пред другостепеним судом биће одржан ако је потребно да се изведу нови докази, или да се понови извођење неког доказа, услед погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, а не постоји оправдани разлози да се предмет врати на првостепено суђење (члан 350. став 1. ЗКП ФНРЈ 1953). Овом одредбом уведена је могућност да се на главном претресу пред судом правног лека утврђују одлучне чињенице. У ЗКП-у из 1948. године експлицитно је било прописано да се пресуда укида и предмет враћа на поновно суђење, у случају да другостепени суд нађе да је чињенично стање погрешно или непотпуно. Претрес пред другостепеним судом је служио да судија известилац изнесе стање ствари, а странке да образложе жалбене наводе, односно став о наводина супротне странке. Извођење доказа и утврђивање чињеница на претресу пред другостепеним судом није било могуће. Супротно томе, према члану 351. став 3. ЗКП ФНРЈ 1953, странке могу на главном претресу пред другостепеним судом износити нове чињенице и предлагати нове доказе.

Другостепени суд ни у ком случају не испитује по службеној дужности потпуност и тачност утврђеног чињеничног стања, док жалба поднета због чињеничних недостатака у корист окривљеног садржи у себи и жалбу на одлуку о казни и изреченим мерама безбедности (члан 356. ЗКП ФНРЈ 1953). Другостепени суд је укидао првостепену пресуду ако је сматрао да је због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања потребно да се одржи нови главни претрес пред првостепеним судом. У случају укидања пресуде због чињеничних дефицијенција пресуде, другостепени суд наводи у чему се састоје ти недостаци и образлаже утицај нових чињеница и доказа на доношење правилне одлуке.

За разлику од ЗКП-а Краљевине Југославије и ЗКП-а из 1948. године, процесним законом из 1953. године је уведено трећестепено суђење. Правни основ за суђење у трећем степену је нађен у члану 180. став 1. Устава СФРЈ, којим је гарантовано право жалбе на судске одлуке. Из тога се може извући закључак да је суђење у другом степену обавезно, а да суђење у трећем степену није искључено. Жалба на пресуду другостепеног суда је могла бити изјављена изузетно, у два случаја.

Први случај се односио на изрицање смртне казне, или казне доживотног затвора, односно ако је таква казна првостепеног суда потврђена. Други случај, када је могла бити изјављена жалба на пресуду другостепеног суда је, ако је на основу одржаног главног претреса другостепени суд другачије утврдио чињенично стање (члан 368. став 1. ЗКП ФНРЈ 1953). Први случај у коме је могуће побијање другостепене пресуде мотивисан је тежњом ка повећањем гаранција доношења правилне и законите пресуде, у случају изрицања најтежих кривичних санкција. У другом случају је било потребно да је другостепени суд на основу главног претреса другачије утврдио чињенично стање, у односу на првостепени суд и да је на основу таквог чињеничног стања засновао своју одлуку. Пред судом који је био надлежан да одлучује по жалби на пресуду другостепеног суда није било могуће одржавање главног претреса, већ се о жалби решавало у седници већа.

18.6.6. ЗАКОН О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СФРЈ

Следећи процесни закон Југославије био је донет након више од две деценије. У међувремену је ЗКП из 1953. године више пута новелиран. Закон о кривичном поступку СФРЈ из 1976. године⁶⁰² (у даљем тексту: ЗКП 1976) је предвиђао четири редовна правна лека, жалбу на пресуду првостепеног и другостепеног суда, жалбу Савезном суду и жалбу на решење.

Жалба на пресуду првостепеног суда је била редовни, потпуни, суспензивни и деволутивни правни лек. У поређењу са ранијим процесним законима, право на изјављивање жалбе имао је најшири круг процесних субјеката. Овај правни лек су осим странака могли изјавити бранилац, сродници и законски заступник окривљеног, оштећени, затим лице, заједница, односно организација од кога је одузет предмет и имовинска корист прибављена кривичним делом (члан 360. ЗКП 1976). С обзиром да је реч о потпуном правном леку, жалба је могла бити изјављена услед стварних и правних недостатака. У правне недостатке спадале су повреде кривичног закона и битне повреде одредаба кривичног поступка, те погрешна одлука о кривичним санкцијама, одузимању имовинске користи, имовинскоправном захтеву и објављивању пресуде путем средстава јавног информисања. Стварни недостаци су постојали ако је чињенично стање било погрешно или непотпуно утврђено.

⁶⁰² Сл. лист СФРЈ, бр. 4/77, 36/77, 60/77, 14/85, 26/86 (пречишћен текст), 74/87, 57/89, 3/90 и Сл. лист СРЈ, бр. 27/92 и 24/94).

У жалби су се могли наводити нови докази и нове чињенице, али ако их наводи тужилац, дужан је да наведе зашто их није раније наводио и истицао (члан 362. став 4. ЗКП 1976). Таква одредба ставља у повољнији положај окривљеног, у погледу повластице новирања, и такође додатно обавезује тужиоца да свој казни захтев благовремено поткрепљује чињеницама и доказима. Без обзира на дужност да се образложи зашто нису раније наведене чињенице, или предложани докази, другостепени суд не може да одбије доказни предлог тужиоца, наведен у жалби, због неблаговременог подношења. Нови докази се могу односити на нове чињенице, али и на већ утврђене чињенице. Чињенице које су по први пут наведене у жалби се могу поткрити већ изведеним доказима.⁶⁰³ Као и у ЗКП-у из 1953. године, наведене чињенице се морају поткрити доказима, а за предложене доказе треба навести које чињенице би се њима утврдиле. То помаже другостепеном суду да оцени подобност да се предложеним доказима и чињеницама утврди неправилност чињеничног стања из првостепеног поступка, или да оцени да ли наведене чињенице одлучне и да ли из предложених доказа могу бити утврђене одлучне чињенице, којима би се попуниле празнине у чињеничном стању првостепеног суда.⁶⁰⁴ Навођење нових чињеница и предлагање нових доказа не мора аутоматски да доведе до закључка да је непотпуно чињенично стање кривица суда. Уколико предложени докази и чињенице нису били познати странкама, нити суду, у време вођења првостепеног поступка, чињенично стање утврђено у том тренутку је било у границама расположивог. Остаје могућност да су и странке знале за неке чињенице и доказе, али нису желеле да их обелодане у првостепеном поступку, из тактичких разлога, што такође ослобађа суд кривице за недостатке у утврђеном чињеничном стању.

Одређење погрешног и непотпуно утврђеног чињеничног стања је остало исто као у ЗКП-у из 1953. године, те и приговори, које смо истакли говорећи о тој одредби остају исти. Као и у раније важећем процесном закону из 1953. године, главни претрес пред другостепеним судом ће се одржати ако је потребно утврђивање чињеница, извођењем нових доказа или понављањем извођења доказа, због погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања, кад постоје оправдани разлози да се предмет не врати на поновно суђење првостепеном суду (члан 373. став 1. ЗКП 1976). Странке су могле и на претресу пред другостепеним судом износити нове чињенице и доказе,

⁶⁰³ Тихомир Васиљевић, Систем..., *Систем...*, op. cit, стр. 611.

⁶⁰⁴ Тихомир Васиљевић, Систем..., *Систем...*, op. cit, стр. 612.

независно да ли су већ биле наведене у жалби. Ако другостепени суд утврди да је жалба основана, уважиће је, укинути пресуду и предмет вратити првостепеном суду када сматра да је због недостатака у утврђеном чињеничном стању потребно одржати нови главни претрес (члан 385. став 1. ЗКП 1976). Према томе, виши суд је могао да измени чињенично стање, које је утврђено у првостепеном поступку, на основу слободне оцене доказа, по слободном уверењу, али само након одржаног главног претреса пред другостепеним судом. Осим тога, другостепени суд је имао овлашћење, уважавајући жалбу, да пресуду преиначи, ако утврди да је чињенично стање правилно утврђено и потпуно, али да се на основу тако утврђеног чињеничног стања треба донети другачија пресуда. И у овом случају другостепени суд врши својеврсну евалуацију чињеничне подлоге побијане пресуде. У случајевима да је жалба била неоснована, првостепена пресуда је била потврђивана, а жалба одбијана. У случају неблагоприятно изјављене или недопуштене жалбе, она је одбацивана.

Жалба на пресуду другостепеног суда је могла бити изјављена по више основа, него што је то било предвиђено ЗКП-ом из 1953. године. Осим у случају изречене смртне казне, односно казне у трајању од двадесет година, или кад је другостепени суд потврдио изрицање тих казни, као и кад је чињенично стање другачије утврдио другостепени суд,⁶⁰⁵ жалба на другостепену пресуду је могла бити изјављена и у случају ако је другостепени суд преиначио првостепену ослобађајућу пресуду у осуђујућу (члан 391. став 1. ЗКП 1976). У овом случају другостепени суд је, не дирајући у утврђено чињенично стање, преиначио ослобађајућу у осуђујућу пресуду, у седници већа, сматрајући да је на основу утврђеног чињеничног стања првостепена ослобађајућа пресуда била неправилна.⁶⁰⁶ Жалба на пресуду другостепеног суда је могла бити изјављена по свих основима, по којима се могла изјавити и жалба на првостепену пресуду. То значи да је чињенична база другостепене судске одлуке могла бити предмет преиспитивања у трећем степену.

Суд који је био надлежан да одлучује по жалбама на другостепену пресуду је могао да решава само у седници већа, а не и на главном претресу (члан 391. став 2. ЗКП). Разлог за изостанак одредбе, којом се омогућава да се пред трећестепеним судом

⁶⁰⁵ Другачије чињенично стање другостепени суд може утврђивати само на главном претресу. Уколико би се оглушио о ту обавезу и чињенично стање другачије утврдио у седници већа, не постоји основ за изјављивање жалбе на пресуду другостепеног суда, већ захтева за заштиту законитости (Тихомир Васиљевић, *Систем...*, *op. cit.*, стр. 630).

⁶⁰⁶ *Ibidem.*

држи главни претрес су, пре свега, економске природе. Ти судови су углавном удаљени од пребивалишта странака и других учесника поступка, па би одржавање претреса било скопчано са великим трошковима. Имајући у виду да суд трећег степена може утврђивати чињенице, евалуација и ревидирање чињеничног стања обавља се, у потпуности, без гаранција у виду начела усмености, непосредности и контрадикторности, у седници већа. У делу теорије је било заступљено схватање да суд трећег степена има право да утврђује чињенице, тим пре што то право имају нижестепени судови, и да му, услед немогућности да суду нижег степена наметне сопствено мишљење о чињеницама, не преостаје ништа друго, него да га сам утврди.⁶⁰⁷ Супротно томе, склони смо схватању теоретичара, који су се залагали за тумачење да трећестепени суд, у случају неслагања са чињеничним закључцима нижестепеног суда, има обавезу да укине пресуду и предмет врати на поновно суђење.⁶⁰⁸ Правило је да се чињенице могу утврђивати само на главном претресу, непосредно, у присуству странака, које о супротним ставовима могу да расправљају пред судом, што омогућава адекватну оцену доказа. Стога је утврђивање чињеничног стања у седници већа, лишено свих гаранција за правилно утврђивање чињеница, неприхватљиво.

18.6.7. ЗАКОНИК О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРЈ ИЗ 2001. ГОДИНЕ

Закон о кривичном поступку СФРЈ из 1976. године се примењивао на територији Србије и Црне Горе и након распада Југославије, све до 29. марта 2002. године, када је ступио на снагу Законик о кривичном поступку из 2001. године⁶⁰⁹ (у даљем тексту: ЗКП СРЈ).. На тај начин је процесни закон усклађен са Уставом СРЈ из 1992. године, тек десет година након његовог усвајања.

Законик предвиђа три редовна правна лека, жалбу на пресуду првостепеног суда, жалбу на пресуду другостепеног суда и жалбу на решење. Сагласно претходној традицији, жалба на пресуду првостепеног суда је редовни, потпуни, деволутивни и суспензивни правни лек, везан роком. Пресуда првостепеног суда се могла побијати неограничено, услед стварних и правних недостатака. У члану 367. наведени су основи жалбе. Судску одлуку је могуће побијати услед битних повреда одредаба кривичног поступка, ковреде кривичног закона, погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног

⁶⁰⁷ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, ор. cit, стр. 633.

⁶⁰⁸ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, ор. cit., стр. 295.

⁶⁰⁹ "Службени лист СРЈ", бр. 70/2001 і 68/2002 и "Службени гласник РС", бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон, 72/2009 і 76/2010

стања, као и услед одлуке о кривичним санкцијама, трошковима поступка, имовинскоправном захтеву и одузимању имовинске користи.

Потпуно иста дефиниција погрешног и непотпуно утврђеног чињеничног стања, као и у закону из 1976. године, садржана је у члану 370. ЗКП СРЈ. Чињенично стање је погрешно кад је суд неку чињеницу погрешно утврдио. Додатно теоријско објашњење је да је реч о погрешном закључку о постојању или непостојању неке одлучне чињенице, односно да је суд из изведених доказа закључио о (не)постојању неке одлучне чињенице, супротно стању у стварности.⁶¹⁰ Непотпуно чињенично стање постоји кад суд није утврдио неку одлучну чињеницу, као и кад на то указују нове чињенице и докази. Потребно је да суд уопште није утврђивао неку одлучну чињеницу. Ако је суд утврђивао постојање неке одлучне чињенице, па закључио да она не постоји, реч је о погрешном чињеничном стању. Такође, неутврђивање неке чињенице индиције, или помоћне чињенице, не може довести до непотпуно утврђеног чињеничног стања, већ само до погрешног.⁶¹¹ Овлашћено лице у жалби треба да наведе које чињенице сматра да нису утврђене, или да су погрешно утврђене, с позивом на образложење побијане пресуде. Постоји могућност да у жалби наведе нове чињенице и нове доказе, али уз образложење зашто их није раније наводио и предлагао (члан 366. став 4. ЗКП СРЈ). Другостепени суд може донети одлуку о жалби у седници већа, или на главном претресу. У седници већа се не изводе докази, нити се може другачије утврдити чињенично стање, већ се може донети одлука да се пред другостепеним судом одржи главни претрес. Према дикцији правне норме из члана 377. ЗКП СРЈ, у случају погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања, предност је дата укидању пресуде и враћању предмета првостепеном суду. Главни претрес пред другостепеним судом ће бити одржан само ако постоје оправдани разлози да се предмет не врати на поновно суђење, услед мана у утврђеном чињеничном стању.

Изузетно од одредбе, којом је главни претрес пред другостепеним судом факултативан, у једном случају је законом установљена обавеза за другостепени суд да одржи главни претрес. Ако је пресуда једном укинута и предмет враћен на поновно суђење, па на одлуку суда првог степена буде изјављена жалба, другостепени суд мора да одржи главни претрес и сам пресуди у конкретној кривичној ствари (члан 377. став 5. ЗКП СРЈ). Ова одредба је унета у ЗКП приликом опсежне новелације 2009. године.

⁶¹⁰ Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право – посебни део*, Ниш, 2006, стр. 145.

⁶¹¹ *Ibidem*.

Законодавац је био мотивисан потребом да се поступак по жалби учини ефикаснијим. Пре увођења рестрикције постојала је могућност да пресуда првостепеног суда буде укидана неограничен број пута. Такво решење је, у знатној мери, одуговлачило поступак по жалби. Новелом из 2009. године је могућност укидања првостепене пресуде ограничен на један пут. Након што би на пресуду првостепеног суда, донету након поновног главног претреса, била изјављена жалба, другостепени суд није више имао могућност да је укине, већ је морао да закаже главни претрес и мериторно реши по изјављеној жалби. Тиме се настојало да се повећа степен одговорности другостепеног суда. Такво решење је очекивано резултирало повећаним бројем главних претреса пред другостепеним судом. Са друге стране, постојала је опасност да услед другачије утврђеног чињеничног стања, у односу на првостепену пресуду, изјављивање жалбе на пресуду другостепеног суда буде учестало, што би довело до дерогације правила да је суђење у трећем степену изузетак.⁶¹² Управо стога је изјављивање жалбе на пресуду другостепеног суда, након новелирања ЗКП-а, 2009. године сведено само на случај кад је другостепени суд првостепену ослобађајућу пресуду преиначио у осуђујућу.

Законодавац је исправно резоновало кад је афирмисао утврђивање чињеница у другостепеном поступку на главном претресу, Такво настојање је, међутим, дерогирано одредбом из члана 385. став 2., која је, у извесној мери била контрадикторна са одредбом из члана 377. став 5. ЗКП СРЈ. У тој одредби је предвиђен изузетак од правила да се у седници већа, или на главном претресу пред другостепеним судом, жалба може одбацити као недопуштена, одбити као неоснована и пресуда првостепеног суда потврдити, те усвојити жалба и пресуда првостепеног суда укинути или преиначити. Ако је пресуда већ једанпут била укидана, другостепени суд не може поново укинути првостепену пресуду, већ може у *седници већа*, или на главном претресу, донети одлуку. На тај начин је омогућено да се чињенице утврђују и у седници већа пред другостепеним судом.

У случају укидања пресуде услед погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, другостепени суд ће у образложењу одлуке навести недостатке у чињеничном стању, као и зашто су нове чињенице и докази важни за доношење правилне одлуке. Другостепени суд може у образложењу одлуке о укидању

⁶¹² Војислав Ђурђић, *Новела Законика о кривичном поступку из 2009.-једна ревизија, два рукописа*, у: Реформа кривичног правосуђа, Ниш, 2010, стр. 64.

првостепене пресуде навести пропусте странака, који су узроковали доношење неправилне одлуке (члан 392. став 3. ЗКП СРЈ). На поновном претресу пред првостепеним судом странке могу предлагати нове доказе и наводити нове чињенице. У случају да се услед недостатака у утврђеном чињеничном стању одржи главни претрес пред другостепеним судом, доказни поступак има поједине специфичности. Непосредност и контрадикторност су ограничени, с обзиром да се доказни поступак може односити само на поједине одлучне чињенице. Осим тога, установе забране преиначења на штету и повластица повезаности се примењују на главном претресу пред другостепеним судом. Осим што странке могу предлагати нове чињенице и доказе, и суд је био овлашћен да утврђује чињенице и да изводи доказе по службеној дужности. Чињенично стање може бити другачије утврђено, у односу на првостепени поступак, само на основу непосредног извођења доказа, јер су одступања од овог начела истоветна као у првостепеном поступку.⁶¹³

Жалба на преседу другостепеног суда се, према одредбама ЗКП-а из 2001. године могла изјавити ако је другостепеном пресудом изречена или потврђена казна затвора од 40 година. Осим тога, овај правни лек је могао бити изјављен ако је другостепени суд преиначио ослобађајућу у осуђујућу пресуду. Другостепена пресуда се могла побијати жалбом и ако је жалбени суд утврдио другачије чињенично стање од првостепеног суда, на одржаном претресу. Новелацијом из 2009. године је жалба на пресуду другостепеног суда остала са само једним основом, који се састоји у доношењу осуђујуће пресуде, преиначењем првостепене ослобађајуће пресуде (члан 395. став 1. ЗКП 2001). О жалби на пресуду другостепеног суда решавао је суд трећег степена, искључиво у седници већа. Није било допуштено одржавање претреса, иако се овај правни лек може изјавити по свим основима као и жалба на првостепену пресуду. То значи да се и чињенице могу другачије утврђивати у седници већа трећестепеног суда. У поступку по овом правном леку важи повластица припајања, која се примењује на саоптуженог, који није имао право да изјави жалбу на другостепену пресуду.

19. Испитивање чињеничне основе неправноснажне пресуде према важећем процесном закону

19.1. Појам и одлике жалбе на пресуду првостепеног суда

⁶¹³ Војислав Ђурђић, 2006, *op. cit.*, стр. 161.

Чињенична основа неправноснажне кривичне пресуде се у нашем кривичном поступку може побијати путем жалбе. Применом методологије дефинисања правних лекова, о којој је било речи, жалба се може дефинисати као редовни правни лек, којим овлашћена лица у кривичном поступку побијају судску одлуку у кривичном поступку, услед чињеничних или правних недостатака, и којом захтевају од вишестепеног суда укидање или преиначење судске одлуке. У основи жалбе се налази субјективно право свакога, ко има правни интерес, да побија неправилну и незакониту судску одлуку. Циљ изјављивања жалбе се састоји у окткањању недостатака у судској одлуци. Жалба садржи захтев непосредно вишем суду да преиспита чињеничну и/или правну основицу судске одлуке, те да је укине или преиначи, у случају основаности тог захтева. У нашем кривичном поступку постоји само један правни лек, жалба, која може бити изјављена против првостепене пресуде, против другостепене пресуде, или против решања. Жалба на првостепену пресуду је регулисана у глави XIX Законика о кривичном поступку, која носи назив „Поступак по правним лековима“.

Жалба је редовни правни лек, којим се могу побијати неправноснажне судске одлуке. Побијање неправноснажних судских одлука је факултативно и зависи од изјављивања жалбе. Ако жалба, у законом предвиђеном року не буде изјављена, судска одлука стаје на правну снагу. Изјављивање жалбе је, према томе, у диспозицији овлашћених лица. Жалбом се могу побијати пресуда у првом степену, решење и, изузетно, другостепена пресуда у кривичном поступку.

Осим што је реч о редовном правном леку, којим се побијају неправноснажне судске одлуке у кривичном поступку, жалба је потпун, деволутиван и суспензиван правни лек, који се може изјавити у законом одређеном року. Жалба се може изјавити услед чињеничних и правних недостатака, те је реч о потпуном правном леку. У члану 437. су предвиђени сви основи, којима се уопште може побијати судска одлука. Жалба на пресуду првостепеног суда се може изјавити због битних повреда одредаба кривичног поступка, повреда кривичног закона, погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања и услед погрешне и незаконите одлуке о кривичним санкцијама и других неправилних одлука. Према томе, овим правним леком су обухваћени чињенични недостаци, изражени кроз погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање, као и кроз неправилну одлуку о кривичној санкцији. Правни недостаци, који су

основ жалбе се испољавају у грешкама у поступању и у грешкама у суђењу.⁶¹⁴ Жалба на пресуду другостепеног суда се такође може изјавити по свим наведеним основима, у случају преиначења ослобађајуће у осуђујућу пресуду.

Жалба је деволутивни правни лек, јер о њој одлучује суд вишег степена (другостепени, изузетно трећестепени). Другостепени судови су виши судови, који одлучују по жалби на пресуде основних судов, за одређена кривична дела (тзв. мала апелација) и апелациони судови, који одлучују по жалби на пресуде основног и вишег суда, као и на пресуде другостепеног суда. Виши суд је надлежан да одлучује по жалби на пресуде основног суда, за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до пет година (члан 23. став 2. тачка 1. Закона у уређењу судов⁶¹⁵). Апелациони суд одлучује по жалби на одлуке вишег суда, затим на одлуке основног суда, ако није надлежан виши суд (члан 24. став 1. ЗУС), као и на одлуке другостепених судов (члан 464. ЗКП).

Дејство жалбе је суспензивно, будући да одлаже извршење судске одлуке, која се побија жалбом. Благовремено изјављена жалба овлашћеног лица има одложно дејство за сваку врсту пресуде, па и за ослобађајућу.⁶¹⁶ Постоји један изузетак од овог правила. Окривљени, који се налази у притвору, коме је изречена казна затвора, може се упутити на издржавање казне затвора (члан 430. ЗКП). Потребно је да окривљени поднесе захтев пре правноснажности пресуде, а о захтеву одлучује председник већа, које је изрекло првостепену пресуду.

Жалба је правни лек везан роком. Жалба на пресуду првостепеног суда се може изјавити у року од 15 дана од дана достављања преписа пресуде (члан 432. став 1. ЗКП). Странке и бранилац могу захтевати продужење рока за изјављивање жалбе, у нарочито сложеним случајевима. Захтев за продужење рока се може истаћи одмах након објављивања пресуде. Рок може бити продужен одлуком председника већа за највише 15 дана (члан 432. став 3. ЗКП). У сумарном поступку је рок за изјављивање жалбе осам дана, с тим што га суд може продужити, на захтев странака и браниоца (члан 509. став 1. ЗКП).

19.2. Примена међународних стандарда права на жалбу

⁶¹⁴ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 772.

⁶¹⁵ "Службени гласник РС", бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016 и 108/2016, у даљем тексту ЗУС.

⁶¹⁶ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 758.

Право на правни лек је основно људско право, зајемчено најзначајнијим међународним документима, којима се гарантују основна људска права и слободе. У члану 8. Универзалне декларације о правима човека и грађанина, из 1948. године, прописано је да свако има право на ефикасну заштиту националних судова, за дела, којима се крше основна права, призната уставом или законом. Ова одредба налаже државама успостављање делотворних националних правних средстава, којима се штите основна права и слободе. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција), у члану 13 предвиђа право на делотворан правни лек пред домаћим органима, свакоме коме су повређена права и слободе из Конвенције, без обзира да ли су та лица поступала у службеном својству. Смисао наведене одредбе је у пружању правне заштите појединцима на националном плану, у случају кршења основних права и слобода. Овим чланом се државе потписнице обавезују на пружање примарне делотворне правне заштите, пре него што покрену механизам међународне заштите.

Супсидијарну контролу заштите права и слобода врши Европски суд за људска права (у даљем тексту: Европски суд), евалуацијом делотворности националног правног лека. Да би правни лек испунио услов делотворности, потребно је да је доступан појединцу, да је помоћу њега могуће обезбедити правно задовољење, као и да нуди разумне изгледе за успех.⁶¹⁷ Да би правни лек био на располагању појединцу, потребно је постојање непосредне активне легитимације, на страни појединца.⁶¹⁸ Правни лекови, о којима се одлучује применом широког дискреционог овлашћења, не испуњавају критеријум делотворности, јер не пружају могућност правичног задовољења.⁶¹⁹ Правни лек не може бити делотворан ни онда ако је на основу утврђеног правног мишљења јасно да не омогућава разумне изгледе за успех.⁶²⁰ У случају неиспуњења услова делотворности правног лека, подносилац представке нема обавезу претходног исцрпљивања на националном нивоу, сходно члану 35. Конвенције. Делотворност правног лека зависи и од трајања поступка пред националним органима. Став је Европског суда да правни лек не може бити делотворан ако поступак одлучивања траје неразумно дуго.⁶²¹

⁶¹⁷ Филип Лич, *Обраћање Европском суду за људска права*, књига 1, Београд, 2007, стр. 136.

⁶¹⁸ Видети: *Immobiliare Saffi v. Italy*, 22774/93, § 42.

⁶¹⁹ Видети: *Walker v. UK*, 37212/02, dec.

⁶²⁰ Видети: *De wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium*, 2832/66 2835/66 2899/66, § 62

⁶²¹ Видети: *Tanli v. Turkey*, 26129/95, dec.

Да би се подносилац представке пред Европским судом позвао на повреду права на делотворни правни лек, из члана 13. Конвенције, потребно је да је захтев који је постављен пред националним судом био основан. Основаност захтева (*arguable claim*) значи да је подносилац представке изнео тврдњу пред националним судом, да му је повређено неко право, и да је та тврдња подобна за мериторно одлучивање (не и да је о захтеву мериторно одлучивано).⁶²² Право на делотворни правни лек, из члана 13. Конвенције је акцесорног карактера. Подносилац представке се може позвати на кршење члана 13. Конвенције само уз истицање повреде неког од супстанцијалних права из Конвенције. О постојању повреде права на делотворни правни лек Европски суд разматра једино ако нађе да се може мериторно одлучивати о постојању повреде неког другог члана Конвенције. Но, Европски суд не мора утврдити повреду неког од права из Конвенције, да би дошло до кршења члана 13. Конвенције.

Међународним пактом о грађанским и политичким правима гарантовано је право свакога ко је оглашен кривим за кривично дело, на испитивање изреке о кривици и осуде на казну, од стране вишег суда (члан 14. став 5). Из ове одредбе произлази право на жалбу на судску одлуку у кривичном поступку. Из дикције ове норме се може закључити да је предвиђено изјављивање жалбе услед чињеничних и правних недостатака. Потпору за наведену тврдњу даје пракса Комитета УН за права човека, према којој жалба на пресуду у кривичном поступку мора омогућити преиспитивање судске одлуке, услед чињеничних и правних недостатака, независно од тежине извршеног кривичног дела.⁶²³

Право на жалбу у кривичном поступку прописано је и у члану 2. став 1. Протокола VII уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода. Свако, ко је осуђен због кривичног дела, има право да његову осуду или казну преиспита виши суд. Остваривање овог права препушта се националним законодавствима, који прописују основе за жалбу, на основу закона. Наведена одредба допушта да се на националном плану предвиди преиспитивање кривичне пресуде, услед чињеничних и правних, или само правних разлога.⁶²⁴ Чланом 2. Протокола је,

⁶²² Драгољуб Поповић, *Европско право људских права*, Београд, 2012, стр. 279.

⁶²³ Видети: *Cesario Gómez Vázquez (Represented by José Luis Mazón Costa) v. Spain*, Communication No. 701/1996, U.N. Doc. CCPR/C/69/D/701/1996 (2000), § 11.1.

⁶²⁴ Основ за жалбу може бити ограничен на преиспитивање врсте и мере кривичне санкције. Предвиђање тражења тзв. дозволе за изјављивање жалбе (*leave to appeal*) такође је у складу са одредбом из Протокола. Државама се оставља уређење основа жалбе, у складу са Протоколом. (Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms - Explanatory Report, текст

такође, наложена деволутивност жалбе, будући да јемчи право на преиспитивање одлуке од стране вишег суда. Овом одредбом је гарантовано право на жалбу, у случају осуђујуће пресуде, али не и ослобађајуће. Од права на жалбу у кривичном поступку могуће су рестрикције у три ситуације. Најпре, право на жалбу је могуће ограничити у случају багателних кривичних дела, у складу са националним законом. Ограничење права на жалбу могуће је и ако је првостепена одлука донета од стране највише судске инстанце. Најзад, право на жалбу је могуће је ускратити ако је донета другостепена осуђујућа пресуда по жалби на првостепену ослобађајућу пресуду. Према пракси Европског суда, свако ограничење права на жалбу мора да има легитимни циљ и не сме да буде у супротности са самом суштином овог права.⁶²⁵ Европски суд је у својој јуриспруденцији истакао обавезу предвиђања право на жалбу, у случају суђења у одсуству окривљеног. Окривљени који је осуђен *in absentia* мора имати право на поновно суђење у присуству, с циљем реализације права на одбрану.⁶²⁶

У поступку по жалби на првостепену пресуду важе све гаранције из члана 6. Конвенције, које творе право на правично суђење, што је Европски суд јасно истакао у својој јуриспруденцији.⁶²⁷ Европски суд оцењује испуњеност стандарда правичног суђења у поступку по правним лековима применом троструког теста, узимајући у обзир природу правног система конкретне државе, опсега овлашћења суда правног лека, као и да ли су интереси окривљеног заиста репрезентовани и заштићени пред судом.⁶²⁸ Европски суд нарочито истиче обавезу поштовања стандарда правичног суђења, у случају када се пред другостепеним судом врши евалуација чињеничног стања. У том случају је посебно неопходно обезбедити право на јавну расправу, као и право окривљеног да буде саслушан. Од начела непосредности и јавности у поступку пред судом правног лека се може одступити само ако је реч о одлучивању о допуштености жалбе (*leave to appeal proceedings*), или у случају одлучивања о повреди права.⁶²⁹ Ипак, то не значи да је присуство окривљеног на претресу пред другостепеним судом апсолутно. Од начела јавности, у смислу присуства окривљеног,

доступан на:
[http://www.law.gov.cy/law/lawoffice.nsf/all/5DA777B58AFEB603C2257433002DFC7F/\\$file/Protocols to the European Convention for the Protection of Human Rights With their Explanatory Reports.doc](http://www.law.gov.cy/law/lawoffice.nsf/all/5DA777B58AFEB603C2257433002DFC7F/$file/Protocols%20to%20the%20European%20Convention%20for%20the%20Protection%20of%20Human%20Rights%20With%20their%20Explanatory%20Reports.doc), приступ: 21.06.2016).

⁶²⁵ Видети, примера ради: *Gurepka v. Ukraine*, 61406/00, § 59, *Galstyan v. Armenia*, 26986/03, § 125.

⁶²⁶ Видети: *Krombach v. France*, 29731/96, § 98-100.

⁶²⁷ Видети: *Delcourt v. Belgium*, 165, § 25.

⁶²⁸ Видети: *Monnell and Morris v. United Kingdom*, 9562/81 9818/82, § 56

⁶²⁹ Видети: *Ekbatani v. Sweden*, 10563/83, § 31.

може се одступити чак и у случају поступка пуне јурисдикције, кад суд правног лека одлучује о чињеничним и правним питањима, ако су интереси одбране представљени и заштићени на адекватан начин.⁶³⁰ Право на образложену судску одлуку, као једна од гаранција правичног поступка, такође обухвата одлуку жалбеног суда, што је Европски суд такође утврдио у својој пракси.⁶³¹ Жалба треба да има суспензивно дејство, посебно у случају када је првостепеном пресудом изречена кривична санкција, која подразумева ограничење личне слободе. Преиспитивање одлуке суда, када је кривична санкција институционалног карактера већ извршена у целости, или делимично, не би имало сврхе, чак ни ако гарантује право на накнаду штете услед неосноване осуде.⁶³²

19.3. Субјекти жалбе према Законика о кривичном поступку из 2011. године

Право на изјављивање жалбе има широк круг процесних субјеката. Општа премиса је да сваки субјекат може изјавити жалбу, засновану на свом правном интересу. Жалбу по свим основима могу изјавити странке и бранилац окривљеног. Исти опсег побијања пресуде имају супружник окривљеног, лице са којим окривљени живи у ванбрачној или другој трајној заједници живота, крвни сродници у правој линији, брат, сестра, законски заступник, усвојеник, усвојитељ и хранитељ. Ови процесни субјекти могу изјавити жалбу само у корист окривљеног (члан 433. став 2. ЗКП). Окривљени може изјавити жалбу само у сопствену корист, с обзиром да нема правни интерес да побија пресуду на своју штету. Бранилац окривљеног такође може изјавити жалбу само у корист окривљеног, због процесног положаја у кривичном поступку. Бранилац, као и блиски сродници окривљеног могу изјавити жалбу и без посебног овлашћења окривљеног. Они, ипак, то не могу учинити против воље окривљеног, осим ако је изречена казна затвора од 30 до 40 година (члан 433. став 6. ЗКП). Најшири обим побијања пресуде има јавни тужилац, јер је може побијати по свим основима, у корист и на штету окривљеног. То је последица положаја јавног тужиоца у кривичном поступку, који је странка, али и „државни орган“ који гони учиниоце кривичних дела и који је чувар законитости.

⁶³⁰ Видети: *Belziuk v. Poland*, 23103/93, § 37.

⁶³¹ Видети: *Ruiz Torija v. Spain*, 18390/91, § 30.

⁶³² Видети: *Shvydka v. Ukraine*, 17888/12, § 52-53.

Осим наведених лица овлашћених за изјављивање жалбе по свим основима, оштећени може изјавити жалбу само на одлуку о трошковима поступка и на одлуку о досуђеном имовинскоправном захтеву (члан 433. став 4. ЗКП). У поређењу са претходно важећим процесним законом, оштећени је добио шира овлашћења за побијање пресуде, услед одлуке о досуђеном имовинскоправном захтеву. Ипак, то право је ограничено на одлуку суда, којом је признат имовинскоправни захтев оштећеног, који може бити незадовољан одлуком суда о висини досуђеног новчаног износа. Одлуку суда којом се упућује на парницу за остваривање имовинскоправног захтева оштећени не може побијати жалбом. Оштећени који је у кривичном поступку наступао у својству супсидијарног или приватног тужиоца има право да побија пресуду по свим основима. Право на изјављивање жалбе, по свим основима, припада и лицима од којих је одузет предмет услед изрицања мере безбедности (члан 87. став 2. КЗ), имовина проистекла из извршеног кривичног дела као и имовинска корист прибављена извршењем кривичног дела (члан 92. став 2. КЗ).

Окривљени и бранилац имају ограничено право на побијање пресуде жалбом у случају признања окривљеног, датог на главном претресу, које испуњава услове истинитости, потпуности, јасноће и непротивуречности самом себи и другим доказима. У том случају окривљени и бранилац могу изјавити жалбу на пресуду првостепеног суда само услед погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања, у односу на чињенице од којих зависи врста и мера кривичне санкције (члан 433. став 7. ЗКП). У судској пракси је заузет став да право на изјављивање жалбе може бити проширено и на трећа лица, ако су пресудом обавезани на неку чинидбу.⁶³³ То право им припада ако кривични суд, мимо законских овлашћења, пресудом разрешава односе за које није надлежан, или када се одлука односи на трећа лица, која немају право жалбе по члану 433. ЗКП.

Жалба представља субјективно право процесних субјеката. Стога они имају овлашћење диспонирања правом на жалбу. Диспонирање правом на жалбу се може манифестовати као одрицање и одустанак од жалбе. Одрицање представља изјаву овлашћеног лица да не жели да користи право на изјављивање жалбе.⁶³⁴ Окривљени се може одрећи од права на жалбу тек након достављања пресуде. Оштећени и јавни тужилац се могу одрећи овог права одмах након објављивања пресуде, до истека рока

⁶³³ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 766-767.

⁶³⁴ Војислав Ђурђић, 2011, *op. cit.*, стр. 177.

за изјављивање жалбе. И окривљени се, под одређеним условима, може одрећи права на жалбу по објављивању пресуде. То је могуће ако се претходно одрекао јавни тужилац, или оштећени који је наступао у својству тужиоца. Ово овлашћење постоји само ако је донета осуђујућа пресуда, којом није изречена казна затвора (члан 434. став 1. ЗКП). У сумарном поступку право одрицања од жалбе за сва овлашћена лица почиње од објављивања пресуде (члан 510. ЗКП). Пропуштање рока за изјављивање жалбе представља прећутно одрицање од права на жалбу.

Одустанак од жалбе је изјава којом овлашћено лице повлачи изјављену жалбу. Окривљени, јавни и супсидијарни тужилац могу одустати од изјављене жалбе до доношења одлуке другостепеног суда. Ово право окривљеном припада и ако је жалбу изјавио бранилац или његови процесни супститути (члан 434. став 2. ЗКП). Одрицање и одустанак од жалбе су неопозиве изјаве. У случају изрицања казне затвора од 30 до 40 година окривљени не може диспонирати правом на жалбу.

19.4. Основи жалбе према важећем процесном закону

Жалба на пресуду првостепеног суда је уређена као потпун правни лек, којим се побијају неправилне и незаконите пресуде. У члану 437. ЗКП предвиђени су основи жалбе, који се могу груписати у две врсте. Пресуда се може побијати услед битних повреда одредаба кривичног поступка, повреда кривичног закона, погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања и услед неправилне одлуке о кривичним санкцијама и другим одлукама. На једној страни су правни недостаци, где спадају повреде материјалног и процесног права, а на другој фактички недостаци, где спадају погрешно и непотпуно утврђено чињенично стање.

19.4.1. Битне повреде одредаба кривичног поступка

Повреде одредаба кривичног поступка нису релевантне, ако немају квалификатив битних. Само одређене повреде које прелазе неопходан степен релевантности се сматрају основима жалбе. Битне повреде одредаба кривичног поступка се по дејству деле на апсолутне и релативне. Апсолутно битне повреде одредаба кривичног поступка доводе до неправилности или незаконитости пресуде. Пресуда, која је заснована на апсолутно битној повреди одредаба кривичног поступка, је аутоматски неваљана, те није потребно утврђивати узрочно-последичну везу између

повреде и правилности и законитости пресуде.⁶³⁵ У том случају постоји необорива претпоставка да је пресуда неисправна.

Апсолутне повреде одредаба кривичног поступка су *numerus clausus* прописане у ставу 1. члана 438. ЗКП. Апсолутна процесна повреда постоји ако је наступила застарелост кривичног гоњења или је гоњење искључено услед амнестије или помиловања, или је ствар већ правноснажно пресуђена, или постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење. Ова врста повреде такође постоји ако је пресуду донео стварно ненадлежни суд, осим ако је пресуду за кривично дело из надлежности нижег суда донео непосредно виши суд. Апсолутна повреда поступка затим постоји ако је суд био непрописно састављен, или ако је у изрицању пресуде учествовао судија или судија поротник, који није учествовао на главном претресу, или који је правноснажном одлуком изузет од суђења, те ако је на главном претресу учествовао судија, или судија поротник, који се морао изузети, или ако је главни претрес одржан без лица чије је присуство на главном претресу обавезно. Апсолутна процесна повреда постоји и ако је оптуженом, браниоцу оптуженог, оштећеном или приватном тужиоцу, противно његовом захтеву, ускраћено да на главном претресу употребљава свој језик и да на свом језику прати ток главног претреса, као и ако је незаконито била искључена јавност на главном претресу. Ова аномалија најзад постоји ако је поступак вођен без оптужбе овлашћеног тужиоца, односно одобрења за кривично гоњење, ако пресудом није потпуно решен предмет оптужбе, ако је оптужба прекорачена, ако је пресудом повређена забрана преиначења на штету, као и ако је изрека пресуде неразумљива.

Релативно битне повреде одредаба кривичног поступка немају директан утицај на правилност и законитост пресуде. Између релативне повреде одредаба кривичног поступка и утицаја на пресуду мора да се утврди каузална веза. Утицај ове всте повреде на пресуду утврђује другостепени суд, у сваком конкретном случају. За разлику од таксативно набројаних апсолутно битних одредаба кривичног поступка, које су прописане *lex stricta*, релативне повреде су у процесном закону прописане одредбама, које налажу утврђивање утицаја на ваљаност пресуде. Релативно битна повреда одредаба кривичног поступка постоји најпре ако се пресуда заснива на незаконитом доказу, осим ако је, с обзиром на друге доказе, очигледно да би и без тог доказа била донесена иста одлука. Ова врста повреде постоји и ако је изрека пресуде

⁶³⁵ Милан Шкулић, *Жалба као редован правни лек...*, op. cit., стр. 123.

противречна сама себи, или су разлози пресуде противречни диспозитиву, или ако пресуда нема уопште образложење, или у њој нису наведени разлози о чињеницама које су предмет доказивања, или су ти разлози потпуно нејасни, или у знатној мери противречни, или ако о чињеницама постоји знатна противречност између онога што се наводи у образложењу пресуде о садржини исправа или записника о исказима и самих тих исправа или записника, па због тога није могуће испитати законитост и правилност пресуде. Најзад, релативно битна повреда одредаба кривичног поступка постоји ако суд у току главног претреса није применио или је неправилно применио неку одредбу ЗКП, а то је било од одлучног утицаја на доношење законите и правилне пресуде (члан 438. став 2. ЗКП). Заједничко за апсолутне и релативне повреде одредаба кривичног поступка је да су се десиле на главном претресу, или приликом доношења пресуде. Повреде поступка које су настале у фазама поступка, које претходе главном претресу нису обухваћене овом врстом основа жалбе.⁶³⁶

Апсолутно битне повреде одредаба кривичног поступка, по редовном току ствари, доводе до незаконитости судске одлуке. Од таксативно наведених апсолутно битних процесних повреда, непотпуно решен предмет оптужбе, прекорачење оптужбе, као и повреда забране преиначења на штету окривљеног доводи до неправилне пресуде. У тим случајевима се, у пракси другостепених судова, често дешава да се утврђени чињенични недостаци подводе под ове битне повреде одредаба кривичног поступка, ако се жалилац није позвао на погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање. Та појава се назива „прерушавање чињеничних у правна питања“⁶³⁷.

19.4.1.1. Непотпуно решен предмет оптужбе

Поведа одредаба кривичног поступка из члана 438. став 1. тачка 8. постоји ако у пресуди није решен предмет оптужбе у потпуности. С обзиром да предмет кривичног поступка детерминише овлашћени тужилац у оптужном акту, суд је дужан да у потпуности реши предмет оптужбе. Ако суд пропусти да одлучи о неком од више дела, која су наведена у чињеничном опису оптужбе, или о кривици неког од саокривљених, постојаће ова повреда. О предмету оптужбе суд је дужан да одлучи у диспозитиву пресуде. Тако ће постојати ова повреда, ако суд делимично реши о предмету оптужбе у

⁶³⁶ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, op. cit., стр. 64.

⁶³⁷ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, op. cit., стр. 6.

диспозитиву, а делимично у образложењу.⁶³⁸ Уколико у диспозитиву пресуде изостане нека од одлучних чињеница, онда није реч о овој повреди, већ о непотпуно утвршеном чињеничном стању. Ако је изостала нека одлучна чињеница, то значи да је суд није ни утврдио. Стога постоји непотпуно утврђено чињенично стање, а ако је та одлучна чињеница елемент бића кривичног дела, онда постоји и повреда кривичног закона. Ако је суд постојање одлучне чињенице утврђивао, па је закључио да она не постоји, односно ако је тај закључак нетачан, онда постоји погрешно утврђено чињенично стање.

У великом броју случајева се чињенични недостаци поклапају са повредом кривичног закона, те се жалба може изјавити по оба основа, зависно од интереса овлашћеног лица. Примера ради, ако суд огласи окривљеног кривим за кривично дело утаја, из члана 207. став 1. КЗ, а пропусти да утврди намеру да себи или другом прибави противправну имовинску корист, то ће бити двојак основ за изјављивање жалбе. Тужилац се може позивати на непотпуно утврђено чињенично стање, а окривљени на повреду кривичног закона, с обзиром на изостатак обележја бића кривичног дела, за које је оглашен кривим. Исти случај постоји ако суд пропусти да утврди неки од објеката на коме је извршено кривично дело. У том случају не постоји ова повреда одредаба кривичног поступка, већ може бити речи о непотпуно утврђеном чињеничном стању.⁶³⁹

19.4.1.2. *Забрана преиначења на штету окривљеног*

У тесној вези са утврђеним чињеничним стањем је и повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 1. тачка 10. Реч је о забрани преиначења на штету окривљеног. Према одредби из члана 453. ЗКП, ако је поднета само жалба у корист окривљеног, пресуда се не сме изменити на штету окривљеног, у погледу правне квалификације дела и кривичне санкције. Поставља се питање, да ли ова повреда постоји, ако је на поновном суђењу пред првостепеним судом утврђено неповољније чињенично стање, него у првостепеној пресуди. Теорија претежно заузима став да утврђено неповољније чињенично стање нема утицаја, ако правна квалификација и кривична санкција у другостепеној пресуди нису измењене на штету

⁶³⁸ *Ibidem*, стр. 78.

⁶³⁹ Примера ради, ако је суд пропустио да утврди износ пореске обавезе код кривичног дела пореска утаја из члана 225. КЗ, тужилац може побјигати пресуду услед непотпуно утврђеног чињеничног стања, с обзиром да износ пореске обавезе представља квалификаторну околност.

окривљеног.⁶⁴⁰ Неповољније утврђено чињенично стање, међутим, може довести до знатно неповољнијих процесних последица по окривљеног,⁶⁴¹ те је овакав став потенцијално опасан по права окривљеног. У овом случају се сукобљавају начело истине и забрана преиначења на штету окривљеног, установљена у корист одбране. Осим тога, ако на пресуду другостепеног суда буде изјављена жалба услед повреде одредаба кривичног поступка, из члана 438. став 1. тачка 10. ЗКП, трећестепени суд ће се наћи у апсурдној ситуацији. На основу другачије (неповољније) утврђеног чињеничног стања ће, уважавајући жалбу, учинити диспозитив несагласним са утврђеним чињеничним стањем.

Мишљења смо да би *de lege ferenda* могло доћи до ширења опсега важења забране преиначења на штету, којим би било обухваћено неповољније утврђено чињенично стање у другостепеном поступку. У том случају, забрана преиначења на штету би гласила да је у случају изјављивања жалбе у корист окривљеног недопуштено доношење неповољније одлуке у погледу утврђеног чињеничног стања, правне квалификације и кривичне санкције.

19.4.1.3. Прекорачење оптужбе

Прекорачење оптужбе је такође једна од повреда одредаба кривичног поступка, прописана у члану 438. став 1. тачка 9. ЗКП. Сходно претходним излагањима,⁶⁴² утврдили смо правило да је граница прекорачења оптужбе у пресуђењу за друго дело, у односу на оптужбу, а да прекорачење не постоји, ако је пресуђено за другачије дело. И у овом случају долази до колизије између начела истине и акузаторности. Ако суд током главног претреса утврди чињенично стање, које указује на друго дело, у односу на чињенични опис из оптужбе, везан је забраном прекорачења оптужбе. Суд може донети одлуку само у односу на чињенични опис из оптужног акта, а не за утврђено чињенично стање на главном претресу, поготово ако на основу тога произлази биће тежег кривичног дела, у односу на дело из оптужбе. У овом случају је чињенично стање потпуно и правилно утврђено, али је одлука суда лимитирана оптужбом.

19.4.1.4. Недостаци и контрадикторности између образложења и изреке пресуде

⁶⁴⁰ Више о томе: Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, op. cit., стр. 98.

⁶⁴¹ Примера ради, касније утврђено време извршења кривичног дела може спречити истицање приговора застарелости, чијим усвајањем би била донета одбијајућа пресуда.

⁶⁴² супра:

Законодавац је недостатке у изреци и образложењу пресуде, у односу на раније важећи процесни закон, раздвојио, тако да сада неке имају апсолутно, а неке релативно дејство. Неразумљива изрека пресуде представља апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка (члан 438. став 1. тачка 11. ЗКП). Насупрот томе, противуречност диспозитива самом себи, као и противуречност образложења изреци, затим недостатак образложења, или ако у образложењу нема разлога о предмету доказивања, или ако су разлози о чињеницама, које су предмет доказивања нејасни, или противуречни у знатној мери, или ако постоји знатна противуречност између навода о утврђеним чињеницама и садржине исправа и записника, услед чега није могуће испитати законитост и исправност пресуде, представљају релативне повреде одредаба кривичног поступка (члан 438. став 2. тачка 2. ЗКП). Иако је већим делом сврстана у релативне повреде, она заправо остаје апсолутног карактера. Кад се утврди постојање неког од недостатака у изреци, или образложењу пресуде, веома је тешко доказати немогућност испитивања законитости и правилности пресуде. Стога ће пресуда бити укинута чим буде утврђен неки од наведених недостатака у пресуди, без утврђивања да ли је могуће испитати законитост и правилност пресуде.⁶⁴³ Разлог за релативизацију неких од недостатака у изреци или образложењу пресуде је интенција да се смањи број укинутих пресуда, и у лимитирању могућности да суд приликом разматрања жалбе улази у испитивање чињеничног стања.⁶⁴⁴

Ова повреда често у судској пракси представља камен спотицања, те долази до широког тумачења. Истовремено, то је повреда на основу које се најчешће укидају пресуде.⁶⁴⁵ Кад суд пропусти да испита неке од сведока, па у образложењу пресуде не наведе разлоге за те пропусте, није реч о овој повреди, већ може бити речи о непотпуно утврђеном чињеничном стању. Исти случај постоји ако суд у диспозитиву не наведе неку одлучну чињеницу, зато што је није ни утврдио. Изостанак разлога за утврђене одлучне чињенице, као повреда одредаба кривичног поступка, не може постојати ако суд уопште није утврдио неку одлучну чињеницу. Ова повреда се односи на утврђене одлучне чињенице, ако суд пропусти да наведе разлоге за њих.⁶⁴⁶ Оваквом тумачењу суд прибегава управо кад приликом разматрања жалбе утврди пропусте у утврђивању чињеница, на које не може да реагује, јер се жалилац није позвао на њих у жалби. У тој

⁶⁴³ Момчило Грубач, Тихомир Васиљевић, *op. cit.*, стр. 789-786.

⁶⁴⁴ Горан Илић, *Право на образложену судску одлуку*, *Crimen*, бр. 2/2011, стр. 240

⁶⁴⁵ Горан Илић, *op. cit.*, стр. 234.

⁶⁴⁶ Више о томе: Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 101.

ситуацији суд правног лека је приморан да своју одлуку темељи на непотпуно утврђеном чињеничном стању, тј. да жмури на очигледне чињеничне недостатке.

Процесна теорија различито гледа на могућност да суд правног лека преко испитивања ове повреде, заправо испитује чињеничне недостатке побијане пресуде. На једној страни је схватање да је немогуће утврдити ову процесну повреду без испитивања чињеничне основице пресуде.⁶⁴⁷ Неки теоретичари чак сматрају да је ова повреда погрешно сврстана у битне повреде одредаба кривичног поступка, већ да је реч о погрешно или непотпуно утврђеном чињеничном стању.⁶⁴⁸ На другој страни је став теорије да се на овај начин прерушавају чињенична питања у правна, што служи другостепеним судовима да испитују чињенично стање, у случају да жалба није изјављена по овом основу.⁶⁴⁹

С обзиром да су чињенична и правна питања веома блиска и тесно повезана, те да од тачно и потпуно утврђеног чињеничног стања зависи правилна примена закона, тешко их је механички одвојити, приликом одлучивања по жалби. Потребно је правити разлику између испитивања чињеничне основице пресуде, од утврђивања чињеница. У овом случају, приликом разматрања да ли постоје недостаци у диспозитиву и образложењу, у погледу одлучних чињеница, неопходно је испитати чињеничну основицу пресуде. Немогуће је утврдити да ли су разлози о одлучним чињеницама наведени, или су противуречни и нејасни, ако се другостепени суд не упозна са чињеничним стањем побијане пресуде. Тек након тога је могуће утврдити недостатке у навођењу одлучних чињеница у диспозитиву, као и несагласности диспозитива са образложењем пресуде. Уколико жалба није изјављена због погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања, другостепени суд није овлашћен да укида пресуду по том основу, нити да утврђује чињенице, или да мења утврђено чињенично стање. Другостепени суд ће се руководити утврђеним чињеницама, без обзира на недостатке, те испитати да ли, у односу на постојеће чињенично стање, постоје недостаци у диспозитиву и у образложењу пресуде. Према томе, утврђивање ове процесне повреде подразумева *испитивање*, а не *утврђивање*, нити мењање чињеничног стања. Стога је погрешно изводити закључке о недостацима у утврђеном чињеничном стању (иако их

⁶⁴⁷ Давор Крапац, *Закон о казненом поступку и други извори хрватскога поступовног права*, Загреб, 2002, стр. 348, наведено према: Горан Илић, *Право на образложену...*, *op. cit.*, стр. 235.

⁶⁴⁸ Загорка Јекић, *Погрешне судске пресуде*, Београд, 1998, стр. 165, наведено према: Горан Илић, *Право на образложену...*, *op. cit.*, стр. 235.

⁶⁴⁹ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 101.

је другостепени суд свестан), и њих наводити као основ за укидање пресуде, у случају утврђене ове битне процесне повреде.

Један од недостатака обухваћених овом повредом одредаба кривичног поступка је противуречност између изреке пресуде самој себи, и противуречности између изреке и образложења. Често се дешава у пресуде да постоји неусаглашеност између чињеничног описа и правне квалификације. Поставља се питање да ли у том случају постоји ова повреда, или чак погрешно утврђено чињенично стање. Исправно је заузети став да не постоји ни једно ни друго, већ повреда кривичног закона. Честе су и противуречности између описа неких чињеница у изреци и образложењу пресуде. У том случају треба испитати да ли је реч о омашци, или постоји погрешно утврђено чињенично стање. Према ставу судске праксе, противуречности морају да постоје међу одлучним чињеницама и да буду знатне.⁶⁵⁰

У састав ове повреде одредаба кривичног поступка улази и пропуст суда да наведе разлоге о чињеницама, које су предмет доказивања, као и ако су наведени разлози потпуно нејасни, или у знатној мери противуречни. У члану 83. ЗКП-а је прописано да су предмет доказивања чињенице, које чине елементе бића кривичног дела, од којих зависи примена одредбе кривичног закона, или примене неке одредбе кривичног поступка. То су заправо одлучне чињенице, односно материјално и процесно правно релевантне чињенице. Према томе, у пресуди морају бити наведени разлози о одлучним чињеницама. Суд је дужан да у образложењу пресуде наведе које чињенице из којих разлога сматра утврђеним, или неутврђеним. Изостанак разлога за утврђеност осталих чињеница, тачније чињеница индиција и помоћних чињеница, не представља ову повреду одредаба кривичног поступка. С обзиром да се одлучне чињенице утврђују помоћу чињеница индиција, недостатак разлога у прилог њиховог утврђивања може евентуално имплицирати погрешан закључак о утврђености одлучне чињенице, тј. погрешно утврђено чињенично стање.

Наводи о утврђеним одлучним чињеницама могу потпасти под повреду одредаба кривичног поступка, са релативним дејством, ако је у пресуди нетачно репродукован садржај исправе или записника, у погледу одлучних чињеница. Реч је о нетачном приказивању садржаја исправе, или записника о процесним радњама, који се односи на неку одлучну чињеницу, која чини елемент бића кривичног дела. Према томе, овде није реч о погрешно утврђеном чињеничном стању, већ о погрешном

⁶⁵⁰ Пресуда ВСХ Кж. 1482/71, од 11.11.1971., и ВСХ Кж. 1924/73 од 28.12.1973. године.

навођењу тачно утврђених одлучних чињеница. Постојање ове повреде се веома лако може утврдити увидом у списе предмета првостепеног суда. Овлашћено лице може се у жалби позивати на погрешно утврђено чињенично стање, ако је суд на основу исправе, или записника извео више закључака, од којих је прихватио онај, који је по оцени жалиоца нетачан.

Релативна повреда одредаба кривичног поступка такође постоји услед непримене, или неправилне примене неке одредбе кривичног поступка у току главног претреса, ако је то било од одлучујућег утицаја за доношење законите и правилне судске одлуке (члан 438. став 2. тачка 3. ЗКП). Приликом доношења одлуке о основаности жалбе, суд правног лека, у овом случају испитује квалификовани утицај повреде процесних правила на правилност и законитост побијане пресуде. Утврђује се остварени утицај на законитост и правилност побијане пресуде, а не потенцијални.⁶⁵¹ Поставља се питање, да ли је другостепени суд овлашћен да, у седници већа, утврђује утицај процесне повреде на чињенично стање. С обзиром да се испитује одлучујући утицај процесних прописа на недостатке у утврђеном чињеничном стању, суд правног лека има ово овлашћење. Према томе, виши суд може утврђивати утицај повреде одредаба кривичног поступка на непотпуно и погрешно утврђено чињенично стање. Реч је о узроку у виду погрешне примене, или изостанка примене неке процесне одредбе на главном претресу, која је за последицу имала изостанак утврђивања неке одлучне чињенице, или погрешну оцену доказа и утврђено чињенично стање. Код овог жалбеног основа суд правног лека не дира у утврђено чињенично стање, нити сам утврђује чињенице, већ врши евалуацију утврђеног чињеничног стања на претресу пред првостепеним судом, односно последице по утврђене чињенице, настале незаконитим поступањем. Такав став је подржава и судска пракса, јер постоји ова процесна повреда ако суд у седници већа другачије утврди чињенично стање и преиначи побијану пресуду.⁶⁵²

За разлику од непотпуног и погрешно утврђеног чињеничног стања, где нема повреде процесних прописа, овде се мора најпре утврдити постојање битне повреде одредаба кривичног поступка, па тек онда да ли је и какве последице произвело по утврђене чињенице. У судској пракси се често јавља потреба за разграничењем ове повреде и погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања. Кад суд одбије

⁶⁵¹ Више о томе: Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 107.

⁶⁵² Пресуда ВСВ, Кзз. 2/87, од 20.04.1987. године.

предлог странака за извођење неког доказа, није реч о повреди одредаба кривичног поступка, већ то може бити основ за изјављивање жалбе услед чињеничних недостатака.⁶⁵³ Међутим, кад у образложењу пресуде изостане објашњење зашто је суд одбио доказни предлог, онда постоји ова повреда одредаба кривичног поступка.⁶⁵⁴ Разлог за такво тумачење је савим оправдан, с обзиром да се у случају недостатка образложења разлога одбијања доказног предлога не може утврдити оправданост такве одлуке суда, те консеквентно ни да ли је чињенично стање потпуно утврђено.

За постојање ове повреде није потребно утврдити кумулативан утицај процесних повреда на законитост и правилност пресуде, већ је могуће њихово алтернативно дејство. Постојање ове релативне повреде одредаба кривичног поступка виши суд никада не утврђује по службеној дужности, већ само на основу жалбе, поднете по овом основу. Уколико утврди постојање ове повреде, суд правног лека укида побијану пресуду и предмет враћа на поновно суђење пред првостепеним судом.

Одговарајућа одредба раније важећег ЗКП-а из 2001. године је, најпре, имала проширени опсег повреде одредаба кривичног поступка, у односу на фазе у поступку, обухватајући припремање главног претреса, главни претрес и доношење судске одлуке. Осим тога, овом повредом биле су обухваћене и повреде права одбране. Најзад, био је предвиђен реалан или могући утицај на законитост и правилност судске одлуке. За разлику од ранијег решења да се омогући испитивање оствареног, могућег, или одлучујућег оствареног утицаја, чини се најбољим средње решење. Свака утврђена повреда одредаба кривичног поступка, која има било каквог оствареног утицаја на законитост и правилност судске одлуке, треба да буде сакнционисана. Остали варијетети, који допуштају утврђивање хипотетичког или одлучујућег утицаја, воде у казуистику и не доприносе уједначавању судске праксе. Повредама процесних одредби се истовремено остварују и повреде права одбране окривљеног, те је законодавац оправано у ЗКП из 2011. године изоставио овај део предметне одредбе. На тај начин се избегава различито поступање у пракси судова, где је уочено да се апсолутна повреда одредаба кривичног поступка из става 1. тачка 3. члана 438. ЗКП-а из 2001. године (одржавање главног претреса без лица чије је присуство обавезно), релативизовала и подводила под ову релативну повреду. У погледу раније важеће одговарајуће релативне повреде одредаба поступка, законодавац је изоставио фазу припремања

⁶⁵³ Одлука ВСС, Кж. I 259/89 од 23.05.1989. године, Кж. 1184/03, од 23.09.2003. године.

⁶⁵⁴ Одлука ВСХ, Кж. 960/82, од. 25.05.1983. године.

главног претреса и фазу доношења пресуде. Постоји став у теорији, са којим се саглашавамо, да је било потребно обухватити све три фазе главног поступка, а не само фазу главног претреса.⁶⁵⁵ До повреда одредаба кривичног поступка може доћи и током припремања главног претреса и током доношења одлуке. Ове повреде би остале несанкционисане, осим ако бисмо одредбу из члана 438. став 2. тачка 3. важећег ЗКП-а тумачили да се под појмом „главни претрес“ заправо подразумева главни поступак.

19.4.1.5. Заснованост пресуде на незаконитом доказу

Још једна од релативних повреда одредаба кривичног поступка постоји ако је пресуда заснована на незаконитом доказу, осим ако је очигледно да би и без тог доказа, с обзиром на остале изведене доказе, била донета иста судска одлука (члан 438. став 2. тачка 1. ЗКП). У овом случају је законодавац релативизовао дејство једне веома тешке процесне повреде, остављајући суду да утврђује дејство на законитост пресуде у сваком конкретном случају. С обзиром да је могуће да незаконити докази доспеју до судећег већа и до главног претреса, веома је тешко утврдити стваран утицај незаконитог доказа на формирање чињеничне и правне основице судске одлуке. Постоји могућност да се формално правно незаконит доказ не налази у темељу судске одлуке, али да је на посредан начин извршио каткад и пресудан утицај на доношење одговарајуће пресуде. У том случају ће бити немогуће утврдити постојање овог основа за жалбу, те ће опстајати пресуде засноване на правно неваљаним доказима. Осим тога, исти исход ће бити могућ у сваком случају, када виши суд утврди постојање незаконитог доказа, односно чињеница заснованих на таквом доказу, али уз налаз да изостанак тих чињеница не би променио врсту пресуде. Могуће је и да се из образложења пресуде види да су коришћени незаконити докази, а да диспозитив није на њима заснован. У том случају ће побијање пресуде, у знатној мери, бити отежано, једино по основу погрешно утврђеног чињеничног стања. Но, и тада је упитно, колики ће бити изгледи за успех са изјављеном жалбом. На тај начин се постојање ове повреде у потпуности обесмишљава и допушта се могућност утврђивања чињеница правно недопуштеним начинима, чиме се заправо афирмише начело истине, на уштрб права окривљеног и правичности поступка, у целини.

⁶⁵⁵ Момчило Грубач, Тихомир Васиљевић, *op. cit.*, стр. 789-790.

19.4.1.6. Сужавање обима апсолутно битних повреда кривичног поступка

Важећим процесним законом редефинисане су апсолутне и релативне процесне повреде, у смеру смањивања броја апсолутних, а повећавања броја релативних. За разлику од раније важећег закона, где су све неправилности у изреци и образложењу пресуде биле апсолутне повреде,⁶⁵⁶ те консеквентно, доводиле до аутоматског укидања првостепене пресуде и враћања на првостепено суђење, у важећем ЗКП-у је једино неразумљива изрека апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка. Овим сужењем се није добило на ефикасности кривичног поступка, а не може се наћи ни оправдање да се остали недостаци у изреци или образложењу пресуде различито третирају. С обзиром да судеће веће првостепеног суда, који је донело побијану пресуду, најбоље зна којим се којим се аргументима руководило, приликом састављања диспозитива и образложења, утврђене неправилности у тим деловима пресуде треба да у сваком случају доведу до укидања пресуде. Супротно решење, које је усвојено од законодавца, омогућава другостепеним судовима арбитражност у поступању, који ће од случаја до случаја ценити утицај недостатака на законитост и правилност пресуде. То, свакако, неће погодovati уједначавању судске праксе.

Још једна од битних повреда процесног закона изгубила је атрибут апсолутне. За разлику од претходно важећег процесног закона, нови ЗКП сврстава пресуду, засновану на незаконитим доказима, у релативно битне повреде одредаба кривичног поступка, које се испитују само на предлог странака. Раније је ово била апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка, коју је суд правног лека испитивао по службеној дужности. На овај начин је терет доказивања штетности пресуде, засноване на незаконитом доказу, пребачен на странке, што сматрамо неоправданим, будући да је суд дужан да се стара о законитости спровођења поступка. Осим тога, ова битна повреда одредаба кривичног поступка додатно је релативизиована изузетком, да не постоји, уколико би с обзиром на друге изведене доказе била донесена иста врста пресуде. Из наведене одредбе није тешко извући закључак, да је могућа посредна конвалидација незаконитих доказа. Према дикцији законске одредбе, незаконит доказ не контаминира пресуду, ако не утиче на врсту донесене пресуде, у првостепеном

⁶⁵⁶ Ту спада неразумљива и противуречна пресуда, као и пресуда без образложења, или са нејасним и противуречним образложењем, у погледу одлучних чињеницама, те ако нема образложења о одлучним чињеницама (члан 368. став 1. тачка 11. ЗКП из 2001. године).

поступку. Овакво нормирање је потенцијална опасност за опстајање незаконито изведних доказа. Осим тога, шаље се лоша порука органима вођења поступка да санкција за незаконито изведене доказе може и изостати, а странке у поступку (нарочито окривљени), су у инфериорном положају у погледу могућности да успеју са изјављеном жалбом. За другостепене судове је веома тешко да успоставе јасне критеријуме, путем којих би оценили утицај незаконито изведеног доказа, на изречену пресуду.⁶⁵⁷ Оваква одредба није у складу ни са традицијом нашег кривичног поступка, већ је примеренија казуистичком суђењу. Најзад, дубиозно је, како ће другостепени суд оценити у којој мери је судеће веће било под утицајем незаконитог доказа, приликом доношења првостепене пресуде, чак и да утврди да тај доказ не утиче на врсту донесене пресуде.

Из наведених разлога логички се намеће закључак, да би се, приликом одлучивања, у судској пракси, претежно требало ослањати на правило, установљено у члану 438. став 2 ЗКП. Кад год постоји незаконити доказ у првостепеној пресуди, треба утврдити постојање битне повреде одредаба кривичног поступка, а изузетак од тог правила треба примењивати само изузетно и веома обазриво. Једино на тај начин се може успоставити владавина права и правичан поступак, уз очување основних права, пре свега окривљеног.⁶⁵⁸

19.4.2. ПОВРЕДЕ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА

Повреде кривичног закона су други жалбени основ. Реч је о повредама, не само Кривичног законика, већ и свих других одредби са кривичноправним карактером. Ту спадају одредбе других закона, у којима су прописана поједина кривична дела, те је примерено употребљавати термин повреде кривичног права, а не кривичног закона. Под тим термином се подразумевају повреде Кривичног законика, као и сваког другог прописа, који спада у тзв. споредно материјално кривично законодавство. Ова повреда постоји кад суд не примени, или погрешно примени неку одредбу кривичног закона.⁶⁵⁹

⁶⁵⁷ Слично: Горан Илић, Систем правних лекова у новом Законику о кривичном поступку, у: Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства (нормативни и практични аспекти), Београд, 2012, стр. 254.

⁶⁵⁸ Насупрот српском ЗКП-у, хрватски законодавац се, у односу на раније важећи закон, одлучио да изостави релативизацију жалбеног основа, који се састоји у доношењу пресуде, засноване на незаконитом доказу (члан 468. став 2. хрватског ЗКП-а). На тај начин је другостепеном суду наложено да, ако утврди постојање ове битне повреде одредаба поступка, пресуду укине и предмет врати на поновно суђење пред првостепеним судом. Осим тога, за разлику од српског закона, у хрватском кривичном поступку, заснованост пресуде на незаконитом доказу представља апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка, коју другостепени суд испитује *ex officio*.

⁶⁵⁹ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 109.

Према дејству, повреде кривичног закона су све апсолутне. Потребно је само утврдити да постоје, а утицај на законитост пресуде се претпоставља. У члану 439. ЗКП су предвиђене следеће повреде кривичног закона: ако дело за које се окривљени гони није кривично дело, затим примена на кривично дело, које је предмет оптужбе закона који се не може применити, повреда закона одлуком о кривичној санкцији, одузимању имовинске користи или о опозиву условног отпуста, као и повреда одредаба о урачунавању мера, којима се ограничава лична слобода (забрана напуштања стана, притвор, издржана казна затвора и друге мере лишења слободе). Наведени жалбени основи се свде на неправилну примену, или непримену права, на правилно и потпуно утврђено чињенично стање.⁶⁶⁰

Поведа закона, у погледу постојања кривичног дела, се може састојати у погрешној оцени суда да утврђене чињенице представљају, односно не представљају кривично дело, у погрешној оцени постојања неког од посебних елемената бића кривичног дела, или постојања неког од основа, који искључују постојање кривичног дела. Повреда у виду постојања неког од посебног елемената бића кривичног дела може бити последица погрешне оцене утврђених чињеница, или пропуста суда да утврди неку одлучну чињеницу. Према томе, ова материјална повреда је често директна консеквенца недостатака приликом утврђивања чињеница. Демаркациона линија између погрешно утврђеног чињеничног стања и материјалних повреда је у разлици између чињеничних и правних питања.⁶⁶¹ Тамо где суд, након закључивања о постојању неке одлучне чињенице, примењује одговарајућу правну норму на утврђене чињенице, може доћи до материјалних повреда закона.

У тачки 2. члана 439. ЗКП-а је прописана повреда кривичног закона, ако је примењен закон, који се не може применити. Другостепени суд, у случају изјављене жалбе по овом основу, полази од претпоставке да је чињенично стање правилно и потпуно утврђено и испитује, да ли је на такво чињенично стање правилно примењен закон. Овде је фокус вишег суда на правилност супсумције утврђених чињеница под правну норму. С обзиром да на недостатке у утврђеном чињеничном стању суд правног лека не може да реагује по службеној дужности, чак и да је очигледно да је на манљиво утврђено чињенично стање правилно примењен закон, пресуда ће остати на снази.

⁶⁶⁰ Драго Радуловић, *Систем правних лијекова и реформа Законика о кривичном поступку Црне Горе (норме и пракса)*, у: *Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, Београд, 2016, стр. 65.

⁶⁶¹ супра

Повреда урачунавања мера ограничења личне слободе постоји само ако је суд утврдио колико је окривљени временски провео примера ради у притвору, па погрешно урачунао проведено време у изречену казну затвора. Ако суд пропусти да утврди време проведено у притвору, не постоји повреда кривичног закона из члана 439. став 1. тачка 4. ЗКП, већ непотпуно утврђено чињенично стање.⁶⁶²

19.4.3. ПОГРЕШНО ИЛИ НЕПОТПУНО УТВРЂЕНО ЧИЊЕНИЧНО СТАЊЕ

Чињенични недостаци, као основи жалбе, се означавају као погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање (члан 440. став 1. ЗКП). Реч је о двојаким недостацима у утврђеном чињеничном стању. Чињенично стање је погрешно утврђено, ако је суд неку одлучну чињеницу, која је предмет доказивања, погрешно утврдио. Непотпуно утврђено чињенично стање постоји ако суд неку одлучну чињеницу, која представља предмет доказивања, није утврдио (члан 440. став 2. ЗКП).

Реч је о одступању од истинитости, у квалитативном и квантитативном смислу.⁶⁶³ У директној вези са начелом истине је обавеза тачног (истинитог) утврђивања чињеничног стања. Стога се погрешно утврђено чињенично стање коси са овим принципом. Из начела истине произлази и обавеза да се потпуно утврди чињенично стање. У мешовитом типу кривичног поступка доказна иницијатива је подељена између странака и суда, где странке имају право првенства, а суд корективну улогу. У адверзијалном поступку је та обавеза искључиво на странкама. У том типу кривичног поступка се жалба не може изјавити због непотпуно утврђеног чињеничног стања, с обзиром да је реч о пропусту странака, као и да не важи начело истине. У нашем моделу кривичног поступка начело истине, макар формално, такође не постоји. Са друге стране, жалба се може изјавити због непотпуно утврђеног чињеничног стања, што је концепцијски недоследно.

Према слову закона, погрешно утврђено чињенично стање постоји кад је суд извео погрешан закључак о постојању, или непостојању неке одлучне чињенице. Другим речима, суд није утврдио неку одлучну чињеницу онако како се догодила у стварности.⁶⁶⁴ Овај недостатак може бити последица погрешне оцене доказа, али и нерасполагања са довољно доказа, приликом утврђивања чињеница.⁶⁶⁵ Погрешно утврђена чињеница је последица неправилне оцене веродостојности, или поузданости

⁶⁶² Пресуда ВСС, Кж. 14/76, од 16.04.1976. године.

⁶⁶³ Милан Шкулић, 2014, *op. cit.*, стр. 125.

⁶⁶⁴ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 126.

⁶⁶⁵ Горан Илић, *op. cit.*, стр. 203.

неког доказа, или пропуста суда да изведе, или оцени неки изведени доказ. То може бити исход пропуста суда да утврди неке чињенице индиције, или помоћне чињенице. Одлучна чињеница може бити погрешно утврђена и кад у време вођења првостепеног поступка нису утврђене неке индиције, или помоћне чињенице, зато што тада нису биле познате.⁶⁶⁶

Непотпуно утврђено чињенично стање постоји кад суд неку одлучну чињеницу, која представља предмет доказивања, није утврдио. Реч је о пропусту суда да утврди неку одлучну чињеницу, услед правне заблуде, превида, или услед погрешног тумачења законске норме.⁶⁶⁷ Оцена суда да је реч о непотпуно утврђеном чињеничном стању се своди на тумачење правне норме. Тумачењем се закључује које су одлучне чињенице садржане у правној норми, па изостанак утврђивања неке од њих представља непотпуно утврђено чињенично стање. Стога је у пракси веома чест случај да овај чињенични недостатак настане као последица превида првостепеног суда, у погледу неке одлучне чињенице, коју је требало утврдити.

У неким ситуацијама није могуће утврдити одлучну чињеницу, услед постојања доказних забрана. Најчешће је реч о чињеницама за чије утврђивање се као препрека јавља постојање службене, државне, или какве друге тајне. У том случају, ако жалба буде изјављена услед непотпуно утврђеног чињеничног стања, суд правног лека, приликом доношења одлуке, мора да поступи у корист окривљеног, јер је везан забраном преиначења на штету окривљеног. Ако та чињеница иде на штету окривљеног, сматраће се да не постоји, а ако иде у окривљеникову корист, узеће се да постоји и донети одлука у његову корист.

Постоји схватање у теорији да право непотпуно утврђено чињенично стање постоји када суд није утврдио неку одлучну чињеницу, а неправно, када суд није узео у обзир неку одлучну чињеницу приликом доношења одлуке.⁶⁶⁸ Са наведеним схватањем се не можемо сагласити, јер не узимање у обзир неке утврђене одлучне чињенице, приликом доношења одлуке, не може бити непотпуно утврђено чињенично стање, већ само погрешно. Ако је нека одлучна чињеница доказивана, а суд је није узео у обзир, реч је о погрешној правној оцени, а не о пропусту суда да утврди одлучну чињеницу.

Чињенични недостаци могу бити двојаки. Може постојати погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање. Реч је о два различита недостатка, па је

⁶⁶⁶ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 126.

⁶⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁶⁸ Загорка Јекић, *Докази и стина...*, *op. cit.*, стр. 102.

потребно у жалби прецизирати да ли се пресуда побија због погрешног, или непотпуно утврђеног чињеничног стања. Постојање непотпуно утврђеног чињеничног стања се утврђује по објективном критеријуму, на основу тумачења правне норме, а погрешно утврђено чињенично стање, оценом изведених доказа, према субјективном критеријуму.⁶⁶⁹

С обзиром да се у кривичном поступку осим одлучних чињеница утврђују и чињенице индиције, као и помоћне чињенице, поставља се питање да ли изостанак утврђивања ових чињеница представља непотпуно, или погрешно утврђено чињенично стање.⁶⁷⁰ У судској пракси се може наићи на гледиште да неутврђивање чињеница индиција доводи до непотпуно утврђеног чињеничног стања.⁶⁷¹ Ако пођемо од одредбе закона из члана 440. став 1. ЗКП, непотпуно чињенично стање постоји ако суд није утврдио неку *одлучну* чињеницу, која је предмет доказивања. На основу тога се може закључити да наведеним чињеничним недостатком нису обухваћене друге врсте чињеница, које се утврђују у кривичном поступку. Са друге стране, чињенице индиције служе да би се посредним путем утврдиле одлучне чињенице. Неутврђивање чињеница индиција, консеквентно, може довести до изостанка утврђивања одлучних чињеница, па се може сматрати непотпуно утврђеним чињеничним стањем, у ширем смислу. Помоћне (контролне) чињенице се утврђују с циљем проверавања веродостојности одређених доказа, или доказних средстава. Изостанак утврђивања ових чињеница такође може довести до непоузданости утврђивања одлучних чињеница, односно до изостанка утврђивања одлучних чињеница са степеном извесности. У овом случају је одлучна чињеница утврђивана, али је изостала провера веродостојности, што се може подвести под погрешну оцену доказа и под погрешно утврђено чињенично стање. Ако је изостало утврђивање чињеница индиција, а нема непосредних доказа, не може бити речи о погрешној оцени суда, с обзиром да одлучна чињеница није ни утврђена, па није реч о погрешно утврђеном, већ непотпуно утврђеном чињеничном стању. Стога се не можемо сагласити са ставом аутора, који сматрају да неутврђивање чињеница индиција "доводи у питање исправност закључка о постојању кривичног дела"⁶⁷² и да је реч о погрешно утврђеном чињеничном стању. Такав став се може подржати само ако је

⁶⁶⁹ Младен Грубиша, *Чињенично стање...*, *op. cit.*, стр. 130.

⁶⁷⁰ У теорији постоји схватање да је реч о погрешно утврђеном чињеничном стању: Горан Илић, *op. cit.*, стр. 204.

^{671/671} Видети: Пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 12/95 од 1.2.1995. године, Пресуда Врховног суда Србије, Кж. I 529/86.

⁶⁷² Горан Илић, *op. cit.*, стр. 204.

одлучна чињеница утврђена путем непосредних доказа, или неких других индиција. Супротно томе, подржавамо став доктрине да не може бити речи о непотпуно утврђеном чињеничном стању, ако суд није у потпуности извео доказе, којима би утврдио одлучну чињеницу, са степеном извесности.⁶⁷³ Уколико суд, примера ради, није разјаснио противуречности у исказима окривљеног и сведока о степену алкохолисаниости, тако што није обавио вештачење степена урачунљивости, реч је о погрешно утврђеном чињеничном стању, с обзиром да је та одлучна чињеница утврђивана, али није утврђена са највишим степеном извесности.⁶⁷⁴ Исто тако, ако наводи из одбране нису разјашњени, као и противуречности између одбране окривљеног и исказа сведока, такође постоји погрешно утврђено чињенично стање.⁶⁷⁵

Процесна теорија није сагласна ни у погледу везе између повреде принципа *in dubio pro reo* и чињеничних недостатака.⁶⁷⁶ Ако је нека одлучна чињеница утврђена са степеном извесности, који је мањи од неопходно потребног за доношење судске одлуке, да ли је реч о погрешном, или непотпуно утврђеном чињеничном стању. Ако постојање неке одлучне чињенице није утврђено са извесношћу, то значи да је она утврђивана, па не може бити речи о непотпуно утврђеном чињеничном стању. Чињенично стање је, у том случају, погрешно утврђено, с обзиром да је суд извео погрешан закључак о постојању неке одлучне чињенице, а утврђена је само вероватноћа о њеном постојању. На истом ставу је и судска пракса.⁶⁷⁷

Побијање чињеничне основице пресуде може да доведе до проширења опсега одлучивања по жалби. Изјављена жалба због погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања или због повреде кривичног закона, повлачи за собом испитивање одлуке о кривичној санкцији (члан 451. став 2. ЗКП), што представља једно од проширења обима испитивања. На тај начин се одступа од правила да се пресуда испитује у оквиру основа жалбе и правца побијања. Ово проширење преиспитивања пресуде је манифестација концепције *favor defensionis*. Језичким тумачењем се може закључити да се испитивање односи на правилност и законитост одлуке о кривичној

⁶⁷³ *Ibidem*. Супротан став у теорији заступали су примера ради: Загорка Јекић, *op. cit.*, стр. 82, Тихомир Васиљевић, *Систем...*, *op. cit.*, стр. 610.

⁶⁷⁴ Решење Врховног војног суда П К. бр. 514/85.

⁶⁷⁵ Врховни суд Србије, Кж. I 567/99.

⁶⁷⁶ Горан Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2014, стр. 951.

⁶⁷⁷ Одлука Врховног суда Србије, Кж. бр. 579/91, од 22.11.2017. године.

санкцији. То значи да се по службеној дужности преиспитују чињенице које опредељују врсту и меру кривичне санкције.

Новину у Законнику о кривичном поступку из 2011. године представља ограничење изјављивања жалбе због погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања. Окривљени, који на главном претресу призна извршење кривичног дела, а признање испуњава квалитативне услове, бранилац и блиски сродници окривљеног, не могу изјавити жалбу услед чињеничних аномалија. Ови процесни субјекти могу изјављивати жалбу само због чињеничних недостатака, који се односе на врсту и меру кривичне санкције. Ограничење побијања чињеничне основе пресуде не важи за јавног тужиоца.

Истинито, потпуно, непротивуречно и јасно признање окривљеног, које није у супротности са другим доказима, ослобађа суд даље обавезе утврђивања чињеница, осим оних које утичу на изрицање кривичне санкције. Међутим, одлучне чињенице се не могу ограничити само на кривицу окривљеног, већ се помоћу доказа утврђују чињенице, које представљају објективне елементе кривичног дела. Осим тога, погрешно утврђено чињенично стање спада у домен закључака суда о постојању одлучних чињеница, које не може бити искључено у случају признања окривљеног. Апсолутна немогућности побијања пресуде услед чињеничних недостатака, у случају признања окривљеног, стога представља сужење обима преиспитивања пресуде.

19.4.4. НОВЕ ЧИЊЕНИЦЕ И НОВИ ДОКАЗИ

Важећи ЗКП предвиђа могућност навођења нових чињеница и предлагања нових доказа у жалби, у ставу 4. члана 436. ЗКП. То се може закључити и на основу одредби из члана 443. став 2. и 4. ЗКП, где је наведено поступање другостепеног суда када су у жалби наведени нови докази и чињенице.

Процесна теорија се разилази у ставу, да ли нове чињенице и докази, наведене у жалби, побијају непотпуно или погрешно утврђено чињенично стање. На једној страни су теоретичари који заступају гледиште да се новим чињеницама и доказима указује на непотпуно утврђено чињенично стање.⁶⁷⁸ Други теоретичари су на ставу да се новим чињеницама и новим доказима може једино указивати на погрешно утврђено

⁶⁷⁸ Бранко Петрић, *Коментар Закона о кривичном поступку, друга књига*, Београд, 1988, стр. 206, Ивица Крамарић, *Другостепени кривични поступак, докторска дисертација*, Нови Сад, 1985, стр. 255.

чињенично стање.⁶⁷⁹ Суштински, и једни и други су у праву. Непотпуно утврђено чињенично стање се не може побијати без навођења нових чињеница и нових доказа, наведених у жалби. Подносилац жалбе може указати на недостатке у утврђивању одлучних чињеница, и навођењем нових чињеница индиција. Стога сматрамо исправним став теорије, који заступа гледиште да се новим чињеницама и доказима побија непотпуно утврђено чињенично стање. Погрешно утврђено чињенично стање подразумева да су утврђене све одлучне чињенице, али да постоји несагласност између стварности и закључка суда о њиховом постојању, или непостојању. Подносилац жалбе може да аргументује да би извођењем нових доказа суд заправо тачно утврдио постојање неке одлучне чињенице. Навођењем нових чињеница се може указати на погрешно утврђено чињенично стање, само ако је реч о индицијама, које би у ланцу дале тачан одговор о постојању неке одлучне чињенице. Стога подржавамо став дела теорије, да се новим чињеницама и новим доказима може побијати погрешно и непотпуно утврђено чињенично стање.⁶⁸⁰

Друго је питање оправданости изношења нових чињеница и доказа тек у жалби, с обзиром да је доказна иницијатива у првостепеном поступку на странкама. У моделу кривичног поступка, који се желео промовисати важећим Закоником о кривичном поступку, доказе за утврђивање чињеница странке треба да предлажу у првостепеном поступку. Суд има само изузетно право да изводи доказе, и то након што је претходно наложио странкама да то учине, а оне одбиле налог суда (што, узгред буди речено, не повлачи било какве процесне последице). Стога је указивање на нове чињенице и нове доказе у жалби заправо позивање на сопствени пропуст странака.

19.4.5. СТРАНАЧКИ КАРАКТЕР ПОСТУПКА И ЧИЊЕНИЧНИ НЕДОСТАЦИ КАО ОСНОВ ЖАЛБЕ

Из релевантних одредаба нашег процесног закона јасно је да суд утврђује чињенице. Са друге стране, модел кривичног поступка, који је промовисан у важећем ЗКП-у, даје доказну иницијативу странкама, а суду оставља овлашћење да изузетно интервенише, у случају недостатка потпуно утврђеног чињеничног стања.

С обзиром на пасивност суда приликом предлагања доказа, поставља се питање оправданости опстајања основа за жалбу, који се састоји у погрешном или непотпуно утврђеном чињеничном стању. Суд има корективни механизам, према ставу 4. члана

⁶⁷⁹ Горан Илић, *op. cit.*, стр. 206.

⁶⁸⁰ Момчило Грубач, Тихомир Васиљевић, *op. cit.*, стр. 797.

15. ЗКП, да наложи странкама извођење допунских доказа, или да по службеној дужности сам изведе допунске доказе, ако су изведени докази противуречни или нејасни, с циљем свестраног расправљања предмета доказивања. Према томе, одговорност за потпуно утврђено чињенично стање је на суду. Са те стране гледано, оправдано је задржано и непотпуно утврђено чињенично стање, као основ за жалбу, управо с циљем његовог истинитог утврђивања. Имајући у виду интенцију законодавца да је право предлагања доказа првенствено на странкама, а суду је дат само изузетан, супсидијаран и корективни механизам да допуни доказну подлогу, онда не би постојало оправдање да се странкама да могућност да жалбом побиијају непотпуно утврђено чињенично стање, због пропуста суда да коригује недостатке доказне иницијативе истих тих странака. Ако би у некој наредној новелацији процесног закона било у потпуности изостављено овлашћења суду да интервенише у извођење доказа, онда би таква концепција могла оправдати изостављање непотпуно утврђеног чињеничног стања из основа жалбе.

Непостојање дужности суда да се стара о потпуном расветљању кривичне ствари, заснованом на истинито утврђеним одлучним чињеницама, промовисано у важећем процесном закону,⁶⁸¹ обесмишљава испитивање чињеничних недостатака, у поступку по жалби. Право на изјављивање жалбе припада, првенствено, странкама. Тешко је довести у склад ђист модел адверзијалног главног претреса, 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 утврди истинитост одлучних чињеница. Једино ако су одлучне чињенице истинито утврђене, чињенично стање је тачно, односно исправно. Супротно томе, ако одлучне чињенице нису истинито утврђене, чињенично стање биће погрешно.

Адверзијалном типу кривичног поступка, који је српски законодавац покушао да афирмише, пре свега одговара право поротно суђење, где лаици решавају чињенична питања, а суд се стара о законитости тока поступка и о одређивању врсте и мере санкције, у случају да порота утврди кривицу окривљеног. У таквом типу кривичног поступка, жалба је оправдано непотпун правни лек, која се може изјавити само услед правних недостатака. У адверзијалном кривичном поступку је

⁶⁸¹ Више о томе: Иван Илић, Реперкусије измењених процесних улога на утврђивање чињеница у кривичном поступку, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68 /2014, стр. 585-606.

преиспитивање чињеничних недостатака првостепене пресуде ретка појава. У кривичном поступку Енглеске не постоји непосредна могућност побијања утврђеног чињеничног стања призивом на одлуку првостепеног суда. Постоји само могућност позивања на погрешно упутство поротницима, које се састоји у погрешној оцени изведених доказа, тј. у грешци судије приликом сабирања⁶⁸² доказа. Овде је, такође, реч о повреди права, али иза кулиса се заправо посредно крију чињенични недостаци.⁶⁸³ Један од основа за изјављивање призива, према Закону о казненом призиву из 1966. године је несигурност, или незадовољавајућа изрека осуђујуће пресуде. Но, имајући у виду да приликом одлучивања о призиву судије не дирају у чињенице, утврђене од пороте, овај правни лек може бити уважен само ако овлашћено лице успе да докаже нешто несвакидашње, што указује на погрешну осуду.⁶⁸⁴ У кривичном поступку САД, жалбом се могу нападати само повреде права и одлука о кривичној санкцији. Чињеничне повреде не могу бити основ жалбе, нити је другостепени поступак суђење *de novo*, па се не могу изводити нови докази пред судом правног лека.⁶⁸⁵ Према томе, ако се жели увођење адверзијалног кривичног поступка, утврђивање чињеница треба поверити пороти, а жалба би тада могла да буде уређена као непотпун правни лек, којим се може нападати само правна основица судске одлуке у кривичном поступку.

19.4.6. ФЕНОМЕН „ПЕРУШАВАЊА“ ЧИЊЕНИЧНИХ У ПРАВНА ПИТАЊА

Чињенични недостаци у пресуди се могу испитивати од стране суда правног лека само ако су истакнути у жалби. Евалуација утврђеног чињеничног стања се налази у рукама жалиоца, који једини може да иницира преиспитивање утврђених чињеница. Другостепени суд није овлашћен да испитује чињенично стање из првостепене пресуде по службеној дужности. Међутим, од оцене другостепеног суда зависи измена, или допуна утврђеног чињеничног стања, што може учинити првостепени суд, на поновном главном претресу, или другостепени суд, на претресу. Међутим, у многим ситуацијама је нужно проверити исправност и потпуност утврђених чињеница, када се одлучује о другим основима жалбе. Стога је сасвим реална ситуација да другостепени суд, приликом испитивања појединих других жалбених основа, закључи да постоји

⁶⁸² Сабирање доказа представља сумирање доказног поступка. Судија, који је пратио ток главног претреса и који нје бележио изведене доказе, странкама резимира изведене доказе и затим им даје поуке о примени права.

⁶⁸³ Давор Крапац, *Енглески...*, op. cit., стр. 159.

⁶⁸⁴ *Ibidem*.

⁶⁸⁵ [James W. H. McCord](#), [Sandra L. McCord](#), *Criminal Law and Procedure*, New York, 2006, стр. 540-541.

непотпуно или погрешно утврђено чињенично стање. Ако нико од овлашћених лица није навео као основ за жалбу чињеничне недостатке, суд правног лека нема овлашћење да интервенише и да мења утврђени чињенични фондус или правне заакључке о томе.

У процесној теорији је предлагано решење, да у том случају другостепени суд може, по службеној дужности да интервенише у утврђене чињенице. У случају погрешно утврђеног чињеничног стања, утемељење се налази у схватању да примена права на погрешно утврђено чињенично стање заправо представља погрешну примену закона.⁶⁸⁶ Међутим, ово схватање је са правом одбачено, с обзиром да наведено тумачење поистовећује два различита основа за жалбу, погрешно утврђено чињенично стање и повреду закона.

У случају непотпуно утврђеног чињеничног стања, суду правног лека је посао олакшан. Неутврђивање неке одлучне чињенице се рефлектује на биће кривичног дела. У том случају утврђене чињенице имају за последицу да дело није кривично дело, па је увек могуће применити члан 439. став 1. тачка 1. ЗКП. У једној ситуацији, ипак, постоји потреба да суд правног лека интервенише у утврђено чињенично стање, да би уопште могао донети неку одлуку. Потребно је да чињенично стање није побијано жалбом, затим да утврђивање одређене чињенице није било неопходно у првостепеном поступку, већ да је настало као последица правног схватања другостепеног суда, и најзад, да се без те чињенице не би могла донети било каква одлука о жалби.⁶⁸⁷ Таква ситуација може настати у случају ступања на снагу новог кривичног закона, током кривичног поступка, када се примењује блажи материјални закон. Процесна теорија пледира за увођење могућности укидања пресуде и враћања предмета на поновно суђење, ако другостепени суд по службеној дужности утврди да постоје недостаци у утврђеним чињеницама, услед чега није могуће правилно применити кривични закон.⁶⁸⁸

Из целокупног излагања о основима жалбе је потпуно јасно да се чињенична и правна питања преплићу и да су уско повезана. Неспорно је да другостепени суд мора извршити евалуацију утврђених чињеница, пре него што донесе одлуку о постојању повреда кривичног закона, или неких битних повреда одредаба кривичног поступка.

⁶⁸⁶ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, op. cit, стр. 131.

⁶⁸⁷ Младен Грубиша, *Одлучивање вишег суда у кривичном поступку о жалби и одлучивање поводом жалбе*, Наша законитост, бр. 6/1984, стр. 731-732.

⁶⁸⁸ Горан Илић, op. cit, стр. 209, Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, op. cit, стр. 136.

Супротно теоријским настојањима да се суду правног лека допусти испитивање чињеничне основе, по службеној дужности, стоји захтев да се доказна иницијатива препусти странкама у поступку, а као коректив облашћење да се на чињеничне недостатке позивају у жалби. Када кривична ствар већ дође у стадијум другог степена, а жалба није изјављена услед погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања, могуће су, и у пракси, врло честе ситуације, да је тешко донети одлуку по жалби, услед евидентних чињеничних недостатака. С обзиром да другостепени суд нема овлашћење да интервенише у утврђено чињенично стање, по службеној дужности, долази до појаве прерушавања чињеничних у правна питања. На тај начин другостепени судови прибегавају тумачењу правне норме, које је на граници *contra legem*, сами увиђајући потребу да се кривична ствар истинито расветли и реши. Стога се залажемо за увођење изузетне могућности да суд правног лека може укинути пресуду и вратити предмет на поновно суђење, ако утврди постојање знатне сумње у тачност и потпуност утврђеног чињеничног стања, услед чега није могуће донети правилну и закониту одлуку, без обзира што жалба није изјављена по том основу. Такво овлашћење је постојало према раније важећем ЗКП-у из 2001. године, у поступку по ванредном правном леку, захтеву за заштиту законитости. Иако је реч о правном леку, који се може изјавити само услед правних повреда, била је прописана могућност да суд укине пресуду и врати предмет на поновно суђење, у случају појављивања знатне сумње у истинитост одлучних чињеница, услед којих није могуће одлучити по захтеву за заштиту законитости (члан 426. ЗКП из 2001. године⁶⁸⁹). Законик о судском кривичном поступку Краљевине Југославије је такође допуштао евалуацију потпуности утврђеног чињеничног стања *ex officio*, у поступку по жалби, те укидање пресуде и враћање предмета на поновно суђење, ако касациони суд нађе да у пресуди нису у потпуности утврђене чињенице, које омогућају правилну примену закона (члан 350. став 5. ЗСКП).

19.4.7. НЕПРАВИЛНА ОДЛУКА О КРИВИЧНИМ САНКЦИЈАМА И СПОРЕДНИМ ПРЕДМЕТИМА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Четврти жалбени основ је неправилна одлука о кривичној санкцији и другим судским одлукама (члан 441. ЗКП). Пресуда се, најпре, жалбом може побијати због одлуке о казни, условној осуди и судској опомени. Реч је о неправилном одмеравању

⁶⁸⁹ "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

казне, с обзиром на утврђене чињенице о отежавајућим и олакшавајућим околностима, којом није повређен закон. Овде, такође, спадају погрешно изречене, или неизречене одлуке о ублажавању, или поштравању казне, ослобођењу од казне, мерама упозорења и опозиву условног отпуста (члан 441. став 1. ЗКП).

Одлука о кривичној санкцији се доноси тек након што је суд утврдио све правно релевантне чињенице, на основу којих је са степеном извесности доказана кривица окривљеног, за извршење кривичног дела, које му се оптужбом ставља на терет. Одлучивање о казни обухвата, најпре, утврђивање одлучних чињеница за одмеравање казне, затим њихову супсумцију под правну норму и најзад, оцена утврђених чињеница за остваривање сврхе кажњавања.⁶⁹⁰ Приликом вредновања околности од значаја за одмеравање казне, суд има одређену маргину слободне процене, односно одређено поље дискреције, у коме се може кретати.⁶⁹¹ Управо овај жалбени основ служи за побијање неправилног одређивања значаја околности, које утичу на одмеравање казне.

Законодавац на несумњив начин прописује дужност утврђивања чињеница, од значаја за одмеравање кривичне санкције. Према ставу 1. члана 82. ЗКП, предмет доказивања су, осим чињеница које представљају елементе бића кривичног дела, и чињенице од којих зависи примена неке друге одредбе кривичног закона. Ту спадају чињенице од значаја за одмеравање казне. Осим тога, ако окривљени на главном претресу призна извршење кривичног дела, изводе се докази, којима се проверава квалитет признања, као и докази о чињеницама од значаја за одређивање врсте и мере кривичне санкције (члан 394. став 3. ЗКП).

С обзиром да се одлука о одмеравању казне заснива на утврђеним чињеницама, овај основ за жалбу је у блиској вези са чињеничним недостацима. Пресуда се може побијати због погрешног, или непотпуно утврђеног чињеничног стања, ако суд није утврдио, или је погрешно утврдио неку чињеницу, која утиче на одмеравање кривичне санкције. Ако су све одлучне чињенице за одређивање врсте и мере кривичне санкције утврђене, онда се пресуда може побијати услед повреде закона, или услед неправилне одлуке о кривичној санкцији. Одмеравање казне зависи од постојања отежавајућих или олакшавајућих околности. Законодавац не класификује околности као отежавајуће или олакшавајуће, осим поврата. То значи да суд закључује и вреднује све околности понаособ, па онда скупно, приликом одређивања врсте и мере санкције. Елементи бића

⁶⁹⁰ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 141.

⁶⁹¹ Горан Илић, *op. cit.*, стр. 217.

кривичног дела се не могу вредновати као отежавајуће, или олакшавајуће околности. Ако се у образложењу одлуке о санкцији наводе само елементи бића дела, као околности од значаја за врсту и меру кривичне санкције, то имплицира на непотпуно утврђено чињенично стање.

У Кривичном законнику су као околности од значаја за одмеравање казне наведени степен кривице учиниоца, побуде, степен повреде, или угрожавања заштићеног добра, околности код којима је учињено кривично дело, личне прилике, ранији живот, држање након извршења кривичног дела и однос према жртви учиниоца кривичног дела, као и друге околности личности учиниоца (члан 54. став 1. КЗ). За одмеравање новчане казне се посебно узимају у обзир имовинске прилике учиниоца (члан 54. став 2. КЗ). Осим тога, законодавац је квалификовао као отежавајуће околности мржњу и поврат (члан 54а. и 55. КЗ). Приликом одмеравања казне се узимају у обзир и друге отежавајуће и олакшавајуће околности, у конкретном случају, ван оних, које је законодавац побројао у наведеним члановима Кривичног законика. У судској пракси је узиман у обзир протек времена од извршења кривичног дела до доношења судске одлуке, затим непридруживање оштећеног кривичном гоњењу, као и допринос окривљеног утврђивању чињеничног стања.⁶⁹²

У теорији се наводи да постоји разлика у односу на околности, које је законодавац прописао и осталих околности. Сматра се да код осталих околности не може доћи до погрешног, већ само до непотпуно утврђеног чињеничног стања. Аргумент за такво схватање је да до погрешно утврђеног чињеничног стања може доћи само ако су у питању одлучне чињенице, што није случај код осталих околности, које утичу на врсту и меру кривичне санкције.⁶⁹³ Међутим, имајући у виду да је законодавац навео само неке од чињеница, које утичу да казна буде већа или мања, оставивши простор да суд узме у обзир и друге околности конкретног случаја, са наведеним схватањем се не можемо сложити. Свака околност која у конкретном случају утиче на висину казне је одлучна чињеница. Пропуст да суд утврди неку од тих околности представља непотпуно утврђено чињенично стање. Погрешна оцена о постојању неке од тих околности представљала би погрешно утврђено чињенично стање.

⁶⁹² Горан Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2013, стр. 954.

⁶⁹³ Горан Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *Коментар...* op. cit, стр. 955.

Уколико жалба буде изјављена услед неправилне одлуке о кривичној санкцији, другостепени суд нема овлашћење да мења утврђене чињенице, од којих зависи одлука о кривичној санкцији, нити да укида пресуду због чињеничних недостатака. Суд правног лека се мора кретати у оквирима утврђених одлучних чињеница, ако приликом одлучивања о жалби нађе да неке од отежавајућих или олакшавајућих околности нису утврђене, или су погрешно утврђене. Иако је у процесној доктрини већински заступљен став да је неправилна одлука о кривичној санкцији основ жалбе, који не почива на чињеничним недостацима, у делу процесне теорије постоји схватање да су овим основом обухваћени чињенични недостаци, од којих зависи врста и мера кривичне санкције.⁶⁹⁴ Тумачењем одредбе из члана 441. став 1. ЗКП се може закључити да је законодавац јасно одвојио овај основ жалбе од повреде закона. Осим тога, реч је о „...погрешно одмереној казни, с обзиром на чињенице које утичу да казна буде већа или мања...“. Према томе, јасно је да је реч о трећој, последњој делатности приликом изрицања кривичне санкције, која следи након утврђивања чињеница и подвођења под правну норму. На тај начин је недвосмислено прописано да је реч о повреди, која подразумева да су чињенице од којих зависи одмеравање казне, већ утврђене.

У пракси судова недостаци одлука о казни најпре произлазе услед изостанка непосредног, усменог, јавног и контрадикторног утврђивања чињеница, од значаја за одмеравање казне. Ове чињенице се неретко утврђују на основу списка, приликом израде пресуде. Затим долази до изјављивања жалбе, због неправилно одмерене санкције, где подносиоци жалбе погрешно аргументују да је реч о повреди из члана 441. ЗКП, а заправо побијају неправилно, или погрешно утврђено чињенично стање. Најзад, жалбени судови усвајају жалбе по овом основу, те преиначују пресуде, мењајући и утврђујући чињенице од значаја за одмеравање казне, у седници већа. У судској пракси је било случајева да су преиначаване одлуке о кривичној санкцији, услед непотпуно или погрешно утврђених чињеница за одмеравање казне, по жалби изјављеној због неправилне одлуке о кривичној санкцији.⁶⁹⁵ Било је и супротних одлука, којим је жалба одбијана као неоснована, иако се подносилац жалбе правилно позивао на погрешно, или непотпуно утврђено чињенично стање, од значаја за одмеравање казне. Другостепени судови су сматрали да није реч о овом основу за

⁶⁹⁴ Више о томе: Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 144.

⁶⁹⁵ Одлука Врховног суда Србије, Кж. I 363/99, од 10.05.1999. године, одлука Врховног суда Србије, Кж. I 687/99, од 29.06.1999. године,

изјављивање жалбе, већ о погрешној примени закона.⁶⁹⁶ Ако првостепени суд не узме у обзир неку од околности, које су значајне за утврђивање врсте и мере санкције, може бити речи о погрешно утврђеном чињеничном стању, уколико је изведен погрешан закључак о постојању те околности. Ако суд пропусти да утврди неку од тих околности, онда је реч о непотпуно утврђеном чињеничном стању. У оба случаја је реч о чињеничном питању, у које се суд правног лека може упуштати само ако се жалбом нападају чињенични недостаци пресуде. Ако је жалба изјављена због неправилне одлуке о казни, то је правно питање, које лишава виши суд овлашћења да због чињеничних недостатака преиначује одлуку о казни, јер није овлашћен да по службеној дужности, у седници већа, утврђује чињенице. На тај начин долази до прекорачења овлашћења виших судова, у погледу утврђивања чињеница. Пресуда може бити укинута због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања само ако је изјављена жалба по том основу. У случају чињеница, које утичу на одмеравање казне, потребно је само делимично укидање пресуде, у погледу одлуке о казни. У члану 458. став 3. ЗКП, прописано је овлашћење за делимично укидање пресуде, ако се поједини делови пресуде могу издвојити без штете по правилно доношење одлуке. Овде је реч о издвајају дела пресуде, у коме се одређује кривична санкција, чиме се не дира у одлуку суда о кривици.

Жалбом се може побијати одлука о мери безбедности, када она није изречена, или је погрешно изречена, или о одузимању имовинске користи, од лица на која је пренесена без накнаде, или уз накнаду која не одговара стварној вредности, ако на тај начин није повређен закон (члан 441. став 2. ЗКП). За изрицање мера безбедности је такође потребно утврдити одлучне чињенице, које оправдавају примену ових врста кривичних санкција. Међутим, делатност суда се разликује, у зависности од обавезности или факултативности изрицања мера безбедности. У Кривичном законнику су предвиђене четири мере безбедности, чије је изрицање обавезно, ако се за то утврде услови. То су обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи (члан 81. КЗ), обавезно психијатријско лечење на слободи (члан 82. КЗ), обавезно лечење наркомана (члан 83. КЗ) и обавезно лечење алкохоличара (члан 84. КЗ). Приликом изрицања ових мера безбедности, делатност суда се своди на утврђивање чињеница за

⁶⁹⁶ Одлука Окружног суда у Београду, Кж. 628/97, од. 23.04.1997. године.

њихову примену и подвођења под законску норму.⁶⁹⁷ Изостаје вредновање утврђених чињеница. Приликом изрицања факултативних мера безбедности (прописаних у члановима 85-89б КЗ), делатност суда обухвата и вредновање утврђених чињеница, с обзиром да законодавац прописује њихово изрицање само ако је оправдано, ради постизања сврхе.⁶⁹⁸

Изрицање одлуке суда о одузимању имовинске користи, прибављене извршењем кривичног дела, је обавезно. У том случају, такође, изостаје вредновање чињеница, те се делатност суда своди само на утврђивање чињеница и супсумцију под правну норму. С обзиром да код изрицања обавезних мера безбедности и мере одузимања имовинске користи изостаје вредновање утврђених чињеница, те одлуке се могу побијати по основу погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања, или по основу повреде закона. Вредновање утврђених чињеница постоји само у случају изрицања факултативних мера безбедности, па је издвајање посебног основа за жалбу оправдано само у том домену. У погледу обавезних мера безбедности и одузимања имовинске користи је постојање посебног жалбеног основа сувишно. Штавише, код ових двеју врста кривичних санкција не може доћи до погрешног изрицања, а да није дошло до повреде закона, или да не постоје чињенични недостаци, стога што се утврђене чињенице не вреднују, већ се када су утврђене примењује закон.

Пресуда се може побијати ако је суд повредио законске одредбе одлуком о досуђеном имовинскоправном захтеву и о одузимању имовине, проистекле из кривичног дела. Најзад, жалба се може изјавити ако је дошло до повреде закона одлуком о трошковима поступка, као и погрешном применом законских одредби о ослобођењу окривљеног од накнаде трошкова поступка (члан 441. став 4. ЗКП). Све наведене судске одлуке се могу побијати и услед чињеничних недостатака, у складу са чланом 440. ЗКП. Осим тога, одлука о имовинскоправном захтеву се још може побијати и услед повреда закона, као и услед процесних повреда. Сви приговори изречени за издвајање одлука о обавезним мерама безбедности и одузимању имовинске користи, могу бити поновљени и за могућност побијања одлуке о трошковима, будући

⁶⁹⁷ Примера ради, за изрицање мере безбедности обавезно лечење и чување у здравственој усњанови, потреба је утврдити чињенице, из којих произлази да је учинилац био у стању битно смањене урачунљивости, да је опасан по околину и да је услед те опасности неопходно његово лечење и чување у здравственој установи.

⁶⁹⁸ Примера ради, суд може изрећи меру безбедности забрана вршења позива, делатности или дужности из члана 85. КЗ, ако се оправдано може сматрати да би даље вршење такве позива, делатности или дужности било опасно.

да и у том случају изостаје вредновање утврђених чињеница и активност суда се своди на утврђивање чињеница и примену права.

19.5. Границе испитивања побијане пресуде

Првостепена пресуда се, по правилу, испитује у оквиру основа и разлога наведених у жалби. Осим тога, постоје нека проширења и сужења обима испитивања побијане пресуде. Основно правило је да се пресуда испитује у нападнутом делу. То значи да је обим преиспитивања детерминисан жалбом. Овлашћени процесни субјекти побијају пресуду жалбом у делу за који сматрају да је неправилна и незаконита. Стога је оправдано да суд правног лека испитује пресуду у побијаном делу, јер у преосталом делу подносилац жалбе не оспорава правилност и законитост пресуде. У члану 451. став 1. ЗКП је прописано да се пресуда испитује у оквиру основа, дела као и правца побијања. Испитивање одређених недостатака пресуде по службеној дужности, као и примена установе *beneficium cohaesionis*, представљају проширење обима испитивања пресуде. Са друге стране, важењем установе забрана *reformatio in peius*, сужава се опсег преиспитивања пресуде.

Једна од новина у поступку по правним лековима, коју је промовисао Законик о кривичном поступку из 2011. године, је афирмација диспозиције странака у истицању недостатака побијане пресуде. Наиме, у односу на раније важећи ЗКП,⁶⁹⁹ сужен је број жалбених основа, који другостепени суд испитује по службеној дужности. Другостепени суд по службеној дужности испитује одлуку о кривичној санкцији, и то само ако је жалба изјављена услед чињеничних недостатака, или због повреде кривичног закона, као и ако је изјављена жалба која не садржи основе и образложење (члан 451. став 2. ЗКП). Осим тога, другостепени суд може по службеној дужности преиначити одлуку о кривичној санкцији у корист окривљеног, ако је жалба изјављена

⁶⁹⁹ Према члану 380. ЗКП из 2001. године ("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), другостепени суд је испитивао по службеној дужности више битних повреда одредаба кривичног поступка (непрописан састав суда, повреда принципа *nemo iudex sine actore*, пресуда донета од стварно ненадлежног суда, прекорачење оптужбе, пресуда заснована на незаконитом доказу, недостаци у изреци и образложењу пресуде, повреда принципа забране *reformatio in peius*), као и да ли је главни претрес одржан у одсуству оптуженог, или браниоца оптуженог, у случају обавезне одбране. Осим тога, другостепени суд је испитивао по службеној дужности постојање повреда материјалног права, на штету оптуженог. Овако широки опсег испитивања повреда права важио је без обзира да ли је жалба изјављена на штету или у корист окривљеног. Штавише, другостепени суд је, био дужан да по службеној дужности испитује све наведене повреде, као и правилност и законитост изречене кривичне санкције, ако је жалба изјављена у корист окривљеног, а није садржала основ жалбе, ни образложење!

на штету окривљеног (члан 451. став 3. ЗКП). Одлуке, које су донете у скраћеном поступку се уопште не могу испитивати по службеној дужности.

За разлику од тога, ЗКП из 2001. године је предвиђао знатно шири обим испитивања пресуде по службеној дужности. Предмет официјелног преиспитивања су биле неке битне повреде одредбе кривичног поступка (таксативно наведене), затим да ли је главни претрес одржан у одсуству окривљеног, супротно закону, или у случају обавезне одбране, у одсуству браниоца окривљеног, те да ли је повређен кривични закон на штету окривљеног. Ако је жалба изјављена у корист окривљеног, а нису наведени основи жалбе и образложење, суд је био дужан да официјелно преиспита и одлуку о казни, мерама безбедности и одузимању имовинске користи (члан 380. ЗКП01) Осим тога, по службеној дужности се испитивала одлука о кривичној санкцији и одузимању имовинске користи, ако је жалба изјављена због чињеничних недостатака или повреде кривичног закона (члан. 383. ЗКП01).

Радикално сужавање опсега испитивања жалбе по службеној дужности је последица заокрета ка адверзијалном кривичном поступку. Осим тога, законодавац је настојало да оствари ефикасност кривичног поступка. Ипак, у том стремљењу, законодавац је изгледа заборавио на принцип уставности и законитости, који је темељ владавине права. Неке од битних повреда одредаба кривичног поступка спадају у материју о којој се иначе, током првостепеног поступка води рачуна по службеној дужности. Стога је нејасно опредељење законодавца да другостепеном суду онемогући испитивање повреда закона, односно да га примора да потврђује незаконите судске одлуке.

Најпре се поставља питање оправданости елиминисања овлашћења испитивања, да ли дело представља кривично дело, као и да ли постоје основи који трајно искључују кривично гоњење, ако се у жалби нико не позива на ту повреду закона. Осим тога, у члану 34. став 1. Устава Србије је прописано да нико не може бити осуђен за дело, које законом није предвиђено као кривично дело. Одговор је, заправо, већ дала судска пракса, додуше, прешироким тумачењем одредбе члана 451. став. 2. и 3. ЗКП, у којој је другостепеном суду дато овлашћење да испитује одлуку о кривичној санкцији. Другостепени судови тумаче да су овлашћени да преиспитују не само правилност, већ и законитост одлуке о кривичној санкцији. Одлука о кривичној санкцији не може законита, ако дело није кривично дело, као ни ако су наступиле трајне и неотклоњиве

сметње за кривично гоњење.⁷⁰⁰ Правни основ за официјелно испитивање ових недостатака другостепени судови такође налазе у одредби члана 18. став 1. Устава Србије, у којој је прописано да се одредбе Устава о људским и мањинским правима непосредно примењују. Осим наведених повреда, упитно је изостављање повреде кривичног закона, која се састоји у примени одредбе закона која се не може применити, у погледу кривичног дела, које је предмет оптужбе.

Концепт страначког карактера првостепеног поступка, те консеквентно пребацавање одговорности на странке за законитост и правилност судске одлуке, не може се једнозначно тумачити и у поступку по правним лековима. Контрола судских одлука је делатност, која се не може пребацити на странке, већ припада једино другостепеном суду.⁷⁰¹ Стога се залажемо за избалансирани приступ законодавца *de lege ferenda* у погледу прописивања граница преиспитивања првостепене пресуде. Минимални стандард официјелног преиспитивања недостатака би морао да обухвати повреде из члана 438. став 1. тачка 1,8,10 и 11, као повреде из члана 439. став 1. тачка 1. и 2. ЗКП. Само на тај начин се може очувати законитост судских одлука, а законитост увек мора бити у складу са правичношћу.⁷⁰²

19.6. Садржај жалбе

Закоником о кривичном поступку је прописан обавезни садржај жалбе. Жалба мора да садржи означавање пресуде, која се побија жалбом, основ за изјављивање, образложење, предлог да се побијана пресуда укине или преиначи, као и потпис лица које изјављује жалбу (члан 435. ЗКП). Подносилац жалбе се мора држати прописаних обавезних елемената овог правног лека.

Означавање пресуде је први обавезни елемент жалбе, који има за циљ да суд утврди на коју се пресуду жалба односи. Овај елемент се обично налази у уводу жалбе, навођењем суда који је донео побијану пресуду, броја пресуде и датума доношења. Могуће је поступање по жалби која не садржи овај елемент, ако се из садржаја жалбе

⁷⁰⁰ Омер Хаџиомеровић, *Границе испитивања ожалбене пресуде у кривичном поступку у Србији*, у: Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Београд, 2016, стр. 196.

⁷⁰¹ Момчило Грубач, *Нове установе и нова решења у Законнику о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године*, Правни записи, бр. 2/2011, стр. 505.

⁷⁰² Татјана Бугарски, *Основи улагања жалбе и законитост решења кривичне ствари у праву Србије*, у: Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Београд, 2016, стр. 189.

може утврдити на коју се пресуду односи, најчешће на основу имена и презимена окривљеног, или изречене кривичне санкције.

Следећи обавезни елемент је основ жалбе. Подносилац жалбе је дужан да наведе један од основа, прописаних у члану 437. ЗКП. То може бити битна повреда одредаба кривичног поступка, затим повреда кривичног закона, погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање, или одлука о кривичној санкцији или друга одлука суда. Могуће је навести један од основа за изјављивање жалбе, као и кумулативно, више основа за побијање пресуде.

У образложењу жалбе се наводе конкретни разлози, који су, по мишљењу подносиоца жалбе, довели до незаконите или неправилне судске одлуке. Овај елемент има за циљ да би подносилац жалбе изложио у чему се састоји незадовољство изреченом пресудом. Жалба није образложена, ако не садржи никакве разлоге за позивање на жалбене основе, нити ако садржи неке разлоге, из којих се не може разлучити у чему се састоји недостатак пресуде.⁷⁰³ Потребно је правити разлику између основа и разлога жалбе. Основи за жалбу су прописани у члану 437. ЗКП, *numerus clausus*, те се осим четири наведена основа жалба не може изјавити по неком другом основу. У случају повреда кривичног закона као и битних повреда одредаба кривичног поступка, законодавац је конкретизовао жалбене основе. Тако битна повреда одредаба кривичног поступка постоји из разлога, наведених у ставу 1. члана 438. тачка 1-11, односно у ставу 2. члана 438. тачка 1-3. ЗКП. Подносилац жалбе ће се у делу где наводи основе жалбе позвати на битне повреде одредаба кривичног поступка, наводећи примера ради члан 438. став 1. тачка 9. ЗКП, а у образложењу ће аргументовати на који је начин оптужба прекорачена, у конкретном случају. На тај начин ће образложити постојање основа за изјављивање жалбе, који представљају чињенице које се подводе под правну норму. Исти је случај и са повредама кривичног закона, где је у члану 439. тачка 1-4, конкретизован овај основ жалбе. Подносилац жалбе ће се позвати на један од наведених основа, и у образложењу жалбе ће прецизирати у чему се састоји правни недостатак, у конкретном случају, навођењем жалбених разлога. Ако у жалби постоје контрадикције између основа и образложења, она се не враћа на исправку, већ се доставља другостепеном суду, који поступа према образложењу.⁷⁰⁴

⁷⁰³ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 769.

⁷⁰⁴ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 771.

Чињенични недостаци пресуде су прописани као жалбени основ погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање. Реч је о два различита жалбена основа, па је у делу жалбе, где се наводе основи за изјављивање, потребно навести да ли је реч о погрешном, или непотпуно утврђеном чињеничном стању. Подносилац жалбе ће у образложењу наводити у чему се састоје чињенични недостаци, у конкретном случају. Ако је реч о погрешно утврђеном чињеничном стању, образложиће у чему се састоји погрешна оцена суда о утврђеним чињеницама. Ако се позива на непотпуно утврђено чињенично стање, навешће која одлучна чињеница није утврђена током првостепеног кривичног поступка. Ако се подносилац жалбе позива на неправилну одлуку о кривичној санкцији и о другим одлукама, као основ жалбе, у образложењу наводи чињенице од утицаја на одмеравање казне, или на примену одредаба о ублажавању казне, или на ослобођење од казне, као и на доношење одлуке о изрицању условне осуде, судске опомене, или опозиву условног отпуста, које суд није утврдио или их је погрешно утврдио. Чињенични недостаци су такође разлози које треба навести у образложењу жалбе, којом се побија судска одлука услед погрешног изрицања мере безбедности, или одлука о одузимању имовиске користи (члан 441. став 2. ЗКП). Приликом позивања на основ жалбе, који се састоји у погрешној примени одлуке о досуђеном имовинскоправном захтеву, о одузимању имовине проистекле из извршења кривичног дела, или от рошковима кривичног поступка, подносилац жалбе у образложењу наводи у чему се састоји повреда закона, која је довела до ове врсте недостатака судске одлуке.

С обзиром да навођење основа жалбе представља обавезни елеменат садржаја жалбе, поставља се питање, да ли ненавођење основа жалбе доводи до одбацивања жалбе. Ако је подносилац жалбе јавни тужилац, или бранилац окривљеног, односно пуномоћник оштећеног, онда је процесна последица за подношење жалбе, која не садржи обавезне елементе, одбацивање. Реч је о правно образованим лицима, на којима је одговорност за познавање права. На том ставу је и судска пракса.⁷⁰⁵ Ако је жалба поднета од стране правно неугог лица, окривљеног који нема браниоца, или оштећеног који нема пуномоћника, јавило се залагање да се неуредна жалба, или жалба која не садржи обавезне елементе, не одбацује, већ да се са њом поступа, ако је могуће утврдити на коју се пресуду односи и ако је из садржаја могуће одредити на које се

⁷⁰⁵ Врховни суд Србије, Кж. I 1674/97, од. 17.12.1998. године.

жалбене основе подносилац жалбе позива.⁷⁰⁶ Такав став је усвојен и у важећем процесном закону. У члану 436. ЗКП прописано је поступање са неуредном жалбом. Жалба окривљеног који нема браниоца, или оштећеног који нема пуномоћника, која не садржи обавезне елементе, враћа се на допуну. Чак ако и након тога жалба не садржи означење пресуде на коју се односи, или не садржи основе жалбе, неће бити одбачена, већ ће се са њом поступати ако може да се утврди на коју се пресуду односи, и ако се из образложења може закључити на које се основе подносилац жалбе позива.⁷⁰⁷ Таква жалба се доставља другостепеном суду. Другостепени суд, међутим, има овлашћење да испитује само одлуку о кривичној санкцији, ако жалба не садржи основе или образложење (члан 451. став 2. ЗКП). На тај начин је поприлично обесмишљено поступање по жалби у корист окривљеног, која не садржи жалбене основе или образложење.

Ако је жалбу изјавио јавни тужилац, бранилац или пуномоћник, неуредна жалба, или жалба која не садржи обавезне елементе ће бити одбачена (члан 436. став 2. ЗКП). Једино одступање постоји ако је жалба изјављена у корист окривљеног, од стране правно образованог лица. Она неће бити одбачена, ако се може утврдити на коју се пресуду односи. На тај начин је законодавац уважио оправдан став доктрине да окривљеног и друге правно неуке процесне субјекте није потребно обавезивати да правно квалификују основ жалбе. Довољно је да се из образложења може закључити о ком основу је реч. Образложење је, према томе, најважнији елемент жалбе.

Жалба треба да садржи и предлог да се побијана пресуда, у целини или делимично, укине или преиначи. Чињенични недостаци и процесне повреде се могу отклонити укидањем, а повреде материјалног права и неправилности у одмеравању санкције се могу отклонити и преиначењем пресуде. Стога врста жалбеног основа детерминише и предлог подносиоца жалбе. У члану 436. став 2. ЗКП је прописано одбацивање жалбе, ако је подносилац жалбе не уреди, између осталог, и навођењем предлога. Сматрамо да би жалба окривљеног, који нема браниоца ипак требала бити достављена другостепеном суду на одлучивање и ако не садржи предлог. Такво поступање би било у корист одбране окривљеног, ако се из наведених основа или образложења може утврдити циљ побијања пресуде.⁷⁰⁸ У теорији је уочена још и дилема око везаности другостепеног суда предлогом подносиоца жалбе. Старија судска

⁷⁰⁶ Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, Београд, 2002, стр. 153.

⁷⁰⁷ Одлука ВСС, Кж. I бр. 352/98, од 10.04.1998. године.

⁷⁰⁸ Исто: Горан Илић и др., *op. cit.*, стр. 925.

пракса је на ставу да другостепени суд није везан предлогом жалиоца.⁷⁰⁹ Међутим, новија пракса судова мења курс, те сматра да је суд везан за предлог тужиоца да се пресуда укине.⁷¹⁰ Одлука другостепеног суда о укидању или преиначењу пресуде ће зависти од врсте утврђеног недостатка, као и од могућности да је сам отклони. У случају утврђених чињеничних недостатака пресуде, предност се даје укидању пресуде, али је законодавац оставио могућност да се отвори претрес пред другостепеним судом (члан 458. став 1. ЗКП). Пропуштено је да се предвиде врсте одлуке, које може донети другостепени суд, након одржаног претреса. Исход може бити одбијање жалбе и потврђивање побијане пресуде, као и усвајање жалбе, те доношење нове пресуде, којом се побијана ставља ван правне снаге. Ову врсту предлога жалилац не може дати, па је то још један аргумент о невезаности другостепеног суда.

На крају сваке жалбе треба да стоји потпис лица, које је изјављује. Ако жалба окривљеног, који нема браниоца, не садржи потпис, она се доставља другостепеном суду, ако се може утврдити на коју се пресуду односи. Осим тога, неопходно је да не постоји значајна сумња да жалба потиче од окривљеног.⁷¹¹ Судска пракса, међутим, тумачи да жалбу без потписа окривљеног треба одбацити, јер не омогућава испитивање ни одлуке о кривичној санкцији, у смислу става 2. члана 451.⁷¹² Сматрамо да је наведено гледиште неприхватљиво. У ставу 2. члана 451. се не регулише поступање по жалби без потписа, па то не може бити потпора за наведено тумачење. Жалба без потписа окривљеног, који нема браниоца, омогућава поступање, ако се из ње може закључити на коју се пресуду односи, а из образложења може утврдити на које се разлоге подносилац позива.

Уколико се жалбом побија чињенична основица пресуде, могу се износити нове чињенице и предлагати нови докази. Подносилац жалбе може предлагати и доказе, чије је извођење одбио суд, током првостепеног поступка. У погледу изношења нових чињеница и предлагања нових доказа не постоји преклузија, с тим што је жалилац дужан да наведе разлоге, због којих их није раније износио иили предлагао. Осим тога, подносилац жалбе је дужан да наведе доказе, којима би се утврдиле чињенице, које

⁷⁰⁹ Одлука ВСЈ, Кз. бр. 105/67, од 28.11.1968. године, наведено према: *Ibidem*.

⁷¹⁰ Одлука АСНС, Кж. I бр. 827/13, од 07.03.2013. године.

⁷¹¹ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 771.

⁷¹² Одлука Округног суда у Београду, Кж. 3335/03, од 01.12.2003. године.

истиче, као и да наведе чињенице, које ће се утврдити предложеним доказима (члан 436. став 4. ЗКП).

20. Поступак по жалби

Поступак по жалби се може поделити у више фаза. Припремни фаза се одвија пред првостепеним и другостепеним судом. Најпре се одлучује о допуштености жалбе а након тога се обављају припремне и извиђајне радњи. Главни поступак се одвија пред другостепеним судом и представља мериторно одлучивање по жалби. Одлучивање о основаности жалбе и исправности пресуде може бити у седници већа, или на претресу пред другостепеним судом.

20.1. Припремни поступак

Овлашћена лица могу да изјаве жалбе у писаној форми, или усмено на записник. Жалба се упућује другостепеном суду, а предаје се првостепеном суду. Ако подносилац услед незнања поднесе жалбу ненадлежном суду, у законском року, па она буде примљена од надлежног суда, након истека рока, сматра се да је на време поднета (члан 225. став 5. ЗКП). Жалба се предаје у довољном броју примерака, за противну странку, оштећеног, браниоца и суд (члан 442. ЗКП).

Након пријема жалбе у првостепеном суду, који је донео побијану одлуку, суд најпре испитује допуштеност жалбе. Неблаговремена, недопуштена или неуредна жалба се одбацује решењем, које доноси председник већа првостепеног суда. Жалба, која је поднета по истеку законског рока, или продуженог рока је неблаговремена. Недопуштена је жалба, ако је изјављена од лица, које није законом овлашћено да побија пресуду првостепеног суда. Неуредна је жалба која је нечитка, или не садржи образложење, предлог, потпис или чињенице, које ће се утврдити доказима, односно доказе за утврђивање чињеница, које истиче жалилац.

Ако су у жалби наведене нове чињенице и докази, председник већа првостепеног суда може одлучити о евентуалном поновном отварању главног претреса пред првостепеним судом (члан 443. став 2. ЗКП). То је могуће ако наведене нове чињенице, или нови докази могу допринети свестраном расправљању предмета доказивања. У том случају се наставља доказни поступак, након чега следе завршне речи. Пресудом, која се доноси након "настављеног" главног претреса, може се потврдити или преиначити раније донета пресуда, која је побијана жалбом. То значи да

исти суд, који је донео првостепену пресуду, сам потврђује, или преиначује сопствену пресуду?! На тај начин се урушава концепција двостепености поступка, али и деволутивно дејство жалбе, које представља једну од темељних гаранција правичног суђења. Тиме се доводи се у питање неопозивост пресуде у датој судској инстанци, као темељ поступка по правним лековима у кривичном поступку. Пресуда поприма одлике наредбе, а кривични поступак одлике управног. Првостепени суд ће, у овом случају, на основу нових чињеница и доказа, поново утврђивати чињенице и на тако утврђеном чињеничном стању, потврђивати ранију одлуку или је преиначити.

Законодавац се несумњиво руководио разлозима процесне економије и ефикасношћу кривичног поступка, али без обзира на концепцијску недоследност, која сеже до потирања неких основних постулата правних лекова. Међутим, новодонета одлука након настављеног раније окончаног главног претреса се може побјигати жалбом, што не доприноси ни процесној економији. Сагледавајући из угла тока кривичног поступка, тешко је аргументовано оправдати наставак окончаног главног претреса, те самим тим, доказног поступка. Штавише, првостепени кривични поступак је окончан писменом изградом и достављањем преписа пресуде законом предвиђеним процесним субјектима. Одлучивање првостепеног суда о допуштености поднете жалбе увелико спада у другостепени поступак. Осим тога, у самој бити правних лекова је постулат, који извире из принципа правичности, да о жалби одлучује други суд, у значењу другог персоналног састава истог суда, или вишег суда. Насупрот томе, овде имамо ситуацију да о жалби мериторно одлучује исти персонални састав суда, који је донео првостепену пресуду.⁷¹³ Ефикасности кривичног поступка не доприноси ни одредба, према којој је на нову пресуду, након настављеног главног претреса могуће изјавити нову жалбу. На тај начин ће се интенција законодавца да убрза кривични поступак заправо претворити у своју супротност.

Ако председник већа првостепеног суда оцени да се настављањем главног претреса неће свестрано расправити кривична ствар, жалба се доставља на одговор супротној странци (члан 443. став 4. ЗКП). Одговор на жалбу противна странка може поднети у року од осам дана. Достављање жалбе на одговор супротној странци је нарочито оправдано ако су у жалби наведене нове чињенице и предложени нови докази. Противна странка се у одговору на жалбу изјашњава о чињеницама и доказима

⁷¹³ Аргумент за потпору тврђењу да је реч о мериторном одлучивању о жалби налазимо у ставу 3. члана 443. ЗКП, у коме је јасно стипулирано да се новом пресудом потврђује или преиначује ранија првостепена пресуда.

и на тај начин олакшава другостепеном суду доношење одлуке о жалби.⁷¹⁴ Процесни супститути нису овлашћени да изјаве одговор на жалбу, што представља недостатак регулативе. Одговор на жалбу је факултативан. Странка се може одрећи, али и одустати од одговора на жалбу. Након пријема одговора на жалбу, све изјављене жалбе и одговори се истовремено достављају другостепеном суду. Не постоји процесна санкција за пропуст првостепеног суда да достави све жалбе и одговоре на жалбу истовремено. Може се јавити проблем, ако се неке од жалби доставе другостепеном суду након доношења његове одлуке о жалби. Благовремено изјављена жалба се не може одбацити зато што је одлука по жалби другог процесног субјекта већ донета. Другостепени суд мора мериторно одлучити по свим поднетим жалбама.⁷¹⁵ У супротном чини повреду одредаба поступка, што је основ за подношење захтева за заштиту законитости.

Даљи ток припремног поступка тече пред другостепеним судом. Након достављања списка другостепеном суду, одређује се судија известилац (члан 445. став 1. ЗКП). Законодавац је пропустио да регулише ко одређује известиоца. Из формулације одредбе закона је јасно само да у случају потребе да поступа више известилаца одлуку доноси председник суда. Треба тумачити да одлуку о судији известиоцу такође доноси председник суда.⁷¹⁶ Према раније важећем ЗКП-у је то било у надлежности председника већа другостепеног суда, што је боље решење. Осим што судија известилац израђује писани реферат о предмету, овлашћен је да издвоји записнике и обавештења, на којима се не може заснивати судска одлука (члан 445. став 2. ЗКП). Извештај судије известиоца садржи стање ствари и не сме садржати мишљење о основаности жалбе. Ако је реч о кривичном делу за које се предузима кривично гоњење по службеној дужности, судија известилац доставља списе предмета надлежном јавном тужиоцу, који је дужан да их, у законском року, размотри, стави свој предлог и врати их суду (члан 445. став 3. ЗКП). Јавни тужилац не може у предлогу да наводи нове жалбене основе, нити да истиче нове чињенице или предлаже нове доказе.⁷¹⁷ У овој фази поступка се још могу отклонити очигледне грешке, недостаци и несагласности у писано израђеној пресуди, враћањем списка председнику већа првостепеног суда (члан 445. став 4. ЗКП).

⁷¹⁴ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 803.

⁷¹⁵ Одлука ВСЈ, Кж,16/68, наведено према: *ibidem*.

⁷¹⁶ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 803.

⁷¹⁷ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 807.

20.2. Главни поступак

Одлука о жалби може бити донета у седници већа, или на претресу пред другостепеним судом. Одлука о одржавању претреса се увек доноси у седници већа. Да ли ће бити одржан претрес пред другостепеним судом, пре свега, зависи од основа жалбе. Претрес пред другостепеним судом је могућ само ако жалилац побија чињеничну основицу судске одлуке. У случају да је судска одлука већ једном била укинута, због чињеничних недостатака, постоји обавеза да се одржи претрес пред другостепеним судом, ако жалбени суд оцени да је и даље чињенично стање непотпуно или погрешно па је потребно да се понове или изведу докази. Према одредбама ЗКП-а, претрес се може изузетно одржати само у односу на поједине делове првостепене пресуде (члан 446. став 3. ЗКП). То значи да се у преосталом делу пресуде доноси одлука у седници већа. Питање је, међутим, да ли је то и технички изводљиво, с обзиром да се о жалби доноси јединствена одлука. Одвајање одлучивања о деловима пресуде је могуће само ако то не штети правилном пресуђењу. Примена наведене одредбе зависи од редоследа одлучивања о основима жалбе. С обзиром да примена права зависи од утврђеног чињеничног стања, приоритет је решавање чињеничних недостатака, наведених у жалби. Тек након одржаног главног претреса, у седници већа се може утврђивати законитост побијане пресуде. До тога ипак може доћи само ако се на главном претресу не утврде битне повреде одредаба кривичног поступка, услед којих се не може испитати правилност и потпуност чињеничног стања, већ се пресуда мора укинути.⁷¹⁸

Седницу већа другостепеног суда заказује председник већа, на предлог судије известиоца (члан 447. став 1. ЗКП). О седници већа се обавештава јавни тужилац. Окривљени, бранилац окривљеног, оштећени у својству тужиоца и пуномоћник оштећеног се обавештавају о седници већа само ако су у жалби или одговору на жалбу то захтевали, или су упутили предлог да се одржи претрес (члан 447. став 2. ЗКП). Веће другостепеног суда може одлучити да се странка или странке обавесте о седници већа и ако то нису захтевале, ако би њихово присуство било корисно за разјашњење ствари. С обзиром да је законодавац прописао обавезу обавештавања, а не позивања, јасно је да се претрес пред другостепеним судом може одржати у одсуству странака, тј. у нејавној седници. Таква концепција није у сагласности са контрадикторним моделом

⁷¹⁸ Горан Илић и др, *op. cit.*, стр. 966.

кривичног посртурпка, који је промовисан важећим процесним кодексом. Осим тога, није јасно како ће странке или странка допринети разјашњењу ствари, ако се не одазову обавештењу суда, имајући у виду да не постоје процесне последице неодривању. У ставу 4. члана 447. ЗКП је уведена обавеза обезбеђења присуства окривљеног, који се налази у притвору или на издржавању кривичне санкције, ако је то неопходно за разјашењење кривичне ствари. Ова одредба је у контрадикцији са концепцијом необавезности присуства претресу пред другостепеним судом, коју је законодавац промовисао.

Седница већа пред другостепеним судом започиње излагањем извештаја судије известиоца о основима, правцу и делу побијања пресуде. Ако седници веће присуствују странке, онда судија известилац износи садржај пресуде, а странке контрадикторно износе наводе жалбе и одговора на жалбу (члан 448. став 1. ЗКП). Веће може тражити да странке и бранилац окривљеног дају потребна објашњења за наводе из жалбе. Странке могу захтевати од председника већа да се прочитају поједини делови списка. Седница већа другостепеног суда се записнички засведочава. Одлука о одбацивању жалбе се може донети у нејавној седници, о којој се не обавештавају странке и бранилац. Ако се доношење такве одлуке наметне у седници већа, којој присуствују странке, законом није прописано да ли се таква одлука доноси у њиховом присуству. Сматрамо да нема сметњи да се таква одлука донесе у присуству процесних субјеката у седници већа пред другостепеним судом, јер законом није изричито предвиђено одлучивање у нејавној седници.⁷¹⁹

Чињенично стање се не може утврђивати у седници већа. Након разматрања недостатака у утврђеном чињеничном стању, који су наведени у жалби, другостепени суд може да укине побијану пресуду и предмет врати на првостепено суђење. Таква могућност постоји ако другостепени суд сматра да је чињенично стање погрешно, или непотпуно утврђено. Оваква одлука се доноси по правилу, с обзиром да другостепени суд није овлашћен да мења утврђено чињенично стање првостепеног суда. Осим о недостацима у утврђеном чињеничном стању, који су истакнути у жалби, суд у седници већа увек испитује, да ли постоје битне повреде одредаба кривичног поступка, које су истакнуте у жалби. Могуће је да суд утврди да је чињенично стање потпуно и тачно утврђено, а да другостепени суд ипак укине пресуду и предмет врати на поновно суђење због процесних повреда.

⁷¹⁹ Супротно: Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 199, Горан Илић и др, *op. cit.*, стр. 970.

Претрес пред другостепеним судом се само изузетно одржава, ако је због погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања потребно поновно извођење доказа из првостепеног поступка, или извођење доказа, које је одбио првостепени суд (члан 449. став 1. ЗКП). Најпре је потребно да је жалба изјављена због чињеничних недостатака. Осим тога, претрес пред другостепеним судом је могуће одржати ако је потребно поновити извођење доказа из првостепеног поступка, или ако другостепени суд сматра да је потребно извођење раније одбијених доказа. Најзад је потребно да постоје оправдани разлози да се предмет не врати на поновно суђење. Процесна теорија предлаже судовима посезање за овим овлашћењем у случају нарочито сложених предмета, са више кривичних дела, ако постоји сумња у исправност само неке одлучне чињенице.⁷²⁰

Иако предвиђа изузетну могућност одржавања претреса пред другостепеним судом и даје предност укидању пресуде и враћању предмета на поновно суђење, законодавац је овом одредбом настојао да афирмише процесну ефикасност. У пракси судова се, међутим, ово овлашћење готово никада не користи. Вероватно је разлог за такво поступање поимање другостепених судова да чињеничне недостатке треба да исправи првостепени суд.

Претрес пред другостепеним судом је обавезан ако је пресуда једном већ била укидана, у случају поновног постојања чињеничних недостатака (члан 455. став 2. ЗКП). Изменама и допунама ЗКП-а из 2009. године је уведена обавеза одржавања претреса пред другостепеним судом, ако је пресуда била укидана, а другостепени суд нађе да поново постоји погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање. Та новела је била мотивисана убрзањем поступка, а овакво решење је задржано и у важећем процесном закону. У случају да другостепени суд сматра да постоје чињенични недостаци, под условом да је пресуда већ била једном укинута, обавезан је да одржи претрес, на коме се могу изводити докази и утврђивати чињенице. Неопходност одржавања претреса проистиче из потребе понављања извођења доказа, или из потребе да се изведу нови докази, и на тај начин, чињенично стање правилно и потпуно утврди. Ако се утврде битне повреде одредаба поступка, због којих је неопходно укидање пресуде, другостепени суд ће донети одлуку о жалби у седници већа.

О одржавању претреса пред другостепеним судом одлучује веће другостепеног суда, у седници већа. На претрес пред другостепеним судом се позивају странке,

⁷²⁰ *Ibidem*

оштећени и законски заступник, као и сведоци, вештаци и стручни саветници, ако суд одлучи да је потребно да се непосредно испитују. Претрес пред другостепеним судом се може одржати и без присуства окривљеног, ако је уредно позван, а изостанак не оправда. Предвиђена је могућност да окривљени који је у притвору прати ток главног претреса путем уређаја за пренос звука и слике (члан 449. став 4. ЗКП). У закону нема одредбе о одржавању претреса без присуства овлашћеног тужиоца.

Функција судије известиоца је поверена председнику другостепеног већа, који на почетку претреса излаже стање ствари, не дајући сопствено мишљење о основаности жалбе. Излагање стања ствари подразумева рекапитулацију дотадашњег тока поступка, чињеница случаја, основа жалбе и спорних питања.⁷²¹ Након тога, жалилац образлаже жалбу а супротна страна одговор на наводе жалиоца. Пресуда се не чита, осим ако странке то захтевају, а веће оцени да је потребно. Жалба се не чита.

Законом је предвиђено одступање од начела непосредности, приликом испитивања сведока или вештака⁷²², који нису присутни на претресу. При томе, одлуку доноси веће, без било каквог утицаја странака, у виду сагласности. Странке и бранилац имају право да на претресу пред другостепеним судом предлажу доказе и износе чињенице, које су наведене у жалби, али и доказе, који су у вези са предложеним доказима (члан 450. став 4. ЗКП). То значи да на претресу странке могу предлагати нове доказе, које нису предложиле у жалби, само уз услов да су у вези са доказима предложеним у жалби. На тај начин је ограничен и обим доказног поступка на претресу пред другостепеним судом. Другостепени суд је, приликом доношења одлуке, након одржаног претреса, везан изведеним доказима, те може другачије да цени само доказе, које је непосредно извео.

Широко постављено право странака на *beneficium novorum* у поступку по жалби у потпуности је у нескладу са адверзијалним моделом главног претреса, у чијој је основи предлагање свих доказа у првостепеном поступку, а у поступку по жалби само изузетно нових доказа, за које се није знало у време вођења првостепеног поступка. Осим права странака да предлажу нове доказе и указују на нове чињенице, другостепени суд такође има право, према члану 15. став 4. ЗКП, да наложи странкама предлагање нових доказа, ако су изведени докази противуречни или нејасни, и ако је то потребно да би се кривична ствар свестрано расправила. Такво овлашћење му припада,

⁷²¹ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, 817.

⁷²² У овој одредби је изостављен стручни саветник, вероватно техничком омашком.

с обзиром да се на претресу пред другостепеним судом сходно примењују одредбе о главном претресу (члан 450. став 6. ЗКП). Другостепени суд се може користити овим овлашћењем и у случају укидања пресуде и враћања предмета на поновно суђење. На поновном суђењу, првостепени суд се такође се може користити овим овлашћењем.

Након доказног поступка пред другостепеним судом јавни тужилац може одустати од оптужбе, ако се окривљени са тим сагласи. Право јавног тужиоца на одустанак од оптужбе је у складу са начелом мутабилитета кривичног гоњења. Међутим, везивање те одлуке за сагласност окривљеног нема никаквог утемељења у начелима кривичног процесног права. Диспонирање оптужним актом мора бити у власти јавног тужиоца, а једини корективни механизам може бити преузимање кривичног гоњења од стране оштећеног као тужиоца, сагласно интересима које има у кривичном поступку. Оправдање за ово законско решење се не може наћи ни у спречавању јавног тужиоца да одустанком од оптужбе спречи доношење ослобађајуће пресуде, ако је према резултату доказног поступка на претресу пред другостепеним судом, јасно да ће то бити исход поступка по жалби.⁷²³ Концепцијски је исправније не допустити јавном тужиоцу диспонирање кривичном тужбом у поступку по жалби. У поступку по жалби се одлучује о исправности пресуде и о основаности жалбе, а не о оправданости и законитости оптужног акта.

20.3. Мериторне одлуке другостепеног суда

Другостепени суд, након одржане седнице већа или претреса може одбацити жалбу као неблагоприятну, недопуштену или неуредну. Осим ове формалне одлуке, другостепени суд је овлашћен да донесе мериторне одлуке. Неосновану жалбу пресудом одбија, и потврђује првостепену пресуду (члан 457. ЗКП). Усвајање жалбе може исходovati укидањем првостепене пресуде и упућивањем предмета на поновно суђење. Ова одлука се доноси у форми решења (члан 458. ЗКП). Усвајање жалбе може довести и до преиначења побијане пресуде. У том случају се доноси пресуда о усвајању жалбе, а побијана пресуда се преиначава (члан 459. ЗКП).

20.3.1. УСВАЈАЊЕ ЖАЛБЕ

Исход испитивања чињеничних недостатака пред другостепеним судом, у седници већа, или на главном претресу, може бити усвајање жалбе, те доношење решења о укидању првостепене пресуде и враћање предмета на првостепено суђење.

⁷²³ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 818.

То је одлука која се доноси у седници већа, али нема сметњи ни да се таква одлука донесе након претреса пред другостепеним судом.⁷²⁴ Укидање првостепене пресуде је могуће због битних повреда одредаба кривичног поступка, као и погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање.

Приликом доношења ове одлуке, другостепени суд је дужан да у образложењу наведе у чему се састоје утврђени чињенични недостаци, као и важност нових чињеница и доказа за доношење правилне одлуке. У образложењу другостепеног суда се може указати на пропусте странака од утицаја на одлуку другостепеног суда (члан 460. став 3. ЗКП). Осим што има функцију да подсети странке да имају доказну иницијативу у првостепеном поступку, не види се сврха ове одредбе, с обзиром да наводи у образложењу другостепеног суда не могу бити од утицаја на доношење одлуке након поновног суђења пред првостепеним судом. Пропуст странака да предложи неки доказ у првостепеном поступку не може имати реперкусије на одлуку суда, стога што би на тај начин одлука поново садржала чињеничне недостатке, које странке могу побијати жалбом. Да би дошло до укидања првостепене пресуде и враћања предмета на првостепено суђење, довољно је да другостепени суд сматра да је чињенично стање погрешно или непотпуно утврђено. Није потребно да се чињенични недостаци утврђују у седници већа другостепеног суда. Довољно је да на основу доказног материјала из првостепене пресуде постоји довољно основа за сумњу да постоје чињенични недостаци. Стога другостепени суд у решењу о усвајању жалбе може само да изрази сумњу у оцену изведених доказа, да упозори на пропусте, приликом извођења доказа, те да поново оцени изведене доказе.⁷²⁵

На новом главном претресу пред првостепеним судом странке могу истицати нове чињенице и предлагати нове доказе (члан 462. став 2. ЗКП). Не постоји преклузивно правило у том смислу, нити било каква ограничења. Првостепени суд је дужан да расправи сва питања, на која је указао другостепени суд и да предузме све процесне радње, на које је указао другостепени суд. Одлука првостепеног суда, донета након укидања првостепене пресуде, се може постојати побијати жалбом по свим основима. У том случају другостепени суд не може поново укинути пресуду, већ мора сам пресудити (члан 455. став 2. ЗКП). То значи да, у случају постојања чињеничних

⁷²⁴ Закључци ВСЈ од 26. и 27.12.1969, наведено према: *Ibidem*.

⁷²⁵ Одлука ВСХ, Кж. бр. 201/72 од 11.05.1972, наведено према: Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit*, стр. 844.

недостатака, на које се жалилац позвао, мора отворити претрес и на основу тачног и потпуно утврђеног чињеничног стања донети сопствену одлуку.

Другостепени суд није овлашћен да у седници већа мења утврђено чињенично стање. Такав став подржава и судска пракса.⁷²⁶ Након претреса пред другостепеним судом је потребно донети одлуку о судбини жалбе и побијане пресуде. Логично би било да то буде пресуда којом се жалба уважава и преиначује првостепена пресуда, с обзиром на новоутврђено чињенично стање. Међутим, у члану 459. ЗКП-а, није наведено да се пресуда о усвајању жалбе доноси након претреса пред другостепеним судом. Изричито је наведено да се ова судска одлука доноси у случају да су утврђене повреде кривичног закона, поједине битне повреде одредаба кривичног поступка, неправилна одлука о кривичној санкцији, као и када другостепени суд по службеној дужности испитује одлуку о кривичној санкцији. У одредби, којом је регулисан ток претреса пред другостепеним судом такође није наведено која се одлука доноси након његовог окончања. Једино је предвиђена сходна примена одредаба, којима се регулише главни претрес пред првостепеним судом. На основу тога може се закључити да се претрес пред другостепеним судом окончава доношењем нове пресуде, у којој свакако мора стајати одлука о изјављеној жалби. Стога је једино могуће решење да се донесе пресуда о усвајању жалбе, предвиђена у члану 459. ЗКП.

Пресуда другостепеног суда не мора да садржи целокупно чињенично стање, које је утврђено у првостепеној пресуди. Њоме се допуњава првостепена пресуда. Ако се пресуда првостепеног суда потврђује, онда се не мора понављати диспозитив. Она, у том случају, мора садржати образложење, које се не може састојати у усвајању разлога првостепеног суда.

20.3.2. ОДБИЈАЊЕ ЖАЛБЕ

Одлука суда о одбијању жалбе као неосноване има за последицу потврђивање првостепене пресуде. Та се одлука доноси у форми пресуде о одбијању жалбе (члан 457. ЗКП). Ову одлуку је могуће донети и након одржаног претреса пред другостепеним судом, ако се покаже да жалбени наводи о чињеничним недостацима у првостепеној пресуди нису тачни. Зарад процесне економије је потребно да то буде раритет, те да другостепени суд ову одлуку доноси у седници већа. Најзад, садржински истоветну одлуку је могуће донети и након поновног претреса пред првостепеним судом. То ће се десити ако првостепени суд донесе нову пресуду на основу истог

⁷²⁶ Одлука Савезног врховног суда, Кз. 24/61, од 20.03.1961. године.

чињеничног фундуса, без обзира на додатне изведене доказе, или ако и након поновног претреса на исти начин оцени изведене доказе, па донесе истоветну одлуку, као у побијаној пресуди. Првостепени суд има овакво овлашћење будући да није везан ставовима вешег суда. Међутим, питање је колико ће опстати оваква одлука, с обзиром да је могуће нападати је жалбом, након чега ће другостепени суд сам пресудити, у складу са сопственим налазом о недостацима у утврђеном чињеничном стању, на које је указао првостепеном суду. Овде се отвара питање економичности прописивања могућности укидања пресуде и враћања првостепеном суду, у односу на овлашћење да другостепени суд сам донесе одлуку, мењајући чињенично стање на претресу. Законодавац се одлучио за решење, којим је направљен баланс између тежње да чињенично стање утврђује првостепени суд и тежње за економичношћу поступка. Тако је прописана могућност да се пресуда, по правилу, укида и предмет враћа на првостепено суђење. Само изузетно се одржава претрес пред другостепеним судом. На другој страни је правило да по жалби на пресуду донету након поновног суђења мора да одлучи другостепени суд. С циљем афирмације суђења у разумном року, има смисла *de lege ferenda* укинути могућност одржавања претреса пред другостепеним судом по жалби на првостепену пресуду, те предвидети обавезно укидање и враћање предмета на поновно суђење. У случају жалбе на новодонету одлуку предвидети обавезно одлучивање другостепеног суда. На тај начин би се првостепеном суду, пред којим се водио првостепени поступак, пружила прилика да отклони уочене чињеничне недостатке, поновних извођењем доказа, извођењем нових и одбијених доказа, те поновном оценом доказа и, на тај начин, утврђивањем чињеница. Са друге стране, да би се спречило вишеструко укидање одлука, целисходно је обавезно одлучивање другостепеног суда, у случају да је пресуда већ једном била укидана.

20.4. Жалба на пресуду другостепеног суда

Одлуке другостепеног суда могу бити неправилне и незаконите, те је понекад оправдано допустити изјављивање жалбе на пресуду другостепеног суда и омогућити суђење пред судом трећег степена. У упоредном праву је правило двостепено суђење, а трећестепено изузетак. Предратни кривични поступак у Југославији је такође омогућавао само суђење у другом степеном. Жалба на пресуду другостепеног суда је уведена у наш кривични поступак ЗКП-ом из 1953. године.

Важећи Законик о кривичном поступку је у знатној мери сузио простор за изјављивање жалбе на пресуду другостепеног суда и, самим тим, трећестепеног суђења. Према одредби из члана 463. ЗКП, жалба на пресуду другостепеног суда се може изјавити само кад је преиначена ослобађајућа пресуда првостепеног суда у осуђујућу пресуду. Реч је о ситуацији када у седници већа дође до преиначења пресуде првостепеног суда, због утврђених повреда закона, неправилне одлуке о кривичној санкцији, као и битних повреда одредаба кривичног поступка, прописаних у члану 439. став 1. тачка 1, 7, 9 и 10. ЗКП. С обзиром да другостепени суд није овлашћен да утврђује, или мења чињенично стање у седници већа, у овим случајевима се не дира у утврђено чињенично стање. Када дође до преиначења првостепене ослобађајуће пресуде у осуђујућу, у седници већа, да би се одмерила кривична санкција, суд утврђује околности које утичу на врсту и висину. С обзиром да се те чињенице утврђују у одсуству контрадикторног поступка, оправдано је допустити жалбу на одлуку која је, у односу на првостепену, штетна по окривљеног.⁷²⁷

Процесни закон није одредио, да ли је могуће изјављивање жалбе на пресуду другостепеног суда, ако је првостепена пресуда којом се оптужба одбија преиначена у осуђујућу. Иако у теорији постоји опција која оспорава ову могућност,⁷²⁸ Врховни касациони суд Србије је протумачио да је жалба могућа и у овом случају.⁷²⁹ Законска одредба је, међутим, недвосмислена и њоме је допуштено изјављивање жалбе на другостепену пресуду само ако је пресуда којом “се оптужени ослобађа од оптужбе“ преиначава у пресуду којом се оглашава кривим. Одбијајућом пресудом се окривљени не ослобађа од оптужбе, већ се кривични поступак обуставља због трајних процесних сметњи. То је процесна одлука, којом се не одлучује о кривици. Стога је тумачење судске праксе неприхватљиво. Можемо се једино сложити да је оправдано у некој новелацији изменити наведену одредбу закона, те њоме обухватити и преиначење одбијајуће пресуде у осуђујућу.

О жалби на пресуду другостепеног суда одлучује Апелациони суд, уз сходну примену правила која важе за другостепени поступак. То значи да се одлука о жалби може донети у седници већа, или на главном претресу. Претрес се одржава ако је

⁷²⁷ Тадија Бубаловић, *Правни лекови...*, ор. cit., стр. 231.

⁷²⁸ Горан Илић, Миодраг Мајић, Александар Трешњев, Слободан Бељански, *Коментар...*, ор. cit, стр. 1000, Тадија Бубаловић, *Правни лијекови...*, ор. cit, стр. 231.

⁷²⁹ Милан Шкулић, Горан Илић, Марина Матић Бошковић, *Унапређење Законика о кривичном поступку - de lege ferenda предлози*, Београд, 2015, стр. 144.

потребно извођење нових доказа, или поновно извођење доказа, због погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања. Такође је могуће да се услед чињеничних недостатака укине другостепена пресуда и предмет врати на поновно суђење.

Раније важећи ЗКП из 2001. године је прописивао још два основа за изјављивање жалбе на другостепену пресуду. Тај правни лек је могао бити изјављен у случају изрицања казне затвора од 40 година, или ако је другостепени суд потврдио пресуду, којом је изречена та казна затвора. Осим тога, жалба на пресуду другостепеног суда је могла бити изјављена, ако је другостепени суд на главном претресу другачије утврдио чињенично стање, у односу на првостепени суд. Потоњи правни основ за изјављивање жалбе на другостепену пресуду је био измена утврђених чињеница на претресу пред другостепеним судом. Могућност побијања другачије утврђеног чињеничног стања представља оправдан основ за изјављивање правног лека, имајући у виду значај утврђених чињеница за примену права и реперкусије по изрицање кривичних санкција. Пресуда другостепеног суда, заснована на другачије утврђеном чињеничном стању, суштински је првостепена пресуда, донета на главном претресу.⁷³⁰ Истина је да право на трећестепено суђење није стандард који је неопходно задовољити према Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода и пракси Европског суда за људска права. Потребно је само обезбедити право на жалбу, на одлуку којом се одлучује о кривици, према члану 2. Протокола 7 уз Конвенцију. Но, и поред тога би враћање наведеног основа за жалбу на пресуду другостепеног суда, у некој наредној новелацији ЗКП, значајно допринело повећању нивоа заштите основних људских права окривљеног у кривичном поступку.

Из дикције одредбе из члана 463. ЗКП, може се закључити да је реч о преиначењу пресуде у седници већа пред другостепеним судом. Питање је, међутим, да ли би било правилно тумачење да су укључене и ситуације „преиначења“ пресуде по жалби због чињеничних недостатака. Та дилема добија на значају будући да заправо нису ни регулисане врсте одлука, које се доносе након одржавања претреса пред другостепеним судом. У члану 459. ЗКП, где је регулисано доношење пресуде о усвајању жалбе, експлицитно је прописано да се она доноси у седници већа, услед повреда материјалног и процесног закона, као и услед погрешне одлуке о кривичној санкцији. Врста одлука, која се доноси након претреса пред другостепеним судом није регулисана. То може бити пресуда о одбијању жалбе, којом се потврђује првостепена

⁷³⁰ Момчило Грубач, 2009, *op. cit.*, стр. 468.

пресуда, али и решење о усвајању жалбе, којој се укида првостепена пресуда и предмет враћа на поновно суђење,⁷³¹ као и пресуда о усвајању жалбе, иако то није изричито предвиђено.

Другостепени суд мора да донесе нову пресуду (другостепену) у случају одржаног претреса, којом ће одлучити и о судбини изјављене жалбе. С обзиром да се у том случају првостепена пресуда може фактички преиначити, поставља се питање, да ли се жалба на другостепену пресуду може изјавити у случају да је након претреса пред другостепеним судом донета осуђујућа пресуда, којом је преиначена првостепена ослобађајућа пресуда. Реч је о ситуацији када је чињенично стање на претресу пред другостепеним судом, другачије утврђено, па се доноси пресуда којом се окривљени оглашава кривим, насупротив првостепене ослобађајуће. Циљним тумачењем могло би се закључити да то није могуће, с обзиром да се ова ситуација не сматра преиначењем пресуде, доношењем нове, другостепене пресуде, након одржаног претреса пред другостепеним судом. Ранија пресуда је укинута још пре одржавања претреса, те се не може преиначити.

Законодавац изједначава одлучивање након претреса пред другостепеним судом са одлучивањем на поновљеном претресу пред првостепеним судом, који следи након укидања првостепене пресуде. То значи да жалбом на другостепену пресуду не би било могуће побијати утврђено чињенично стање, јер другостепени суд није ни утврђивао чињенице, нити је мењао утврђено чињенично стање. Постоји, међутим, тумачење да је жалбу на другостепену пресуду могуће изјавити по свим основима као и жалбу на пресуду првостепену пресуду. У случају преиначења пресуде се не дира у утврђено чињенично стање, те је изјављивање жалбе на пресуду другостепеног суда због погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања обесмишљено. У супротном би са жалбом на пресуду другостепеног суда побијало чињенично стање, које је утврђено још у првостепеном поступку. То би, консеквентно, значило да није ни могуће решавање на претресу, пред трећестепеним судом. Постоји, међутим, тумачење да је одлуку трећестепеног суда могуће донети у седници већа, или на главном претресу.⁷³² Ослонац за овакво тумачење се налази у члану 464. став 1. ЗКП, у коме је предвиђена

⁷³¹ Супротно: С обзиром да је предмет одлучивања пред трећестепеним судом пресуда другостепеног суда, којом је конзумирана првостепеног суда, не може бити донета одлука о укидању пресуде и враћању предмета на поновно суђење, Јасмина Киурски, Жалба јавног тужиоца и казнена политика, у: Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет, Бања Лука, 2014, стр. 143.

⁷³² Горан Илић, Миодраг Мајић, Александар Трешњев, Слободан Бељански, *Коментар...*, op. cit, стр. 1000.

сходна примена одредаба које важе за другостепени поступак. То отвара могућност да суд трећег степена утврђује чињенице, на претресу, насупротив некадашњем овлашћењу да то чини у седници већа. У поређењу са раније важећом регулативом, које је изричито прописивала да суд трећег степена одлучује у седници већа, у важећем ЗКП-у нема такве одредбе. С обзиром да је предвиђена сходна примена одредби које регулишу другостепени поступак, има места тумачењу да је суд трећег степена овлашћен да решава на претресу. Такво поступање је рационално, имајући у виду да трећестепени суд може да мења утврђено чињенично стање, под условом да прихватимо могућност изјављивања жалбе по основу погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања. Раније важећа регулатива је у том смислу била недоследна, јер је било допуштено да суд трећег степена утврђује чињенице у седници већа.⁷³³

21. Испитивање чињеничне основе одлука јавног тужиоца у истрази

Право окривљеног да се супротстави оптужној тежи овлашћеног тужиоца је у самој бити начела контрадикторности, као и једнакости оружја у кривичном поступку. Те гаранције је потребно обезбедити већ од отварања истраге. У истрази, под руководством истражног судије, постојала је могућност да осумњичени изјави жалбу на решење о спровођењу истраге. Осим тога, постојала је обавеза да осумњичени буде саслушан пре доношења решења о спровођењу истраге. Супротно томе, против наредбе о спровођењу истраге, коју доноси јавни тужилац, осумњичени и његов бранилац, као и оштећени не могу изјавити било какво правно средство, којим би покренули поступак преиспитивања основаности покретања истраге. Потпору за то налазимо у члану 277. став 2. Законика о кривичном поступку,⁷³⁴ у коме је јасно прописано да наредба постаје извршна одмах по доношењу, осим ако доносилац наредбе није другачије одредио. Осим тога, кривични поступак је покренут доношењем наредбе о спровођењу истраге (члан 7. став 1. тачка 1 ЗКП). На тај начин, законодавац је јасно исказао вољу да против ове одлуке, којом се покреће кривични поступак, не предвиди правни лек. Имајући у виду да се отварањем истраге отпочиње

⁷³³ Више о томе: Тихомир Васиљевић, *Систем...*, *op. cit.*, стр. 633.

⁷³⁴ "Сл. гласник РС", бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

са вођењем кривичног поступка (члан 7. ЗКП), у коме се, неспорно, одлучујуће утиче на бројна права окривљеног, изостанак правног средства, којим окривљени може војевати против одлуке о покретању кривичног поступка, супротна је Уставу Србије, конкретно члану 36. став 2. у коме је прописано право на правно средство, против одлуке којом се одлучује о нечијем праву, обавези или правном интересу. Осим тога, изостанак правног средства на одлуку о покретању истраге је супротна и члану 32 став 1. Устава, јер је само суд овлашћен да одлучује о основаности покретања кривичног поступка. С обзиром да је истрага поверена јавном тужиоцу, потребно је обезбедити жалбу суду на одлуку јавног тужиоца да покрене истрагу. Одлучивање о основаности покретања истраге се своди на преиспитивање чињеничне утемељености те одлуке. Другим речима, прописивањем права на жалбу би се омогућило да суд преиспита постојање основа сумње, што је стварни услов за покретање истраге.

Право на жалбу у кривичном поступку је најпре потребно обезбедити за окривљеног, према коме је потенцијално усмерено право државе на кажњавање. Окривљени, према томе, има право да оспорава чињеничну основу наредбе о покретању истраге. Право на жалбу, такође је потребно обезбедити за оштећеног, без обзира да ли је у питању официјелно кривично дело, с обзиром да је најчешће реч о жртви кривичног дела. На тај начин се штити интерес оштећеног, који се састоји у надокнади материјалне и нематеријалне штете. Оштећени, као и сваки други грађанин, има право да поднесе кривичну пријаву надлежном јавном тужиоцу (члан 281. ЗКП). Поступајући по кривичној пријави, јавни тужилац може закључити да нису испуњени услови за кривично гоњење.⁷³⁵ У том случају, донеће решење о одбацивању кривичне пријаве. Јавни тужилац је дужан да о томе обавести оштећеног, у року од 8 дана (члан 284. став 2. ЗКП). На решење о одбацивању кривичне пријаве, оштећени може поднети приговор, непосредно вишем јавном тужиоцу, у року од 8 дана, од дана када је примио обавештење, а најкасније у року од 3 месеца, од дана када је јавни тужилац одбацио кривичну пријаву. Непосредно виши јавни тужилац дужан је у року од 15 дана да усвоји или одбије приговор. Ако усвоји приговор, издаће обавезно упутство непосредно нижем јавном тужиоцу да предузме кривично гоњење. На усвојени или одбијени приговор није дозвољено изјављивање жалбе. Закључак је да оштећени, заправо, не може предузети супсидијарно кривично гоњење, у истрази. То је новина, у

⁷³⁵ Пријављено дело није кривично дело за које се гони по службеној дужности, постоје околности које представљају трајну сметњу за кривично гоњење (застарелост, амнестија, помиловање), не постоје основи сумње да је извршено кривично дело, или је извршено дело малог значаја.

односу на, до сада важеће решење, према којем је оштећени имао право да предузме гоњење давањем изјаве пред надлежним судом, у законом предвиђеном року (члан 61. став 2. ЗКП из 2001. године⁷³⁶). Оваквом регулативом, гаси се право на иницијалну супсидијарну тужбу. Са друге стране, тешко је очекивати да ће оштећени успети са приговором непосредно вишем јавном тужиоцу, с обзиром на хијерархијско уређење јавног тужилаштва.⁷³⁷ Самим тим, поставља се питање, да ли би такво правно средство могло да издржи трипартитни тест делотворности правног лека, који је Европски суд установио тумачећи члана 13. Конвенције. Осим тога, на одлуку о одбијању приговора, оштећени нема право жалбе. На тај начин је доведено у питање право на приступ суду,⁷³⁸ које проистиче из члана 6. Конвенције.⁷³⁹

Једно од овлашћења јавног тужиоца, по примљеној кривичној пријави је примена условног одлагања кривичног гоњења (члан 283. ЗКП). Уколико јавни тужилац утврди да су испуњени законом предвиђени услови, наредбом ће наложити осумњиченом извршење неке од обавеза из става 1. члана 283. ЗКП. На ову одлуку не постоји могућност изјављивања било којег правног средства, иако интерес може постојати на страни осумњиченог, будући да се изрицањем обавеза дерогирају нека његова основна права. Интерес, свакако, постоји на страни оштећеног, будући да у процесу доношења одлуке о примени опортунитета није предвиђено његово учешће, у виду давања сагласности о примени бар неких од обавеза, супротно претходно важећем закону.⁷⁴⁰ Као исход успешно извршених обавеза, наложених осумњиченом, применом условног опортунитета кривичног гоњења, сходно члану 283. ЗКП, јавни тужилац ће решењем одбацити кривичну пријаву, те о томе обавестити оштећеног. Ни на ову одлуку оштећени нема право изјављивања правног средства, иако је реч о одлуци, којом се фактички решава о кривичној ствари, без упуштања у вођење кривичног поступка. Чињенична основа одлуке јавног тужиоца, којом се одлаже кривично

⁷³⁶ "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.

⁷³⁷ Наизглед слично решење постоји у Немачкој, али са битном разликом. На одлуку јавног тужиоца о непокретању кривичног поступка, оштећени, најпре може изјавити приговор непосредно вишем јавном тужиоцу, а након тога и суду, који сопственим одлукама могу, заправо, принудити јавног тужиоца на предузимање гоњења.

⁷³⁸ Војислав Ђурђић, 2014, *op. cit.*, стр. 172.

⁷³⁹ Европски суд за људска права је установио да је право на приступ суду обухваћено чланом 6. Европске конвенције, којим је гарантовано право на правично суђење, у случају *Goldier v. The United Kindom*, *arr. no. 4451/70*.

⁷⁴⁰ Више о томе: Иван Илић, Примена начела опортунитета кривичног гоњења у државама бивше Југославије, у: *Право и друштвена стварност : научни скуп са међународним учешћем*. св. 1, Косовска Митровица, 2014, стр. 447-466.

гоњење, се не може побијати. Имајући у виду да одбацивање кривичне пријаве, као последица успешно извршених обавеза осумњиченог, не стиче својство *res iudicata*, формалноправно постоји могућност да се против истог лица за исто дело поново покрене истрага. Окривљени не би могао да побија чињеничну основу ни те одлуке. На тај начин се вређа принцип правне сигурности. То је још један од аргумената за успостављање права на жалбу на одлуку јавног тужиоца о покретању истраге.

22. Побијање чињеничне основе пресуде донете након рочишта за изрицање кривичних санкција без главног претреса

Законом о кривичном поступку је установљен посебан кривични поступак,⁷⁴¹ с циљем да се кривична санкција за лакша кривична дела изриче без главног претреса. Реч је о могућности пресуђења без одржавања главног претреса, на основу иницијативе јавног тужиоца, исказане у оптужном предлогу, за кривична дела са запређеном новчаном казном или казном затвора до 5 година (члан 512-518. ЗКП). Реч је о упрошћеној форми кривичног поступка, са консенсуалним елементима.

Јавни тужилац може захтевати ово рочиште на основу сложености предмета и прибављених доказа, нарочито узевши у обзир хапшење окривљеног приликом извршења кривичног дела, или дато признање о извршеном кривичном делу. Јавни тужилац истовремено предлаже суду изрицање врсте и мере кривичне санкције, која је лимитирана, с обзиром на запређену казну (члан 512. став 3. ЗКП). Законодавац је груписао могуће кривичне санкције у две групе. Ако је за кривично дело прописана казна затвора до пет година, јавни тужилац може предложити казну затвора до највише две године, као и новчану казну, до законом одређеног износа, или условну осуду, у такође лимитираном трајању. За ову групу кривичних дела је потребно признање окривљеног. Ако је прописана казна затвора до три године, признање окривљеног није неопходно, а јавни тужилац може предложити казну затвора до једне године, или новчану казну, казну рада у јавном интересу, одузимање возачке дозволе или условну осуду, у законом одређеном трајању.

⁷⁴¹ У теорији не постоји јединствени став о правној природи овог поступка. Део процесне теорије је на ставу да је реч о посебном кривичном поступку (Војислав Ђурђић, 2011, *op. cit.*, стр. 262, Саша Кнежевић, *Кривично...*, *op. cit.*, стр. 27), а други су на ставу да је реч о подврсти сумарног поступка (Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 916).

Након одржаног рочишта за изрицање кривичне санкције, судија може изрећи осуђујућу пресуду, или наредбом заказати главни претрес (члан 517. став 1. ЗКП). Осуђујућа пресуда се изриче ако се окривљени сагласио са предлогом јавног тужиоца о врсти и мери кривичне санкције, или ако се није одазвао позиву за рочиште. Приликом доношења пресуде судија није везан предлогом јавног тужиоца и може одредити другу врсту и меру кривичне санкције, у оквирима постављеним у ставу 3. члана 512. ЗКП.

Право на побијање осуђујуће пресуде, донете након рочишта за изрицање кривичних санкција, имају окривљени и бранилац окривљеног. Они могу изјавити приговор, у року од осам дана, од достављања пресуде (члан 518. став 2. ЗКП). Право на изјављивање приговора припада окривљеном и браниоцу, само ако се окривљени није одазвао на позив на рочиште, на коме је, у његовом одсуству, изречена кривична санкција. О приговору решава судија, који је донео осуђујућу пресуду. Приговор може бити одбачен као неблаговремен, или недопуштен, или усвојен. Последица усвајања приговора је одређивање главног претреса. На главном претресу судија није везан предлогом јавног тужиоца о врсти и мери кривичне санкције, истакнутом у оптужном предлогу.

Могућност побијања осуђујуће пресуде приговором представља преседан у нашем кривичном поступку. Осуђујућа пресуда се, до увођења ове процесне форме, могла побијати искључиво жалбом. Једно од основних постулата одлучивања по правном леку је такође нарушено, с обзиром да о приговору решава исти састав суда, који је донео побијану одлуку (члан 518. став 3. ЗКП). Судија се, приликом решавања по приговору, не упушта у испитивање основаности споразума. Окривљени, према томе, не може иницирати испитивање чињеничне основе пресуде, донете након рочишта за изрицање кривичне санкције.

Окривљени, који је присутан на рочишту за изрицање кривичне санкције, упозорава се да нема право на приговор, нити на жалбу, ако прихвати предлог јавног тужиоца (члан 516. став 2. ЗКП). Прихватањем предлога, окривљени се, *de facto*, одриче од права на правни лек. Поставља се, међутим, питање на који начин окривљени, који је био присутан на рочишту и сагласио се са предлогом јавног тужиоца, може побијати одлуку суда, која није у складу са сагласношћу. Може се догодити да судија изрекне другу врсту и меру кривичне санкције, у односу на предлог јавног тужиоца, са којим се сагласио окривљени. Према закону, окривљени нема право

побијања такве одлуке редовним правним леком, већ му стоји на располагању једино захтев за заштиту законитости.

С обзиром да је рочиште за изрицање кривичне санкције једна врста консенсуалне форме, може се прихватити став законодавца да се искључи могућност побијања чињеничне основе пресуде. Окривљени прихвата чињеничну основу, давањем признања о извршеном кривичном делу, или саглашавањем са предлогом врсте и мере кривичне санкције. Уколико, одлуком суда, дође до одступања од консензуса странака, тада отпада оправданост ускраћивања могућности побијања пресуде правним леком. Искључење права на жалбу је допуштено само у границама одрицања од тог права.⁷⁴² Прекорачење тих граница је нespoјиво на чланом 36. став 2. Устава и са гаранцијама из члана 2. Протокола 7 уз Европску конвенцију. Стога је неопходно, *de lege ferenda*, допустити могућност побијања пресуде, донете на основу рочишта за изрицање кривичне санкције, жалбом. У овом случају би странкама могла бити дата могућност суженог обима побијања пресуде, само у погледу одлуке о кривичној санкцији. Према томе, требало би омогућити побијање чињеничне основе пресуде, у делу који се односи на утврђивање чињеница, од којих зависи врста и мера кривичне санкције. На тај начин се не би одступило од интенције ефикасности кривичног поступка. Штавише, наведено решење би више ишло у прилог тој тенденцији. Уместо одређивања главног претреса у сумарном поступку, као последица усвајања приговора, поступак би ефикасније био окончан по изјављеној жалби.

23. Испитивање чињеничне основе одлуке суда донете на основу закљученог споразума о признању кривичног дела

Једна од консенсуалних форми за решавање кривичне ствари у нашем кривичном поступку је споразум о признању кривичног дела. Након што је споразум закључен између јавног тужиоца и окривљеног, следи судска контрола, чији исход може бити одбацивање, одбијање, или прихватање споразума. Жалба може бити изјављена само против одлуке суда (пресуде) којом прихвата споразум о признању кривичног дела, и то у ограниченом обиму, само услед постојања трајних сметњи за кривично гоњење, или ако се пресуда не односи на предмет споразума (члан 319. став 3. ЗКП). За изјављивање жалбе су овлашћени окривљени, и његов бранилац, као и

⁷⁴² Војислав Ђурђић, 2011, *op. cit.*, стр. 262.

јавни тужилац, док оштећени нема право жалбе, ни у ком случају. Иако је редукција опсега права на жалбу код споразума о признању кривичног дела препозната као допуштена у пракси Европског суда за људска права,⁷⁴³ потребно је размотрити, да ли је могуће испитивање чињеничне основе судске одлуке донете након закључења споразума о признању кривичног дела. Према одредбама процесног закона, могуће је само побијање чињеничне основе пресуде, којом суд прихвата споразум. Јавни тужилац, окривљени и бранилац могу побијати наведену пресуду, ако се не односи на предмет споразума, што значи да се странке не слажу са закључцима суда о постојању чињеница.

Решење којим се одбацује споразум суд ће донети, ако не садржи обавезне елементе, предвиђене у члану 314. став 1. ЗКП, као и услед неоправданог изостанка уредно позваног окривљеног са рочишта, на коме се одлучује о споразуму. У првом случају, може постојати спор о садржини споразума, те је оправдано допустити жалбу бар за јавног тужиоца, који сачињава споразум. У другом случају је могуће да је до изостанка окривљеног са рочишта дошло услед више силе, те је оправдано предвидети право на жалбу окривљеном и браниоцу, која би била поднета заједно са молбом за повраћај у пређашње стање.

Суд ће донети одбијајућу одлуку, у форми решења, ако утврди постојање неког од разлога који трајно искључују кривично гоњење, као и услед непостојања услова за законитост закљученог споразума (свесно и добровољно признање окривљеног, свест о последицама закљученог споразума, постојање других доказа, који нису у контрадикцији са признањем окривљеног и законито и правилно предложена кривична санкција). Мериторно одлучивање о закљученом споразуму о признању кривичног дела подразумева да суд утврђује чињенице, на којима је заснован. Суд утврђује чињенице на основу признања окривљеног, управо ценећи веродостојност датог признања. Осим тога, суд утврђује чињенице на основу других доказа, који морају бити у хармонији са датим признањем окривљеног. Најзад, суд утврђује чињенице, од којих зависи врста и мера кривичне санкције, ценећи правилност предложене кривичне санкције. У случају да суд донесе одбијајућу одлуку, потребно је предвидети право на иницирање испитивања чињеничне основе те одлуке, јер може доћи до неслагања странака са закључцима суда по питању постојања чињеница. Са друге стране, изјављивање жалбе јавног тужиоца на пресуду суда којом усваја споразум би могло

⁷⁴³ Видети: *Natsvlisvili and Togonidze v. Georgia*, app. no. 9043/05, § 98.

бити редуковано. Постојање трајних сметњи за кривично гоњење би као основ жалбе једино био оправдан у случају окривљеног, а не и јавног тужиоца, који у пракси никада неће ни изјављивати жалбу по том основу. Ако се, пак, пресуда не односи на предмет споразума, оправдано је предвиђено право на жалбу, којим се може иницирати испитивање чињеничне основе одлуке суда.

24. Испитивање чињеничне основе решења о изрицању мера безбедности обавезног психијатријског лечења

За изрицање ових мера безбедности предвиђена је посебна форма поступка⁷⁴⁴ (члан 522-532 ЗКП). Тај поступак се покреће, ако се у редовном или сумарном кривичном поступку појави сумња да је окривљени у време извршења кривичног дела био неурачунљив. У тој ситуацији ће јавни тужилац поднети суду предлог за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, или мере безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи, ако постоје услови за изрицање ових мера, предвиђени КЗ – ом (члан 522. став 1. ЗКП). Да би се неурачунљивом лицу изрекла мера безбедности обавезног лечења и чувања у здравственој установи, или на слободи, потребно је утврдити да је извршио противправно, у закону предвиђено дело. Другим речима, потребно је, са степеном извесности, утврдити извршење кривичног дела у објективном смислу. У овој ситуацији, посебан поступак иницира се предлогом за изрицање мере безбедности, који је, према слову закона такође оптужни акт (члан 2. тачка 10. ЗКП). Јавни тужилац може поднети суду предлог за изрицање мере безбедности и након подигнуте оптужнице, а пре почетка главног претреса. То је могуће, ако ванрасправно веће приликом испитивања оптужнице наложи допуну истраге прикупљањем и извођењем додатних доказа (члан 337. став 3. ЗКП). Према члану 526. став 4. ЗКП, ако суд утврди да је оптужени учинио противправно дело, као и да је у време извршења дела био неурачунљив, решењем⁷⁴⁵ ће изрећи једну од мера безбедности. Да би изрекао меру

⁷⁴⁴ У прилог тврдњи да је реч о посебном кривичном поступку говори измењена структура поступка, у односу на општу форму. У поступку за изрицање ових двеју мера безбедности изостају фазе претходног поступка. Овај поступак води се након отпочињања редовног или сумарног кривичног поступка (В. Ђурђић, 2011., *op. cit.*, стр 268). Исти став заступа и С. Бркић, *II.*, *op. cit.*, стр. 274 – 280.

⁷⁴⁵ Раније важећи ЗКП није прецизирао форму судске одлуке о изрицању мере безбедности (видети: члан 506. став 3. ЗКП из 2001. године).

безбедности, суд мора утврдити чињенице, које указују на извршење противправног дела, као и чињенице, на основу којих изводи закључак о неурачунљивости окривљеног.

Жалбу на решење о изрицању мере безбедности психијатријског лечења могу изјавити јавни тужилац, окривљени, бранилац и оштећени, у року од 8 дана од пријема решења (члан 528. ЗКП). У односу на општи рок за изјављивање жалбе, који износи три дана, законом је одређен дужи рок. Овај рок се поклапа са роком за изјављивање жалбе на пресуду у сумарном поступку. Новим процесним кодексом проширен је круг активно легитимисаних лица, у корист оштећеног, што је позитиван искорак, у погледу побољшања процесног положаја овог процесног субјекта. Једина дилема је, у ком опсегу оштећени има то право, ако је у претходно вођеном поступку био тужилац? Да ли може побијати решење по свим основима, аналогно праву на жалбу на пресуду, у поступку, у које је имао својство тужиоца. Сматрамо да би оштећени имао интерес да остварује сопствено право жалбе, у пуном опсегу, ако је у кривичном поступку био тужилац. Но, како је поступак за изрицање мере безбедности посебан поступак, у коме је једини овлашћени тужилац јавни тужилац, сматрамо да нема места аналогiji са ситуацијом када јавни тужилац преузме гоњење од оштећеног. У супротном, ако је оштећени био само учесник у поступку, он може жалбом побијати само одлуку суда о имовинскоправном захтеву. За побијање одлуке о трошковима поступка оштећени нема интерес, јер падају на терет буџета. Окривљени може изјавити жалбу самостално, јер изрицање мере безбедности не представља његово лишење пословне способности.⁷⁴⁶ Ако је окривљеном раније одузета пословна способност, жалбу на решење може изјавити његов бранилац, као и сва лица, која могу изјавити жалбу на пресуду, у корист окривљеног.⁷⁴⁷ На основу анализираних одредаба се може закључити да је законодавац, у овом поступку, омогућио преиспитивање чињеничне основе решења о изрицању мера безбедности.

Суд правног лека може жалбу на решење одбацити, одбити и усвојити. Ако усвоји жалбу, другостепени суд може преиначити решење или га укинути, и предмет вратити на поновно суђење, пред првостепеним судом. На главном претресу, у

⁷⁴⁶ Супротно: Н. Мрвић - Петровић, Кривичноправни положај лица са менталним поремећајима, Темида, бр. 3/2007., стр. 41 – 42.

⁷⁴⁷ У корист окривљеног жалбу могу изјавити његов брачни друг, лице са којим живи у ванбрачној или другој трајној заједници живота, сродници по крви у правој линији, законски заступник, усвојитељ, усвојеник, брат, сестра и хранитељ (члан 433. став 2. ЗКП).

поновљеном поступку, јавни тужилац може повући предлог за изрицање мере безбедности. У том случају, он има право подношења оптужнице, чиме ће иницирати покретање кривичног поступка. Ако је жалба била изјављена само у корист окривљеног, у том случају, неће бити повређена забрана *reformatio in peius*.⁷⁴⁸ С обзиром да другостепени суд може изменити првостепену пресуду, поставља се питање повреде забране *reformatio in peius*, у случају да суд правног лека изрекне меру безбедности. У судској пракси заузет је став да, у случају ако је жалба на пресуду првостепеног суда изјављена само у корист окривљеног, другостепени суд није овлашћен да изрекне било коју меру безбедности, која није изречена првостепеном пресудом.⁷⁴⁹ У супротном, постоји повреда забране *reformatio in peius*, без обзира на став окривљеног, да му погодује изрицање мере безбедности.⁷⁵⁰ Против правноснажног решења о изрицању мере безбедности могуће је изјављивање оба ванредна правна лека – захтева за понављање поступка и захтева за заштиту законитости. Према томе, чињенична основа решења о изрицању ових мера безбедности може бити испитивана у поступку по редовним и ванредним правним лековима.

25. Упоредноправни приказ испитивања чињеничне основе неправноснажне пресуде

25.1. Француска

Тренд знатног ограничења, или потпуног изостанка могућности побијања пресуде путем призива, успостављен након Другог светског рата, није заобишао ни Француску. У француском ЗКП-у из 1958. године призив није допуштен у поступку против судских одлука за злочине, у коме је надлежан суд асиза, састављен од троје судија по позиву и деветоро поротника. С обзиром на састав суда, сматра се да не би било оправдано да одлука буде преиспитивана од стране вишег суда, тј. да било какав састав суда не би пружао гаранцију за правилно суђење од састава суда асиза.⁷⁵¹ Са друге стране, призив је допуштен против одлука нижих судова, надлежних за преступе.

⁷⁴⁸ Кж. бр. 494/86, од 27. јуна 1986.

⁷⁴⁹ ВСС Кж I 949/83 од 11.11.1983. године.

⁷⁵⁰ Наведено према: Е. Ћоровић, Мере безбедности обавезног лечења алкохоличара и наркомана у кривичном праву – необјављена докторска дисертација, Нови Сад, 2010., стр. 179.

⁷⁵¹ Ивица Крамарић, *op. cit.*, стр. 33.

Тим правним леком могла се побијати чињенична и правна основица одлуке, у потпуности. Могућност побијања судских одлука само за лакша кривична дела је оштро критикован у теорији.⁷⁵² Претпоставка да су виши судови, који су надлежни за злочине непогрешиви, својеврстан је парадокс. Таквим уређењем пружа се виши ниво правне заштите учиниоцима лакших кривичних дела, а у потпуности онемогућава отклањање судских заблуда за злочине. Право вишег суда да преиначи првостепену пресуду, ако утврди другачије чињенично стање од првостепеног суда, иако је на расправи пред другостепеним судом начело контрадикторности било знатно редуковано, такође је представљало један од недостатака уређења француске апелације.

Према важећем ЗКП Француске,⁷⁵³ одлуке Корекционог трибунала (*tribunal correctionnel*) и Полицијског трибунала (*tribunal de police*) могу бити побијане путем апела. Реч је о судовима нижег степена, који суде за кривична дела, за која је предвиђена новчана казна (*tribunal de police*), и за кривична дела за која је предвиђена казна затвора до 10 година. О жалбама на одлуке ових судова решава апелациони суд (*cour d'appel*). Апел је потпун правни лек, којим се може побијати и чињенична и правна основица судске одлуке. Другостепени поступак је својеврсно понављање главног претреса, током којег се чињенице посебно преиспитују.⁷⁵⁴ Преиспитивање побијане пресуде може бити засновано на записницима о доказним радњама у првостепеном поступку, укључујући исказ окривљеног и сведока. Сведоци се, по правилу не испитују пред апелационим судом, а окривљени може бити саслушан, ако присуствује главном претресу. Према томе, реч је о преиспитивању чињеничне и правне основице првостепене пресуде у седници већа, на основу списка из првостепеног поступка.

За разлику од судских одлука за кривична дела, за која је прописана казна затвора до 10 година (преступи и иступи), која се могу побијати потпуним правним леком, тежа кривична дела (злочини⁷⁵⁵), за која је прописана казна затвора преко 10 година, и тежа казна, могу се побијати услед правних недостатака. Једини изузетак је

⁷⁵² Више о томе: Владимир Бајер, *Казнено поступовно право...*, op. cit., стр. 37.

⁷⁵³ Важећи ЗКП Француске усвојен је током 2000. Године, с циљем да ојача претпоставку невиности окривљеног. А ступио је на снагу током 2001. године.

⁷⁵⁴ Bron McKillop, *Review of Convictions after Jury Trials: The New French Jury Court of Appeal*, Sydney Law Review, vol 28, 2006, p. 346.

⁷⁵⁵ Више о специфичностима поступка за злочине, пресупе и иступе (*crimes, delit, contraventions*): Doris Jonas Freed, *Aspects of French Criminal Procedure*, Louisiana Law Review, nr. 4/1957, pp. 730-755.

правни лек ревизија (*revision*), којим се може побијати и чињенична основица, али само у одређеним случајевима. Један од њих је у случају осуђујуће пресуде за убиство, ако постоји довољно индиција да је жртва још жива. Остале ситуације су, ако накнадно неко од саучесника буде осуђен, затим осуђујућа пресуда против неког од сведока за давање лажног исказа против окривљеног, као и нови доказ довољан за сумњу у кривицу осуђеног. У тим случајевима Кривично веће касационог суда, након одржане јавне расправе, на основу извештаја комисије, која испитује основаност касације, ако нађе да је довољна основана, може пресуду да укине и да предмет врати на поновно суђење нижег суду истог степена, као суд који је донео побијану одлуку, али у потпуно другачијем саставу. Иако у случају ревизије Касациони суд испитује побијану одлуку у целости, по чињеничним и правним недостацима, због уског домаћаја овог правног лека, не може бити речи о могућности апелације на одлуке Суда асиза.⁷⁵⁶

Касацијом су се донедавно могле побијати одлуке Суда асиза, пред којим суди порота, само услед правних недостатака. Касациони суд одлучује само на основу списка, и у случају основаности касације, искључиво услед повреда права, укида пресуду и враћа предмет на поновно суђење. Од 2001. године је формиран Апелациони суд асиза (*cour d'assises d'appel*), који је надлежан да одлучује по апелима на одлуку поротног Суда асиза. Његовом формирању је претходила дуговремена расправа о моделу апелације за Суд асиза. Размимоилажења су постојала око врсте жалбеног суда. С обзиром да је реч о поротном суду, превладало је мишљење да апелациону власт треба дати у руке исто поротном суду. У односу на састав првостепеног суда, предложен је већи број поротника за апелациони суд (12 уместо 9), док број судија по позиву остаје исти (3). Коначно је формиран Апелациони суд асиза путем новеле француског ЗКП-а, из 2000. године. Њему је дато овлашћење да преиспита осуђујућу пресуду Суда асиза на новом главном претресу. Реч је о својеврсној „другој шанси“ за осуђеног, пред још једним поротним судом.⁷⁵⁷

По поднетој жалби осуђеног, не може бити изречена тежа кривична санкција. Право на изјављивање апела припада и тужиоцу, оштећеном, као и Врховном тужиоцу. Успех у поступку апелације резултира променом надлежног Суда асиза, коме се предмет шаље на поновни главни претрес. Реч је, дакле о суду, који настоји да у потпуности преиспита побијану пресуду, не позивајући се на списе предмета

⁷⁵⁶ Bron McKillop, op. Cit, стр. 347.

⁷⁵⁷ Bron McKillop, op. Cit, стр. 348.

првостепеног суда. Стога се може извести закључак да је поступак по апелу на пресуду Суда асиза суђење *de novo*. Главни претрес не почиње рапортом судије известиоца, иако се чита побијана пресуда.⁷⁵⁸ У односу на адверзијални поступак, где је више првних питања, које учестало треба решити у поступку по жалби, него што их има у континенталном поступку, можемо се сложити да је добро решење да по жалби на пресуду поротног суда решава исто поротни суд.

Систем апелације, који је у Француској установљен за тешка кривична дела може имати значајне импликације у пракси. За сведоке и окривљеног може бити проблем у одржању квалитета исказа, у односу на првостепени поступак, услед протеча времена. За жртве се јавља проблем потенцијалне секундарне виктимизације, услед поновног сведочења пред другостепеним судом. Практика Апелационог суда асиза је показала да су случајеви поштреног санкционисања чешћи неко ублажавање казне, ли потврђивање одлуке првостепеног суда. Као и у Суду асиза, велики број случајева се окончава осуђујућом пресудом. Тај број чини преко 90% случајева.

25.2. Белгија

Надлежност судова је у Белгији готово истоветна са француским системом. Судија појединац (*juge de police*) је надлежан за иступе, за преступе, који се третирају као иступи услед недостатка отежавајућих околности, као и за друга лакша кривична дела из члана 138. Закона о кривичном поступку.⁷⁵⁹ Судија појединац, или судеће веће Округног суда (*tribunal correctionnel*), суди за извршене преступе, злочине који се третирају као преступи, иступе који су повезани са преступима, као и за преступе и иступе извршене током суђења. Округни суд такође одлучује по жалби на одлуке Општинских судова (*tribunal de police*). Суд асиза је стварно надлежан за злочине, за политичка и кривична дела, учињена путем штампе, као и за преступе и иступе, повезане са злочинима.

Судећа већа су сачињена од председника већа и двоје чланова већа, као пороте дванаесторице. Порота самостално одлучује о кривици, а онда заједнички са позивним судијама о врсти и мери санкције. Одлуке Општинских судова се могу побијати жалбом о којој одлучује Округни суд. Против одлука окружних судова је могуће

⁷⁵⁸ Peter Marshall, op. cit., 22-23.

⁷⁵⁹ Code d'Instruction Criminelle, текст доступан на: <http://www.droitbelge.be/codes.asp#ins>, (приступ 18.02.2016. године).

изјавити жалбу Апелационом суду, као и касациону жалбу (*pourvoi en cassation*). Одлуке Суда асиза могуће је побијати само касационом жалбом. Жалба је потпун правни лек, којим се може побијати одлука суда услед чињеничних и правних недостатака. Касациона жалба се може изјавити због правних недостатака. Усвајање овог правног лека доводи до укидања пресуде и новог суђења пред првостепеним судом. За разлику од Француске, где је након новелирања процесног закона омогућено побијање одлуке поротног суда жалбом, у Белгији то није могуће. Пресуде суда Асиза је могуће побијати само касационом жалбом, због повреде материјалног права или правила поступка.

25.3. Немачка

Немачки кривични поступак познаје три правна лека, жалбу услед чињеничних и правних недостатака (*Berufung*), жалбу услед правних недостатака (*Revision*), као и приговор (*Beschwerde*). Сва три правна лека имају деволутивно и, по правилу, суспензивно дејство. Право на жалбу услед чињеничних и правних недостатака пресуде је изричито прописано у члану 312. немачког ЗКП-а, и то како на одлуке већа позивних судија, тако и на одлуке мешовитих већа.⁷⁶⁰ Реч је о одлукама основног суда (*das Amstgericht*), који доноси одлуке у једној форми инокосног састава, пред судијом појединцем (*das Amsgericht*), и у мешовитом већу (*das Schöffengericht*), које је састављено од судије појединца и два поротника.

Право на изјављивање жалбе припада обема странкама, браниоцу окривљеног, законском заступнику, приватном и узредном тужиоцу, док оштећени, који је истакао имовинскоправни захтев, нема то право. Судска пракса је изградила становиште да право на изјављивање жалбе имају само они процесни субјекти, који су доношењем пресуде претрпели непосредну штету (*die Bichwer*),⁷⁶¹ односно потребно је да на страни овлашћеног лица постоји легитимни интерес за изјављивање жалбе.⁷⁶² Образложење жалбе није обавезан елемент жалбе, те ако није наведено, пресуда се испитује у целисти и другостепени поступак је суђење *de novo*. Ако је жалба образложена, суд је везан тим наводима, приликом испитивања првостепене пресуде. То доводи до

⁷⁶⁰ Code of Criminal Procedure in the version published on 7 April 1987 (Federal Law Gazette [*Bundesgesetzblatt*] Part I p. 1074, 1319), as most recently amended by Article 3 of the Act of 23 April 2014 (Federal Law Gazette Part I p. 410). Текст доступан на: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html, приступ: 4.2.2017. године.

⁷⁶¹ Горан Илић, *Границе...*, op. cit, стр. 67.

⁷⁶² Mathias Reimann, Joachim Zekoll, *Introduction to German law*, Kluwer Law International, cop. 2005, p. 446.

ограничења жалбе, које се односи и на тзв. двоструко релевантне чињенице, које су правно важне за одлуку о кривици и за одлуку о казни. Процесна последица ограничења је да суд не може изменити утврђену одлуку о постојању кривице, ако је реч о непобијаном делу пресуде, већ само може ублажити казну.⁷⁶³ Делотворно ограничење жалбе се у теорији критикује, посебно у случају да суд правног лека, приликом испитивања побијане пресуде, закључи да је одлука о кривици неправилна.⁷⁶⁴

О жалби одлучује мало, или велико велико веће земаљског суда. О жалби на одлуку судије појединца основног суда одлучује мало веће земаљског суда, састављено од једног судије по позиву и двоје поротника. На тај начин је установљена могућност да о побијаној пресуди функционалног састава суда по позиву одлучује мешовито веће.⁷⁶⁵ О жалби на одлуку мешовитог већа основног суда одлучује велико веће земаљског суда, састављено од двоје судија по позиву и троје поротника. Уколико не одбаци жалбу као недопуштену, мало или велико веће земаљског суда ће заказати главни претрес, на коме се могу предлагати нови докази (члан 323. став 3. немачког ЗКП). Жалбени суд је овлашћен на прикупља и изводи све доказе, како би донео правилну и закониту одлуку.⁷⁶⁶ Уколико другостепени суд другачије утврди чињенично стање, укинуће првостепену пресуду и сам ће одлучити у меритуму. Укидање пресуде и враћање предмета на поновно суђење је могуће само услед повреда одредаба кривичног поступка, иако и у том случају другостепени суд може донети сопствену мериторну одлуку, ако је стање ствари у довољној мери разјашњено.

За разлику од жалбе (призива), ревизија се може изјавити против одлука свих судова, као и против одлука донетих по жалби на пресуду основног суда (члан 333. немачког ЗКП). Ревизија се може изјавити само услед правних недостатака. То обухвата повреду материјалног права⁷⁶⁷ и повреду одредаба поступка. Повреде права постоје када нека правна норма није примењена, или је погрешно примењена (члан 337. став 2. немачког ЗКП). Повреде одредаба кривичног поступка се деле на апсолутне и релативне. Код апсолутних је претпостављен утицај на незаконитост

⁷⁶³ *Ibidem.*

⁷⁶⁴ Claus Roxin, *Strafverfahrenrecht*, München, 1985, стр. 385-386.

⁷⁶⁵ Volker Krey, *Speech: Characteristic Features of German Criminal Proceedings—An Alternative to the Criminal Procedure Law of the United States?*, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 591/1999, p. 602

⁷⁶⁶ Peter Marshal, *op. cit.*, стр. 23.

⁷⁶⁷ Према ставу судске праксе, под појмом право схвата се и обичајно, као и међународно право (Горан Илић, *op. cit.*, стр. 72.

пресуде, док се код релативних тај утицај утврђује у поступку по ревизији. То значи да је за одлуке основних судова могуће суђење у другом и трећем степену, по жалби и ревизији, док је за тежа кривична дела, за која је надлежан окружни суд могуће само другостепено суђење, и то само по основу повреда права.⁷⁶⁸ С обзиром да је допуштена против одлука свих судова, пресуде основног суда је могуће побијати ревизијом, без претходног изјављивања жалбе. Такво побијање пресуде се у немачкој теорији назива „ревизија на скок“ (*die Sprungrevision*).

Немачки процесни закон је изричит да се путем ревизије не може побијати чињенична основа кривичне пресуде. Позивање на манљивост у изведеним доказима и на тачност утврђеног чињеничног стања доводи до одбацивања ревизије. Дозвољено је, ипак, позивање на кршење правила мишљења и логике, и закона искуства, приликом примене права на утврђене чињенице. Осим тога, у ревизији се могу наводити празнине у утврђеном чињеничном стању, услед чега је дошло до повреде права, као и да ноторне чињенице нису уважене, са истим последицама.⁷⁶⁹

У највећем броју случају, у поступку по ревизији, побијана пресуда се укида и предмет се враћа на поновно суђење. Ревизиони суд може одржати и главни претрес, након чега може укинути нападнуту пресуду. Приликом укидања пресуде, ако су утврђене правне повреде утицале на утврђене чињенице, суд ће укинути и чињенице, на којима се заснива побијана пресуда (члан 353. став 2. немачког ЗКП). У том случају се обавезно одређује поновно суђење другог суда, или већа истог суда. Ревизиони суд може мериторно одлучити када је на основу утврђеног чињеничног стања могуће донети одлуку у корист окривљеног. У пракси немачких судова око 15% пресуда се побија ревизијом, и то најчешће од стране одбране. Нешто више од 20% изјављених ревизија исходује поновним суђењем.⁷⁷⁰

Немачки кривични поступак дуго баштини усвојене темељне принципе и тешко их се одриче, а реформа кривичне процедуре не дира у укорењена схватања и темеље, на којима је заснована. Тако је и са могућношћу преиспитивања одлука судова. Дуго опстаје схватање да је за лакша дела опортуно допустити свеобухватну чињенично-правну евалуацију пресуде, а за тежа кривична дела само услед правних недостатака. Теоријско оправдање се може сублимирати у два кључна аргумента. Кривични

⁷⁶⁸ Richard Frase, Thomas Weigend, German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: Similar Problems, Better Solutions?, Boston College International and Comparative Law Review, Issue 2, 1995, p. 348.

⁷⁶⁹ Горан Илић, *op. cit.*, стр. 72.

⁷⁷⁰ Richard Frase, Thomas Weigend, *op. cit.*, стр. 349.

поступак за лакша кривична дела је по природи сумаран, а окривљени се често лично брани, па постоји опасност да суд не буде темељан приликом формирања чињеничне и правне базе пресуде. Са друге стране, велики број ових поступака се одвија пред судијом појединцем, те постоји потреба да одлука о кривици не буде препуштена једноме, већ да се пружи прилика странкама да о њиховим захтевима и о донетој пресуди одлучује још један, зборни састав суда.⁷⁷¹

На основу уставних одредби као и Закона о организацији судова, установљена је судска надлежност, која је подељена у четири нивоа. Структуру редовних судова чине окружни судови, регионални судови, апелациони и врховни суд. Окружни судови (*Bezirksgerichte*) су надлежни за кривична дела, за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до 12 месеци (*Vergehen*). Функционална надлежност за лакша кривична дела је поверена судији појединцу. Регионални судови (*Landesgerichte*) су надлежни за кривична дела, која нису у надлежности окружних. Према томе, стварна надлежност регионалних судова обухвата кривична дела са запређеном казном затвора изнад 12 месеци. За кривична дела са прописаном казном од 1 до 5 година функционално је надлежан псудија појединац. За кривична дела са предвиђеном казном преко 5 година надлежно је мешовито веће (*Schöffengericht*), састављено од двоје судија по позиву и двоје поротника. Судаће веће одлучује о чињеничним и правним питањима. За најтежа кривична дела, са запређеном казном затвора од најмање 5 година до преко 10 година, надлежна је порота, састављена од 8 чланова, која доноси одлуку о кривици. Три судије по позиву имају улогу супервизора пороте. Регионални суд је, такође, надлежан за одлучивање по жалби на одлуку окружних судова. Апелациони суд је другостепени суд, и самим тим, највиши суд, који доноси коначну одлуку. Он одлучује по жалби на одлуку регионалних судова. У кривичним стварима одлучује у већу од троје судија. Врховни суд одлучује о жалбама на одлуке мешовитог већа и поротног већа. Такође је реч о суду последње и највише инстанце, који одлучује у већу састављеном од петоро судија.

25.4. Аустрија

Жалба на одлуке окружног суда и судије појединца регионалног суда је допуштена услед чињеничних и правних недостатака. Према члану 464 и члану 489.

⁷⁷¹ John Langbein, Comparative criminal procedure: Germany, West Pub. co., 1977, pp. 78- 79, 83-84.

Закона о кривичном поступку Аустрије⁷⁷² (“Strafprozeßordnung”, у даљем тексту: StPO) жалбу је могуће изјавити услед недостатака приликом доношења одлуке о кривици, услед погрешне примене права, неправилне врсте и мере изречене санкције, као и одлуке о приватноправном потраживању. С обзиром да је реч о потпуном правном леку, који доводи до суђења *de novo*, на основу жалбе долази до новог суђења пред другостепеним судом. Том приликом постоји ограничење да се расправља о питањима, наведеним у жалби. То важи како за окружни суд, када поступа као другостепени, тако и за апелациони, који је другостепени суд за регионалне судове.

Аустријски систем правних лекова је заснован на двостепености. У члану 295. став 3. и члану 479. StPO јасно је прописано да не постоји правни лек на одлуке другостепених судова. За разлику од тога, у парничном поступку је могуће трећестепено суђење. У кривичном поступку суђење у трећем степену није могуће, ни у случају да је чињенично стање у поступку по жалби утврђено другачије, што је довело до другачије правне оцене.⁷⁷³ Насупрот одлука судије појединца, пресуде мешовитог већа и поротног већа могу бити побијане само услед повреда материјалног права, или озбиљних повреда одредаба поступка (члан 281. став 1. StPO). Стварни недостаци нису основ жалбе на одлуке зборног састава у аустријском кривичном поступку. Жалба на пресуде мешовитог већа и пороте често се означава као ништавна, стога што доводи до враћања предмета на поновно суђење првостепеном суду, када се утврди постојање повреда процесног права. Она има суспензивно дејство. Другостепени суд (Врховни суд) одлучује након одржане расправе, на којој може донети и мериторну одлуку, ако утврди постојање повреда материјалног права. Осим тога, одлуке већа и пороте могу бити побијане жалбом и услед врсте и мере изречене санкције (члан 283. StPO). То је тзв. редовна жалба (*Strafberufung*), о којој одлучује Апелациони суд, у поступку сличном ономе пред Врховним судом. У овом поступку могу бити презентовани нови докази, ако се жалилац на њих позвао у жалби.

25.5. Русија

Првостепена надлежност кривичног суда у Русији је подељена тако да је за кривична дела са запрећеном казном затвора до три године, осим таксативно

⁷⁷² Федерални правни гласник, No. 631/1975, са амандманима.

⁷⁷³ A Concise Overview of the Austrian Legal System, стр. 12, Текст доступан на: http://ilac.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/project_ilac/Publikationen/AustrianLegalSystem.pdf, приступ 12.02.2017. године.

наведених, стварно надлежан мировни судија. Тежа кривична дела су у надлежности судије појединца суда опште надлежности, затим већа сачињеног од једног судије и 12 поротника⁷⁷⁴, као и већа од троје судија по позиву, која су надлежна за посебно тешка кривична дела.

У руском кривичном поступку пресуде првостепеног суда се могу побијати са два правна лека. Првостепене пресуде судије појединца је могуће побијати апелационом жалбом, а осталих судова, касационом жалбом. У првом случају о побијаној пресуди се решава у апелационом поступку, а у другом, у касационом поступку. Право на изјављивање правних лекова припада странкама, браниоцу окривљеног, оштећеном и његовом законском заступнику. Право на жалбу припада и приватном тужиоцу и туженом, с тим што приватни тужилац може побијати пресуду само у делу, који се тиче грађанске тужбе (члан 354. став 4. и 5. руског Закона о кривичном поступку,⁷⁷⁵ у даљем тексту: УПК). У члану 361. УПК недвосмислено је стипулисано да се у апелационом поступку испитује законитост, утемељеност и праведност санкције, што значи да се у другостепеном поступку испитује и основаност и законитост пресуде, односно чињенична и правна основица судске одлуке. Законитост пресуде означава заснованост на одредбама кривичног закона и процесног закона. Основаност значи да је суд утемељио пресуду на утврђеним чињеницама и изведеним доказима. Правичност обавезује суд да непристрасно реши кривичну ствар.⁷⁷⁶ Касациони суд такође има овлашћење да испитује законитост, утемељеност и праведност одлуке о санкцији.

Основи апелационе жалбе су прописани у члану 369. став 1. УПК. Жалба се може изјавити услед несклада између закључака суда, изражених у диспозитиву пресуде, и чињеница конкретног случаја. Другим речима, жалба може бити изјављена услед недостатака у утврђеном чињеничном стању. Осим тога, жалба може бити изјављена услед повреда материјалног и процесног права, као и услед неправедности примењене санкције, те је јасно да је реч о потпуном правном леку. Касациона жалба

⁷⁷⁴ Установа пороте, која је и раније постојала у руском кривичном поступку, враћена је најпре експериментално, са усвајањем измена процесног закона 1993. године, а затим и на институционално 2001. године. Да би се окривљеном могло судити пред поротом, мора затражити такву могућност, јер је реч о његовом праву (Вељко Турањањин, Увођење адверсарног система у Русији кроз приказ два најважнија института – пороту и споразум о признању кривице, Гласник права, бр. 3/2011, текст доступан на: <http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/615.htm>, приступ: 13.02.2017. године).

⁷⁷⁵ No. 174-FZ of december 18, 2001 (with the Amendments and Additions of May 29, July 24, 25, October 31, 2002, June 30, July 4, 7, December 8, 2003, April 22, June 29, December 2, 28, 2004, June 1, 2005).

⁷⁷⁶ Горан Илић, *op. cit.*, стр. 74.

може бити изјављена услед дискрепанце између чињеница конкретног случаја и закључака које је суд извео из утврђених чињеница. Као и жалба, представка може бити изјављена због повреда материјалног кривичног права, одредаба поступка и услед неправичне пресуде (члан 379. став 1. УПК).

Апелациона жалба се подноси окружном суду. Поступак по овом правном леку је суђење *de novo*, те је могуће преиспитивање изведених доказа, као и извођење нових доказа, којима се утврђују чињенице (члан 365. УПК). Могуће одлуке апелационог суда су одбијање жалбе и потврђивање пресуде, укидање осуђујуће пресуде и доношење ослобађајуће, укидање ослобађајуће пресуде и доношење осуђујуће⁷⁷⁷, као и преиначење првостепене пресуде. О касационој жалби одлуку доносе врховни суд, покрајински судови, судови града федералног значаја, судови аутономне области, или аутономног округа. Касациони суд одлучује на основу одржаног претреса, на коме може да испита доказну утемељеност побијане пресуде (члан 377. став 4. УПК). Исход касационог поступка може бити потврђивање пресуде, преиначење, обустава поступка, као и укидање пресуде и враћање предмета на поновно суђење.

25.6. Италија

Суђење у првом степену, у Италији је поверено трибуналима (*tribunale*) и судовима асиза (*corte di assize*). Суд асиза је стварно надлежан за најтежа кривична дела, за која је прописана казна доживотног затвора, или казна затвора преко 24 године, као и кривична дела са прописаном манјом казном затвора, која су таксативно наведена (члан 5. став 1. италијанског Закона о кривичном поступку⁷⁷⁸). Судања већа суда асиза су састављена од двоје судија по позиву, од којих је један председник већа и шесторо поротника. Трибунали су стварно надлежни за кривична дела, која нису у надлежности суда асиза. Стварна надлежност суда у зборном саставу је одређена системом енумерације. Ту спадају кривична дела таксативно набројана у члану 33 бис италијанског Закона о кривичном поступку. Судања већа трибунала су састављена од троје позивних судија. У надлежности судије појединца су кривична дела, која нису у надлежности суда у зборном саставу. Кривична дела за која је прописана новчана

⁷⁷⁷ Оваква могућност је могућа само на основу жалбе тужиоца, с обзиром да по жалби окривљеног важи забрана преиначења на горе.

⁷⁷⁸ Codice di procedura Penale, tekst dostupan na: <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, pristup: 20.02.2017. godine.

казна, или казна затвора до четири године, као и кривична дела са прописаном тежом казном, таксативно наведена, у надлежности су судије појединца (*praetor*).⁷⁷⁹

Другостепени судови су апелациони суд, који одлучује о жалбама на одлуке трибунала, у трочланом већу позивних судија и апелациони суд асиза, који доноси одлуке по жалби на пресуде суда асиза, који одлучује у већу сачињеном од председника и једног судије, као и шесторо поротника. Касациони суд је надлежан за испитивање законитости судских одлука, по поднетим касационим жалбама. Он одлучује у већу од петоро судија. Касациони суд се стара о поштовању и јединственој интерпретацији права, јединству права и о поштовању граница надлежности између различитих инстанци.⁷⁸⁰

Италијански кривични поступак садржи два редовна правна лека, призив и касациону жалбу. Призив је потпуни правни лек, којим се може побијати првостепена судска одлука услед погрешне примене права и неправилне одлуке о оптужби. Окривљени не може изјавити жалбу против ослобађајуће пресуде, осуђујуће пресуде, којом је изречена новчана казна, ни против пресуде да нема места поступању. Државни тужилац не може изјавити призив против осуђујуће пресуде, осим ако у донетој пресуди суд није изменио правну квалификацију (члан 443. став 3. италијанског ЗКП). Другостепени суд може донети одлуку о призиву у седници већа и на главном претресу. Ако се призивом не оспорава одлука о кривици, одлука ће бити донета у седници већа. У супротном се о призиву одлучује на претресу пред другостепеним судом. На расправи пред другостепеним судом је могуће извођење нових доказа, или извођење доказа, које је већ извео првостепени суд. С тим циљем се може отворити расправна истрага, као пред првостепеним судом (члан 603. италијанског ЗКП). Зависно од основа ништавости, другостепени суд може донети одлуку о обнављању поступка, обнављању доказних радњи, које су проглашене ништавим, слање списка предмета првостепеном суду, повраћај у пређашње стање, потврђивању или преиначењу пресуде.⁷⁸¹

Касационом жалбом је могуће побијати пресуде првостепених судова против којих није могуће изјавити призив, или непосредну касациону жалбу, као и пресуде апелационих судов. Основи касационе жалбе су изостанак примене, или погрешна примена, или прекорачење овлашћења приликом примене кривичног закона,

⁷⁷⁹ Mireille Delmas-Marty, J.R.Spencer, op. cit, стр. 355.

⁷⁸⁰ Mireille Delmas-Marty, J.R.Spencer, op. cit, стр. 356.

⁷⁸¹ Берислав Павишић, *Талијански казнени поступак*, Ријека, 2002, стр. 252-253.

непримењивање одредаба кривичног поступка, изостанак извођења одлучујућег доказа, као и изостанак образложења пресуде и нелогичности у том делу пресуде (члан 606. италијанског ЗКП). Касациона жалба је, према томе, правни лек, којим се осигурава јединствено тумачење и примена закона. Њоме се, номинално, не може побијати стварна основица судске одлуке. Имајући, међутим, у виду основ, који се састоји у неизвођењу одлучујућег доказа, то није ништа друго, већ непотпуно утврђено чињенично стање. Да би Касациони суд утврдио непостојање доказа, мора извршити евалуацију чињеничног стања, односно осталих изведених доказа. Касациони суд доноси одлуку у седници већа кад одлучује о допуштености жалбе и када одлучује о жалби на одлуку која није донета након главног претреса. У супротном, Касациони суд одлучује на главном претресу, који је јаван. У члану 619. италијанског ЗКП је предвиђено да Касациони суд може да исправи пресуду ако је казна погрешно одмерена или урачуната, као и када су одредбе закона погрешно означене. Осим тога, пресуда се исправља ако је донет нови закон, повољнији по окривљеног, те ако нема потребе за извођењем нових доказа. Ако није потребно спровођење новог суђења, Касациони суд може поништити пресуду без враћања (члан 620. италијанског ЗКП). Реч је о постојању процесних сметњи, попут ненадлежности, прекорачења овлашћења, заблуди о особи итд. Најзад, Касациони суд може поништити пресуду и вратити предмет на поновно суђење (члан 621. италијанског ЗКП). Приликом укидања пресуде, Касациони суд може о неким тачкама пресуде самостално одлучити. У том делу пресуда која буде донета након поновног суђења не може бити побијана жалбом. Истовремено са поништењем пресуде, Касациони суд доноси тзв. начело права, кога се нижестепени суд мора придржавати.⁷⁸²

25.7. Румунија

Законик о кривичном поступку Румуније, који је ступио на снагу 1. фебруара 2014. године,⁷⁸³ представља окончање реформских захвата пост-комунистичких

⁷⁸² Берислав Павишић, *Талијански...*, op. cit, стр. 254.

⁷⁸³ Official Gazette of Romania (O.G. no. 486 on July 15, 2010 and came into force on the 1st of February 2014 by Law no. 255/2013 published in the Official Gazette of Romania no. 515 on the 14th of August 2013 as further amended and supplemented successively by Law no. 255/2013 for the implementation of the Criminal Procedure Code (Official Gazette of Romania no. 515 published on the 14th of August 2013), Government Emergency Ordinance (G.E.O.) no. 3/2014 implementing Law no. 135/2010 and other acts (Official Gazette no. 98 published on the 7th of February 2014), Decision no. 599/2014 of the Constitutional Court of Romania regarding the exception of unconstitutionality of art. 38 para. (1), letter f) and art. 341, para. (5) -(8) of the Criminal Procedure Code (Official Gazette no. 886 published on the 5th of December, 2014), Decision no. 641/2014 of the Constitutional Court of Romania

држава. Једина из те групе држава, Румунија је одржала на снази стари процесни закон из 1969. године, који је важио скоро пуних 45 година. Од усвајања до ступања на снагу новог закона су прошле четири године, јер је закон о имплементацији, након вишекратног одлагања, био усвојен тек 2013. године. Овај закон се у научним круговима и након усвајања карактерише као контроверзан.⁷⁸⁴

Жалба на пресуду је редован правни лек, који може бити изјављен у року од 10 дана, од достављања странкама (члан 410. ЗКП Румуније). Реч је о суспензивном, деволутивниом и потпуном правном леку. У жалби се могу наводити нове чињенице и нови докази (члан 420. став 5. ЗКП Румуније). Апелациони суд је овлашћен да утврђује чињенице, као и да врши сопствену оцену доказа (члан 420. став 9. ЗКП). Исход поступка може бити одбијање жалбе и потврђивање побијане одлуке, усвајање жалбе, укидање побијане пресуде и доношење нове пресуде, као и усвајање жалбе, укидање пресуде и враћање пресуде на поновно суђење. Апелациони суд је, дакле, овлашћен да утврђује чињенице и да након претреса доноси сопствену пресуду. Претрес пред апелационим судом представља у свему суђење *de novo*. Одржава се у присуству окривљеног. Окривљени се саслушава, изводе се докази, а одлука доноси на основу утврђених чињеница на претресу пред апелационим судом. Са друге стране, враћање предмета на поновно суђење се најчешће одређује због процедуралних грешака (примера ради: ако је главни претрес одржан у одсуству странака, које нису биле уредно позване) или ако је побијану пресуду донео суд који није имао јурисдикцију.⁷⁸⁵

25.8. Бугарска

Бугарски Закон о кривичном поступку је ступио на снагу 29. априла 2006. године.⁷⁸⁶ Неправноснажна судска одлука се може побијати жалбом, која је редовни,

regarding the exception of unconstitutionality of art. 344, para. (4), 345, 346 para. (1) and art. 347 of the Criminal Procedure Code (Official Gazette no. 887 published on December 5, 2014), G.E.O no. 82/2014 amending and supplementing Law no. 135/2010 on the Criminal Procedure Code (Official Gazette no. 911 published on the 15th of December, 2014), Decision no. 712/2014 of the Constitutional Court of Romania regarding the exception of unconstitutionality of art. 211-217 of the Criminal Procedure Code (Official Gazette no. 33 published on the 15th of January 2015), Decision no. 663/2014 of the Constitutional Court of Romania regarding the exception of unconstitutionality of art. 339-348 of the Criminal Procedure Code (Official Gazette no. 52 published on the 22nd of January 2015).

⁷⁸⁴ Више о томе: Flavio Ciopek, Magdalena Roibu, The New Romanian Code of Criminal Procedure: Cosmetics or Surgery, стр. 1, текст доступан на: http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2016/02/inter_the_Romanian_Code_2016.pdf, приступ: 29.08.2017. године.

⁷⁸⁵ Flavio Ciopek, Magdalena Roibu, op. cit, стр. 9.

⁷⁸⁶ Prom. SG. 83/18 Oct 2005, amend. SG. 46/12 Jun 2007, amend. SG. 109/20 Dec 2007, amend. SG. 69/5 Aug 2008, amend. SG. 109/23 Dec 2008, amend. SG. 12/13 Feb 2009, amend. SG. 27/10 Apr 2009, amend. SG. 32/28 Apr 2009, amend. SG. 33/30 Apr 2009, amend. SG. 15/23 Feb 2010, amend. SG. 32/27 Apr 2010, amend.

потпун, суспензивни и деволутивни правни лек. Апелациони суд може утврђивати нове чињенице (члан 316. ЗКП Бугарске). Поступак по жалби је факултативан и зависи од захтева тужиоца и странака. Тужилац може изјавити жалбу, ако сматра да је пресуда неправилна. Окривљени може побијати све делове пресуде, такође само у делу о разлозима и основима за доношење осуђујуће пресуде. Приватни тужилац може побијати пресуду само у складу са сопственим граваменом. Оштећени може побијати пресуду само у делу одлуке о грађанском захтеву, и само уколико су му на тај начин интереси нарушени (члан 318. ЗКП Бугарске).

Првостепени суд, који је донео одлуку, одлучује најпре о допуштености жалбе. Ако је жалба допуштена, доставља се апелационом суду. Апелациони суд у седници већа одлучује о допуштености предложених доказа. У поступку пред жалбеним судом може доћи до саслушања окривљеног, сведока и вештака, иако су испитани на главном претресу у првостепеном поступку, нових сведока и вештака, као и извођења писаних доказа, ако то може бити од значаја за доношење правилне одлуке. Након претреса пред апелационим судом, може бити донето неколико одлука. Апелациони суд може укинути пресуду и предмет вратити на ново суђење првостепеном суду, укинути пресуду и донети нову пресуду, преиначити побијану пресуду, укинути пресуду и обуставити кривични поступак, прекинути поступак и потврдити побијану пресуду (члан 334. ЗКП Бугарске). До укидања пресуде и поновног суђења ће доћи ако је у претходном поступку начињена повреда поступка, којом су повређена права одбране. Поступак се, такође, враћа у фазу пре почетка главног претреса, ако је поступак вођен по приватној тужби, а реч је о кривичном делу које се гони по службеној дужности. Пресуда ће бити укинута и враћена у фазу главног претреса, ако је у првостепеном поступку начињена битна повреда одредаба кривичног поступка, осим ако апелациони суд може да је отклони, или би била неоткоњива на новом суђењу. Апелациони суд ће укинути пресуду и донети нову пресуду, ако из утврђених чињеница произлази кривично дело са строжом кривичном санкцијом, ако изриче осуђујућу, уместо ослобађајуће пресуде, или ако уместо осуђујуће доноси ослобађајућу пресуду (члан 336. став 1. ЗКП Бугарске). Жалбени суд може преиначити побијану пресуду тако што ће ублажити казну, применити закон за исто кривично дело са једнаком или лакшом кривичном санкцијом, ослободити окривљеног од казне, или кривичне одговорности.

Ако је изјављена жалба овлашћеног тужиоца, апелациони суд може повећати казну, или опозвати одлуку којом се окривљени ослобађа од казне. Суд правног лека ће потврдити пресуду, ако нема основа за њено укидање, или преиначење (члан 338. ЗКП Бугарске). Као и у румунском кривичном поступку, нема укидања пресуде и враћања предмета на поновно суђење пред првостепеним судом, ради отклањања чињеничних недостатака. Чињенице се утврђују на претресу пред апелационим судом. Законодавац је концентрисао утврђивање чињеница на тај претрес, чиме се избегава укидање и враћање на поновно суђење пред првостепеним судом. Кривични поступак Бугарске поседује још један редовни правни лек. То је касацијска жалба, којом се може побијати само правна основица пресуде, услед повреде права, повреда поступка, или неправичне одлуке о кривичној санкцији (члан 348. ЗКП Бугарске).

25.9. Босна и Херцеговина

Кривично законодавство у Босни и Херцеговини се одликује плуралитетом правних извора. На територији ове државе егзистира четири процесна закона, Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине,⁷⁸⁷ Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине,⁷⁸⁸ Закон о кривичном поступку Брчко дистрикта,⁷⁸⁹ и Законик о кривичном поступку Републике Српске⁷⁹⁰. Законске одредбе о бројним питањима у кривичном поступку, па тако и о правним лековима, нису уједначене. До 2003. године се међу законима разликовао чак и број редовних правних лекова. Новелацијом процесних закона, након 2003. године, усклађен је њихов број, тако да су редовни правни лекови у свим законима у Босни и Херцеговини жалба на пресуду првостепеног суда, жалба на пресуду другостепеног суда и жалба на решење.

Жалба на пресуду се може изјавити против првостепених одлука општинских и кантоналних судова у Федерацији БиХ, основног и апелационог суда у Брчко дистрикту, основних и окружних судова у Републици Српској, те против првостепених пресуда суда Босне и Херцеговине. Жалба на пресуду првостепеног суда је уређена као деволутиван, суспензиван и потпун правни лек, којим се првостепена пресуда може побијати у погледу чињеничног стања и повреда материјалног и процесног права. За

⁷⁸⁷ "Службени гласник БиХ" бр. 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09 и 16/09, 93/09 и 72/13, у даљем тексту: ЗКП БиХ.

⁷⁸⁸ „Службене новине ФБиХ“, бр. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 и 59/14, у даљем тексту: ЗКП ФБиХ

⁷⁸⁹ „Службени гласник Брчко дистрикта“, бр. 33/13 и 27/14, у даљем тексту: ЗКП БДБиХ

⁷⁹⁰ „Службени гласник Републике Српске“, број: 50/03, 111/04, 115/04, 29/07, 68/07, 119/08, 55/09, 80/09, 88/09 92/09, 100/09 и 53/12, у даљем тексту: ЗКП РСБиХ

разлику од претходно важећих процесних закона, након усвајања законика из 2003. године, било је прописано обавезно одржавање главног претреса пред другостепеним судом, након укидања првостепене пресуде, без могућности враћања предмета на поновно суђење.⁷⁹¹ Ипак, новелацијом ЗКП Републике Српске, 2012. године, ЗКП Федерације БиХ, 2013. године као и ЗКП Брчко дистрикта, 2014. године, враћено је овлашћење да се предмет врати на поновно суђење, ако је због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања потребно поновно одржавање претреса пред првостепеним судом (члан 329. став 1. ЗКП РС, члан 330. став 1. ЗКП ФБиХ, члан 315. ЗКП БД). Ако је пресуда једном већ била укинута, не постоји овлашћење поновног враћања предмета на поновно суђење, већ обавеза да се одржи главни претрес пред другостепеним судом (члан 324. став 2. ЗКП РС). Овакву одредбу садржи и ЗКП ФБиХ, у члану 325. став 2, као и ЗКПБД у члану 310. став 2. Претрес пред другостепеним судом ће се одржати само ако је потребно извођење нових доказа, или поновно извођење раније изведених доказа, и ако постоје оправдани разлози да се предмет не врати на поновно суђење (члан 319. став 3. ЗКП РС, члан 330. став 1. ЗКП ФБиХ, члан 305. став 3. ЗКП БД). У погледу регулисања тока претреса пред другостепеним судом, ова два процесна закона се разликују. Док у ЗКПРС преовлађују инквизиторски елементи, са наглашеном улогом судије известиоца, у ЗКПФБиХ главни претрес пред другостепеним судом има адверзијални карактер.⁷⁹² Супротно од ентитетских процесних закона, у ЗКП БиХ је задржана одредба, којом је наложена обавеза да се након укидања првостепене пресуде одржи претрес пред другостепеним судом, без овлашћења враћања предмета на поновно суђење (члан 315. став 1. ЗКП БиХ). Та могућност постоји у случају потребе извођења нових доказа, или понављања извођења доказа, услед погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања.

⁷⁹¹ Овакво решење, очигледно мотивисано разлозима ефикасности другостепеног поступка, је изазивало бројне проблеме у пракси. Поставило се питање шта је основ поступка, ранија оптужница, или су могуће њене измене. Такође је проблем представљало лимитирање извођења нових доказа на оне који су предложени у жалби или у одговору на жалбу. На претресу пред другостепеним судом оптужбу је заступао Републички јавни тужилац, уместо нижег, који је поступао у првостепеном поступку. Све то је довело до избегавања укидања првостепених пресуда, као и до задржавања предмета у другостепеном поступку. На тај начин се циљ законодавца да обезбеди суђење у разумном року претворио у своју супротност (Вељко Икановић, Правни лијекови из ЗКП БИХ из 2003. године у пракси судова у Босни и Херцеговини-поређење са системом правних лијекова прије 2003. године, у: Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства-нормативни и практични аспекти, Београд, 2012, стр. 269-270).

⁷⁹² Хајрија Сијерчић Чолић, Систем правних лијекова и кривично процесно законодавство у Босни и Херцеговини (основне карактеристике и искуства у примени), у: Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Београд, 2016, стр. 42.

Основи за изјављивање жалбе на пресуду другостепеног суда су, такође, различити у процесним законима Босне и Херцеговине. Према члану 317а. ЗКП БиХ, жалба на пресуду другостепеног суда се може изјавити ако је другостепени суд преиначио првостепену ослобађајућу пресуду у осуђујућу. Ентитетски закони прихватају наведени основ за изјављивање жалбе на другостепену пресуду, а у ЗКП-у РС постоји још основа овог правног лека. Жалба на пресуду другостепеног суда се може изјавити, ако је другостепени суд изрекао казну дуготрајног затвора, или је потврдио ову санкцију, изречену од првостепеног суда. Овај правни лек такође може бити изјављен, ако је другостепени суд преиначио првостепену осуђујућу пресуду у ослобађајућу. Најзад, жалба на пресуду другостепеног суда може бити изјављена, ако је другостепени суд након одржаног главног претреса, преиначио првостепену пресуду у оба смера (члан 324. ЗКП РС). Анализом основа за жалбу на другостепену пресуду долази се до закључка да је у поступку по овом правном леку могуће преиспитивање утврђеног чињеничног стања и његова корекција. Према одредбама ЗКП РС, могуће је да се на основу другачије утврђеног чињеничног стања, на главном претресу пред судом трећег степена, донесе пресуда која је неповољнија по окривљеног, у односу на побијану.

Неуједначеност одредаба процесних закона који се примењују на територији Босне и Херцеговине доводе до нарушавања начела једнакости и правне сигурности. Из тог разлога постоје тенденције за хармонизацијом процесног законодавства. У погледу правних лекова се истиче потреба да се одредбе ЗКП БиХ ускладе са ентитетским законима, по питању укидања првостепене пресуде и враћања предмета на поновно суђење. Предлаже се брисање одредбе из процесних закона, којом се налаже обавеза одржавања одржавања претреса пред другостепеним судом након једног укидања. Најзад, критикује се превелики број основа за изјављивање жалбе на другостепену пресуду, који егзистирају у Законику о кривичном поступку Републике Српске, те предлаже усклађивање са осталим процесним законима.⁷⁹³ У погледу великог броја основа за изјављивање жалбе на другостепену пресуду, *ratio* је нађен у овлашћењу за утврђивање чињеница на главном претресу пред другостепеним судом. Другачије утврђено чињенично стање оправдава прописивање могућности изјављивања жалбе и побијање одлуке другостепеног суда, те на тај начин и испитивање правилности утврђеног чињеничног стања. Ипак, тенденција ефикасности

⁷⁹³ Хајрија Сијерчић Чолић, *op. cit.*, стр. 52.

кривичног поступка налаже смањење броја основа за жалбу на пресуду другостепеног суда. Чини се оправданим оставити основ изречене капиталне казне затвора, као и преиначење ослобађајуће у осуђујућу пресуду, а остале брисати.⁷⁹⁴

7.10 Црна Гора

У Законику о кривичном поступку Црне Горе⁷⁹⁵, правни лекови се налазе у одељку под насловом „Поступак по правним лековима“. Редовни правни лекови су прописани у глави XXIV. Предвиђена су три редовна правна лека, жалба на пресуду првостепеног суда, жалба на пресуду другостепеног суда и жалба на решење.

Жалба на пресуду првостепеног суда је у процесном закону Црне Горе статуирана као редовни, деволутивни, суспензивни и потпун правни лек, којим се пресуда првостепеног суда може побијати услед стварних и правних недостатака. У члану 385. ЗКП ЦГ прописано је да се пресуда може побијати услед битне повреде одредаба кривичног поступка, повреде кривичног закона, погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, као и због одлуке о кривичним санкцијама, одузимању имовинске користи, трошковима кривичног поступка и о имовинскоправном захтеву. Чињенично стање је погрешно кад је суд неку чињеницу погрешно утврдио, или је није утврдио (члан 388. став 1. ЗКП ЦГ). Код погрешно утврђеног чињеничног стања је реч о погрешном закључку, који произлази из утврђених чињеница.⁷⁹⁶ Непотпуно утврђено чињенично стање постоји када је суд пропустио да утврди постојање неке одлучне чињенице. Према слову закона, непотпуно утврђено чињенично стање постоји и када на то указују нове чињенице, или нови докази. Заједничким тумачењем двеју наведених одредби се може закључити да жалилац не мора наводити у жалби нове чињенице или доказе, да би образложио непотпуно утврђено чињенично стање. Ипак, овако дефинисана одредба намеће дилему како ће другостепени суд знати која чињеница није утврђена, ако није наведена у жалби. Том логиком се може закључити да је позивање на овај жалбени основ могуће без образложења жалбе, што је један од битних елемената форме овог правног лека. Позивање на непотпуно утврђено чињенично стање је могуће само ако жалилац докаже да за доказе, које наводи у

⁷⁹⁴ Слично: Вељко Икановић, *op. cit.*, стр. 272.

⁷⁹⁵ Службени лист ЦГ, бр. 57/09, 49/10, 47/14 и 2/15, у даљем тексту: ЗКП ЦГ.

⁷⁹⁶ Драго Радуловић, Систем правних лијекова и реформа Законика о кривичном поступку Црне Горе (норме и пракса), у: Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Београд, 2016, стр. 66.

жалби, није знао за време главног претреса пред првостепеним судом, или да је предложио извођење тих доказа, а суд одбио (члан 399. ЗКП ЦГ).

О жалби се одлучује у седници већа, или на претресу пред другостепеним судом. Претрес пред другостепеним судом ће се одржати, ако је због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања потребно да се изведу нови докази, или да се понови извођење неког доказа, и у случају постојања оправданих разлога да се предмет не врати на поновно суђење (члан 395. став 1. ЗКП ЦГ). На претресу пред другостепеним судом странке могу предлагати нове доказе и указивати на нове чињенице. Друга опција, којој законодавац даје предност, у случају уважавања жалбе изјављене због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, је укидање првостепене пресуде и враћање предмета на поновно суђење. То је могуће ако другостепени суд сматра да је због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања потребно одржавање поновног главног претреса пред првостепеним судом (члан 407. став 1. ЗКП ЦГ). У том случају ће укинута пресуда и предмет вратити на поновно суђење. У процесном закону је наглашена важност образложења решења, којим се укида првостепена пресуда. У образложењу се наводи у чему се састоје недостаци у утврђеном чињеничном стању, такође и важност чињеница и доказа за доношење правилне судске одлуке. Првостепени суд је дужан да изведе све процесне радње и да расправи спорна питања, на која је указао другостепени суд. Странке могу на поновном претресу пред првостепеним судом предлагати нове доказе и указивати на нове чињенице.

Жалбу на пресуду другостепеног суда могуће је изјавити у три случаја. Најпре, ако је другостепени суд изрекао најдужу казну затвора, или је потврдио такву одлуку првостепеног суда. Други основ се заснива на другачије утврђеном чињеничном стању на претресу пред другостепеним судом. Овај правни лек је могуће изјавити и ако је другостепени суд преиначио првостепену ослобађајућу у осуђујућу пресуду. На основу наведених основа, јасно је да је могућа евалуација утврђеног кривичног стања и пред трећестепеним судом.

25.10. Хрватска

Реформа кривичног поступка у Хрватској није завршена ни након доношења Закона о казненом поступку из 2008. године (у даљем тексту: ЗКП ХР).⁷⁹⁷ У годинама

⁷⁹⁷ Народне новине бр. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14.

након његовог усвајања, уследиле су бројне новелације, које су, гледајући систем правних лекова, више модификовале ванредне, него редовне.⁷⁹⁸ Према важећем закону, жалба је јединствен, двострани и потпун правни лек, којим је омогућено свеобухватно побијање исправности и законитости пресуде.

Овлашћење за побијање чињеничне основе је потврђено у ставу 1. члана 467. ЗКП ХР, у коме су наведени жалбени основи, између осталог погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање, у тачки 3. Законодавац дефинише погрешно утврђено чињенично стање, наводећи да оно постоји кад је суд какву чињеницу погрешно утврдио и ако из исправа, записника о изведеним доказима, или техничких снимака произлази озбиљна сумња у правилност или поузданост утврђених одлучних чињеница (члан 470. став 2. ЗКП ХР). Имајући у виду да је код погрешног утврђивања чињеница реч о недостатку у оцени доказа, овакво одређење изазива одређене недоумице. Ако из списка предмета произлази сумња у правилност утврђивања чињеница, реч је повреди одредаба поступка. Поузданост утврђених чињеница зависи од степена извесности, са којим су утврђене. Недостизање највишег степена извесности утврђених чињеница у кривичном поступку може исходovati само непотпуно утврђеним чињеничним стањем, а никако погрешним. Таква чињеница се не би могла сматрати утврђеном, те би погрешно утврђено чињенично стање могло бити једино у случају да суд, приликом оцене доказа, узме у обзир такву чињеницу као утврђену. Одређење непотпуно утврђеног чињеничног стања, које постоји кад суд није утврдио неку одлучну чињеницу, не захтева неку ширу експликацију.

Законом о казненом поступку је одређен круг овлашћених процесних субјеката за изјављивање жалбе. То могу бити странке, оштећени и бранилац окривљеног, блиски сродници окривљеног и лица од којих је предмет одузет, или је одузета имовинска корист прибављена кривичним делом. Ипак, побијање чињеничног стања је унеколико ограничено окривљеном, у случају признања кривице. Окривљени не може изјавити жалбу услед погрешног, или непотпуно утврђеног чињеничног стања, у односу на тачку оптужнице, за коју је признао извршење кривичног дела, осим ако је након доношења пресуде сазнао за основе, који искључују противправност, или кривицу, или је реч о чињеницама од којих зависи избор врсте и мере кривичне санкције (члан 464. став 7. ЗКП ХР). Странке, такође, не могу побијати пресуду услед

⁷⁹⁸ Елизабета Ивичевић Карас, Сустав правних лијекова и реформа хрватског казног поступка (основне значајке и искуства у примјени), у: Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Београд, 2016, стр. 71-72.

непотпуно утврђеног чињеничног стања, ако нису оспоравале ту чињеницу. Овде је реч о консеквенци правила да се у поступку утврђују само спорне чињенице, која је примеренија парници, али и адверзијалном типу кривичног поступка. Законодавац такође жели да афирмише страначку иницијативу за утврђивање чињеница, која је на трагу адверзијализације главног претреса. Најзад, пресуда донета на основу споразума о признању кривице, не може се побијати услед чињеничних недостатака (члан 464. став 9. ЗКП ХР). Довођењем у везу наведену одредбу са ставом 7. члана 464. ЗКП ХР, којим је дефинисан опсег побијања судске одлуке у случају признања окривљеног неких тачака оптужнице, може се приметити да су у извесној мери у колизији.⁷⁹⁹ Признање окривљеног кривице на главном претресу омогућава побијање чињеничног стања, у извесној мери, за разлику од закључивања споразума о признању кривице, где је то у потпуности искључено. Прописивањем лимита побијања чињеничног стања утиче се на опсег контроле другостепеног суда, а тиме, консеквентно, и на саму сврху поступка по жалби.⁸⁰⁰

У жалбеном поступку важи преклузија доказа, те се овлашћено лице у жалби може позивати на нове чињенице, или предлагати нове доказе, само ако је за њих сазнало након завршетка главног претреса (члан 466. став 4. ЗКП ХР). За разлику од претходно важећег процесног закона из 1997. године, Закон о казненом поступку из 2008. године је укинуо одржавање претреса пред другостепеним судом. У случају да другостепени суд утврди да је услед погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања потребно извођење нових доказа, или поновно извођење доказа, укинуће пресуду и предмет ће вратити на поновно суђење првостепеном суду (члан 483. став 1. ЗКП ХР).⁸⁰¹ Разлози са овакво решење се могу наћи у чињеници да је претрес пред другостепеним судом раније одржаван ретко, али и у интенцији растерећења другостепених судова.⁸⁰² Будући да другостепени суд не може утврђивати чињенице, не постоји ни овлашћење да се другостепена пресуда побија услед друкчије утврђеног чињеничног стања. Жалба на пресуду другостепеног суда је могућа, ако је другостепени суд изрекао или потврдио казну дуготрајног затвора, или ако је

⁷⁹⁹ Д. Трипало: Тијек казненог поступка - контрола оптужнице, расправа, правни лијекови Хрватски љетопис за казнено право и праксу, број 2/2008, стр. 746.

⁸⁰⁰ Тадија Бубаловић, Вишња Дреншки Ласан: Право на жалбу у новом Закону о казненом поступку Хрватски љетопис за казнено право и праксу, број 2/2011, стр. 594.

⁸⁰¹ На поновном претресу пред првостепеним судом странке могу предлагати утврђивање нових чињеница и извођење нових доказа, без ограничења.

⁸⁰² Елизабета Ивичевић Карас, *op. cit.*, стр. 71-72.

преиначио првостепену ослобађајућу у осуђујућу пресуду. С обзиром да је преиначење пресуде могуће само услед правних недостатака, у случају преиначења ослобођајуће у осуђујућу пресуду се не дира у утврђено чињенично стање. Одлука о преиначењу првостепене пресуде биће донета, ако другостепени суд утврди да су чињенице у првостепеној пресуди правилно утврђене и да се, с обзиром на то, правилном применом закона треба донети другачија пресуда.

25.11. Македонија

Доношењем Закона о казненем поступку 2010. године (у даљем тексту ЗКП МК),⁸⁰³ који је ступио на снагу 1.12.2013. године, завршен је процес реформе кривичног поступка у Македонији. Жалба је редовни, двостраначки, суспензиван, деволутиван и потпун правни лек. У члану 414. ЗКП МК, наведено је да се пресуда првостепеног суда може побијати услед битних повреда одредаба кривичног поступка, повреда кривичног закона, одлуке о кривичној санкцији и услед погрешно утврђеног чињеничног стања. Имајући у виду да је овим процесним законом уведен адверзијални тип главног претреса, на коме суд има пасивну улогу приликом утврђивања чињеница, потпуно је оправдано изостављање непотпуно утврђеног чињеничног стања, као жалбеног основа. Суд не може бити одговоран за потпуно утврђено чињенично стање, ако је на странкама процесна иницијатива предлагања доказа. Суд је овлашћен само да чињенице правилно утврди, приликом оцене доказа и доношења одлуке. Стога није могуће да суд непотпуно утврди чињенично стање,⁸⁰⁴ те је законодавац на конзистентан начин применио адверзијалан модел утврђивања чињеница, у том делу.

Законодавац прописује да је чињенично стање погрешно утврђено, ако је нека одлучна чињеница погрешно утврђена, или није утврђена. Погрешно утврђено чињенично стање, такође, постоји ако на то указују нове чињенице, или нови докази (члан 417. ЗКП МК). У првој контатацији ваља тумачити да погрешно утврђено чињенично стање постоји, ако је суд погрешно извео закључак да нека одлучна чињеница постоји, или не постоји. Постојање нових чињеница, или доказа, пре могу указати да је чињенично стање непотпуно, него погрешно. Стога је нејасно зашто је

⁸⁰³ Службен весник на РМ, бр. 150 од 18.11.2010 година

⁸⁰⁴ Гордана Лажетић Бужаровска, Лидија Неделкова, Зоран Димитриевски, Реформа кривичног процесног законодавства Македоније и систем правних лекова (закон и пракса), у: Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Београд, 2016, стр. 95.

македонски законодавац оставио ову одредбу, с обзиром да је код погрешног чињеничног стања реч о логичком закључивању суда, које може бити исправно, или погрешно. Жалилац треба да покаже да је процес логичког закључивања суда био погрешан, а то ће тешко бити доказиво позивањем на нове чињенице, или доказе, које суд није имао на располагању услед изостанка процесне иницијативе странака. Из тих разлога је предметна одредба у супротности са одлуком законодавца да непотпуно утврђено чињенично стање изостави из жалбених основа.

За разлику од процесног закона у Хрватској, у македонском кривичном поступку је одржавање главног претреса пред другостепеним судом могуће у више случајева, прописаним у члану 424. ЗКП МК. Између осталог, главни претрес пред другостепеним судом ће се одржати, ако је чињенично стање погрешно утврђено, или ако су нове чињенице, или нови докази, наведени у жалби, допуштени. Другостепени суд је овлашћен да изводи нове доказе и да утврђује новце чињенице, које нису биле познате током првостепеног поступка. Осим тога, могуће је изводити нове доказе и утврђивати нове чињенице, ако је то потребно зарад правилног утврђивања чињеничног стања, без обзира да ли су биле познате током главног претреса пред судом првог степена. На тај начин су другостепеном суду дата широка овлашћења за утврђивање чињеница, према правилима која важе за првостепено суђење, што представља систем апелације, у чистом облику, какав није својствен кривичним поступцима држава у региону. Укидање пресуде и враћање предмета на првостепено суђење је могуће, ако другостепени суд утврди постојање битне повреде одредаба кривичног поступка, и ако не одлучи да се услед ове повреде одржи главни претрес пред другостепеним судом (члан 436. став 1. ЗКП МК). Чињенично стање се, дакле, може изменити само на главном претресу пред другостепеним судом, што је у контрадикцији са правилом да недостатке у утврђеном чињеничном стању треба да исправља онај суд, пред којим се одиграо првостепени поступак. Решење које је понудио македонски законодавац доводи до ситуације да одржавање главног претреса пред другостепеним судом постаје често, супротно тенденцији да то буде изузетак.

У македонском кривичном поступку жалба на пресуду другостепеног суда се, између осталог, може изјавити ако је одржан главни претрес пред другостепеним судом (члан 439. став 1. тачка 2. ЗКП МК). На тај начин се странкама пружа прилика да оспоравају чињенично стање, које је утврдио суд у другом степену. Осим тога, овим правним леком је могуће побијати одлуку другостепеног суда да преиначи

ослобађајућу пресуду у осуђујућу, као и одлуку да потврди, или изрекне казну доживотног затвора.

Током 2014. године, формирана је радна група, која је израдила предлог измена и допуна Закона о казненом поступку Македоније. Између осталог, у предлогу радне групе се нашла идеја да се уведе апсолутна преклузија доказа. То би значило да не би постојала могућност да се у жалби предлажу нови докази. Разлог за овакав предлог се налази у присутној сумњи да се овим процесним овлашћењем манипулише и злоупотребљава право.⁸⁰⁵ Осим тога, предложене су измене, с циљем лимитирања одржавања главног претреса пред другостепеним судом. Главни претрес би се одржавао само ако се није могла донети одлука у седници већа, или ако је пресуда већ једном била укинута. У овом захтеву је садржано и решење да се у случају погрешног чињеничног стања пресуда укида и предмет враћа на првостепено суђење. На главном претресу пред другостепеним судом би се лимитирало непосредно извођење доказа, ограничењем на испитивање сведока и вештака, док би се остали докази изводили посредно, читањем.⁸⁰⁶ Имплементацијом предложених измена и допуна би се извршила рационализација другостепеног поступка, нарочито у погледу одржавања главног претреса. Предложена новелација, међутим, још увек није прошла скупштинску процедуру.

25.12. Словенија

Кривични поступак у Словенији, за разлику од других држава бивше Југославије, није претрпео радикалне промене, нити је извршена темељна реформа, већ неколико парцијалних новелација. Још увек је на снази Закон о кривичном поступку из 1994. године (у даљем тексту: ЗКП СЛ).⁸⁰⁷ Првостепена судска надлежност је поверена окружним и среским судовима, зависно од тежине кривичног дела. Другостепени судови су виши судови, а изузетно, трећестепени је Врховни суд Републике Словеније.

Жалба је једини редовни правни лек, са суспензивним и деволутивним дејством. Реч је о потпуном правном леку, којим се може побијати чињенична и правна основица судских одлука. Законом је уобичајени круг лица овлашћен на изјављивање жалбе. Осим странака, жалбу на првостепену пресуду може изјавити бранилац окривљеног, блиски сродници окривљеног, оштећени, као и лица од којих је одузет предмет,

⁸⁰⁵ Гордана Лажетић Бужаровска, Лидија Неделкова, Зоран Димитријевски, *op. cit.*, стр. 98.

⁸⁰⁶ *Ibidem.*

⁸⁰⁷ Урадни лист, бр. 64/94, *uradno prečiščeno besedilo* (ZKP-UPB8)

имовиска корист настала извршењем кривичног дела и правна лица према којима је примењена санкција одузимања имовине (члан 367. ЗКП СЛ). Жалба може бити изјављена услед битних повреда одредаба кривичног поступка, повреда кривичног закона, погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања и услед неправилне одлуке о кривичној санкцији (члан 370. став 1. ЗКП СЛ).

Кривични поступак по правним лековима Словеније има једну компаративну специфичност, у виду најављивања жалбе. Лица овлашћена на изјављивање жалбе морају да најаве ову процесну радњу. Они могу да најаве изјављивање жалбе одмах након објављивања пресуде, или након што су поучени да имају право на изјављивање жалбе, али најкасније у року од 8 дана од дана објављивања пресуде, или након што им је достављена пресуда, ако нису присуствовали објављивању (члоан 368. ЗКП СЛ). Најављивање изјављивања жалбе је уведено као тежња ка адверзијализацији поступка по правним лековима, прецизније као потреба афирмације принципа постојања правног интереса на страни жалиоца и диспозитивности странака, приликом изјављивања правног лека.⁸⁰⁸ Обавеза најављивања жалбе постоји само ако је изречена блажа врста кривичне санкције, док не постоји ако је изречена казна затвора. Овај институт доприноси и процесној економији стога што суд, у случају ненајављивања жалбе, не мора детаљно, већ само скраћено да образлаже пресуду.⁸⁰⁹

Погрешно утврђено чињенично стање постоји, ако је суд неку чињеницу погрешно утврдио, а непотпуно, ако суд није утврдио неку одлучну чињеницу, или ако то произлази из нових чињеница или доказа (члан 373. ЗКП СЛ). Словеначки законодавац је, на тај начин, јасно и прецизно разграничио чињеничне повреде. Главни претрес пред другостепеним судом ће бити одржан само ако је због погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања потребно извођење нових доказа, или поновно извођење доказа, и када постоји оправдан разлог да се предмет не врати на поновно суђење. Из наведене одредбе се јасно уочава склоност законодавца ка касаторном концепту. Даје се предност укидању пресуде и враћању на првостепено суђење, у случају утврђених чињеничних недостатака. Ни број враћања на првостепено суђење није лимитиран, што потврђује опредељење ка касацији, као правилу. Претрес пред другостепеним судом је могућ само ако је потребно извођење доказа, и ако не постоји оправдани разлози да се пресуда укине и врати првостепеном суду. Осим једног

⁸⁰⁸ Звонко Фишер, Правни лекови у кривичном поступку Словеније, у: Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Београд, 2016, стр. 109.

⁸⁰⁹ *Ibidem.*

кратког периода, када је у пракси словеначких судова претрес пред другостепеним судом био нешто учесталији, може се рећи да то представља редак изузетак. На такво поступање свакако је утицала пракса Врховног суда и Уставног суда, приликом разматрања пресуда жалбених судова.⁸¹⁰

У словеначком кривичном поступку постоји једна одредба, која заправо омогућава *ex officio* преиспитивање утврђеног чињеничног стања. У ставу 3. члана 392. ЗКП СЛ прописано је да ће суд укинути првостепену пресуду и вратити предмет на првостепено суђење, ако приликом разматрања жалбе изјављене по било ком основу, утврди постојање озбиљне сумње у истинитост утврђених одлучних чињеница, из чега се може закључити да је чињенично стање погрешно, или непотпуно утврђено на штету окривљеног. То значи да свака изјављена жалба, услед било које врсте повреде, чињеничне или правне, доводи до преиспитивања утврђеног чињеничног стања. Штавише, наглашава се утврђеност чињеница са степеном истинитости, те прописује последица у случају квалификоване сумње у достигнути највиши степен извесности. Словеначки законодавац је, заправо, озаконио начин размишљања и исправну логику поступања суда правног лека. Без правилног и потпуно утврђеног чињеничног стања нема ни зааконите пресуде. Стога се, приликом испитивања основаности жалбе полази од чињеничног фондуса. Пресуда против које је изјављена жалба услед повреда права не би смела да прође другостепену контролу, уколико се приликом разматрања правног лека утврде чињенични недостаци. У том случају захтев правилности судских одлука мора да надјача захтев диспозитивности субјеката правног лека, што је писац словеначког процесног закона и препознао.

Погрешно утврђено чињенично стање, за чије исправљање није потребно извођење нових доказа, не доводи до укидања пресуде, већ до преиначења, правилном оценом доказа, на основу утврђених чињеница (члан 392. став 5. ЗКП СЛ). Код погрешно утврђеног чињеничног стања најчешће ће бити управо оваква ситуација, те је сасвим оправдана наведена одредба, која је у складу са процесном економијом. Ако дође до укидања пресуде због погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања, другостепени суд ће у образложењу одлуке навести у чему се састоје недостаци у утврђивању чињеница, као и важност нових чињеница и доказа за доношење правилне судске одлуке. На поновљеном претресу пред првостепеним судом, странке могу предлагати нове доказе, као и утврђивање нових чињеница.

⁸¹⁰ Звонко Фишер, *op. cit.*, стр. 111.

Жалба на пресуду другостепеног суда се може изјавити услед изрицања или потврђивања капиталне казне затвора, у случају утврђивања другачијег чињеничног стања на главном претресу пред другостепеним судом и ако је преиначена ослобађајућа пресуда у осуђујућу (члан 398. став 1. ЗКП СЛ). Сви предвиђени основи су оправдани и омогућавају контролу правилности и законитости другостепене пресуде у случају изрицања најтеже кривичне санкције, преиначења пресуде на штету окривљеног, као и преиспитивања чињеничног стања, које је утврдио другостепени суд.

25.13. Тзв. Косово

Законик о кривичном поступку самопроглашене и међународно непризнате државе Косово је ступио на снагу 1. јануара 2013. године (у даљем тексту: ЗКП КС),⁸¹¹ само три дана након објављивања. Уместо дотадашњег мешовитог модела, њиме је уведен претежно акузаторски кривични поступак.⁸¹² Жалба на пресуду основног суда се изјављује апелационом суду, а на пресуду апелационог суда, Врховном суду. Жалба на пресуду првостепеног суда је потпун правни лек, којим се пресуда може побијати у целисти. Чињенична основица првостепене пресуде се побија са позивом на жалбени основ погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања (члан 383. став 1.3. ЗКП КС). У случају закључења споразума о признању кривице, или изјашњења кривим по свим тачкама оптужнице на главном претресу, које је судеће веће прихватило, не може се побијати чињенична база првостепене пресуде.

Према слову закона, погрешно чињенично стање постоји кад је суд неку одлучну чињеницу, која је предмет доказивања, погрешно утврдио. Осим тога, погрешно утврђено чињенично стање постоји, ако је постојао утицај садржаја списка предмета, записника о изведеним доказима, или техничких снимака, на правилност и поузданост утврђивања чињеница. Непотпуно чињенично стање постоји у случају неутврђивања неке одлучне чињенице (члан 386. ЗКП КС). У погледу касирања, или реформисања првостепене пресуде, првенство је дато укидању пресуде. Претрес пред другостепеним судом ће се одржати само у случају потребе извођења нових доказа, или утврђивања чињеница, услед чињеничних недостатака у првостепеној пресуди, и

⁸¹¹ Службени лист Републике Косово бр. 37/28.

⁸¹² Преглед примене новог Законика о кривичном поступку Косова, Мисија ОЕБС, 2016, стр. 7.

ако постоје оправдани разлози да се пресуда не укине и предмет врати на поновно суђење.

Пресуда првостепеног суда се укида, осим у случају погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања, и услед битних повреда одредаба кривичног поступка (члан 402. став 1. ЗКП КС). До преиначења пресуде долази након одржаног главног претреса пред другостепеним судом, на коме су изведени докази и утврђиване чињенице, или ако је с обзиром на утврђено чињенично стање потребна правилна оцена доказа, без одржавања главног претреса.

Жалба на другостепену пресуду може бити изјављена ако је првостепена ослобађајућа пресуда преиначена у осуђујућу и у случају изрицања казне доживотног затвора (члан 407. став 1. ЗКП КС). Уочљиво је лимитирано право побијања чињеничног стања, утврђеног на главном претресу пред другостепеним судом. То је могуће само ако је исходovalo осуђујућом пресудом, уместо првостепене ослобађајуће пресуде. Остале одредбе о жалби се у највећој мери подударају са одредбама процесних закона држава из региона.

25.14. Норвешка

Кривични поступак је у скандинавским земљама регулисан процесним законима, који се негде односе на судски поступак уопште. Први процесни закон, након конституционализације скандинавских држава и имплементације принципа поделе власти и људских права, је усвојен у Норвешкој, 1887. године. Овај закон је био на снази готово један век, када је замењен модерним Законом о кривичном поступку из 1981. године.⁸¹³ Дански закон о судском поступку је донет 1916. године, а важећи 1961. године,⁸¹⁴ док је шведски закон о судском поступку⁸¹⁵ усвојен 1942. године. Ови закони су касније, периодично, доживљавали ситније новелације. Осим процесних закона, важан извор права уопште, те тако и за кривични поступак је Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Она је део домаћег права и директно се

⁸¹³ The Criminal Procedure Act (1981, With subsequent amendments, the latest made by Act of 30 June 2006), текст доступан на: <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>,

⁸¹⁴ Act on Criminal Judicial Procedure (1961, amended 2002), текст доступан на: приступ: 21.02.2017. године. <http://www.legislationline.org/documents/id/3850>,

⁸¹⁵ The Swedish Code of Judicial Procedure was promulgated in 1942 (SFS 1942:740), amended 1998, текст доступан на: приступ: 21.02.2017. године. http://www.government.se/contentassets/a1be9e99a5c64d1bb93a96ce5d517e9c/the-swedish-code-of-judicial-procedure-ds-1998_65.pdf, приступ: 21.02.2017. године.

примењује. Штавише, Конвенција се сматра извором вишег ранга, у односу на домаће законе, те се у сукобу националног прописа и Конвенције она примењује. На јуриспруденцију Европског суда за људска права се често ослањају скандинавске судије у својим пресудама. Имајући у виду да су скандинавски прописи општег карактера, осим *travaux préparatoires*, правне теорије, праксе домаћих судова, пракса Европског суда је подобан извор за тумачење националних прописа.⁸¹⁶

Заједнички именитељ кривичног поступка у Скандинавији је постојање поротног суђења, што има своје корене у заједничкој прошлости народа овог дела Европе са становницима Велике Британије.⁸¹⁷ Одлука о кривици за тежа кривична дела је у Норвешкој најпре била у надлежности пороте десеторице Апелационог суда, док је за лакша кривична дела функционално надлежно мешовито веће Окружног суда, састављено од једног судије и двоје поротника. Међутим, након реформе 1995. године, сва кривична дела су у првостепеној надлежности Окружног суда. У поступку за тежа кривична дела функционално је надлежно мешовито веће од двоје позивних судија и троје поротника, док за лакша, мало трочлано мешовито веће. За разлику од пороте, у мешовитом већу чланови равноправно одлучују о чињеничним и правним питањима.

Пресуда Окружног суда и Апелационог суда се може нападати жалбом у потпуности, услед чињеничних и правних недостатака.⁸¹⁸ Према позитивном праву, порота одлучује само у случају да је изјављена жалба услед погрешне оцене доказа и одлуке о кривици, за кривична дела за која је прописана казна затвора већа од 6 година (члан 352. норвешког ЗКП). Овде је реч о побијању чињеничне основе пресуде, о којој је у првостепеном поступку одлучивало мешовито веће, а по жалби порота. Овакво решење представља раритет у европским државама. У свим осталим случајевима одлучује седмочлано мешовито веће, у саставу од троје судија и четворо поротника (члан 332. норвешког ЗКП). Ако је жалба изјављена услед недостатака у оцени доказа о кривици и других недостатака, на главном претресу пред другостепеним судом ће се, најпре, расправљати о чињеничним недостацима. У случају изјављене жалбе услед стварних недостатака, другостепени суд ће послати списе предмета јавном тужиоцу, који је дужан да их достави одбрани. Странкама се оставља рок да предложе извођење

⁸¹⁶ Christoffer Wong, Overview of Swedish Criminal Procedure, необјављен текст, доступан на: https://works.bepress.com/christoffer_wong/15/, приступ: 21.02.2017. године.

⁸¹⁷ Erling Johannes HUSABØ, History and tendencies in the development of criminal procedure law in the scandinavian countries, and in norway in particular, Law&Justice Review, Volume:1, Issue: 1/2010, стр. 23.

⁸¹⁸ *Ibidem*

доказа. Другостепени суд може одредити извођење доказа и у случају да жалбом није оспорена оцена доказа о кривици.

Потреба извођења доказа на главном претресу пред другостепеним судом доводи до новог суђења. Искази сведока и вештака, дати у првостепеном поступку, могу бити читани, ако странке не захтевају њихово поновно испитивање. Жалба окривљеног изјављена услед чињеничних недостатака ће бити одбачена, ако не дође на главни претрес пред другостепеним судом, а свој изостанак не оправда (члан 335. став 1. норвешког ЗКП). Одлуку о жалби на пресуду Окружног суда, за кривична дела са запређеном казном затвора преко 6 година, у погледу кривице окривљеног, доноси порота десеторице. Постоји, међутим, могућност да се веће позивних судија не сложи са том одлуком, што доводи до новог суђења пред мешовитим већем (члан 376а. норвешког ЗКП). Веће позивних судија може донети такву одлуку, између осталог, ако утврди да одлука о кривици није поткрепљена са довољно доказа. Овакво решење је специфично због тога што о кривици не одлучује искључиво порота, већ и веће професионалних судија, што није случај у чистом адверзијалном моделу поступка.

Недостаци у оцени доказа, у погледу кривице, не могу бити основ за изјављивање жалбе Врховном суду. Странке могу да захтевају од Врховног суда извођење доказа на законит начин, или судско испитивање изведених доказа (члан 338. став 1. норвешког ЗКП). Записници о изведеним доказима могу бити читани, али је могуће да вештаци буду испитани непосредно, на главном претресу. То ипак указује на постојање овлашћења за утврђивање чињеница и пред Врховним судом. Потпору за такво тумачење налазимо у члану 340. норвешког ЗКП, у коме је предвиђено да Врховни суд може да спроведе истрагу, ако то не захтева извођење увиђаја. То значи да је могућа евалуација утврђеног чињеничног стања и изведених доказа, осим увиђаја.

Жалба поднета Апелационом суду може бити одбачена, ако очигледно нема изгледа за успех. Осим тога, жалба јавног тужиоца на штету окривљеног ће такође бити одбачена, ако суд нађе да се односи на безначајна питања, или ако нема разлога да се о њој одлучује (члан 321. став 2. норвешког ЗКП). Оба ограничења се односе на кривична дела, за које је надлежно мешовито веће. Жалба на пресуду пороте, за кривична дела са прописаном казном затвора преко 6 година може бити одбачена само ако је изјављена од јавног тужиоца, под условима из става 2. члана 321. норвешког ЗКП. Изјављивање жалбе на пресуду, којом је окривљеном изречена само новчана казна, одузимање предмета, или забрана управљања моторним дозилем, могуће је само

на основу одобрења суда (члан 321. став 1. ЗКП). Суд ће дати одобрење само ако постоји посебни разлози. У супротном ће одбити да да сагласност на изјављивање жалбе.

25.15. Данска

У Данској је, све до велике реформе кривичног поступка, 2008. године, одлука о кривици била поверена пороти дванаесторице. Од тада су уведена мешовита већа. Лакша кривична дела су у надлежности малог већа, сачињеног од једног судије професионалца и двоје поротника Окружног суда. Решавање по жалби је поверено већу од троје позивних судија и троје поротника Апелационог суда. За кривична дела са запређеном казном затвора преко четири године је надлежно мешовито веће Окружног суда од троје судија и шесторо поротника. По жалби изјављеној услед чињеничних недостатака, односно одлуке о кривици, одлучује веће састављено од деветоро поротника и троје судија.

Слично као и у Норвешкој, жалба на пресуду првостепеног суда је потпун правни лек, те се може изјавити услед правних и чињеничних недостатака. Изјављена жалба доводи до новог суђења пред другостепеним судом. На главном претресу пред другостепеним судом се могу изводити нови докази и утврђивати чињенично стање.⁸¹⁹ У случајевима када је допуштена жалба на одлуке виших судова Врховном суду, није могуће побијати чињеничну базу пресуде.

25.16. Шведска

У Шведској нема традиције поротног суђења, као у другим скандинавским државама. У кривичном поступку поступају мешовита већа, у Окружном суду од једног судије и троје поротника, а у Апелационом од троје судија и двоје поротника. Судије поротници одлучују о чињеничним и правним питањима заједнички, равноправно са професионалним судијама. На пресуде Окружног суда могућа је жалба Апелационом суду. За кривична дела, за која је изречена само новчана казна окривљеном, или је донета ослобађајућа пресуда, за дело за које је прописана казна затвора не дужа од 6 месеци, потребно је добити дозволу за изјављивање жалбе (*leave to appeal*). Суд ће дати дозволу ако је разматрање жалбе од значаја за примену права,

⁸¹⁹ Axel Teisen, The Danish Judicial Code, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 65, No. 6/1917, стр. 567.

ако постоје разлози за измене и допуне закључака Окружног суда, или ако постоје други изузетни разлози да се разматра жалба (поглавље 49. одељак 14. шведског Закона о судском поступку). Жалба је, као и у осталим скандинавским земљама потпун правни лек, који доводи до суђења *de novo*. Другостепени суд може да изводи доказе, прибављањем налаза и мишљења вештака, извођењем писмених доказа, прибављањем исправа и предмета, као и да изводи доказе ван главног претреса. Ако је за доношење одлуке другостепеног суда одлучујуће извођење доказа саслушањем сведока или вештака на неку околност, побијана одлука не може бити измењена (осим у корист окривљеног) без извођења ових доказа на претресу пред другостепеним судом (поглавље 51. одељак 23. шведског Закона о судском поступку).

За изјављивање жалбе на одлуку Апелационог суда Врховном суду такође је потребно добијање дозволе. Она се даје ако је одлучивање Врховног суда од значаја за давање смерница за будуће одлучивање, односно за стварање прецедента. Постојање чињеничних и правних недостатака у другостепеној пресуди, стога, није довољно да би дошло до трећестепеног суђења. Потребно је да жалилац понуди изванредне разлоге за одлучивање о жалби. То може бити нови доказ, од пресудног значаја за доношење правилне одлуке. У случају добијања одобрења за изјављивање жалбе, Врховни суд ће одлучивати о чињеничним и о правним питањима. Могуће је и одржавање главног претреса пред Врховним судом, на коме се могу изводити докази, чак и саслушањем сведока.⁸²⁰

25.17. Енглеска

У Енглеској је право на изјављивање жалбе против првостепених одлука у кривичном поступку регулисано Законом о кривичној жалби из 1995. године (у даљем тексту: ЗКЖ).⁸²¹ Право на изјављивање жалбе на одлуку Крунског суда (*Crown Court*) припада окривљеном, против кога је донета осуђујућа пресуда. О жалби решава кривично одељење Апелационог суда (*Criminal Division of Court of Appeal*). У Енглеској је могуће да се првостепена пресуда преиспитује без уложене жалбе. Комисија за преиспитивање кривичних ствари (*Criminal Cases Review Commission*) може да упути предмет на разматрање Апелационом суду, ако сматра да у судској

⁸²⁰ Bernard Michael Ortwein II, *The Swedish Legal System: An Introduction*, *Indiana International and Comparative Law Review*, Vol 13, No 2/2003, стр. 433.

⁸²¹ Criminal Appeal Act 1995, текст доступан на: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/35/pdfs/ukpga_19950035_en.pdf, приступ: 25.02.2017. године.

одлуци постоје недостаци у погледу одлуке о кривици или о казни. Упућују се предмети где постоје јаки аргументи или докази, који пружају реалну могућност за усвајање препоруке Комисије.⁸²² У том случају апелациони суд поступа као да је изјављена жалба на пресуду.

Жалба се може изјавити услед чињеничних и правних недостатака, као услед одлуке о казни. Разликује се, међутим, пут до мериторног разматрања жалбе, зависно од побијања чињеничне или правне базе пресуде. Док за изјављивање жалбе услед повреда права није потребно добијање претходног одобрења, за побијање пресуде услед погрешно решеног чињеничног или мешовитог (чињенично-правног) питања, окривљени мора да добије одобрење за изјављивање жалбе. Одобрење даје првостепени суд, који је поступао у конкретном случају, или апелациони суд (део први, члан 1 ЗКЖ). Разлог за ово ограничење лежи у чињеници да се на овај начин побија поротничка изрека о кривици.

У члану 2. првог дела ЗКЖ је прописано да се жалба може изјавити ако је одлука (пороте) о кривици несигурна. Неспорно је да је реч о праву побијања чињеничне основе пресуде, али се поставља питање да ли на основу формулације постоји могућност изјављивања жалбе услед повреда материјалног права и процесних повреда. Енглески процесуалисти сматрају да је наведена одредба компликована и нејасна, зато што не помиње правне грешке.⁸²³ Енглески Закон о кривичној жалби из 1912. године⁸²⁴ је у члану 5. садржао потпунију формулацију, која јасно одређује жалбене основе, у које спадају правна питања (за која није потребно одобрење), као и чињенична и чињенично правна питања (за које је неопходно одобрење).

Разграничење између чињеничних и правних питања је тема, која је интригантна теоретичарима енглеског кривичног поступка. У правна питања, као основ жалбе, убрајају се недостаци у записницима, у оптужници, у споразуму о признању кривице и у изреци пресуде. Такође, у правне недостатке спадају питања допуштености доказа, или давања инструкција пороти од суда, по питању примене права. Спорно је да ли у чињеничне недостатке спадају наводи жалиоца да не постоје докази, који поткрепљују пресуду, као и одбијање другостепеног суда да допусти

⁸²² Горан Илић, *op. cit.*, стр. 77.

⁸²³ John R Spencer, *Le procès pénal en Angleterre, u: Procès pénal et droits de l'homme, Vers une conscience européenne (sous la direction de Mireille Delmas-Marty)*, Presses Universitaires de France, 1992, стр. 106.

⁸²⁴ Criminal Appeal Act 1912, текст доступан на: http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/caa1912137/s5.html, приступ: 25.02.2017. године.

поновно суђење услед непостојања доказа за то. Теорија заузима став да постоји правна грешка када постоји велика несразмера између изведених доказа и одлуке о кривици.⁸²⁵ Другим речима, суд чини повреду права ако не укине пресуду, која је у дискрепанци са доказима. У случају да су докази за и против окривљеног готово подељени, суд не чини повреду права ако не укине пресуду, с обзиром да одлуку о кривици доноси порота, а не суд. Оспоравање кредибилитета сведока и исказа сведока у жалби надосмислено спада у чињеничне повреде.⁸²⁶ За евалуацију чињеничних недостатака, апелационом суду се могу дати ужа или шира овлашћења. Најуже је ако се о жалби одлучује само на основу списка. Најшира варијанта је поновно суђење, а средња варијанта, која је предвиђена у Енглеској, даје овлашћење да апелациони суд одлучи на основу списка предмета, уз могућност да испитује нове сведоке, у случају постојања сумње, нејасноћа или пропуста.⁸²⁷

С обзиром на значај признања кривице у енглеском кривичном поступку, окривљени који је признао извршење кривичног дела ретко добија дозволу за изјављивање жалбе. То је могуће само услед мана воље код окривљеног, или ако на основу утврђених чињеница није било основа за осуђујућу пресуду.⁸²⁸ Дозвола за изјављивање жалбе је такође потребна када се побија одлука о казни, док то није случај ако се жалбом побија пресуда због правних недостатака. Ослобађајућу пресуду окривљени не може побијати, а тужилац може да је побија само услед правних недостатака, али у том случају усвајање жалбе доводи само до деклараторне одлуке. Право на жалбу тужиоца против ослобађајуће одлуке иницијално није ни постојало, већ је временом настало, истина у ограниченом обиму. Државни тужилац може истицати пред апелационим судом да је правно питање погрешно решено, у поступку у коме је донета ослобађајућа пресуда. Осим тога, државни тужилац може побијати и одлуку о казни. Најзад, могуће је побијати ослобађајућу пресуду због застрашивања сведока или поротника. У потоњем случају, усвајање жалбе доводи до поновног суђења.

У пракси је добијање дозволе за изјављивање жалбе знатно отежано и могуће је само ако окривљени, који је осуђен, понуди нове доказе, или укаже на неку процесну

⁸²⁵ Simeon Baldwin, *The American Judiciary*, 1905, стр. 259.

⁸²⁶ Lester Orfield, *The scope of appeal in Criminal Cases*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 84, 1936, стр. 827.

⁸²⁷ *Ibidem*.

⁸²⁸ Горан Илић, *op. cit.*, стр. 78.

грешку током првостепеног поступка.⁸²⁹ Жалба може бити заснована на новим доказима, али је окривљени дужан да се изјасни зашто их није изводио у првостепеном поступку. Ако предлаже нове сведоке, окривљени мора да понуди уверљиве разлоге за пропуштање да их предложи раније, током поступка. Апелациони суд ће прихватити нове доказе ако су уверљиви, ако су у оквиру основа за добијање дозволе за жалбу, ако би били допуштени у првостепеном поступку, ако се односе на питања која су предмет жалбе, и ако жалилац пружи разумно објашњење за пропуст да се изведе доказ у првостепеном поступку (члан 4. првог дела ЗКЖ). Ако се жалбом доводи у питање одлука пороте у односу на изведене доказе, Апелационом суду се достављају записници о испитивању сведока, као и резиме и белешке судије у првом степену.

Апелациони суд може да одбаци жалбу у сумарном поступку, ако је недовољно утемељена или срачуната на шикану. Такође се одбацује неоснована жалба као и када се утврди да јев судија дао погрешно упутство пороти, али које није утицало на одлуку пороте, с обзиром на постојање других доказа. У супротном, укида се одлука пороте и издаје се налог да првостепени суд донесе ослобађајућу пресуду. Апелациони суд такође може да укине одлуку пороте и да наложи поновно суђење у интересу правде. Ако утврди постојање основа, који искључују кривицу окривљеног (неурачунљивост, хендикепираност), апелациони суд може по службеној дужности да донесе ослобађајућу пресуду и да одреди окривљеном смештај у специјалну здравствену установу. Најзад, апелациони суд може да преиначи правну квалификацију дела, ако сматра да је могло постојати уверење пороте о кривици, с обзиром на утврђене чињенице.⁸³⁰

Против одлуке Апелационог суда странке могу изјавити жалбу искључиво услед правних недостатака. Да би дошло до мериторног разматрања жалбе, потребно је добијање дозволе, коју могу дати апелациони суд, Одељење краљичиног суда, или Дом лордова, пред којим се и одлучује у трећем степену. Дозвола за изјављивање жалбе се ретко добија, и то само ако је реч о правном питању од јавног значаја.

У сумарном поступку право на изјављивање жалбе није ограничено претходним добијањем дозволе. Окривљени који је осуђен пред Магистратским судом (*magistrate court*), а није признао кривицу, може изјавити жалбу Крунском суду, због одлуке о кривици и казни. На главном претресу пред другостепеним судом одбрана може

⁸²⁹ Mireille Delmas-Marty, J.R.Spencer, op. cit, стр. 203.

⁸³⁰ Горан Илић, op. cit, стр. 79.

истицати правна питања, чињенична, или обоје.⁸³¹ Ако је признао кривицу, окривљени може жалбом побити само одлуку о казни. Жалба изјављена услед чињеничних недостатака доводи до новог суђења, при чему Крунски суд, састављен од једног судије и двоје поротника, није везан утврђеним чињеницама Магистратског суда.

25.18. Сједињене америчке државе

Право на жалбу у кривичном поступку није гарантовано Уставом САД, а не сматра се ни елементом права на фер суђење. Федералне државе нису у обавези да предвиде систем апелационог преиспитивања судске одлуке.⁸³² Ипак, већ од друге половине XX века је постало уобичајено да се у федералним државама омогућава неки вид жалбе на осуђујућу пресуду. У том случају, поступак по жалби подлеже гаранцијама правичног суђења и једнаке заштите.⁸³³ На основу пресуде у случају *Griffin v. Illinois*, је установљено да је свако ограничење ефективности и адекватности правног лека супротно XIV амандману на Устав САД, односно праву на правично суђење.

У САД је судска надлежност подељена између федералних јединица и федерације. Систем судова, у федералним јединицама је регулисан законима држава, а систем федералних судова савезним законом. Првостепени судови су магистратски судови (*magistrate courts*) и општи расправни судови (*general trial courts*). За кривична дела са прописаном новчаном казном, или казном затвора до једне године, надлежни су магистратски судови, док су за тежа кривична дела са запређеном казном затвора преко једне године, или смртном казном, надлежни општи расправни судови. На федералном нивоу за лакша кривична дела (*misdemeanor*) у првом степену суде магистратски судови, а за тежа кривична дела (*felony*) окружни судови (*district courts*). Општи расправни судови су другостепени судови, који решавају по жалбама на пресуде магистратских судова. Према томе, постоји права изјављивања жалбе на пресуде магистратских судова, што доводи до новог суђења. Право на жалбу је изведено из уставног принципа да окривљени има право на поротно суђење и такође, с обзиром да се у поступку пред магистратским судом не сачињава записник.⁸³⁴

⁸³¹ Mireille Delmas-Marty, J.R.Spencer, op. cit, стр. 203

⁸³² Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12, 18 (1956).

⁸³³ Evitts v. Lucey, 469 U.S. 387, 393 (1985).

⁸³⁴ Горан Илић, op. cit, стр. 82

Окривљени, у пракси, ретко изјављују жалбу на осуђујућу пресуду. Пресуде магистратских савезних судова се могу побијати пред окружним судовима. Основи жалбе, у овом случају су правне грешке, а окривљени може захтевати и ново суђење услед изостанка записника у првостепеном поступку, као и ако је током првостепеног поступка захтевао да му суди порота. О изјављеним жалбама на пресуде општинских расправних судова одлучују међуапелациони судови (*intermediate appellate courts*), или врховни судови (*supreme courts*). Пресуде окружних судова се могу побијати пред апелационим судовима, а одлуке највиших судова у федералним државама и савезних судова пред Врховним судом САД (*Supreme Court of the United States*), али само у погледу усаглашености са Уставом САД.

Жалба (апел) је правни лек, којим се може побијати искључиво законитост судске одлуке. Осим тога, од изјављивања жалбе су изузете одлуке суда, донете на основу признања кривице, као и ослобађајуће пресуде. Овим правним леком се може побијати одлука о кривици, која је донета погрешном применом права. Најчешће је реч о пресуди заснованој на незаконитим доказима, погрешној примени закона од стране судије, или о пропусту да се одбрана обавести о доказима. Осим тога, пресуда се може побијати услед одлуке о кривичној санкцији. Жалилац је дужан да у правном леку укаже на озбиљну повреду права, најчешће права на одбрану окривљеног, која је исходувала погрешном одлуком о кривици.⁸³⁵ Другостепени суд је овлашћен да испитује правне повреде наведене у жалби, али и друге озбиљне правне недостатке, начињене током поступка. Ако усвоји жалбу, другостепени суд укида пресуду и враћа предмет на поновно суђење. Постоји, међутим, овлашћење да укине првостепену пресуду и да донесе ослобађајућу пресуду. То се дешава ако суд правног лека утврди да је пресуда заснована на недовољно доказу. У овом случају, недвосмислено, долази до евалуације утврђеног чињеничног стања, без обзира што формално, то не може бити основ за изјављивање жалбе. Ако је жалба неоснована, она се одбацује⁸³⁶, а побијана пресуда потврђује. Одлуке апелационог судова могу бити побијање молбом за одржавање новог претреса (*petition for rehearing*). Разлог може бити погрешна примена права, пропуст да се размотри претходно питање, или повреда установљеног прецедента. Усвајање овог правног лека доводи до новог главног претреса.

⁸³⁵ Горан Илић, *op. cit.*, стр. 83.

⁸³⁶ У *common law* системима се не прави разлика између одбацивања и одбијања, већ се за оба вида одлучивања користи један термин – *dismiss*, који више одговара преводу одбацити, него одбити.

У поређењу са немачким системом правних лекова, могу се запазити супротне тенденције. У Немачкој се пошло од потпуног побијања чињеничне основице пресуде, па се временом то право сужавало. У САД је почетна основа била потпуна немогућност побијања чињеничне основице пресуде, са тенденцијама да се то допусти, макар у крајње суженом опсегу. Почетком XX века је чак било судова, који су практиковали евалуацију чињеничног стања, у поступку по жалби, мада је Врховни суд, када се пред њим поставило то питање, оспорио такву могућност.⁸³⁷ Неспорно је да апелациони судови, када одлучују по жалби по основу недовољно доказа за осуђујућу пресуду, могу испитати да ли је одлука о кривици заснована на довољној доказној основи. У поступцима за најтежа кривична дела, када одлучују по жалби, изјављеној по истом основу, апелациони судови морају испитати да ли је пресуда заснована на довољно доказа. У том случају се, заправо, преиспитују чињенице које су утврђене у првостепеном поступку. Апелациони судови не могу изводити нове доказе на главном претресу, већ испитују доказну основу, на основу списка првостепеног поступка. Но, без обзира на то, у великом броју случајева, апелациони судови заправо поступају као првостепени, те приликом испитивања списка предмета размишљају као порота, да ли је окривљени крив, или није. Ако установе да кривица окривљеног није утврђена ван разумне сумње, у првостепеном поступку, судије апелационог суда, доносећи одлуку којом преиначују првостепену пресуду, образлажу је правним разлозима, а не недостацима у утврђеном чињеничном стању.⁸³⁸

25.19. Канада

За разлику од кривичног поступка у САД, у Канади је побијање утврђеног чињеничног стања знатно шире постављено. Истина, право на жалбу није гарантовано канадском Повељом о правима и слободама, а у судској пракси се право на жалбу истицало као изузетна могућност, која је статутарног карактера.⁸³⁹ На тај начин је успостављено право изјављивања жалбе на првостепене судске одлуке, услед правних питања без ограничења, а уз добијање дозволе, и услед чињеничних и мешовитих питања. У пракси се сви жалбени основи мериторно разматрају.⁸⁴⁰ У кривичном

⁸³⁷ Lester Orfield, *op. cit.*, стр. 834.

⁸³⁸ Newman Baker, *Reversible Error in Homicide Cases*, *Journal of Criminal Law & Criminology* vol. 28/ 1932, стр. 30

⁸³⁹ Видети примера ради: *Welch v. The King*, [1950] S.C.R. 412, 428 (Can.), *Kourtessis v. Minister of Nat'l Revenue*, [1993] 2 S.C.R. 53, 69 (Can.), *R. v. Smith*, [2004] 1 S.C.R. 385, para. 21 (Can.).

⁸⁴⁰ Peter Marshall, *op. cit.*, p. 35.

поступку, у коме одлучују позивне судије, а не порота, од посебног је значаја да судска одлука садржи детаљно образложење, што омогућава делотворно испитивање њене исправности.⁸⁴¹ Право на жалбу је статуирано одредбама Кривичног закона Канаде.⁸⁴²

У Канади се тешка кривична дела, која се називају злочинима, процесуирају у редовном кривичном поступку. За друга кажњива дела се о основаности казненог захтева одлучује у скраћеном поступку. Ако је донета осуђујућа пресуда, окривљени, његови блиски сродници, бранилац и тужилац могу у редовном кривичном поступку да изјаве жалбу услед правних, чињеничних, или мешовитих, чињенично-правних питања (члан 675. став 1. КЗ Канаде). На правно питање се може дати одговор без позивања на чињенице конкретног случаја. Чињенична питања искључују примену правне норме, а чињенично-правна захтевају примену правне норме на утврђене чињенице.

Чињенична и мешовита питања захтевају претходно одобрење за изјављивање жалбе. Одобрење може дати апелациони суд, или првостепени суд. Жалба тужиоца која је изјављена због одлуке о казни може садржати и чињенична питања (члан 676. став 1д. КЗ Канаде). Такав закључак се може извести тумачењем наведене одредбе, заједно са одредбом из истог члана, којом је јавни тужилац овлашћен да може побијати ослобађајућу пресуду, али само услед правних грешака.

На главном претресу пред апелационим судом се одлучује на основу списка предмета првостепеног поступка. Постоји, додуше, знатно ограничено овлашћење да буду изведени и нови докази, али само у интересу правде (члан 683. став 1. КЗ Канаде). Жалба која је изјављена услед чињеничних или мешовитих грешака биће усвојена ако је одлука о кривици неразумна или није заснована на изведеним доказима (члан 686. став 1. КЗ Канаде). Усвајање жалбе доводи до преиначења осуђујуће пресуде у ослобађајућу. Од ове могућности изузет је случај, ако апелациони суде утврди да је окривљени, на основу утврђених чињеница и изведених доказа морао да буде осуђен за круго кривично дело. То је последица правила да суд није везан правном квалификацијом. Апелациони суд може такође да предмет врати на првостепено суђење.

У сумарном поступку постоје две варијанте за изјављивање жалбе. Једна је да жалилац жатражи од апелационог суда дозволу за изјављивање жалбе, према одредбама којима је регулисано изјављивање жалбе у редовном поступку. То је могуће

⁸⁴¹ R. v. Sheppard, [2002] 1 S.C.R. 869, para. 25 (Can.).

⁸⁴² Criminal Code, RSC 1985, c C-46.

ако није изјављена жалба у сумарном поступку, ако је вођен спојени поступак за кривична дела за које се води сумарни и редовни поступак, и ако је жалба у вези са кривичним делом за које се води редовни поступак (члан 675. став 1.1. КЗ Канаде). Друга могућност је да се пресуда побија према одредбама о праву на жалбу у сумарном поступку (члан 813. КЗ Канаде). Окривљени има право да побија осуђујућу пресуду, одлуку о казни, као и ослобађајућу пресуду услед неспособности за суђење, немогућности да буде кривично одговоран, или услед психичких поремећаја. У оба случаја је могуће потпуно побијање судских одлука, услед чињеничних, правних или мешовитих питања.⁸⁴³

25.20. Јужна Африка

У кривичном поступку Јужне Африке, који спада у адверзијалне кривичне поступке, право на жалбу у кривичним стварима је гарантовано Уставом, као део права на правично суђење. Сврха постојања овлашћење побијања пресуде жалбом је истакнута у бројним судским одлукама. Тиме се омогућава поновно разматрање првостепене пресуде, од стране другог суда,⁸⁴⁴ а циљ постојања жалбе је да се исправе грешке и елиминише ризик од погрешних осуђујућих пресуда.⁸⁴⁵ Баланс између тежње да се обезбеди право побијања пресуде у пуном обиму и економичност у поступку по жалби је пронађен увођењем института захтева за допуштење улагања жалбе (*leave to appeal*). Судска пракса је потврдила уставност овог института као и да омогућава делотворност правног лека. Истиче се да се на тај начин омогућава поновно оцењивање спорних питања и да захтев пружа разумне изгледе за успех.⁸⁴⁶ Такође се подвлачи да захтев за изјављивање жалбе омогућава поновну адекватну процену правилности осуде и изречене санкције.⁸⁴⁷ За обезбеђење делотворности жалбе је потребно испуњење одређених услова. Најпре, потребно је да списи првостепеног поступку буду доступни суду, који одлучује о допуштености изјављивања жалбе. На тај начин се омогућава суду правног лека да испита доказну подлогу побијане пресуде, као и постојање

⁸⁴³ Супротно: Горан Илић, *op. cit.*, str. 88. Сматрамо да је могуће потпуно побијање и у случају изјављивања жалбе по одредбама редовног поступка, с обзиром да се одредба из члана 675. став 1.1. јасно позива на одредбу члана 675. став 1. у којој је недвосмислено прописана могућност истицања чињеничних, правних и мешовитих питања. Насупрот томе, наведени аутор износи став да је побијање чињеничних, правних и мешовитих недостатака допуштено само по одредбама сумарног поступка, у складу са чланом 813. КЗ Канаде.

⁸⁴⁴ *S. v. Shinga* 2007 (2) SACR 28 (CC) para. 40 (S. Afr.).

⁸⁴⁵ *S. v. Steyn* 2001 (1) SA 1146 (CC) para. 23 (S. Afr.), *S. v. Twala* 2000 (1) SA 879 (CC) para. 9 (S. Afr.).

⁸⁴⁶ *S. v. Rens* 1996 (1) SA 1218 (CC) para. 26 (S. Afr.).

⁸⁴⁷ *S. v. Shinga* 2007 (2) SACR 28 (CC) para. 52 (S. Afr.);

процесних недостатака. Осим списка предмета, апелациони суд мора имати на располагању и образложену пресуду првостепеног суда. Као један од услова делолтворности жалбе се наводи захтев да првостепена пресуда буде разматрана од колегијалног састава апелационог суда. Најзад, да би захтев за изјављивање жалбе испунио критеријуме делотворности, потребно је жалиоцу омогућити помоћ стручног лица приликом састављања захтева.⁸⁴⁸

У поступку по жалби се, по правилу, одржава главни претрес. То је још један од показатеља да се инсистира на преиспитивању чињеничне основе побијане пресуде. У јуриспруденцији се истиче да је одлучивање на главном претресу најбољи начин за отклањање грешака.⁸⁴⁹ Осим тога, одступање од правила да је одлучивање по жалби на главном претресу редовно, довело би до супротности са начелом правичности суђења, и било противно уставу. Од начела усмености и непосредности се одступа само у случају фриволних и очигледно неутемељених жалби, где се може одлучити на основу списка. Кривични поступак Јужне Африке се у многоме разликује од других адверзијалних модела управо по снажном залагању за могућност да, у случају осуђујуће пресуде, окривљени има право на преиспитивање судске одлуке у целисти, на главном претресу пред другостепеном судском инстанцом.

25.21. Нови Зеланд

Слично као у Јужној Африци, у Новом Зеланду је право на жалбу у кривичном поступку део минималних стандарда, који чине право на правично суђење. У пракси судова се потенцира мериторно одлучивање по жалби. Одбацивање жалбе треба да буде изузетна одлука, чак и у случају да жалилац није изјавио жалбу према правилима суда. Још важнија је интенција, изражена у судској пракси, да се у поступку по жалби омогући евалуација утврђених чињеница у првостепеном поступку.⁸⁵⁰ Испитивање чињеничне основе није у супротности са одредбама Пакта о грађанским и политичким правима.

Осуђујућа пресуда ће бити укинута ако је неутемељена, што подразумева испитивање доказне основе за доношење овакве судске одлуке. Терет доказивања неутемељености судске одлуке је на апеланту. Стога постоји низ могућности да захтева увид у списе, с циљем аргументовања основа жалбе. Жалилац мора имати увид у

⁸⁴⁸ Peter Marshall, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁴⁹ *S. v. Steyn* 2001 (1) SA 1146 (CC) para. 24 (S. Afr.).

⁸⁵⁰ *R v Owen* [2008] 2 NZLR 37 (SC) 45

транскипте са првостепеног суђења, затим у инструкције које суд даје пороти, и у одлуке донете током првостепеног поступка. Ово право не зависи од тога, да ли жалилац самостално предузима радње у поступку, или преко правног заступника.

Жалилац има право да се о његовој жалби одлучује на главном претресу, и право присуства претресу. Главни претрес може изостати, ако се о жалби може правично одлучити и на основу списка, као и у случају када не постоје разумни изгледи да жалба буде усвојена. Ипак, у пракси се редовно одлучује на главном претресу, док је одлучивање на основу списка само изузетак. У 2008. години, у само 5 случаја је одлучено на основу списка, наспрам 307 одржаних главних претреса.⁸⁵¹ Право на непристрасан суд је, такође, једно од значајних постулата у другостепеном поступку. О жалби, по правилу, одлучује суд у инокосном саставу, мада постоји овлашћење да одлуку донесе веће судија вишег суда. Супротно Јужној Африци, на Новом Зеланду је након усвајања Повеље о правима захтев за изјављивање жалбе на првостепену пресуду укинута. Тај институт може постојати само приликом изјављивања жалбе на другостепену судску одлуку.

25.22. Статути међународних судова

Стални међународни кривични суд створен је такође међународним уговором, познатим као Римски статут,⁸⁵² који је ступио на снагу 1.7.2002. године. Статутом МКС предвиђена је надлежност овог суда за злочин геноцида (члан 6.), злочин против човечности (члан 7.) и ратне злочине (члан 8.). Предвиђена је надлежност и за злочин агресије, али тек након усвајања дефиниције овог злочина. Статутом су исрпно предвиђени елементи бића ових кривичних дела. Суд је, према одредбама Статута, надлежан за кривична дела извршена након ступања Статута МКС на правну снагу. Овлашћени тужилац покреће поступак *ex officio*, уз могућност одлагања истраге, односно кривичног поступка (члан 16.). У делу III Статута, предвиђени су основни принципи кривичног права (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, забрана ретроактивности и др.). На линији са претходно донетим Статутима *ad hoc* трибунала су дефинисани принцип *ne bis in idem*, принцип командне одговорности и принцип незастаревања најтежих злочина. Материјални део Статута садржи и основе који искључују кривичну одговорност. Организациони део Статута састоји се из одредби од

⁸⁵¹ Peter Marshall, op. cit, p. 31, фуснота 225.

⁸⁵² Текст доступан на: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf>, приступ: 05.12.2017. године (у даљем тексту: Статут МКС).

судским вечима, Секретаријату и о тужиоцу. Део V Статута, посвећен је процедуралним одредбама. Истрагом руководи тужилац, уз одговарајућу улогу Претпретресног већа. Предвиђена је и могућност издавања Налога за хапшење, као мере обезбеђења присуства окривљеног у поступку. Главни претрес спроводи се пред Судским већем. У циљу процесне равноправности, окривљеном је додељен адекватан корпус права и призната му је претпоставка невиности, а адекватна заштита предвиђена је и за жртве и сведоке. Систем кривичних санкција чине: казна затвора у трајању до 30 година, доживотна казну затвора, новчана казна и конфискација имовине. Као правни лекови фигурирају жалба и ревизија. Тужилац и окривљени могу изјавити жалбу на осуђујућу, ослобађајућу пресуду и на одлуку о казни. Жалба може бити изјављена због чињеничних и правних недостатака, услед повреда поступка, као и због било ког другог основа, који утиче на правилност и правичност одлуке, или поступка који је претходио доношењу одлуке (члан 81. став 1. тачка а и б Статута). Према томе, основи жалбе су чињеничне грешке и правне грешке, које могу бити материјалне и процесне. Право побијања пресуде припада странкама, с тим што оптужени или тужилац у његово име може изјавити жалбу и услед другог основа, који утиче на правичност и правилност одлуке или поступка. На тај начин је установљен потпун правни лек, који омогућава преиспитивање чињеничне и правне основице одлуке МКС, у жалбеном поступку. Одлука о казни се може побијати услед несразмере између тежине кривичног дела и изречене казне (члан 81. став 2. Статута МКС). То значи да се жалбом може захтевати преиспитивање утврђених чињеница, од којих зависи врста и тежина казне. Статутом МКС је предвиђено и условљено изјављивање жалбе (*leave to appeal*). За то је неопходно прибављање дозволе претпретресног већа или претресног већа. Веће ће дати дозволу за изјављивање жалбе ако би се на тај начин у знатној мери унапредио поступак (члан 82. став 1. тачка д Статута МКС).

Резолуцијом број 827 од 15. маја 1993. године, усвојеном у Савету Безбедности УН, усвојен је Статут Међународног трибунала за гоњење лица одговорних за озбиљне повреде међународног хуманитарног права извршене на територији СФРЈ од 1991. године⁸⁵³ (МКСЈ, ICTY). Правни основ за установљавање овог ад хоц трибунал налази се у глави ВИИ Повеље УН. Трибунал је надлежан да суди извршиоцима следећих врста злочина: тешке повреде Женевских конвенција из 1949. године (члан 2.), кршења закона и обичаја ратовања (члан 3.), геноцид (члан 4.) и злочине против човечности

⁸⁵³ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY

(члан 5.). За разлику од нирнбершког, Статут МКСЈ⁸⁵⁴ предвиђа индивидуалну, личну кривичну одговорност само за физичка лица. Поред тога, Статут успоставља принцип одговорности за кривична дела извршена од стране подчињених, на основу наредбе надређених лица. Не заборавља се ни на принцип командне одговорности, као ни на принцип не бис ин идем⁸⁵⁵. Функција суђења поверена је Претресним већима и Жалбеним већима, која су састављена од судија по позиву. Функцију оптужбе обавља Тужилац.

Процесним делом Статута МКСЈ прописано је да јавни тужилац покреће поступак сходно начелу официјелности. Претходни поступак састоји се из фазе истраге и фазе контроле оптужнице. Њему следи главни претрес, као централна фаза поступка, која обухвата доказни поступак, као његов најзначајнији део. Статутом су предвиђена права окривљеног у поступку (члан 21.), као и одредбе које се тичу заштите жртава и сведока (члан 22.). Лепеза кривичних санкција превиђена Статутом МКСЈ своди се на једну главну казну- казну затвора и једну споредну- одузимање имовинске користи прибављене кривичним делом. Статутом су предвиђена два правна лека: жалба и предлог за испитивање пресуде. Чињенична и правна основа пресуде МКСЈ се може побијати жалбом, која је потпун правни лек. Обе странке могу изјавити жалбу на првостепену пресуду. Тужилац може изјавити жалбу на осуђујућу, али и ослобађајућу пресуду. У члану 25. став 1. Статута МКСЈ су предвиђени основи жалбе. То може бити грешка у примена права, која пресуду чини неважећом, као и грешка у утврђивању чињеничног стања, услед које пресуда није правична. Странка је дужна да најави изјављивање жалбе у року од 30 дана, од дана изрицања пресуде. Ако се жалбом побија само одлука о казни, рок за изјављивање је 30 дана од најаве (правило 111, став а Правилника о поступку и доказима МКСЈ⁸⁵⁶). Ако се осим одлуке о казни побија и одлука о кривици, онда је рок 75 дана од дана најве жалбе. Након тога следи давање одговора на жалбу и реплике на одговор (правило 113 Правилника). Странка, која је изјавила жалбу, има право да захтева извођење нових доказа у поступку по жалби

⁸⁵⁴ Текст доступан на: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_bcs.pdf, приступ: 04.12.2017. године (у даљем тексту: Статут).

⁸⁵⁵ Сходно овом принципу, забрањено је суђење истом лицу за исто кривично дело пред судом националне јурисдикције, уколико му је већ суђено пред МКСЈ. Насупрот томе, уколико је неке раније судио национални суд за исто кривично дело, под одређени условима може му поново судити МКСЈ (члан 10. став 2.).

⁸⁵⁶ Текст доступан на: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_bcs.pdf, приступ: 04.12.2017. године, (у даљем тексту: Правилник).

(правило 115. став а Правилника). Подносилац жалбе мора да назначи на који чињенични закључак се односи предлог доказа. У поступку предлагања и прихватања нових доказа је обезбеђена пуна контрадикторност. Поднесак се доставља супротној страни, која може поднети контрадоказ. Жалбено веће, приликом доношења одлуке о извођењу доказа, оцењује да ли су они били доступни током првостепеног поступка, да ли су значајни и поуздани и да ли су од одлучујућег значаја за доношење пресуде. То значи да је у поступку по жалби утврђивање чињеница редуковано и да обухвата само нове одлучне чињенице, које нису биле познате странкама током првостепеног поступка. Суд користи стандард ревноности, приликом доношења одлуке о прихватљивости доказа. Ревност странака се претпоставља, уколико се не покаже изузетни немар приликом предлагања доказа расправном већу.⁸⁵⁷ Бранилац окривљеног може одлучити да не предложи доказ током првостепеног поступка као део тактике одбране, или услед заблуде о доказној вредности.⁸⁵⁸ У том случају не постоји недостатак ревноности.

Пресуда у поступку по жалби се доноси на основу утврђених чињеница на претресу пред другостепеним судом, из предложених и прихваћених доказа и противдоказа, као и на основу чињеница, које су утврђене у првостепеном поступку. У другостепеном поступку је, према томе, могуће преиспитивање целокупне чињеничне основе првостепене пресуде, комбинованом методом непосредног и посредног утврђивања чињеница. То потврђује правило 117. став а Правилника, према коме жалбено веће МКСЈ изриче другостепену пресуду на основу списка предмета и нових доказа, који су изведени у другостепеном поступку. Одлука у поступку по жалби се може донети на основу одржаног претреса, или у седници већа. Правила о току главног претреса и о извођењу доказа се *mutatis mutandis* примењују на претрес пред жалбеним већем.⁸⁵⁹ Жалбено веће МКСЈ може да потврди првостепену пресуду, да је преиначи или укине (члан 25. став 2. Статута МКСЈ). Укидање пресуде доводи до поновног суђења (правило 117 став ц Правилника). У поступку преиспитивања првостепене пресуде МКСЈ је видљив утицај оба типа кривичног поступка. И поред ограничења утврђивања чињеница у другостепеном поступку, омогућено је потпуно

⁸⁵⁷ *Tužilac protiv Tadića*, IT-94-1-A, §48.

⁸⁵⁸ John Askerman, Eugene O'Sullivan, Пракса и процедура Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, Сарајево, 2002, стр. 499.

⁸⁵⁹ Више о томе: Богдан Иванишевић, Горан Илић, Томислав Вишњић, Весна Јањић, Водич кроз Хашки трибунал, прописи и пракса, Београд, 2008, стр. 220-221.

преиспитивање утврђеног чињеничног стања. Ипак, претрес пред жалбеним већем не значи ново суђење. Због тога је онемогућено неограничено прихватање нових доказа.⁸⁶⁰ Могућност утврђивања нових чињеница у поступку пред жалбеним већем се конфронтира са принципом коначности, који налаже такву могућност само ако те чињенице нису биле познате, односно да докази нису били доступни, током првостепеног поступка.⁸⁶¹ Поступак по жалби нема за циљ да исправља грешке или превиде странака, приликом утврђивања чињеница,⁸⁶² с обзиром да је у њиховим рукама доказна иницијатива.

IV ПРЕИСПИТИВАЊЕ ЧИЊЕНИЧНЕ ОСНОВЕ ПРАВНОСНАЖНЕ ПРЕСУДЕ

26. Правноснажност судских одлука и начело *ne bis in idem*

Окончањем поступка по редовним правним лековима судска одлука стаје на правну снагу и почиње да производи правно дејство. Она се, у том случају, може извршити. То може бити последица истицања рока за изјављивање правног лека, затим диспонирања лица овлашћених за њихово изјављивање, које се манифестује одрицањем, или одустанком, као и доношења одлуке другостепеног суда о изјављеном правном леку. Судска одлука тада постаје правноснажна, а кривична ствар бива пресуђена ствар (*res iudicata*).

Својство правноснажности има своје оправдање у потреби да се кривични спор дефинитивно правилно и законито реши, зарад правне сигурности. За разлику од тога, у инквизиционом поступку је постојала пресуда *absolutio ab instantia*, којом се окривљени отпуштао испод суђења. Она није стицала својство правноснажности, те је поступак против окривљеног могао бити настављен у било које време, ако се накнадно пронађу докази у прилог његове кривице.

Правноснажност судских одлука јавља се у два вида, као *формална* и *материјална* правноснажност. Формална (спољна, процесуална) правноснажност

⁸⁶⁰ *Tužilac protiv Tadića*, IT-94-1-A, §42

⁸⁶¹ *Tužilac protiv Tadića*, IT-94-1-A, §35

⁸⁶² *Tužilac protiv Erdemovića*, IT-96-22-A, §15

означава да се судска одлука не може више побијати редовним правним леком,⁸⁶³ или да редовни правни лек није допуштен по закону. Материјална правноснажност значи да судска одлука има својство пресуђене ствари, тј. да она ствара право у конкретном случају (*res iudicata ius facit*), те да се мора извршити. То је тзв. позитивно дејство материјалне правноснажности. Негативно дејство означава својство неопозивости и неизмењивости судске одлуке, које спречава поновно суђење у истој кривичној ствари и изрицање нове, истоветне, или другачије одлуке. Постојање *res iudicata* се јавља као негативна процесна претпоставка (процесна сметња) за поновно вођење кривичног поступка, и тиме се једним делом поклапа са начелом *ne bis in idem*, те се они могу означити као „укрштени појмови“.⁸⁶⁴ Суд на постојање пресуђене ствари пази по службеној дужности, а у случају кршења забране поновног покретања поступка странкама стоји на располагању приговор пресуђене ствари, који могу истаћи у свакој фази поступка. Уколико се тек након покретања поступка утврди да је кривична ствар већ пресуђена, поступак ће се обуставити, а након започетог главног претреса, донеће се пресуда којом се оптужба одбија.

Правноснажност судских одлука је заштићена важењем начела *ne bis in idem*.⁸⁶⁵ Начело *ne (non) bis in idem* (не два пута о истом) значи забрану поновног суђења истом окривљеном против кога је за исто кривично дело већ правноснажно окончан кривични поступак, и забрану да се против једног лица истовремено води више кривичних поступака.⁸⁶⁶ У теорији се ово начело често назива и забрана двоструке угрожености (енгл. *prohibition of double jeopardy*), или начело непоновљивости кривичнопроцесних субјеката⁸⁶⁷ (странака⁸⁶⁸) у истој кривичној ствари, као и начело забране поновног суђења.⁸⁶⁹ У међународним документима доминира назив забрана двоструке угрожености, док се у националним правним актима (уставима и законима) најчешће

⁸⁶³ Право побијања судске одлуке редовним правним леком престаје: кад су искоришћени сви редовни правни лекови, услед одрицања од права на жалбу, одустанка од жалбе, протекла рока у коме се може изјавити итд.

⁸⁶⁴ Тома Живановић, Основни проблеми Кривичног и Грађанског процесног права (поступка), II Одељак, Београд, 1941, стр. 62-66.

⁸⁶⁵ Више о томе: Иван Илић, *Zabrana dvostruke ugroženosti i ponavljanje krivičnog postupka na štetu okrivljenog*, у: *Zbornik radova Правног факултета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2011. - Str. 349-369*, Иван Илић, *Dejstvo načela ne bis in idem u evropskom pravnom prostoru*, у: *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru: tematski zbornik radova, Niš, 2011, стр. 611-628*,

⁸⁶⁶ Војисла Ђурђић, *Основна начела југословенског кривичног поступка и заштита слобода и права човека*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, бр. 2-3, Београд, 2011, стр. 84.

⁸⁶⁷ Станко Бејатовић, 2008, *op. cit.*, стр. 126.

⁸⁶⁸ Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, Београд, 2006, стр. 132.

⁸⁶⁹ Иван Беле Вид Јакулин, *Ne bis in idem*, Правни живот, бр.9/2007, стр. 181.

сређу називи *ne bis in idem* и забрана поновног суђења. У међународним документима и уставима ово начело је подигнуто на ранг основног људског права, док у националним процесним законима најчешће заузима место једног од основних начела кривичног поступка. Теорија га некада сврстава међу начела, која се односе на процесне субјекте (странке)⁸⁷⁰, или међу начела кривичног гођења.⁸⁷¹ Постоји схватање да између термина забрана двоструке угрожености и „*ne (non) bis in idem*“ постоји разлика, иако су концепцијски слични. Према том схватању забрана двоструке угрожености важи само у оквиру националне јурисдикције, док за *ne bis in idem* није од значаја истоветност снаге кривичног гођења (у смислу његовог ширег домаћаја, изван граница националне јурисдикције).⁸⁷² У немачком праву постоје тзв. *erledungsprinzip* и *anrechnungsprinzip*. Првим термином обухваћено је поновно кажњавање и паралелно вођење кривичних поступака против истог лица, за исто дело, а други не забрањује двоструко угрожавање, већ само предвиђа урачунавање раније изречене казне у казну изречену након поновног суђења.

Из појма овог начела произлазе две забране. Прва, која штити лице против кога је поступак правноснажно окончан од поновног покретања поступка против њега за исто кривично дело. Другачије речено, то значи да се исто лице не може два, или више пута појавити у својству окривљеног, у истој кривичној ствари, која је правноснажно пресуђена. Његово постојање оправдава се разлозима правичности, правне сигурности и законитости, а јавља се као последица својства правноснажности судских одлука. Евентуално поновно покретање поступка у истој кривичној ствари, спречава се истицањем приговора пресуђене ствари - *res iudicata*. Осим поновног покретања и вођења кривичног поступка, забрањено је паралелно вођење више поступака против истог окривљеног у истој ствари.

27. Појам и оправдање ванредних правних лекова

⁸⁷⁰ Тихомир Васиљевић, Систем кривичног процесног права СФРЈ, Београд, 1981, Чедомир Стевановић Војислав Турђић, Кривично процесно право- општи део, Ниш, 2006, Станко Бејатовић, Кривично процесно право, Београд, 2008, Момчило Грубач, Кривично процесно право, Београд, 2006.

⁸⁷¹ Милан Шкулић, Кривично процесно право, Београд, 2009.

⁸⁷² D. Lopez, Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine if Used to Circumvent *Non bis in idem*, *Vanderbilt J Transnat'l L.* 1263 2000, 1272, наведено према: Daniels R (2006), *Non bis in idem and Rome statute of the International Criminal Court*, *Be press legal series*, paper 1365, str. 2.

У стварности се често дешава да и правноснажне судске одлуке буду неправилне и незаконите. Неправилност судских одлука може бити последица њихове заснованости на непотпуном или погрешном чињеничном стању, на лажном исказу или кривичном делу учесника поступка. Такође се може накнадно открити погрешна примена материјалног, или процесног права, као и неправилност изречене кривичне сакнције. Стога се јавља потреба за отклањањем стварних и правних недостатака у правноснажним судским одлукама. Побијање правноснажних судских одлука је изузетак и представља ограничену могућност за овлашћена лица да нападају чињеничну, или правну основицу судске одлуке, под законом прописаним условима.

За побијање правноснажних судских одлука се предвиђају посебна правна средства, која се називају ванредним правним лековима. Иако у теорији постоји схватање да су ванредни правни лекови процесне радње,⁸⁷³ сматрамо да су то правна средства, којима се побија правноснажна судска одлука, у одређеним случајевима и под законом прописаним условима и правилима. Процесуалисти углавном не одређују неке строге дефиниције ванредних правних лекова, већ се опредељују да их дефинишу правећи разлику у односу на редовне правне лекове. Ипак, према једном гледишту, ванредним правним лековима се, из посебних законом одређених разлога, тражи да се о једној кривичној ствари поново расправља.⁸⁷⁴ Једна од дефиниција, из новије литературе, правне лекове одређује као врсту правних средстава, којима овлашћено лице у одређеној процесној форми напада одређену правноснажну одлуку у кривичном поступку, са захтевом доношења одређене одлуке од надлежног суда.⁸⁷⁵ Прва дефиниција је непотпуна, јер садржи само један елемент појма (захтев). Друга дефиниција, иако свеобухватнија, није довољно прецизна, с обзиром да садржи доста термина, који траже ближе одређење. Имајући у виду елементе дефиниције, које смо раније успоставили, ванредни правни лекови се могу дефинисати као правна средства, којима овлашћена лица побијају правноснажну одлуку органа вођења кривичног поступка, услед стварних, или правних недостататака, са захтевом да се она укине или преиначи. У поређењу са дефиницијом редовних правних лекова, опсег одлука које се могу побијати је код ванредних шири. Осим судских одлука, неким ванредним

⁸⁷³ Тадија Бубаловић, *Правни лекови...*, op. cit, стр. 242.

⁸⁷⁴ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, op. cit, стр. 638.

⁸⁷⁵ Милош Миловановић, *Ванредни правни лекови у кривичном поступку – докторска дисертација*, Београд, 2016, стр. 10.

правним лековима је могуће побијати и одлуке јавног тужиоца, као што је случај са захтевом за заштиту законитости, у нашем кривичном поступку.

Оправдање за постојање ванредних правних лекова се налази у потреби утврђивања истине у кривичном поступку, те у потреби заштите општег интереса, ауторитета правосуђа и интереса странака.⁸⁷⁶ Успостављањем ванредних правних лекова се заправо успоставља баланс између правне сигурности и правичности. За разлику од дела процесне теорије, која сматра да су предвиђањем ванредних правних лекова принципи законитости и правичности однели превагу над правном сигурношћу,⁸⁷⁷ мишљења смо да је реч о успостављању правичне равнотеже између ових принципа. Систем процесних принципа, да би остварио свој циљ, мора да делује заједно, у синергији. Тако и у случају ванредних правних лекова, успоставља се баланс између законитости и правичности, на једној, и правне сигурности, на другој страни.

28. Одлике ванредних правних лекова

За разлику од редовних правних лекова, ванредни су најчешће непотпуни, јер се њима допушта побијање само чињеничне, или правне основице судске одлуке. Таква је традиција нашег кривичног поступка, који је кроз историју мењао број правних лекова, али су они били непотпуни. За побијање правне основице одлуке били су предвиђени захтев за заштиту законитости и захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде, а за побијање чињеничног стања, захтев за понављање поступка и захтев за ванредно ублажавање казне⁸⁷⁸. Осим тога, ванредни правни лекови, по правилу, немају суспензивно дејство, али суд који је надлежан за решавање по њима има овлашћење да одложи, или прекине извршење судске одлуке. По правилу ванредни правни лекови нису везани роком, али и ту има изузетака.⁸⁷⁹

У погледу деволутивности није могуће поставити правило, будући да постоје ванредни правни лекови са деволутивним и недеволутивним дејством. Ванредни правни лекови, којима се побија правна основица су најчешће деволутивни, а они

⁸⁷⁶ Момчило Грубач, 2009, *op. cit.*, стр. 470.

⁸⁷⁷ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 313.

⁸⁷⁸ Овај правни лек је служио за побијање одлуке о кривичној санкцији, али је имао у основи појаву нових чињеница и доказа, који су утицали на доношење одлуке о врсти и мери кривичне санкције.

⁸⁷⁹ Према важећем процесном закону, захтев за понављање поступка, у одређеним случајевима, може се поднети у року од 6 месеци, у неким док казна не буде извршена (члан 473. став 1. тачка 6 и 7), а у случају суђења у одсуству окривљеног, у року од 6 месеци од када су се створили услови за суђење у присуству (члан 480. став 1. ЗКП).

којима се побија чињенично стање, недеволутивни. Појава нових чињеница и доказа, који указују на неправилну одлуку, захтева промене у чињеничном стању. Стога је опортуно и оправдано да се интервенција у утврђено чињенично стање врши од стране првостепеног суда. Ванредни правни лекови су најчешће независни, што значи да нису условљени претходним исцрпљивањем редовних правних лекова.⁸⁸⁰

29. Историјат ванредних правних лекова

29.1. Античка Грчка

У Античкој грчкој је дуго важило правило да је пресуђена ствар коначна и да није подложна преиспитивању. Током Солонових реформи је уведен својеврстан народни суд, под називом Хелиеја, који је контролисао одлуке донете од државних органа. Међутим, одлуке Хелиеје нису биле подложне судској контроли, осим ако окривљени током суђења, пре него што се изјасни о кривици, изјави да ће покренути поступак против сведока, због лажног исказа, на основу којег је оптужен. Осим тога, одлука Хелиеје је могла бити побијана, ако је окривљеном суђено у одсуству, а у року од 10 дана од доношења одлуке се појавио пред судом.⁸⁸¹ За другостепени поступак није било неких посебних правила, али је познато да се Хелиеја упуштала у мериторно одлучивање. С обзиром да побијање пресуде услед лажног исказа и понављање поступка, услед суђења у одсуству окривљеног, данас представљају основе за захтев за понављање поступка, може се закључити да је још у старом веку створена основа за касније увођење ванредних правних лекова.⁸⁸² Понаваљање поступка због лажног исказа указује на погрешно утврђено чињенично стање, те се може закључити да је још тада постојала могућност преиспитивања чињеничне основице пресуде у кривичном поступку. Доношење пресуде у одсуству окривљеног такође указује на потенцијалне недостатке у утврђеном чињеничном стању, па се може извести исти закључак.

29.2. Стари Рим

У Старом Риму су постојале установе *provocatio*, која датира још из доба краљевства, као и *apellatio*, која је настала у доба царства. Нема сумње да је реч о

⁸⁸⁰ И од овог правила наш законодавац прави изузетак, када је у питању захтев за заштиту законитости, поднет услед појединих битних повреда одредаба кривичног поступка (члан 485. став 4. ЗКП). Окривљени може поднети захтев за заштиту законитости, услед неких од битних повреда одредаба кривичног поступка, у року од 30 дана, од достављања правноснажне одлуке, под условом да је против те одлуке изјавио жалбу.

⁸⁸¹ Више о томе: Горан Илић, *Границе...*, op. cit, стр. 40.

⁸⁸² Милош Миловановић, op. cit, стр. 42.

установама које имају елементе правних лекова, према садашњем поимању. Право слободних грађана Рима да се, у случају осуђујуће пресуде на смрт, или на новчану глобу, обратe магистрату и Народној скупштини, имало је за циљ да се спречи извршење пресуде. Поступак пред центуријатском у случају смртне казне, односно пред трибутском, у случају највише новчане казне, могао је резултовати опростом, па се не може тврдити да је реч о поновном суђењу.⁸⁸³

Једина веза са ванредним правним лековима може се наћи у установи Интерцесије (*intercessio*), која је настала у периоду Републике. То је заправо било право магистрата да пониште акт другог магистрата, истог или нижег ранга, и тако спрече извршење, у случају тежих повреда права и обичаја. Изјављивање правног лека због тежих повреда права у савременом кривичном поступку представља основ за изјављивање ванредних правних лекова, којима се побија правна основа правноснажне пресуде. Апелација је имала готово сва обележја редовног правног лека, којим се могла побијати чињенична и правна основица судске одлуке. Усвајање апелације је могло довести до укидања и преиначења пресуде. Очигледно је да у доба царства није било правних лекова, који би имали обележја ванредних. С обзиром да је захтев правичности налагао да нико невин не буде осуђен, а да се кривцу изрекне адекватна кривична санкција, ипак је постојала једна установа, заснована на истом постулату као и правни лекови. Правноснажно осуђени је имао право да тражи од цара реституцију (*restitutio*), ако је пресуда била неправична. Реституција није сматрана правним средством, већ актом милости цара, али како је цар био и врховни судија, одлука је имала и карактер судске пресуде.⁸⁸⁴

29.3. Средњевековно право

У Средњем веку је постојала установа милостивог суђења, која подсећа на ванредно ублажавање казне. Ипак, за разлику од овог ванредног правног лека, који се заснива на откривању нових чињеница, које утичу на врсту и меру кривичне санкције, основ за средњевековно милостиво суђење је другачији. Реч је о установи, која се могла применити по сили закона, или по молби окривљеног. Суд је одлучивао узимајући у обзир личне околности на страни окривљеног, попут година старости,

⁸⁸³ Горан Илић, *Границе...*, op. cit, стр. 42.

⁸⁸⁴ Божидар Марковић, *Расправе...*, Београд, 1914, стр. 49.

пола, признања извршења кривичног дела.⁸⁸⁵ Одлука је, према томе, доношена слично као код помиловања, без упуштања у чињеничну заснованост пресуде.

У Германском праву се средином XII века појавио институт покуде пресуде (*Urteilsschelte*). Странка у поступку, као и чланови народне скупштине, могли су побијати пресуду, предложена од тзв. пресуђивача⁸⁸⁶ (*Urteiler*), ако су сматрали да је предлог пресуде заснован на злонамерној погрешној примени права. Онај ко је предложио покуду пресуде морао је сачинити сопствени предлог одлуке, а поступак се окончавао двобојем између жалиоца и пресуђивача. Предлог пресуде победника у двобоју је стицао снагу пресуђене ствари. Покуда пресуде, по свом основу, има сличности са захтевом за понављање поступка, који се у савременом кривичном поступку изјављује услед пресуде, која је заснована на кривичном делу судије.⁸⁸⁷ Иако је по том основу данас могуће побијати чињеничну основу правноснажне пресуде, ипак се не може тврдити да је у германском средњовековном праву долазило до тога. Уместо преиспитивања предлога пресуде, кривична ствар је мериторно одлучивана двобојем, те не може бити речи о било каквој примени права, нити о поступку по правном леку. Каснијим развојем германског права о овом правном леку су одлучивали краљевски и градски судови, али на основу списка, без поновног суђења. Вредна спомена је још и установа исправљања пресуде из Француске, у доба Луја IX, која је састојала у захтеву да Краљевски суд преиспита одлуку властелинског суда.⁸⁸⁸

У инквизиционом поступку нису постојали правни лекови. Изузетак је представљао тзв. лек даље одбране (*remedium ulterioris defensionis*). Окривљени, против кога је осуђујућа пресуда постала правноснажна, могао је изјавити овај правни лек, којим је одгађао извршење пресуде.⁸⁸⁹ У остављеном року је могао да изводи нове доказе у прилог своје одбране. То значи да је постојала могућност измене утврђених чињеница након правноснажности пресуде. Према Ордонанси о кривичном поступку из 1670. године у француском инквизиционом поступку је постојало овлашћење за изјављивање писма о ревизији. Реч је о својеврсном ванредном правном леку, са захтевом монарху да одобри ново суђење, у случају очигледне неправде, која је учињена окривљеном доношењем осуђујуће пресуде. Према члану 8. дела XVI,

⁸⁸⁵ Више о томе: Владимир Бајер, *Казнено поступовно право...*, op. cit., стр. 72-96.

⁸⁸⁶ То су били најјакснији и најугледнији чланови народне скупштине.

⁸⁸⁷ Милош Миловановић, op. cit., стр. 45.

⁸⁸⁸ Горан Илић, *Границе...*, op. cit., стр. 44.

⁸⁸⁹ Давор Крапац, *Институције...*, op. cit., стр. 157.

осуђени је у писму о ревизији могао да наводи чињенице и околности у корист своје одбране.⁸⁹⁰ То указује на основ, који је сличан са новим чињеницама и доказима, код савременог захтева за понављање поступка.

29.4. Настанак ванредних правних лекова у савременом кривичном поступку

Почетком XIX века у кривичном поступку коначно настају ванредни правни лекови. Аустријски казнени законик из 1808. године је познавао два ванредна правна лека, којима је била омогућена ревизија чињеничне основе правноснажне судске одлуке. Обнова кривичног поступка (§ 471-473) је била могућа ако се појаве нове чињенице, или нови докази, на основу којих би се донела другачија одлука у кривичном поступку. Понављање поступка је било могуће у корист и на штету окривљеног. У судској пракси је ипак преовладало схватање да је понављање поступка могуће само у корист окривљеног. У случају доношења ослобађајуће пресуде је практиковано уништавање списка предмета.⁸⁹¹ Ванредно ублажавање казне (§ 470) је било омогућено у случају појављивања нових околности, које би довеле до блаже осуде, да су биле познате у време доношења одлуке. На основу ова два правна лека, у кривичном поступку је могло доћи до преиспитивања целокупне чињеничне основе кривичне пресуде, у погледу одлучних чињеница о кривици и од којих зависи одлука о врсти и мери кривичне санкције.

Осим ових правних лекова било је могуће и настављање поступка, у коме је донета пресуда, којом је окривљени отпуштен испод суђења. Било је потребно да се појаве нове чињенице и околности, које нису биле познате, а могу довести до потпуног доказа кривице окривљеног. То се не може сврстати у преиспитивање чињеница зато што пресуда *absolutio ab instantia* није ни стицала својство правноснажности, па се није ни могла побијати ванредним правним лековима. Осим тога, овај вид неправог понављања поступка је био могућ само на штету окривљеног.

За разлику од аустријског кривичног поступка, према француском Закону о кривичној истрази је било могуће понављање поступка (*demande de revision*) искључиво у корист окривљеног. Захтев за понављање поступка (§ 443) је био

⁸⁹⁰

Текст

доступан

на:

http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/ordonnance_criminelle_de_1670.htm, приступ: 8.8.2017. године.

⁸⁹¹ Божидар Марковић, *Расправе...*, op. cit, стр. 51.

ванредни правни лек, који је било могуће изјавити по више основа. До понављања поступка је најпре могло доћи ако се појаве нови докази да је лице, због чијег је наводног убиства донета осуђујућа пресуда, још увек у животу. Осим тога, захтев је могао бити изјављен, ако су према саокривљенима донете различите, међусобно опречне пресуде. До поновног суђења је, такође, могло доћи услед осуде сведока због лажног сведочења, као и ако се појаве нови докази, на основу којих би могла бити донета ослобађајућа пресуда.⁸⁹² Францусни процесни закон са почетка XIX века је заправо ударио темење кључним основима за понављање поступка, који су опстали све до данашњих дана. Законик о општем кривичном поступку немачког царства из 1877. године је допуштао поновно суђење након доношења ослобађајуће и осуђујуће пресуде, и то на штету и у корист окривљеног. Исто тако, у аустријском Закону о кривичном поступку од 1873. године је предвиђено поновно суђење у корист и на штету окривљеног (§ 353 и 355).⁸⁹³

У Енглеском кривичном поступку постоји дуга традиција ванредних правних лекова, с тим што су они дуго коришћени у грађанском поступку, а тек у XVII веку инкорпорирани у кривични поступак.⁸⁹⁴ Установа *venire de novo* датира још из XIV века. Реч је о могућности да се о раније окончаној правној ствари поново суди, ако суд утврди да је неко од поротника извршио кривично дело, или погрешно применио право. Поновно суђење је у Енглеској по први пут допуштено у кривичном поступку, у случају *Wood v. Gunston*⁸⁹⁵ из 1655. године. До тада су кажњавани поротници, који су извршили кривично дело,⁸⁹⁶ а поновно суђење није било могуће. Ново суђење је било одређено услед корупмираности пороте, која је донела правноснажну пресуду. На основу овог прецедента је створено правило о понављању поступка, у случају неправилних судских одлука.⁸⁹⁷ С обзиром да у кривичном поступку одлуку о чињеницама доноси управо порота, на овај начин је омогућено преиспитивање чињеничне основе кривичне пресуде. Додуше, поновно суђење је било могуће само за лакша кривична дела. До поновног суђења је могло доћи услед грешке приликом оцене

⁸⁹² Овај, четврти основ, је додат 1895. Године.

⁸⁹³ Божић Марковић, *Расправе...*, *op. cit.*, стр. 52-53.

⁸⁹⁴ Више о томе: James Fleming Jr, Remedies of excessiveness or inadequacy of verdicts, *Duquesne University Law Review*, nr. 143/1963, pp. 143-144.

⁸⁹⁵

⁸⁹⁶ Renee Lettow, *New Trial for Verdict against Law: Judge-Jury Relations in Early Nineteenth-Century America*, *Notre Dame Law Review*, nr. 3/1996, p. 510

⁸⁹⁷ *Federal Appellate Review of Excessive or Inadequate Damage Awards*, *Fordham Law Review* 28/1959, p. 500,

Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol28/iss3/7>, приступ : 9.8.2017. године.

доказа, погрешне инструкције пороти, пресуде која је у дискрепанци са доказном основом, као и када би ново суђење исходovalo правичној судској одлуци.⁸⁹⁸

Доношењем Закона о кривичном апелу, 1907. године је укинута поновно суђење. Опстао је институт *venire de novo*, али се он могао користити само у току првостепеног поступка, најкасније након доношења пресуде, али пре него што постане правноснажна,⁸⁹⁹ што га лишава атрибута ванредног правног лека. Ванредни правни лекови ипак нису сасвим изчезли из енглеског кривичног поступка. На основу члана 19. Закона о кривичном апелу, осуђени је могао да поднесе петицију за краљеву милост (*prerogative of mercy*). Министар унутрашњих постола је, решавајући по том захтеву, могао правноснажно окончати поступак да врати на поновно суђење Суду кривичног апела. Из овог института се касније развио *reference by Home Secretary*, на основу члана 17. Закона о кривичном апелу из 1968. године. Министар унутрашњих послова је могао да врати предмет на поновно суђење по службеној дужности, или на захтев окривљеног. Ово овлашћење је у пракси ретко коришћена. Од 700 до 800 петиција годишње, само неколико је враћано на поновно суђење Суду кривичног апела.

Под утицајем праксе енглеских судова, понављање поступка је полако продирало у федералне државе САД. Устав САД не гарантује право на поновно суђење, али га ни не забрањује. Расправу о уставности поновног суђења је окончао амерички Конгрес доношењем Закона о правосуђу (*Judiciary Act*) 1789. године. Усвајањем XVII амандмана на устав САД, поновно суђење је добило уставну верификацију. У уставима федералних држава нигде није била садржана забрана преиспитивања чињеничног стања током поновног суђења.⁹⁰⁰ Поновно суђење је било допуштено из истих разлога, као у Енглеској. У пракси америчких судова је више преферирано допуштање поновног суђења услед правних недостатака, али на тај начин што су чињенична питања била проглашавана правним, или мешовитим.⁹⁰¹

Захтев за поновно суђење је могао да буде истакнут услед појављивања новог доказа. Таква пракса судова је устаљена тек од XIX века, с обзиром на различите ставове, који су постојали до тог доба. С циљем уједначавања судске праксе, по питању усвајања захтева заснованог на новом доказу, Врховни суд Џорџије је у случају

⁸⁹⁸ Lester Orfield, *History of Criminal Appeal in England*, Mo. L. Rev. nr. 4/1936, p. 3.

⁸⁹⁹ Lester Orfield, op. cit, стр. 4.

⁹⁰⁰ Renee Lettow, op. cit., p. 524.

⁹⁰¹ Renee Lettow, op. cit, p. 526.

Berry v. State,⁹⁰² усвојио критеријуме по којима се оцењује квалитет новог доказа.⁹⁰³ Нови доказ није смео да буде познат подносиоцу захтева током суђења, а да то није резултат пропуштања дужне пажње. Осим тога, нови доказ је вероватно требало да доведе до другачије судске одлуке, као и да је у складу са осталим утврђеним чињеницама. Најзад, нови доказ треба да се односи на чињенице, а не да се њиме оспорава кредибилитет сведока. Такозвани „Бери тест“ је садржао још један услов, који се односио на исказ сведока. Било је потребно да постоји писани исказ сведока. Тај услов је касније у судској пракси укинут, али је додат још један. Потребно је да ће нови доказ вероватно променити исход поступка.⁹⁰⁴ Наведени услови су опстали до данашњих дана. Према томе, један од темељних услова за понављање поступка, у савременом кривичном поступку, који омогућава преиспитивање чињеница из правноснажне пресуде, је изграђен у адверзијалном поступку кроз судске прецеденте.

29.5. Историјат ванредних правних лекова у српском кривичном поступку

Сви процесни законици, који су важили на просторима бивше Југославије, до ступања на снагу важећег, су имали више могућности евалуације чињеничне основице правноснажне пресуде. Чињенице, које су утврђене у правноснажној пресуди биле су предмет преиспитивања, не само приликом понављања поступка, већ и у поступку преиспитивања правне основице. Законодавац је тако уважавао фундаментално правило, да без правилне нема ни законите пресуде.

29.5.1. ЗАКОН О ПОСТУПКУ СУДСКОМ У КРИВИЧНИМ ДЕЛИМА ИЗ 1865. ГОДИНЕ

Први српски процесни закон, Законик о поступку судском у кривичним делима, из 1865. године, прописивао је могућност преиспитивања чињеничне основе правноснажне пресуде. Молба за поновно суђење је био ванредни правни лек, којим се могло захтевати поновно суђење у корист и на штету окривљеног. У параграфима 336. и 337. је било предвиђено право на подношење молбе за поновно суђење на штету окривљеног. У случају ослобађајуће пресуде, или решења, донетог услед постојања трајних сметњи, поновно суђење је могло бити одређено ако је пресуда заснована на лажном сведочењу или лажној исправи, те кривичном делу судије или тужиоца, као и

⁹⁰² **Supreme Court of Georgia, 490 S.E.2d 389 (1997).**

⁹⁰³ Више о томе: Милош Миловановић, *op. cit.*, стр. 53.

⁹⁰⁴ Mary Ellen Brennan Interpreting the Phrase Newly Discovered Evidence: May Previously Unavailable Exculpatory Testimony Serve as the Basis for a Motion for a New Trial under Rule 33, *Fordham Law Review*, nr. 3/2008, p. 1105.

ако је окривљени признао да је извршио кривично дело (§ 335). У овом случају је поновно суђење било засновано на новим доказима, који указују на другачије чињенично стање, у односу на утврђено у правноснажној судској одлуци. Поновно суђење након доношења пресуде, којом се окривљени ослобађа оптужбе услед недостатка доказа, је било могуће из истих разлога као код ослобађајуће пресуде, ако се појаве нове чињенице или докази, допуњују или поткрепљују основе подозрења, или ако дају нове основе подозрења или образују потпун доказ (§ 336). Реч је о пресуди, којом се окривљени отпушта испод суђења, која је иманентна инквизиционом типу кривичног поступка, какав је био српски у то време. И овај основ омогућава измену чињеничне основице пресуде након правноснажности пресуде, на штету окривљеног. Понављање поступка је било могуће и ако се по правноснажности докаже да кривично дело није преступ, нити иступ, већ злочин. Ако приватни тужилац поднесе нове доказе, или ако се појаве нови докази, који указују да је могуће гођење по службеној дужности, такође је долазило до понављања поступка (§ 337).

Понављање поступка у корист окривљеног је било могуће ако докаже да је пресуда била заснована на лажним исправама, или на лажном сведочењу сведока, или вештака, или на лажном мишљењу вештака, или на кривичном делу судије, или браниоца. Било је потребно да је поднети доказ о заснованости пресуде на лажном доказу релевантан, тј. да је у стању да обеснажи инкриминисане доказе.⁹⁰⁵ Окривљени је могао да поднесе молбу за поновно суђење, ако наведе нове чињенице, или доказе, који указују да није извршио кривично дело, или да је могуће изрицање блаже казне. За нове чињенице и доказе постојао је услов да окривљени за њих није знао у току правноснажно окончаног поступка.⁹⁰⁶ До понављања поступка је долазило ако се покаже да су саокривљени осуђени различитим пресудама, које су опречне, и доказују да је неко од њих невин. Најзад, поновно суђење у корист окривљеног је било могуће и по одобрењу кнеза (§ 340).

Правни лек захтев за понављање поступка је омогућавао евалуацију целокупне чињеничне основице кривичне пресуде, услед појављивања нових чињеница и доказа, након правноснажности пресуде. Измена чињеничног стања је била могућа у корист, али и на штету окривљеног. Овај правни лек је био делимично везан роком. У случају понављања поступка у корист окривљеног, није постојао рок. Понављање у корист се

⁹⁰⁵ Божидар Марковић, *Расправе...*, ор. cit, стр. 60.

⁹⁰⁶ За разлику од нашег процесног закона, немачки и аустријски су новим чињеницама и доказима сматрали и оне за које је окривљени раније знао Божидар Марковић, *Расправе...*, ор. cit, стр. 60.

могло тражити и након смрти окривљеног (§ 346). Понављање поступка на штету окривљеног се могло тражити до застарелости кривице (§ 339). Понављање поступка је био недеволутиван правни лек. Одлучивао је суд, који је судио у првом степену (§ 339). По правилу је био несуспензиван, али се могло одложити извршење казне, из оправданих разлога. На поновном суђењу важили су исти прописи, као у првостепену поступку. Пресуда се заснивала на ранијој и новој чињеничној подлози (§ 342. став 2). Ранија пресуда је била укидана у потпуности, а нова пресуда је била потпуно аутохтона од првостепене. То правило је важило чак и када је исход поступка био истоветан првостепену.

29.5.2. ЗАКОН О СУДСКОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ КРАЉЕВИНЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ ИЗ 1929.ГОДИНЕ

Закон о судском кривичном поступку Краљевине Југославије из 1929. године је познавао три ванредна правна лека: захтев за заштиту закона (§ 357-358), захтев за понављање поступка (§ 359-371) и захтев за ванредно ублажавање казне (§ 429-431). Чињенична основица правноснажне пресуде је могла бити побијана путем захтева за понављање поступка. Предмет поновног суђења је управо био допуна и поправљање чињеничне подлоге, на којој је заснована правноснажна пресуда.⁹⁰⁷ Процесни закон Краљевине Југославије је правио разлику између правог и неправог понављања поступка. Право понављање поступка је било могуће у корист и на штету окривљеног. Осим заснованости пресуде на лажној исправи, или лажном исказу сведока, или саучесника, или на лажном мишљењу вештака, као и примању мита истражног, или судећег судије, или кривичном делу судије, у вези са кривичним поступком, понављање поступка у корист окривљеног је могуће и на основу нових чињеница, или нових доказа, који су могли да исходују ослобађајућом пресудом, или блажом казном (§ 362). При томе, није од значаја, да ли је окривљени знао за те чињенице и доказе у току правноснажно окончаног поступка.

Процесни закон из 1929. године уводи још један основ за понављање поступка. То је повреда принципа *ne bis in idem*. Ако се поређењем чињеничне основе две пресуде докаже да је једно исто лице осуђено за исто кривично дело, такође је долазило да понављања поступка у корист окривљеног. Овај захтев се такође могао истицати у случају неслагања двеју осуђујућих пресуда против саучесника по истом кривичном делу.

⁹⁰⁷ Божидар Марковић, *Уџбеник...*, op. cit, стр. 610.

Понављање поступка на штету окривљеног је било могуће у случају доношења осуђујуће, одбијајуће и ослобађајуће пресуде. У случају доношења ослобађајуће и одбијајуће пресуде, поступак је могао бити поновљен, ако је пресуда заснована на лажној исправи и лажном исказу сведока, или саучесника, на лажном налазу или мишљењу вештака, или на кривичном делу судије, окривљеног, или неког другог лица. Осим тога, понављање на штету је било могуће ако окривљени призна извршење кривичног дела, или се појаве нове чињенице, или нови докази за утврђивање кривице окривљеног (§ 364). У поређењу са понављањем поступка у корист окривљеног, овде је било неопходно да је реч о чињеницама и доказима који су се појавили након правноснажности пресуде. Није било могуће истицати нове чињенице и доказе које у биле познате у току поступка.⁹⁰⁸ Понављање поступка на штету окривљеног, у случају доношења осуђујуће пресуде је било могуће по истим основама као и код ослобађајуће и одбијајуће пресуде. Додатни услов је да је за кривично дело, на које указују нове чињенице и докази, могла бити изречена смртна казна, или казна доживотног затвора, или се могла применити казна затвора преко 10 година, уместо кривичног дела за које је осуђен са запрећеном казном до 5 година, као и ако је дело било квалификовано као злочин, а осуђен је за преступ (§ 365). Може се рећи да је захтев за понављање поступка, у време важења процесног закона из 1929. године, представљао адекватно средство афирмације начела истине у кривичном поступку.⁹⁰⁹

Понављање поступка, који је обустављен у току извиђаја, или истраге, је било могуће ако тужилац поднесе доказе о новим чињеницама, или нове доказе о већ познатим чињеницама. У овом случају је било могуће подношење доказа и чињеница, који су раније били познати тужиоцу. Чињенице и докази треба да буду такви да су подобни да докажу кривицу окривљеног. Било је довољно да на основу њих постоји велика вероватноћа о кривици.⁹¹⁰

Захтев за понављање поступка се подносио првостепеном суду, пред којим је вођен поступак. Захтев је, између осталог, могао бити одбијен, ако се до нових чињеница, или доказа не може доћи, затим ако су већ раније били одбачени, тј. нису били нови, или ако нису били подобни за понављање поступка (§ 366). Ако је била донета одлука о понављању поступка у корист окривљеног, у седници већа је могла бити донета ослобађајућа пресуда, или преиначена пресуда, применом блажег закона,

⁹⁰⁸ Божидар Марковић, *Уџбеник...*, op. cit, стр. 617.

⁹⁰⁹ Божидар Марковић, *Уџбеник...*, op. cit, стр. 610.

⁹¹⁰ Божидар Марковић, *Уџбеник...*, op. cit, стр. 618.

или уклањањем правних последица осуде (§ 369). У супротном је могла бити донета одлука о враћању поступка у фазу истраге, или главног претреса. Нови главни претрес се водио на основу раније оптужнице, уз употребу раније изведених доказа, али и могућности да се утврђују нове чињенице и изводе нови докази. По окончању главног претреса је доношена нова пресуда. Новом пресудом се стара пресуда потврђује или се поништава. Та пресуда је могла бити побијана редовним и ванредних правним лековима (§ 371).

Направо понављање кривичног поступка је било могуће у два случаја. Најпре, поступак који је прекинут, услед постојања неких привремених процесних сметњи, могао је бити настављен када буду уклоњене те сметње, и ако у међувремену није наступила застарелост (§ 359). Једна од привремених сметњи је била скопчана са великим тешкоћама приликом прикупљања доказа. Ова сметња је блиска са новим чињеницама и доказима, који су фигурирали као услов за право понављање поступка. Да би се правилно разграничили, односно да не би дошло до заобилажења правог понављања, потребно је да су у раније прекинутом поступку установљене велике тешкоће приликом прибављања доказа. Осим тога, могло је доћи до преиначења правноснажне пресуде, када је у одвојеним поступцима против истог окривљеног изречено више пресуда, а нису правилно примењене одредбе о одмеравању казне за дела у стицају. До преиначења је такође могло доћи, ако је у пресуди за више дела изречена јединствена казна, али се не би могла извршити, услед помиловања за неко од тих дела. Неправо понављање је могло бити одобрено само на захтев овлашћеног тужиоца. Према томе, неправо понављање поступка заправо није представљало чињенично преиспитивање, већ је било засновано на погрешној примени материјалног права.

Одлуке окружних судова у зборном саставу су се ревизијом могле побијати само услед правних недостатака, док се чињенична основица могла побијати захтевом за понављање поступка. Неке пресуде ипак остају под сумњом у правилност и када се не могу нападати ни ревизијом, нити захтевом за понављање поступка. У случају када нема нових чињеница, ни доказа, а остаје сумња у утврђене чињенице, тадашњи процесни закон је предвиђао могућност ванредне ревизије. Касациони суд је могао по службеној дужности да укине пресуду, и предмет врати на поновно суђење у корист окривљеног, или сам да изрекне пресуду. Било је потребно да се појави знатна сумња у истинитост чињеница, на којима је заснована пресуда, која не може бити оклоњена

извиђајима Касационог суда (§ 354 и 355). Није било потребно подносити нове чињенице, или доказе, него је знатна сумња у истинитост чињеница произлазила из утврђеног чињеничног стања. Касациони суд је имао овлашћење да по службеној дужности испитује чињенично стање, у случају одлучивања по поднетој ревизији, у седници већа, или на главном претресу, чак и ако постоје основи за одбацивање ревизије. Ово овлашћење је имао и у случају одлучивања по захтеву за помиловање, захтеву за заштиту законитости, као и приликом испитивања списа на захтев врховног јавног тужиоца (§ 355). Куриозитет је да је захтев за ванредну ревизију могао истаћи само државни тужилац. Странке и друга овлашћена лица могла су само чинити предлоге државном тужиоцу да захтева ванредну ревизију. Ово правно средство нема све атрибуте ванредних правних лекова, али представља још један правни пут за евалуацију утврђених одлучних чињеница, у интересу истине и правичности.⁹¹¹

Захтев за ванредну ревизију није био везан роком, нити за подношење захтева за понављање поступка. Касациони суд је могао вратити поступак у фазу истраге, или главног претреса, или је Касациони суд могао одмах да изрекне нову пресуду. Ванредна ревизија је представљала једну врсту корективног механизма за изостанак овлашћења да се одлуке суда у зборном саставу побијају услед чињеничних недостатака, за разлику од одлука судије појединца, које су могле бити побијане ревизијом, услед стварних и правних недостатака. Врло слично овлашћење је било предвиђено путем ванредног понављања кривичног поступка. Приликом већања о захтеву за заштиту законитости Касациони суд је могао, на предлог државног тужиоца, да одреди ванредно понављање кривичног поступка, ако утврди да постоји сумња у истинитост чињеница. На располагању су му стајале три могућности, да укине пресуду и одреди нови главни претрес, да одреди понављање кривичног поступка, или да сам донесе нову пресуду. За разлику од ванредне ревизије, код ванредног понављања поступка је постојао услов да је пресуда стекла својство правноснажности.⁹¹² Реч је о преиспитивању чињеничне стране пресуде, ако се у поступку по захтеву за заштиту законитости појави знатна сумња у истинитост утврђених чињеница.

Закон о судском кривичном поступку Краљевине Југославије из 1929. године је предвиђао једно правно средство, којим се могла побијати одлука о казни. Реч је о ванредном ублажавању казне, које је имало сва обележја ванредних правних лекова,

⁹¹¹ Лав Хенинсберг, *op. cit.*, стр. 89.

⁹¹² Лав Хенинсберг, *op. cit.*, стр. 90.

иако је тадашња процесна теорија сматрала да је реч о установи, која је слична правним лековима.⁹¹³ Ублажавање казне је било могуће, ако се по правноснажности пресуде појаве нови разлози за блаже кажњавање, који нису постојали приликом изрицања пресуде (§ 430). То је могло бити, примера ради, обештећење оштећеног након доношења пресуде, или одустанак од приватне тужбе након правноснажности пресуде. Реч је о разлозима за блаже кажњавање у оквиру исте правне норме, или прописа кривичног закона. Ту не спадају случајеви примене блажег закона, који би могли бити основ за понављање поступка.⁹¹⁴ Овај ванредни правни лек је заснован на побијању утврђених одлучних чињеница, на којима се заснива одмеравање казне. Њиме се, у том делу, такође побија чињенична подлога правноснажне пресуде, са захтевом да се пресуда у том делу преиначи и окривљеном изрекне адекватна кривична санкција, с обзиром на отежавајуће и олакшавајуће околности конкретног случаја.

29.5.3. ЗАКОН О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ИЗ 1948. ГОДИНЕ

У првом процесном закону, донетом после Другог светског рата, била су предвиђена три ванредна правна лека, предлог за понављање поступка (чл. 289-295), захтев за ванредно ублажавање казне (чл. 296-298) и захтев за заштиту законитости (чл. 299-309). Чињенична подлога правноснажне пресуде је могла бити побијана путем предлога за понављање поступка. У ЗКП-у из 1948. године је било предвиђено право и неправо понављање кривичног поступка. Право понављање поступка је било могуће ако се докаже да је пресуда била заснована на лажној исправи, или лажном исказу сведока, или вештака. Осим тога, ако је пресуда донета као последица кривичног дела јавног тужиоца, иследника, судије, или судије поротника, такође је могло доћи до понављања поступка. Овај правни лек могао је бити изјављен и ако се поднесу нови докази, или изнесу нове чињенице. Било је потребно да те чињенице или докази засебно, или у садејству са раније изведним доказима и утврђеним чињеницама буду подобни да резултују ослобађајућом пресудом, уместо осуђујуће, или осуду по блажем закону, али и осуду по строжем закону, те осуђујућу пресуду уместо ослобађајуће, или одбијајуће пресуде (члан 292. ЗКП48). Из законских услова за изјављивање предлога је јасно да је било допуштено понављање поступка у корист, али и на штету окривљеног. Понављање на штету окривљеног је ипак било ограничено, у случају да је реч о новим чињеницама и доказима. Понављање на штету окривљеног није било могуће ако је

⁹¹³ Божидар Марковић, *Уџбеник...*, *op. cit.*, стр. 628.

⁹¹⁴ *Ibidem.*

протекло више од годину дана од сазнања за нове чињенице или доказе (члан 293. став 1 ЗКП48).

Законодавац је нормирао неколико случајева неправог понављања поступка. С обзиром да је у недостатку предлога оштећеног за кривично гоњење доношена одбијајућа пресуда, по прибављању предлога је поступак настављан (члан 290. ЗКП48). Друга два случаја су, заправо, преиначење правноснажне пресуде без понављања кривичног поступка. То је најпре било могуће ако су против окривљеног донете две пресуде, а нису примењене одредбе кривичног закона о одмеравању казне за дела у стицају. Преиначење правноснажне пресуде је било могуће и ако се правноснажна пресуда за више кривичних дела не би могла извршити, стога што је неко од тих кривичних дела било обухваћено амнестијом, помиловањем, или из других разлога (члан 291. ЗКП48). Наведени случајеви неправог понављања поступка нису омогућавали преиспитивање чињеничне базе правноснажне пресуде. У првом случају није ни донета мериторна одлука. У случајевима преиначења је вршена интервенција у делу о одмеравању казне, дакле у примену кривичног закона.

За разлику од предратног процесног закона, у ЗКП-у из 1948. године је предлог за понављање кривичног поступка прописан као деволутиван правни лек. Предлог за понављање кривичног поступка је могао поднети једино јавни тужилац (члан 294. ЗКП48) пред врховним судом република, покрајина, или врховним судом СФРЈ. Врховни судови су могли да врате предмет на поновно ислеђење, или на поновни претрес првостепеном суду, као и одбити предлог за понављање поступка. Првостепени суд је доносио нову пресуду, којом је одлучивао о судбини побијане пресуде, која је могла бити укинута, или потврђена.

Побијање одлучних чињеница, које су меродавне за доношење одлуке о врсти и мери кривичне санкције, и захтев за њиховим утврђивањем у корист окривљеног, могао је бити предмет захтева за ванредно ублажавање казне. Јавни тужилац и окривљени су могли истаћи овај захтев, ако су се по правноснажности појавиле нове чињенице, којим није било, или се за њих није знало у време изрицања пресуде. Било је неопходно да су те чињенице очигледно могле проузроковати блаже кажњавање (члан 296. ЗКП48). Захтев се подносио суду, који је донео пресуду у првом степену, а коначну одлуку је доносио Врховни суд у седници већа (члан 298. ЗКП48). Овај правни лек се разликовао од захтева за понављање поступка, по томе што је могао бити заснован на чињеницама, које постоје независно од елемената бића кривичног дела.

Реч је о чињеницама, које утичу на одмеравање казне. То су олакшавајуће околности, које нису постојале, или за њих суд није знао приликом изрицања пресуде.⁹¹⁵

Захтев за заштиту законитости је био ванредни правни лек, којим је могла да се побија правна подлога кривичне пресуде. По овом правном леку је одлучивао врховни суд, који је имао овлашћење да преиспитује и утврђено чињенично стање. Овај суд ће преиначити пресуду, ако утврди да је чињенично стање правилно утврђено, а да је био повређен закон (члан 307. ЗКП48). У супротном, ако утврди да чињенично стање није правилно утврђено, врховни суд је био овлашћен да укине првостепену и другостепену пресуду, или алтернативно, и предмет врати на поновно суђење (члан 308. ЗКП48). Тренд, који је уведен ЗКП-ом из 1929. године, је настављен. Чињенична основица је била преиспитивана и на основу поднетог ванредног правног лека, којим се побија правна основица пресуде. Врховни суд није узимао здраво за готово утврђене чињенице и није морао да жмури на очигледне чињеничне недостатке, само зато што их није побијало лице овлашћено да изјављује овај правни лек. У процесној теорији је то називано понављањем поступка ради поновне оцене доказа.⁹¹⁶ То је представљало одступање од правила да се понављање поступка дозвољава само ако се појави нови чињенични, или доказни материјал, али и од принципа *res iudicata*. На тај начин је, фактички, уведена још једна инстанца суђења, под посебним условима, у којој је била могућа поновна оцена већ изведених доказа. Овај поступак се не може иницирати захтевом странака, ни по службеној дужности суда. До понављања поступка, на овај начин, може доћи само у поступку по захтеву за заштиту законитости. До понављања може доћи и ако је захтев за заштиту законитости истакнут у корист окривљеног, а појави се сумња у истинитост одлучних чињеница на штету окривљеног.

29.5.4. ЗАКОНИК О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ИЗ 1953. ГОДИНЕ

Законик о кривичном поступку из 1953. године задржава три ванредна правна лека, захтев за понављање кривичног поступка (члан 375-385 ЗКП53), ванредно ублажавање казне (члан 386-389 ЗКП53) и захтев за заштиту законитости (члан 390-398 ЗКП53). У односу на ЗКП из 1948. године, процесни закон из 1953. године је унео низ новина у регулисање захтева за понављање поступка. Проширени су основи, као и круг

⁹¹⁵Тихомир Васиљевић, Систем..., оп. cit, стр. 675.

⁹¹⁶Тихомир Васиљевић, Систем..., оп. cit, стр. 660.

овлашћених лица за изјављивање овог правног лека. Надлежност одлучивања је враћена првостепеном суду, а по први пут је уведена установа *beneficium cohaesionis*.⁹¹⁷

Основи за право понављање поступка су, у највећој мери, одређени на исти начин као у претходном ЗКП-у, уз додавање још једног основа. Право понављање поступка је било могуће ако је неком лицу било више пута суђено, или ако је за исто кривично дело осуђено више лица, које је могло учинити само једно лице, или само нека од њих (члан 378. став 1. став 4. ЗКП53). Овај основ је раније постојао у процесном закону из 1929. године. Законодавац се окренуо решењима из предратног процесног закона и у погледу доказивања заснованости пресуде на лажној исправи, или исказу. Осим правноснажном пресудом, у случају смрти, или процесних сметњи које спречавају кривично гоњење, овај основ се могао заснивати на другим доказима. Врсте неправог понављања кривичног поступка, нормиране у члановима 376. и 377. ЗКП53, не представљају преиспитивање чињеничне основице правноснажне пресуде. Реч је о преиначењу правноснажне пресуде без понављања кривичног поступка и о поновном отварању кривичног поступка обустављеног услед сметњи за кривично гоњење.

У Закону о кривичном поступку из 1953. године је по први пут било предвиђено понављање кривичног поступка лицу осуђеном у одсуству. Кривични поступак лицу осуђеном у одсуству увек ће се поновити кад се стекну услови да му се суди у присуству (члан 385. став 1. ЗКП53). То представља уважавање тековине савременог кривичног поступка, заснованог на достигнућим стандардима о заштити људских права окривљеног. Имајући у виду да је присуство окривљеног у поступку предуслов да изнесе одбрану, понављање поступка након суђења у одсуству често ће довести до другачијег чињеничног стања. Стога овај случај посебног понављања кривичног поступка такође представља преиспитивање утврђених чињеница у правноснажно окончаном поступку.

Понављање поступка је било могуће у корист, или на штету окривљеног. Законодавац прави разлику, с обзиром да је понављање на штету, у случају нових чињеница, или доказа, било могуће у року од шест месеци од када је тужилац сазнао за њих (члан 380. став 2. ЗКП53). Насупрот томе, понављање поступка у корист окривљеног се могло захтевати и након издржане казне, без обзира на застарелост, амнестију или помиловање (члан 389. став 3. ЗКП53). Захтев за понављање поступка се подносио првостепеном суду, пред којим се водио поступак. Након одлучивања о

⁹¹⁷ Милош Миловановић, *op. cit.*, стр. 135.

допуштености, суд је захтев упућивао супротној странци на одговор. По прибављеном мишљењу јавног тужиоца, суд је доносио одлуку о основаности захтева. У случају уважавања захтева за понављање поступка, суд је могао да врати предмет у фазу истраге, или главног претреса (члан 383. став 3. ЗКП53).

Преиспитивање чињеничне подлоге за изрицање врсте и мере кривичне санкције, материјализована у ванредном ублажавању казне, претрпела је најмање промена у односу на ЗКП из 1948. године. Ванредно ублажавање казне је било могуће ако се појаве нове чињенице и околности, којих није било, или се за њих није знало, у време доношења пресуде, уз услов да би очигледно довеле до блажег кажњавања (члан 386. ЗКП53). Врховни суд је добио ново овлашћење да опозове решење, којим је допустио ванредно ублажавање казне. То је било могуће ако се утврди да је решење о ванредном ублажавању засновано на лажној исправи, или лажном исказу (члан 389. ЗКП53). Реч је о посебном опозиву решења, које је била неопходно, јер се таква врста одлуке не би могла побијати захтевом за понављање поступка и захтевом за заштиту законитости.⁹¹⁸ Законодавац је на овај начин омогућио преиспитивање чињеничне основе одлука донетих по свим ванредним правним лековима.

Приликом решавања по поднетом захтеву за заштиту законитости опстало је овлашћење да суд преиспитује чињеничну подлогу правноснажне судске одлуке. Врховни суд је могао да укине пресуду и предмет врати на поновно суђење ако се појави сумња у истинитост одлучних чињеница. За ралику од ЗКП-а из 1948. године, ова одлука није била условљена доношењем одлуке о основаности захтева за заштиту законитости. На тај начин је ова могућност практично била регулисана попут ванредне ревизије из ЗКП-а из 1929. године. У процесној теорији и судској пракси је тумачено да се ова процесна установа може применити само ако је у побијаној пресуди чињенично стање било утврђено на штету окривљеног.⁹¹⁹

29.5.5. ЗАКОН О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ИЗ 1976. ГОДИНЕ

Највећи број ванредних правних лекова је био предвиђен у Законику о кривичном поступку из 1976. године. Осим раније познатих захтева за понављање поступка (члан 400-411 ЗКП76), захтева за заштиту законитости (члан 416-426 ЗКП76) и ванредног ублажавања казне (члан 412-415 ЗКП76), био је придодат још и захтев за ванредно преиспитивање правноснажне пресуде (члан 425-429 ЗКП76).

⁹¹⁸ Тихомир Васиљевић, Систем кривичног процесног права СФРЈ, Београд, 1964, стр. 568.

⁹¹⁹ Горан Илић, Захтев за заштиту законитости и чињенично стање, Безбедност бр. 5/1997, стр. 717, наведено према: Милош Миловановић, *op. cit.*, стр. 141.

Преиспитивање чињеничне основе правноснажне пресуде је било могуће на основу захтева за понављање поступка. Законодавац је проширио листу основа за изјављивање овог правног лека, у односу на претходне процесне кодексе из 1948. и 1953. године. Понављање поступка је било могуће ако је пресуда којом се оптужба одбија донета услед одустанка јавног тужиоца од кривичног гоњења, злоупотребом службеног положаја (члан 404. ЗКП76). У овом случају није ни дошло до мериторног одлучивања, тако да нису ни утврђене одлучне чињенице. Из тог разлога се може закључити да није реч о правом преиспитивању чињеничне основице, већ о једном процесном механизму који уважава потребу државе да оствари право на кажњавање, у случају када је јавни тужилац незаконито поступао.

Други нови основ за истицање овог захтева био је плод жеље законодавца да исправи једну нелогичност из раније важећег ЗКП-а, по коме није могло доћи до додавања нити одузимања радњи, које чине биће продуженог кривичног дела након правноснажности пресуде, ако се појаве нове чињенице и докази. Према одредбама ЗКП-а из 1976. године до понављања поступка је могло доћи ако се након правноснажности пресуде појаве нове чињенице, или докази, који указују да је осуђени учинио неку радњу која потпада под продужено кривично дело, или друго вишеактно дело, односно да није учинио неку од ових радњи, под условом да је постојање ових чињеница битно утицало на одмеравање казне. Овај основ за понављање поступка је више него оправдан, те заснован на потреби заштите јавног интереса, односно интереса осуђеног. Стари основ који се заснива на изношењу нових чињеница и нових доказа, који су сами за себе, или у садејству са осталим чињеницама и доказима подобни да исходују другом врстом пресуде, или осуду по блажем, или строжем закону, је унеколико модификован. Новину је представљала могућност да се понављање поступка може засновати на новим околностима, које треба доказати, или на новим доказима о раније истицаним чињеницама и околностима, које нису биле доказане.⁹²⁰ Нови докази су могли бити коришћени за утврђивање већ познатих, али и нових чињеница. Исто тако, већ коришћена доказна средства су могла да се користе за утврђивање нових чињеница. Законик из 1976. године није ограничавао понављање поступка на чињенице и доказе, који су се накнадно појавили.

Понављање кривичног поступка је било могуће у корист и на штету окривљеног. Понављање на штету окривљеног је било временски ограничено. Ако

⁹²⁰ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, op. cit, стр. 649.

јавни тужилац захтева понављање поступка на штету окривљеног, по основу нових чињеница и нових доказа, захтев мора да поднесе у року од шест месеци од сазнања за те чињенице, или доказе. Процесна теорија је тумачила да јавни тужилац не може да тражи понављање поступка на штету окривљеног, на основу чињеница и доказа, који су му били познати у време вођења поступка. На тај начин се спречавало тактизирање са употребом доказа, нарочито кад је реч о јавном тужиоцу, који је државни орган.⁹²¹

Поступак се покретао на основу захтева овлашћеног лица, али је суд, који је овлашћен за одлучивање по захтеву, обавештавао осуђеног, или лица која су могла да поднесу захтев у његову корист, да постоји основ за понављање поступка у корист окривљеног (члан 406. ЗКП76). О захтеву је одлучивало ванрасправно веће првостепеног суда, који је донео побијану одлуку (члан 406. став 1. ЗКП76). Законодавац је инструктивном нормом прописао да у саставу већа које одлучује по захтеву за понављање поступка, ако је то могуће, неће учествовати судија који је донео побијану пресуду.

У овом процесном закону је, такође, било предвиђено понављање поступка лицу осуђеном у одсуству, као један од посебних случајева понављања. За разлику од свог претходника, који је предвиђао понављање поступка по службеној дужности, у ЗКП из 1976. године су били прописани услови за то. Било је потребно да су наступили услови за понављање поступка лицу осуђеном у одсуству, као и да осуђени или његов бранилац поднесе захтев за понављање поступка, у року од годину дана од сазнања за пресуду (члан 410. ЗКП76). По протеку тог рока, осуђени у одсуству је могао тражити редовно понављање поступка, по основу нових чињеница, или нових доказа.

У Закону о кривичном поступку из 1976. године ванредно ублажавање казне је готово на идентичан начин уређено као у претходном ЗКП-у. Одлучне чињенице, од којих зависи врста и мера кривичне санкције, су могле бити преиспитиване и поново утврђиване, ако се након правноснажности пресуде појаве нове, или новооткривене чињенице или докази, које би очигледно довеле до блаже осуде (члан 412. ЗКП76).

Преиспитивање чињеничног фондуса правноснажне пресуде је долазило у обзир и у поступку по захтеву за заштиту законитости, али и новоуведеног ванредног правног лека, захтева за ванредно преиспитивање правноснажне пресуде.⁹²² С обзиром

⁹²¹ ихомир Васиљевић, *Систем...*, оп. cit, стр. 653.

⁹²² Овај правни лек је уведен како би обезбедио контрадикторност у могућност побијања правне основице правноснажне пресуде. Њиме је требао да буде остварен циљ учвршћивања законитости и

да су се у поступку по новом правном леку сходно примењивале одредбе о захтеву за заштиту законитости, ако се појави знатна сумња у истинитост одлучних чињеница, суд је имао овлашћење да укине побијану пресуду и предмет врати на поновно суђење (члан 429. ЗКП76).

29.5.6. ЗАКОНИК О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ИЗ 2001. ГОДИНЕ

У Законнику о кривичном поступку из 2001. године су били предвиђени исти ванредни правни лекови, као и у његовом претходнику. Правноснажна судска одлука се могла побијати путем захтева за понављање поступка (члан 404-414 ЗКП01), ванредног ублажавања казне (члан 415-418 ЗКП01), захтева за заштиту законитости (419-427 ЗКП01) и захтева за испитивање законитости правноснажне пресуде (члан 428-432 ЗКП01). Изменама и допунама ЗКП-а из 2009. године су остали само захтев за понављање поступка и захтев за заштиту законитости. Захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде је укинут, а ванредно ублажавање казне трансформисано у један вид неправог понављања поступка (члан члан 405. став 1. тачка 4. ЗКП01).

Чињенична подлога правноснажне пресуде је могла бити побијана захтевом за понављање поступка. Од основа за право понављање поступка, који су били познати још из ЗКП-а из 1953. године је избачен, ако је одбијајућа пресуда донета услед одустанка јавног тужиоца од кривичног гоњења, услед злоупотребе службеног положаја. Кривични поступак се могао поновити, ако је пресуда заснована на лажној исправи, или лажном исказу сведока, вештака, или тумача, затим услед кривичног дела судије, судије поротника, или лица које је вршило истражне радње, као и ако је неком лицу више пута суђено или је осуђено више лица, а дело је могло извршити само неко од њих. Осим тога, кривични поступак је могао бити поновљен ако се изнесу нове чињенице, или се поднесу нови докази, који појединачно, или скупа, могу да доведу до ослобађајуће пресуде, или осуде по блажем закону (члан 401. став 1. тачка 3. ЗКП01). Овај основ је измењен, у односу на раније важећи ЗКП, као последица могућег понављања поступка само у корист окривљеног, који је утемељен Уставом. До понављања поступка је, најзад, могло доћи ако се изнесу нове чињенице, или предложе нови докази, који указују да осуђени није извршио неку од радњи, обухваћених продуженим кривичним делом, или вишеактним кривичним делом. И овде се тражи да

заштита права грађана. До тада је то било право искључиво јавног тужиоца, путем захтева за заштиту законитости.

је постојање ових чињеница, или доказа, могло довести до примене блажег закона, или било од битног утицаја на одмеравање казне.

Један вид неправог понављања кривичног поступка, који је окончан правноснажним решењем, да нема места истрази, је био могућ ако се појаве нови докази, који нису били познати, или за које јавни тужилац није знао у време доношења те одлуке (члан 406. став 1. тачка 3. ЗКП01). Реч је о решењу о одбијању захтева јавног тужиоца за спровођење истраге, које је доносио истражни судија, ако је сматрао да нема места вођењу истраге. Та одлука је стицала својство *res iudicata*. Стога је заправо реч о ситуацији, која је слична са правим понављањем поступка, посматрано из угла дејства принципа *ne bis in idem*. У овом случају се ипак не може рећи да се побија чињенична основа судске одлуке, с обзиром да она није ни била формирана.

Код суђења у одсуству је ЗКП-ом из 2001. године уведено неколико новина, у погледу услова за овај вид понављања поступка. Рок од годину дана за подношење захтева окривљеног и браниоца, предвиђен ЗКП-ом из 1976. године, од када се осуђеном могло судити у присуству, је скраћен на шест месеци. Овај вид понављања је такође могућ ако страна држава одобри изручење осуђеног, под условом понављања поступка.

Изменама и допунама ЗКП-а, из 2009. године, уведен је још један случај понављања кривичног поступка. Одредбе законика о понављању поступка ће се примењивати у случају да је захтев за измену правноснажне пресуде поднет услед повреде права осуђеног, која је утврђена одлуком Уставног суда, односно међународног суда, у складу са одговарајућим међународним уговором. Било је неопходно да је повреда права окривљеног у кривичном поступку утицала на правилност и законитост пресуде. У првом случају је реч о одлуци Уставног суда, донетој по поднетој уставној жалби. У другом случају је најчешће реч о одлукама Европског суда за људска права, Међународног кривичног суда и Трибунала за бившу Југославију у Хагу. Одлуке ових судова могу послужити као основ за понављање поступка. Ако је у тим одлукама утврђена повреда права окривљеног у кривичном поступку, то још увек аутоматски не значи да ће се усвојити захтев за понављање поступка. У поновљеном поступку се утврђује, да ли је повреда права осуђеног, коју је утврдио неки наднационални суд, утицала на правилност и законитост пресуде. Могуће је да, приликом понављања поступка, не буде утврђен утицај повреде права окривљеног на правилност и законитост пресуде. Овим процесним механизмом је

омогућено преиспитивање чињеничне подлоге правноснажне пресуде, као последица одлуке међународних судова.

Ванредно ублажавање казне је егзистирало као самостални правни лек, до измена и допуна ЗКП из 2009. године. Након тога је предвиђено као један од видова неправог понављања кривичног поступка (члан 405. став 1. тачка 6. ЗКО01). Основни недостатак регулативе се огледао у овлашћењу првостепеног суда да поступа у овом случају. У процесној теорији је сасвим оправдано оспоравано овакво решење законодавца, с обзиром да је тешко очекивати да ће исти суд, који је донео одлуку о врсти и мери санкције бити спреман на радикалне измене. Осим тога, тешко да се може оправдати овлашћење дато нижим судовима да мењају одлуке виших судова.⁹²³

Преиспитивање чињеничне основице по поднетом захтеву за заштиту законитости је опстала све до доношења новог Законика о кривичном поступку из 2011. године. Суд који је одлучивао о поднетом захтеву за заштиту законитости је могао да укине побијану одлуку и предмет врати на поновно суђење, ако се појави знатна сумња у истинитост одлучних чињеница, услед које није могуће одлучити о захтеву за заштиту законитости (члан 426. ЗКП01).

30. Понављање кривичног поступка

30.1. Појам понављања кривичног поступка

Понављање кривичног поступка представља правни пут за испитивање чињеничне основе правноснажне пресуде, на основу ванредног правног лека. До испитивања чињеничне основе правноснажне пресуде долази подношењем захтева за понављање поступка. Овај ванредни правни лек је установљен с циљем утврђивања истине у кривичном поступку, а супротан је принципу *ne bis in idem*.⁹²⁴ Противници понављања поступка наводе да суд нову одлуку заснива на непоузданим доказима, који услед протеча времена бледе и нестају. До доношења пресуде долази у измењеним приликама, након протеча времена. Понављање поступка је супротно заштити јавног поретка и ауторитету судске власти, те доводи до комотнијег понашања јавног тужиоца и суда.⁹²⁵ У прилог постојању понављања кривичног поступка се наводе разлози истраживања материјалне истине, постулати правичности, и потреба

⁹²³ Милан Шкулић, 2009, *op. cit.*, стр. 441.

⁹²⁴ Момчило Грубач, *Понављање кривичног поступка према нацрту закона о изменама и допунама закона о кривичном поступку од марта 1990. године*, ЈРКК, бр. 3/1990, стр. 81.

⁹²⁵ Више о томе: Момчило Грубач, *Понављање кривичног поступка...*, *op. cit.*, стр. 85-86.

учвршћивања правног поретка и безбедности правних односа.⁹²⁶ Очувању ауторитета судова доприноси правилна судска одлука, а не неопозива пресуда, која опстаје и у случају појављивања нових чињеница и околности, које показују да је пресуда погрешна.⁹²⁷ Ипак, још из доба царства у Риму је постојала могућност понављања кривичног поступка. Касније је диференцијација постојала само у погледу могућности понављања поступка у корист, или и на штету окривљеног. У српском кривичном поступку понављање постоји још од првог процесног закона из 1865. године, на основу тадашњег утицаја аустријског и немачког кривичног поступка.

Чињенични недостаци правноснажне пресуде се отклањају на основу нових, или новооткривених чињеница, или доказа, који су се појавили након правноснажности пресуде. Нове чињенице су оне, које су се појавиле након правноснажности пресуде. Новооткривене чињенице су оне које су постојале у време вођења кривичног поступка, али странке и суд нису за њих знали. Нове чињенице и докази, одређеног квалитета, представљају општи основ за понављање поступка.⁹²⁸ Чињенични недостаци кривичне пресуде се отклањају и жалбом. Погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање представља основ за изјављивање овог редовног правног лека. У жалби се могу наводити и нове чињенице и докази, али је најчешће реч о захтеву за поновном оценом утврђених чињеница. За разлику од жалбе, захтев за понављање кривичног поступка се никада не може засновати на поновној оцени утврђених чињеница, односно изведених доказа. У томе се огледа основна разлика између наведених правних лекова. Код понављања кривичног поступка морају постојати нове чињенице или нови докази, који указују на чињеничне дефицијенције правноснажне пресуде.

30.2. Међународна и уставна регулатива допуштености понављања поступка

Правни основ за понављање кривичног поступка је садржан у многим документима о људским правима, усвојеним под окриљем међународних организација,

⁹²⁶ *Ibidem*, стр. 89.

⁹²⁷ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, *op. cit.*, стр. 639.

⁹²⁸ Снежана Бркић, *II*, *op. cit.*, стр. 178.

како универзалних, тако регионалних. Углавном се понављање кривичног поступка регулише као изузетак од важења начела *ne bis in idem*.

У Међународном пакту о грађанским и политичким правима из 1966. године⁹²⁹ (у даљем тексту Пакт), забрана двоструке угрожености је садржана у члану 14. став 7. према коме: „Нико не може бити гоњен или кажњен због кривичног дела у вези којег је већ био ослобођен кривице или осуђен правноснажном пресудом према закону и поступку своје земље“. Формулација начела *ne bis in idem* из Пакта је изазвала пажњу процесне теорије. Заузета су два гледишта. Једно, које сматра да одредбу из става 7. члана 14. не треба строго и уско тумачити,⁹³⁰ те да је допуштено понављање поступка у корист окривљеног (*argumentum a contrario*, ако неко не може бити осуђен и кажњен, може бити ослобођен),⁹³¹ па чак и на штету окривљеног.⁹³² У прилог оваквом схватању тумаче да Међународни пакт ипак не забрањује изузетно понављање поступка на штету окривљеног, иако то експлицитно не прописује.⁹³³ Упориште за овакво схватање је нађено и у тумачењу члана 14. Пакта од стране Комитета за људска права.⁹³⁴ Супротно је гледиште да одредба из поменутог члана не допушта никакве изузетке.⁹³⁵

Из изнетог садржаја члана 14. Пакта, неоспорно произилазе следећи закључци. Пакт забрањује поновно, не само кажњавање, већ и гоњење (покретање поступка) за раније правноснажно пресуђено кривично дело.⁹³⁶ Забрана поновног суђења се односи само на мериторне судске одлуке (осуђујућу и ослобађајућу пресуду). Установљено је важење само у оквиру исте јурисдикције. Изузетно је допуштено понављање поступка, али само у корист окривљеног, што доказује и одредба става 6. истог члана, према којој, када се кривична пресуда доцније поништи због тога што нове, или новооткривене чињенице, показују да је дошло до судске заблуде, лице које је издржало казну на основу те пресуде биће обештећено. Најзад, на основу става 6. члана

⁹²⁹ Усвојен резолуцијом Генералне скупштине УН 2200А (XXI) од 16. децембра 1966. године. Ступио на снагу 23. марта 1976. године.

⁹³⁰ Види: Никола Матовски, *Првата фаза од реформа на македонското казнено- процесно законодавство*, Македонска ревија на казнено право и криминологија, Скопје, бр. 1-2/1995, стр. 153 и 154.

⁹³¹ Саша Кнежевић *Забрана двоструке угрожености у европском праву*, Европско законодавство, Београд, бр. 11/2005, стр. 77. Исто: Ђорђе Лазин, *Начело...*, ор. cit., стр. 346- 348.

⁹³² Загорка Јекић, *Закон о кривичном поступку и слободи и права грађана*, у: Слободе и права грађана и југословенско кривично законодавство, Београд, 1994, стр. 22.

⁹³³ Pieter van Dijk, Godefridus J. H. Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Boston, 1990, стр. 515. (Цитирано према: Никола Матовски, ор. cit., стр. 154.)

⁹³⁴ Види: Општи коментари, усвојени од стране Комитета за људска права на 21. заседању 12. априла 1984. године- Општи коментар бр. 13 (21) д / (члан 14).

⁹³⁵ Види: Људска права у Србији и Црној Гори (2003), Београд 2004, стр. 114.

⁹³⁶ Супротно: Ђорђе Лазин, *Начело...*, ор. cit., стр. 348.

14. Пакта, основ за понављање поступка је појављивање нових, или новооткривених чињеница, по правноснажности пресуде.⁹³⁷

У усвојеном тексту Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода⁹³⁸ није била предвиђена забрана двоструке угрожености. Међутим, приликом усвајања Протокола VII,⁹³⁹ ова забрана је прописана у члану 4. став 1. Према тој одредби, никоме се не може поново судити, нити се може поново казнити у кривичном поступку, у надлежности исте државе, за дело због кога је већ био правноснажно ослобођен, или осуђен, у складу са законом и кривичним поступком те државе. У ставу 2. члана 4. Протокола VII је предвиђен изузетак од забране на следећи начин: „Одредбе претходног става не спречавају поновно отварање поступка у складу са законом и кривичним поступком дате државе, ако постоје докази о новим и новооткривеним чињеницама, или је у ранијем поступку дошло до битне повреде која је могла да утиче на његов исход“.

Цитираном одредбом постављено је неколико правних стандарда. У погледу обима примене, језичким тумачењем, долазимо до закључка да је забрањено само поновно суђење и кажњавање, али не и поновно покретање поступка, што чини суштину овог начела. Иако би покретање поступка без каснијег суђења било нелогично,⁹⁴⁰ строго језички гледано, овакво одређење сужава домашај начела *ne bis in idem*. Поставља се питање, да ли то значи да принцип *ne bis in idem* не важи у хипотетичком случају поновног покретања кривичног поступка против истог лица за исто дело, који би био окончан скретањем ка некој форми диверзионог поступања,⁹⁴¹ какве постоје у процесним кодексима многих држава.

Из члана 4. Протокола VII, такође произилази да су важењем овог принципа обухваћене мериторне судске одлуке (правноснажне либераторне и кондемнаторне). Следи да се забрана понављања не односи на случајеве, када је поступак мериторно окончан пре пресуђења (нпр. у току истраге, или приликом одлучивања по приговору

⁹³⁷ *Ibidem*

⁹³⁸ Рим, 4. новембар 1950, European Treaty Series, no. 5

⁹³⁹ Strazbur, 22. novembar 1984, European Treaty Series, no. 117.

⁹⁴⁰ Борђе Лазин, *Начело ne bis in idem у Кривичнопроцесном законодавству Србије и Црне Горе и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода*, у: Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе, Београд, 2004., стр. 349.

⁹⁴¹ На пример, упућивање на поступак медијације или изрицање мера којим се условно одлаже кривично гоњење, када нема суђења у правом смислу те речи. До примене диверзионих форми може доћи и у преткривичном поступку, где улогу судије фактички врши најчешће јавни тужилац, а извршењем изречених мера и налога (који су по карактеристикама сличне кривичним санкцијама), поступак се дефинитивно окончава.

против оптужнице, услед непостојања потребног степена сумње, одустанка овлашћеног тужиоца од гоњења, застарелости, амнестије, помиловања, или каквих других трајних сметњи за наставак поступка). То, међутим, не значи да би се у наведеним случајевима могло поново предузети кривично гоњење против истог окривљеног, за исто кривично дели, јер је реч о трајним, неотклоњивим процесним сметњама.

Протокол VII уз Конвенцију предвиђа значајан изузетак од правила *ne bis in idem*, тако што је у ставу 2. члана 4. предвиђено понављање поступка и у корист и на штету окривљеног, уз додатни услов да изузеци морају бити прописани законом односне земље. Овакво решење је супротно Пакту, који дозвољава понављање једино у корист окривљеног.

Када је реч о разлозима за понављање поступка, Протокол VII наводи нове и новооткривене чињенице, и битне повреде. Из овакве формулације се може закључити да су основи за понављање поступка појава нових чињеница, док појава нових доказа о раније утврђеним чињеницама није наведена. У теорији, међутим, има мишљења да су основ за понављање само битне повреде поступка,⁹⁴² као и појава нових доказа о већ познатим чињеницама.⁹⁴³ Сматрамо да су синтагмом „да је у ранијем поступку дошло до битне повреде...“ обухваћене како процесне, тако и материјалне повреде. Наведено је да је потребно да је у поступку дошло до (битне) повреде, а не до повреде поступка, а у поступку може доћи и до повреда материјалног права. До било које повреде кривичног права може доћи једино у оквиру, а не ван поступка.

Устав Србије из 2006. године у члану 34. став 4. прокламује забрану двоструке угрожености, тако да нико не може бити гоњен, нити кажњен, да кривично дело, за које је ослобођен, или осуђен правоснажном пресудом, или за које је донета одбијајућа пресуда, или је кривични поступак правоснажно обустављен. Судска одлука не може бити измењена на штету окривљеног, у поступку по ванредном правном леку. Опсег забране двоструке угрожености обухвата вођење поступка за друго кажњиво дело.

У ставу 5. члана 34. Устава је прописано одступање од важења принципа *ne bis in idem*. Изузетно је допуштено понављање поступка, ако је то у складу са казним прописима, у случају појављивања доказа о новим чињеницама, који су могли битно

⁹⁴² Лазин Ђ., *Начело...*, ор. cit., стр. 343.

⁹⁴³ Види: Студија „Правично суђење“, Београд 2001, стр. 127.

утицати на исход поступка, да су биле познате у време суђења. Понављање поступка је, такође, могуће, ако је у ранијем поступку дошло до битне повреде, која је могла утицати на његов исход. Већ у ставу 4. члана 34. Устава је утемељен правни основ за постојање ванредних правних лекова, као одступање од важења начела *ne bis in idem*. Такође је установљена забрана измене одлуке на штету окривљеног, у поступку по ванредним правним лековима. Ту одредба се најчешће тумачи да је могуће изјавити ванредни правни лек на штету окривљеног, а да се побијана одлука не може изменити на штету окривљеног, чак и када је ванредни правни лек изјављен на његову штету. Немогућност измене одлуке на штету окривљеног се осигурава постојањем тзв. декларативних судских одлука, у поступку по ванредним правним лековима.

Нејасноће настају на основу дикције правне норме из става 5. члана 34. Устава. Ова одредба почиње речју „изузетно“, што отвара простор за тумачење, у односу на став 4. С обзиром да је у ставу 4. прописана забрана преиначења одлуке на штету окривљеног, да ли изузетак из става 5. отвара простор за понављање кривичног поступка на штету окривљеног? Имајући у виду да је одредба о понављању поступка стипулисана у засебном члану, који представља изузетак од забране доношења одлуке на штету окривљеног, може се закључити да је понављање поступка изузетно могуће окончати доношењем одлуке на штету окривљеног, ако се испуне законски услови.⁹⁴⁴ Потребно је да је то регулисано казним прописом, као и да се појаве докази о новим чињеницама, непознатим у време суђења, који би битно утицали на исход поступка, или ако је у ранијем поступку дошло до битне повреде, која је могла утицати на исход поступка.

Уставом су установљена два основа за понављање поступка. То могу бити нове чињенице и битне повреде, учињене у раније вођеном поступку. У прилог тумачењу да уставна одредба омогућава понављање поступка на штету окривљеног је и услов да нове чињенице, или битне повреде, значајно утичу, или могу утицати на исход поступка, који може бити у корист, или на штету окривљеног. Уставна одредба није довољно јасна ни по питању основа за понављање поступка. Наводе се докази о новим чињеницама, који нису били познати у току поступка. Да ли је реч само о новим, а не и новоткривеним чињеницама? Сматрамо да су могуће и нове и новооткривене чињенице, с обзиром да је прописано да нису биле познате суду, у време вођења поступка. На тај начин се не искључује да су могле и тада постојати.

⁹⁴⁴ Војислав Ђурђић, *Ne bis in idem*, Правна ријеч бр. 19/2009, стр. 437- 438.

Други основ за понављање поступка могу бити битне повреде, учињене у ранијем поступку. Не наводи се да ли је реч о повредама материјалног, или процесног права, или обоје. Понављање кривичног поступка је правни лек, којим се отклањају чињенични, а не правни недостаци правноснажне пресуде. Стога би предвиђање повреда права, као основа за понављање поступка обесмислило постојање захтева за заштиту законитости. Строго језички посматрано, уставна прокламација би допуштала понављање поступка као потпун правни лек. Међутим, тумачимо да је уставописац ипак имао на уму повреде основних људских права, које су установљене одлуком Уставног суда, или ЕСЉП, као разлог за понављање поступка. Чак и у случају таквог тумачења повреде права су примереније као основ за изјављивање захтева за заштиту законитости.

30.3. Позитивноправно регулисање испитивања чињеничне основе правноснажне пресуде

Законик о кривичном поступку такође садржи правни основ за понављање кривичног поступка, као изузетак од дејства начела *ne bis in idem*. У ставу 2. члана 4. је прописано да правноснажна одлука не може бити измењена на штету окривљеног. Недостатак наведене одредбе закона је што одступање од принципа *ne bis in idem* није експлицитно установљена, већ произилази из става 2. који говори о поступку по изјављеном ванредном правном леку. Боље је већ у оквиру првог става наговестити да је од овог начела допуштено одступање додатком „*ако овим законом није другачије прописано*“, као што законодавац поступа у погледу установљавања изузетака од других кривичнопроцесних начела. Овом одредбом је изричито прописано да се у поступку поводом правног лека судска одлука не може изменити на штету окривљеног.

У члану 470. ЗКП-а је предвиђено да се кривични поступак, који је завршен правноснажном пресудом може поновити на захтев овлашћеног лица и под законом прописаним условима. У овој општој одредби процесног закона, тумачећи заједно са ставом 2. члана 4, забрањено је изменити одлуку на штету окривљеног, након понављања поступка, а не и подношење захтева за понављање поступка на штету окривљеног. Законодавац је ипак допустио само понављање поступка у корист окривљеног, с обзиром да је у члану 473., где су предвиђени разлози за понављање поступка, изричито прописана само таква могућност. Ако би дошло до подношења

захтева за понављање поступка на штету окривљеног, такав захтев би био одбачен као недопуштен. С обзиром да је понављање кривичног поступка могуће само у корист окривљеног, захтевом за понављање кривичног поступка се не може побијати правноснажна ослобађајућа пресуда.

За разлику од претходне процесне регулативе, важећи процесни закон предвиђа понављање поступка окончаног само пресудом, а не и решењем. Законодавац је, међутим, заборавио да се мере безбедности обавезног лечења и чувања у здравственој установи и на слободи изричу решењем. То је одлука, којом се мериторно окончава кривични поступак.⁹⁴⁵ Решење о изрицању мера безбедности медицинског карактера је, према слову закона, сврстано у решења која одговарају пресуди, па су одредбе о понављању поступка применљиве у овом случају. Потпора за то се налази у члану 2. ставу 2. ЗКП, где је прописано да је осуђени лице, за које је правноснажном одлуком суда утврђено да је учинилац кривичног дела, или противправног дела, за које је у закону одређено као кривично дело. У истом члану је законодавац пропустио да дефинише шта спада у решења одговарајућа пресуди, која спомиње у члановима 16, 226. и 227. ЗКП. Системским тумачењем долазимо до закључка да је то решење, којим се изриче мера безбедности медицинског карактера (члан 526. став 4. ЗКП). Према судској пракси, правила за понављање поступка се примењују и у случају окончања поступка решењем које одговара пресуди.⁹⁴⁶ Осим тога, прихваћено је тумачење о сходној примени одредаба ЗКП на кривични поступак, који је окончан решењем о изрицању мера безбедности.⁹⁴⁷ Стога се одредба из члана 473. став 1. ЗКП мора тумачити тако да се омогућава понављање поступка, који је окончан пресудом, односно решењем које одговара пресуди. Нема места одбацивању захтева за понављање поступка ако се подносилац захтева позива на решење које одговара пресуди.⁹⁴⁸

Законик о кривичном поступку из 2011. године прописује два ванредна правна лека. За побијање чињеничног стања правноснажне пресуде предвиђен је захтев за понављање кривичног поступка, а за побијање правне основе, захтев за заштиту

⁹⁴⁵ Одлука Врховног Суда Србије, Кж. 673/67 од 08.09.1967. године.

⁹⁴⁶ Одлука Савезног суда, Кзс. 55/78, од 29.09.1978. године, закључак ВКС, од 16.06.2014. године.

⁹⁴⁷ Закључак са састанка председника кривичних одељења Савезног суда и врховних судова од 05.03.1984. године.

⁹⁴⁸ Драган Јоцић, Дијана Јанковић, Понављање кривичног поступка као ванредни правни лек у Србији, у: Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Београд, 2016, стр. 335.

законитости. У односу на ранију процесну регулативу, најупадљивија промена је измештање неправог понављања кривичног поступка из дела законика, у коме се регулишу ванредни правни лекови. С обзиром да је заправо реч о настављању кривичног поступка, који је прекинут решењем о одбацивању оптужнице, одлука законодавца да овај процесни механизам премести у део о редовном кривичном поступку је логичан и оправдан. Некадашњи разлози за вид неправог понављања поступка, који се односи на преиначење правноснажне пресуде без понављања поступка, с циљем отклањања грешака у одмеравању казне за дела у стицају, пребачени су у део ЗКП-а у коме се регулишу поступци за преиначење правноснажне пресуде. То је сада поступак за изрицање јединствене казне (члан 552-556. ЗКП), који спада у поступке за преиначење одлуке о казни.

Једна варијанта ублажавања казне, као концесија осуђеном сараднику, који је дао исказ у правноснажно окончаном поступку, такође је сврстана у посебне поступке (члан 557-561. ЗКП). Некадашњи правни лек, ванредно ублажавање казне, у важећем процесном закону, не постоји самостално, већ је регулисан као један од основа за право понављање поступка. Разлог за измештање отклањања грешака у изрицању казне за кривична дела у стицају и ванредног ублажавања казне, и њихово сврставање у поступке за преиначење одлуке о казни, налазимо у коментару ЗКП-а законодавца. Према њиховом ставу, у наведеним случајевима не долази до понављања кривичног поступка, већ се само накнадно обрачунава казна, или се смањује изречена казна, услед накнадних околности.⁹⁴⁹ Тачно је да се наведени поступци не могу сврстати у право понављање кривичног поступка, зато што се поступак не понавља, већ само једна радња изрицања кривичне санкције. Са друге стране, на овај начин се мења правноснажна пресуда, што их приближава ванредним правним лековима. Осим тога, у случају преиначења одлуке о казни је, заправо, реч о погрешној примени права, а ублажавање казне осуђеном сараднику је засновано на новој чињеници. Управо зато се у делу процесне теорије сматра да их је примереније регулисати у делу законика о ванредним правним лековима.⁹⁵⁰ Посматрано са аспекта динамике кривичног поступка, може се рећи да је реч о допунској,⁹⁵¹ односно неправом⁹⁵² процесној форми. Стога има

⁹⁴⁹ Горан Илић и др., *op. cit.*, стр. 1118.

⁹⁵⁰ Милош Миловановић, *op. cit.*, стр. 164.

⁹⁵¹ Допунске процесне форме се карактеришу посебним основом и структуром, у којој се не прави разлика између стадијума и фаза, а одлука се доноси на рочишту или у седници већа (Снежана Бркић, *II*, *op. cit.*, стр. 22.

смисла одвајање од поступака по ванредним правним лековима, који спада у редовни кривични поступак.

Из дискурса регулативе правних лекова, овим поступцима је место у оквиру ванредних правних лекова. Преиначење одлуке о казни би могао бити један од основа за захтев за заштиту законитости, а ублажавање казне осуђеном сараднику је могућ као један од основа за понављање поступка.⁹⁵³ Стога је на законодавцу да одреди место ових поступака, с обзиром на систематику процесних форми. С обзиром да је законодавац предвидео да право понављање поступка подразумева одржавање главног претреса, сврставање процесних осталих процесних форми, у којима се одлучује у седници већа, може се сматрати конзистентним приступом.

Понављање кривичног поступка је непотпун правни лек, јер се њиме отклањају само чињенични, а не и правни недостаци правноснажне пресуде. Реч је, по правилу о несуспензивном правном леку, с обзиром да његово подношење не одлаже извршење пресуде. Изузетно, суд може донети одлуку да се извршење пресуде одложи или прекине (члан 477. став 4. ЗКП). Захтев за понављање кривичног поступка, по правилу није везан, роком, и може се поднети и када је осуђени издржао казну затвора и независно од амнестије, помиловања и застарелости (члан 471. став 2. ЗКП). И од ове одлике постоје одступања, у два случаја. Ако су разлог за понављање поступка нове чињенице и докази, који нису постојали или нису били познати суду у време доношења пресуде, а довели би до блажег кажњавања, захтев се може поднети до извршења казне затвора. У случају навођења нових чињеница и доказа да окривљеном није достављен позив за главни претрес, који је одржан у његовом одсуству, захтев за понављање кривичног поступка се може поднети у року од шест месеци од доношења пресуде по жалби (члан 473. став 2. ЗКП). Понављање поступка је недеволутивни правни лек. О захтеву одлучује веће суда, који је судио у првом степену, односно веће суда који је донео одлуку након одржаног претреса, одржаног у одсуству окривљеног (члан 474. став 1. ЗКП).

30.4. Врсте понављања кривичног поступка

⁹⁵² С обзиром да се у овим поступцима не одлучује о кривичној ствари, већ се ови поступци воде поводом кривичног поступка, по његовом окончању, реч је о неправом кривичном поступку (Војислав Ђурђић, 2011, *op. cit.*, стр. 4.

⁹⁵³ Милош Миловановић, *op. cit.*, стр. 165.

Процесна теорија разликује више врста понављања кривичног поступка. Најчешће се за критеријум узима, да ли се понавља суђење, под чиме се мисли на главни претрес и фазе које следе, или само фаза доношења судске одлуке. Осим тога, као критеријум за разликовање се узимају и разлози, који доводе до понављања.⁹⁵⁴ Ако се после правноснажности судске одлуке појаве нове чињенице, докази, или околности, које нису постојале, или биле познате, а довеле би до другачије судске одлуке, допуштено је право понављање кривичног поступка. Поступак се најчешће понавља од фазе главног претреса, мада има примера у упоредном праву да се поступак враћа у фазу истраге. Право понављање је допуштено да би се у правноснажној пресуди отклонили значајни чињенични недостаци и потом донела правилна и законита одлука. Право понављање је у нашем кривичном поступку могуће само у корист окривљеног.

Неправо понављање кривичног поступка постоји када нема новог главног претреса, већ се понавља само фаза доношења судске одлуке. Разлог за неправу понављање кривичног поступка је најчешће појављивање нових чињеница и доказа, који указују да би окривљеном требало изрећи другачију врсту и меру кривичне санкције. Реч је, дакле, о сазнању за постојање нових одлучних чињеница, од којих зависи врста и мера кривичне санкције. У нашем процесном кодексу су нове чињенице и докази, од којих зависи изрицање кривичне санкције, предвиђени у оквиру разлога за право понављање кривичног поступка. У овом случају се, такође, понавља главни претрес, али се на њему изводе само докази, од којих зависи врста и мера кривичне санкције (члан 477. став 2. ЗКП). С обзиром да се и у овом случају понавља суђење, заправо је реч о правом понављању кривичног поступка.

У ранијој процесној регулативи је у неправу понављање кривичног поступка сврставано настављање поступка прекинутог услед постојања привремених и отклоњивих сметњи. У важећем ЗКП-у је овај вид понављања сврстан у део, који је посвећен редовном поступку. Кривични поступак, у којем је оптужница одбачена, биће настављен на захтев овлашћеног тужиоца, ако престану процесне сметње које су довеле до одбацивања оптужнице (члан 417. ЗКП). Законодавац је исправно поступио, с обзиром да у овом случају није реч о понављању поступка, већ о настављању, од фазе где је дошло до застоја. Преиначење пресуде у делу о казни је раније такође фигурирао као један од видова неправог понављања кривичног поступка. Сада га је законодавац

⁹⁵⁴ Видети: Војислав Ђурђић, 2011, *op. cit.*, стр. 206

сврстао у посебне поступке за преиначење правноснажне пресуде. Поступак за изрицање јединствене казне је могућ ако је изречено више казни окривљеном у више пресуда, а нису примењене одредбе о изрицању јединствене казне, или је дошло до погрешне примене одредаба за одмеравање казне за дела у стицају. Трећи разлог за покретање овог поступка је немогућност извршења јединствене казне, због трајних процесних сметњи (члан 552. ЗКП). У сва три случаја је реч о правним недостацима, те не може бити речи о врсти понављања поступка. Осим тога, пресуда се преиначује у седници већа. Стога је оправдано измештање овог поступка из дела законика у коме је регулисано понављање поступка. То се, међутим, не може рећи за поступак за ублажавање казне осуђеном сараднику, који је дао исказ у кривичном поступку, окончаном правноснажном осуђујућом пресудом (члан 557-561 ЗКП). С обзиром да је реч о новој чињеници, а да се понавља само доношење пресуде, према систематици процесног закона, ово би могао бити један од видова неправог понављања кривичног поступка.

Посебни случајеви понављања кривичног поступка су прописани с циљем да окривљени, коме је суђено у одсуству, реализује своје право одбране, као и ако до понављања поступка долази по другом правном леку. Посебност се манифестује у циљу, који се жели постићи, или начину на који се може до понављања поступка.⁹⁵⁵ У првом случају се кривични поступак не понавља услед чињеничних, или правних недостатака. Постулати правичности налажу да окривљени, коме се судило у одсуству, има право да захтева понављање поступка, у коме може да реализује функцију одбране. Овај случај понављања поступка познаје важећи Законик о кривичном поступку и издваја га од осталих случајева право понављања (члан 479-481. ЗКП). До понављања кривичног поступка је могло доћи на основу поднетог захтева за заштиту законитости. Услов је био да се у поступку по овом ванредном правном леку утврди знатна сумња у истинитост одлучних чињеница. Овај процесни механизам није предвиђен у важећем процесном закону.

Законик о кривичном поступку из 2011. године предвиђа седам разлога за право понављање кривичног поступка. Осим тога, прописан је један случај неправог понављања поступка, погрешно сврстан међу посебне поступке, као и посебан случај понављања поступка осуђеном у одсуству.

⁹⁵⁵ Војислав Ђурђић, 2011, *op. cit.*, стр. 207.

30.5. Разлози за понављање поступка

Законик о кривичном поступку у члану 473. предвиђа разлоге за понављање кривичног поступка. Они се могу груписати на разне начине. Једна од подела је на разлоге понављања услед чињеница у ширем смислу (кривичних дела), контрадикције међу пресудама, и нових чињеница у ужем смислу.⁹⁵⁶ Друга класификација је на грешке фактичког и формалног карактера.⁹⁵⁷ Неки аутори деле разлоге за понављање поступка на опште и посебне.⁹⁵⁸ Ова подела је извршена на основу процесног циља, који треба постићи. Општи основи су нове чињенице и докази, подобни да доведу до ослобађајуће, или одбијајуће пресуде, или осуде по блажем закону, затим нове чињенице и докази, који могу довести до блаже кривичне санкције, као и до другачијег одмеравања казне код продуженог кривичног дела. Код посебних разлога није битно остваривање процесног циља. Ту спадају пресуда заснована на лажној исправи, или исказу, кривичном делу органа вођења поступка, повреда принципа не два пута о истоме и контрадикторне пресуде, као и ако окривљеном није достављен позив за главни претрес. На основу законом предвиђених разлога за понављање кривичног поступка, сматрамо да се они могу класификовати у три групе. У прву групу спада пресуда заснована на кривичном делу. Ту убрајамо пресуду, која је донета на основу лажне исправе, лажног исказа учесника поступка, и кривичног дела органа вођења поступка (члан 473. став 1. тачка 1. и 2. ЗКП). Друга група обухвата нове чињенице и доказе, као разлог за понављање поступка. Ту најпре спадају нове чињенице и докази, који сами за себе, или у садејству са осталим доказима могу довести до ослобађајуће, или одбијајуће пресуде, или осуде по блажем закону (члан 473. став 1. тачка 3. ЗКП). У ову групу такође спадају нове чињенице и докази, који указују да окривљени није извршио неку од радњи продуженог кривичног дела, или другог дела које обухвата више радњи извршења (члан 473. став 1. тачка 5. ЗКП). Нове чињенице и докази, који би довели до блаже кривичне санкције, још један су од разлога, које сврставамо у ову групу (члан 473. став 1. тачка 6. ЗКП). Ту, најзад, спадају и нове чињенице и докази да окривљеном није уредно достављен позив за главни претрес, који је одржан у његовом одсуству (члан 473. став 1. тачка 7. ЗКП). У трећу групу разлога за понављање

⁹⁵⁶ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 321.

⁹⁵⁷ Милан Шкулић, 2014, *op. cit.*, стр. 438.

⁹⁵⁸ Снежана Бркић, II, *op. cit.*, стр. 209.

кривичног поступка убрајамо повреду начела *ne bis in idem*, као и контрадикторне пресуде (члан 473. став 1. тачка 4. ЗКП).

30.5.1. ПРЕСУДА ЗАСНОВАНА НА КРИВИЧНОМ ДЕЛУ

Ова група разлога се заснива на узрочно-последичној вези између извршеног кривичног дела и пресуде. Ту спада пресуда заснована на лажној исправи, затим на лажном исказу сведока, вештака, стручног саветника, преводиоца, тумача и саокривљеног (члан 473. став 1. тачка 1. ЗКП), као и заснованост пресуде на кривичном делу судије, судије поротника, тужиоца и процесног субјекта, који је предузимао доказне радње (члан 473. став 1. тачка 2. ЗКП).

За усвајање захтева за понављање кривичног поступка, по овим разлозима, потребно је да се докаже да је извршено кривично дело, као и да је извршење кривичног дела утицало на доношење пресуде. Извршење кривичног дела се мора доказати са степеном извесности.⁹⁵⁹ Није довољно оптужење да је извршено кривично дело, већ да је донета правноснажна осуђујућа пресуда. Овај услов се, према томе, може доказати само на основу правноснажне пресуде, што представља изузетак од слободне оцене доказа. У процесној теорији се наводи да се овај услов изузетно може доказати и другим доказним средствима, ако се кривични поступка не може спровести услед постојања трајних процесних сметњи.⁹⁶⁰ Иако ЗКП из 2011. године задржава такву одредбу (члан 472. став 2. ЗКП), сматрамо да то није могуће. Извршење кривичног дела је могуће доказати само на основу правноснажне осуђујуће пресуде. Ако је поступак обустављен, прејудицирање кривице би било флагрантно кршење претпоставке невиности. Доказивање кривичног дела на коме је заснована побијана пресуда у поновљеном поступку би такође представљало повреду начела оптужбе. Једино би било могуће да суд иницира покретање кривичног поступка, подношењем кривичне пријаве, а да се са понаваљњем поступка застане, до доношења правноснажне одлуке о наводном кривичном делу.

Други услов је постојање узрочне везе између извршеног кривичног дела и побијане пресуде. Могуће је да постоји правноснажна пресуда, којом је са извесношћу утврђено да је извршено кривично дело, али да то није имало утицаја на доношење побијане пресуде. То ће бити могуће ако на основу осталих изведених доказа произлази да би била донета иста пресуда. Такође је могуће да суд, приликом

⁹⁵⁹ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, ор. cit, стр. 321.

⁹⁶⁰ Снежана Бркић, *II*, ор. cit, стр. 212, Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, ор. cit, стр. 321.

доношења пресуде, није ни узео у обзир доказ, који је заснован на извршењу кривичног дела.⁹⁶¹ Суд који одлучује о понављању поступка ће из образложења побијане пресуде утврдити да ли би изостављање чињеница, које су последица кривичног дела, утицало на одлуку суда у побијаној пресуди. То није нимало лак задатак, с обзиром да су одлучне чињенице често међусобно повезане. Тешко је утврдити утицај кривичног дела, односно хируршки одстранити те чињенице, па извршити оцену преостале чињеничне подлоге. Каузална веза између кривичног дела и побијане пресуде, по неким ауторима, треба да буде есенцијална. То значи да се пресуда заснива искључиво, или у претежном делу, на доказу, који је последица извршеног кривичног дела.⁹⁶² Сматрамо да се овакво тумачење не може извести из дикције законске одредбе. Потребно је да је пресуда „заснована“, односно да је до пресуде „дошло“ извршењем кривичног дела. Законодавац није прописао квалификатив да је пресуда искључиво заснована, или у претежном делу заснована на кривичном делу. То значи да је довољно утврдити просту каузалну везу између доказа и пресуде.

За постојање заснованости кривичне пресуде на лажној исправи је могуће извршење неколико кривичних дела фалсификовања. То могу бити кривична дела фалсификовања хартија од вредности (члан 224. КЗ), фалсификовање платне картице (члан 225. КЗ), фалсификовање знакова за обележавање робе, мера и тегова (члан 245. КЗ), фалсификовање исправе (члан 356. КЗ) као и фалсификовање службене исправе (члан 357. КЗ). Осим наведених кривичних дела, разлог за понављање поступка могу бити и правноснажна пресуда за неко од кривичних дела, чије је једно од битних обележја сачињење лажне исправе (члан 229, члан 236. став 1. тачка 3, члан 238. став 1. тачка 2, члан 244, члан 336. став 3. КЗ).

Један од разлога за понављање кривичног поступка је заснованост пресуде на лажном исказу. Законодавац је обухватио лажни исказ сведока, вештака, стручног саветника, преводиоца, тумача, као и саокривљеног. Стручни саветник је нови процесни субјект, чија је улога обезбеђење контрадикторности вештачења. Може бити ангажован на страни оптужбе и одбране. Иако овај процесни субјект не даје налаз и мишљење, може бити испитан на главном претресу (члан 402. став 1. ЗКП), те је оправдано проширење у односу на лажан исказ. У оквиру обухватах процесних субјеката се налази саокривљени. Реч је о саокривљеном, према коме је поступак

⁹⁶¹ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 322.

⁹⁶² Горан Илић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, Миодраг Мајић, *op. cit.*, стр. 1014.

раздвојен, односно према коме је кривични поступак окончан правноснажном осуђујућом пресудом (члан 406. став 1. тачка 5. ЗКП). Према једном тумачењу, овиме нису обухваћени саокривљени, који имају својство сарадника (окривљени сарадник и осуђени сарадник⁹⁶³).⁹⁶⁴ Приликом тумачења наведене одредбе се најпре јавља суштинско питање постојања лажног исказа окривљеног. Окривљени нема дужност да истинито исказује. Стога се лажан исказ окривљеног коси са његовим основним правом на одбрану. Ако прихватимо тумачење да није реч о окривљеним сарадницима, већ о саокривљенима, онда се јавља дилема, како исказ окривљеног, према коме је кривични поступак раздвојен, а не и окончан, може бити основ за понављање поступка. Кривица тог саокривљеног још увек није утврђена са извесношћу. Правноснажна пресуда против саокривљеног може бити некакав основ, али опет се враћамо на непостојање обавезе окривљеног да говори истину! Ако је реч о саокривљеном у јединственом поступку, захтев за понављање кривичног поступка се такође не може засновати на његовом исказу, који опет не мора бити истинит. Из свих разлога је убрајање исказа саокривљеног у лажне исказе неосновано. Саглашавамо се да наведеном одредбом нису обухваћени окривљени сарадник и осуђени сарадник. То нису саокривљени, према којима је поступак раздвојен, већ су окривљени за било које кривично дело, а могу да сведоче у кривичном поступку за кривична дела организованог криминалитета. Са друге стране, ова категорија својеврсних сведока би најпре могла бити оправдано обухваћена одредбом, која предвиђа лажан исказ, као разлог понављања поступка. Они су у тим поступцима сведоци, а не саокривљени, те морају говорити истину. У случају да дају лажан исказ, примера ради, с циљем да исходују за себе концесију јавног тужиоца из споразума о сведочењу, било би неоправдано да се окривљени у поступку, у коме су они сведочили, не може позвати на њихов лажан исказ, тражећи понављање поступка. Сматрамо да то овлашћење постоји и према важећем закону, подвођењем под лажан исказ сведока, јер окривљени и осуђени сарадник у поступку у коме сведоче имају тај процесни положај.

⁹⁶³ Реч је о два модалитета страначког споразума о признању кривичног дела, који се примењују у кривичном поступку за кривична дела у којима поступа јавно тужилаштво посебне надлежности. Јавни тужилац може закључити споразум о сведочењу са окривљеним који је у потпуности признао кривично дело, ако је његово сведочење претежнијег значаја за откривање и доказивање ових кривичних дела, од последица дела које је учинио (члан 320. став 2. ЗКП). Јавни тужилац може закључити споразум и са осуђеним, под истим условима (члан 327. став 1. ЗКП). Окривљени сарадник и осуђени сарадник се обавезују да ће сведочити у кривичном поступку за кривична дела из члана 162. став 1. тачка 1. ЗКП у замену за врсту и меру казне која ће бити изречена, умањење казне, или ослобођење од казне.

⁹⁶⁴ Горан Илић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, Миодраг Мајић, *op. cit.*, стр. 1015. Супротно: Милош Миловановић, *op. cit.*, стр. 173.

Један од разлога за понављање кривичног поступка је и извршено кривично дело од стране органа руковођења поступком. Кривични поступак се може поновити ако је кривично дело јавног тужиоца, судије, судије поротника, или лица које је предузимало доказне радње узроковало доношење пресуде. Потребно је да је пресуда заснована на кривичном делу ових процесних субјеката. Осим што је потребно доказати да је кривично дело извршено, потребно је утврдити и каузалну везу између кривичног дела и побијане пресуде.⁹⁶⁵ Доношење пресуде може бити последица извршеног кривичног дела злоупотреба службеног положаја (члан 359. КЗ), кршење закона од стране судије, јавног тужиоца или његовог заменика (члан 360. КЗ), несавестан рад у служби (члан 361. КЗ) трговина утицајем (члан 366. КЗ) и примање мита (члан 367. КЗ). Постоји могућност да судија изврши кривично дело у вези са кривичним поступком, али без утицаја на доношење пресуде.⁹⁶⁶

Кривично дело судије може бити извршено и у стадијуму претходног поступка. То се нарочито односи на судију за претходни поступак и судије, који су чланови ванрасправног већа. Кривично дело, извршено од лица које је вршило доказне радње, се може извршити у предистражном поступку, истрази, или евентуално у фази оптужења. То може бити од утицаја на доношење пресуде, с обзиром да је по закону допуштено да чињенична подлога датира још из пресуде фазе поступка. Могуће је и да се за кривично дело лица, која су предузимала доказне радње, није знало у току главног претреса, а могуће је да суд томе није поверовао.⁹⁶⁷ У ову категорију долазе незаконито предузете доказне радње полиције у предистражном поступку, сходно овлашћењу из члана 387. ЗКП (изнуђивање признања или исказа, злостављање итд.).

За разлику од Законика о кривичном поступку из 2001. године, разлог за понављање кривичног поступка је и кривично дело јавног тужиоца. Питање је колико ће овај разлог бити заступљен у пракси, с обзиром да није могуће понављање поступка на штету окривљеног, а да је укинут разлог за понављање поступка, који се састоји у доношењу одбијајуће пресуде услед кривичног дела јавног тужиоца.⁹⁶⁸ Ови разлози за понављање поступка се, као и остала кривична дела, доказују правноснажном осуђујућом пресудом. Изузетно је могуће доказивање на други начин, сходно одредби

⁹⁶⁵ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, ор. cit, стр. 648.

⁹⁶⁶ Примера ради, примање мита да би се извршила службена радња која се мора извршити, или да се не изврши службена радња која се иначе не сме извршити.

⁹⁶⁷ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, ор. cit, стр. 900.

⁹⁶⁸ Милан Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2011, стр. 1126.

из члана 472. став 2. ЗКП. Остајемо при ставу да је доказивање кривичног дела немогуће другим доказима, осим правноснажном осуђујућом пресудом. Чак и када бисмо прихватили овакав начин доказивања, прикривени и посредан утицај органа вођења поступка на доношење пресуде би се тешко могао доказати, јер се често испољава приликом извођења процесних радњи, без да се процесно засведоче.

30.5.2. НОВЕ ЧИЊЕНИЦЕ И ДОКАЗИ

Ова група разлога за понављање кривичног поступка обухвата нове чињенице и доказе, који сами за себе или у садејству са осталим доказима могу довести до ослобађајуће, или одбијајуће пресуде, или осуде по блажем закону (члан 473. став 1. тачка 3. ЗКП). У ову групу такође спадају нове чињенице и докази, који указују да окривљени није извршио неку од радњи продуженог кривичног дела, или вишеактног кривичног дела (члан 473. став 1. тачка 5. ЗКП). Законодавац предвиђа и нове чињенице и доказе, који би довели до блаже кривичне санкције, као један од разлога за понављање кривичног поступка (члан 473. став 1. тачка 6. ЗКП). У ову групу спадају и нове чињенице и докази да окривљеном није уредно достављен позив за главни претрес (члан 473. став 1. тачка 7. ЗКП).

Поступак који је завршен правноснажном пресудом се може поновити ако се изнесу нове чињенице, или поднесу нови докази, који су сами за себе, или у садејству са осталим раније изведеним доказима, подобни да доведу до одбијања оптужбе, ослобођења од оптужбе, или осуде по блажем закону. Као разлози за понављање кривичног поступка су предвиђене нове чињенице и нови докази. Чињенице и докази морају бити релевантни и нови.⁹⁶⁹ Чињенице морају бити нове за суд. То значи да оне нису биле познате суду у моменту доношења побијане пресуде, без обзира када су настале и кад је окривљени сазнао за њих.⁹⁷⁰ На тај начин су изостављене чињенице, које су биле познате суду, али их није узео у обзир приликом доношења пресуде. Нове чињенице укључују и оне које су раније биле познате странкама, али нису истицане пред судом. То такође могу бити и чињенице, које нису биле познате странкама у време вођења кривичног поступка. Разлог за понављање поступка могу бити и нови докази, који раније нису изведени, или предлог да се чињенице утврђују другом врстом доказа, у односу на ранији поступак. Понављање кривичног поступка, према томе, може бити допуштено на основу чињеница и доказа, који су били познати окривљеном,

⁹⁶⁹ Тихомир Васиљевић, Систем..., *op. cit.*, стр. 649.

⁹⁷⁰ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 328.

али их није износио и предлагао за време вођења поступка, без обзира на мотиве. Према судској пракси, чињенице и докази, наведени у неблаговременој жалби, такође спадају у нове, те могу бити изношене и предлагани као разлог за понављање поступка, с обзиром да се суд о њима није могао изјаснити.⁹⁷¹

Постоји дилема, да ли је допуштено да се у захтеву за понављање кривичног поступка окривљени позове на доказе, чије је извођење суд одбио током ранијег поступка. У теорији се може наћи став да они у начелу не могу бити разлог за понављање поступка, осим ако је реч о убедљивим доказима, које је суд брзоплето одбио.⁹⁷² Судска пракса делимично демантује такав став, наводећи да одбијени доказни предлози не представљају нове чињенице.⁹⁷³ Приклањамо се ставу судске праксе. Сматрамо да одбијени доказни предлози не могу бити нови, с обзиром да је суд током ранијег поступка имао прилику да се сретне с њима. Једино би било могуће да се из истог доказа подносилац захтева за понављање кривичног поступка позове на утврђивање чињенице, која раније није истицана. Примера ради, захтев да се из исказа сведока, који је већ раније саслушаван, или чије је саслушање одбијено, утврђује нова чињеница. Другим речима, да се сведок саслуша на нову околност. Позивање на нови налаз и мишљење вештака се према неким тумачењима, а и ставовима судске праксе, не може подвести под нове чињенице и доказе.⁹⁷⁴ То међутим затвара врата за накнадно доказивање путем ДНК анализе, која се у многим кривичним поступцима (нарочито у америчком) сматра веома поузданом методом, која представља разлог за понављање поступка. Сматрамо да је у складу са законским одредбама истицање новог налаза и мишљења вештака, па тако и накнадна ДНК анализа, ако се у садржају налаза и мишљења налазе нове чињенице и докази, који показују непостојање кривице на страни окривљеног. Недопуштено би могло бити само другачије тумачење раније датог налаза и мишљења вештака, јер се у томе не налазе нове чињенице и докази.

У неким процесним законима, а и у ЗКП-у из 1976. године је постојало преимућство одбране у погледу нових чињеница и доказа. Док је окривљени могао да их износи и предлаже без ограничења, јавни тужилац није могао да тражи понављање на штету окривљеног на бази нових чињеница и доказа, а на основу новопојављених

⁹⁷¹ Одлука Врховног суда Србије, Кж, II, бр. 23/83.

⁹⁷² Милан Шкулић, *Коментар...*, ор. cit., стр. 1127.

⁹⁷³ Пресуда Основног суда у Београду, Кж. 2916/03 од 14.10.2003 (Наведено према: Милан Шкулић, *Коментар...*, ор. cit, 1127.).

⁹⁷⁴: Горан Илић и други, ор. cit, 1016.

чињеница је могао да захтева само понављање поступка у корист окривљеног, и у року од шест месеци. У процесној теорији постоји залагање да се јавном тужиоцу ограничи подношење захтева за понављање поступка само на новопојављене доказе.⁹⁷⁵ С обзиром да је понављање кривичног поступка сада могуће само у корист окривљеног, сматрамо да нема смисла постављати рокове, нити ограничења јавном тужиоцу, већ у потпуности афирмисати неограничено понављање у корист окривљеног.

Законска терминологија упућује на нове чињенице и доказе, у множини. То не значи да разлог за понављање поступка не може бити једна чињеница, или један доказ.⁹⁷⁶ У наведеној одредби ЗКП-а се наводе чињенице, што значи да разлог за понављање поступка могу бити све врсте чињеница, одлучне, индиције и помоћне чињенице. Прописано је да нове чињенице, или нови докази, могу довести до другачије пресуде, заједно са другим доказима. То не искључује повезаност са раније утврђеним чињеницама.⁹⁷⁷ Чињенице се утврђују доказима. Чињенице индиције су истовремено и врста доказа, тако да су и оне могуће као веза са новим чињеницама и доказима. То дакле могу бити све врсте чињеница и доказа, који су подобни да доведу до повољније пресуде по окривљеног. Повољнији исход по окривљеног је свакако доношење ослобађајуће⁹⁷⁸ пресуде, уместо осуђујуће. Понављање поступка се, у овом случају, најчешће захтева навођењем одлучних чињеница, које указују да постоји неки основ, који искључује постојање кривичног дела. То могу бити и друге чињенице, које модификују чињенични опис кривичног дела из побијане пресуде, што доводи до ослобођења од кривице. У обзир долазе све три врсте чињеница, као и докази, којима осуђени доказује да није извршио кривично дело, или да кривично дело није извршено.

Осим тога, повољнија пресуда по окривљеног је осуда по блажем закону. Овде је реч о правној квалификацији, која је блажа, у односу на побијану пресуду. Неопходно је да нове чињенице и докази могу довести до блаже правне квалификације, што значи да је тиме искључено ублажавање казне, или ослобођење од казне, у оквиру исте квалификације.⁹⁷⁹ Нове чињенице и докази треба да буду пободни да доведу до примене другог, блажег кривичног прописа. Факултативни основи за блаже кажњавање

⁹⁷⁵ Тихомир Васиљевић, *Систем...*, ор. cit, стр. 650.

⁹⁷⁶ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, ор. cit, стр. 326.

⁹⁷⁷ *Ibidem*.

⁹⁷⁸ Није допуштено тражити ослобођење од оптужбе по другом основу, у односу на већ донету ослобађајућу пресуду (Тихомир Васиљевић, *Систем...*, ор. cit, стр. 649).

⁹⁷⁹ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, ор. cit, стр. 329.

не могу бити разлог за понављање кривичног поступка.⁹⁸⁰ Са друге стране, то могу бити чињенице и докази, који указују на покушај уместо довршеног кривичног дела. Исто тако, то могу бити чињенице и докази, који указују на саучесништво у облику помагања, или подстрекавања, уместо извршилаштва. Најчешће се наводе одлучне чињенице, које представљају олакшавајуће околности. Оповргавање отежавајућих околности се најчешће постиже истицањем индиција, или подношењем противудоказа⁹⁸¹. Није, међутим, допуштено понављање поступка у коме суд примењује блажи закон по окривљеног, који је ступио на снагу након правноснажности побијане пресуде, ако се није изменило чињенично стање.⁹⁸²

У односу на члан 407. став 1. тачка 3. ЗКП-а из 2001. године, који је предвиђао само доношење ослобађајуће пресуде и осуде по блажем закону, важећи процесни закон предвиђа и пресуду којом се оптужба одбија, као могући исход истицања нових чињеница и предлагања нових доказа. На тај начин је уважена примедба дела процесне теорије да се повољнија пресуда по окривљеног може исходити ослобођењем од оптужбе, али исто тако и одбијањем оптужбе.⁹⁸³ Други аутори су критиковали проширење исхода понављања поступка на доношење процесне пресуде, која има формални а не чињенични основ.⁹⁸⁴ Као разлог за понављање кривичног поступка се, у овом случају, износе нове чињенице, које указују на постојање трајних процесних сметњи.⁹⁸⁵ То су процесне правно релевантне чињенице. Стога, одбијајућа пресуда не дира у чињеничну заснованост овог разлога за понављање поступка. Осим тога, доношење процесне пресуде је повољнији исход по окривљеног од побијане осуђујуће пресуде.

У случају истицања захтева за понављање кривичног поступка не постоји везаност идентитета дела са оптужбом. Осуђени може истицати чињенице, које указују на извршење другог кривичног дела. То могу понекад бити и чињенице, које указују на

⁹⁸⁰ Примера ради позивање на битно смањену урачунљивост, јер је то факултативни основ за блаже кажњавање.

⁹⁸¹ То могу бити и одлучне чињенице (осуђени за тешки телесну повреду, трајним и тешким нарушавање здравља оштећеног изнесе нову чињеницу да је оштећени потпуно оздравио). У контексту понављања поступка, оне врше функцију противудоказа, јер оповргавају отежавајуће околности на страни окривљеног.

⁹⁸² Одлука Врховног суда Србије, Кж.І, 800/00 од 08.11.2000. године (Наведено према: Т. Васиљевић, М. Грубач, *op. cit.*, 901-902.).

⁹⁸³ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 327.

⁹⁸⁴ Момчило Грубач, *Нове установе и нова решења...*, *op. cit.*, стр. 507, Снежана Бркић, *II*, *op. cit.*, стр. 210.

⁹⁸⁵ Примера ради, да је кривично дело извршено раније него што је утврђено, те обухваћемо застарелошћу.

извршење тежег кривичног дела, ако могу исходovati повољнију пресуду по окривљеног.⁹⁸⁶

Нове чињенице и докази могу бити разлог за понављање кривичног поступка, ако указују да окривљени није извршио неку од радњи продуженог кривичног дела, или другог кривичног дела, које обухвата више радњи извршења (члан 473. став 1. тачка 5. ЗКП). Потребно је да те чињенице, или докази, указују да окривљени није извршио неку од радњи извршења, обухваћених правноснажном пресудом. Други услов је утицај елиминисања неких радњи на примену блажег закона, или битан утицај на одмеравање казне. Овај разлог обухвата привидни реални стицај, у кривичноправном смислу. Продужено кривично дело је облик привидног реалног стицаја у облику конзумпције.⁹⁸⁷ Реч је о више истих, или истоврсних кривичних дела, учињених од стране истог учиниоца, у временској повезаности (члан 61. КЗ). У овај разлог је законодавац уврстио и друге облике привидног реалног стицаја. Ту спадају сложена⁹⁸⁸ и колективна⁹⁸⁹ кривична дела. У овај разлог такође спадају вишеактна кривична дела, са истоврсним и разнородним радњама.

Овај разлог за понављање кривичног поступка је такође заснован на новим чињеницама и доказима, али се појављује као специјализација у односу на нове чињенице и доказе из тачке 3. става 1. члана 473. ЗКП. Овде је реч о новим чињеницама и доказима, који су примењиви само ако је окривљени правноснажно осуђен за продужено, или сложено кривично дело. Чињенице или докази треба да указују да поједина радња, или радње извршења, које су ушле у састав кривичног дела из правноснажне пресуде, нису извршене. Осим тога, неопходно је да изостанак неких од радњи продуженог, или сложеног кривичног дела, утиче на примену блажег закона, односно да има битан утицај на одмеравање казне. У првом случају је реч о промени правне квалификације, на исти начин као код разлога, прописаног у тачки 3. У другом случају је реч о квалификованом утицају на блаже кажњавање. Нове чињенице и докази, који су без утицаја на изречену казну, или нису од битног утицаја на

⁹⁸⁶ Примера ради окривљени је осуђен за превару на штету блиског лица поднесе доказе, који указују да је заправо извршио тешку крађу. С обзиром да се кривично гоњење у потоњем случају предузима по приватној тужби, која није била поднета, исход би био доношење одбијајуће пресуде (Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, ор. cit, стр. 332-333).

⁹⁸⁷ Драган Јовашевић, *Кривично право – општи део*, Београд, 2010, стр. 159.

⁹⁸⁸ Право сложено кривично дело се састоји од два или више кривичних дела. Примера ради, крађа се састоји из крађе и принуде. Неправо сложено кривично дело се састоји из кривичног дела и једне допуштене делатности. Примера ради, кривично дело силовања се састоји из принуде и обљубе.

⁹⁸⁹ То је више кривичних дела које се квалификују као једно кривично дело, јер произлазе из психичког стања учиниоца, његовог начина живота или односа према друштву (Драган Јовашевић, ор. cit, стр. 162.)

одмеравање казне, не могу бити разлог за понављање кривичног поступка.⁹⁹⁰ С обзиром да у овом случају заправо долази до блажег кажњавања, без измене правне квалификације, у теорији се наводи да је овај разлог више ванредно ублажавање казне, но што је понављање кривичног поступка.⁹⁹¹

У време док је било могуће понављање поступка на штету окривљеног, права сложена кривична дела су била изузета из примене овог разлога. Није се могло тражити понављање поступка, ако је примера ради неко био осуђен за крађу, тражећи да се придода још и принуда, како би био осуђен за разбојништво.⁹⁹² У овом случају се понављање кривичног поступка могло постићи услед нових чињеница и доказа. Исто је важило за привидни, или идеални стицај кривичних дела. Поставља се питање, да ли се може тражити да отпадне нека радња сложеног кривичног дела, или из реалног стицаја. Према једном ставу, тада се може тражити понављање само по основу нових чињеница и доказа, према члану 473. став 1. тачка 3. ЗКП.⁹⁹³ Наведени теоријски став је тачан, с обзиром да је настао у време када је процесни закон предвиђао само утицај на одмеравање казне, код продуженог и вишеактног кривичног дела. С обзиром да се осуда по блажем кривичном закону може постићи и применом тачке 3. и применом тачке 5, понављање кривичног поступка се може тражити по оба основа. Ипак је исправније позивати се на разлог из тачке 5, будући да је *lex specialis* за чињенице и доказе, код продуженог и дела које обухвата више радњи, у која спадају и права сложена кривична дела. Забраном понављања поступка на штету окривљеног је отпала дилема, да ли се може тражити понављање поступка, истицањем да је окривљени учинио још неку радњу након правноснажности осуђујуће пресуде. И тада и сада је такав захтев могућ само покретањем новог кривичног поступка, за радње извршења након правноснажности пресуде.

У овом случају се најчешће износе нове чињенице индиције, или предлажу нови докази, који указују да окривљени није извршио неку од радњи, које улазе у састав кривичног дела, за које је осуђен. Могуће је истицање и одлучних чињеница, које указују да недостаје неки од елемената кривичног дела. Нове чињенице и докази, које је могуће истицати, односно предлагати, се у потпуности поклапају са чињеницама и доказима на основу тачке 3. става 1. члана 473. ЗКП. Разлика у односу на тачку 3. се

⁹⁹⁰ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 905.

⁹⁹¹ *Ibidem*, стр. 868.

⁹⁹² Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 336.

⁹⁹³ *Ibidem*.

састоји у захтеву да нове чињенице и докази, осим што могу довести до осуде по блажем закону, битно утичу на одмеравање казне. Изостављање појединих радњи из састава кривичног дела, за које је окривљени правноснажно осуђен, мора да узрокује изрицање блаже казне. С обзиром да утицај на одмеравање казне цени суд, потребно је у захтеву за понављање поступка, кад год је то могуће, указати на чињенице, које представљају основ за одмеравање казне.

Изношење новооткривених и новопредстављених чињеница и доказа, који би очигледно довели до блаже кривичне санкције (члан 473. став 1. тачка 6. ЗКП), такође је разлог за понављање кривичног поступка. Реч је о чињеницама и доказима, којих није било у време вођења поступка, или за њих суд није знао у то време. То је до доношења измена и допуна ЗКП-а 2009. године био самостални ванредни правни лек, да би након те новелације постало вид неправог понављања поступка. Може се закључити да је оправдано увођење ублажавања казне у разлоге за понављање кривичног поступка. Тиме се не дира у правну природу понављања поступка, будући да се на овај начин отклањају чињенични недостаци правноснажне пресуде. Осим тога, у пракси се често догађало да током понављања поступка искрсну нове чињенице или докази, који утичу на одмеравање казне, на основу којих није могло доћи до ублажавања.⁹⁹⁴ Уврштавањем ублажавања казне у разлоге за понављање поступка је, такође, отклоњена ранија примедба процесне доктрине да су чињенице, од којих зависи одмеравање казне, биле утврђиване у седници већа, у осуству контрадикторности, усмености, јавности и непосредности. Овај процесни институт се по правној природи разликује од помиловања. О ублажавању казне одлучује суд, ценећи законом постављене услове. Помиловање је политички акт, који даје председник државе, по слободној оцени. Подношење захтева за ублажавања казне не спречава подношење захтева за помиловање.⁹⁹⁵ У важећем ЗКП-у је предвиђена, до сада, најсложенија процедура за ублажавања казне. Раније је био надлежан Врховни суд, па онда првостепени судови, који су решавали у седници већа.⁹⁹⁶ Према позивном праву се ублажављање казне може извршити само на главном претресу, након укидања

⁹⁹⁴ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 381.

⁹⁹⁵ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 872.

⁹⁹⁶ У теорији се износе опречни ставови да ублажавања казне буде у надлежности првостепених судова. Противници истичу опасност од неуједначене судске праксе, а заговорници наводе да ова врста надлежности није примерена садашњој улози Врховног касационог суда. Такође се наводи да централизовано одлучивање о врсти и мери кривичне санкције не постоји ни у првостепеном поступке, те још мање постоји потреба да то буде случај у поступку по ванредном правном леку (Горан Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *op. cit.*, 1072-1073).

побијане пресуде. Делатности на главном претресу су, међутим, знатно редуковане и своде се на извођење доказа, од којих зависи одмеравање казне (члан 477. став 2. ЗКП).

Овде је реч о појављивању нових околности, које нису постојале у време доношења пресуде, или за које суд није знао, а очигледно би довеле до блажег кажњавања. Најчешће је реч о личним и породичним приликама окривљеног, смањеној урачунљивости након извршења кривичног дела, или испуњењу имовинскоправног захтева оштећеног. Понављање кривичног поступка, по овом основу, се у судској пракси најчешће тражи услед тешке болести осуђеног, или члана породице, као и услед знатног погоршања животних услова и тешке материјалне ситуације породице осуђеног.⁹⁹⁷ У поређењу са ранијим законским решењима, према позитивном праву је ограничено право на подношење захтева за понављање кривичног поступка. Захтев се сада може поднети само ако је изречена казна затвора.⁹⁹⁸ Не могу се ублажити новчана казна, одузимање возачке дозволе и рад у јавном интересу.⁹⁹⁹ Није могуће ни ублажавање одлуке о имовинскоправном захтеву, трошковима поступка и о одузимању имовинске користи.¹⁰⁰⁰ Казна затвора се може ублажити краћим трајањем, али и блажим кривичним санкцијама попут новчане казне, условне осуде, рада у јавном интересу и судске опомене. Сматрамо да нема препрека да се казна затвора ублажи изрицањем мере безбедности, с обзиром да је такође реч о врсти кривичних санкција. Једино се може поставити извесна ограда по питању мере безбедности обавезног лечења и чувања у одговарајућој установи, која је по концепту извршења слична казни затвора. Сматрамо да је оправдано преиначити казну затвора овом мером безбедности, с обзиром на специфични циљ њене примене, који се не може остварити извршењем казне затвора. Применом ублажавања казне може доћи и до ослобођења од казне. То је могуће применом општих основа за ослобођење од казне, или применом законске могућности код конкретног кривичног дела, али не дирајући у правну квалификацију. Реч је о ситуацији да суд није осуђеног ослободио од казне, сматрајући да тада постојеће околности то не оправдају.¹⁰⁰¹ Најнижа граница ублажавања казне је посебни

⁹⁹⁷ Јанко Лазаревић, Ванредни правни лекови у кривичном поступку са посебним освртом на ванредно ублажавање казне, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 3/2003, Београд, 2003, стр. 91. Наведено према: Милош Миловановић, *op. cit.*, стр. 191.

⁹⁹⁸ Горан Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *op. cit.*, 1072.

⁹⁹⁹ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 869.

¹⁰⁰⁰ *Ibidem.*

¹⁰⁰¹ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 871.

законски минимум, тако да се казна не може ублажити ако је већ изречена најнижа мера, за конкретно кривично дело.

Законом је допуштено подношење захтева за понављање поступка након извршења казне затвора, застарелости или опроста, као и након смрти окривљеног. Након извршења казне затвора се не може постићи циљ постојања ублажавања казне, па испитање захтева за понављање поступка не би имало практичне консеквенце. Стога би у ставу 2. члана 473. ЗКП-а требало предвидети изузетак од подношења захтева за понављање поступка након смрти окривљеног, као и по наступању застарелости, опроста или извршења казне затвора.

За разлику од понављања поступка по тачки 3. става 1. члана 473. ЗКП, где је потребно да нове чињенице и докази утичу на правну квалификацију, у овом случају се ублажава кривична санкција, без промене правне квалификације. То је најчешће случај са кривичним делима где је износ причињене штете једно од битних обележја кривичног дела (крађа, утаја, превара, проневера...). Осим чињеница, које мењају утврђено чињенично стање, разлог за понављање кривичног поступка, по овој тачки могу бити и чињенице, које искључиво утичу на одмеравање кривичне санкције (олакшавајуће и отежавајуће околности).¹⁰⁰² Са друге стране, правне чињенице не могу бити разлог за понављање кривичног поступка. То не могу бити ни будуће извесне околности, попут чињенице да ће породица осуђеног доспети у тежак материјални положај његовим одласком на издржавање казне, или извршење обавезе наложене одлуком суда, попут плаћања трошкова поступка, или новчане казне.¹⁰⁰³ Ни добро владање осуђеног на издржавању казне не може бити чињеница, на којој се може темељити захтев за понављање поступка.¹⁰⁰⁴ Законодавац је поставио квалификовани услов у виду чињеница и доказа, који су разлог за понављање поступка по овој тачки. Потребно је да ће очигледно изазвати ублажавање казне. На тај начин је постављена лествица, пре свега, за одлучивање о допуштености захтева, да би се искључило понављање поступка на основу чињеница и доказа, за које је крајње неизвесно да ли ће довести до ублажавања казне. Није неопходно и да нове чињенице доведу до знатног ублажавања казне,¹⁰⁰⁵ већ само да очигледно могу довести до ублажавања. Утицај

¹⁰⁰² Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 869.

¹⁰⁰³ Одлука Савезног суда, Кзс. 26/86, од 10.06.1986. године.

¹⁰⁰⁴ Одлука Врховног суда Србије, Кзс. 1003/01, од 1.11.2001. године.

¹⁰⁰⁵ Супротно: Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 870.

нових чињеница и доказа на очигледно ублажавање казне цени суд по слободном судијском уверењу, те је ирелевантан субјективан став подносиоца захтева о томе.

Нове чињеница и докази су у темељу још једног од разлога за понављање кривичног поступка, прописаног у тачки 7. става 1. члана 473. ЗКП-а. Захтев за понављање кривичног поступка се може поднети на основу нових чињеница и доказа да окривљеном није уредно достављен позив за главни претрес пред другостепеним судом, који је одржан у његовом одсуству. Према ставу 3. члана 449. ЗКП, окривљени ће се у позиву упозорити да ће претрес пред другостепеним судом бити одржан у његовом одсуству, у случају неоправданог изостанка, а уредно је позван. Понављање кривичног поступка се, дакле, може захтевати, ако се појаве нове чињенице и докази, који указују на неуредно достављен позив окривљеном. Позив је неуредан ако нема прописану садржину, ако није прописно достављен и када је рок за одазивање на позив краћи од законом прописаног.¹⁰⁰⁶ Нове чињенице и докази могу указивати на све наведене случајеве, који позив чине неуредним. Могуће је да је позив достављен на прописани начин, али да је изостало упозорење на последице изостанка са главног претреса пред другостепеним судом, у садржини позива.

Процесна теорија је критикована инкорпорирање овог разлога у понављање кривичног поступка.¹⁰⁰⁷ С обзиром да је реч о повреди одредаба кривичног поступка, према томе, о правном недостатку, сматрамо да је овом разлогу место у оквиру захтева за заштиту законитости. На овај начин је компромитована правна природа правног лека захтев за понављање поступка, који традиционално служи за отклањање чињеничних недостатака правноснажне пресуде. За разлику од других разлога за понављање кривичног поступка, за овај је законом одређен рок. Захтев за понављање се може поднети у року од шест месеци од правноснажности пресуде другостепеног суда (члан 473. став 2. ЗКП). Законом одређени рок може представљати проблем, у случају када је могуће и дође до изјављивања жалбе на пресуду другостепеног суда. У том случају може доћи до истека рока за подношење захтева за понављање поступка, док апелациони суд не одлучи по жалби на другостепену пресуду. Закон не пружа подлогу за излаз из ове потенцијалне пат позиције, а теорија као једини излаз види укидање пресуде од апелационог суда, због битне повреде поступка и враћање

¹⁰⁰⁶ Војислав Ђурђић, 2011, *op. cit.*, стр. 363.

¹⁰⁰⁷ Момчило Грубач, *Нове установе...*, *op. cit.*, стр. 507.

предмета на поновно одлучивање.¹⁰⁰⁸ С обзиром да је реч о апсолутно битној повреди одредаба кривичног поступка, суд је дужан да о одржавању главног претреса у одсуству окривљеног, који није уредно позван, води рачуна по службеној дужности. Ако ипак трећестепени суд пропусти да укине пресуду, и поред постојања ове битне процесне повреде, по тачки 7. става 1. члана 473. ЗКП-а, треба тумачити да рок за изјављивање захтева за понављање поступка тече од правноснажности пресуде суда трећег степена. Том тумачењу се може наћи потпора и у језичком тумачењу става 2. члана 473. ЗКП. Прописано је да шестомесечни рок тече од доношења пресуде „жалбеног суда“, а тиме је обухваћен и суд који решава по жалби на другостепену пресуду.

30.5.3. ПОВРЕДА ПРИНЦИПА *NE BIS IN IDEM* (ПРОТИВУРЕЧНЕ ПРЕСУДЕ)

Кривични поступак може бити поновљен у корист окривљеног, ако је окривљеном за исто дело више пута осуђено, или ако је осуђен заједно са више лица за кривично дело које је могао учинити само један, или неки од њих (члан 473. став 1. тачка 4. ЗКП). У бити овог захтева се налазе контрадикторне пресуде. Овим разлогом су обухваћене две ситуације. Први случај је доношење више пресуда за исто дело према истом окривљеном. Циљ постојања овог разлога за понављање поступка је отклањање повреде начела *ne bis in idem*. Из наведене одредбе се може извести закључак да су могуће донете осуђујуће пресуде,¹⁰⁰⁹ али и осим једне осуђујуће и пресуда којом се оптужба одбија, или ослобађајућа пресуда. Услов је да се истом лицу више пута судило за исто дело, не и да је више пута осуђен. Да би дошло до понављања кривичног поступка, потребно је установити идентитет у објективном и субјективном смислу. Мора да постоји идентитет дела и учиниоца.¹⁰¹⁰ Идентитет дела се утврђује у односу на чињенични опис кривичног дела, односно на идентитет историјског догађаја. Да би дошло до понављања поступка контрадикторне пресуде морају да буду правноснажне. У супротном, постоји могућност да у поступку, који још није правноснажно окончан, буде донета процесна пресуда, због правноснажно пресуђене ствари, која је трајна сметња за кривично гоњење.

¹⁰⁰⁸ Вања Бајовић, *Процесноправни значај...*, op. cit, стр. 282.

¹⁰⁰⁹ Осуђени има интерес да тражи понављање кривичног поступка и у случају две осуђујуће пресуде, ако је једном осуђен на строжу казну, а другом на блажу казну.

¹⁰¹⁰ Супра.

У доктрини се наводи да је овај разлог за понављање поступка управљен на истраживању материјалне истине у кривичном поступку.¹⁰¹¹ Иако су законодавци формално протерали начело истине из кривичног поступка у важећем ЗКП-у, овај разлог за понављање је још једна потврда да се без истине у кривичном поступку не може. То је још један од доказа да истраживање истине прожима садашњи кривични поступак. У супротном би било прописано правило да се оставља на снази пресуда, која је прва постала правноснажна, или пресуда које је најповољнија по окривљеног.

Овај разлог понављања кривичног поступка изазива одређене контроверзе. С обзиром да се повредом забране двострује угрожености истовремено чини повреда члана 4. ЗКП, односно повреда одредаба кривичног поступка, наведени разлог може бити основ за подношење захтева за заштиту законитости. С обзиром да се јавља конкуренција ванредних правних лекова, потребно је утврдити његову правну природу. С обзиром да у основи овог разлога стоји процесна повреда, која се састоји у вишеструком кривичном гоњењу истог лица за исто дело, прихватљивије је да то буде осно за захтев за заштиту законитости. Томе у прилог иде и аргумент да се у овом случају не оспорава чињенична основа правноснажне пресуде, већ контрадикторност између пресуда. Као подлога захтеву за понављање не служе нове чињенице, нити нови докази. Једина спона са чињеничним стањем је што суд, приликом одлучивања мора да утврди да ли постоји идентитет између чињеничног описа у конкурентним пресудама. Приликом понављања поступка, по овом основу, се не утврђују чињенице, нити се мења чињенично стање, већ се доноси одлука на основу утврђеног чињеничног стања. Из наведених разлога овај разлог треба да буде основа за истицање захтева за заштиту законитости.¹⁰¹² На тај начин би се отклонила још једна дилема, која постоји према позитивном праву. С обзиром да су побијане пресуде донете од стране различитих судова, поставља се питање, који ће суд бити надлежан за понављање кривичног поступка.¹⁰¹³ Ако би повреда начела *ne bis in idem* била основ за подношење захтева за заштиту законитости, о томе би одлучивао Врховни касациони суд, па не би постојао сукоб надлежности.

Други случај је заправо погрешан објективни конекситет кривичних дела. Разлог за понављање поступка постоји ако је окривљени са више лица осуђен за исто кривично дело, које је могло учинити само једно лице, или само неки од осуђених. У

¹⁰¹¹ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 867.

¹⁰¹² Исто: Вања Бајовић, *Процесноправни значај...*, *op. cit.*, стр. 262.

¹⁰¹³ *Ibidem.*

овом случају је реч о недостатку у утврђеном чињеничном стању. Другим речима, то је судска заблуда која је заснована на погрешним чињеницама.¹⁰¹⁴ Окривљени је осуђен заједно са више других лица за исто кривично дело, а то кривично дело је могло извршити само једно лице или само неки од осуђених. То указује да је чињенично стање непотпуно, или погрешно утврђено. Синтагма „заједно са више лица“ не значи да је вођен заједнички поступак против саокривљених. То значи да је за исту кривичну ствар осуђен окривљени и још неко лице, са више контрадикторних пресуда.¹⁰¹⁵ Контрадикторност се огледа у утврђеним чињеницама. Понављање по овој тачки је могуће кад је неко лице искључено као учинилац кривичног дела, али не и као саучесник.¹⁰¹⁶ Законом је, у овом случају, омогућено понављање поступка, само у случају доношења осуђујућих пресуда. Није могуће понављање ако су донете осуђујућа и ослобађајућа пресуда, или осуђујућа и одбијајућа пресуда. С обзиром да је овде више саокривљених, суд је дужан да, приликом испитивања пресуда, примени повластицу повезаности на друге саокривљене, који нису поднели захтев за понављање поступка (члан 477. став 3. ЗКП). Једно од схватања у теорији је да се понављање поступка односи на пресуду, која је неповољна по подносиоца захтева.¹⁰¹⁷ Сматрамо да се понављање поступка односи на све контрадикторне пресуде.¹⁰¹⁸ Суд који одлучује о допуштености понављања поступка није овлашћен да цени правилност побијаних пресуда у седници већа. У супротном, одлука о допуштености понављања би већ прејудуцирала исход понављања кривичног поступка. Поступак се понавља од почетка за исто дело на које се односе побијане пресуде, у корист окривљеног. То значи да се отклања несагласност између побијаних пресуда, на тај начин што се доноси одлука, која одговара чињеничном стању. У конкретном случају то би била ослобађајућа пресуда, или пресуда којом се оптужба одбија, уместо осуђујуће пресуде. У првом случају, када је дошло до повреде принципа *ne bis in idem*, усвајањем захтева за понављање кривичног поступка се доноси одбијајућа пресуда.

30.6. Овлашћени подносиоци захтева за понављање поступка

¹⁰¹⁴ Милан Шкулић, *Коментар...*, ор. cit, стр. 1262.

¹⁰¹⁵ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, ор. cit, стр. 868.

¹⁰¹⁶ *Ibidem*.

¹⁰¹⁷ Горан Илић и др., ор. cit, стр. 1017.

¹⁰¹⁸ Исто: Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, ор. cit, стр. 325.

Захтев за понављање кривичног поступка могу поднети странке¹⁰¹⁹ и бранилац окривљеног. После смрти окривљеног захтев може поднети јавни тужилац, као и блиски сродници окривљеног, у које спадају супружник, лице са којим је живео у ванбрачној, или другој трајнијој заједници, крвни сродници у правој линији, брат и сестра, законски заступник, усвојитељ, усвојеник и хранитељ окривљеног (члан 471. став 1. и 433. став 2. ЗКП). *Ratio legis* могућности подношења захтева за понављање поступка након смрти окривљеног се налази у потреби исправљања стварних недостатака пресуде, као и отклањања последица осуђујуће пресуде, попут одузимања имовинске користи стечене кривичним делом као и накнаде трошкова поступка.¹⁰²⁰ Иако је у закону одређено да захтев за понављање могу поднети странке, што обухвата све овлашћене тужиоце, има тумачења да то не могу бити супсидијарни, или приватни тужилац, јер им недостаје интерес да подносе захтев у корист окривљеног.¹⁰²¹ С обзиром да је реч о оштећеном у улози тужиоца, можемо се сложити са наведеним тумачењем. Стога је потребно *de lege ferenda* прецизирати одредбу из члана 471. став 1. тако да уместо речи „странке“, стоји „јавни тужилац“.

Поставља се питање, да ли јавни тужилац може поднети захтев за понављање у поступку, у коме је оштећени био тужилац. Процесна теорија даје опречне ставове о томе. Чак и исти аутори имају контрадикторна гледишта по том питању.¹⁰²² На ставу смо да јавни тужилац може поднети захтев за понављање поступка и ако је у кривичном поступку оштећени био тужилац, стога што је државни орган, који је дужан да се по службеној дужности стара о интересима окривљеног, у овом случају да подноси захтев у корист окривљеног. Наведено схватање се односи на супсидијарног тужиоца, с обзиром да је у том случају реч о кривичним делима за које се гони по службеној дужности. Супротно томе, сматрамо да јавни тужилац не би могао поднети захтев за понављање након смрти окривљеног, ако је реч о кривичном поступку по приватној тужби. За та кривична дела недостаје државни интерес за кривично гоњење, већ је кривично гоњење препуштено вољи окривљеног. Интерес заштите окривљеног је испоштован, стога што захтев за понављање могу поднети блиски сродници. Супротно схватање би допринело процесној пат позицији, јер се страначки карактер поступка

¹⁰¹⁹ С обзиром да супсидијарни или приватни тужилац немају правни интерес да изјаве захтев за понављање поступка у корист окривљеног, у закону је неадекватно употребљен појам „странке“.

¹⁰²⁰ Милан Шкулић, *Коментар...*, *op. cit.*, стр. 1128.

¹⁰²¹ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 859.

¹⁰²² *Ibidem*, стр. 859 и 860.

потире. На једној страни у поновљеном поступку би био приватни тужилац, као заступник оптужбе, а на другој јавни тужилац, као заступник одбране, што је незамисливо.¹⁰²³

Захтев за право понављање поступка може поднети окривљени, чак и ако је у бекству и ако је недостижан органима вођења поступка. Блиски сродници не могу поднети захтев за понављање поступка за живота окривљеног, али може законски заступник. Суд нема овлашћење да по службеној дужности покреће понављање поступка. Ипак, суд је ако сазна за постојање разлога за понављање поступка у корист неког другог лица, приликом одлучивања о понављању поступка, дужан да обавести окривљеног, или лице које може поднети захтев у корист окривљеног (члан 474. став 3. ЗКП).

Подношење захтева за понављање кривичног поступка није везано роком. Захтев се може поднети и након што је осуђени издржао казну, или након амнестије, помиловања или наступања застарелости (члан 471. став 2. ЗКП). Овом одредбом су обухваћени случајеви наступања застарелости након правноснажности пресуде. Ако је застарелост наступила пре правноснажности, то је трајна сметња за кривично гоњење па би пропуст суда да донесе одбијајућу пресуду могао да се побија путем захтева за заштиту законитости. Од невезаности роком постоје изузеци. Ако се захтев заснива на новим чињеницама, или доказима који би довели до блажег кажњавања, рок је до извршења затворске казне. Ако се подносилац позива на нове чињенице и доказе да није уредно позван на главни претрес, рок је шест месеци од доношења одлуке по жалби. Рок од шест месеци, од када је окривљени постао достижан органима гоњења, је такође одређен за подношење захтева за понављање кривичног поступка осуђеног у одсуству. Након смрти окривљеног се не може тражити понављање поступка с циљем ублажавања казне, јер казна ни не може бити извршена.¹⁰²⁴ Након смрти окривљени, такође, се не може тражити ни понављање поступка с циљем присуства окривљеног на главном претресу (тачка 7. става 1. члана 473. ЗКП). Нема сметњи да лица, која су овлашћена да поднесу захтев за понављање у корист окривљеног, након његове смрти наставе понављање поступка, покренутог по захтеву окривљеног.¹⁰²⁵ Овлашћени подносиоци имају право диспонирања захтевом за понављање поступка до доношења

¹⁰²³ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 350.

¹⁰²⁴ *Ibidem.*

¹⁰²⁵ Пресуда ВСЈ, Кж. 19/59, од 18.02.1959. године (наведено према: Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 860).

одлуке о поднетом захтеву (члан 471. став 3. ЗКП). Након тога они не могу одустати, с обзиром да је у случају доношења одлуке о понављању, кривични поступак враћен у стадијум главног поступка, те кривичном тужбом располаже јавни тужилац.¹⁰²⁶ Сматрамо да вишеструко понављање кривичног поступка није могуће по истом разлогу. У супротном би била могућа злоупотреба права. Уколико подносилац захтева није задовољан одлуком након понављања кривичног поступка, може против те одлуке војевати изјављивањем правних лекова. Наравно да нема сметњи да овлашћени подносилац захтева изнова истиче захтев за понављање по истом разлогу, након одбијања, или одбацивања претходно поднетог. Такве захтеве треба одбацити као недопуштене, с обзиром да је о суштински истом захтеву суд већ одлучио.

30.7. Садржај захтева

Закоником о кривичном поступку је прописана садржина захтева за понављање кривичног поступка. У уводни део се уносе лични подаци подносиоца захтева, назив суда коме се подноси захтев и позив на пресуду која се побија. Подносилац захтева за понављање кривичног поступка је дужан да наведе разлоге за понављање и доказе, на којима се заснивају чињенице, које истиче у захтеву. Ако захтев не садржи ове елементе, суд ће вратити захтев подносиоцу на допуну (члан 472. став 1. ЗКП). Захтев за понављање кривичног поступка не може бити одбијен ако нису наведени докази, или ако докази нису у прописаној форми.¹⁰²⁷ Законодавац се руководио чињеницом да захтев подноси најчешће окривљени, који је правно неука странка. Није одређен законски рок за допуну захтева, већ га одређује суд. Тај рок мора бити примерен, да би оставио довољно времена за допуну захтева, а да такође буде и у складу са ефикасношћу кривичног поступка.

Ако се подносилац захтева позива на нове чињенице и доказе, који указују на заснованост пресуде на кривичном делу (тачка 1. и 2. става 1. члана 473. ЗКП), то поткрепљује правноснажном осуђујућом пресудом. Ту спада и пресуда којом се окривљени ослобађа од казне. У случају да се кривични поступак против тих лица не може водити услед трајних процесних сметњи, онда се нове чињенице, које указују на заснованост пресуде на кривичном делу, могу доказивати и другим доказима. На овом месту понављамо замерке допуштености доказивања кривичног дела другим доказима,

¹⁰²⁶ Тихомир Васиљевић, Момчило, *op. cit.*, стр. 860.

¹⁰²⁷ Одлука ВСХ, I Кж. 1864/73 од 21.02.1974. године (наведено према: *Ibidem*).

осим правноснажном осуђујућом пресудом.¹⁰²⁸ Подносилац захтева не мора да прилаже правноснажну пресуду уз захтев за понављање поступка, већ само да се позове на њу у захтеву.

30.8. Поступак по захтеву за понављање кривичног поступка

Надлежност за одлучивање о основаности захтева за понављање поступка је додељена ванрасправном већу суда, који је донео првостепену пресуду. Једино је у случају одржаног претреса у одсуству окривљеног, који није уредно позван, надлежно судеће веће, које је донело одлуку у одсуству окривљеног (члан 474. став 1. ЗКП). Према томе, доношење одлуке другостепеног, или трећестепеног суда у тој ствари је без утицаја на надлежност за одлучивање о захтеву за понављање поступка. Такође је без утицаја накнадна промена стварне надлежности. Питање стварне надлежности се појављује тек након одлучивања о основаности захтева за понављање поступка.¹⁰²⁹ Једино у случају престанка постојања суда, који је донео побијану одлуку, о основаности захтева за понављање поступка одлучује суд на који је прешла надлежност тог суда.

У процесној теорији се раније разматрала оправданост додељивања стварне надлежности за одлучивање о понављању поступка првостепеним судовима.¹⁰³⁰ Главни аргументи против таквог решења су сумња у објективност поступања и потреба да се обезбеди ауторитет судских одлука, што пре можемо очекивати од највише судске инстанце. Са друге стране, стварна надлежност првостепеног суда доприноси ефикасности поступка и омогућава право на жалбу против одлуке која се доноси након поновљеног поступка. Сматрамо да је надлежност првостепеног суда за понављање поступка оправдана, будући да ће одлучивати на основу новог чињеничног фонда. Првостепени суд је примеренија инстанца за понављање поступка, јер након укидања побијане пресуде долази до поновног суђења, на главном претресу.

Непристрасност и објективност суда који одлучује о понављању поступка се обезбеђује помоћу једног коректива, који поседује и наш ЗКП. Процесним законом је установљен један посебан основ за изузеће судије. О основаности захтева за понављање поступка, као ни на главном претресу у поновљеном поступку, не може

¹⁰²⁸ Супра. Сличан став се може наслутити и из: Горан Илић и др., *op. cit.*, стр. 1012.

¹⁰²⁹ Одлука ВСС, Кр. 182/67, од 29.09.1967. године, наведено према Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 873.

¹⁰³⁰ Више о томе: Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 349.

одлучивати судија, који је учествовао у доношењу побијане одлуке (члан 474. став 2. ЗКП). Члан већа, које је донело ранију одлуку, мора бити изузет из понављања поступка. Наведена одредба је заправо само последица општег правила да у саставу суда који одлучује по редовним и ванредним правним лековима не може бити члан већа који је учествовао у доношењу мериторне одлуке, која се побија (члан 37. став 1. тачка 4. ЗКП). У ставу 3. члана 474. ЗКП је предвиђена обавеза за суд да о разлогу за понављање поступка, за који је сазнао, по службеној дужности обавести окривљеног, или лице које може поднети захтев за понављање у корист окривљеног. И ова одредба је конкретизација обавезе суда да окривљеног поучи о правима, која су прописана у члану 8. ЗКП.

30.8.1. ФОРМАЛНО ОДЛУЧИВАЊЕ О ЗАХТЕВУ ЗА ПОНАВЉАЊЕ ПОСТУПКА

Одлучивање о захтеву за понављање кривичног поступка може бити формално и мериторно. Законом је предвиђено неколико разлога, због којих ће суд одбацити захтев за понављање поступка, као недопуштен. Суд ће донети решење о одбацивању захтева ако је поднет од неовлашћеног лица, затим ако није допуњен у остављеном року, као и ако је подносилац одустао од захтева. Иста одлука ће бити донета ако не постоје законски услови за понављање поступка, ако су чињенице и докази већ изношене у одбијеном захтеву, као и ако чињенице и докази очигледно нису подобни да се на основу њих понови кривични поступак (члан 475. ЗКП). Захтев за понављање поступка ће бити одбачен услед непостојања законских услова ако, примера ради кривични поступак није окончан правноснажном пресудом, или ако је поднесен на штету окривљеног, или ако је заснован на разлогу, који није наведен у ЗКП-у. Захтев за понављање ће такође бити одбачен ако се понављање поступка тражи због декриминализације делатности, на основу које је окривљени осуђен.¹⁰³¹ Захтев треба одбацити због недостатка услова за понављање поступка и ако је поднет након протеча рока, прописаног у ставу 2. члана 473. ЗКП.¹⁰³²

Најтежи задатак суда у овој фази поступка је оцена очигледне подобности нових чињеница и доказа за понављање кривичног поступка. Приликом евалуације наведених чињеница и поднетих доказа суд не сме да уђе у мериторно разматрање, нити да прејудуцира исход поновљеног поступка. Суд не врши оцену доказа, већ само, да ли могу довести у сумњу правилност утврђеног чињеничног стања, без оцене

¹⁰³¹ Одлука АСБ, Кж2-По1, бр. 164/12, од 27.04.2012. године, наведено према: Горан Илић и др., *op. cit.*, стр. 1021.

¹⁰³² Исто: Милош Миловановић, *op. cit.*, стр. 202.

њихове веродостојности.¹⁰³³ Суд који одлучује о понављању поступка ипак у овој фази мора извршити преиспитивање утврђеног чињеничног стања, како би оценио могућ утицај нових чињеница и доказа на утврђене чињенице. Важно је да у одлуци о понављању поступка, или у решењу којим одбацује захтев за понављање поступка, не искаже сопствени став о новим чињеницама и доказима, нити да се изјашњава о правилности и потпуности утврђеног чињеничног стања. Суд, дакле, полази од претпоставке да наведене чињенице заиста постоје онако како су наведене у захтеву и само испитује, да ли је то у контрадикторности са утврђеним чињеницама у пресуди која се побија.

Ако је раније већ био поднет захтев за понављање поступка, који је одбачен, или је понављање поступка завршено потврђивањем раније пресуде, може се поново поднети захтев за понављање поступка, навођењем нових чињеница и доказа, који нису навођени у пређашњем захтеву. Позивање на исказе сведока, или на друге врсте доказа, с циљем утврђивања да је правноснажна пресуда заснована на лажној исправи, или кривичном делу, је очигледно неподобно да би довело до понављања поступка.¹⁰³⁴

Законом није прописано право на жалбу на одлуку о допуштености захтева за понављање кривичног поступка. Међутим, теорија је на ставу да се на ову одлуку може изјавити жалба,¹⁰³⁵ применом општих правила о праву на жалбу на решење. Са наведеним гледиштем се можемо сложити. Наиме, у члану 465. ЗКП је регулисано право на жалбу на решење. Између осталог, жалба је допуштена против решења „органа поступка донесених у првом степену“. У овом случају решење је донео орган поступка првостепеног суда, и то у првом степену. Овде је реч о решењу, којим се ванредни правни лек одбацује услед формалних недостатака. С обзиром да је реч о праву окривљеног, свакако да треба *de lege ferenda* изричито предвидети право на жалбу, и то у одредби која регулише допуштеност понављања поступка.

30.8.2. МЕРИТОРНО ОДЛУЧИВАЊЕ О ЗАХТЕВУ ЗА ПОНАВЉАЊЕ ПОСТУПКА

Након одлучивања о формалној исправности захтева, прелази се на мериторно одлучивање. Ако не дође до одбацивања захтева за понављање поступка, суд ће доставити његов препис супротној странци, којој се оставља рок од осам дана да

¹⁰³³ Одлука ВС БиХ, Кж. 465/67, од 09.10.1967. године, наведено према Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 875.

¹⁰³⁴ Горан Илић и др., *op. cit.*, стр. 1021.

¹⁰³⁵ Милан Шкулић, *Коментар...*, *op. cit.*, стр. 1131, Горан Илић Горан Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *Коментар...*, *op. cit.*, стр. 1021.

достави одговор (члан 476. став 1. ЗКП). У препису треба да стоји и поука супротној странци о праву на одговор. Термин „супротна странка“ није адекватан, с обзиром да јавни тужилац и окривљени нису на супротним странама (иако формалноправно представља противну странку), ако јавни тужилац поднесе захтев за понављање у корист окривљеног. Ако јавни тужилац поднесе захтев након смрти окривљеног, тада и формалноправно не постоји друга странка у поступку.¹⁰³⁶ У одговору се такође могу истицати нове чињенице и докази, али и већ утврђене чињенице и докази, као контратеза основаности захтева за понављање поступка. Пропуштање рока за одговор се не сматра пристанком супротне странке на понављање кривичног поступка.¹⁰³⁷

Након достављања одговора, или ако по протеклу рока нема одговора на захтев, председник већа може одредити проверу чињеница, на које се подносилац захтева позвао, као и прибављање наведених доказа из захтева и одговора на захтев (члан 476. став 2. ЗКП). Прибављање доказа у овој фази поступка је сасвим оправдано, с обзиром да претходи мериторном одлучивању. Провера наведених чињеница је делатност која, у највећем делу, треба да претходи мериторном одлучивању. Примера ради, провера да ли је пресуда постала правноснажна, мора претходити мериторној одлуци о захтеву за понављање. Ако пресуда, на коју се позива подносилац захтева није постала правноснажна, онда не постоје ни формални услови за понављање, те захтев треба одбацивати. Утицај нових чињеница на побијану пресуду утврђује се након главног претреса. Стога суд у овој фази поступка мора бити опрезан, те извршити проверу чињеница, само у неопходној мери, с обзиром да је реч о факултативној делатности. Судска пракса је раније тумачила да се у случају изостанка провере чињеница и прибављања доказа може донети само решење о одбацивању захтева за понављање поступка, не и одлука о одбијању захтева.¹⁰³⁸ С обзиром на тада важећу регулативу, која је предвиђала обавезно извиђање чињеница (члан члан 410. став 2. ЗКП), такав став судске праксе је био оправдан. Имајући у виду да је сада ова делатност само факултативна, наведено ограничење не може важити.

Провера чињеница и прибављање доказа представља прикупљање материјала, који служи као подлога суду за доношење одлуке о одређеном питању у току поступка. То није прикупљање материјала за остваривање циљева поступка, у целини.¹⁰³⁹ Суд

¹⁰³⁶ Милан Шкулић, *Коментар...*, оп. cit, стр. 1131.

¹⁰³⁷ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, оп. cit, стр. 875.

¹⁰³⁸ Одлука ВСС, Кж2, бр. 1746/06, од 20.03.2007. године.

¹⁰³⁹ *Ibidem*.

може проверавати само чињенице и доказе, који су наведени у захтеву за понављање поступка и у одговору на захтев. Ова делатност се своди само на проверу чињеница и прибављање доказа, а не на утврђивање чињеница, нити на извођење доказа.¹⁰⁴⁰ Законодавац није одредио ко може обавити радње проверавања и радње прибављања доказа. То може бити члан већа, кога одреди председник већа, или судија за претходни поступак. Нема сметњи да се провера чињеница и прибављање доказа затражи замолницом, од другог суда. Приликом вршења ових радњи, није потребно присуство странака и браниоца.¹⁰⁴¹ Нема сметњи да се у овој фази поступка обави испитивање сведока, који су предложени у захтеву за понављање поступка, или у одговору на захтев, с циљем провере нових чињеница. То је нарочито важно ако се у захтеву, или у одговору наводе приватне изјаве, које не могу бити основа за доношење одлуке о захтеву за понављање поступка.¹⁰⁴² Ако је у захтеву за понављање поступка наведено извансудско вештачење, суд може прибавити налаз и мишљење судског вештака.

У случају кривичног дела за које се гони по службеној дужности, након провере чињеница и прибављања доказа, списи предмета се достављају јавном тужиоцу, који има рок од 30 дана да их врати са својим мишљењем (члан 476. став 3. ЗКП). Овај рок је инструктивног карактера, па нема процесних последица за јавног тужиоца ако га пропусти. Ако је јавни тужилац поднео захтев за понављање поступка, онда ова делатност може и да изостане, с обзиром да се већ изјаснио о захтеву за понављање.¹⁰⁴³ Ипак, то не мора увек бити случај, с обзиром да је потребно да се јавни тужилац изјасни о чињеницама и доказима из одговора на захтев, као и о прибављеним доказима суда и проверама чињеница, које је суд обавио.

Мериторно одлучивање о захтеву за понављање поступка је регулисано у члану 477. ЗКП. У овом члану је законодавац регулисао разнородну материју. Најпре је у ставу 1. члана 477. ЗКП прописано доношење решења о усвајању, или одбијању захтева за понављање поступка. Та одлука се доноси након делатности из члана 476. ЗКП, које обухватају достављање одговора на захтев, провере чињеница и прибављања доказа, те достављања мишљења јавног тужиоца. Уместо да у оквиру 476. члана ЗКП пропише могућност допуне провере чињеница, након достављања мишљења јавног

¹⁰⁴⁰ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 353.

¹⁰⁴¹ Одлука ВСС, Кж. II 680/76, наведено према: *Ibidem*.

¹⁰⁴² Одлука ВСВ, Кж. бр. 248/74, од 19.03.1974. године, наведено према: Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 876.

¹⁰⁴³ Милош Миловановић, *op. cit.*, стр. 205.

тужиоца, законодавац је то учинио у члану 477. ЗКП, који говори о мериторној одлуци. Према томе, након достављања мишљења јавног тужиоца веће (сада не председник већа), које одлучује о захтеву за понављање поступка, може одредити допунску проверу чињеница из захтева и одговора на захтев. Из дикције правне норме се може закључити да је суд након ових делатности, а пре доношења одлуке о захтеву, овлашћен да одбаци захтев, као недопуштен. Такво овлашћење руши конзистентност поступка, јер формално испитивање захтева треба да претходи мериторном одлучивању. Поставља се питање разграничења између те две фазе одлучивања, и утисак је да их законодавац није до краја разграничио, што може изазвати недоумице у судској пракси. Најзад, у ставу 1. члана 477. ЗКП је предвиђено да ће суд донети одлуку о уважавању, или одбијању захтева за понављање поступка, на основу резултата провере истакнутих чињеница.

Решење којим се допушта понављање поступка суд доноси ако нађе да постоји знатна сумња у правилност и потпуност утврђеног чињеничног стања. Суд одбија захтев, када закључи да је понављање поступка неосновано. Можемо се сагласити са констатацијом да се решење о одбијању захтева за понављање поступка доноси ако не постоје разлози за понављање поступка.¹⁰⁴⁴ У случају непостојања законских услова се доноси решење о одбацивању захтева, а ако не постоје разлози за понављање, онда се захтев одбија. Решење о допуштању понављања поступка (као и решење о одбацивању и одбијању захтева) се може побијати жалбом. То се закључује имплицитно, из става 5. члана 477. ЗКП, у коме се спомиње правноснажност тог решења. Правноснажно решење о понављању поступка прати наредба којом се одређује дан, час и место одржавања главног претреса. Решењем о допуштању понављања поступка се не доноси одлука о судбини побијане пресуде. Понављање поступка се управо води с циљем одлучивања о судбини правноснажне пресуде, те ће одлука о њој бити донета након главног претреса.¹⁰⁴⁵

Допуштањем понављања поступка се не укида пресуда. С обзиром да је реч о поступку по ванредном правном леку, те да је већ наступила правноснажност пресуде, услед очувања правне сигурности је целисходније истовремено одлучити о судбини побијане пресуде, након одржаног главног претреса. Правноснажна пресуда је за време понављања поступка све време на снази и она може бити преиначена новом одлуком на

¹⁰⁴⁴ Станко Бејатовић и др., *Приручник за примену Законика о кривичном поступку*, Београд, 2013, стр. 379.

¹⁰⁴⁵ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 877.

основу резултата главног претреса у поновљеном поступку. Изузетно се пресуда може ставити ван правне снаге, ако дође до обустављања поступка пре почетка главног претреса. Да би донео решење о допуштању понављања поступка, суд мора да утврди утицај нових чињеница и доказа на побијану пресуду. Зависно од разлога на који се позвао подносилац захтева, уверење суда може бити различитог степена извесности. У случају позивања на заснованост пресуде на кривичном делу, суд мора да утврди са извесношћу постојање правноснажних пресуда и узрочну везу између извршеног кривичног дела и пресуде која се побија. Ако се подносилац захтева позива на контрадикторне пресуде, такође се са извесношћу мора утврдити идентитет дела и учиниоца. У осталим случајевима се утврђује само прогноза ефекта нових чињеница и доказа на побијану пресуду, што значи да је довољна вероватноћа, као степен извесности.¹⁰⁴⁶

У наредном ставу овог члана ЗКП законодавац прописује делимичну садржину решења којим се усваја захтев за понављање поступка.¹⁰⁴⁷ Суд ће у том решењу одредити да се одржи главни претрес, пред надлежним судом. У истој одредби, у оквиру сложене реченице, законодавац, сасвим непотребно регулише поступање суда на главном претресу, и то изузетак од редоследа делатности на главном претресу у поновљеном поступку. Предвиђено је да ће се на главном претресу извести само докази од којих зависи одмеравање врсте и мере кривичне санкције, ако је захтев поднет на основу нових чињеница и доказа, који би очигледно довели до блажег кажњавања (члан 473. став 1. тачка 6. ЗКП). У ставу 3. члана 477. ЗКП је прописана примена повластице повезаности. Ако суд нађе да постоје разлози због којих је допустио понављање поступка и за неког од саокривљених, који нису поднели такав захтев, допустиће понављање поступка и у њихову корист. То је заправо понављање поступка по службеној дужности. Језичка конструкција повластице повезаности обухвата само саоптужене, који нису поднели захтев за понављање поступка. На тај начин и даље није уважен став процесне доктрине да би том формулацијом требало обухватити и саокривљеног, који је поднео захтев за понављање поступка, по неком другом основу, као и саокривљене, чији су захтеви за понављање одбачени или одбијени.¹⁰⁴⁸ Привилегија здруживања се, међутим, не може применити на понављање

¹⁰⁴⁶ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, op. cit, стр. 354.

¹⁰⁴⁷ У закону стоји „У решењу којим уважава захтев, и суд ће одредити...“. Везник „и“ је очигледно техничка грешка.

¹⁰⁴⁸ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, op. cit, стр. 355.

поступка услед нових чињеница и доказа, који могу довести до ублажавања казне. Одмеравање казне је индивидуализирано и не може се пресликавати на саокривљене.¹⁰⁴⁹

У овој фази поступка суд може одредити одлагање, или прекид извршења пресуде. То овлашћење суд има ако нађе, имајући у виду предложене доказе, да окривљени може бити пуштен на слободу, након урачунавања издржане казне, или да може бити ослобођен оптужбе, или да може бити донета одбијајућа пресуда. Ова одредба такође може бити проблематична, с обзиром да тера суд, који одлучује о понављању поступка, да прејудицира исход главног претреса. Стога је боље наведено овлашћење пребацити у надлежност суда, пред којим се одржава главни претрес, да одложи или прекине извршење пресуде. Осим тога, поставља се питање, у ком тренутку суд може одредити одлагање, или прекид извршења пресуде. У ставу 5. члана 477. ЗКП је предвиђено обавезно обустављање извршења казне, кад решење којим се допушта понављање поступка, постане правноснажно. Заједничким тумачењем става 4. и 5. члана 477. ЗКП, тумачимо да се одлука о одлагању, или прекиду извршења казне, може донети до правноснажности одлуке о дозволи понављања поступка. Од правноснажности овог решења се таква одлука обавезно доноси. Међутим има тумачења да до одлагања, или прекида извршења казне, не може доћи пре доношења решења којим се допушта понављање кривичног поступка.¹⁰⁵⁰ На основу формулације правне норме из става 4. члана 477. ЗКП се не може извести такав закључак. Прописано је да суд може донети такву одлуку, имајући у виду поднесене доказе, без прецизирања у ком моменту се може донети одлука о одлагању, или прекиду извршења казне. Одлагање или прекид извршења казне је логична последица доношења одлука о понављању поступка. Ова повластица је установљена с циљем заштите окривљеног, док се не оконча понављање кривичног поступка. Стога је могуће доношење одлуке о томе тек након допуштања понављања поступка, али би требало прецизирати законску терминологију *de lege ferenda*.

Језичким тумачењем се закључује да се након правноснажности решења о понављању поступка обуставља извршење само казне, а не и других врста кривичних санкција, што је недостатак легислативе.¹⁰⁵¹ У претходном ставу члана 477. ЗКП се говори о извршењу пресуде, што обухвата и одлуку о споредним предметима

¹⁰⁴⁹ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 880-881.

¹⁰⁵⁰ *Ibidem*, стр. 877.

¹⁰⁵¹ Горан Илић и др., *op. cit.*, стр. 1024.

кривичног поступка. То показује неконзистентност законске терминологије, са врло озбиљним процесним последицама. На предлог јавног тужиоца, суд може одредити притвор окривљеном, уколико постоје разлози из члана 211. ЗКП. Реч је о поновном одређивању притвора, а не о реafirмисању решења о притвору из правноснажно окончаног поступка.¹⁰⁵² Према томе, правноснажно решење којим се допушта понављање кривичног поступка има суспензивно дејство.

За разлику од ЗКП-а из 2001. године, законодавац се определио да се кривични поступак враћа у стадијум суђења, тј. главног кривичног поступка. Према ранијем процесном кодексу, поступак се могао вратити и у фазу истраге. Објашњење за елиминисање такве могућности је пронађено у промени концепта истраге, која је додељена јавном тужиоцу. Сматрамо међутим да ни у концепту тужилачке истраге није погрешно вратити поступак у фазу истраге. Утицај суда на ток истраге и у садашњем концепту постоји у виду налагања извођења одређене доказне радње јавном тужиоцу, као последица усвајања предлога окривљеног, или браниоца, од стране судије за претходни поступак (члан 302. став 3. ЗКП). Такође је задржано решење да се поступак из фазе контроле оптужбе врати у фазу истраге, ако је то потребно ради бољег разјашњења ствари (члан 337. став 3. ЗКП).¹⁰⁵³ Стога не видимо препреку да се и из поступка по ванредном правном леку поступак врати у фазу истраге, јер суд ни у ком случају на тај начин не утиче на исход истраге, нити врши притисак на јавног тужиоца.

30.9. Поступање на главном претресу у поновљеном поступку

У поступку након доношења решења о понављању поступка суд није везан за раније донета решења, током поступка (члан 478. став 1. ЗКП). Одлуке о управљању поступком се могу донети на другачији начин. То обухвата и одлуке о прихватању доказних предлога странака. До почетка главног претреса, председник већа има овлашћење да донесе решење о обустављању поступка, услед трајних и нетклоњивих сметњи за кривично гоњење. Овим решењем се, истовремено, ставља ван правне снаге пресуда која се побија (члан 478. став 2. ЗКП).

Законодавац ни једном одредбом не регулише ток главног претреса. Стога се сходно примењују одредбе закона којима се регулише ток главног претреса у

¹⁰⁵² Одлука АСБ, Кж2. По1, 461/2013 од 08.11.2013. године.

¹⁰⁵³ Горан Илић и др., *op. cit.*, стр. 1024.

првостепеном поступку. Суд утврђује све чињенице, и оне које су утврђене у ранијој пресуди и нове чињенице, на које се позвао подносилац захтева. Осим тога, у току главног претреса странке могу истицати нове чињенице и предлагати нове доказе, без ограничења. Сматрамо да нема сметњи да и суд посегне за овлашћењем извођења доказа по службеној дужности, на основу овлашћења става 4. члана 15. ЗКП. Поставља се, међутим, питање да ли би предлог нових доказа и утврђивање чињеница истакнутих на главном претресу био у корист окривљеног. Јавни тужилац је као државни орган дужан да се држи тих ограничења, која налажу да понављање поступка буде у корист окривљеног. Ако у поновљеном поступку суд на основу новоутврђеног чињеничног стања дође до закључка да треба изрећи блажу кривичну санкцију од раније изречене, могу се утврђивати и чињенице од којих зависи врста и мера казне. Те чињенице могу бити утврђене и супротно ранијој пресуди.¹⁰⁵⁴ Суд се не сме позивати на побијану пресуду, у погледу утврђених чињеница.¹⁰⁵⁵ Тврдња суда, изречена у новој пресуди у поновљеном поступку, да је чињенично стање исто као у побијаној пресуди, представља повреду одредаба кривичног поступка.¹⁰⁵⁶ Једино одступање представља понављање поступка по тачки 6. става 1. члана 473. ЗКП, када се утврђују само чињенице од којих зависи врста и мера кривичне санкције. На главном претресу су могућа одступања од начела непосредности, у законом дозвољеним оквирима. Јавни тужилац може диспонирати кривичном тужбом током главног претреса у поновљеном поступку. Може доћи до измене оптужнице, уз ограничење да то не сме бити на штету окривљеног. То значи да јавни тужилац може изменити оптужницу у смеру лакшег кривичног дела, или исто тешког, а другачијег кривичног дела, али не и другог дела.¹⁰⁵⁷

У процесној доктрини се разматрало и о важењу принципа *in dubio pro reo*, у поновљеном поступку.¹⁰⁵⁸ С обзиром да су чињенице утврђене у правноснажној пресуди са степеном извесности, оне се могу оповргнути само ако се докаже супротно, са истим степеном извесности. Такво схватање би искључило примену принципа у сумњи у корист окривљеног. Међутим, у поновљеном поступку долази до поновног утврђивања свих чињеница, те се на таквој стварној подлози заснива нова пресуда. Стога нема места искључивању примене принципа *in dubio pro reo*. Чињенице, за које у

¹⁰⁵⁴ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, op. cit, стр. 369.

¹⁰⁵⁵ Одлука ВСХ, Кж. бр. 1531/58, наведено према: Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, op. cit, стр. 878.

¹⁰⁵⁶ Одлука ВСВ, Кж. бр. 143/87, од 21.05.1987. године, наведено према: *Ibidem*, стр. 879.

¹⁰⁵⁷ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, op. cit, стр. 363.

¹⁰⁵⁸ *Ibidem*, стр. 366.

поновљеном поступку остане сумња, сматрају се да постоје у корист окривљеног. На тај начин се додатно афирмише понављање поступка искључиво у корист окривљеног.

Пресудом, која се доноси након одржаног главног претреса, решава се и о судбини побијане пресуде. Она се може у целини, или делимично¹⁰⁵⁹ укинути, или оставити на снази (члан 478. став 3. ЗКП). У другом случају се заправо потврђује ранија пресуда. То је последица правила да је предмет понављања поступка ранија пресуда, те се идентитет дела равна према побијаној пресуди.¹⁰⁶⁰ Укидањем раније пресуде се не може применити блажи кривични закон, који је у међувремену ступио на снагу.¹⁰⁶¹ У том случају ранија пресуда ће остати на снази. У случају остављања на снази раније пресуде, не понавља се њен диспозитив.¹⁰⁶² Судбина побијане пресуде зависи од утврђеног чињеничног стања. Ако се новоутврђено чињенично стање разликује, тако да уместо осуђујуће пресуде треба донети ослобађајућу, или је могуће да дође до осуде по блажем закону, ранија пресуда се укида, односно преиначује.

Диспозитив нове пресуде зависи од судбине побијане пресуде. Побијана пресуда се или одржава на снази, или се ранија пресуда делимично, или потпуно ставља ван снаге, а окривљени се ослобађа од оптужбе, или се оглашава кривим (уз осуду по блажем закону), или се оптужба одбија. У делу теорије постоји мишљење да је, осим наведених одлука, могуће изрећи и судску опомену, као и донети решење о одбацивању оптужнице.¹⁰⁶³ Сматрамо да је могуће доношење обе одлуке. Судска опомена, као најблажа кривична санкција, се изриче решењем, које одговара пресуди, што представља и правни основ за доношење ове одлуке. Решење о одбацивању оптужнице такође може бити донето ако је код окривљеног наступило душевно обољење, душевна поремећеност, или друго тешко душевно обољење, услед кога трајно не може да учествује у поступку (члан 416. став 1. тачка 3. ЗКП). У том случају се не може донети ниједна друга одлука. У случају доношења пресуде, која је повољнија по окривљеног, суд мора одлучити и о споредним предметима кривичног поступка. У том смислу је најинтересантније питање, шта бива са одлуком о имовинакоправном захтеву. Ранија одлука о упућивању оштећеног да своја права остварује у парничном поступку, ако је била донета таква одлука, остаје на снази. У

¹⁰⁵⁹ То је случај кад пресуда садржи више делова, или се односи на више кривичних дела.

¹⁰⁶⁰ Горан Илић и др., *op. cit.*, стр. 1026.

¹⁰⁶¹ Одлука ВСС, Кж I, бр. 45/08, од 05.02.2008. године.

¹⁰⁶² Одлука АСБ, Кж I, бр. 3111/10, од 29.06.2011. године.

¹⁰⁶³ Милан Шкулић, *Коментар...*, *op. cit.*, стр. 1136.

случају да оштећени и у поновљеном поступку истакне имовинскоправни захтев, поновном одлучивању ће стајати на путу литиспенденција, ако је парнични поступак у току, односно приговор пресуђене ствари, ако је парнични поступак правноснажно окончан. Суд ће моћи да одлучи о истакнутом имовинскоправном захтеву само ако оштећени није повео парнични поступак. Доношење ослобађајуће пресуде не утиче на могућност остваривања имовинских права у парници. Законом је прописано урачунавање издржане казне у казну која је одређена новом пресудом. Суд је дужан да изрекне нову јединствену казну, ако је понављање одређено само за неко од дела за које је окривљени био правноснажно осуђен (члан 478. став 3. ЗКП).

У овом члану је, такође, предвиђена забрана преиначења на штету окривљеном. То је последица понављања поступка само у корист окривљеног. Ова забрана не обухвата сношење трошкова поступка. Окривљени је дужан да сноси трошкове поступка иако је осуђен по блажем закону, или му је казна ублажена.¹⁰⁶⁴ Против нове пресуде је допуштено изјављивање свих редовних и ванредних правних лекова. До правноснажности нове пресуде, у односу на ранију пресуду, протекне више година. Постоји опасност да за то време наступи застарелост извршења казне, које током поновљеног поступка може бити одложено или прекинуто. Стога се мора тумачити да се за време одложеног, или прекинутог извршења, ток застарелости прекида до доношења правноснажне пресуде након понављања поступка.¹⁰⁶⁵

31. Понављање кривичног поступка осуђеном у одсуству

У процесном кодексу је предвиђен један посебан случај понављања кривичног поступка. Понављање кривичног поступка је могуће, ако је окривљени осуђен у одсуству, а наступиле су околности, које омогућавају да му се суди у присуству (члан 479. ЗКП). У том случају се кривични поступак може поновити и ван разлога за право понављање кривичног поступка.

За реализацију начела непосредности је од круцијалног значаја присуство окривљеног на главном претресу. На тај начин се реализује право на одбрану окривљеног. Одсуство окривљеног са главног претреса се може манифестовати у виду недошавшег и одбеглог окривљеног. Недошавши окривљени је онај, који је уредно

¹⁰⁶⁴ Одлука ВСС, Кж I, бр. 1196/81, од 22.12.1981. године, наведено према: Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 880.

¹⁰⁶⁵ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 371.

позван, али који се без оправданог разлога није одазвао на позив суда за главни претрес. У кривичном процесном праву је предвиђен читав дијапазон мера за обезбеђење присуства окривљеног у кривичном поступку. Некада је, међутим, немогуће применом тих мера остварити процесни циљ. То се догађа у случају да је окривљени одбегао. Окривљени се сматра одбеглим, ако је из стварних или правних разлога недоступан органима кривичног гоњења.¹⁰⁶⁶ Недоступност окривљеног органима гоњења може бити последица бекства на непознато место на територији домаће државе, затим на територију стране државе, као и последица одбијања изручења са територије стране државе. Кривичнопроцесна законодавства најчешће прописују додатне услове за суђење у одсуству окривљеног. Најчешће је реч о кривичним делима организованог криминалитета, ратним злочинима, и другим тешким кривичним делима. Осим остваривања криминално-политичких циљева процесуирања најтежих кривичних дела, суђење у одсуству има за циљ и репарацију оштећеног, евентуалним усвајањем имовинскоправног захтева.¹⁰⁶⁷ Иако најважнија међународна документа прописују право присуства окривљеног суђењу, према пракси ЕСЈП је могуће суђење окривљеном у одсуству, у изузетним случајевима.¹⁰⁶⁸ Из праксе ЕСЈП се може закључити да је суђење окривљеног у одсуству могуће ако су предузете све мере да му се суди у присуству и ако му се омогући суделовање у поступку, након што постане доступан. У случају да је судска одлука у случају суђења у одсуству постала правноснажна, осуђени који постане доступан има право на понављање кривичног поступка.

Овој врсти понављања кривичног поступка није циљ исправљање стварних или правних недостатака у побијаној пресуди. Циљ је да се осуђеном у одсуству омогући учешће у кривичном поступку, те да се потпуно и правилно утврди чињенично стање.¹⁰⁶⁹ Према члану 381. ЗКП, окривљеном се може судити у одсуству, ако се налази у бекству, или је недостижан органима кривичног гоњења, када постоје нарочито оправдани разлози за то. Предлог за суђење у одсуству може дати искључиво тужилац, а одлуку доноси судеће веће. Ако се стекну услови да се окривљеном који је осуђен у одсуству суди у присуству, може се поднети захтев за понављање кривичног поступка.

¹⁰⁶⁶ Саша Кнежевић, *Основна начела...*, *op. cit.*, стр. 187.

¹⁰⁶⁷ *Ibidem*, стр. 188.

¹⁰⁶⁸ Видети: *Medenica v. Switzerland*, *app. no. 20491/92*, *Colozza v. Italy*, *app. no. 9024/80*, *Poitrimol v. France*, *app. no. 14032/88*.

¹⁰⁶⁹ Тадија Бубаловић, *Правни лијекови...*, *op. cit.*, стр. 257.

Понављање је могуће и ван услова, предвиђених за право понављање поступка. С обзиром да се осуђеним сматра лице, за које је правноснажном пресудом утврђено да је извршено кривично дело, или противправно дело, које је у закону одређено као кривично дело (члан 2. став 1. тачка 4. ЗКП), понављање кривичног поступка је могуће тек након наступања правноснажности пресуде.¹⁰⁷⁰ То је разлика у односу на некадашње процесне законе, који су допуштали истицање захтева за понављање поступка и пре наступања правноснажности пресуде. Међутим, судска пракса је и раније оспорила понављање поступка, у случају суђења у одсуству, пре него што наступи правноснажност пресуде.¹⁰⁷¹ Иако постоје оправдани разлози да се омогући понављање поступка и пре правноснажности, у случају суђења у одсуству, законодавац је везао руке практичарима формулацијом из члана 479. ЗКП, где се наводи „осуђени у одсуству“, што према тумачењу појмова у члану 2. ЗКП значи правноснажну осуђујућу пресуду. Према садашњем законском решењу овај посебни поступак понављања чист ванредни правни лек.

Захтев за понављање кривичног поступка, у овом случају, може поднети осуђени и његов бранилац. Законом је одређен рок од шест месеци од момента наступања могућности да се окривљеном суди у присуству. То је најчешће моменат лишења слободе од стране иностраних, или домаћих органа унутрашњих послова.¹⁰⁷² Осим тога, рок почиње да тече и од момента подношења захтева за понављање поступка, ако је окривљени до тада био недоступан органима гоњења. Понављање поступка у случају суђења у одсуству се може тражити и након истека овог рока, али по разлозима за право понављање. Понављање кривичног поступка није могуће затражити из иностранства, већ је потребно пружити доказ о томе да се окривљени вратио у замљу.¹⁰⁷³

Понављање кривичног поступка се дозвољава доношењем решења. У том решењу ће суд одредити да се окривљени достави оптужница, као и решење о потврђивању оптужнице, ако му раније нису достављени (члан 481. став 1. ЗКП). Окривљеном се доставља потврђен оптужни акт, да би се упознао с њим, с обзиром да то није било могуће због недоступности окривљеног органима гоњења. Окривљени не

¹⁰⁷⁰ Супротно: Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 882.

¹⁰⁷¹ Седница кривичног одељења ВСС од 23.11.2001. године.

¹⁰⁷² Судска пракса такође тумачи да је лишење слободе моменат од кога се рачуна рок за подношење захтева за понављање кривичног поступка (Одлука ВСС, Кзз. бр. 28/06, од 1.3.2006. године).

¹⁰⁷³ Пресуда Окружног суда у Београду, Кв. 1175/78, од 26.10.1978. године.

може поднети одговор на оптужницу, јер је стала на правну снагу. Одговор је могао да поднесе бранилац окривљеног, у току кривичног поступка, кад му је оптужница била достављена. Поступак се, за разлику од ранијег ЗКП-а, не може вратити у фазу истраге, већ само у стадијум главног поступка. За понављање кривичног поступка је надлежан суд, који је донео првостепену одлуку. У погледу функционалне надлежности се јављају дилеме, да ли је то ванрасправно веће, или судеће веће, које је донело одлуку да се окривљеном суди у одсуству. Мишљења смо да је одлучивање о овом виду понављања поступка у надлежности ванрасправног већа. Исход понављања поступка може бити стављање раније пресуде ван правне снаге, у целини, или делимично, или остављање на снази побијане пресуде. Ранији ЗКП је садржао одредбу о обавезности понављања поступка, у случају екстрадиције окривљеног. То је била обавеза, чак и ако се окривљени томе противио.¹⁰⁷⁴ Важећи ЗКП не садржи такву одредбу, па не може доћи до понављања поступка без иницијативе окривљеног или браниоца.

У поновљеном поступку је забрањено да се утврђују чињенице испитивањем саучесника окривљеног. Допуштено је само упознавање са садржином раније датог исказа, увидом у записник о саслушању или читањем (члан 405. ЗКП). То ограничење је уведено да се осуђени саучник не би појављивао у својству саучесника и сведока. Још једно ограничење је што се пресуда у поновљеном поступку не може засновати само, или у претежном делу на том исказу, будући да се доказ изведен одступањем од начена непосредности. Наведени правни стандард „заснованости у претежном делу“ је тешко разлучити, те понављамо раније истакнуте приговоре на овакву законску терминологију,¹⁰⁷⁵ која неће допринети уједначавању судске праксе. Приликом изрицања пресуде након поновљеног поступка, суд је везан забраном *reformatio in peius*. Ово решење је оправдано, с обзиром да је понављање кривичног поступка могуће само у корист окривљеног. Забрана преиначења на штету је манифестација принципа *favor defensionis* у овом посебном случају понављања поступка. У поновљеном поступку се суђење одвија углавном на основу чињеница и доказа, на којима је заснована побијана пресуда. Осуђени у одсуству може истицати нове чињенице и предлагати нове доказе, који би довели до повољније одлуке.¹⁰⁷⁶

¹⁰⁷⁴ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 883.

¹⁰⁷⁵ Супра

¹⁰⁷⁶ Младен Грубиша, *Кривични поступак...*, *op. cit.*, стр. 377.

32. Упоредноправна регулатива понављања кривичног поступка

32.1. Француска

У француском кривичном поступку је предвиђено преиспитивање чињеничног¹⁰⁷⁷ темеља пресуде, путем ванредног правног лека ревизије (*revision*). Осуђујућа пресуда за злочине и преступе може бити побијана од стране осуђеног, или његових блиских сродника, ако је умро, као и од министра правде, кога заступа врховни јавни тужилац. У процесном закону (чланови 622. и 623. ЗКПФР) је предвиђено четири основа за изјављивање овог ванредног правног лека. Поновно разматрање осуде је могуће ако се, у случају осуђујуће пресуде за убиство, понуде нови довољни докази, који указују да је претпостављена жртва још увек жива. Понављање поступка је могуће и ако је новом судском одлуком, или пресудом, други окривљени осуђен за исто кривично дело, које је могао извршити само појединац. Француски законик такође предвиђа осуђујућу пресуду за лажно сведочење, као један од разлога за ревизију. Најзад, поновно суђење је могуће ако се након правноснажности пресуде појаве нове чињенице, или нови докази, који нису били познати суду у време суђења, а бацају сумњу на кривицу осуђеног. Окривљени може поднети захтев за ревизију у року од годину дана од сазнања за нове чињенице и доказе, док за врховног државног тужиоца није одређен рок.¹⁰⁷⁸

Захтев за ревизију се изјављује већу од пет судија Касационог суда. Ово веће одлучује о допуштености захтева, након спровођења извиђајних радњи, као и могућег саслушања сведока. Одлуку о укидању пресуде доноси кривично веће Касационог суда (члан 623. ЗКПФР) након одржаног претреса, у присуству странака. Предмет се враћа на поновно суђење суду истог степена, осим ако није могуће спровести ново суђење, када се укидају само поједини делови пресуде. Осим тога, веће Касационог суда може потврдити ранију пресуду. Исход поновног суђења може бити ослобађајућа пресуда, или поново осуђујућа пресуда, с тим што се не може изрећи строжа кривична санкције према окривљеном.¹⁰⁷⁹

Чињенична основа правноснажне пресуде може бити предмет преиспитивања и на основу захтева за преиспитивање судске одлуке, услед одлуке Европског суда за

¹⁰⁷⁷ Правна основица правноснажне пресуде може бити предмет преиспитивања путем касационог захтева у интересу закона (члан 620-621. ЗКПФР)

¹⁰⁷⁸ Doris Jonas Freed, *Aspects of French Criminal Procedure*, Louisiana. Law Review. nr. 4/1957, p. 753.

¹⁰⁷⁹ *Ibidem*.

људска права (члан 626. ЗКПФР). Изјављивање овог ванредног правног лека је могуће када је пресудом Европског суда за људска права утврђена повреда неког од права из Конвенције, у кривичном поступку пред националним судом, који је окончан осуђујућом пресудом. Утврђена повреда треба да доведе до штетних поледица, које се не могу отклонити правичним задовољењем, које досуђује Европски суд за људска права, на основу члана 41. Конвенције. За изјављивање овог захтева су овлашћени осуђени, његов законски заступник, блиски сродници, након његове смрти, као и министар правде и врховни тужилац, у року од годину дана од достављања пресуде Европског суда. Захтев се подноси седмочланом већу Касационог суда, које одлучује о прихватљивости захтева. Мериторна одлука може бити донета у пленарној седници Касационог суда, или се пресуда укида и предмет враћа на поновно суђење. Понаваљање поступка може бити само у корист окривљеног.

Веома сличан концепт понављања кривичног поступка срећено у Белгији. У кривичном поступку Белгије је могуће побијање чињеничне базе правноснажне пресуде путем ревизије. Захтев за ревизију је могуће поднети у случају доношења две пресуде, које су контрадикторне, а произлазе из истог историјског догађаја. Исто је могуће и ако је сведок осуђен због давања лажног исказа. Најзад, захтев је могућ у случају појављивања нових чињеница, на основу којих произлази да окривљени није извршио кривично дело, за које је осуђен.¹⁰⁸⁰

32.2. Немачка

У Немачком кривичном поступку постоје ванредна правна средства, у која спадају, понављање кривичног поступка (§ 359-373а StPO), повраћај у пређашње стање (§ 44-47 StPO), уставна жалба и представка Европском суду за људска права.¹⁰⁸¹ Понављање кривичног поступка (*Wiederaufnahme des Verfahrens*) у корист окривљеног се може захтевати без временског органичења, од стране окривљеног, или његових блиских сродника, као и од јавног тужиоца. Разлози за понављање поступка се могу поделити на понављање услед *propter falsa* и услед *propter nova*. У првом случају се поступак може поновити ако је пресуда заснована на лажном сведочењу сведока, или вештака, лажној исправи, кривичном делу судије, или поротника, ако је укинута парнична пресуда, на којој је заснована кривична пресуда, као и на основу пресуде

¹⁰⁸⁰ Mireille Delmas-Marty, J.R.Spencer, op. cit, стр. 132.

¹⁰⁸¹ Mireille Delmas-Marty, J.R.Spencer, op. cit, стр. 333.

Европског суда за људска права, којом је утврђена повреда права из Конвенције (§ 359 тачка 6 StPO). Понављање кривичног поступка услед новота је могуће ако се појаве нове чињенице, или докази, који сами за себе, или у садејству са другим доказима, могу довести до ослобођења од оптужбе, блажег кажњавања, изрицања незнатне казне, или до другачије одлуке о мери безбедности (§ 359 тачка 5 StPO). Понављање поступка на штету окривљеног је још могуће, ако је дао веродостојно судско, или вансудско признање кривице (§ 362 IV StPO).

О захтеву за понављање поступка одлучује суд исте стварне надлежности, као суд који је донео побијану одлуку (§ 104а. ст. 1. Основног закона о судовима Немачке¹⁰⁸²). Надлежни суд, по пријему захтева, одлучује о допуштености. Ако не дође до одбацивања захтева, шаље се супротној страни на давање одговора. Након тога следи доказни поступак, у коме се могу саслушавати сведоци и вештаци, те вршити увуђај, у присуству странака. Надлежни суд може одбити захтев као неоснован, или вратити предмет на поновни главни претрес. Исход поновног главног претреса може бити потврђивање раније пресуде, или укидање и доношење нове пресуде, при чему је суд везан важењем забране *reformatio in peius*.

32.3. Аустрија

У аустријском кривичном поступку ванредни правни лекови су понављање поступка (*Wiederaufnahme des Verfahrens*), затим касациона жалба за заштиту интегритета закона (*Nichtigkeitbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes*), и ванредно понављање поступка (*außerordentliche Wiederaufnahme*). Кривични поступак, који је окончан правноснажном пресудом, може бити поновљен у корист окривљеног, без обзира да ли је та судска одлука претходно била побијана жалбом.¹⁰⁸³ До понављања кривичног поступка може доћи ако је правноснажна пресуда заснована на доказу, или сведочењу, које се касније покаже лажним, или нетачним, затим ако се појави нови значајан доказ, као и ако други окривљени буде осуђен за извршење истог кривичног дела, које је могло извршити само једно лице (§ 353 StPO).

Приликом ванредног понављања кривичног поступка Врховни суд је овлашћен да, по службеној дужности, измени правноснажну пресуду у корист окривљеног.

¹⁰⁸² Gerichtsverfassungsgesetz, текст доступан на: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/de/de/de186de.pdf>, приступ: 24.08.2017. године.

¹⁰⁸³ A Concise Overview of the Austrian Legal System, стр. 13, Текст доступан на: http://ilac.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/project_ilac/Publikationen/AustrianLegalSystem.pdf, приступ 24.08.2017. године.

Потребно је да буду утврђени озбиљни недостаци приликом утврђивања чињеница, од стране суда, или поротног суда. С обзиром да странке могу изјавити жалбу услед чињеничних недостатака, овај процесни механизам се скоро никада не примењује у пракси.¹⁰⁸⁴

32.4. Русија

Руски кривични поступак има два ванредна правна лека, по један за побијање чињеничне и правне основице правноснажне судске одлуке. Повреде закона се могу нападати путем надзорне жалбе и представке (члан 412. УПК). Чињенична подлога правноснажне пресуде се може побијати понављањем поступка, услед нових, или новооткривених чињеница (члан 413-419 УПК). Као што се већ из назива овог правног лека види, руски процесни закон прави разлику између нових и новооткривених чињеница. Новим чињеницама се сматрају оне које нису биле познате суду у време доношења одлуке. Ту спадају одлука Уставног суда, којом је неки закон проглашен неуставним, затим одлука Европског суда за људска права, као и друге нове чињенице. Новооткривеним се сматрају чињенице које, иако су постојале, нису биле познате суду у време доношења одлуке. У ову групу се сврставају намеран лажан исказ сведока, или оштећеног, као и намеран неистинит превод тумача, лажан налаз и мишљење вештака, те фалсификовање исправа и доказа. Осим тога, новооткривеним чињеницама се сматрају кривично дело јавног тужиоца, истражитеља, или судије, услед чега је донета незаконита, неправилна, или неправична судска одлука. Понаваљање поступка у корист окривљеног се може захтевати било када, чак и након смрти окривљеног. За подношење захтева за понављање поступка на штету окривљеног је установљен рок од годину дана од откривања нових чињеница, а најкасније до наступања застарелости кривичног гоњења (члан 414. УПК). Ексклузивно право на подношење захтева за понављање кривичног поступка припада јавном тужиоцу. Грађани и заинтересована лица могу само упутити предлог јавном тужиоцу. Захтев се подноси непосредно вишем суду, од суда који је донео одлуку. Надлежни суд доноси мериторну одлуку након одржаног главног претреса. Суд може укинути пресуду и предмет вратити на поновно суђење, укинути пресуду и обуставити кривични поступак и одбити захтев за понављање поступка, као неоснован (члан 417. УПК).

32.5. Италија

¹⁰⁸⁴ *Ibidem.*

У Италијанском кривичном поступку егзистира један ванредни правни лек. Ревизија је ванредни правни лек, који је утемељен у корист окривљеног и може бити изјављен и након издржане казне.¹⁰⁸⁵ До ревизије може доћи ако се појаве противуречности између побијане и друге пресуде, у погледу одлучних чињеница, ако је опозвана грађанска пресуда, на којој је заснова кривична пресуда, ако се појаве нови докази, који могу исходovati ослобађајућом пресудом, као и ако је пресуда заснована на лажној исправи, или на кривичном делу (члан 630. италијанског ЗКП). Право на подношење захтева за ревизију припада окривљеном, његовим блиским сродницима, као и државном тужиоцу. Захтев се подноси окружном призивном суду, који је донео побијану одлуку. Најпре се одлучује о допуштености захтева. Ако је захтев допуштен, долази до новог суђења према правилима која важе за првостепени поступак. Усвајањем захтева долази до укидања пресуде и изрицања ослобађајуће пресуде (члан 637. став 2. италијанског ЗКП).

32.6. Норвешка

У кривичном поступку Норвешке је такође предвиђено поновно суђење. Правноснажно пресуђна ствар може бити предмет понављања кривичног поступка на захтев једне од странака. Поступак, шта више, може бити поновљен и пре правноснажности пресуде, ако је пресуду донео апелациони суд, и ако је потребно прикупљање доказа о кривичности (члан 389. норвешког Закона о кривичном поступку). Разлог за понављање поступка најпре може бити разрешење судије, или поротника услед недостојности обављања функције, а то је могло бити од утицаја на судску одлуку. Понављање неће бити допуштено ако је странка пропустила да истакне тај приговор током кривичног поступка.

У члану 391. норвешког ЗКП је предвиђено понављање поступка у корист окривљеног. То је, најпре, могуће ако је до осуђујуће пресуде дошло као последица кривичног дела судије, поротника, записничара, полицијског службеника који је вршио истражне радње, јавног тужиоца, браниоца, вештака, или тумача. Понављање је такође допуштено ако је сведок дао лажан исказ, или је пресуда заснована на лажној, или нетачној исправи, а тај доказ не може бити изопштен из списка без штете по окривљеног. Кривични поступак се може поновити на основу одлуке међународног суда, или Комитета за људска права УН, ако је одлука националног суда противна

¹⁰⁸⁵ Берислав Павишић, *Талијански...*, op. cit, стр. 254.

одредбама међународног права и ако би нови главни претрес вероватно довео до другачије одлуке суда. Иста могућност постоји ако је међународни орган утврдио повреду поступка, које су утицале на доношење судске одлуке, и где је понављање претреса нужно за отклањање причињене штете. Понављање у корист окривљеног је, најзад допуштено ако се појаве нове чињенице, или нови докази, који ће вероватно довести до доношења ослобађајуће пресуде, или до сумарне обуставе поступка, или до изрицања блаже кривичне санкције.

Чак и ако нису испуњени наведени услови за понављање поступка, до тога може доћи на основу одлуке надлежног суда, ако је Врховни суд исказао другачију правну аргументацију, у односу на ону, на којој је заснована пресуда. Исто овлашћење постоји ако посебне околности чине дубиозним, да ли је пресуда правилна и ако на основу разматрања постоји потреба да се о питању кривице поново одлучи након понављања поступка (члан 392. став 2. норвешког ЗКП).

Понављање поступка је могуће и на штету окривљеног, ако је пресуда заснована на кривичном делу неког од учесника поступка, лажном исказу, или лажној исправи, а постоји разлог за претпоставку да би то довело до осуђујуће пресуде, или строжег кажњавања. Понављање на штету је такође могуће на основу признања кривице, или ако нови докази указују да је окривљени извршио кривично дело, или теже кривично дело од онога, за које је осуђен. Захтев за понављање поступка се подноси норвешкој ревизионој комисији у кривичним стварима. Комисија најпре одлучује о допуштености и одбацује захтев, ако нема услова за понављање поступка, с обзиром на природу одлуке, или ако нема основа да би се допустило понављање. Иста одлука се доноси ако очигледно не би довела до другачије судске одлуке. У супротном, захтев се доставља супротној страни на одговор. У прелиминарној фази поступка одлучивања по захтеву за понављање поступка, Комисија је овлашћена да испитује сведоке. Тој доказној радњи може присуствовати окривљени. У случају доношења одлуке о понављању поступка, правило је да се поновно суђење поверава суду исте јурисдикције, као што је има суд, који је донео оспоравану одлуку (члан 400. норвешког ЗКП).

32.7. Шведска

У кривичном поступку Шведске постоје две ванредна правна лека. То су захтев за понављање поступка услед стварних недостатака и повраћај у пређашње стање, као и захтев за отклањање озбиљних процедуралних грешака. Чињенична основа

правноснажне пресуде може бити побијана путем захтева за понављање поступка услед стварних недостатака пресуде и повраћаја у пређашње стање (наслов 58. одељак 1. Закона о судском поступку Шведске). Понављање поступка у корист окривљеног се може захтевати ако је пресуда заснова на кривичном делу судије, тужиоца, или службеног лица, запосленог у суду, или на кривичном делу адвоката, браниоца, или законског заступника, које је у вези са кривичним поступком. До понављања поступка може такође доћи ако је судија, или тужилац разрешен дужности, а то је било од утицаја на доношење одлуке. Основ за понављање поступка такође постоји ако је исправа, која је коришћена као доказ у поступку, фалсификована, затим ако је сведок, вештак, или тумач дао лажан исказ, а ти докази су утицали на исход поступка. Понављање поступка се такође може захтевати ако се појаве нове околности, или докази, који нису изведени током поступка, а њихово извођење би вероватно довело до ослобађајуће пресуде, или до блажег кажњавања. Најзад, овај ванредни правни лек у корист окривљеног се може изјавити ако је примена права, које је основа за пресуду, очигледно у контрадикцији са одредбама закона (наслов 58. одељак 2. Закона о судском поступку Шведске).

Понављање поступка на штету окривљеног је могуће, у шведском кривичном поступку, ако је пресуда заснована на кривичном делу учесника кривичног поступка, лажној исправи, или лажном исказу, што указује да би могла бити донета осуђујућа пресуда, или би била изречена тежа казна. Нове чињенице и докази могу бити основ за понављање поступка на штету окривљеног само у случају да је за конкретно кривично дело предвиђена казна затвора преко годину дана. Потребно је да би на основу њих била донета осуђујућа пресуда, или би била изречена строжа казна. Захтев за понављање поступка се подноси апелационом суду, ако је пресуду донео окружни суд, а у другим случајевима, Врховном суду. За подношење захтева у корист окривљеног је одређен рок од годину дана од када је чињеница, која иде у корист окривљеног, постала позната. У случају заснованости пресуде на кривичном делу, тај рок се рачуна од дана правноснажности пресуде. Ако не дође до одбацивања захтева, о њему мериторно одлучује онај суд, који је последњи одлучивао о кривичној ствари (наслов 58. одељак 7. Закона о судском поступку Шведске).

32.8. Данска

У кривичном поступку Данске је могуће понављање поступка на штету и у корист окривљеног. Услови за изјављивање овог правног лека на штету окривљеног су прописани у члану 976. данског Закона о правосуђу из 1996. године¹⁰⁸⁶. Поновно суђење на штету окривљеног је могуће ако осуђени призна извршење кривичног дела након правноснажности ослобађајуће пресуде, или се појаве други докази, на основу којих се може претпоставити да је окривљени извршио кривично дело. Понављање на штету је, такође, могуће ако је пресуда заснована на лажном исказу, лажној исправи, или кривичном делу носиоца јавне функције. Понављање на штету окривљеног је могуће само на захтев државног тужиоца. Основ за понављање кривичног поступка у корист окривљеног представљају нове чињенице, које би исходовале ослобађајућом пресудом, или блажим кажњавањем, да су биле познате у време вођења поступка (члан 977. став 1. данског Закона о правосуђу). Није довољно да се појаве нове чињенице, већ је неопходно да оне имају значај по исход поступка.¹⁰⁸⁷ Осим новота, дански процесни закон предвиђа могућност поновног суђења и ако је пресуда заснована на кривичном делу осуђеног, или лица које обавља јавну функцију, а то је било од утицаја на доношење судске одлуке. Основ за понављање поступка представља и лажно сведочење, као и употреба лажних исправа током кривичног поступка. Понављање поступка је, најзад, могуће ако посебне околности основано указују да докази нису били правилно оцењени. Захтев за понављање поступка се подноси Специјалном суду за оптужнице и ревизију (*Den Særlige Klageret*). Према тумачењу судске праксе, у посебне околности, на основу којих је могуће поновно суђење, спада и доношење пресуде Европског суда за људска права. Тако је на основу пресуде у случају *Jersild v. Denmark*,¹⁰⁸⁸ дошло до понављања поступка, по овом основу. Један од судија је издвојио мишљење, аргументујући да није реч о посебним околностима, већ о новим чињеницама, као основ за понављање поступка.¹⁰⁸⁹

32.9. Румунија

У кривичном поступку Румуније се правноснажне судске одлуке могу побити помоћу четири ванредна правна лека, ванредно укидање (члан 426. ЗКП Румуније),

¹⁰⁸⁶ https://www.unodc.org/cld/document/dnk/1992/administration_of_justice_act_as_of_1996.html?, приступ: 27.08.2017. године.

¹⁰⁸⁷ David Keane, Yvonne McDermott, *The Challenge of Human Rights: Past, Present and Future*, Glos/Massachusetts, 2012, p. 183-184.

¹⁰⁸⁸ Application no. [15890/89](#).

¹⁰⁸⁹ <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/Reopening/PDFs/Denmark.pdf>, приступ: 27.08.2017. године.

кривична санкција неправилно изречена. Захтев за поновно суђење, најзад, може бити поднет ако је усвојен захтев за екстрадицију. Захтев за понављање поступка може, у прва три случаја, бити поднет од окружног јавног тужиоца, или војног јавног тужиоца, а у осталим случајевима од Врховног јавног тужиоца. Осуђени може поднети захтев за понављање поступка само по основу повреда права, или неправилно изречене санкције, ако није пресуду побијао касационим захтевом (члан 420. став 2. ЗКП Бугарске). Ово право осуђени може искористити у року од шест месеци од сазнања за доношење пресуде. Захтев за понављање поступка, окончаног ослобађајућом пресудом, од окружног, или војног тужиоца може бити поднет у року од шест месеци од правноснажности пресуде, или појављивања нових чињеница. Врховни јавни тужилац може поднети захтев у року од месец дана, од сазнања за доношење пресуде, односно у року од недељу дана, од сазнања за усвајање захтева за екстрадицију. Осуђени у одсуству може захтевати понављање поступка у року од шест месеци, од сазнања за правноснажну пресуду.

Захтев за понављање поступка се упућује Врховном суду, преко првостепеног суда. О захтеву се решава на претресу. Ако усвоји захтев, Врховни суд може укинути пресуду и вратити предмет на поновно суђење, при чему одређује од које фазе ће се поступак поновити. Врховни суд може укинути пресуду и донети ослобађајућу пресуду, на основу чињеничног стања, које показује да дело није кривично дело. Осим тога, побијана пресуда може бити преиначена у корист окривљеног (члан 425. став 1. ЗКП Бугарске). У случају понављања поступка, који је окончан у одсуству окривљеног, поступак се враћа на почетак (члан 425. став 2. ЗКП Бугарске)

32.11. Енглеска

У Енглеској је традиционално важило начело забране *double jeopardy*, што представља апсолутну забрану поновног суђења. До дерогације апсолутног важења овог принципа је дошло постепено. Рудиментални облик ванредног правног лека је постојао у виду молбе краљици, односно министру унутрашњих послова, који је имао овлашћење да препоручи Апелационом суду да испита конкретан случај, након потребних извиђаја.¹⁰⁹¹ На основу члана 17. Закона о кривичном апелу из 1968. године, министар унутрашњих послова је, у неколико случајева, враћао предмет на поновно

¹⁰⁹¹ Mireille Delmas-Marty, J.R.Spencer, op. cit, стр. 204.

одлучивање Суду кривичног апела.¹⁰⁹² Будући да су те пресуде већ биле правноснажне, овај процесни механизам је био сличан ванредним правним лековима. Доношењем Закона о кривичном апелу из 1995. године је укинуо ово овлашћење министра унутрашњих послова. Уместо тога, формирана је Комисија за преиспитивање кривичних ствари (*Criminal Cases Review Commision*). Комисија је могла да преиспитује само правноснажне осуђујуће пресуде, док је за правноснажне ослобађајуће пресуде важила апсолутна забрана *double jeopardy*. Осуђени, или његов бранилац, се могу обратити Комисији за ревизију кривичних случајева, услед правних недостатака приликом доношења пресуде, или услед неостваривања правде. То значи да се правноснажна пресуда може побијати услед стварних, или правних недостатака. Куриозитет представља што је услов за изјављивање овог захтева претходно исцрпљивање жалбе. Ако овај услов није испуњен, Комисија ће одбацити захтев. Након испитивања недостатака, на које се позвао подносилац захтева, Комисија може да одбије захтев, или да укине пресуду и предмет врати на поновно суђење Суду кривичног апела.

Нови корак ка ужем опсегу важења принципа забране поновног суђења је учињен са доношењем Закона о кривичном апелу из 2003. године.¹⁰⁹³ Прописана је могућност да се преиспитују и правноснажне ослобађајуће пресуде, ако се појаве нове убедљиве чињенице и нови докази, за које се није знало током трајања поступка (члан 75.-97). Она постоји код таксативно наведених тешких кривичних дела (*retrial for serious offences*). Овај поступак се покреће на захтев јавног тужиоца, уз претходно прибављену сагласност Управника јавног кривичног гоњења (*Director of Public Prosecutions*). Уз захтев се прилажу нови докази, који могу бити у виду изјаве сведока, пресуда, извод из списка са ранијег претреса, или неки други документ. Сагласност зависи од постојања од нових уверљивих чињеница, или доказа, који нису били познати у време суђења, и ако постоји јавни интерес за понављање поступка (члан 76. СЈА03). Суд кривичног апела, након одржаног претреса, може одбити захтев за поновно суђење и потврдити ранију пресуду или усвојити захтев, укинути пробијану пресуду и предмет вратити на поновно суђење. У случају укидања пресуде, кривични

¹⁰⁹² Милош Миловановић, *op. cit.*, стр. 78.

¹⁰⁹³ Нормативном заокрету је претходило случај убиства Стивена Лоренса, у коме су осумњичени ослобођени, услед недостатка доказа. Касније приватна истрага је, међутим, показала супротно. На основу тога је формирана комисија на челу са сер Вилијамом Мекферсоном, чија је препорука била да се допусти преиспитивање правноснажне ослобађајуће пресуде, у случају појављивања нових чињеница или доказа.

поступак се враћа у фазу истраге и тужилац има рок од два месеца да подигне оптужницу, или у фазу оптужења.

32.12. САД

Ревизија чињеничне подлоге у кривичном поступку САД је омогућена на основу захтева за ново суђење (*motion for a new trial*), који спада у постпретресне захтеве. Нормативну основу за то представља члан 33. Федералних правила о кривичном поступку (*Federal rules of Criminal Procedure*). Овим правилом је успостављен баланс између интереса правде и ефикасности кривичног поступка, као и поверење у дискрециону власт суда. За осуђеног је, на тај начин, обезбеђен адекватан процесни механизам, на основу кога је могуће побијање неправилних пресуда, уз очување ауторитета правноснажних пресуда.¹⁰⁹⁴ Захтевом се може побијати осуђујућа пресуда на бази новооткривених доказа, или из других разлога¹⁰⁹⁵. Према пракси америчких судова, неопходно је да је реч о новооткривеним доказима, а не о доказима који су раније били познати а након правноснажности пресуде постали познати.¹⁰⁹⁶ Евалуација, да ли је реч о новим доказима, се врши применом *Berry* теста. С обзиром да је тај тест састављен од пет услова, подносилац захтева има тежак терет доказивања, јер мора да докаже веома висок степен вероватноће успеха у меритуму.¹⁰⁹⁷ Први критеријум, да доказ није био познат током поступка, се оцењује с обзиром на окривљеног и његовог браниоца. Оцењује се да ли је окривљени био свестан постојања тог доказа током суђења.¹⁰⁹⁸ Други услов је предузимање разумних корака за откривање доказа. Овај услов неће бити испуњен ако је одбрана знала за постојање сведока и могла је да прибави његов исказ, а то није учинила. Трећи услов, да је реч о материјалном доказу, је испуњен ако је на основу њега могуће променити исход поступка, према важећим правним правилима.¹⁰⁹⁹ Наредни услов је да сведочење не сме бити кумулативно. Доказ је кумулативан, ако је идентичан са већ изведеним

¹⁰⁹⁴ Mary Ellen Brennan, Interpreting the Phrase "Newly Discovered Evidence": May Previously Unavailable Exculpatory Testimony Serve as the Basis for a Motion for a New Trial Under Rule 33?, *Fordham Law Review*, vol. 77/ 2008, p. 1106.

¹⁰⁹⁵ Најчешће је реч о погрешној одлуци о допуштености доказа, испуњености услова за изузеће поротника, недостатку надлежности, или неадекватној инструкцији пороти ([James W. H. McCord](#), [Sandra L. McCord](#), *op. cit.*, стр. 504).

¹⁰⁹⁶ *United States v. Owen*, 500 F.3d 83, 85 (2d Cir. 2007), cert. denied, 128 S. Ct. 1459 (2008), § 90.

¹⁰⁹⁷ Lissa Griffin, The Correction of Wrongful Convictions: A Comparative Perspective, *American University International Law Review*, 16, no. 5 /2001, pp. 1292-1293.

¹⁰⁹⁸ *United States v. Seago*, 930 F.2d at 488;

¹⁰⁹⁹ *United States v. Hernandez-Rodriguez*, No. 05-51429. Decided: October 09, 2006

доказом.¹¹⁰⁰ Последњи услов је испуњен ако би нови доказ вероватно довео до ослобађајуће пресуде. Овај услов је, уједно, и најтежи. За испуњење овог услова није довољно да је доказ користан за одбрану, већ је неопходно да може променити пресуду.¹¹⁰¹

Пресуда се може побијати у року од три године од доношења пресуде, ако је реч о новим доказима, односно у року од 14 дана, од доношења одлуке о кривици, ако се пресуда побија из других разлога.¹¹⁰² Захтев се усваја као основан ако је ново суђење „у интересу правде“. На тај начин је суду, који одлучује о понављању поступка, дата широка дискрециона власт, која представља део традиције у кривичном поступку САД.¹¹⁰³ Надлежни суд може укинути пресуду и вратити предмет на поновно суђење другој пороти, или сам изрећи пресуду, након извођења доказа, ако је пресуда донета од непоротног суда.

Један од доказа, на основу кога је могуће поновно суђење је ДНК тестирање. Најпре је развијено кроз судску праксу, која је ову могућност тумачила као уставно право окривљеног на извођење екскулпирајућег доказа, који се налази у рукама државе.¹¹⁰⁴ На основу акта америчког Конгреса¹¹⁰⁵ је установљена процедура ДНК тестирања, након доношења осуђујуће пресуде. Осуђени може да покрене овај поступак, без обзира да ли је овај доказ извођен током суђења. У § 360-360А су прописани услови, под којима је могуће захтевати ДНК тестирање након доношења осуђујуће пресуде. То је могуће ако је донета осуђујућа пресуда на смртну казну, казну доживотног затвора, или кривично дело кажњиво по кривичном закону федералне државе, и ако не постоји правни лек, којим би окривљени могао захтевати извођење овог доказа. Окривљени не може тражити извођење овог доказа ако се свесно и добровољно одрекао тог права током кривичног поступка. Потребно је да захтевано ДНК тестирање буде разумног обима и да користи савремене научне методе. Такође је потребно да тестирање представља материјални доказ, на основу кога се доказује

¹¹⁰⁰ United States v. Gonzalez, No. 02-50160. Decided: May 05, 2003

¹¹⁰¹ Grace v. Butterworth, 586 F.2d 878 (1st Cir. 1978).

¹¹⁰² Mary Ellen Brennan, op. cit, p. 1098.

¹¹⁰³ Према одредби из америчког Закона о правосуђу из 1789. године такође су судови имали широку маргину слободне процене, приликом одлучивања о понављању поступка.

¹¹⁰⁴ Видети случај Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963). Касније је тај прецедент добио шири опсег, тако да обухвата право осуђеног да захтева ДНК тестирање након правноснажности пресуде, чак и ако је био изведен током суђења.

¹¹⁰⁵ The Justice for All Act of 2004, текст доступан на: <https://www.congress.gov/108/plaws/publ405/PLAW-108publ405.pdf>, приступ: 27.08.2017. године.

невиност осуђеног.¹¹⁰⁶ Захтев се мора поднети у року од три године, од доношења осуђујуће пресуде, с тим што може доћи до дилатације¹¹⁰⁷, у оправданим случајевима. Исход тестирања може бити тројак. Надлежни суд, након пријема резултата тестирања може обуставити даљи поступак, ако је тест био неуспешан. Поређењем добијеног резултата са резултатима ДНК теста, узетог са места извршења кривичног дела, суд може обуставити даљи поступак, ако су идентични. У супротном, суд ће донети одлуку којом ће указати да осуђени може да захтева понављање поступка. Понављање поступка се увек допушта ако је доказ добијен ДНК тестирањем у складу са осталим изведеним доказима током кривичног поступка. Легислативне промене, изазване достигнућима науке нису заобишле ни друге државе, које баштине адверзијални кривични поступак. Тако је у Енглеској и Велсу новелиран Закон о кривичном правосуђу из 2003. године, на основу препоруке законодавне комисије.¹¹⁰⁸

32.13. Босна и Херцеговина

У процесним законима, који су важећи на територији Босне и Херцеговине, правноснажна судска одлука се може побијати само једним ванредним правним леком, захтевом за понављање поступка. Изузетак је Закон о кривичном поступку Републике Српске, који прописује и захтев за заштиту законитости. Понављање поступка у корист осуђеног има за циљ да се ослободи од оптужбе, или да оптужба буде одбијена, или да буде осуђен по блажем закону.¹¹⁰⁹ Основи за понављање поступка су прописани у члану 327. став 1. ЗКП БиХ, члану 343. став 1. ЗКП ФБиХ, члану 327. став 1. ЗКП БД и члану 333. став 1. ЗКП РС. Кривични поступак се, најпре, може поновити ако је пресуда заснована на лажној исправи, или на лажном исказу сведока, вештака, или тумача. Овај правни лек се може поднети ако је до пресуде дошло извршењем кривичног дела судије, или процесног субјекта, који је вршио истражне радње. Нове

¹¹⁰⁶ Легислатива федералних држава садржи бројна друга ограничења за усвајање захтева за постпретресно ДНК тестирање. У Њујорку и Илиноису је потребно да буде достигнут одређен доказни ниво. Ако је ДНК тестирање обављено током поступка, онда се захтев за поновним тестирањем може усвојити само ако резултати могу исходovati повољнијом пресудом по окривљеног. У Илиноису је стандард да ДНК тест мора представљати нов, некумулативан, материјални доказ да окривљени није учинио кривично дело, за које је правноснажно осуђен (Postconviction DNA testing: Recommendation for Handling Requests, U.S. Department of Justice, 1999, стр. 10).

¹¹⁰⁷ Примера ради, у Флориди је овај захтев могуће истаћи без временског ограничења. На тај начин овај процесни механизам садржи све особине ванредног правног лека (Милош МИловановић, *op. cit.*, стр. 89.).

¹¹⁰⁸ David Keane, Yvonne McDermott, *op. cit.*, p. 183.

¹¹⁰⁹ Хајрија Сијерчић Чолић, Кривично процесно право, књига два, Сарајево, 2008, стр. 155.

чињенице и докази, који нису могли бити изведени на главном претресу и поред дужне пажње и опреза, а могу сами за себе или са другим доказима довести до ослобађајуће пресуде, или осуде по блажем закону, могу такође довести до понављања поступка. Основ за понављање поступка такође представља сазнање да је прекршен принцип не два путао истоме, или ако је више лица осуђено за кривично дело, које је могло извршити само један окривљени, или неки од њих. Изношење нових чињеница и доказа, који указују да окривљени није извршио неку од радњи из продуженог дела, или вишеактног кривичног дела, за коју је осуђен, а од утицаја су за одмеравање казне, један је од основа за понављање поступка. Захтев за понављање поступка је, најзад, могуће поднети ако је пресудом Уставног суда, Дома за људска права, или ЕСЉП, утврђено да је пресуда заснована на кршењу основних људских права и слобода. У погледу најчешћег разлога за понављање поступка, нових чињеница и доказа, допуштени су нове чињенице и докази, за које се није знало (*novitur reperta*), као и чињенице и докази за које се знало у време вођења поступка, али нису изнесене, или изведени на главном претресу (*novitur producta*). Понављање поступка на штету окривљеног је могуће само у случају ако је пресуда којом се оптужба одбија донета као резултат одустајања тужиоца од оптужбе, до чега је дошло извршењем кривичног дела корупције, или злоупотребе службеног положаја (члану 344. ЗКП ФБиХ, члану 328. ЗКП БД и члану 334. ЗКП РС).

Захтев за понављање поступка могу поднети странке и бранилац окривљеног. После смрти окривљеног захтев могу поднети јавни тужилац и блиски сродници окривљеног, који у корист окривљеног могу поднети и жалбу на пресуду првостепеног суда. Ако суд након правноснажности сазна за нове чињенице и доказе, обавестиће осуђеног и лица која у његову корист могу поднети захтев за понављање поступка (члану 345. став 3. ЗКП ФБиХ, члану 329. став 3. ЗКП БД и члану 335. став 3. ЗКП РС).

Захтев за понављање поступка је неделотворни правни лек, јер о њему одлучује трочлано веће суда, који је судио у првостепеном поступку. У саставу већа неће учествовати судија који је донео побијану пресуду. Суд може да одбаци захтев ако је изјављен од неовлашћеног процесног субјекта, одбити га, ако докази нису подобни за понављање поступка, и усвојити захтев и допустити понављање. Ако допусти понављање поступка, суд ће заказати нови главни претрес. У поновљеном поступку суд ће бити везан забраном преиначења на штету, али и овлашћен да примени повластицу припајања.

32.14. Црна Гора

Закон о кривичном поступку Црне Горе предвиђа три ванредна правна лека за побијање правноснажне пресуде; захтев за понављање кривичног поступка, ванредно ублажавање казне и захтев за заштиту законитости. С обзиром да је у члану 6. ЗКП ЦГ предвиђено да нико не може бити поново осуђен за кривично дело, за које је правноснажно осуђен или ослобођен оптужбе, осим у законом предвиђеним случајевима. Понављање поступка је могуће и у корист и на штету окривљеног. У процесном закону су прописани случајеви неправог понављања поступка (члан 421. ЗКП ЦГ), настављања прекинутог поступка услед привремених процесних сметњи (члан 422. ЗКП ЦГ), понављања поступка, окончаног решењем (члан 423. ЗКП ЦГ), и право понављања поступка у корист и на штету окривљеног (члан 424. и 425. ЗКП ЦГ). Понављање у корист окривљеног је могуће, ако се докаже заснованост пресуде на лажном исказу, или исправи, затим кривичном делу судије, или лица које је изводило доказне радње, услед појаве нових чињеница и доказа, повреде начела *ne bis in idem*, или ако је више лица осуђено, а дело нису могли сви извршити, ако осуђени није извршио неку радњу продуженог, или вишеактног кривичног дела, као и услед доношења одлуке ЕСЈП, или другог међународног суда¹¹¹⁰.

Понављање поступка на штету окривљеног је најпре могуће ако је пресуда донета извршењем кривичног дела судије, или лица које је изводило доказне радње. То је, такође, могуће ако је тужилац одустао од оптужбе као последица извршења кривичног дела злоупотреба службеног положаја. Понављање на штету је допуштено и ако се појаве нове чињенице и докази, који су подобни да исходују осуђујућом пресудом, или строжим кажњавањем окривљеног. За понављање на штету осуђеног је установљен рок од шест месеци, од дана сазнања за нове чињенице и доказе (члан 425. став 2. ЗКП ЦГ).

Захтев за понављање поступка могу поднети осуђени и његов бранилац, државни тужилац и блиски сродници окривљеног. Захтев се може поднети и ако је осуђени издржао казну затвора, а такође без обзира на наступање застарелости, амнестије, или помиловања. Исто као у процесним законима Босне и Херцеговине, суд је дужан да о постојању основа за понављање поступка обавести осуђеног и лица која у

¹¹¹⁰ Пресуде међународних судова фигурирају и као основ за подношење захтева за заштиту законитости. Овакво решење је реткост, у упоредном праву. Очигледно је законодавац пресуде наднационалних судова посматрао као мешовити основ, којим се побија чињенична и правна основица правноснажне пресуде (Драго Радуловић, Систем правних лијекова..., *op. cit.*, стр. 68).

његово име могу поднети захтев за понављање поступка. О захтеву одлучује ванрасправно веће суда, који је донео првостепену одлуку, у чујем саставу (ако је то могуће) не учествује судија који је био члан већа, које је донело побијану одлуку. Веће најпре одлучује о допуштености захтева. Захтев ће бити одбачен ако га није поднело овлашћено лице, или ако нема законских услова за понављање поступка, или ако су чињенице и докази већ изнесени у захтеву за понављање, који је одбијен, или ако чињенице и докази очигледно нису подобни да доведу до понављања поступка, или ако подносилац захтева није навео основ за понављање и доказе, којима се поткрепљују чињенице. Сви наведени основи су адекватни да доведу до одбацивања захтева као недопуштеног, осим једног. Тријажа чињеница, које очигледно јесу, или нису подобне за понављање поступка, већ представља залажење у мериторно одлучивање, чему није место у фази одлучивања о допуштености поступка. Сврставање овог основа у допуштеност захтева, ова фаза одлучивања по захтеву за понављање поступка се приближава институту *leave to appeal*, који је примерен адверзијалном типу поступка. Квалитативну процену испуњености услова за понављање поступка треба оставити за суд, који мериторно решава по овом ванредном правном леку. Ако не дође до одбацивања захтева, он се доставља супротној странци на давање одговара. Након тога долази до извиђајних радњи. Пре одбијања, или усвајања захтева, суд може утврђивати чињенице и прибављати доказе. Усвајањем захтева може доћи до одређивања новог главног претреса, или до враћања предмета у фазу истраге (члан 429. став 3. ЗКП ЦГ). Поновљени поступак се води по правилима, која важе за првостепени поступак. Ако се поступак обустави пре главног претреса, раније пресуда ће бити укинута. Након одржаног главног претреса, судеће веће у својој одлуци одлучује о судбини побијане пресуде, која може потпуно, или делимично бити укинута, или остављена на снази.

Процесни закон Црне Горе допушта понављање поступка осуђеном у одсуству (члан 431. ЗКП ЦГ). Потребно је да осуђени, или његов бранилац, поднесу захтев у року од шест месеци, од када су се стекли услови да му се суди у присуству. За понављање поступка, у овом случају, није потребно испуњење услова за понављање у корист окривљеног. Након истека законског рока, понављање поступка осуђеном у одсуству је могуће ако се испуни неки од услова за понављање у корист окривљеног, и ако овлашћена лица поднесу захтев. Такође је могуће понављање осуђеном *in absentia*, ако је страна држава одобрила његово изручење, под условом понављања поступка.

32.15. Хрватска

У хрватском кривичном поступку је побијање чињеничне и правне основе правноснажних судских одлука омогућено понављањем кривичног поступка (члан 497-508. ЗКП ХР), захтевом за заштиту законитости (члан 509-514. ЗКП ХР) и захтевом за ванредно испитивање правноснажне пресуде (члан 515-519. ЗКП ХР). Кривични поступак, који је окончан правноснажном осуђујућом пресудом, се може само изузетно поновити, под законом предвиђеним условима. Понављање поступка је могуће у корист окривљеног, а само изузетно на његову штету. У основи овог правног лека је потреба да се чињенично стање, које је утврђено у правноснажној пресуди, провери, допуни, или измени, утврђивањем нових чињеница, или извођењем нових доказа, за које се није знало, или који нису били доступни суду у време доношења судске одлуке.¹¹¹¹ Према одредбама хрватског процесног закона, може се издвојити више врста понављања поступка. Постоји могућност неправог понављања, преиначењем правноснажне пресуде у делу о казни, затим наставак прекинутог поступка, понављање поступка окончаног правноснажним решењем пре оптужења, понављање поступка у корист осуђеног (право понављање), понављање поступка услед одлуке Уставног суда, или ЕСЉП, понављање поступка окончаног доношењем пресуде којом се оптужба одбија, на штету осуђеног, као и понављање поступка лицу осуђеном у одсуству. У прва два случаја је реч о неправој обнови поступка. Понављање поступка обустављаног решењем пре оптужења није преиспитање мериторне одлуке о кривичној ствари. Реч је о решењу о обустави поступка, које је донето услед недостатка доказа о степену извесности, који је неопходан за подизање оптужнице, ако оштећени није преузео кривично гоњење у својству супсидијарног тужиоца. Поступак се наставља тамо где је стао, од фазе оптужења, или припремања главног претреса. Сличност са правим понављањем поступка постоји, с обзиром да је потребно проналажење нових чињеница, или доказа, или да се докаже да је тужилац одустао од кривичног гоњења, услед извршења кривичног дела злоупотребе службеног положаја, или присиле носиоца правосудне функције.

Право понављање кривичног поступка, окончаног правноснажном пресудом, је могуће у корист окривљеног, из више разлога. До тога најпре може доћи ако је пресуда заснована на лажној исправи, лажном снимку, или лажном исказу сведока, вештака, или тумача. Понављање поступка је могуће ако је пресуда изречена на основу кривичног дела државног тужиоца, судије, судије поротника, истражитеља, или другог

¹¹¹¹ Тадија Бубаловић, *Правни лијекови...*, op. cit, стр. 244.

лица, које је обављало доказне радње. До понављања поступка најчешће долази ако се изнесу нове чињенице¹¹¹² или се поднесу нови докази¹¹¹³, који су самостално, или заједно са осталим доказима, подобни да доведу до ослобађајуће пресуде, или осуде по блажем закону. Захтев за понављање се може поднети и ако је исто лице осуђено за исто кривично дело, или ако је више саокривљених осуђено за дело, које нису могли сви извршити. Испитање нових доказа, који указују да окривљени није извршио неку радњу из продуженог кривичног дела, или кривичног дела са више истоврсних радњи, такође је један од основа за право понављање кривичног поступка. У овом случају је потребно да је обухватање више радњи осуђујућом пресудом битно утицало на изрицање казне. Захтев за понављање кривичног поступка у корист окривљеног није везан роком, већ је могуће да се поднесе након наступања застарелости, помиловања, или амнестије, као и након издржане казне затвора.

Посебан случај понављања поступка је установљен као последица доношења одлуке Уставног суда, или ЕСЈП, којима је утврђена повреда људских права и слобода. а Одредбе закона о понављању поступка се примењују и ако је поднет захтев за ванредно преиспитивање правноснажне пресуде. Захтев за понављање поступка, у овом случају, може поднети окривљени у року од 30 дана од правноснажности пресуде ЕСЈП. Одређивање рока и препуштање диспозицији окривљеног подношење захтева, у овом случају, је довело до тога да је Уставни суд усвојио уставну жалбу,¹¹¹⁴ с обзиром да је ЕСЈП у случају Мађер против Хрватске претходно прогласио захтев за понављање поступка неделотворним правним леком, те утврдио повреду члана 13 Конвенције.¹¹¹⁵ Теорија предлаже укидање рока од 30 дана, као и покретање понављања поступка по службеној дужности.¹¹¹⁶

Понављање поступка на штету окривљеног је могуће само ако је донета одбијајућа пресуда. Реч је о случајевима доношења одбијајуће пресуде услед стварне ненадлежности, ако је поступак вођен без захтева овлашћеног тужиоца, ако је до одустанка од оптужбе дошло извршењем кривичног дела државног тужиоца, као и ако је недостајао предлог, или одобрење за гоњење (члан 501. став 1. тчка 1-4. ЗКП ХР). Понављање на штету окривљеног је могуће у року од месец дана, од сазнања државног

¹¹¹² Захтев се не може састојати у преиспитивању чињеничног стања, утврђеног на основу изведених доказа, у првом и другом степену (Одлука Врховног суда Хрватске, I, Кж-675/02, од 21.08.2002. године).

¹¹¹³ То не могу бити исти докази, који су навођени у жалби на пресуду првостепеног суда.

¹¹¹⁴ Видети пресуду Уставног суда Хрватске, U-III-334/2013, од 30.01.2014. године.

¹¹¹⁵ *Mader v. Croatia*, app. no 56185/07.

¹¹¹⁶ Елизабета Ивичевич Карас, *Сустав правних лијекова...*, op. cit, стр. 83.

тужиоца за околности, које могу довести до тога. У случају доношења ослобађајуће пресуде понављање на штету окривљеног није могуће, с обзиром да члан 31. став 3, Устава Хрватске допушта понављање поступка једино у корист окривљеног.

Понављање поступка је могуће и у случају осуде у одсуству окривљеног. Потребно је да осуђени, или његов бранилац поднесу захтев у року од годину дана, од када је осуђени постао доступан органима гоњења. У захтеву окривљени мора да наведе адресу на коју ће му се достављати писмена и да обећа да ће се одазвати судском позиву. У том року се поступак може поновити и ван разлога за неправу и право понављање поступка. *Ratio legis* за овај вид понављања поступка је потреба да се правилније и потпуније утврди чињенично стање, и да се донесе правилна судска одлука.¹¹¹⁷ Међутим, ЕСЈП је у пресуди Санадер против Хрватске нашао повреду члана 6. Конвенције. Навођење адресе у Хрватској и обећање да ће се одазвати позиву суда, према пресуди ЕСЈП, представља за окривљеног несразмеран терет, који онемогућава делотворно остваривања овог ванредног правног лека.¹¹¹⁸

Захтев за понављање поступка могу странке и бранилац окривљеног, а по смрти окривљеног лица која могу поднети жалбу у корист окривљеног (чла 504. став 1. ЗКП ХР). О захтеву одлучује веће суда, који је донеопрвостепену пресуду. У саставу већа не може учествовати судија, који је донео побијану пресуду. У првој фази се испитује допуштеност захтева за понављање поступка. Захтев ће бити одбачен, ако је поднет од неовлашћеног лица, ако нису испуњени законски услови за понављање поступка, ако су чињенице и докази раније били истицани, или ако те чињенице и докази очигледно нису подобни за понављање поступка, као и ако подносилац захтева није допунио захтев. Ако се захтев не одбаци, доставља се на одговор другој странци. Након тога ће председник извидети чињенице и доказе, који су истакнути у захтеву. Након тога, и враћања списа од државног тужиоца, веће ће донети одлуку о дозволи понављања поступка. Доношење одлуке о понављању поступка суд не утврђује чињеничне недостатке у побијаној пресуди, већ само изражава сумњу у чињеничну заснованост пресуде.¹¹¹⁹ Доношењем решења о понављању поступка се не укида побијана пресуда, већ се поступак враћа у фазу главног претреса, или у претходну фазу кривичног поступка. На новом главном претресу, у поновљеном поступку, се понавља целокупни доказни поступак, те се одлука доноси на основу утврђеног чињеничног стања на том

¹¹¹⁷ Тадија Бубаловић, *Правни лијекови...*, op. cit, стр. 257.

¹¹¹⁸ *Sanader v. Croatia*, app. no. 66408/12, §91.

¹¹¹⁹ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, op. cit., стр. 726.

претресу. Новом пресудом се одлучује о судбини побијане пресуде, која може бити потпуно, или делимично укинута, преиначена, или потврђена.

Ванредни правни лек, захтев за ванредно ублажавање казне, је укинут. Он је омогућавао преиначење одлуке о кривичној санкцији, у случају појављивања нових одлучних чињеница, од којих зависи одлука о врсти и мери казне. Иако је законодавац нашао мотив за укидање овог правног лека у растерећењу Врховног суда, могућност измене правноснажне одлуке о казни је могућ преко подношења захтева за понављање поступка, услед појаве нових чињеница и доказа.

32.16. Словенија

У кривичном поступку Словеније се правна основица правноснажне судске одлуке може побијати захтевом за заштиту законитости (члан 420-428. ЗКП СЛ), а чињенична захтевом за понављање поступка (члан 406-416. ЗКП СЛ). Право понављање поступка је могуће само у корист окривљеног услед заснованости пресуде на лажној исправи, или исказу, кривичном делу судије, поротника, или процесног субјекта, који је поступао у истрази, појављивања нових чињеница, или доказа, повреде принципа не два пута о истоме, као и услед нових чињеница, или доказа, који указују да осуђени није учинио неку радњу из продуженог кривичног, или вишеактног дела (члан 410. ЗКП СЛ). Захтев за понављање могу поднети странке и бранилац окривљеног, а после смрти окривљеног, у његову корист јавни тужилац и лица, која могу уместо окривљеног изјавити жалбу на пресуду првостепеног суда. Као и у многим другим државама, које баштине традицију југословенског кривичног поступка, о захтеву одлучује веће суда, које је донело првостепену пресуду, без могућности да у састав већа уђе судија, који је учествовао у доношењу првостепене пресуде. Разлози за одбацивање захтева за понављање су стипулисани на идентичан начин као у ЗКП Хрватске. То се може рећи и за поступак након одлучивања о допуштености захтева. Захтев за понављање поступка се доставља на одговор, а затим следе извиђајне радње. Након тога се одлучује о понављању поступка, или о одбијању захтева. У поновљеном поступку се примењују правила првостепеног поступка. Доношењем нове пресуде, побијана се делимично, или у потпуности ставља ван правне снаге, или се потврђује (члан 415. став 3. ЗКП СЛ). Понављање кривичног поступка је ванредни правни лек,

који је често коришћен последњих година у Словенији за укидање, или преиначење бројних пресуда из времена Другог светског рата.¹¹²⁰

Одредбе о понављању поступка се примењују на поступак измене правноснажне пресуде на основу одлуке Уставног суда, или ЕСЈП. Чињенична основа за доношење одлуке о врсти и мери кривичне санкције могла је бити преиспитана у поступку поводом захтева за ванредно ублажавање казне. Овај ванредни правни лек је могао бити поднет када се након правноснажности судске одлуке појаве чињенице и околности, које нису биле познате, или за њих суд није знао у време доношења пресуде, а могле би довести до примене блаже санкције (члан 417. ЗКП СЛ). Овај правни лек је укинут приликом новелације процесног закона Словеније из 2011. године. Разлози су били исти као у Хрватској, који се свде на растерећење Врховног суда и на рационализацију броја правних лекова.

У словеначком кривичном поступку је опстала могућност понављања поступка ако је поднет захтев за заштиту законитости. Према одредби из члана 427. ЗКП Словеније, ако се у поступку одлучивања о основаности захтева з заштиту законитости појави знатна сумња у истинитост одлучних чињеница, надлежни суд може укинути пресуду и предмет вратити на поновно суђење суду који је донео побијану одлуку, или другом првостепеном стварно надлежном суду. Поновно суђење се води на основу пређашње оптужнице. Током поновног претреса се могу утврђивати чињенице, а странке могу предлагати и изводити нове доказе. Приликом доношења нове пресуде суд је везан забраном преиначења на штету окривљеног.

32.17. Македонија

Реформа кривичног поступка у Македонији је окончана доношењем Закона о кривичном поступку из 2010. године. У области ванредних правних лекова је дошло до рационализације. Иако је у пракси остваривао најмањи степен успешности, захтев за преиспитивање правноснажне пресуде је опстао, али је ванредно ублажавање казне постало један од неправих видова понављања поступка.¹¹²¹ У важећем процесном закону сада постоје два ванредна правна лека за оспоравање правне основе пресуде, захтев за заштиту законитости и захтев за преиспитивање правноснажне пресуде, и један за побијање чињеничне подлоге, захтев за понављање поступка.

¹¹²⁰ Звонко Фишер, *op. cit.*, стр. 112.

¹¹²¹ Гордана Лажетић Бужаровска, Реформа кривичног процесног законодавства..., *op. cit.*, стр. 101.

Захтев за понављање кривичног поступка, окончаног правноснажном пресудом је ванредни, несуспензивни и неделотворни правни лек. Захтев могу поднети странке и бранилац окривљеног, а након његове смрти јавни тужилац и блиски сродници окривљеног. Понављање у корист окривљеног није везано роком, а захтев за понављање на штету окривљеног се може поднети до наступања застарелости, или до смрти окривљеног.

Понављање поступка може уследити ако је пресуда заснована на лажном исказу сведока, вештака, или тумача, или на лажној исправи (члан 292. став 1. тачка 1. ЗКП МК). Овде долази до изражаја законска оцена доказа, с обзиром да се овај основ може доказати само правноснажном пресудом, осим ако су лица која су дала лажан исказ умрла. Иста врста доказа је могућа ако је пресуда заснована на кривичном делу судије, поротника, или субјекта, који је спроводио истражне радње (члан 292. став 1. тачка 2. ЗКП МК). Захтев за понављање поступка се такође може поднети ако је јавни тужилац одустао од кривичног гоњења извршењем кривичног дела злоупотреба службеног положаја (члан 292. став 1. тачка 3. ЗКП МК). Један од основа за понављање поступка је појављивање *novitur producta* и *novitur reperta*, који су подобни да доведу до ослобађајуће пресуде, или осуде по блажем закону (члан 292. став 1. тачка 4. ЗКП МК). Повреда начела не два пута о истоме и противуречност више пресуда где је више лица осуђено за исто дело, су наредни основ понављања поступка (члан 292. став 1. тачка 5. ЗКП МК). Изношење нових чињеница и предлагање нових доказа, који би знајно утицали на одлуку о казни, могу бити основ за понављање поступка, у случају да је окривљени осуђен за продужено кривично дело, или кривично дело које обухвата више радњи извршења (члан 292. став 1. тачка 6. ЗКП МК). Подношење захтева за понављање поступка, у корист окривљеног, је најзад могуће ако је пресудом ЕСЈП утврђена повреда права у националном кривичном поступку.

Поступак за понављање поступка се спроводи пред већем суда који је донео првостепену пресуду. Најпре се одлучује о допуштености захтева. Ако је захтев допуштен, онда следи осговор супротне странке и извиђајне радње суда. Након достављања списа јавном тужиоца и њиховог враћања, суд ће одлучити да допусти понављање поступка, или одбити захтев, ако чињенице и докази нису адекватни да доведу до понављања (члан 396. став 1. ЗКП МК). Након поновљеног поступка се доноси нова судска одлука, којом се ставља ван снаге побијана пресуда, или се оставља на снази.

Осуђени у одсуству има право да поднесе захтев за понављање поступка. За то је потребно испуњење само једног услова, да је постало могуће да му се суди у присуству. Захтев се може поднети у року од годину дана, од када је окривљени дознао за осуђујућу пресуду. Ако у току поновљеног поступка окривљени постане поново недоступан органима вођења поступка, губи право да захтева понављање поступка. На тај начин се спречава злоупотреба процесних овлашћења окривљеног.¹¹²² Осим понављања поступка осуђеном у одсуству, у кривични поступак Македоније је уведено понављање поступка окривљеном, против кога води екстрадициони поступак. То представља реализацију потребе усклађивања ЗКП-а са Европском конвенцијом о екстрадицији и Допунским протоколом 98. Савета Европе.

Ванредно ублажавање казне је постало један од видова неправог понављања поступка. О њему не одлучује више Врховни суд, већ првостепени суд, који је донео пресуду. Захтев се може поднети ако су се појавиле нове околности, које нису постојале или биле познате суду у време доношења одлуке, а довеле би до блажег кажњавања (члан 399. ЗКП МК).

Утврђивање значајних чињеничних недостатака у поступку по ванредном правном леку, којим се побија правна основа правноснажне пресуде, може довести до укидања пресуде и враћања предмета на поновно суђење, само у случају преиспитивања правноснажне пресуде. Ако надлежни суд утврди да постоји значајна сумња у истинитост одлучних чињеница, може укинути пресуду и предмет вратити на првостепено суђење неком од стварно надлежних судова (члан 409. ЗКП МК). Оваква могућност не постоји у поступку по захтеву за заштиту законитости.

32.18. Тзв. Косово

Закон о кривичном поступку Косова прописује три ванредна правна лека, захтев за понављање поступка (члан 419-428. ЗКП КС), захтев за ванредно ублажавање казне (члан 429-431. ЗКП КС) и захтев за заштиту законитости (члан 432-441. ЗКП КС). Захтев за понављање поступка је ограничен роком. Може се изјавити у року од две године од правноснажне пресуде, или правноснажности решења, којим је обустављен поступак. Осим измене правноснажне пресуде без понављања поступка, наставка поступка у случају одбијања оптужнице, понављања поступка који је обустављен правноснажним решењем, процесни закон предвиђа право понављање поступка,

¹¹²² *Ibidem.*

окончаног правноснажном пресудом. Кривични поступак се може поновити ако је пресуда заснована на лажном исказу, или исправи, кривичном делу органа вођења поступка, појављивања нових чињеница и доказа, који могу довести до ослобађајуће пресуде, одбијања оптужбе или осуде по блажем закону, ако је за исто дело више пута суђено истом лицу, или је више лица осуђено да дело које су могли учинити само неки од њих, као и ако се појаве нове чињенице и докази, које битно утичу на одмеравање казне, а указују да окривљени није учинио неку радњу продуженог, или вишеактног кривичног дела (члан 423. став 1. ЗКП КС). Наведени основи могу довести до понављања поступка у корист окривљеног. Прописана је и једна могућност понављања кривичног поступка на штету окривљеног. То је могуће ако је лажна исправа или исказ последица кривичног дела окривљеног, или лица које делује у његово име (вероватно је реч о подстрекавању, прим. аут.) против сведока, вештака тумача, или органа вођења поступка. Процесну равнотежу нарушава рок за понављање на штету окривљеног, који износи пет година од правноснажности пресуде, наспрам две године, за понављање кривичног поступка у корист окривљеног. За подношење захтева за понављање кривичног поступка су овлашћене странке и бранилац окривљеног. После смрти окривљеног, захтев за понављање у корист окривљеног може поднети државни тужилац и блиски сродници окривљеног. Суд, који је надлежан за одлучивање о захтеву има обавезу да по службеној дужности обавести окривљеног о постојању разлога за понављање поступка (члан 424. став 3. ЗКП КС). Исто као у другим процесним закоима, који се примењују у региону, о захтеву за понављање одлучује трочлано веће суда основног суда, који је донео побијану пресуду. Важи ограничење да у саставу већа не може бити судија, који је био члан већа приликом доношења пресуде. Није, међутим, јасна одредба из члана 418. став 1. УКП КС, у којој стоји да се захтев за понављање поступка подноси основном суду, који је донео судску одлуку, који ће доставити Врховном суду све оправдане захтеве. Из одредби о току поступка, у коме се одлучује о допуштености и основаности захтева за понављање, се не види улога Врховног суда. Разлози за одбацивање захтева за понављање поступка су стандардни. Захтев ће бити одбачен, ако је поднет од неовлашћеног лица, ако нема законских услова за понављање, ако су чињенице и докази навођени у захтеву за понављање поступка, који је одбијен, те ако очигледно не пружају основу за понављање, као и ако подносилац није допунио захтев (члан 426. став 1. ЗКП КС). Допуштени захтев може бити усвојен, или одбијен. Поступак се може вратити у фазу истраге, или главног

претреса. Исход поновљеног поступка може бити обустава, када се ранија пресуда ставља ван правне снаге. Након одржаног поновног главног претреса се доноси нова пресуда, а побијана делимично, или у целости укида, или се оставља на снази.

Ванредно ублажавање казне егзистира као самостални ванредни правни лек, о коме одлучује Врховни суд Косова. Захтев може поднети државни тужилац, ако је у правноиснажно окончаном поступку био овлашћени тужилац, окривљени и бранилац. Основ овог правног лека је уобичајен. Потребно је да се појаве нове, или суду непознате чињенице, или докази, који би очигледно доврли до ирицања блаже кривичне санкције. Захтев се подноси основном суду, који је донео првостепену пресуду. Овај суд одлучује о допуштености. Ако је захтев допуштен, списи предмета се након подношења одговора тужиоца, достављају Врховном суду, који мериторно одлучује о ванредном ублажавању казне.

Према одредби из члана 439. ЗКП КС, знатна сумња у тачност утврђених чињеница, која се појавила у поступку по захтеву за заштиту законитости, доводи до укидања пресуде и враћања предмета на поновно суђење. Одржавање главног претреса се може поверити истом, или другом стварно надлежном суду. Суд је обавезан да расправи сва питања и изведе све процесне радње, на које му је указао Врховни суд. Странке имају право истицања нових чињеница и предлагања нових доказа у поступку пред Основним или Апелационим судом.

Закон о кривичном поступку Косова допушта изјављивање свих ванредних правних лекова на основу одлуке ЕСЈП. Поприлично нејасна формулација из члана 441. ЗКП КС, прописује могућност подношења ванредних правних лекова на основу зајемчених права из Устава, Европске конвенције и њених допунских протокола, као и одлуке ЕСЈП. Претпостављамо да је реч о утврђеним повредама права, зајемчених уставом и Конвенцијом, утврђених одлукама Уставног суда, или ЕСЈП. У том смислу је предвиђање права из Конвенције и одлука ЕСЈП као основа за изјављивање правних лекова таутологија, с обзиром да ЕСЈП утврђује повреде права из Конвенције и Протокола.

32.19. Статути међународних судова

Правноснажне пресуде Међународног кривичног суда могу бити преиспитиване у поступку по ванредном правном леку. Ревизија представља ванредни правни лек, који може бити поднет само у корист окривљеног. Према члану 84. став 1. Статута,

допуштена је ревизија осуђујуће пресуде или одлуке о казни. Овај правни лек омогућава преиспитивање чињеничне основе правноснажне пресуде. Ревизија се може захтевати због појаве нових доказа, који нису били доступни у време вођења поступка. Недоступност доказа треба да буде назависна од подносиоца захтева. Осим тога, докази треба да буду довољно важни, да би довели до другачије одлуке о кривици. То значи да је реч о доказима из којих се утвршују одлучне чињенице. Други основ ревизије је накнадно откриће да се докази, који су представљали основ кривице били лажни или кривотворени. Ревизија се, такође, може захтевати ако је неко од судија, који су учествовали у доношењу одлуке, учинио тепку повреду судијске дужности. Епилог усвајања захтева за ревизију је, након саслушања странака, упућивање предмета претресном већу, на поновно суђење. Жалбено веће након укидања пресуде предмет може упутити претресном већу, које је донело побијану одлуку, или другом претресном већу. Жалбено веће, након саслушања странака може и преиначини пресуду.

Чињенична база правноснажне пресуде МКСЈ може бити предмет преиспитивања у поступку по ванредном правном леку. У члану 26 Статута је прописан поступак преиспитивања пресуде. Таква могућност постоји ако се појави нова чињеница, која није била позната у поступку пред претресним или жалбеним већем. Потребно је да нова чињеница буде од одлучујућег утицаја на доношење пресуде. Право изјављивања овог правног лека припада странкама. Понављање поступка пред МКСЈ ближе регулише Правилник. У правилу 119 став а је прецизирано да чињеница, није у време поступка била позната странкама као и да није могла бити откривена ни уз дужну пажњу. На тај начин су као основ овог правног лека обухваћене и нове и новоткривене чињенице. За разлику од жалбе, нови докази о чињеници, која је била позната у време суђења, нису основ за преиспитивање пресуде.¹¹²³ Додатни докази о већ утврђиваној чињеници нису основ за преиспитивање пресуде, већ за жалбу.¹¹²⁴ За окривљеног не постоји рок за изјавање захтева за преиспитивање, док за тужиоца рок износи годину дана од правноснажности пресуде. На захтев за преиспитивање се може поднети одговор супротне странке, као и реплика подносиоца захтева. Одлука о прихватљивости чињенице се доноси већином гласова чланова већа. У случају доношења одлуке о прихватању чињенице, веће (првостепено или жалбено,

¹¹²³ Богдан Иванишевић, Горан Илић, Томислав Вишњић, Весна Јањић, оп. цит, стр. 225.

¹¹²⁴ *Tužilac protiv Tadića*, IT-94-1-A, §32

које је донело побијану пресуду) доноси пресуду након саслушања странака (правило 120 Правилника). У поступку по овом правном леку се заправо врши право преиспитивање побијане пресуде. То се чини на основу списка предмета, као и утврђивањем нове чињенице, која је претходно прихваћена, услед могућег одлучујућег утицаја на доношење пресуде. Веће доноси пресуду поновном оценом доказа, на основу раније утврђеног чињеничног стања и нове одлучујуће чињенице, која је истакнута у поступку преиспитивања пресуде.

V РЕЗУЛТАТИ ЕМПИРИЈСКОГ ИСТРАЖИВАЊА

33. Жалба на пресуду првостепеног суда

Предмет истраживања су жалбе на пресуду првостепеног суда, изјављене на пресуде Основног суда у Нишу и Вишег суда у Нишу, у периоду, 1.1.2014-31.12.2016. године. С обзиром да је за одлучивање по жалби на пресуду првостепеног суда за прописану новчану казну или казну затвора до пет година стварно надлежан Виши суд, истраживање за ова кривична дела је обављено у Вишем суду у Нишу. За кривична дела за запређеном казном затвора преко пет година, о изјављеним жалбама одлучује Апелациони суд. Стога је истраживање о изјављеним жалбама на пресуде Основног суда у Нишу и Вишег суда у Нишу, за та кривична дела, обављено у Апелационом суду у Нишу. При томе су у обзир узете само жалбе на пресуде ова два суда, с обзиром да је подручје нишке апелације значајно шире.

33.1. Жалбе на пресуду Основног суда у Нишу за које је надлежан Виши суд у Нишу

Увидом у Интегративни информациони систем „Либра“, утврђено је да је на пресуде Основног суда у Нишу изјављено укупно 884 жалби, у 2014. години, 633, у 2015. години, и 670, у 2016. години. Реч је о жалбама на пресуде Основног суда у Нишу, за које је надлежан Виши суд у Нишу (табела 1).

табела 1.

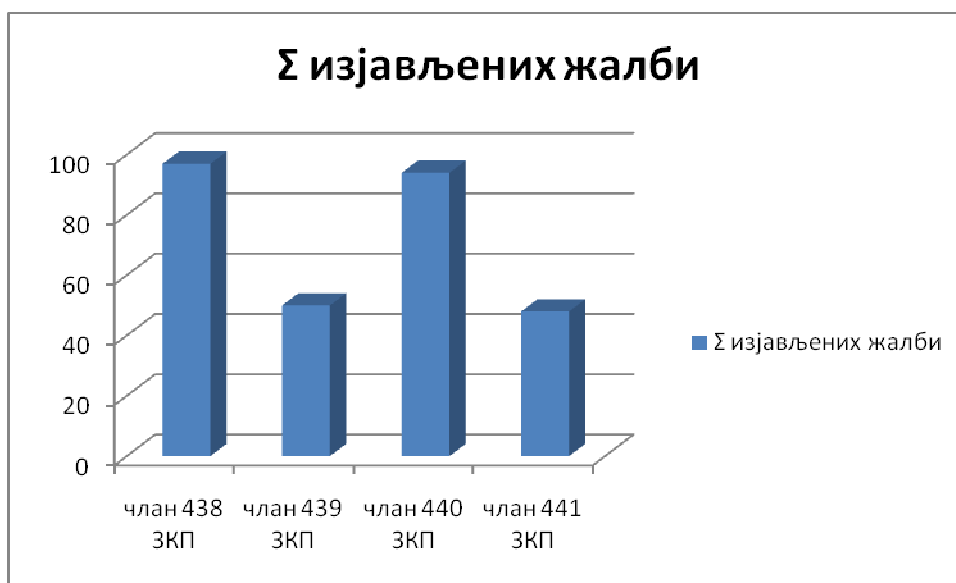
ОС/ВС у Нишу	2014	2015	2016
укупно изјављених жалби	884	633	670



На основу одабраног узорка од 102 предмета, у посматраном периоду, утврђена је учесталост изјављивања жалбе, по свим законским основима. Најчешће су побијане првостепене пресуде услед битних повреда одредаба кривичног поступка, у 97 случајева, затим погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање, у 94 случаја. Повреда кривичног закона је наведена као основ жалбе у 50 случајева, а најређе је навођена погрешна одлука о кривичним санкцијама и другим одлукама, у 48 случајева (табела 2).

табела 2.

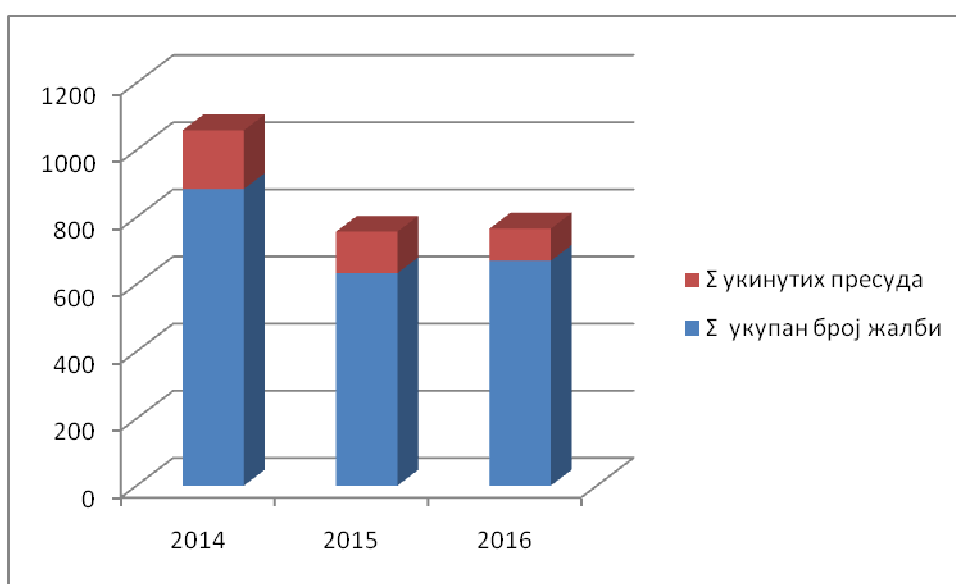
основ	члан 438 ЗКП	члан 439 ЗКП	члан 440 ЗКП	члан 441 ЗКП
Σ изјављених жалби	97	50	94	48
Σ 102 узорак	95.1 %	49.0 %	92.2 %	47.1 %



Од укупног броја изјављених жалби је укинута 175 пресуда , у 2014. години, 124 пресуде, у 2015. години и 96 пресуда у 2016. години (табела 3).

тебела 3.

година	2014	2015	2016
Σ укупан број жалби	884	633	670
Σ укинутих пресуда	175	124	96
%	19.8 %	19.6 %	14.3 %

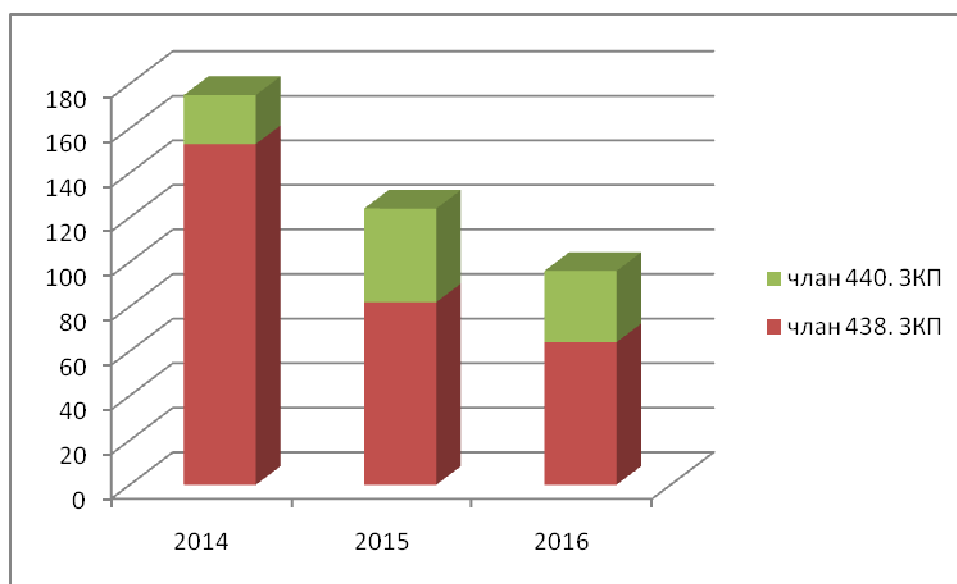


Од укупног броја укинутих пресуда, у 2014. години, у 153 случајева је одлука о укидању донета због битних повреда одредаба кривичног поступка, а у 22 случаја због

погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања. У 2015. години, услед битних повреда одредаба кривичног поступка су укинуте 82 пресуде, а услед чињеничних недостатака 42 пресуде. У 2016. години су укинуте 64 пресуде због битних повреда одредаба кривичног поступка, као и 32 пресуде услед погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања (табела 4).

табела 4.

година	2014	2015	2016
Σ укупан број укинутих пресуда	175	124	96
члан 438. ЗКП	153	82	64
%	87.4 %	66.1 %	66.7 %
члан 440. ЗКП	22	42	32
%	12.6 %	33.4 %	33.3 %



У наведеном периоду није коришћена могућност одржавања претреса пред другостепеним судом, из члана 449. став 1. ЗКП, уместо укидања пресуде и враћања предмета на поновно суђење.

Анализом прегледаних предмета је утврђено да је до укидања пресуда најчешће долазило услед формалних недостатака пресуде, из тачке 2. става 2. члана 438. ЗКП. С обзиром да је у бити ове процесне повреде реч о грешкама у саставу пресуде, услед којих није могуће испитати правилност, другостепени суд не би смео да се упушта у испитивање утврђеног чињеничног стања. Ако нађе противуречност изреке и

образложења пресуде, или да пресуда не садржи разлоге, или да су разлози нејасни или у знатној мери противуречни, треба да укине пресуду, са констатацијом да није могуће испитати законитост и правилност пресуде. Овако треба поступити и ако је жалилац побијао чињеничну основу пресуде, заједно са навођењем ове битне повреде одредаба кривичног поступка. Према томе, ова релативно битна повреда одредаба кривичног поступка има приоритет над погрешним или непотпуно утврђеним чињеничним стањем. У анализираним предметима се, међутим, често наводи да је дошло до повреде члана 438. став 2. тачка 2. ЗКП, али и да је чињенично стање погрешно и/или непотпуно утврђено. Ово се најчешће среће у случајевима када се у жалби наводе оба основа. У једном решењу о укидању пресуде је наведено да суд прихвата наводе жалбе да чињенично стање није потпуно утврђено и да су разлози о чињеницама нејасни, чиме је првостепени суд учинио битну повреду одредаба кривичног поступка. Ако су разлози о чињеницама, које су предмет доказивања нејасни, то још увек не значи да је чињенично стање непотпуно утврђено. То само значи да је образложење пресуде манљиво. Такво поступање је погрешно, с обзиром да је услед формалних недостатака у изреци и образложењу, као и услед противуречности и нејасноћа, немогуће испитати правилност судске одлуке. Стога је исправна формулација, која се такође среће у пракси другостепеног суда, да се због ове битне повреде одредаба кривичног поступка за сада не могу испитати чињенични недостаци побијане пресуде.

Укидање пресуде услед чињеничних недостатака такође у судској пракси носи са собом опасност да се уђе у испитивање утврђених чињеница. Граница до које треба да иде жалбени суд је навођење у чему се састоји погрешан закључак о утврђеним чињеницама, односно из којих разлога сматра да нека чињеница није утврђена. Међутим, у неким одлукама о укидању пресуде виши суд иде корак даље, те сам оцењује доказе. У једној од одлука је наведено да слободна оцена доказа не подразумева произвољност и арбитрерност. Такође се првостепени суд поучава како треба закључивати на основу индиција. Такви наводи су непотребни и излазе изван овлашћења суда правног лека. Довољно је указати која чињеница није утврђена, односно која је погрешно утврђена и због чега.

Анализа судске праксе је, такође, показала да се некада не прави разлика између погрешног и непотпуно утврђеног чињеничног стања. У једној од одлука о укидању првостепене пресуде се наводи да се основано побија пресуда због погрешно утврђеног чињеничног стања јер првостепени суд одлучну чињеницу, која је предмет доказивања,

није утврдио. У истом предмету суд образлаже да се погрешно утврђено чињенично стање састоји у томе што је првостепени недовољно критички ценио изведене доказе. Жалбени суд даље наводи да чињеница да чињеница да је окривљени незапослен, да је у тешком материјалном положају, да не поседује имовину и не остварује приходе не може бити основ за искључење одговорности за кривично дело недавање издржавања. У конкретном случају, према наводу вишег суда, није дошло до погрешног утврђивања чињеница, већ до погрешне примене права. У наведеном случају је жалбени суд такође ушао у оцену доказа, наводећи да се из вештачења не може утврдити из ког разлога је окривљени неспособан за привређивање, односно шта је узрок те неспособности.

Један од предмета је посебно занимљив, у погледу односа између битних повреда одредаба кривичног поступка и чињеничних недостатака. Суд је, у недостатку наведених жалбених основа, закључио да се пресуда побија услед погрешно утврђеног чињеничног стања. Виши суд налази да је жалба основана, стога што је погрешно утврђена чињеница да је кривично дело давање лажног исказа извршено даном подношења приватне тужбе. У образложењу решења којим се укида првостепена пресуда суд наводи да је, на тај начин, првостепени суд погрешно применио одредбе о наступању апсолутне застарелости кривичног гоњења. На основу тога би се могло закључити да, заправо, битна повреда одредаба кривичног поступка представља разлог укидања првостепене пресуде. То, међутим, не може бити разлог укидања, с обзиром да се подносилац жалбе није позвао на битне повреде одредаба кривичног поступка. Ако би разлог укидања био погрешно утврђено чињенично стање, онда је овде реч о процесној правно релеватној чињеници, с обзиром да доводи до последице погрешне примене процесног закона. То би, у конкретном случају једино могао бити разлог укидања првостепене пресуде.

33.2. Жалбе на пресуду Основног суда у Нишу за које је надлежан

Апелациони суд у Нишу

За исти временски период (2014-2016) је извршена анализа укупног броја жалби на пресуде Основног суда, о којима решава Апелациони суд. У 2014. години је укупно изјављено 333 жалби, у 2015. години, 227, а у 2016. години 277 жалби (табела 5)

табела 5.

ОС/АС у Нишу	2014	2015	2016
укупно изјављених	333	227	277

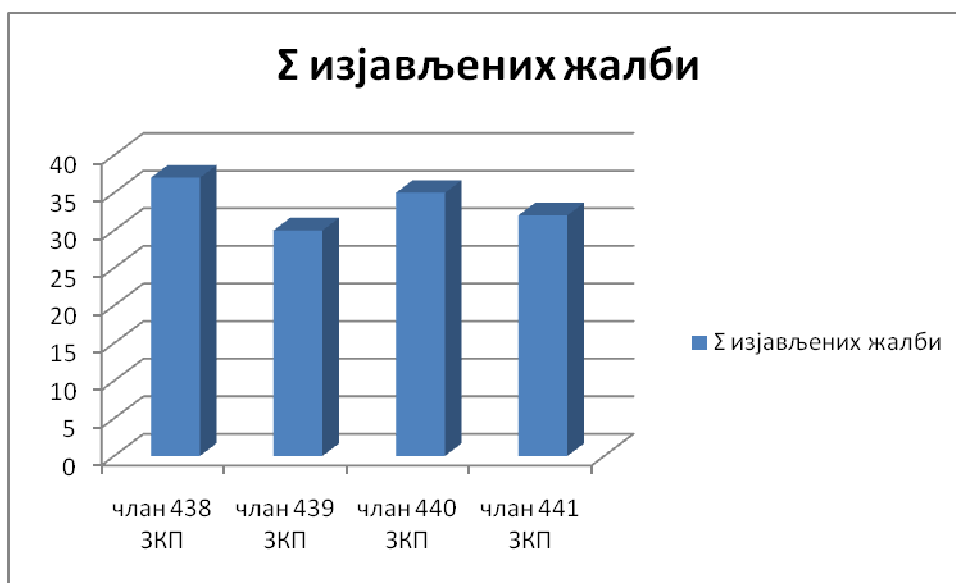
жалби			
-------	--	--	--



На основу формираног узорка од 42 предмета је утврђена учесталост изјављивања жалбе, по различитим основима. Најчешћи основ изјављивања жалбе су битне повреде одредаба кривичног поступка, које су наведене у 37 случајева. Следе погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање, које је наведено у 35 случајева. Одлука о кривичној санкцији је побијана у 32 случаја. Најређе су навођене повреде кривичног закона, у 30 случајева (табела 6).

табела 6

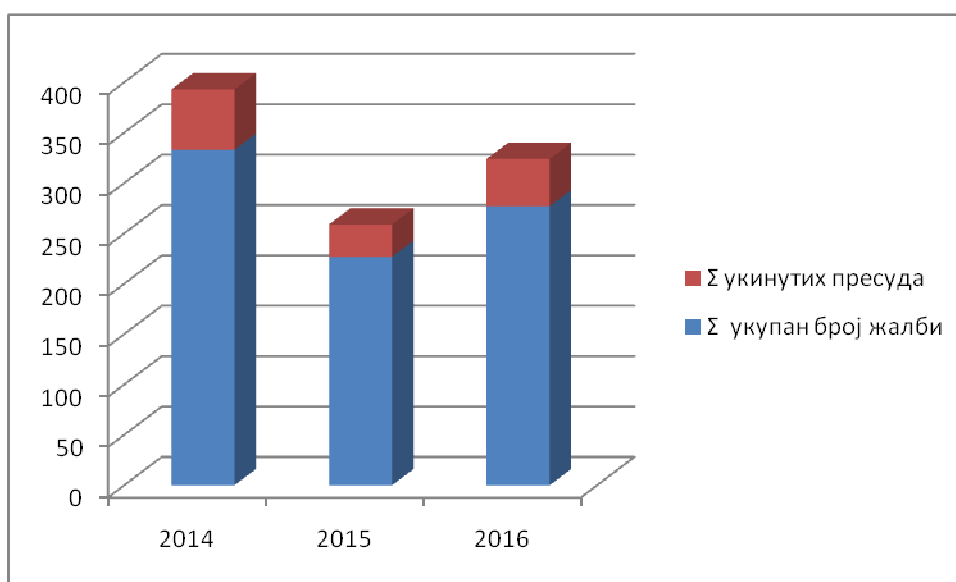
основ	члан 438 ЗКП	члан 439 ЗКП	члан 440 ЗКП	члан 441 ЗКП
Σ изјављених жалби	37	30	35	32
Σ узорак 42	88.1 %	71.4 %	83.3 %	76.2 %



Од укупног броја жалби, до укидања је дошло у 60 случајева, у 2014. години, У 2015. години су укинуте 32 пресуда, а у 2016. години 47 пресуда (табела 7).

табела 7

година	2014	2015	2016
Σ укупан број жалби	333	227	277
Σ укинутих пресуда	60	32	47
%	18.0 %	14.1 %	17.0 %

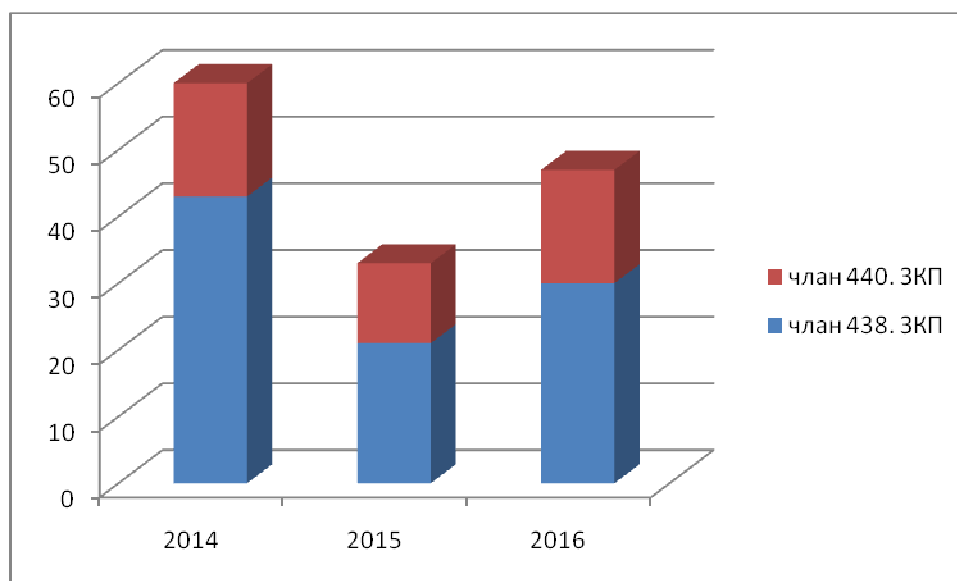


До укидања пресуде је у 2014. години долазило услед битних повреда одредаба кривичног поступка, у 43 случајева, а у 17 случајева услед погрешног или непотпуно

утврђеног чињеничног стања. У 2015. години 21 пресуда је укинута услед битних повреда одредаба кривичног поступка. Услед чињеничних недостатака је укинута 12 пресуда. У 2016. години је 30 пресуда укинута услед битних повреда одредаба кривичног поступка. Због погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања је укинута 17 пресуда (табела 8).

табела 8

година	2014	2015	2016
Σ укупан број укинутих пресуда	60	32	47
члан 438. ЗКП	43	21	30
%	71.67 %	65.5 %	63.8 %
члан 440. ЗКП	17	12	17
%	28.33 %	37.5 %	36.2 %



Као ни у Вишем суду у Нишу, у Апелационом суду у Нишу није коришћена могућност из члана 449. став 1. ЗКП, те није одржан ниједан главни претрес пред другостепеним судом, по првој жалби.

Иста пракса, навођења формалних недостатака пресуде из члана 438. став 2. тачка 2, заједно са погрешно или непотпуно утврђеним чињеничним стањем, је уочена и у Апелационом суду у Нишу. Тако се у једној од одлука наводи да је изрека пресуде неразумљива, а чињенично стање је погрешно и непотпуно утврђено. У једној од одлука су утврђени нејасни разлози о чињеницама, а да закључци суда основано

доводе у питање правилност чињеничног стања. У једној од одлука се пак наводи да изрека не садржи све битне елементе кривичног дела, па је неразумљива и нејасна. Ако изрека пресуде не садржи све битне елементе кривичног дела, не може бити ни нејасна, ни неразумљива. Недостатак неког од елемената кривичног дела може да имплицира на повреду кривичног закона, или на непотпуно утврђено чињенично стање. Апелациони суд, у једној одлуци о укидању првостепене пресуде налази битну повреду одредаба кривичног поступка, али при томе додаје да се основано доводи у питање правилност утврђених чињеница. У једној од одлука је чак констатовано да је утврђено чињенично стање погрешно, што је суд закључио из образложења побијане пресуде, а онда у закључку наводи да је чињенично стање и погрешно и непотпуно утврђено. Супротно томе, у многим одлукама, у којима је утврђена битна повреда одредаба кривичног поступка, која се састоји у формалним недостацима пресуде, наводи се да се због тога не може испитати законитост и правилност пресуде.

33.3. Жалбе на пресуде Вишег суда у Нишу

Увидом у судске списе предмета Апелационог суда у Нишу је извршена анализа жалби, изјављених на пресуде Вишег суда у Нишу, у посматраном периоду, од 1.1.2014. године, до 31.12.2016. године. У 2014. години је изјављено укупно 137 жалби на пресуде Вишег суда у Нишу. У 2015. години је било укупно 126 жалби, а у 2016. години 139 жалби на пресуде Вишег суда (табела 9).

табела 9

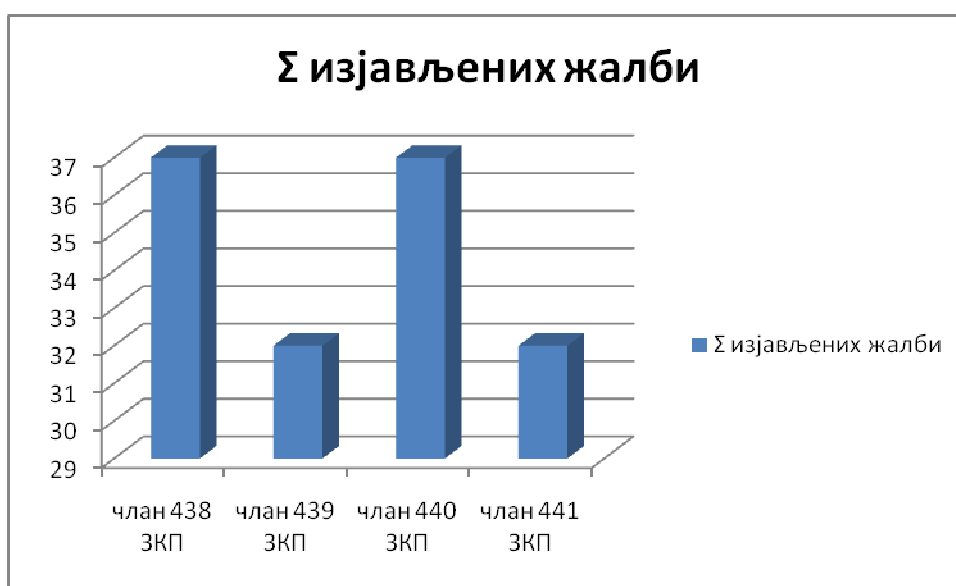
ВС/АС у Нишу	2014	2015	2016
укупно изјављених жалби	137	126	139



На основу одабраног случајног узорка од 40 предмета, у посматраном периоду, утврђена је учесталост основа жалбе. Битне повреде одредаба кривичног поступка и погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање су навођени у по 37 жалби. Повреде кривичног закона и одлука о кривичној санкцији и другим одлукама су наведени у по 32 жалбе (табела 10).

табела 10

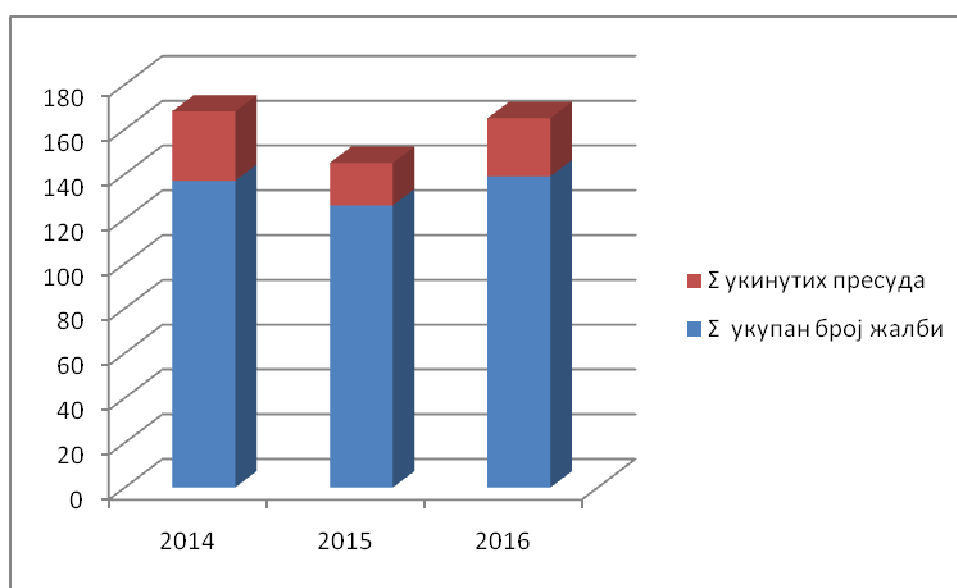
основ	члан 438 ЗКП	члан 439 ЗКП	члан 440 ЗКП	члан 441 ЗКП
Σ изјављених жалби	37	32	37	32
Σ узорак 40	92.5 %	80 %	92.5 %	80 %



У 2014. години је укинута 31 пресуда Вишег суда у Нишу. У 2015. години је било 19 укинутих пресуда, а у 2016. години је одлука о укидању пресуде донета у 26 случајева (табела 11).

табела 11

година	2014	2015	2016
Σ укупан број жалби	137	126	139
Σ укинутих пресуда	31	19	26
%	22.6 %	15.1 %	18.7 %

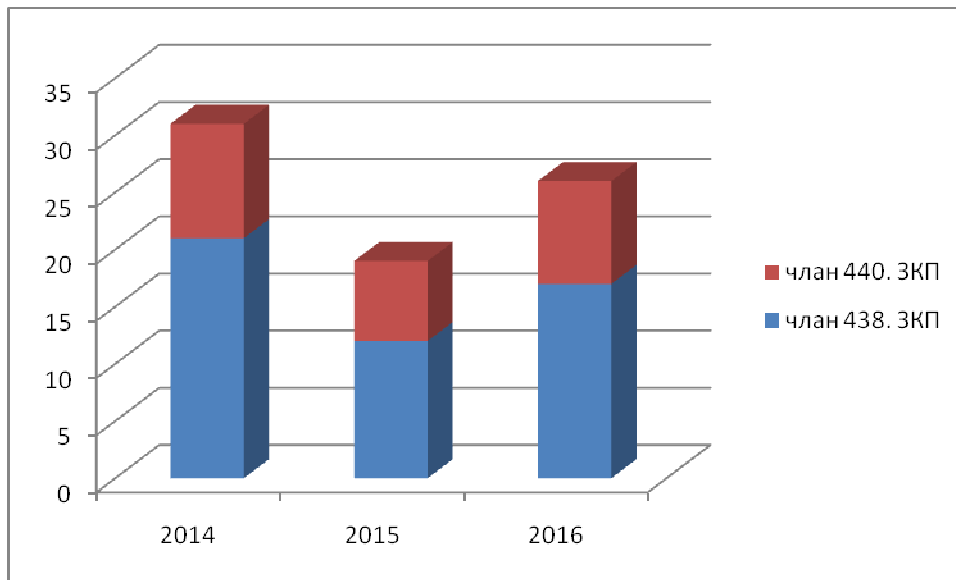


Као разлог укидања је у 21 случају Апелациони суд навео битне повреде одредаба кривичног поступка, док је погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање било разлог укидања у 10 случајева, у 2014. години. У 2015. години је 12 пресуда укинута услед битних повреда одредаба кривичног поступка, а 7 због чињеничних недостатака. Битне повреде одредаба кривичног поступка су довеле до укидања 17 пресуда, а погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање 9 пресуда, у 2016. години (табела 12).

табела 12

година	2014	2015	2016
Σ укупан број укинутих пресуда	31	19	26

члан 438. ЗКП	21	12	17
%	67.7 %	63.2 %	65.4 %
члан 440. ЗКП	10	7	9
%	32.3 %	36.8 %	34.6 %



Нејасноће, противуречности, неразумљивост изреке и недостатак разлога о утврђеним чињеницама, из члана 438. став 2. тачка 2. ЗКП, су и у корпусу укинутих пресуда Вишег суда у Нишу доминантан разлог. Међутим, погрешна пракса навођења и чињеничних недостатака, уз овај основ, није заобишла ни укинуте пресуде Вишег суда у Нишу. У више одлука се наводи да пресуда не садржи јасне разлоге о чињеницама, те је чињенично стање непотпуно утврђено. У једној одлуци се наводи да се основано у жалби наводи да је чињенично стање погрешно утврђено, па су разлози о одлучним чињеницама противуречни, а то је повреда поступка. Такође, у више одлука се пресуда укида услед битне повреде одредаба кривичног поступка, из члана 438. став 2. тачка 2., али се осим тога наводи да је чињенично стање непотпуно утврђено.

33.4. Жалба на пресуду другостепеног суда

Увидом у Интегративни информациони систем „Либра“ и у судске списе предмета, утврђен је укупан број изјављених жалби на пресуду другостепеног суда, у периоду 2014-2016. године. У 2014. години је изјављено 40 жалби, у 2015. години, 31 жалба, а у 2016. години укупно 44 жалби (табела 13).

табела 13

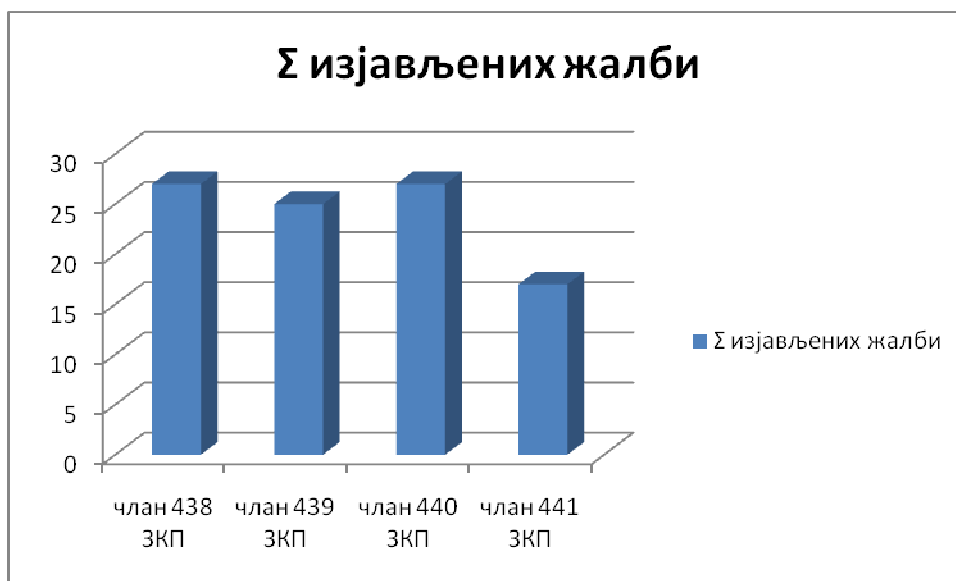
АС у Нишу	2014	2015	2016
укупно изјављених жалби	40	31	44



На случајном узорку од 27 предмета је утврђена дисперзија основа жалбе. У по 27 случајева је наведена битна повреда одредаба кривичног поступка и погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање. Повреде кривичног закона су наведене у 25 жалби, а одлука о кривичној санкцији и другим одлукама је побијана у 17 случајева (табела 14).

табела 14

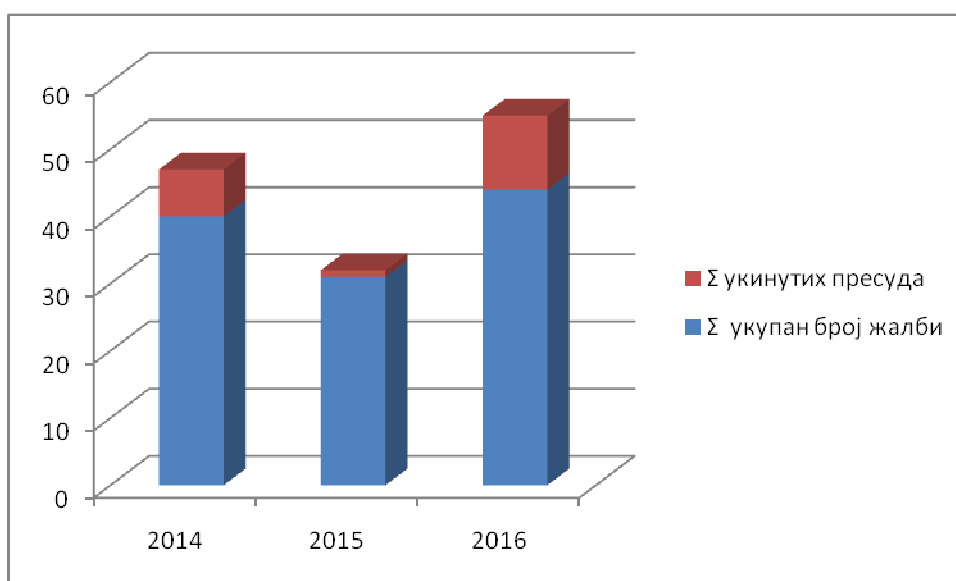
основ	члан 438 ЗКП	члан 439 ЗКП	члан 440 ЗКП	члан 441 ЗКП
Σ изјављених жалби	27	25	27	17
Σ узорак 27	100 %	92.6 %	100 %	63.0 %



Од укупног броја изјављених жалби на другостепену пресуду је у 2014. години укинута 7 пресуда, само једна у 2015. години, док је у 2016. години укинута 11 пресуда (табела 15).

табела 15

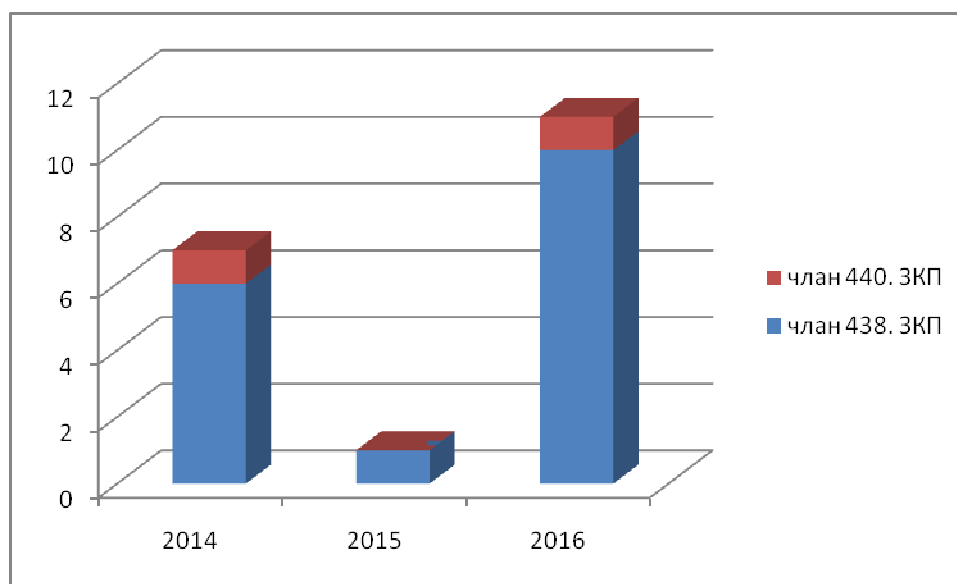
година	2014	2015	2016
Σ укупан број жалби	40	31	44
Σ укинутих пресуда	7	1	11
%	17.5 %	3.2 %	25.0 %



Битне повреде одредаба кривичног поступка су, у 2014. години, биле разлог укидања пресуда у 6 случајева, а једна је укинута услед погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања. У 2015. години је једна одлука укинута услед битне повреде одредаба кривичног поступка. У 2016. години је у 10 случајева до укидања дошло због процесних повреда, а у једном случају услед чињеничних недостатака (табела 16).

табела 16

година	2014	2015	2016
Σ укупан број укинутих пресуда	7	1	11
члан 438. ЗКП	6	1	10
%	85.7 %	100 %	90.9 %
члан 440. ЗКП	1	0	1
%	14.3 %	0 %	9.1 %



У једној од одлука Апелационог суда у Нишу, пресуда другостепеног суда је укинута услед битне повреде одредаба кривичног поступка из члана 438. став 1. тачка 11. ЗКП. Међутим, приликом навођења радњи које треба да предузме суд, да би отклонио уочене недостатке, се наводи да ће другостепени суд отклонити (процесну, прим. аут.) повреду, тако што ће утврдити све правно релевантне чињенице. Једна од одлука Апелационог суда је значајна по томе што се у њој наводи тумачење према коме је жалба на пресуду другостепеног суда допуштена и ако је одбијајућа пресуда

преиначена у осуђујућу. У одлуци је наведено да би супротно тумачење кршило члан 36. став 2. Устава Србије и члан 13. као и члан 2. Протокола 7 уз Европску конвенцију. Подржавамо наведено тумачење, будући да се преиначењем одбијајуће у осуђујућу пресуду битно погоршава одлука по окривљеног, која је по процесним последицама идентична преиначењу ослобађајуће пресуде у осуђујућу.

34. Захтев за понављање кривичног поступка

Истраживање судске праксе ванредног правног лека понављање кривичног поступка је обављено у Основном и Вишем суду у Нишу. Извршен је увид у судске предмете, у којима је изјављен овај правни лек, у периоду од 1.1.2014-31.12.2016. године.

34.1. Основни суд у Нишу

У Основном суду у Нишу, у 2014. години је изјављено 53 захтева за понављање кривичног поступка. У 2015. години је изјављено 43 захтева за понављање кривичног поступка, а у 2016. години укупно 51 захтев (табела 17).

табела 17

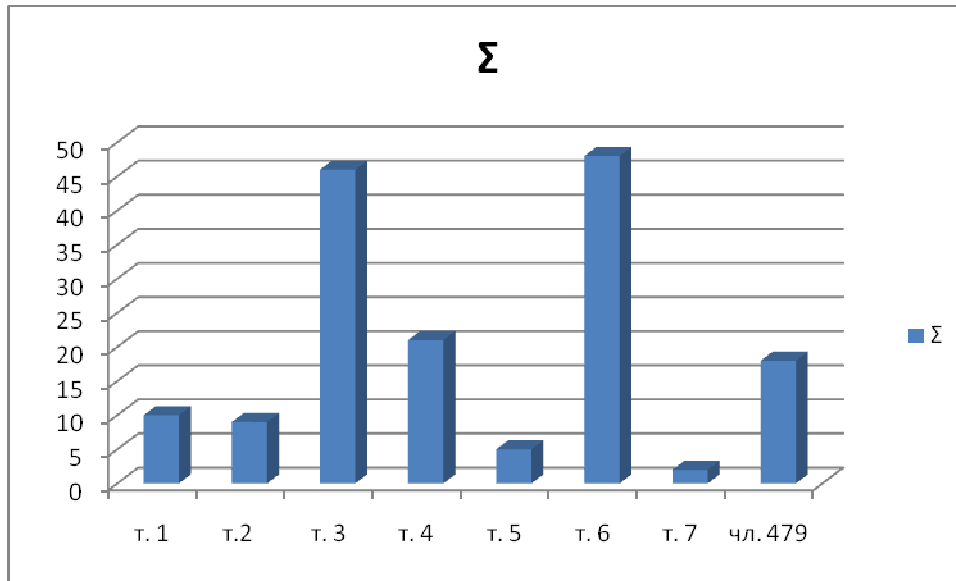
ОС у Нишу	2014	2015	2016
укупно захтева	53	43	51



На узорку од укупно од 100 предмета, утврђена је учесталост основа за изјављивање захтева за понављање поступка. Најчешће навођени основ за понављање кривичног поступка је из тачке 6 става 1 члана 473. ЗКП, који се састоји у навођењу нових чињеница и нових доказа, који би довели до блаже кривичне санкције (у 48 случајева). Незнатно ређе је навођен основ из тачке 3, а то је изношење нових чињеница или навођење нових доказа, који могу довести до одбијајуће или ослобађајуће пресуде, или осуде по блажем закону (у 46 случајева). Трећи по учесталости основ за понављање кривичног поступка је повреда принципа *ne bis in idem*, или доношење контадикторних пресуда (члан 473. став 1. тачка 4. ЗКП), који је наведен у 21 случају. Следи заснованост пресуде на лажној исправи, или лажном исказу, из тачке 1, који је наведен у 10 случајева. Заснованост пресуде на кривичном делу (члан 473. став 1. тачка 2. ЗКП) је била основ за понављање кривичног поступка у 9 случајева. Навођење нових чињеница или доказа, који указују да неко од кривичних дела обухваћено осудом, није извршено (члан 473. став 1. тачка 5. ЗКП), је било основ за изјављивање захтева за понављање кривичног поступка у 5 случајева. Најређе навођени основ за понављање поступка је изношење нових чињеница, или навођење нових доказа, да окривљеном није уредно достављен позив за претрес пред другостепеним судом (члан 473. став 1. тачка 7. ЗКП), који је истакнут у само 2 захтева. На могућност понављања кривичног поступка осуђеном у одсуству су се овлашћена лица за изјављивање захтева позвала у 18 случајева, у посматраном периоду (табела 18).

табела 18

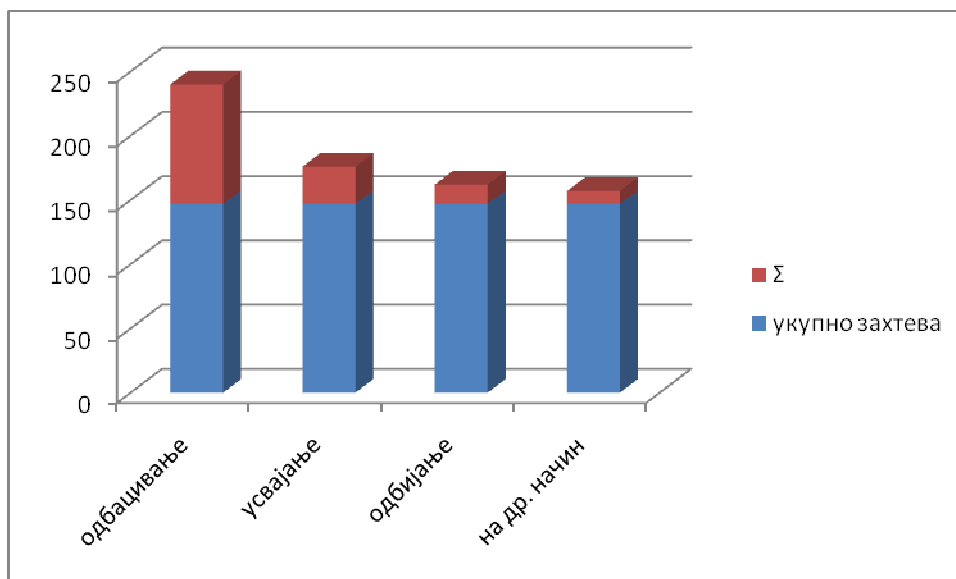
чл. 473.ст. 1	т. 1	т.2	т. 3	т. 4	т. 5	т. 6	т. 7	чл. 479
Σ	10	9	46	21	5	48	2	18
% од 100	10 %	9 %	46 %	21 %	5 %	48 %	2 %	18 %



Од укупног броја захтева за понављање кривичног поступка, у посматраном периоду, у 93 случаја је донета формална одлука о одбацивању. Осталих 53 случаја је решено мериторно. У 29 случајева је донета одлука о усвајању захтева, у 15 о одбијању, а 10 је решено на други начин. (табела 19).

табела 19

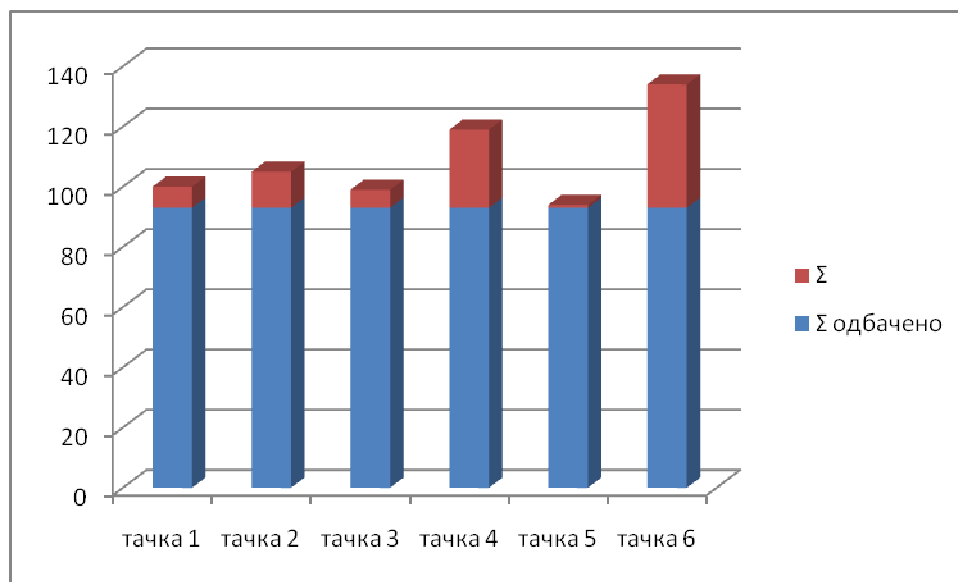
врста одлуке	одбацивање	усвајање	одбијање	на др. начин
укупно захтева	147	147	147	147
Σ	93	29	15	10
%	63.3 %	19.7 %	10.2 %	6.8 %



Најчешћи разлог за одбацивање захтева за понављање кривичног поступка је из члана 475. став 1. тачка 6. ЗКП, у 36 случајева. То значи да је захтев за понављање поступка најчешће одбачиван ако чињенице и докази очигледно нису подобни да се на основу њих дозволи понављање поступка. У 21 случају је захтев одбачен због недостатка законских услова за понављање поступка (члан 475. став 1. тачка 4. ЗКП). У 9 случајева је захтев одбачен, стога што подносилац захтева није уредио захтев (члан 475. став 1. тачка 2. ЗКП). Одлука о одбацивању захтева је у 5 случајева донета због подношења од неовлашћеног лица (члан 475. став 1. тачка 1. ЗКП). У 4 случаја је дошло до одбацивања захтева услед одустанка подносиоца (члан 475. став 1. тачка 3. ЗКП), а само у једном случају због тога што су чињенице и докази већ били навођени у захтеву, који је правноснажно одбијен (члан 475. став 1. тачка 5. ЗКП).

табела 20

члан 475	тачка 1	тачка 2	тачка 3	тачка 4	тачка 5	тачка 6
Σ одбачено	93	93	93	93	93	93
Σ	7	12	6	26	1	41
%	7.5 %	12.9 %	6.5 %	27.9 %	1.1 %	44.1 %



Анализом списка предмета је примећено више случајева да је суд, приликом доношења одлуке о одбацивању захтева за понављање поступка, улазио у оцену утврђеног чињеничног стања. То се нарочито уочава кад суд образлаже одлуку о одбацивању захтева за понављање поступка, позивајући се на тачку 4. и 6. става 1. члана 475. ЗКП. Тако се у једном решењу о одбацивању захтева наводи да наведени

доказ није подобан да доведе до одбијања оптужбе, ослобођења од оптужбе, или осуде по блажем закону, стога што се из списка предмета утврђује да је чињенично стање у предметној кривичној ствари правилно и потпуно утврђено. У истој одлуци је наведено да се правилност утврђеног чињеничног стања не може довести у сумњу и да чињенице и докази, који су наведени у захтеву за понављање поступка, не могу довести до блаже кривичне санкције. У једној од одлука се наводи да се из списка предмета утврђује да је чињенично стање правилно и потпуно утврђено. На овај начин се улази у разматрање веродостојности доказа и утврђених чињеница, уместо да се донесе формална одлука, којом се само оцењује да ли су предложени докази или чињенице очигледно подобне да доведу до блажег кажњавања. На том курсу је и ранија судска пракса и ставови највиших судова у Србији.¹¹²⁵ Анализом судске праксе је такође утврђено да се приликом позивања на заснованост пресуде на кривичном делу органа вођења поступка захтева да се правноснажна пресуда приложи уз захтев. У члану 472. став 2. ЗКП је предвиђено да се заснованост пресуде на кривичном делу доказује правноснажном осуђујућом пресудом. Није, међутим, наведено да се правноснажна пресуда мора приложити уз захтев. Довољно је означавање правноснажне пресуде. Стога је погрешна пракса одбацивања захтева за понављање кривичног поступка, ако пресуда није приложена уз захтев за понављање кривичног поступка. Један од захтева за понављање поступка је одбачен зато што бранилац окривљеног, а затим и сам окривљени, није допунио захтев подношењем оригиналне медицинске документације, већ само фотокопија, иако суд констатује да би био уважен, с обзиром на наведене нове чињенице.

Истраживањем је утврђена поприлична шароликост образложења одлуке о одбацивању захтева за понављање кривичног поступка. У неким одлукама стоји да нове чињенице и докази нису подобни да доведу до другачијег утврђивања чињеничног стања или до ослобођења од оптужбе, а негде да нису нове. У једној од одлука о одбијању захтева се наводи да чињенице и докази нису таквог значаја, да би довели до понављања кривичног поступка.

Суд правилно поступа кад одбацује захтев за понављање кривичног поступка, који је поднет од супруге осуђеног, за његовог живота. Такође је правилна пракса суда, да одбаци захтев за понављање поступка, с обзиром да је осуђени већ издржао изречену казну. Са друге стране, поставља се питање оправданости оваквог законског

¹¹²⁵ Одлука ВСС, Кж. 833/66, од 2.6.1966. године.

решења, с обзиром да некада постоји интерес осуђеног да понављањем поступка постигне за себе неку сатисфакцију, ако се појаве нове чињенице и докази, који указују да је осуђујућа пресуда и издржана казна затвора неправилно изречена. У једном од предмета, у које је остварен увид, подносилац захтева се позвао на нову чињеницу, која му није била позната, да је приликом изрицања казне затвора као отежавајућа околност узета ранија осуђиваност. Међутим, наведена осуда је у моменту пресуђења била брисана. Захтев за понављање кривичног поступка је одбачен стога што је казна већ издржана. Наведени случај показује да има места промени одредбе ЗКП-а, у смеру дозвољавања да се захтев за понављање поступка подноси и након издржане казне.

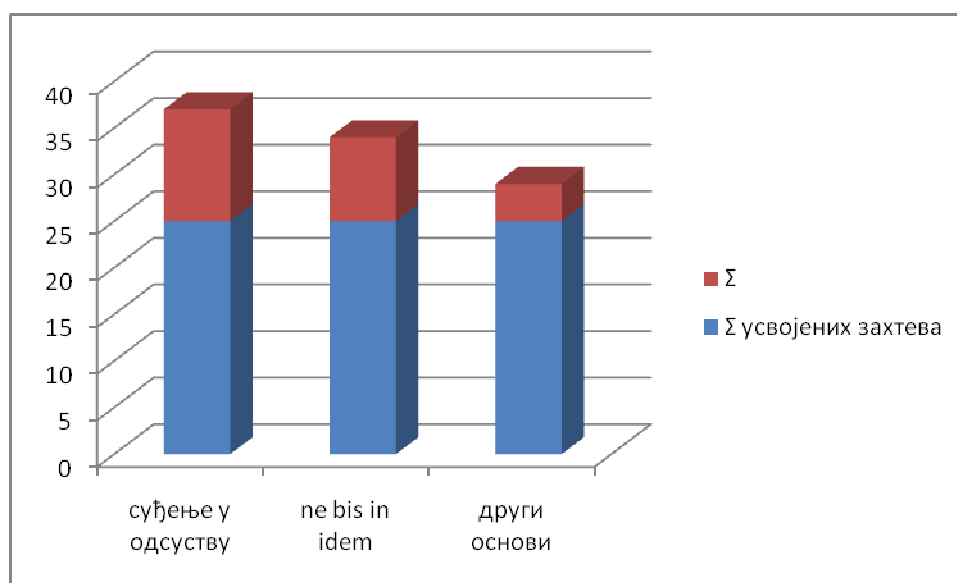
Један од захтева за понављање кривичног поступка је одбачен са образложењем да осуђени није навео разлоге, нити пружио доказе, из којих би се могло утврдити да му наведене чињенице и докази нису биле познате до окончања поступка. Суд, на основу те тврдње закључује да се наведене чињенице и поднесени докази не могу сматрати новим. Овакво поступање је противно члану 473. ЗКП. Нове чињенице и докази, који су у бити основа у тачкама 3, 5, 6 и 7 става 1. члана 473. ЗКП, могу бити новооткривени и новоподнети. Ни у једном од тих основа се не лимитира, нити захтева подношење доказа, за које осуђени није знао у моменту доношења пресуде. Штавише, у тачки 6 је експлицитно наведено да су могуће нове чињенице и докази, којих није било када је изрицана казна затвора, или суд за њих није знао. Управо по овом основу је одбачен наведени захтев, иако је према ЗКП-у ирелевантно да ли је осуђени знао за наведене чињенице и доказе, у време доношења побијане пресуде.

Суд је најчешће доносио решење, којим се одбија захтев за понављање кривичног поступка, у случајевима где су подносиоци наводили измењене личне прилике, попут трудноће супруге, тешке болести чланова породице или знатно погоршано сопствено здравствено стање. У случају када се осуђени, подносилац захтева, већ налазио на издржавању затворске казне, образложење одлуке о одбијању захтева је било униформно. Суд наводи да, и поред погоршаног здравственог стања осуђеног, постоји могућност пружања адекватне здравствене помоћи и неге, у Специјалној затворској болници или другој одговарајућој здравственој установи. Један од захтева за понављање поступка је одбачен зато што бранилац окривљеног није допунио захтев подношењем оригиналне медицинске документације, већ само фотокопија, иако суд констатује да би био уважен, с обзиром на наведене нове чињенице.

Малобројни су уважени захтеви за понављање кривичног поступка, 25 у посматраном трогодишњем периоду. Најчешћи разлог за уважавање захтева за понављање кривичног поступка је суђење у одсуству окривљеног, у 12 случајева. У 9 случајева је уважен захтев за понављање кривичног поступка услед повреде начела *ne bis in idem*. Само 4 захтева су уважена по другим основима (табела 21).

табела 21

разлог усвајања	суђење у одсуству	<i>ne bis in idem</i>	други основи
Σ усвојених захтева	25	25	25
Σ	12	9	4
%	48 %	36 %	16 %



У једном од случајева су као нове околности признате измењене личне и породичне прилике, које би, да су биле познате у време доношења пресуде, очигледно довеле до блаже осуде. У другом случају је захтев за понављање уважен с обзиром на изнету нову чињеницу, да је кривично дело заправо извршило друго лице, а не осуђени. У једном од захтева је уважена нова чињеница, у погледу првенства пролаза на раскрсници путева, те суд констатује да би она била подобна да доведе до другачије утврђеног чињеничног стања. Најзад, у једном од случајева, где је уважен захтев за понављање је узета у обзир чињеница коју је истакао осуђени, који се позвао на сопствену неурачунљивост.

Епилог једног од уважених захтева је доношење решења о одбацивању оптужнице, уместо казне затвора од 5 месеци и 7 дана. У једном од поновљених

поступака је казна затвора од једне године преиначена, тако што је изречена мера безбедности одузимање возачке дозволе. У једном од случајева је једногодишња казна затвора замењена казном затвора у истом трајању, али са модалитетом извршења у кућним условима. Најзад, у четвртом случају је условна осуда у трајању од једне године преиначена у условну осуду у трајању од шест месеци.

34.2. Виши суд у Нишу

У Вишем суду у Нишу је такође обављено истраживање, које је обухватило предмете, у којима је изјављен захтев за понављање кривичног поступка, у периоду 1.1.2014-31.12.2016. године. У 2014. години је било укупно 14 захтева. У 2015. години је поднето 16 захтева, а у 2016. години 13 захтева (табела 22).

табела 22

ВС у Нишу	2014	2015	2016
укупно захтева	14	16	13

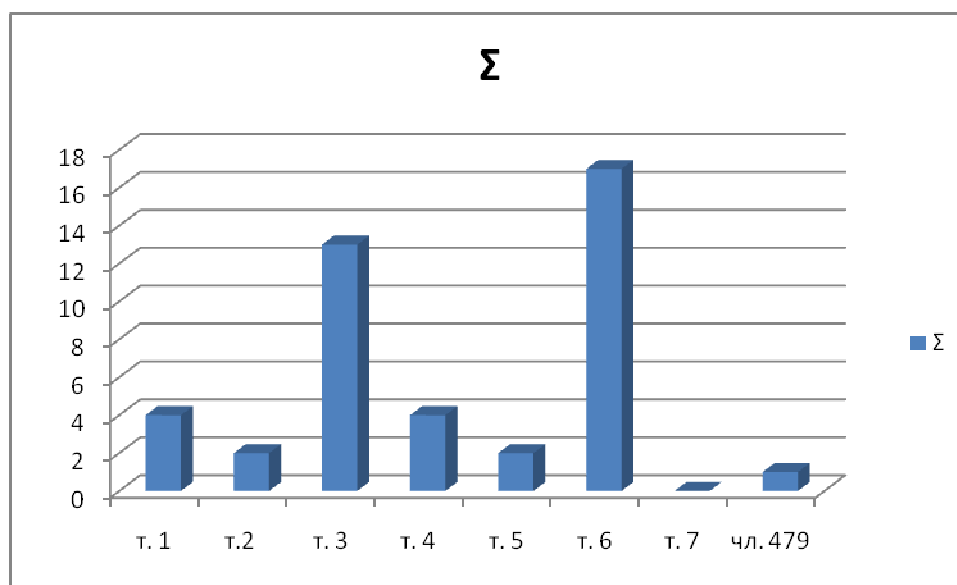


У посматраном периоду је највише захтева за понављање поступка било са позивом на члан 473. став 1. тачка 6. Нове чињенице и нови докази, који би очигледно довели до блажег кажњавања су били истакнути у 17 захтева. Нове чињеница и докази, који могу довести до одбијајуће, ослобађајуће пресуде или осуде по блажем закону (члан 473. став 1. тачка 3. ЗКП) су били наведени у 13 захтева. У четири случаја је подносилац захтева позвао на тачку 1 става 1 члана 473. ЗКП (заснованост пресуде на лажној исправи или исказу и тачку 4 (повреда принципа не два пута о истоме). У по

два захтева је наведена тачка 2 члана 473. ЗКП (заснованост пресуде на кривичном делу), као и на тачка 5 (навођење нових чињеница или доказа да окривљени није извршио неко од дела, за које је осуђен). Нове чињенице и докази, који указују да није уредно достављен позив за претрес пред другостепеним судом нису навођене у предметном периоду. Интересантно је да је поднето чак 10 захтева, у којима подносилац није навео законске основе за понављање поступка. У тим случајевима је суд из садржине захтева закључивао на који се основ подносилац захтева позива, те смо их класификовали према ставу суда. У само једном случају се подносилац захтева позвао на могућност понављања поступка услед суђења у одсуству (табела 23).

табела 23

чл. 473.ст. 1	т. 1	т.2	т. 3	т. 4	т. 5	т. 6	т. 7	чл. 479
Σ	4	2	13	4	2	17	0	1
% од 43	9.3 %	4.6 %	30.2 %	9.3 %	4.7 %	39.5 %	0 %	2.3 %

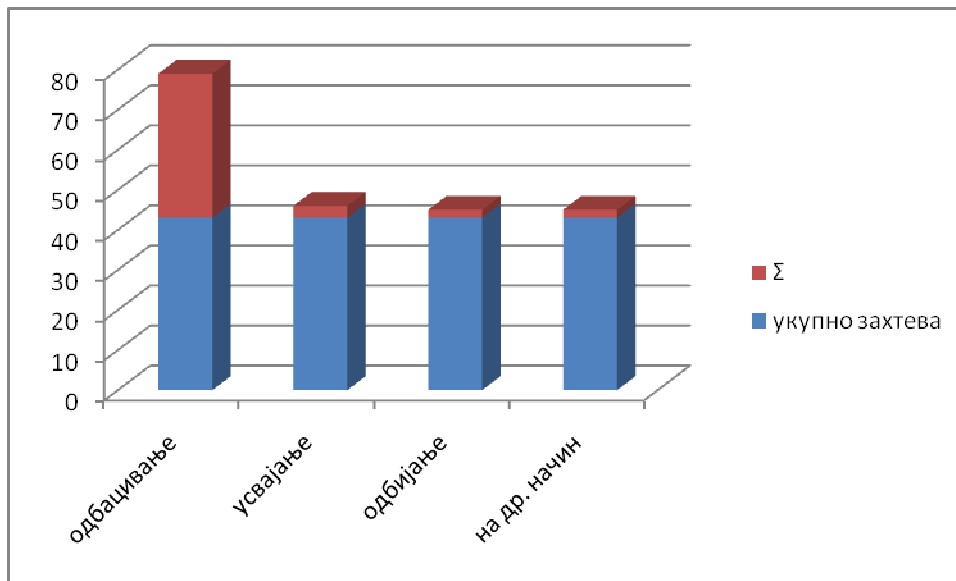


Од укупног броја захтева за понављање 36 је одбачено. Одлука о одбијању захтева је донета у 2 случаја. Три захтева су уважена, а по један је решен преиначењем пресуде и на други начин (табела 24).

табела 24

врста одлуке	одбацивање	усвајање	одбијање	на др. начин
укупно захтева	43	43	43	43

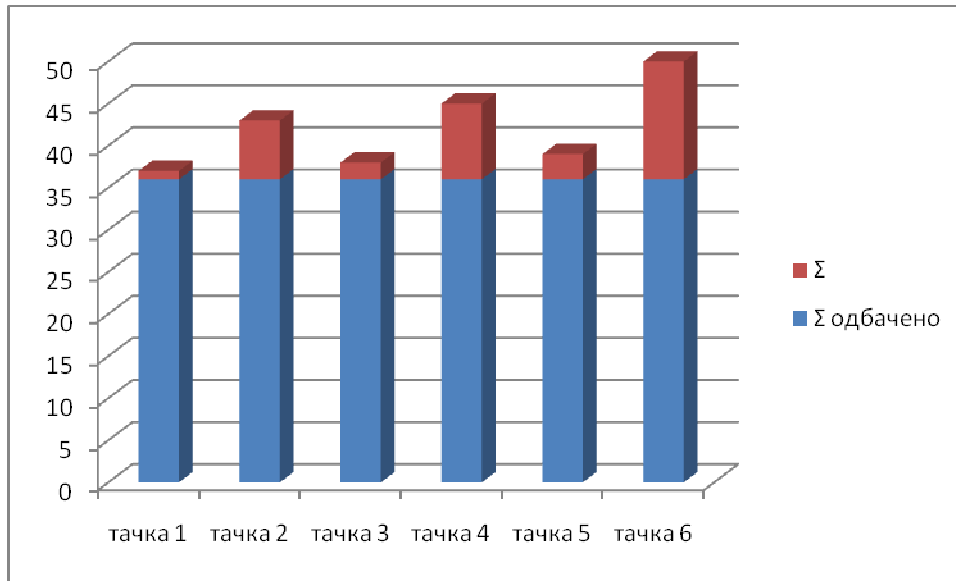
Σ	36	3	2	2
%	83.7 %	7.0 %	4.6 %	4.6 %



Решење о одбацивању захтева за понављање поступка је у 14 случајева донето по члану 475. став 1. тачка 6. ЗКП. То значи да наведене чињенице и докази најчешће нису били подобни да доведу до понављање поступка. У 9 случајева је захтев за понављање одбачен услед непостојања законских услова за понављање поступка (члан 475. став 1. тачка 4. ЗКП). У седам случајева је захтев одбачен стога што подносилац није уредио или допунио захтев за понављање поступка (члан 475. став 1. тачка 2. ЗКП). У 3 случаја је решење о одбацивању захтева донето зато што су чињенице и докази већ навођени у правноснажно одбијеном захтеву (члан 475. став 1. тачка 5. ЗКП). У два случаја је подносилац одустао од захтева (члан 475. став 1. тачка 3. ЗКП), а у једном је захтев поднело неовлашћено лице (члан 475. став 1. тачка 1. ЗКП).

табела 25

члан 475	тачка 1	тачка 2	тачка 3	тачка 4	тачка 5	тачка 6
Σ одбачено	36	36	36	36	36	36
Σ	1	7	2	9	3	14
%	2.7 %	19.4 %	5.6 %	25.0 %	8.3 %	38.9 %



Одбацивање са образложењем да подносилац није навео основ за понављање поступка представља разлику у односу на Основни суд. Таква одлука је доношена након што је подносиоцу захтева наложено да прецизирају разлог за понављање поступка, али не у свим случајевима. Исто као и у Основном суду, и Виши суд је одбацивао захтеве за понављање поступка ако није приложена правноснажна пресуда, која указује да је побијана пресуда заснована на кривичном делу. Један од захтева је сасвим исправно одбачен, јер је подносилац тражио поновну оцену доказа. У односу на Основни суд, међу одлукама Вишег суда нисмо наишли на случајеве одбацивања, са образложењем да је чињенично стање правилно и потпуно утврђено, што представља пример добре праксе.

У оба случаја, у којима је суд одбио захтев за понављање кривичног поступка је образложење било истоветно. Наведене чињенице, према ставу суда, нису биле нове. Од усвојених захтева за понављање, у два случаја је дошло само до урачунавања притвора неправим понављањем поступка. У два случаја је усвојен захтев за понављање, с обзиром да је окривљеном суђено у одсуству. Према томе, у посматраном трогодишњем периоду само један захтев за *право* понављање кривичног поступка је усвојен! У том случају је Виши суд у Нишу прихватио захтев за понављање, с обзиром на нову чињеницу, која би очигледно довела до блажег кажњавања. С обзиром је, у конкретном случају, дошло до одбијања оптужбе пресудом, која је ушла у састав побијане пресуде, суд је ту околност узео као нову чињеницу, јер изречена казна (на основу које је изречена јединствена казна) више не егзистира. У истом случају је Виши суд прекинуо извршење казне затвора.

ЗАКЉУЧАК

Тренд конвергенције модела савременог кривичног поступка је донео тектонске поремећаје у основне поставке, на којима је заснован мешовити (континенталноевропски) тип кривичног поступка. Последњих деценија се може уочити тенденција реформисања кривичног поступка, која у европским земљама иде ка постепеној, делимичној или потпуној адверзијализацији. Кривични поступак се обликује као страначки, са наглашеном контрадикторношћу главног претреса. Осим тога, постоји тежња ка рационализацији кривичног поступка, увођењем диверзионих модела, као и упрошћених процесних форми, с циљем афирмисања ефикасности поступка. Нечело истраживања материјалне истине се маргинализује, уступајући место правичности поступка, које се издиже до ранга врховног начела. Крупне промене у континенталном типу кривичног поступка актуелизују враћање доктрине темељним и кључним питањима и темама кривичног процесног права. То је неопходно зарад разумевања нове стварности и функционисања кривичнопроцесног механизма, у условима промењених околности.

Утврђивање чињеница и њихово испитивање представљају круцијалну тачку кривичног поступка. Било којом темом да се бавимо, крећемо од чињеница и њима се, на крају, поново враћамо. На први поглед се може учинити да се овом темом теоретичари кривичног процесног права данас ретко баве. Међутим, то је само привид. Често је ова тема замаскирана теоријом доказа, која доминира у процесној доктрини, али то је само гледање из другог угла. Кроз инструментаријум заправо сагледавамо суштину. Ако се загребе испод површине, лако се може уоштити да се процесна наука и данас бави суштинским питањима, која гравитирају ка утврђивању чињеница.

Адверзијализација главног претреса, до које је дошло са доношењем Законика о кривичном поступку из 2011. године, доноси промену у процесном положају странака и суда. Доказна иницијатива прелази у руке странака, а суду се додељује допунска и корективна улога у извођењу доказа, или се потпуно искључује из процеса формирања чињеничне основице. Терет доказивања је на тужиоцу, а странке имају право предлагања доказа и овлашћење да одлучујуће утичу на утврђивање чињеница. У нашем кривичном поступку је суду остављена могућност допунског извођења доказа, с

циљем утврђивања потпуног чињеничног стања, али је то овлашћење, вољом законодавца, сведено у оквире изузетног, *ultima ratio* поступања. Са успостављањем новог модела кривичног поступка се изнова отварају питања ко утврђује чињенице, које се чињенице доказују и са којим степеном уверења?

Одговор на постављена питања зависи од полазне теоријске основе. Утврдити једну чињеницу, значи уверити се да она постоји, или не постоји. У контексту кривичног поступка, то уверење мора бити материјализовано финалном делатношћу, којом се одлучује о основаности казненог захтева тужиоца. Из тога закључујемо да чињенице утврђује искључиво суд, проглашавајући их у судској одлуци. Том гледишту не смета промена процесног положаја субјеката у поступку. Странке имају иницијативу предлагања доказа, којима се утврђују чињенице. Суд прихвата, или не прихвата предложене доказе, те на тај начин утиче на формирање чињеничне основе пресуде. Странке изводе доказе, уз мониторинг суда. Суд врши оцену изведених доказа и утврђује постојање чињеница из расположиве доказне грађе. На утврђене чињенице суд примењује право и доноси судску одлуку. Закључак странака, или било ког другог учесника у поступку није релевантан, с обзиром да је изрицање пресуде у искључивој власти суда. У моделу кривичног поступка са мешовитим судећим већем, одлучивање о чињеничним и правним питањима је обједињено, за разлику од правог поротног система. Стога нема двојбе да је суд господар утврђивања чињеница у кривичном поступку.

У кривичном поступку се утврђују све три врсте чињеница. Осим одлучних чињеница, утврђују се чињенице индиције и контролне чињенице. Утврђивањем индиција се долази до утврђивања одлучних чињеница. Контролним чињеницама се такође помаже долажење до закључка о постојању одлучних чињеница. Све чињенице се у кривичном поступку утврђују, независно од тога, да ли се оне доказују. Са померањем кривичног поступка ка адверзијалном моделу се редукује опсег чињеница, које се у кривичном поступку доказују. Традиционално се не доказују очигледне чињенице, општепознате, пресумпције, правила искуства и правне норме. Осим ових чињеница, консенсуализација кривичног поступка доводи до тога да се не доказују неспорне чињенице, ако сагласност странака не противуречи осталим доказима. Такође се не доказују ни чињенице, које су расправљене у довољној мери, као и признање окривљеног, одређеног квалитета. Наведене врсте чињеница се не доказују, али се утврђују! Суд их утврђује применом слободне оцене доказа, као и друге чињенице, које

се доказују. Закључак о постојању неспорних чињеница се врши упоређивањем са осталим изведеним доказима. Чињенице из признања окривљеног се утврђују оценом квалитета признања, као и на основу сагласности са чињеницама, које произлазе из других доказа. Све чињенице, које се не доказују, се сматрају утврђеним само ако су проглашене у судској одлуци.

Напуштање начела истине је отворило питање квалитета чињеничне основе пресуде. Највиши степен уверења, с којим суд утврђује чињенице се, уместо истине, означава као извесност о њиховом постојању. Бојазан у квалитет чињеничне подлоге изазива и изостанак обавезе суда да се стара о истинитом утврђивању чињеница. Законодавац је дефинисао извесност као закључак о несумњивом постојању, или непостојању чињеница, који је заснован на објективним мерилима расуђивања. На тај начин је највиши степен уверења подигнут на виши ниво од стандарда уверења „ван сваке ратумне сумње“, који важи у англо-америчком типу кривичног поступка. Суд изводи закључак о постојању чињеница, и у тај закључак не сме нимало сумњати. Странке имају предност у иницијативи за формирање доказне подлоге, али се не сме заборавити да суд има на располагању корективни механизам из става 4. члана 15. ЗКП. Суд увек може посегнути за овлашћењем извођења доказа, ако су изведени докази противуречни или нејасни, и ако је то неопходно, да би се предмет доказивања свестрано распрвио. Ова одредба даје суду одговарајући процесни механизам изградње чињеничне основице пресуде, која мора бити на највишем степену извесности. Помоћни инструментаријум суда за утврђивање истине представљају одредбе процесног закона, које га овлашћују да активно суделује у саслушању окривљеног, испитивању сведока и вештака, вршењу увиђаја и реконструкције, као и у другим доказним радњама. На основу свих овлашћења, које поседује, суд је дужан да утврди истину. Додатни аргумент за то је погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање, које представља основ жалбе. Недостаци у утврђеним чињеницама доводе до укидања пресуде. Све док је странкама на располагању нападање чињеничних закључака, суд ће настојати да истинито утврди чињенице, користећи расположива законска овлашћења. Томе не може стати на пут ни афирмисање правила о терету доказивања, јер тужилац, који не докаже своју оптужну тезу, па суд донесе ослобађајућу пресуду, може жалбом указивати на непотпуно утврђено чињенично стање. На тај начин, тужилац има корективни механизам, којим исправља сопствени

пропуст, а суд ће стремити ка потпуном и правилном формирању чињеничне основице пресуде.

За разлику од адверзијалног кривичног поступка, у нашем се квалитет судских одлука вреднује бројем укинутих пресуда. Врховни касациони суд Србије, радећи на усаглашавању судске праксе и побољшању квалитета рада судова, између осталог прати и број укинутих одлука, за сваки од судова на територији Србије. Тај контролни механизам подстиче судије да доносе квалитетне одлуке, које не садрже чињеничне и правне недостатке. У англосаксонском типу кривичног поступка чињенице утврђује порота. То је битна разлика у односу на континентални тип поступка. Та карактеристика, у адверзијалном поступку, ослобађа суд од обавезе истинитог утврђивања чињеница. Порота је жири и утврђивање чињеница се своди на убедљивију аргументацију једне од странака. Осим тога, терет доказивања је на тужиоцу и сваки пропуст у доказном двобоју, као и пасивно државе и неубедљивост тужиоца доводе до ослобађајуће пресуде, без обзира да ли су на тај начин истинито утврђене чињенице. Квалитет чињеничне подлоге пресуде, у том типу поступка, зависи од иницијативе странака, а не треба губити из вида да чињенице утврђују лаици. Због тога и не постоји одговорност суда за потпуност и правилност чињеничних закључака. Из истих разлога су сужене могућности побијања чињеничне основе пресуде, а у пракси се и постојећа овлашћења ретко користе. С обзиром да адверзијални поступак почива на потпуно различитим филозофским темељима, а да су улоге у поступку посве другачије подељене, тај модел је немогуће применити у нашем кривичном поступку. Нормативна основа код нас омогућава суду да истражује истину, након доказне иницијативе странака и судије се труде да што квалитетније формирају чињеничну основу пресуде. У супротном се често суочавају са укинутим пресудама и са поновним одлучивањем.

Промена процесног положаја актера кривичног поступка покреће питање о обиму испитивања чињеничне основе пресуде. Ако је на странкама иницијатива за потпуно формирање чињеничне основе пресуде, да ли је оправдано допустити им да жалбом побијају пресуду услед непотпуно утврђеног чињеничног стања. Суд утврђује чињенице на основу предложених и изведених доказа. Законодавац настоји да афирмише доказну иницијативу странака. Суд мора да оцени све изведене доказе, на основу чега утврђује чињенице. Стога може бити одговоран једино за погрешне закључке, приликом утврђивања чињеница. То оправдава постојање погрешно утврђеног чињеничног стања, као основа за изјављивање жалбе. Међутим,

прописивање овлашћења странака да побијају пресуду услед непотпуно утврђеног чињеничног стања је заправо корективни механизам за сопствене пропусте. Странке побијају пресуду због непотпуно утврђеног чињеничног стања, иако је иницијатива за утврђивање чињеница, на основу изведених доказа, које су предложили, била на њима. Сматрамо, најпре, да доказна иницијатива треба примарно да буде на странкама, а супсидијарно на суду, али без икаквих ограничења. На тај начин се ствара нормативна основа за потпуно и тачно утврђивање чињеница. Осим тога, сматрамо да побијање чињеничног стања мора бити потпуно, у кривичном поступку са неправим поротним суђењем. Странке морају имати овлашћење за побијање пресуде због непотпуно и погрешно утврђеног чињеничног стања, независно од доказне иницијативе. Непотпуно утврђено чињенично стање не мора нужно бити резултат неактивности странака, већ и суда. Може се догодити да су странке извеле све доказе, а да је суд пропустио да наложи странкама извођење додатних доказа, или да их сам изведе, с циљем потпуног формирања чињеничне основе. Непотпуно утврђено чињенично стање, такође, може бити последица одбијања суда да прихвати извођење предложених доказа. Стога је неопходно да странке имају овлашћење да иницирају испитивање чињеничне основе пресуде и због непотпуно утврђеног чињеничног стања, као основа жалбе. Сматрамо да право на побијање чињеничне основе пресуде не сме бити ограничено ни у случају признања извршеног кривичног дела на главном претресу. Одбрана мора да има право да оспори чињеничне закључке суда и у случају признања, ако је суд утврдио чињенично стање изван страначког споразума.

Редукција права на побијање чињеничне основе судских одлука је у узрочно-последичној вези са увођењем консенсуалних форми у кривични поступак. Рочиште за изрицање кривичне санкције је једна врста консенсуалне форме, у којој окривљени прихвата чињеничну основу, давањем признања о извршеном кривичном делу, или саглашавањем са предлогом врсте и мере кривичне санкције. Међутим, одлука суда може бити у несагласју са консензусом странака. У том случају отпада *ratio legis* ускраћивања побијања пресуде правним леком. То одступање од споразума странака се може огледати у изрицању друге врсте и мере кривичне санкције, у односу на сагласност странака. Стога треба допустити побијање чињеничне основе пресуде, најмање у делу који се односи на утврђивање чињеница, од којих зависи врста и мера кривичне санкције. Шире посматрано, иако је окривљени у овом случају признао извршење кривичног дела (у једном од модалитета чак ни то није услов!), суд мора

утврдити чињенице, да би прихватио предлог странака о изрицању кривичне санкције безглавног претреса. Приликом те делатности суда може доћи до грешака, те чињенично стање може бити непотпуно или погрешно утврђено, што се може рефлектовати на одлуку о кривичној санкцији. Из тог разлога редукција права на побијање чињеничне основе пресуде нема оправдање, јер се реперкусије одрицања од права на жалбу морају кретати у оквирима одрицања од тог права.

Суд утврђује чињенице и приликом мериторног одлучивања о споразуму о признању кривичног дела, и то на основу признања окривљеног и на основу других доказа, који нису у супротности са признањем. Суд такође утврђује чињенице од којих зависи врста и мера кривичне санкције. У случају да суд одбије споразум странака неопходно је предвидети право на иницирање испитивања чињеничне основе те одлуке, јер се странке не морају сложити са чињеничним закључцима суда, на којима је темељио ову одлуку. Побиање чињеничне основе треба предвидети на исти начин као у случају да се пресуда не односи на предмет споразума, када се може иницирати испитивање чињеничне основе одлуке суда. Увођење консенсуалних форми у кривични поступак не значи пребацивање овлашћења за утврђивање чињеница са суда на странке. Нагодба странака не значи да су чињенице утврђене. Странке се само могу сложити око постојања чињеница, али то не везује суд. Стога и постоји контролни механизам, па споразуме мора прихватити суд. Приликом одлучивања о прихватању нагодбе странака суд утврђује постојање чињеница, на основу доказне подлоге. На основу тако утврђених чињеница суд доноси одлуку о прихватању нагодби странака. Уколико одлука суда не буде у сагласности са консензусом странака, оне морају имати могућност да оспоравају чињеничне закључке суда, па се опсег права на жалбу увек треба кретати у тим оквирима.

До испитивања чињеничне основе неправноснажне пресуде може доћи само ако подносилац жалбе то захтева. Суд не испитује утврђене чињенице по службеној дужности. То је стандард савременог кривичног поступка. Чињенична основа неправноснажне пресуде може бити предмет преиспитивања само ако се жалилац позове на погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање у жалби. Испитивање чињеничне подлоге пресуде се, најпре, обавља у седници већа другостепеног суда. Исход испитивања чињеница може бити потреба за поновним утврђивањем чињеница, пред првостепеним судом. Ако је неопходно да се чињенични недостаци побијане пресуде отклоне утврђивањем нових чињеница, онда је потребно обезбедити гаранције

начела контрадикторности, усмености, непосредности и јавности. Другостепени поступак, такође, треба да задовољи захтеве ефикасности, како кривични поступак не би трајао неоправдано дуго. Стога се поставља питање, да ли је ефикасније да се испитивање чињеница обавља на претресу пред другостепеним судом, или дати предност укидању пресуде и поновном одлучивању првостепеног суда. У нашем кривичном поступку је дата предност укидању пресуде, уз овлашћење другостепеног суда да одржи претрес, ако је потребно извођење нових доказа, или извођење одбијених доказа, као и ако постоје оправдани разлози да се предмет не врати првостепеном суду. У судској пракси се овлашћење другостепеног суда да одржи претрес веома ретко практикује. Другостепени судови су на ставу да је примереније да евалуацију утврђених чињеница и додатно утврђивање чињеница треба да обави првостепени суд. Саглашавамо се са ставовима судске праксе. Поновно одлучивање пред првостепеним судом је јефтиније. Осим тога, првостепени суд је већ утврђивао чињенице у истом предмету, па ће лакше и једноставније извести процесне радње и расправити спорна питања, на која је указао другостепени суд. Давање овлашћења да се чињенични недостаци првостепене пресуде отклањају на претресу пред другостепеним судом би можда скратило трајање поступка, али би знатно повећало трошкове поступка. Сматрамо да се баланс између ефикасности и цене поступка постиже одредбом, која налаже другостепеном суду обавезу да одржи претрес, ако је пресуда једном већ била укидана.

Резултати емпиријског истраживања су показали да странке у великом броју случајева иницирају испитивање утврђених чињеница. Од укупног броја изјављених жалби, чињенични недостаци се наводе као основ у преко 90 % случајева. Пресуде се, међутим знатно чешће укидају услед битних повреда одредаба кривичног поступка. По правилу, више од 2/3 пресуда се укида због овог жалбеног основа. То међутим, не значи да је чињенично стање првостепених пресуда, у том проценту правилно и потпуно утврђено.

Доминантан разлог укидања пресуда је битна повреда одредаба кривичног поступка, која се састоји у недостацима у изреци и образложењу (члан 438. став 2. тачка 2. ЗКП), услед чега није могуће испитати законитост и правилност пресуде. То имплицира на могуће чињеничне недостатке и у тим пресудама, које није могуће испитати услед противуречности и нејасноћа у изреци или образложењу пресуде. Управо у конкуренцији та два основа жалбе се и налази круцијални проблем праксе

судова. Чињенични недостаци пресуде имају предност приликом испитивања, у поступку по жалби. Пресуда не може бити законита, ако је неправилна. Међутим, смисао битне повреде одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 2. ЗКП је у постојању нејасноћа и противуречности у изреци или образложењу пресуде, због чега се не може испитати чињенична основа. Стога ова повреда има приоритет у испитивању, ако се подносилац позвао на њу у жалби, као и на погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање. Ако суд утврди постојање ове битне повреде одредаба кривичног поступка, укида пресуду, без испитивања утврђених чињеница. У пракси судова се често дешава да, након што утврде постојање нејасноћа и противуречности у изреци и образложењу, испитују и чињеничну основу пресуде. То је у супротности са одредбама процесног закона, јер је потпуно јасно да се услед постојања ове битне процесне повреде не може испитати правилност побијане пресуде.

У јуриспруденцији судова се може уочити недовољно разграничење погрешног, од непотпуно утврђеног чињеничног стања. Реч је о два одвојена чињенична недостатка, која се суштински разликују. Они могу алтернативно, или кумулативно постојати, али другостепени судови, приликом образлагања одлуке о укидању пресуде, треба јасно да наведу у чему се састоји постојање једног, или оба чињенична недостатака. То образложење, међутим, не сме да се претвори у оцену доказа, које је извео првостепени суд, јер другостепени суд за то није овлашћен у седници већа. У неким одлукама се може срести такво поступање. Другостепени судови понекад изводе сопствене закључке о утврђеним чињеницама, приликом образлагања у чему се састоји погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање, у одлукама о укидању пресуде. У образложењу одлуке о укидању пресуде треба да стоји у чему се састоје чињенични недостаци, као и зашто је извођење нових доказа и утврђивање нових чињеница важно за доношење правилне одлуке. Другостепени суд, такође, може указати на пропусте странака, који су утицали на доношење одлуке, која се укида. Првостепени суд је дужан да изведе све процесне радње, као и да расправи сва спорна питања, на која је указао првостепени суд, али чињенице утврђује самостално, слободном оценом доказа.

Испитивање чињеничне основе правноснажне пресуде се може иницирати подношењем захтева за понављање кривичног поступка. Нормативна основа омогућава да се поступак понови у корист окривљеног. У поређењу са процесним законима других држава, у нашем ЗКП-у је предвиђено доста основа за понављање поступка. На тај начин је обезбеђен адекватан легислативни оквир за исходовање повољније одлуке

по окривљеног, у поступку по том ванредном правном леку. Нашим процесним законом је забрањено понављање кривичног поступка на штету окривљеног. Захтев за понављање, поднет на штету окривљеног, би био одбачен, због неиспуњености услова за понављање поступка. С обзиром да се захтев за понављање поступка заснива на новим чињеницама и доказима, поставља се питање како поступити ако првостепени суд у поновљеном поступку, на основу нових доказа утврди чињенично стање које је неповољније по окривљеног. Након поновљеног поступка првостепени суд поново оцењује изведене доказе и поново утврђује чињенице. Не може се унапред прогнозировать које ће се чињенице утврдити из предложених нових доказа. Такође се може догодити да је предложени доказ иницијално у корист окривљеног, а да резултат његовог извођења буде неповољан по окривљеног. Првостепени суд може, приликом извођења доказа, бити у ситуацији да сазна и чињенице које иду на штету окривљеног. Ако из изведених доказа произађе чињенично стање, на основу кога би се требала донети неповољнија одлука по окривљеног, суд је везан забраном *reformatio in peius*. Суд ће прогласити утврђене чињенице у правноснажној пресуди, којом ће је оставити на снази.

Устав Србије забрањује само доношење судске одлуке на штету окривљеног, у поступку по ванредном правном леку, а не и понављање поступка на штету окривљеног. Стога је, као једна од одлука, по захтеву за заштиту законитости, прописана декларативна пресуда. У случају утврђивања повреде закона, у поступку по захтеву за заштиту законитости, доноси се одлука, којом се констатује њено постојање, али се не дира у правноснажност побијане одлуке. Прописивање понављања поступка на штету окривљеног, у некој будућој новелацији процесног кодекса, не би било противно Уставу, с тим што би исход у случају основаности захтева морао бити доношење деклараторне пресуде. У хипотетичком случају прописивања понављања поступка на штету окривљеног би изостало доношење одлуке на штету окривљеног, с обзиром на уставну забрану, те би деклараторна одлука само доприносила правичности и утврђивању истине у кривичном поступку.

Има, међутим, тумачења да Устав допушта и вођење поступка и доношење одлуке на штету окривљеног, у поступку по ванредним правним лековима.¹¹²⁶ У том случају би требало предвидети редукован број основа за понављање поступка на штету окривљеног. Један од оправданих разлога, који често фигурира у упоредном праву, је

¹¹²⁶ Војислав Ђурђић, *Ne bis in idem*, Правна ријеч, бр. 19/2009, стр. 437- 438.

понављање на штету окривљеног, ако је побијана пресуда донета као резултат кривичног дела учесника поступка. Имало би смисла допустити понављање на штету и ако је пресуда која се побија заснована на лажној исправи или лажном исказу. У том случају би било неопходно обезбедити додатна ограничења, попут преклузивног рока за иницирање понављања на штету окривљеног.

Анализом резултата емпиријског истраживања, у погледу захтева за понављање кривичног поступка, је утврђено да се у великом броју случајева доноси одлука о одбацивању захтева. Поступак се, по правилу, завршава у фази одлучивања о допуштености захтева. Будући да се највећи број захтева за понављање кривичног поступка изјављује услед нових чињеница или доказа, одлука о одбацивању се најчешће доноси због тога што нове чињенице или докази очигледно нису подобни да доведу до понављања кривичног поступка. Смисао наведеног разлога за одбацивање захтева за понављање је у тријажи очигледно неоснованих захтева, што у себи носи опасност од улажења у мериторно разматрање већ у фази одлучивања о испуњености формалних услова за понављање поступка. Управо то се дешава у судској пракси. Образложења одлуке о одбацивању захтева услед очигледне неподобности за понављање поступка су често заснована на закључцима о чињеничној утемељености побијане пресуде. Наводи се да је чињенично стање потпуно и тачно утврђено, те да се не може довести у питање навођењем нових чињеница и доказа. Смисао тријаже очигледно неподобних чињеница и доказа за понављање поступка није у испитивању раније утврђених чињеница. Одлука о допуштености понављања се не доноси на основу евалуације потпуности и тачности утврђених чињеница у побијаној пресуди. Потребно је уопштено ценити подобност наведених доказа и наведених чињеница за понављање поступка. Закључак се мора кретати у оквирима новирања, испитивањем да ли су те чињенице и докази „нови“, као и да ли су релевантни, у конкретном случају. Уместо тога, јуриспруденција претвара фазу одлучивања о допуштености захтева за понављање кривичног поступка у институт *leave to appeal*. У адверзијалном кривичном поступку се помоћу овог института велики број захтева за испитивање чињеничне основе пресуде одбацује у прелиминарној фази одлучивања о допуштености, мада по својим карактеристикама заправо представља мериторно одлучивање. Крупна разлика између два института је у томе што се у адверзијалном поступку сматра да треба допустити поновно суђење само ако постоје крупни чињенични недостаци. Стога

поступање судова у нашем кривичном поступку заобилази суштину понављања кривичног поступка.

Статистички посматрано, од укупног броја захтева за понављање кривичног поступка, у веома малом броју случајева је епилог усвајање захтева. Изузетак представљају случајеви повреде принципа *ne bis in idem*, што је последица тумачења критеријума „истог дела“ у судској пракси. Осим ових случајева, усвајање захтева и поновно суђење представљају раритет. Без жеље да лицитирамо о основаности захтева, који се подносе, резултати истраживања доводе у питање делотворност нормативне основе за побијање чињеничне основе правноснажне пресуде у нашем кривичном поступку. Према пракси Европског суда, правни лек је делотворан ако је доступан, ако пружа могућност мериторног одлучивања и ако нуди разумне изгледе за успех.¹¹²⁷ Подносилац представке доказује неделотворност правног лека, позивајући се на статистичке податке о пракси судова. Уколико се на основу података о судској пракси покаже да је проценат усвојених захтева по поднетом правном леку миноран, Европски суд може наћи да је држава прекршила члан 13. Европске конвенције. Имајући у виду резултате емпиријског истраживања о захтеву за понављање кривичног поступка, доводе се у питање критеријуми мериторног разматрања и пружање разумних изгледа за успех. То још увек не значи да је захтев за понављање кривичног поступка неделотворан правни лек, већ да треба преиспитати постојећу легислативу, с циљем успостављања адекватне нормативне основе за преиспитивање чињеничне основе правноснажне пресуде, у законом предвиђеним случајевима.

¹¹²⁷ Khashiyev and Akayeva v Russia, no. 57942/00, 57945/00 (24/02/2005) § 110

ЛИТЕРАТУРА

"Сл. гласник РС", бр. 101/2005, 63/2009 - одлука УС и 92/2011

"Сл. гласник РС", бр. 110/2009, 70/2011, 19/2012, 89/2013, 96/2015, 104/2015, 113/2015 - испр., 39/2016 и 56/2016

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

"Сл. гласник РС", бр. 85/2005

"Сл. гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013.

"Сл. гласник РС", бр. 85/2005.

"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

"Службени гласник БиХ" бр. 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09 и 16/09, 93/09 и 72/13

"Службени гласник РС", бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016 и 108/2016;

"Службени гласник РС", бр. 98/06.

„Службени лист ЦГ“, бр. 57/09, 49/10, 47/14 и 2/15

„Људска права у Србији и Црној Гори (2003)“, Београд 2004;

„Народне новине“ бр. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14

„Народне новине“, бр. 152/08, бр. 76/09. и 80/11.

„Сл. гласник РС“, бр. 45/91, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 - др. закон и 30/2010

„Сл. лист СФРЈ“, бр. 4/77, 36/77, 60/77, 14/85, 26/86 (пречишћен текст), 74/87, 57/89, 3/90 и Сл. лист СРЈ, бр. 27/92 и 24/94;

„Службен весник на РМ“, бр. 150

„Службене новине ФБиХ“, бр. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 и 59/14

„Службени гласник Брчко дистрикта“, бр. 33/13 и 27/14

„Службени гласник Републике Српске“, број: 50/03, 111/04, 115/04, 29/07, 68/07, 119/08, 55/09, 80/09, 88/09 92/09, 100/09 и 53/12

„Службени лист Републике Косово“ бр. 37/28

„Службени лист ФНРЈ бр. 40/53, 43/53, 5/60, 30/62 и Сл. лист СФРЈ, бр. 12/65, 23/67, 50/67 (пречишћен текст), 54/70 и 6/73;

„Службени лист ФНРЈ“ бр. 97/48;

„Урадни лист, бр. 64/94

Аскерман, Ј, О'Sullivan, Е, *Пракса и процедура Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију*, Сарајево, 2002;

Alsberg, М, *Der Beweisantrag im Strafprozess*, München, 2013;

Baker, N, *Reversible Error in Homicide Cases*, Journal of Criminal Law & Criminology vol. 28/ 1932;

Baldwin, S, *The American Judiciary*, 1905;

Blackstone, W, *Commentaries on the Law in England in four books*, Philadelphia, 1893;

Brennan, M, E, *Interpreting the Phrase "Newly Discovered Evidence": May Previously Unavailable Exculpatory Testimony Serve as the Basis for a Motion for a New Trial Under Rule 33?*, Fordham Law Review, vol. 77/ 2008;

Chantal, J, *Judical Control of Foreign Evidence in Comparative Perspective*, Amsterdam, 2005;

Ciopek, F, Roibu, M, *The New Romanian Code of Criminal Procedure: Cosmetics or Surgery?* La legislacione Penale, nr. 29/2016;

Daniels, R, *Non bis in idem and Rome statute of the International Criminal Court*, Be press legal series, paper 1365/2006;

Delmas-Marty, M, Spencer, J.R, *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, 2002;

Diamond, H, *Reasonable Doubt: To Define, or Not to Define*, Columbia Law Review, Vol. 90, No. 6/1990;

Epps, D, *The Consequences of Error in Criminal Justice*, Harvard Law Review, 6p. 4/2015;

Federal Appellate Review of Excessive or Inadequate Damage Awards, Fordham Law Review 28/1959

Fleming, J, *Remedies fof excessiveness or inadequacy of verdicts*, Duquesne University Law Review, nr. 143/1963;

Frase, R, Weigend, T, *German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: Similar Problems, Better Solutions?*, Boston College International and Comparative Law Review, Issue 2, 1995;

Freed, D, J, *Aspects of French Criminal Procedure*, Louisiana Law Review, nr. 4/1957;

Griffin, L, *The Correction of Wrongful Convictions: A Comparative Perspective*, American University International Law Review. 16, no. 5 /2001;

Gwladys, G, *Public Prosecutors in the United States and Europe*, Zürich, 2014;

Harper, R, B, *Has the replacement of probable cause with reasonable suspicion resulted in the creation of the best of all possible worlds?*, Akron Law Review, 13, 14 (1988);

Hassemer, W, *Human Dignity in Criminal Process: The Example of Truth-Finding*, Israel Law Review, 6p. 1-2/2011;

Henkel, H, *Strafverfahrensrecht*, Berlin, 1968;

Husabø, E, J, *History and tendencies in the development of criminal procedure law in the scandinavian countries, and in norway in particular*, Law&Justice Review, Volume:1, Issue: 1/2010;

Isberg, N.M, *Beweisantrag im Strafprozess*, Munchen, 1983;

Keane, D, McDermott, Y, *The Challenge of Human Rights: Past, Present and Future*, Glos/Massachusets, 2012;

Krey, V, *German Criminal Procedure Law*, Stuttgart, 2009;

Krey, V, *Speech: Characteristic Features of German Criminal Proceedings—An Alternative to the Criminal Procedure Law of the United States?*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, nr. 591/1999;

Langbein, J, *Comparative criminal procedure: Germany*, West Pub. co., 1977;

Lettow, R, *New Trial for Verdict against Law: Judge-Jury Relations in Early Nineteenth-Century America*, Notre Dame Law Review, nr. 3/1996;

Lopez, D, *Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine if Used to Circumvent Non bis in idem*, Vanderbilt J Transnat'l L. 1263 2000, 1272;

Marshall, P, *A comparative analysis of the right to appeal*, Duke Journal of Comparative and International Law, no. 1/2011;

Mc Cord, J, Mc Cord, S, *Criminal Law and Procedure*, New York, 2006;

McKillop, B, *Review of Convictions after Jury Trials: The New French Jury Court of Appeal*, Sydney Law Review, vol 28, 2006;

O' Malley, K, Jay, E, Lee, W, C, *Federal Jury Practice and Instructions, vol. 1A*, West Group, 2002;

Orfield, L, *The scope of appeal in Criminal Cases*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 84, 1936;

Orfield, L. *History of Criminal Appeal in England*, Mo. L. Rev. nr. 4/1936

Ortwein II, B, M, *The Swedish Legal System: An Introduction*, Indiana International and Comparative Law Review, Vol 13, No 2/2003;

Peters, K, *Strafprozess*, Karlsruhe, 1966;

Postconviction DNA testing: Recommendation for Handling Requests, U.S. Department of Justice, 1999;

Ramshorn, L, Lieber, F, *Dictionary of Latin synonyms: for the use of schools and private students, with a complete index*, Бостон, 1841;

Reimann, M, Zekoll, J, *Introduction to German law*, Kluwer Law International, cop. 2005;

Roeder, H, *Lehrbuch des Österreichischen Strafverfahrensrechts*, Wien, 1963;

Roxin, C, *Straftverfahrensrecht*, Минхен, 1995;

Roxin, C, *Strafverfahrenrecht*, München, 1985;

Roxin, C, Schünemann, B, *Strafverfahrensrecht*, München, 2009;

Spencer, J, R, *Le procès pénal en Angleterre, u: Procès pénal et droits de l'homme, Vers une conscience européenne (sous la direction de Mireille Delmas-Marty)*, Presses Universitaires de France, 1992;

Teisen, A, *The Danish Judicial Code*, University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol. 65, No. 6/1917

Tott, A, Patrick, H, *Reasonable Approach to Reasonable Suspicion and Informant Tips*, Creighton Law Review, vol. 24, 1990-1991;

Trechsel, S, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005;

Трипало, Д, *Тијек казненог поступка - контрола оптужнице, расправа, правни лијекови* Хрватски летопис за казнено право и праксу, број 2/2008;

Van Dijk, P, Van Hoof, G, J, H, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Boston, 1990;

Wong, C, Overview of Swedish Criminal Procedure, необјављен текст

Young, W, Cameron, N, Tinsley, Y, *Juries in Criminal Trials: Part Two*, Preliminary Paper 37 2, Wellington, New Zealand: Law Commissio, 1999;

Алексеев, Н.С, Уголовный процесс, Москва, 1972;

Алекстић, Ж, Шкулић, М, Жарковић, М, *Лексикон криминалистике*, Београд, 2004;

Аничич – Згоњанин, М, *Идентитет између оптужбе и пресуде (везаност пресуде за оптужбу)*

Бајер, Б, *Југословенско кривично процесно право – право о чињеницама и њиховом утврђивању у кривичном поступку*, Загреб, 1980;

Бајер, В, *Југославенско кривично процесно право, књига друга*, Загреб, 1980;

Бајер, В, *Казнено поступовно право прва књига, повијесни развој*, Загреб, 1943;

Бајић, В, *Процесноправни значај општепознатих чињеница и чињеница утврђених у правноснажним судским одлукама, докторска дисертација*, Београд, 2014;

Бајовић, В, *Објективни идентитет пресуде и оптужбе*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1/2013;

Бајовић, В, *Процесноправни значај општепознатих чињеница и чињеница утврђених у правоснажним судским одлукама, докторска дисертација*, Београд, 2014;

Бејатовић С, и др., *Приручник за примену Законика о кривичном поступку*, Београд, 2013;

Бејатовић, С, *Кривично процесно право*, Београд, 2008;

Бејатовић, С, *Кривично процесно право*, Београд, 2014;

Беле И, Јакулин, В, *Ne bis in idem*, Правни живот, бр.9/2007;

Белански, С, *Међународни правни стандарди о кривичном поступку*, Београд, 2001;

Богићевић, Ч, *Одступање од начела истине у кривичном поступку*, Билтен Врховног суда Црне Горе, 2010;

Бркић, Б, *Идентитет између пресуде и оптужбе*, Хрватска правна ревија, број 4/2004;

Бркић, С, *Кривично процесно право I*, Нови Сад, 2014;

Бркић, С, *Кривично процесно право II*, Нови Сад, 2013;

Бркић, С, *О циљевима кривичног поступка*, Гласник адвокатске коморе Војводине, број 10/1997;

Бубаловић, Т, Дреншки Ласан, В, *Право на жалбу у новом Закону о казненем поступку* Хрватски летопис за казнено право и праксу, број 2/2011;

Бубаловић, Т, *Правни лекови у казненем поступковном праву*, Ријека, 2011;

Бубаловић, Т, *Правне посебности жалбе у кривичном поступку*, Право и правда, бр. 1/2002., Сарајево, 2002;

Бугарски, Т, *Основи улагања жалбе и законитост решења кривичне ствари у праву Србије*, у: *Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, Београд, 2016;

ванредно ублажавање казне, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 3/2003

Васиљевић, Т, *Коментар закона о кривичном поступку*, Београд, 1977;

Васиљевић, Т, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд, 1964;

Васиљевић, Т, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд, 1981;

Висковић, Н, *Држава и право*, Загреб, 1997;

Водинелић, В, *Криминалистика*, Београд, 1996;

Водинелић, В, *О правној природи пресумпције невиности*, Зборник Правног факултета у Сплиту, бр. 6/1968;

Водинелић, В, *Проблеми чињеница у доказној теорији кривичног процесног права*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 5/1992;

Врачар, С, *Социјална садржина функције државноправног поретка*, Београд, 1965;

Врбан, Д, *Држава и право*, Загреб, 2003;

Вуковић, М, Вуковић, Ђ, *Знаност о изradi правних прописа – номотехника*, Загреб, 1997;

Вуковић, Ш, *Закон о кривичном поступку (са објашњењима и судском праксом)*, Београд, 1981;

Гарачић, А, *Захвати суда у чињенични опис оптужбе*, Одвјетник, број 9-10/04;

Грубач, М, *Кривично процесно право*, Београд, 2002;

Грубач, М, *Кривично процесно право*, Београд, 2009;

Грубач, М, *Нове установе и нова решења у Законику о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године*, Правни записи, бр. 2/2011;

Грубач, М, *Понављање кривичног поступка према нацрту закона о изменама и допунама закона о кривичном поступку од марта 1990. године*, ЈРКК, бр. 3/1990;

Грубач, Г, *Кривично процесно право*, Београд, 2006;

Грубач, М, Васиљевић, Т, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2014;

Грубач, М, *Кривично процесно право*, Београд, 2009;

Грубач, М, *Кривично процесно право*, Београд, 2009;

Грубач, М, *Нове установе и нова решења Законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године*, Правни записи, бр. 2/2011

Грубач, М, *Кривично процесно право*, Београд, 2014;

Грубиша, М, *Кривични поступак – поступак о правним лековима*, Загреб, 1987;

Грубиша, М, *Одлучивање вишег суда у кривичном поступку о жалби и одлучивање поводом жалбе*, Наша законитост, бр. 6/1984;

Грубиша, М, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Загреб, 1963;

Грубиша, М, *Дејанско стање у казенском поступку*, Лјубљана, 1989;

Грубиша, М, *Кривични поступак – поступак о правним лијекovima*, Загреб, 1987;

Грубиша, М, *Правила за практично решавање питања објективног идентитета пресуде и оптужбе*, Наша законитост, бр. 11–12, Загреб 1960;

Грубиша, М, *Рјешавање проблема разликовања и разграничења чињеничних од правних питања*, Наша законитост, бр. 1-2/1960;

Грубиша, М, *Чињенично и правно питање*, Наша законитост, бр. 9/1959;

Грубиша, М, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Загреб, 1963;

Грубиша, М, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Загреб, 1980;

Грубиша, М, *Што значи у процесноправном смислу утврдити чињенично стање (чињенице) тко га утврђује у кривичном поступку*, Наша Законитост бр. 6/1982;

Грубиша, М, *Принцип in dubio pro reo у теорији и пракси*, ЈРКК, бр. 3/1966;

Давидов, С, *Велика реконструкција европског кривичног поступка*, Гласник АКВ, бр. 12/2011;

Давидов, С, *Утврђивање чињеница у кривичном поступку – има ли правде без истине*, докторска дисертација, Ниш, 2014;

Дамашка, М, *Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*, Yale Law Journal 3/1974;

Димитријевић, Д, *Кривично процесно право*, Београд 1981;

Димитријевић, М, Симић, М, *Увод у право*, Ниш, 2001;

Доленц, М, *Теорија судског кривичног поступка за краљевину Југославију*, Београд, 1933;

Ђурђевић, З, *Реконструкција, јудицијализација, конституционализација, еуропеизација хрватског казног поступка петом новелом ЗКП/08: први дио*, Хрватски летопис за казно право и праксу, број 2/2013;

Ђурђић, В, *Значење и обим примене претпоставке невиности у кривичном поступку*, Билтен судске праксе Окружног суда у Нишу, бр. 25/2007;

Ђурђић, В, *Утврђивање чињеница у кривичном поступку*, Правна ријеч, бр. 37/2013;

Ђурђић, В, *Ne bis in idem*, Правна ријеч бр. 19/2009;

Ђурђић, В, *Кривично процесно право - општи део*, Ниш, 2014;

Ђурђић, В, *Кривично процесно право – посебни део*, Ниш, 2006;

Ђурђић, В, *Кривично процесно право – посебни део*, Ниш, 2011;

Ђурђић, В, *Новела Законика о кривичном поступку из 2009.-једна ревизија, два рукописа*, у: *Реформа кривичног правосуђа*, Ниш, 2010;

Ђурђић, В, *Основна начела југословенског кривичног поступка и заштита слобода и права човека*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, бр. 2-3, Београд, 2011;

Ђурђић, В, *Перспектива новог модела кривичног поступка Србије*, Наука безбедност полиција, бр. 2/2015;

Ђуричић, С, *Разликовање чињеничних и правних питања*, Гласник АКВ, бр. 5/2005;

Есер, А, *Функционалне промјене процесних максима кривичног права: на путу к "реприватизирању" кривичног поступка*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 42, 1992;

Живановић, Т, *Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804. до 1865.*, Београд 1967;

Живановић, Т, *Основни проблеми Кривичног и Грађанског процесног права (поступка)*, П Одељак, Београд, 1941;

Златарић, Б, Дамашка, М, *Ријечник кривичног права и поступка*, Загреб, 1966;

Иванишевић, Б, Илић, Г, Вишњић, Т, Јањић, В, *Водич кроз Хашки трибунал, прописи и пракса*, Београд, 2008;

Ивановић, А, *Улога сумње у сузбијању и спречавању савремених облика кривичних дела*, у: *Зборник радова: Примјена савремених метода и средстава у сузбијању криминалитета*, Брчко, 2008;

Ивановић, А. Б, Ивановић, А. Р, *Криминалистичке процедуре*, Даниловград, 2013;

Ивичевић Карас, Е, *Доказна снага резултата истраге према приједлогу новеле Закона о казненом поступку*, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, број 2/2013;

Ивичевић Карас, Е, *Сустав правних лијекова и реформа хрватског казног поступка (основне значајке и искуства у примјени)*, у: *Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, Београд, 2016;

Ивичевић Карас, Е, *Начело једнакости оружја као конститутивни елемент права на правични казни поступак из чланка 6. Еуропске конвенције за заштиту људских права и темељних слобода*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 4-5/ 2007;

Игњатовић, М, *О утицају појединих правила римског јавног права на савремено право*, *Social change in the global world*, Штип, 2014;

Икановић, В, *Правни лијекови из ЗКП БИХ из 2003. године у пракси судова у Босни и Херцеговини-поређење са системом правних лијекова прије 2003. године*, у: *Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства-нормативни и практични аспекти*, Београд, 2012;

Илић, Г, *Границе испитивања првостепене кривичне пресуде*, Београд, 2004;

Илић, Г, *Захтев за заштиту законитости и чињенично стање*, *Безбедност* бр. 5/1997;

Илић, Г, *Границе испитивања првостепене кривичне пресуде*, Београд, 2005;

Илић, Г, *Границе испитивања првостепене кривичне пресуде*, Београд, 2004;

Илић, Г, Мајић, М, *Nature, importance and limits of finding the truth in criminal proceedings*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/2013;

Илић, Г, Мајић, М, Трешњев, А, Бељански, С, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2013;

Илић, Г, *Право на образложену судску одлуку*, *Crimen* 2/2011;

Илић, Г, *Систем правних лекова у новом Законика о кривичном поступку*, у: *Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства (нормативни и практични аспекти)*, Београд, 2012;

Илић, И, *Dejstvo načela ne bis in idem u evropskom pravnom prostoru*, у: *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru: tematski zbornik radova*, Niš, 2011;

Илић, И, *Zabrana dvostruke ugroženosti i ponavljanje krivičnog postupka na štetu okrivljenog*, у: *Zbornik radova Правног факултета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици*, Косовска Митровица, 2011;

Илић, И, *Значај индиција за откривање и доказивање кривичних дела*, Дани Арчибалда Рајса, зборник радова са међународног научног скупа, том I, Београд, 2014;

Илић, И, Изградња кривичног поступка Србије у XIX веку, Пешчаник, бр. 12 /2014;

Илић, И, *Претпоставка невиности окривљеног и право на јавно информисање*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 61/2012;

Илић, И, *Примена начела опортунитета кривичног гоњења у државама бивше Југославије*, у: *Право и друштвена стварност : научни скуп са међународним учешћем. св. 1*, Косовска Митровица, 2014;

Илић, И, *Примена принципа in dubio pro reo у кривичном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 70 /2015;

Илић, И, *Реперкусије измењених процесних улога на утврђивање чињеница у кривичном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68 /2014;

Илић, И, *Систем правних лекова у кривичном поступку Србије XIX века*, у: *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, Ниш, 2014;

Илић, И, *Условно одлагање кривичног гоњења*, У: *Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије : тематски зборник радова. књига 5*, Ниш, 2010;

Јарамаз Рескушић, И, Меданчић, Т, *Cognitio extra ordinem у римском праву*, Правник број. 40/2006;

Јекић З, *Закон о кривичном поступку и слободe и права грађана*, у: „Слободе и права грађана и југословенско кривично законодавство“, Београд, 1994;

Јекић, З, Данић, Р, *Кривично процесно право*, Београд, 2004;

Јекић, З, *Докази и истина у кривичном поступку*, Београд, 1989;

Јекић, З, *Кривично процесно право*, Београд, 1982;

Јекић, З, *Кривично процесно право*, Београд, 1994;

Јекић, З, *Погрешне судске пресуде*, Београд, 1998;

Јовашевић, Д, *Кривично право – општи део*, Београд, 2010;

Јоцић, Д, Јанковић, Д, *Понављање кривичног поступка као ванредни правни лек у Србији*, у: *Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, Београд, 2016;

Карас, Ж, *Основе сумње и основана сумња; затворени круг индиција, Полицијска сигурност*, Загреб, бр. 4/2011;

Киурски, Ј, *Жалба јавног тужиоца и казнена политика*, у: *Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет*, Бања Лука, 2014;

Кнежевић С, *Забрана двоструке угрожености у европском праву*, Европско законодавство, Београд, бр. 11/2005;

Кнежевић, С, *Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку*, Ниш, 2007;

Кнежевић, С, *Кривично процесно право – општи део*, Ниш, 2015;

Кнежевић, С, *Малолетничко кривично право – материјално, процесно и извршно*, Ниш, 2010;

Кнежевић, С, *Основна начела кривичног процесног права*, Ниш, 2012;

Кнежевић, С, *Повластица повезаности у кривичном поступку*, Правни живот, бр. 9/2005;

Кнежевић, С, *Суђење у одсуству окривљеног*, Зборник Правног факултета у Нишу, бр. 66;

Кобовац, И, *Криминалистика*, Загреб, 1960;

Костић, М, *Врсте казни и облици кажњавања у Србији до краја другог светског рата*, Пешчаник, бр. 3/2005;

Крамарић, И, *Другостепени кривични поступак, докторска дисертација*, Нови сад, 1985;

Крапац, Д, *Размишљања о жалби због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања у кривичној пресуди*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 4/1974;

Крапац, Д, *Načelo enakosti orožij strank v kazenskem postopku (Rezultati raziskave na preiskovalnem oddelku Okrožnega sodišča v Mariboru), u: Uveljavljanje novih institutov kazenskega materialnega in procesnega prava*, Uradni list Republike Slovenije, Institut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Љубљана, 2000;

Крапац, Д, *Закон о казненем поступку и други извори хрватскога поступовног права*, Загреб, 2002;

Крапац, Д, *Казнено процесно право, прва књига – институције*, Загреб, 2010;

Крапац, Д, *Процесноправни аспект проблема утврђивања чињеничног стања у кривичном поступку*, ЈРКК бр. 3-4/1981;

Крапац, Д, *Утврдити чињенице значи уверити се у њихово постојање-властитим опажањем или доказивањем*, Наша законитост, бр. 11-12/1982;

Крапац, К, *Енглески казнени поступак*, Загреб, 1995;

Кулаш, Ј, *Проблем правних лекова у кривичном праву*, Београд, 1939;

Лажетић Бужаровска, Г, Неделкова, Л, Димитриевски, З, *Реформа кривичног процесног законодавства Македоније и систем правних лекова (закон и пракса)*, у: Правни лекови

у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Београд, 2016;

Лажетић Бужаровска, Г, *Правни лекови у новом Закону о кривичном поступку Републике Македоније*, у: Зборник радова Правног факултета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2011;

Лазаревић, Ј, *Ванредни правни лекови у кривичном поступку са посебним освртом на Лазин Ђ. Начело не бис ин идем у Кривичнопроцесном законодавству Србије и Црне Горе и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода*, у: „Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе“, Београд, 2004;

Лазин, Ђ, *In dubio pro reo у кривичном поступку*, Београд, 1985;

Лич, Ф, *Обраћање Европском суду за људска права, књига 1*, Београд, 2007;

Лукић, Р, Кошутић, Б, *Увод у право*, Београд, 2005;

Лукић, Р, *Теорија државе и права*, Београд 1976;

Лукић, Т, *Доказне радње у кривичном поступку*, Нови Сад 2011;

Мајић, М, *Вештина писања првостепене кривичне пресуде*, Београд, 2016;

Мајић, М, *Чињенични идентит пресуде и оптужбе: преиспитивање граница дозвољеног одступања*, Билтен Врховног касационог суда, бр. 2/2011;

Максимовић, S, *Суђења у кнежевини Србији пре писаних законика*, Пожаревац 1898;

Маркићевић, А, *Принцип in dubio pro reo: скица за једну расправу*, Гласник АКВ бр. 12/1984;

Марковић, Б, *О доказма у кривичном поступку*, Београд, 1921;

Марковић, Б, *Расправе из кривичног поступка*, Београд, 1914;

Марковић, Б, *Уибеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије*, Београд, 1930;

Матовски Н, *Првата фаза од реформа на македонското казнено- процесно законодавство*, Македонска ревија на казнено право и криминологија, Скопље, бр. 1-2/1995;

Матовски, Н, Лажетић-Бужаровска, Г, Калајџијев, Г, *Казнено процесно право*, Скопје 2011;

Миловановић, М, *Ванредни правни лекови у кривичном поступку – докторска дисертација*, Београд, 2016;

Милосављевић, М, *Римско јавно право*, Београд, 1898;

Мирков, Ж, *Начело in dubio pro reo као обележје правичног поступка*, Гласник АКВ бр. 1/2014;

Мрвић - Петровић, Н, *Кривичноправни положај лица са менталним поремећајима*, Темида, бр. 3/2007;

Муха, М, *Чињенична утврђења и правна оцена*, Панчево 1938;

Наумовски, Г, Бучковски, В, Поленак-Акимовска, М, Пухан, И, *Римско право*, Скопље, 2014;

Николић, Д, *Графменти правне историје*, Ниш, 1997;

Новкиришка, М, *За римското публично право*, Римско и савремено публично право, Софија, 2013;

Огорелица, Н, *Казнено процесуално право: с особитим обзиром на јудикатуру Краљ. стола седморице и касационога суда бечкога*, Загреб, 1899;

Павишић В, и сурадници, *Казнено поступовно право*, Ријека, 2011;

Павишић, Б, *Талијански казнени поступак*, Ријека, 2002;

Павловић, Ш, *Познавање и примјенљивост конвенцијских и уставних начела о правичном поступку као conditio sine qua non добре обране*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, бр. 2/2009;

Перић, Б, *Структура права*, Загреб, 1994;

Петрић, Б, *Идентитет оптужбе и пресуде у кривичном поступку*, Правни живот, бр. 6-7/1980;

Петрић, Б, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Београд, 1987;

Петрић, Б, *Коментар Закона о кривичном поступку*, друга књига, Београд, 1988;

Петрић, Б, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Шид, 1982;

Петрић, Б, *Коментар Законика о кривичном поступку*, II књига, Београд, 1987;

Петрић, Б, *Правни лекови у кривичном поступку*, Београд, 1980;

Петровић, В, *Кривично судски поступак*, Београд 1957;

Познић, Б, *Грађанско процесно право*, Београд, 1978;

Поповић, Д, *Европско право људских права*, Београд, 2012;

Преглед примене новог Законика о кривичном поступку Косова, Мисија ОЕБС, 2016;

Радуловић, Д, *Систем правних лијекова и реформа Законика о кривичном поступку Црне Горе (норме и пракса)*, у: *Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, Београд, 2016;

Радуловић, Д, *Кривично процесно право*, Подгорица, 2009;

Рајко, А, *Утврђивање чињеница и доказни поступак у управном спору*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи, бр.1/2013;

Ракочевић, В, *Индиције у криминалистици*, Правни живот бр.10/2008;

Сијерчић Чолић, Х, *Кривично процесно право, књига два*, Сарајево, 2008;

Сијерчић Чолић, Х, *Систем правних лијекова и кривично процесно законодавство у Босни и Херцеговини (основне карактеристике и искуства у примени)*, у: Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Београд, 2016;

Симић Јекић, З, *Појам и функција правних лекова и њихово место у систему кривичног процесног права*, Анали Правног факултета У Београду, бр. 1-4/1983;

Симовић, М, *Кривично процесно право – увод и општи део*, Бихаћ, 2013;

Симовић, М, Симовић, В, *Кривично процесно право – увод и општи део*, Бихаћ, 2013;

Симоновић, Б, *Криминалистика*, Крагујевац, 2004;

Соковић, С, *Доказивање индицијама*, Крагујевац, 1997;

Соколовић, Р, *Полиција и кривични поступак*, Београд, 2006;

Стевановић, Ч, Ђурђић, В, *Кривично процесно право – општи део*, Ниш, 2006;

Стевановић, Ч, *Кривично процесно право*, Београд, 1994;

Строгович, М. С, *Кривични судски поступак*, Београд, 1948;

Тадија Бубаловић, *Правни лијекови у казненем поступковном праву*, Ријека, 2011;

Тинтор, Ј, *Нови ЗКП – основни проблеми одбране*, електронски извор;

Трива, С, *Грађанско процесно право*, Загреб, 1972;

Турањанин, В, *Споразум о признању кривичног дела, докторска дисертација*, Крагујевац, 2016;

Турањањин, В, *Увођење адверсарног система у Русији кроз приказ два најважнија института – пороту и споразум о признању кривице*, Гласник права, бр. 3/2011;

Ћирић, З, Мировић, Т, *Кривица и урачунљивост правно- психијатријски аспект*, Реформа кривичног правосуђа, Ниш, 2010;

Ћоровић, Е, *Мере безбедности обавезног лечења алкохоличара и наркомана у кривичном праву – необјављена докторска дисертација*, Нови Сад, 2010;

Узелац, А, *Истина у судском поступку*, Загреб, 1997;

Фишер, Ф, *Правни лекови у кривичном поступку Словеније*, у: Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Београд, 2016;

Хациомеровић, О, *Границе испитивања ожалбене пресуде у кривичном поступку у Србији*, у: Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Београд, 2016;

Хенингсберг, Л, *Кривични поступак о правним лековима*, Београд, 1933;

Хирјан, Ф, Сингер, М, *Малољетници у кривичном праву*, Загреб, 1987;

Шешић, Б, *Основи методологије друштвених наука*, Београд, 1974;

Шкулић, М, Илић, Г, Матић Бошковић, М, *Унапређење Законика о кривичном поступку - de lege ferenda предлози*, Београд, 2015;

Шкулић, М, *Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка*, Crimen, број 2/2013;

Шкулић, М, *Жалба као редован правни лек (појам, врсте и основне карактеристике)*, у: , у: *Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, Београд, 2016;

Шкулић, М, *Кривично процесно право*, Београд, 2009;

Шкулић, М, *Кривично процесно право*, Београд, 2014;

Шкулић, М, *Начело истине и основна доказна правила у новом Законнику о кривичном поступку Србије*, Правна ријеч бр. 37/2013;

Шуперина, М, Глушчић, С, *Полиграфско тестирање у хрватском казненом и полицијском законодавству: рашичламба судске праксе*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 2/2006;

СУДСКА ПРАКСА

Adams v. Texas, 448 U.S. 38 (1980)

Adams v. Williams, 407 U.S. 143 (1972)

Alabama v. White, 496 U.S. 325 (1990)

Application no. 15890/89

Barbera, Maseque and Jabardo v. Espana, 10588/83, 10589/83, 10590/83

Beck v. Ohio, 379 U.S. 89 (1964)

Belziuk v. Polland, App. no. 23103/93

Cesario Gómez Vázquez (Represented by José Luis Mazón Costa) v. Spain, Communication No. 701/1996, U.N. Doc. CCPR/C/69/D/701/1996 (2000)

Colozza v. Italy, 9024/80
De wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium, 2832/66 2835/66 2899/66
Delcourt v. Belgium, 2689/65
Ekbatani v. Sweden, 10563/83
Ensslin, Baader and Raspe v. Germany, 7572/76
Evitts v. Lucey, 469 U.S. 387, 393 (1985).
Franks v. Delaware, 438 U.S. 154 (1978)
Galstyan v. Armenia, App. no. 26986/03
Golder v. The United Kingdom, app. no. 4451/70.
Grace v. Butterworth, 586 F.2d 878 (1st Cir. 1978).
Graviano v. Italy, Application no. 10075/02
Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12, 18 (1956).
Gurepka v. Ukraine, App. no. 61406/00
Immobiliare Saffi v. Italy, App. no. 22774/93
In re Winship, 397 U.S. 358 (1970).
Khashiyev and Akayeva v Russia, 57942/00, 57945/00 (24/02/2005)
Korošec v. Slovenia, Application no. 77212/12
Kostovski v. Netherland, Application no. 11454/85
Kourtessis v. Minister of Nat'l Revenue, [1993] 2 S.C.R. 53, 69 (Can.)
Koval v. Ukraine, Application no. 65550/01, § 113.
Kress v. France Application no. 39594/98
Krombach v. France, App. no. 29731/96
Krombach v. France, Application no. 29731/96
Lamanna v. Austria, 28923/95.
Mađer v. Croatia, 56185/07.
Matijašević v. Serbia, 23037/07
Medenica v. Switzerland, 20491/92
Mellich and Beck v. Czech Republic, 35450/04
Minelli v. Switzerland, 8660/79
Monnell and Morris v. United Kingdom, 9562/81 9818/82
Natsvlshvili and Togonidze v. Georgia, 9043/05
Ornelas v. United States, 517 U.S. 690 (1996)
Pellegrini v. Italy, 30882/96

Poitrimol v. France, 14032/88.
R v Majid [2009] EWCA Crim 2563 (12 October 2009).
R v Owen [2008] 2 NZLR 37 (SC) 45
R. v. Layton, [2009 2 SCR 540] (SCC 2009).
R. v. Lifchus, [1997 3 SCR 320] (SCC 1997).
R. v. Sheppard, [2002] 1 S.C.R. 869, para. 25 (Can.)
R. v. Smith, [2004] 1 S.C.R. 385, para. 21 (Can.)
Ruiz Torija v. Spain, 18390/91
S. v. Rens 1996 (1) SA 1218 (CC) para. 26 (S. Afr.).
S. v. Shinga 2007 (2) SACR 28 (CC) para. 40 (S. Afr.)
S. v. Shinga 2007 (2) SACR 28 (CC) para. 52 (S. Afr.);
S. v. Steyn 2001 (1) SA 1146 (CC) para. 23 (S. Afr.)
S. v. Steyn 2001 (1) SA 1146 (CC) para. 24 (S. Afr.).
S. v. Twala 2000 (1) SA 879 (CC) para. 9 (S. Afr.).
Shvydka v. Ukraine, App. no. 17888/12
State v. Bridges, 133 N.J. 447, 628 A.2d 270 (1993)
Supreme Court of Georgia, 490 S.E.2d 389 (1997).
Tanli v. Turkey, App. no. 26129/95, dec.
Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968)
Tužilac protiv Erdemovića, IT-96-22-A
Tužilac protiv Tadića, IT-94-1-A
Tužilac protiv Tadića, IT-94-1-A
Tužilac protiv Tadića, IT-94-1-A, §32
United States v. Burston, 159 F.3d 1328, 1335-36 (11th Cir.1998)
United States v. Gonzalez, No. 02-50160. Decided: May 05, 2003
United States v. Hernandez-Rodriguez, No. 05-51429. Decided: October 09, 2006
United States v. Owen, 500 F.3d 83, 85 (2d Cir. 2007), cert. denied, 128 S. Ct. 1459 (2008)
United States v. Ross, 456 U.S. 798 (1982)
United States v. Seago, 930 F.2d at 488;
Unterpertinger v. Austria, 9120/80
Victor v. Nebraska, 511 U.S. 1 (1994).
Walker v. UK, App. no. 37212/02, dec.
Welch v. The King, [1950] S.C.R. 412, 428 (Can.),

Winston v. Lee, 470 U.S. 753 (1985)
X v. United Kingdom, пресуда од 04.04.1990.
Врховни суд Републике Хрватске, IV Кж 12/03;
Врховни суд Републике Хрватске, IV Кж 37/04;
Врховни суд Републике Хрватске, IV Кж-11/1999;
Врховни суд Републике Хрватске, IV Кж-11/1999;
Врховни суд Србије, Кж. I 1674/97
Врховни суд Србије, Кж. I 567/99.
Одлука АСБ, Кж I, бр. 3111/10
Одлука АСБ, Кж2. По1, 461/2013
Одлука АСБ, Кж2-По1
Одлука АСНС, Кж. I бр. 827/13
Одлука Врховног суда Србије, Кж, II, бр. 23/83
Одлука Врховног Суда Србије, Кж. 673/67
Одлука Врховног суда Србије, Кж. I 363/99
Одлука Врховног суда Србије, Кж. бр. 579/91
Одлука Врховног суда Србије, Кж. I, 800/00
Одлука Врховног суда Србије, Кзс. 1003/01
Одлука Врховног суда Хрватске, I, Кж-675/02
Одлука ВС БиХ, Кж. 465/67
Одлука ВСВ, Кж. бр. 143/87
Одлука ВСВ, Кж. бр. 248/74
Одлука ВСЈ, Кж, 16/68
Одлука ВСЈ, Кз. бр. 105/67
Одлука ВСПХ, И Кж-593/95 од 27. 09. 1995.
Одлука ВСС Кж I 949/83
Одлука ВСС Кж. бр. 494/86
Одлука ВСС, Кж I, бр. 45/08
Одлука ВСС, Кж I, бр. 1196/81
Одлука ВСС, Кж. 833/66, од 2.6.1966. године.
Одлука ВСС, Кж. I 259/89 од 23.05.1989. године, Кж. 1184/03.
Одлука ВСС, Кж. I бр. 352/98
Одлука ВСС, Кж. II 680/76

Одлука ВСС, Кж2, бр. 1746/06
Одлука ВСС, Кзз. бр. 28/06
Одлука ВСС, Кр. 182/67
Одлука ВСХ, I Кж. 1864/
Одлука ВСХ, Кж. 960/82
Одлука ВСХ, Кж. бр. 1531/58
Одлука ВСХ, Кж. бр. 201/72
Одлука ВСХ, Кж-315/89 од 6. 12. 1990.
Одлука ВСХ, Кж-624/88 од 8. 11. 1989. године.
Одлука Окружног суда у Београду, Кж. 3335/03
Одлука Окружног суда у Београду, Кж. 628/97
Одлука Савезног врховног суда, Кз. 24/61
Одлука Савезног суда, Кзс. 26/86
Одлука Савезног суда, Кзс. 55/78
Одлука Уставног суда Хрватске У-III-1371/2009;
Пресуда VSRH, Кж-27/97
Пресуда Апелационог суда у Новом Саду број Кж. 1-1685/13
Пресуда Врховног касационог суда КЗЗ 12/10
Пресуда Врховног касационог суда Кзз бр. 87/2011;
Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1 2236/03
Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1 621/05
Пресуда Врховног Суда Србије, Кж. 1 950/08
Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1940/02
Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 2346/03
Пресуда Врховног суда Србије, Кж. I 529/86.
Пресуда Врховног суда Србије, Кж. I-607/04/1
Пресуда Врховног суда Србије, Кж.1 812/04
Пресуда Врховног суда Србије, Кж. I.бр.388/03 ођ 01.04.2003. гођине и пресуда
Окружног суда у Београду, К.бр.743/02;
Пресуда Врховног суда Србије, Кзз. 20/02
Пресуда Врховног суда Хрватске бр. 1 КЖ-386/00 – 3.
Пресуда ВСВ, Кзз. 2/87
Пресуда ВСЈ, Кж. 19/59

Пресуда ВСС, Кж. 14/76,
Пресуда ВСХ Кж. 1482/71, од 11.11.1971., и ВСХ Кж. 1924/73
Пресуда Другог општинског суда у Београду К. 1261/02
Пресуда Округног суда у Бањалуци, број 011-0-Кж-К-07-000015
Пресуда Округног суда у Бањалуци, број 011-0-К-07-000 004
Пресуда Округног суда у Бањој Луци, број К-16/03
Пресуда Округног суда у Београду Кж. 529/05
Пресуда Округног суда у Београду, Кв. 1175/78
Пресуда Округног суда у Београду, Кж. 12/95
Пресуда Округног суда у Београду, Кж. 374/05
Пресуда Општинског суда у Суботици, К бр. 106/04;
Пресуда Основног суда у Београду, Кж. 2916/03
Пресуда Основног суда у Сомбору број К.1581/12
Пресуда Првог општинског суда у Београду, К. бр. 859/06
Пресуда Уставног суда Хрватске, У-III-334/2013
Пресуда Четвртог општинског суда у Београду К.828/01
Решење Апелационог суда у Београду, Кж. 1. бр. 149/1
Решење Вишег привредног суда, Пкж. 768/99
Решење Врховног војног суда II К. бр. 514/85.
Решење Врховног суда Србије, Кж бр. 706/03;
Решење Врховног суда Србије, Кж. 1 555/06
Решење Врховног суда Србије, Кж.1 1267/05
Решење Врховног суда Србије, Кж.1 1267/05 од 3.11.2005.
Решење Округног суда у Београду, Кж. 825/03
Решење округног суда у Суботици, бр. Кж бр. 370/08;

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

<http://gimza.edu.rs/novosti/?p=106>.

http://ilac.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/project_ilac/Publikationen/AustrianLegalSystem.pdf

http://ilac.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/project_ilac/Publikationen/AustrianLegalSystem.pdf

<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol28/iss3/7>

http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/ordonnance_criminelle_de_1670.htm

<http://www.arhivnis.co.rs/cirilica/idelatnost/br%203/cvrstakazni.htm>

http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/caa1912137/s5.html

<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/Reopening/PDFs/Denmark.pdf>

<http://www.droitbelge.be/codes.asp#ins>

http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.okruznisud-bl.com%2Fdownload%2Fstrucni-radovi%2Fkrivicno-prekrsajno%2FIdentitet-presude-i-optuzbe.doc&ei=izSyVJT0KoeCzAPA64HoCg&usg=AFQjCNEdzSP51_QkKeuB6EvKNLbC_IK68g&bvm=bv.83339334,d.bGQ

http://www.government.se/contentassets/a1be9e99a5c64d1bb93a96ce5d517e9c/the-swedish-code-of-judicial-procedure-ds-1998_65.pdf

http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_bcs.pdf

http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_bcs.pdf

<http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/615.htm>

http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2016/02/inter_the_Romanian_Code_2016.pdf

[http://www.law.gov.cy/law/lawoffice.nsf/all/5DA777B58AFEB603C2257433002DFC7F/\\$file/Protocols_to_the_European_Convention_for_the_Protection_of_Human_Rights_With_their_Explanatory_Reports.doc](http://www.law.gov.cy/law/lawoffice.nsf/all/5DA777B58AFEB603C2257433002DFC7F/$file/Protocols_to_the_European_Convention_for_the_Protection_of_Human_Rights_With_their_Explanatory_Reports.doc)

<http://www.legalcrunch.com/car-accident/what-is-the-reasonable-person-standard/>

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/35/pdfs/ukpga_19950035_en.pdf

<http://www.legislationline.org/documents/id/3850>

<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>

<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>

<http://www.parliament.am/library/Qreakan/bulgaria.pdf>

http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/AGaracic-Zahvati_suda_u_cinjenicni_opis_optuz.PDF

http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/AGaracic-Zahvati_suda_u_cinjenicni_opis_optuz.PDF

<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/de/de/de186de.pdf>

<https://blog.aks.org.rs/wp-content/uploads/2015/11/osnovni-problemi-odbrane.pdf>
https://works.bepress.com/christoffer_wong/15/
<https://www.congress.gov/108/plaws/publ405/PLAW-108publ405.pdf>
https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html
<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf>
https://www.unodc.org/cld/document/dnk/1992/administration_of_justice_act_as_of_1996.html
http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/BrkicB_Identitet-izmedju-presude-optuzbe_2004.pdf

БИОГРАФИЈА АУТОРА

Иван Илић је рођен 20. јуна 1981. године у Нишу. У Нишу је завршио основну школу „Учитељ Таса“ и Гимназију „Светозар Марковић“. Правни факултет Универзитета у Нишу је уписао школске 2003/2004. године. Дипломирао је 2009. године, са општом просечном оценом 9.65. Током студирања је био стипендиста Града Ниша и EFG Eurobank. Победник је такмичења из међународног хуманитарног права. Током студија је награђиван је за успехе на такмичењима.

Докторске академске студије права је уписао школске 2009/2010 године (смер: кривичноправни). Испите на докторским академским студијама је завршио са просечном оценом 10.00. Током докторских студија је израдио и одбранио приступни рад на тему „Начело *ne bis in idem*“, као и два семинарска рада, под насловом „Начело легалитета и опортунитета у законодавствима транзиционих земаља“ и „Процесна заштита малолетних сведока“. Током докторских студије је био стипендиста Министарства просвете и науке.

Од маја 2010. године је запослен на Правном факултету Универзитета у Нишу, као сарадник у настави, а од маја 2012. године као асистент за кривичноправну научну област. Секретар је катедре за кривичноправне науке. Учествовао је на преко 40 научних скупова у земљи и иностранству. Аутор и коаутор је више десетина научних чланака. У раду се служи енглеским и немачким језиком.