

др Владимир Водинелић,

редовни професор Правног факултета у Крагујевцу, у пензији

НАУЧНИ ПРОБЛЕМИ НА РЕЛАЦИЈИ ДОКАЗНИ ИЗВОР - ДОКАЗ - ДОКАЗИВАЊЕ У КРИВИЧНОМ ПРОЦЕСНОМ ПРАВУ

У страној и нашој кривично-процесној науци постоје неслагања и контроверзе у погледу дефинисања и утврђивања односа на линији доказни извор-доказ-доказивање. Један од узрока немоћи да се мериторно одреде фундаментални појмови доказне теорије сагледавам у херметизму великог броја процесуалиста, који су се затворили према значајним открићима савремене науке: системно-структурној теорији, теорији информације (1) и криминалистичким сазнањима. Ова сазнања, наиме, важе за све, па и најспецијалније научне области и представљају неопходан методолошки допринос, без кога се кривично-процесне теорије морају, заробљене у садашњем свом догматском оклопу, задовољити тапкањем у месту. Још од моје дисертације (1969) и у свим каснијим радовима из криминалистике и доказне теорије, убеђен да се не могу изнаћи правилне дефиниције основних појмова доказне теорије без кориштења резултата и метода теорије информације и системно-структурне теорије, трудио сам се да створим доследно и конзистентно учење (2).

Кључне речи: Доказни извор. - Доказ. - Доказивање. - Предмет доказа. - Информација.

I. ДА ЛИ ЈЕ ДОКАЗИВАЊЕ ЈЕДИНИ ПУТ УТВРЂИВАЊА СПОРНИХ ЧИЊЕНИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ?

По овој дилеми постоје у нашој кривичнопроцесној науци два схватања. По првом учењу, истинитост тврдње о чињеницама из прошлости (*themi probandi*, спорним чињеницама) може се проверити и утврдити само путем откривања и установљивања доказа тј. доказних чињеница, дакле посредним путем - доказивањем (3).

(1) У криминалистици и кривичнопроцесном праву ова становишта заступа и оживотворује још и др Б. Павишић, професор кривичнопроцесног права и криминалистике на Правном факултету у Риједи и судија Врховног суда у Загребу.

(2) Овај рад чини целину са чланком *Проблематика чињеница у доказној теорији кривичног процесног права*, *Анали Правног факултета у Београду*, 5/1992.

(3) Б. Марковић, *О доказима у кривичном поступку*, Београд, 1921. "Али извесност или истинитост једне чињенице може се добити само из других чињеница, које су већ

Схватање да доказивање није једини начин утврђивања чињеница у кривичном поступку створио је у нас V. Вагел у капиталном делу о доказима (4). Он тврди да суд неке чињенице не утврђује доказивањем него властитим опажањем. "Но суд утврђује неке чињенице и *властитим опажањем*, а не доказивањем". "Из онога што је речено произлази да су индицији за органа кривичног поступка *извор сазнања* о правно релевантним чињеницама. Како изворе сазнања о чињеницама у кривичном поступку, различите од властитог опажања кривичног поступка називамо доказима, произлази да су индицији докази..." "Доказе у ужем смислу ријечи не можемо поистовјетити с чињеницама било које врсте, јер су докази у ужем смислу ријечи извори сазнања о чињеницама, а не чињенице". Вагел је био у заблуди, сматрајући да је он једини творац учења да се неке чињенице утврђују и властитим опажањем. Међутим, на исти начин размишља и низ совјетских процесуалиста (5). *Сматрам да уопште не постоји могућност непосредног запажања предмета доказивања (theme probandi)*. Он се може утврдити једино и само процесом доказивања. Надаље докази су, по мени, чињенице, које се деле на непосредне и посредне (индицијалне) доказе. Чињеницу схваћам битно другачије од писаца које критикујем. Чињеница је гносеолошка категорија. Нека ствар, појава, догађај, процес постаје чињеницом само онда и управо тиме што их је орган кривичног поступка *спознао* (концептуализовао), придајући им одређено значење (интерпретацију) као релевантним у кривичној ствари (6). Истинитост тврдње о кривичном делу као скупу чињеница из прошлости, нпр. о извршеној провалној крађи, не може нико утврдити непосредним опа-

извесне и које стоје у тако тесној вези с чињеницом, која треба да се докаже, да се ова из оних изводи... једна доказује другу, њен је доказ", стр. 4-5. *Уџбеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије*, Београд, 1937, стр. 281; Тихомир Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд, 1981. "Суд изводи закључке о извесности одређене чињенице коју треба доказати из других чињеница које су већ доказане, а у вези су са оним које треба доказати ... чињеница која је већ утврђена и из које се изводи закључак о истинитости чињеница коју треба доказати назива се доказни основ...", стр. 294.

Драгољуб Димитријевић, *Кривично процесно право*, Београд, 1981. "Доказ је чињеница о истинитости или неистинитости спорне чињенице." стр. 184; Д. Димитријевић, Милица Стефановић-Златић, Ђорђе Лазин, *Кривично процесно право*, Београд, 1986, стр. 182; В. Водинелић, *Доказивање - једини пут утврђивања спорних чињеница у кривичном поступку*, Наша законитост, 11-12/1978, стр. 31-52.

(4) *Југословенско кривично процесно право*, Књига друга, Право о чињеницама и њиховом утврђивању у кривичном поступку, Загреб, 1972, стр. 15, 19, 30. Вагелово схватање нарочито примењује Загорка Јекић, *Докази и истина*, Београд, 1989, стр. 9-12.

(5) В. Ја. Лившиц, *Принцип непосредности в советском уголовном процессе*, М.-Л. 1949, стр. 18-19; А.А. Пионтиковский, *К вопросу о теоретических основах советской криминалистики*, Советскаја криминалистика на службе следствија, вип. 6, М., 1955, стр. 25; А.А. Старченко, *Логика в судебном исследовании*, М., 1958, стр. 19-20; В.С. Николаев, *Обоснованность приговора*, М., 1959, стр. 37-39; В.Д. Арсеньев, *Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе*, М., 1964, стр. 71-82; П.А. Лупинскаја, *Доказивање в советском уголовном процессе*, М., 1966, стр. 21-22; Ј.М. Луизгин, *Раследование как процесс познания*, М., 1968, стр. 12-13, Р.С. Белкин, А.Ј. Винберг, *Криминалистика и доказивание*, М., 1966, стр. 12-13; В. Ја. Дорохов, *Теорија доказатељств в советском процессе*, М., 1973, стр. 202-204.

(6) В. Водинелић, *Проблематика чињеница у доказној теорији кривичног процесног права*, *Анали Правног факултета у Београду*, 5/1992.

жањем. Орган кривичног поступка (и то нико не оспорава) може чулно опажати лице места, предмете и трагове (за које треба утврдити да ли су настали кривичним делом), оштећене објекте, претресом пронаћи плодове кривичног дела (нпр. украдене ствари, новац, фалсификоване новчанице, наркотике) итд. итд. *Кривично дело је извршење забрањене радње, а њу суд не може непосредно опажати.* Уколико је кривично дело (што је крајње изузетно) извршено пред судским већем, ово је самим тим изузето, а његови чланови фунгирају у улози сведока. То налаже начело неспојивости кривичнопроцесних функција. Није проф. Вауер једини научник који робује заблуди да је управо судско чулно опажање највалететније. П. Ј. Савић је мислио да је у кривичном поступку идеалан случај за утврђивање истине када неко изврши кривично дело на очиглед судског већа (7). 1977. године десио се у Крагујевцу догађај, који, поред других, ову тезу ставља под озбиљну сумњу. За време одржавања главног претреса у бракоразводној парници, тужени супруг, који је хтео по сваку цену спречити развод брака, изненада је извадио пиштољ и испалио метак у таваницу. Судије, изненађене и доведене у афективно стање, нису касније могле дати поуздане исказе у погледу круцијалних чињеница: да ли је окривљени уперео пиштољ у правцу супруге (покушај убиства), па му је бранилац савио руку према поду, док је он тежио да руку са пиштољем доведе у водораван положај (према супруги). Његов адвокат је коначно успео да пиштољ у тренутку испаљења усмери према таваници. Да ли се радило само о демонстративном пуцању, што би значило да је учинилац одмах уперео пиштољ према плафону, а бранилац није у хрвању успео да му отме пиштољ пре испаљења хица, или овај није располагао поузданим сећањем, а узроке за ту несигурност је одавно проучила психологија исказа (8)? Сва круцијална питања кривично веће је принуђено решавати балистичким, судскомедицинским вештачењем, реконструкцијом догађаја, експериментом итд., дакле искључиво доказивањем. Види се да ни "идеалан случај" није "имун" од још како сложеног доказивања. А што тек остаје да се каже за супротан, загонетан случај несћанка заповедника брода "Christofera Olendorfa", Bernarda Janicke-a, који је у дубокој ноћи "ишчезао" са брода, док се непосредно пре тога зачуо крик. Криминалистичко-тактичка диференцијална дијагноза, која је задавала главобољу полицији и истражном судији у Бару, колебала се између две верзије: убиство или самоубиство?

Вауер (9) овако резонира: "По нашем мишљењу, доказивати да нека чињеница постоји или не постоји, значи *увјеравати некога или увјеравати самога себе у то* да односна чињеница постоји или не постоји. Никога, међутим, није потребно увјеравати да постоји односно да не постоји нека чињеница ако онај тко треба да спозна (утврди) ту чињеницу може њезино постојање односно непостојање установити властитим осјетилима (властитим опажањем)... И суд се доказима служи само онда када чињенице не може утврдити властитим опажањем. Увиђај тј. процесна радња у којој орган кривичног поступка властитим

(7) "Судија би најбоље догађај сазнао онда када би био присутан саме догађају у моменту када се овај збива." *Теорија судских доказа* Београд, 1886, стр. 127.

(8) В. Водинелић, *Криминалистика*, Београд, 1987, стр. 281-304.

(9) Вауер, *op. cit.*, стр. 16, фуснота 14.

опажањем утврђује чињенице, није, дакле, доказ. Доказ би се, према томе, могао дефинирати као извор из којег је неко стекао увјерење да постоји или не постоји нека чињеница коју он не може утврдити властитим опажањем.” Окривљени је за време главног претреса замахнуо ножем према главном сведоку оптужбе, који је нагонски устукнуо тако да је у том тренутку убоде у слабину. *Иако је кривично веће непосредно опажао баш само извршење физичке радње* (напад ножем), *спорне чињенице* (покушај убиства, умишљајна телесна повреда?) *не могу се утврдити на другачији начин осим доказивањем*. По мени, истражни и расправни судија могу непосредно опажати само сигнале - физичке носиоце доказне информације о последици кривичног дела, али не и саму његову последицу. Исто тако стоји ствар и са предметима кривичног дела. То су доказне чињенице, чија се веза са кривичним делом мора тек доказати. Пиштољ нађен поред руке мртваца није увек самим тим и средство извршења убиства, јер се догађа да учинилац на лицу места остави туђи пиштољ како би сумња пала на невиног човека, а свој пиштољ сакрије. Или учинилац изврши убиство жртвиним пиштољем, те му га стави у руку да би прикрио убиство, тј. симулирајући самоубиство приказао да пиштољ није corpus delicti (10). Увиђајни орган чулно опажа да је на вратима трговине разбијена брава и да нема вредности које су се ту, наводно, налазиле. Истражни судија непосредно запажа да је ладница стола, из којег је нестало новац, оштећена, криминалистички техничар ће макро и микро трагове наводног обијања, узмимо, квалитетно и верно фиксирати нпр. помоћу силиконске масе lastic. Саму провалну крађу (предмет доказивања, суштину или привид опажене појавности) нико не може утврдити, непосредним чулним опажањем. Зар је једанпут иза ”очигледне провалне крађе” откривена фингирана крађа ради прикривања сукцесивно вршене про- невере? Суштина ствари: да ли су што стварно обили, којим и чијим средством, да ли су трагови обијања прави или лажни, проблем идентитета оруђа решава се експерименталним обијањем нападнутог објекта и механичким вештачењем упоредних трагова (одливених микро- рељефа) помоћу компаративног микроскопа, дакле, доказивањем. Ако је пак ”обијен или проваљен” објект приступачан непосредном чулном опажању, то нико не може рећи за микро-траг употребљеног оруђа, чије је вештачење (дакле, доказивање) одлучујуће у овој кривичној ствари. Те су две ствари међусобно повезане узрочно-последичном, индивидуализујућом корелацијском, сињалетичком, супстанционалном, функционалном, супсидијарном, трансформационом, интегралном и кумулативном везом (11), али се та повезаност (суштина кривичне ствари) може открити не непосредним чулним опажањем него процесним доказним радњама, чији су резултати докази. Доказивање се збива на основу планирања верзија као вероватних модела кривичног догађаја и мисаоних реконструкција претпостављених или утврђених доказних чињеница. Увек, без изнимке, имамо посредни пут утврђи-

(10) В. Водинелић, *(Не)држање оружја у руци жртве као индиција у кривичном поступку*, Безбедност, стр. 701-714.

(11) *Идентитет особа и ствари као елементи предмета доказивања у кривичном поступку*, Законитост, 6/1991, стр. 661-689.

вања предмета доказа (12). Не смомо превидети да *истражни судија може врло добро опажати неки предмет или траг као макроскопску физичку ствар*, али се она јавља као предмет кривичног дела или криминалистички траг тек и само ако је путем криминалистичке идентификације (тј. вештачењем, што ће рећи доказивањем) доведена у релевантну везу с извршењем дотичног кривичног дела. То што је судија непосредно чулно опажао облик макро-трага или макро-предмета не решава проблем предмета доказивања. Убица је извршио провалну крађу у трговини и оставио на поду своју личну карту како би унапред отклонио од себе сумњу у погледу убиства. Нема сумње да судија ту легитимацију запажа својим чулом вида. Пошто не постоји сумња да је она кривотворена, није потребно вештачење. Али, питање улоге те личне карте као доказне чињенице у тој кривичној ствари не може решити ничији чулни опажај.

У селу је изгорела осигурана зграда. Тог дана је било олујно невреме, севале су муње. Да ли је стварно гром запалио кућу или је посреди умишљајна паљевина ради добијања осигурања? Истражни судија може сатима "непосредно опажати" згариште. Што ће то значити? Потпаљивачи више пута користе кишне олује за своју криминалну делатност, јер желе оставити утисак да је посреди природан пожар изазван ударом муње. Када се као узрок пожара наводи тај удар, мора се увиђајем (13) и вештачењем утврдити стање металних делова. Гвоздени делови показују тада магнетична својства, а жице спиралне завртње. Ако истражни судија у динамичкој фази увиђаја утврди да су метални делови намагнетисани, те твари ће асервирати, наредити вештачење и имати доказ да је посреди кривичноправни случај. Ако се не нађу намагнетисани делови, то је доказна чињеница да није било удара грома, дакле, извршена је умишљајна паљевина.

Конкретне чињенице у вези са проналажењем предмета или трагова (*па да би они постали предмет и траг кривичног дела или били елиминисани као ирелевантни*) даду се установити само посредованим сазнањем.

Концепција о непосредном опажању чињеница у кривичном поступку полази од, по мени, погрешне премисе: ако су две ствари међусобно повезане, а прва је доступна непосредном опажању, тада то мора бити случај и с другом ствари. Али, када би се суштина кривичне ствари непосредно откривала чулима, коме би били потребни теорија информације, доказна теорија, хеуристичка криминалистика, свака наука, па и мишљење. Гледиште о два пута утврђивања спорних чињеница у кривичном поступку је погрешно, надаље, и стога што дотични писци нису узели у обзир сазнања криминалистике и других форензичких наука. Они би иначе морали доћи до спознаје да када је нека појавност (физичко "тело" чињеница) доступна непосредном чулном опажању, то нипошто истовремено не значи да судија спорне чињенице спознаје "непосредно", без доказивања. У кривичном поступку се чулно опажање не збива изван сфере доказивања. Чулно опажање истражног (и

(12) В. Водинелић, *Доказивање - једини пут утврђивања спорних чињеница у кривичном поступку*, Наша законитост, 11/12, 1978, стр. 31-52.

(13) В. Водинелић, *Криминалистика*, Београд, 1978, стр. 375-400.

расправног) судије одвија се искључиво у радњама које добијају процесно (казно) значење не само због тога што их предузима судија него и зато што су опшени трагови и предмети кривичног дела фиксирани и придодати судском предмету у својству стварних доказа. Ако то није могуће, сигнали, носиоци доказних информација, су у најмању руку описани у записнику о увиђају итд, па је првостепени (и жалбени) суд у могућности да (бар приближно) начини исто такво опажање, као да је и сам обавио аутентични увиђај, да уједно располаже грађом за пуну, свестрану и објективну проверу доказних информација и њихову оцену. Иначе би и непосредно опажање судије, које није фиксирано уз провођење процесних одредаба могло бити употребљено у кривичном поступку. ЗКП, међутим, не познаје пресуде које би се заснивале на резултатима непосредног опажања судије, а не на доказима. Он је у том погледу веома децидиран и категоричан: пресуда се може заснивати само на доказима, који су изнети на главном претресу. Не постоје доказна средства нити процесна форма за "непосредно спознавање спорних чињеница". Потребно знање о кривичној ствари може се постићи само процесуалним доказивањем. Једини могући пут за истинито спознавање целокупности чињеница, које улазе у предмет доказивања, налази се у прикупљању, проверавању, изградњи доказне зграде и њеној оцени, из простог разлога што су спорне чињенице ствар прошлости, а непосредном опажању су доступни само докази - чињенице у смислу сигнала - носиоца информација (реликата који су још остали). Т. Васиљевић (14) је у праву: "Доказ у поступку управљен је и намењен свим процесним субјектима (процес је правни однос између њих) и сви су субјекти заинтересовани за доказ, не само суд". Др. Младен Грубиша (15) је пружио убедљиву критику Вауеговог схватања, подупирући Водинелићеву критичку анализу из 1978.

II. ПОЈАВНОСТ И СУШТИНА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Докази су само оне конкретне чињенице објективне стварности чија целокупност (суштина) служи утврђивању истине у кривичном поступку. Оне су "извађене" из система реалности у коме су се држале заједно по принципу универзалне повезаности и међусобне условљености појава. Судија је чињеничном супстрату придао ово или оно значење (интерпретирао је ч₁), али ч₁ не претвара у доказ (ч₂) околност да је судско веће на основу ње стекло одређено уверење о кривичној ствари. Вауег доживљава доказ на субјективистички начин. Да би била истински доказ, чињеница мора имати објективна својства, бити у таквим односима који реално постоје изван и независно од свести судског већа, а допуштају закључак о предмету доказивања. *Није важан само резултат него и пут доказивања*: зашто чињенице (ч₁) тако утичу на судско веће, на чему се заснива такво деловање доказа. То, по мени, не значи ништа друго него *изнаћи и повезати чињенице у такав систем који с извесношћу (сигурношћу) утврђује предмет доказивања*. Су-

(14) Систем кривичног процесног права СФРЈ, Београд, 1981. стр. 296.

(15) Младен Грубиша, Чињенично стање у кривичном поступку, Загреб, 1980, стр. 11; В. Водинелић, Доказивање - једини пут утврђивања спорних чињеница у кривичном поступку, Наша законитост, 11/12, 1978, стр. 31-52.

штина доказа је таква њихова објективна веза са предметом доказивања, која је кривичноправно релевантна и истинита. Чињеница (доказ) добија свој "ауторитет" и "достојанство" од стварности која је "судија" о истини без призива. Она то постиже јер је исечак, фрагмент те исте стварности. Али објективно-реална ч₁, сама по себи и сама од себе, ћути као нека врста "немог сведока", који дакако постоји, али не говори. Увек је кривично-процесни субјект онај који разјашњава (интерпретира) ч₁, те је "претвара" у ч₂. Отуда у кривичном поступку једну исту ч₁ ЈТ објашњава на један начин, одбрана на сасвим други, често супротан, а суд није обавезан да прихвати ниједно тумачење него, можда, има своје посебно, које даје у образложењу пресуде.

Петар је испустио опушак и запалио шуму. То је свакако кривични догађај (16). Али, он је *могао*, закупуљен бригама, тај опушак да испусти сасвим несвесно (суштина: несвесни нехат), *могао* је лакомислено држати да се од тог опушка шума неће запалити (суштина: свесни нехат), *могао* је то учинити свестан свог дела, хотећи његово извршење (суштина: директан умишљај), *могао* је помислити: "До пожара може доћи од тог бацања опушка, читао сам већ о таквим случајевима, е па шта" (суштина: евентуални умишљај). Биће кривичног дела (његова суштина) није, са гносеолошког становишта, ништа друго него информациони модел кривичног дела. Модел пружа кривичару правилне представе о томе која обележја кривичног дела (суштина) морају постојати у конкретном случају, која својства, везе и односе морамо изнаћи у процесу доказивања (ако је одређено кривично дело стварно извршено). Све релевантне чињенице (ч₁) - као појаве објективне стварности - међусобно су повезане - у унутрашњем погледу - управо тиме што оне одражавају - за све идентичне типске појаве - *заједничку и јединствену суштину догађаја у прошлости* - нпр. проневеру (чл. 251 КЗ Р Србије). Све те чињенице које су настале извршењем кривичног дела, или су се њим у некој другој релевантној вези, појављују се у кривичном поступку као докази (чињенице), на основу чијег система (доказне зграде) се изводи закључак о (не) постојању кривичног дела и кривца.

Пракса непобитно доказује да се суштина не испољава одмах и сва него делимично, поједином тек страном, фрагментарно. У поједином доказу суштина налази само своје делимично испољавање - свој парцијални одраз. Фрагментарно испољавање значи уједно и вишезначност. Док је суштина обавезно само једна, појава је вишезначна. У томе и леже потешкоће око правилности интерпретације ч₁ (дакле ч₂). Унутрашњу повезаност свих појава (ч₁) могуће је утврдити тек истраживањем и изналагањем система појава које чине конкретно кривично дело. Баш зато што је у суштини кривичног дела унутрашња одредба, она, за разлику од појава (ч₁), не може бити дата непосредном чулном опажању него је приступачна само рационалној обради. У оквиру појава постоји и општеспољно (много заједничких испољавања). Нпр. у бројним случајевима инсценирања (фингираних) провалних крађа пословођа разбија стакло на радњи изнутра, јер се боји да би га неко могао запазити ако то чини споља. Искусан кривичар, полазећи од алгорита

(16) О кривичном догађају види монографију В. Водинелића, *Што је откривање, а што разјашњавање кривичног дјела и разоткривање учиниоца*, Загреб, 1990, стр. 25-28.

који му пружа криминалистика, изучава увиђајем радијалне и концентричне пукотине на површинама бридова преломљеног стакла. Њихов рељеф показује са које је стране стакло разбијено. Увиђајни орган не утврђује само да је прозор разбијен (та је чињеница очита, али она још није кривичноправно релевантна). Он, ако позна методу Вауегнфеинда и Матвејева (17), дедуковано "зна" шта је опште, заједничко - спољно, а не види се механички, "голим" запажањем. Кривичар мора знати да дешифрује "код" информације, коју му пружа разбијен прозор, сигнал информације. Он уме да "гледа" знањем (мозгом који је остручен). Стога сам и одредио ч₁ као онај фрагмент стварности с којим је кривичар радно-мисаоно (у нераскидивом јединству) дошао у додир (и трансформисао је у ч₂). Тај исечак стварности постаје чињеницом тек стварањем односа на линији субјект - објект. У примеру са прозором, чулно (појавно) и унутрашње (суштина) су сливени у знању да провалник (кад би постојао) не би могао развити прозор изнутра као пут продирања споља и та се сливеност испољава у планирању хеуристичке верзије о фингираној провали.

III. ДОКАЗНИ ИЗВОР, ДОКАЗ И ПРЕДМЕТ ДОКАЗА

Сигнал је материјални носилац информације (који означавам са ч₁), а информација је његова слика (производ) у свести спознајног субјекта. Али, информација има своју материјално-тварну и енергетску страну, која њу укључује у сферу материје, при чему су свест и мишљење њена друга страна (ч₂). Имамо случај јединства, баш као што језик и мишљење чине јединство. Важно је овде истаћи да информацију као јединство сигнала и семантике не смемо укључивати само у сферу свести, нити само у сферу материје. Сигнал (нпр. генетски) може постојати и остати као објективна реалност изван и независно од свести. Тако је донедавна било у целом свету, а у нашој земљи је и данас. Тај генетски сигнал (ч₁) постао је ч₂, када је генетика открила да је и крв сваког човека индивидуална (непоновљива), управо као и цртеж папиларних линија, те ту индивидуалност и називају геномским "отиском прста", који се открива вештачењем ДНК. У Немачкој, Великој Британији и другим земљама донесене су већ и правоснажне пресуде сексуалним насилницима и убицама на основу вештачења микро-трагова крви, сперме из вагиналног бриса, плувачке, делића ткива, длака са кореном итд., биолошког материјала, сигнала (ч₁), који садржи биолошке информације (ч₂). Нико не би могао у погледу ове сретне илустрације образложено негирати да доказ не чине биолошки материјал (сигнал-траг), који је јединствена чињеница (ч₁), са чињеницом резултата вештачења (ч₂), дакле, чињеницом - доказом - мишљењем вештака. Пошто је спознаја главни елеменат људске свести, информација не постоји изван ње. Ако не постоји релација између сигнала и људске спознаје, сигнал остаје део непознате стварности, физички носилац латентне, необелодањене, неоткривене информације (18).

(17) В. Водинелић, *Криминалистика*, стр. 494-507.

(18) Види студије наведене у фусноти 11. и 15.

Када спознајни субјект (сведок, оштећени, суд) ступи у однос са сигналом (ч₁) овај први остаје, дакако и даље објективно-реалан носилац информације, али сада откривене (ч₂). Та информација је чињеница која има свој објективан садржај. У основи мога тумачења јесте схватање да су субјективна и објективна страна судске спознаје неразделљиве. Вероватно је сада јасније зашто сматрам погрешком став оних процесуалиста који у појам доказа не укључују и доказни извор (сигнал), тј. извор информације о ч₁. У ранијем тексту сам доказивао да *извори информација о чињеницама (ч₁) и саме те информације (доказне чињенице) имају доказно значење само у узајамној повезаности*. Како би уопште било могуће доказне чињенице (ч₂) круто одвојити од доказних извора? *Доказна чињеница је еманат кривичног дела (чињенице материјалне или идеалне природе, дакле, сигнала), свеједно да ли је та чињеница у саставу предмета доказа или се она налази изван овога. Овако јединствен доказ има увек свој објективни садржај (ч₁) и знање о њему (ч₂). Примарна је ч₁, а секундарна, из ње изведена ч₂. Сведок очевидац је запажао ч₁, у памћењу задржао њену слику, о којој информише суд (ч₂), без обзира што је ч₁ сада ствар прошлости. ч₁ је довела до свог идеалног лика у ч₂. У спознаји фактуалног ч₁ тј. у ч₂ се спољни материјални објект-сигнал реконструише не више као материјални физички супстрат него као његова идеална "копија", информација. Реч "копија" сам ставио под наводнике, јер се не ради о пасивној слици попут оне у огледалу, него о ч₂ тј. креативној реконструкцији, која не зависи само од стварног објекта (ч₁), али нити само од ч₂. ч₂ (као информација) се разликује од ч₁ (сигнала информације) по себи, јер овај други постоји као материјални систем, а ч₂ је идеална, мисаона творевина у свести спознајућег субјекта*.

Ово признање материјалног - објективно реалне чињенице, ч₁, тражи да се адекватна идеална информација о ч₁ изрази формулом ч₁ - ч₂, при чему инсистирам на њиховој нераскидивости. *Доказ у кривичном поступку није ни само доказни извор (сведок, окривљени, вештак, материјални доказ) нити само информација (коју наши процесуалисти непрецизно називају чињеничним податком) него управо то јединство доказног извора и доказне чињенице, тј. сигнала и информације*.

Није правилно из исказа нпр. сведока - очевица оштро исећи доказни извор и грубо га одвојити од садржаја исказа. Наиме, околност да је Петар Петровић стварно посматрао долазак провалника, разбијање сефа и бежање са пленом има управо исто толику вредност као и чињенични садржај његовог исказа. Сваку доказну информацију ваља увек оцењивати у светлу јединства доказног извора (сигнала) и доказне чињенице - информације (ч₂). Извор мора бити аутентичан. Зар сведок не може бити патолошки лажљивац или услед неких других недостатака (па и моралних) дати несвесно неистинит или лажан исказ? Увек је нужно утврдити да ли је сведок стварно запажао, као и тачност самог запажања. Савремена судска психологија и криминалистичка тактика енергично траже да суд савесно и свестрано провери колико информацију (ч₂) толико и доказни извор. Ове науке су изградиле и методе, које су судијама у нашој земљи непознате. Није потребно посебно указивати да сведок није могао запажати извршење дела и почин-

итеља, ако није посматрао или је у нечему дефектан. Ако је пак пијан спавао, немамо ни извора доказа ни сам доказ (ч₂). Мени је очигледно да се аутентичност доказног извора не може одвојити од доказне чињенице. Судска психологија је израдила цели систем критерија опште и посебне веродостојности сведока, што обавезује и суд на њихову примену. Ако окривљени даје исказ једном реченицом: "Признајем дело које ми се ставља на терет", он у ствари одбија да буде доказни извор, баш као и када ћути. Када неки реални "доказ" нпр. предмет нема у својој спољашњој или унутрашњој структури релевантних обележја, он не може бити доказни извор, па самим тим ни доказна чињеница, информација. Неиздиференцирани отисак прста на лицу места, ни мрља за коју вештак не може утврдити да је људска крв није доказни извор, те самим тим не садржи доказну чињеницу (ч₂) - информацију.

Надаље, многи процесуалисти раскидају везу између предмета доказа и доказних чињеница, одсечно их супротстављајући.

Као што је познато, предмет испитивања у свакој кривичној ствари чини одређени скуп (тражених, неразјашњених) чињеница, које имају кривично-правно значење тј. представљају предмет доказа. Њих утврђује суд помоћу чињеница, које називамо доказним чињеницама или информацијама (ч₂). Оне су, као у некој ораховој љусци, садржане у доказним изворима, који могу предмет доказа изразити непосредно или посредно (индицијално).

У форензичком животу је веома честа појава да доказни извори не одражавају правне чињенице непосредно него управо посредним путем тј. кроз чињенице, које на или у себи носе само неке црте, обележја својства, стране тражене чињенице (предмета доказа). Када се затим ове индицијалне чињенице повежу у систем са непосредним доказима, или чак (у случају да нису нађени непосредни докази) узму као самосталан доказни систем, могуће је путем њих утврдити обележја предмета доказа, а по њиховој вези закључити о самом предмету доказа. Енглези тачно кажу: "Чињенице су тврдоглава ствар".

Доказни извори су са своје стране (како предметни материјални односно идеални носиоци (тј. сигнали) ч₁, што ће рећи један или више елемената стварности конкретног кривичног дела. На тај начин, *црпећи из доказног извора, судија има посредно посла са ч₁*, а његова властита мисаона реконструкција тих чињеница јесте такођер чињеница као одраз, еманација конкретног кривичног дела у виду ч₂. Неретко се доказни извор јавља као материјални сигнал о предмету доказа, те је потребно правилно дешифровање реалних информација, за коју операцију дају "кључ" криминалистика и друге форензичке науке.

Веродостојност информација (ч₂ и ч₁) се може утврдити само путем исцрпног и свестраног испитивања како свих доказних извора тако и доказних чињеница, при чему је посебно вредна *метода упоређивања информација из међусобно независних доказних извора*.

По-мом мишљењу, много греше они аутори који доказне чињенице (фактуелне информације, ч₂) не разматрају конкретно у њиховој узајамној вези са предметом доказа. Чини се да ова методска грешка потиче управо из несхватања: а) да су и информације (чињенични подаци) чињенице; 2) да се чињенице прожимају, прелазе једна у другу. Наиме, *једна иста чињеница разматрана у једном односу може бити*

елеменат предмета доказа, а у другој релацији доказна чињеница. Учиниолац, вршећи кривично дело, уједно ствара доказне чињенице. Докази и нису друго него израз узајамне везе у стварности деликта.

Категорија "везе" и "издвојености" су полазне тачке од битног значаја за нашу тему.

Веза нас овде занима као однос зависности једне ствари, појаве, процеса од другог, при чему промена својстава и стања једног објекта значи уједно и одговарајућу промену у другој ствари (објекту).

Ипак, категорија везе је једна од најапстрактнијих категорија. Зашто? Јер се њома само тврди да постоји свеопшта повезаност објекта, чиме се још не открива природа тог односа, него је то остављено у задатак свакој појединој науци.

Објективни свет се очима гносеолошког субјекта приказује као *динамични систем* свестраног узајамног деловања међу објектима, њихове разноврсне и многоструке зависности.

Спознаја у кривичном поступку не може се задовољити категоријом "везе" него тежи да продре дубље, до категорије *узајамне везе, узајамног деловања*. Пракса и теорија кривичног поступка уважавају истину да ствари, појаве, људи нису пасивно међусобно повезани него делују једни на друге у разним односима.

Како је промена једна од кардиналних гносеолошких категорија кривичног поступка и криминалистике, потребно је стално имати на уму да је узајамно деловање објекта извор мењања ствари, процеса, појава, људи и њихових односа.

Ако је узајамно деловање универзално испољавање активности објекта, његова је главна карактеристика узајамно мењање објекта, *при чему нема само активних или само пасивних ствари*. Наравно, конкретна веза има своје границе.

Сваки се објект у једном односу налази у вези, а у другом односу у издвојености (изолованости). Постојање специфичних својстава (обележја) неког објекта израз је његове везе са једном и у исто време издвојености од других ствари (пример с алибијем).

Данас је идеја о свеопштој универзалности веза и узајамног деловања опште прихваћена у науци и пракси. Сазнање да су узајамна веза и деловање основа постојања свих процеса, ствари, појава изванредно је плодносна у кривично-процесној науци и криминалистици.

Доказ јесте, по моме мишљењу, установљена релевантна веза међу појавама, процесима, стварима и људима. Гледано гносеолошки (спознајно), докази су све промене у средини припремања, извршења, прикривања и уживања плодова кривичног дела, које су у релевантној вези са наведеном средином. Тако, није сваки отисак прста на пушци доказ. Да би такав отисак прста постао доказом, он мора бити повезан са извршењем убиства из те пушке, а не са њеном употребом за лов на зечева.

Пошто је кривично дело извршено, орган кривичног поступка може наићи само на информације о променама, које је оно изазвало. Дела више нема, остале су само његове резидуе-резултати. На основу тих резултата ми сазнајемо о узроцима - извршењу кривичног дела. *Хеуристичка функција доказа је у одређивању непознатих или непотпуно познатих узрока на основу последица - резултата и других видова везе.*

Као узрочник показује се овде активни субјект (учинилац кривичног дела), који предузима радњу извршења, услед чега се успоставља узрочно-последична веза између субјекта акције и предузете радње, са једне стране, и резултата, с друге стране. Процес спознавања тече обрнуто него у изванкривичној сфери: овде се иде од последице према узроку, по последици се сазнаје узрок. *Форму чулно-предметне делатности органа кривичног поступка одређује ЗКП, а њен материјални садржај дају форензичке науке* као што су криминалистика, судска хемија, судска физика, судска медицина, судска психологија, судска психијатрија итд. У предметно-чулној делатности доказивања орган кривичног поступка наилази на две доказне ситуације. Прву има када не постоји јасноћа о природи предузете радње и активном субјекту. Тако, ову ситуацију налазимо увек када настаје потреба за криминалистичко-тактичком дијагнозом: да ли је по среди убиство, кривичноправни случај или самоубиство; пожар, умишљајна или нехатна паљевина, итд. Друга ситуација се јавља када је потребно утврдити само активни субјект (починитеља) или само радњу извршења, јер је утврђивањем радње ео ipso утврђено оруђе или учинилац, односно обрнуто. Тако, утврђење да је аутомобилско стакло на вертобрану разбијено камењом а не зрном из ватреног оружја, допушта и верзију о случајном узроку, а утврђење да је пожар изазван муњом, распршује сумњу о умишљајној паљевини осигуране зграде.

За утврђивање истине у кривичном поступку подобне су само оне чињенице, које се налазе у објективној вези са предметом доказивања и само се оне могу сматрати доказима. Кривично дело, као и свака друга чињеница објективне стварности, многоструко је повезано са безбројним чињеницама, али се као докази могу појавити само такве чињенице чије везе значе информацију, која допушта закључивање о делу и починитељу. Докази су, по мом мишљењу, објективно релевантни, јер су настали планирањем, припремањем, извршењем, прикривањем и уживањем плодова кривичног дела на начин да су дошли у узајамну везу са свешћу човека (сведока или окривљеног) или предметима.

Мора постојати неки од видова везе (доказне) информације са предметом доказивања. Управо због природе тих веза докази су незамењиви. Докази објективно припадају кривичном делу и чине његов подсистем. Доказ је само она чињеница која је изнутра повезана са кривичним делом. У том смислу, доказ не може створити орган кривичног поступка својим процесним радњама него га проузрокује само извршење кривичног дела у процесу узајамног деловања, узајамне везе са носиоцем доказа, извором доказа, сигналом информације. Како се предмети, појаве, процеси у природи и друштву налазе у сталном узајамном деловању, а оно ствара сталне промене, то се доказ јавља као специфична страна те промене. Кривично дело као активни елемент у вечитом процесу, који се збива са сваким објектом под утицајем других објеката, испољава релативну независност. Због тога је доказ увек секундаран према кривичном делу и учиниоцу, као свом "аутору" примарном елементу. Овим објашњавам разлику између спорних чињеница (*thema probandi*) и доказа. Ипак, разликујући чињенице које улазе у биће кривичног дела од оних путем којих доказујемо околности дела, не смемо заборавити њихову најтешњу међусобну повезаност. При-

рода веза код кривичног дела је таква да прва група чињеница, примарна, условљује другу, секундарну. Настајање резултата кривичног дела условљено је радњама његовог учиниоца и читавим комплексом збијања око тога. Веза између извршења дела (предмета доказивања) и доказних чињеница може бити врло сложена, а открива се управо помоћу идеалних и материјалних трагова, које је кривично дело као догађај, који је прошао самим извршењем дела, оставио иза себе.

Видови објективне везе могу бити врло различити. Савремени развој науке открио је велико богатство веза. На жалост, у пракси па и теорији кривичног поступка, још се увек претежно задовољавамо трагањем за узрочно-последичном везом. Пошто је каузалитет само мали део сложене везе, неопходно је у кривичном поступку, ради утврђивања објективне истине, фиксирати све видове релевантних веза. Сматрамо да се узрочно-последична веза не може потпуно и правилно утврдити без истраживања осталих видова везе.

Питању видова везе поклонио сам посебну пажњу у два своја рада (19).

Као што се у стварности уопште објективна повезаност не да свести само на један - генетички тип везе, то је немогуће учинити ни у стварности кривичног поступка.

У светској кривичнопроцесној науци од капиталне је важности истраживање видова објективне везе у кривичном поступку, које је извршио А. Жирјаев (20).

Жирјаев је пронашао да између "главне" чињенице (предмета доказивања) и доказних чињеница постоје следећи типови веза:

I. Први тип везе остварен је онда када се "главна" чињеница (*Thema probandi*) јавља као узрок доказне чињенице - нпр. претресом стана одузета је секира на којој се налазе трагови људске крви. Трагови крви су овде доказна чињеница, резултат који је настао извршењем кривичног дела убиства. Њеним изучавањем утврђујемо постојање кривичног дела.

II. У другој ситуацији имамо посла са супротним типом везе, јер се овде доказна чињеница испољава као узрок главне (спорне) чињенице. Када је мржња довела до извршења убиства, тај се мотив уједно јавља и као доказна чињеница.

III. Трећи тип везе се одликује тиме што су како главна чињеница тако и доказне чињенице једна иста последица заједничких узрока. Убица је претио жртви у свађи. Завада, мржња и акт свађе су заједнички узрок за претњу (психолошку индицију испољавања воље за извршење убиства) и убиство.

IV. Четврти тип везе карактерише се тиме што се доказна чињеница јавља према главној као један од услова кривичног догађаја. Трагови ципела провалника у просторији проваљене трговине не могу се третирати ни као узрок ни као последица извршења кривичног дела, али се појављују као индиција присутности на лицу места, а ово је услов без кога нема извршења кривичног дела.

(19) В. Водинелић, *Ново схватање увиђаја у кривично-процесној науци и криминалистици*, Наша законитост 9/1979, стр. 62-82; *Идентитет особа и ствари као елеменат предмета доказивања у кривичном поступку*, Законитост, 6/1991, стр. 661-689.

(20) *Теорија улик*, Дерпт, стр. 49-51.

Све везе у целини дају доказима објективно својство релевантности.

Везе се не смеју конструисати и извана уносити у процес доказивања, по познатом Прокрустовом правилу: "Уколико се чињенице не слажу са мојом претпоставком, то горе по њих". Везе, као објективну категорију, треба у кривичном поступку открити и утврђивати.

Важно је схватити да сваки однос није, сам по себи, узајамна веза, он још не значи да промена неког објекта опредељује било које промене на другом објекту. *Узајамна повезаност постоји само када промена једног објекта бива пропраћена одговарајућом (адекватном) променом код другог објекта* (нпр. траг "прасеће ноге" на проваљеној каси, честице боје са касе на "прасећој нози"; свест сведока очевидаца је промењена посматрањем извршења дела итд.). Док сваки однос није узајамна повезаност, дотле је веза у облику узајамног деловања увек посебна врста односа међу објектима.

Релевантност доказа и јесте унутрашње, чињеници иманентно својство да садржава и изражава у својој конкретности њену битну објективну везу са спорном чињеницом (и то само такву повезаност која је узајамна), везу која није небитна и случајне природе. Због конкретности те узајамне, релевантне повезаности за кривичним делом, докази су му органски иманентни и стого незаменљиви.

Информација и јесте доказна (када и) зато што има функцију везе између два система, који су узајамним деловањем нераскидиво повезани. Доказни сигнал (извор доказа) јесте физички носилац те информације, њено "спремиште", због чега не може бити замењен ничим другим, а информација јесте релевантна само онда ако нас обавешава о кривично-правно релевантним везама.

Сам факт узајамног деловања - као такав - још не одређује конкретну функцију објеката, који су се нашли у односу узајамности. Тако нпр. један исти ауто може у једном случају бити средство извршења (пресуда у Црној Гори), у другом нападнути објект (предмет крађе), а у трећем средство за бекство провалника са лица места и брзу реализацију плена.

Важно је овде истаћи да нападнути објект не остаје пасиван. Тада не бисмо ни могли говорити о узајамној вези него само о једностраном деловању. Такав објект активно реагује на акцију субјекта кривичног дела *секундарним променама*, које су, када се посматра смер деловања, узвратне природе. Секундарне промене имају такође велико доказно значење (трагови угриза на подлактици убице у Црној Гори).

Сваки објект, који се нашао у односу узајамног деловања са другим, може о њему и кривичном догађају да пружи само ограничени фрагмент целокупне информације, тек део њен. Отуда и вишезначност доказа, ако их посматрамо изоловане. Тако, загрљај који је посматрао сведок с одређене даљине може бити израз страствене љубави, али и лукав, подмукли потез ради загушења или задављења, па чак и отров може забуно да буде дат уместо лека. (Пијаница неретко потегне из боце. Да ли се боца с отровом случајно, из непажње или с умишљајем нашла при руци самоубице или "самоубице", то не можемо оценити по физичко-хемијским својствима боце с отровом и самог отрова него тек према целини свих доказа, доказној згради).

Исто то мисли *Karl Peters* (21), један од најзначајнијих теоретичара кривичног поступка, када се залаже за *кориштење комбинованог доказа*. "О комбинованом доказу треба говорити када су за исту чињеницу, коју треба доказати, повезане различите врсте доказа. У погледу једне одређене чињенице саслушани су сведоци и вештаци, примењена објективна доказна средства, као исправе и трагови. Комбиновани доказ игра велику улогу у пракси".

У том светлу релевантне промене могу бити *умножене измене* (трагови учиниоца на путу доласка на лице места, на самом лицу места и на путу повратка, сећања у свести више сведока, искази више саокривљених итд.); *паралелне промене* (траг једног пнеуматика аута, трагови свих или два односно три трага пнеуматика, вештачења тих трагова, искази сведока који су запазили тај ауто при бегу са лица места итд.); *узвратне промене* (узајамна оштећења на оба аутомобила - објеката саобраћајне несреће, окривљени исказује да је у близини лица места запазио сведоке који га терете) и *промене изазване извршењем више кривичних дела* (нпр. серијски провалник је извршио више провалних крађа, остављајући исту "карту посетницу").

(Примљено 17. маја 1993)

Dr. Vladimir Vodinelić,
Retired Professor of the Faculty of Law in Kragujevac

SCIENTIFIC PROBLEMS IN TERMS OF SOURCE OF EVIDENCE, EVIDENCE, PROCEDURE OF PRESENTING EVIDENCE, IN THE LAW OF CRIMINAL PROCEDURE

Summary

In foreign and Yugoslav science of criminal procedure there exist controversies regarding the definition and determination in the sphere of source of evidence, evidence and procedure of presenting evidence. One of the reasons of lack of valuable determination of fundamental notions of the theory of evidence is the refusal of quite a number of jurists in the area of procedure to use significant achievements of contemporary science, namely: system-structural theory, theory of information and criminalistics devices and procedures. This is true also for the most specialized scientific areas which, thus, fail to utilize necessary methodological achievements in this sphere, without which criminal procedure theories would remain closed in their present-day suit of armor.

The author mentions that the above line of thinking has been already pointed out in his doctoral thesis in 1969, and that since that time he has been attempting to create a consequent and consistent theory of criminalistics and theory of evidence.

Key words: *Source of evidence. - Evidence. - Procedure of presenting evidence. - Subject of evidence. - Information.*

(21) *Karl Peters, Fehlerquellen im Strafprozess, Karlsruhe, 1972, стр. 193-194.*

Vladimir Vodinelić,
professeur à la retraite de la Faculté de droit de Kragujevac

LES PROBLÈMES SCIENTIFIQUES SUR LA LIGNE: SOURCE DE PREUVE - PREUVE - PROCÉDURE DE PREUVE DANS LE DROIT DE PROCÉDURE PÉNALE

Résumé

Des désaccords et des controverses existent dans la littérature étrangère et yougoslave en ce qui concerne la définition et l'établissement du rapport sur la ligne source de preuve - preuve - procédure de preuve. Je vois une des causes de l'impossibilité de définir de manière méritoire les concepts fondamentaux de la théorie des preuves dans l'hermétisme d'un grand nombre d'experts pour la procédure pénale, qui se sont fermés aux découvertes importantes de la science contemporaine: la théorie des systèmes et des structures, la théorie de l'information et les acquis criminologiques. Ces acquis s'appliquent en fait à tous les domaines de la science, même à ceux qui sont les plus spécifiques et fournissent une contribution méthodologique indispensable sans laquelle les théories de procédure pénale, prisonnières de leur actuelle fermeture dogmatique, se voient obilgées de piétiner sur place. Dans ma thèse de doctorat (1969) et dans mes travaux ultérieurs consacrés à la criminalistique et à la théorie des preuves, j'ai exprimé ma conviction qu'il est impossible de trouver des définitions valables des principaux concepts de la théorie des preuves sans utiliser les résultats et les méthodes de la théorie de l'information et de la théorie des systèmes et des structures, et j'ai essayé de créer une théorie conséquente et consistente.

Mots clé: *La source de preuve. - La preuve. - La procédure de preuve. - L'objet de preuve. - L'information.*