

Др Драгиша Дракић*

„СУДСКО УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ“ УСПОСТАВЉАЊЕ СТВАРНОСТИ ИЗВРШЕНОГ ДЕЛА

У раду се обрађује комплексна проблематика судског утврђивања чињеница у кривичном поступку, које се односе на елементе законског описа кривичног дела. Аутор указује на потешкоће с којима се судија суочава приликом обављања овог сегмента свог посла. Разматрајући с теоријскоправног гледишта квалитет доказног материјала којег судија цени, као и методолошке поступке које примењује приликом ове оцене, аутор доноси одговарајуће закључке у погледу истине којој се тежи у кривичном поступку. С тим у вези, како се чињенично стање кривичног дела, како каже аутор, не „утврђује“, већ се „устоставља“, то се се ни истина којој се тежи у кривичном поступку не може назвати „материјална“. Аутор је назива „форензичком истином“. На крају закључује да и оваква истина може водити праведном одлучивању, те је морамо прогласити за меродавну, јер се на пољу процесне истине принципијелно више од тога не може постићи.

Кључне речи: *Судија. Утврђивање чињеница. Кривично дело. Кривични поступак. Успостављање чињеничног стања. Судска истина.*

Уобичајено је у правној литератури да се судијска активност поједностављено описује и своди на две операције – утврђивање

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, ddragic@pf.uns.ac.rs.

У тренутку када је основна верзија рада поднета Редакцији часописа, још није био донет нови Законик о кривичном поступку Републике Србије, који је ступио на снагу у 2011. години, а већим својим делом примењиваће се тек од 15. јануара 2013. године. Стога је рад писан на темељу одговарајућих одредаба пређашњег Законика, а на нова решења Законика из 2011, тамо где је то било нужно, осврнули смо се укратко, углавном у виду напомена у фуснотама, у последњој фази припремања рада пред његово објављивање.

чињеница¹ и примену права.² С тим у вези, док се о примени права, која као претходну делатност у себи обухвата и процес сазнавања правне норме односно одређивања њене садржине, нарочито у иностраној кривичноправној теорији доста расправљало,³ утврђивању чињеница готово да није посвећена никаква пажња.⁴ Оваква ситуација изазива чуђење, посебно када се констатује да од правилног утврђивања чињеница зависи и правилна примена права, дакле доношење законите и правилне судске одлуке, а потом и изрази став појединих аутора да је овај сегмент судијске делатности „најсложенији, најтежи и најодговорнији“, а у исто време и „најбитнији за суђење“.⁵ Ако је то заиста тако, а без сумње јесте, поставља се питање који су разлози запостављања предметне проблематике у кривичноправној литератури.

Сматрамо да има више разлога за то. Као прво, вршење оног дела судијске функције која се односи на утврђивање чињеница у суштини не зависи од тога колико судија добро познаје материјално и процесно кривично право. Другим речима, за квалитетно обављање судијске функције нису довољна кривичноправна знања, јер се „кривични процес не темељи само на правним правилима, већ и на пси-

¹ Занимљиво је да Законик о кривичном поступку из 2011. године одговарајућим својим решењима фактички промовише доказну пасивност кривичног суда. Он, наиме, утврђивање чињеница у виду терета доказивања и правила која се односе на формални редослед извођења доказа на главном претресу, примарно поверава странкама. Улога суда се, према мишљењу појединих аутора, сада своди на контролу исправности доказног поступка и његово арбитражање која странка је била успешнија у доказном „дуелу“. Вид. Милан Шкулић, Погрешна концепција Нацрта Законика о кривичном поступку Србије, *Ревизија за криминологију и кривично право*, 48, 2/2010.

Ипак, мишљења смо да чињеница, што се новим Закоником терет доказивања пребације са суда на странке, не умањује актуелност нашег рада, који има задатак да са теоријскоправног становишта утврди квалитет истине до које се може доћи у кривичном поступку, без обзира на то на чијој страни се налази терет доказивања у погледу утврђивања чињеница.

² Поједини аутори процес примене правне норме разлажу на четири елемента: сазнање норме, тумачење норме, утврђивање фактичке ситуације и примену норме. О томе детаљније вид. Радомир Лукић, *Теорија државе и права*, II, Научна књига, Београд 1958³, 277 279.

³ Код нас овом комплексном питању, сасвим неоправдано, није посвећена готово никаква пажња. Ипак, у последње време приметно је повећање интересовања за ову проблематику. Вид. Група аутора, *Тумачење казненоправне норме и адекватност њене примене*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд 2009. Такође Бранислав Ристивојевић, *Тумачење у српској науци кривичног права*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2010.

⁴ Овде не мислимо на ону димензију утврђивања чињеница која се уобичајено подводи под појам „доказно право“ односно „процесне радње доказивања“.

⁵ Тако Тихомир Васиљевић, „Размишљања о стручном усавршавању судија“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* 3/1968, 367.

холошким, медицинским, техничким, физичким, хемијским и другим датостима“.⁶ С тим у вези, кривично право даје каталог могућих кривичноправно релевантних чињеница, а процесно право још одређује и начин, форму и место њиховог утврђивања, али они не дају одговор на питање да ли чињеница постоји или не постоји и са којом конкретном садржином постоји. То у потпуности остаје изван области регулисања кривичног права⁷. Пошто, дакле, ваљано утврђивање чињеница у кривичном поступку зависи у првом реду од животног искуства, познавања правила логике као и поседовања основних знања из напред наведених, али и других, некривичноправних и уопште неправних дисциплина,⁸ то су кривичари очигледно закључили да овим питањем не треба да се бави теорија кривичног права. У којој мери је овај закључак опасан не треба посебно наглашавати. Овде нам неће помоћи ни латинске изреке – *veritatis simplex oratio est*, јер *veritas temporis filia*,⁹ када знамо да се за нас релевантна чињенична „истина“, каква год она била, крије у *res iudicata*. Другим речима, како се мора проћи „путем кривичноправно релевантних чињеница“ да би се изашло на „пут примене кривичног права“ и доношења коначне судске одлуке о предмету суђења, то не постоји нико позванији од кривичара ко би требало да се бави односним питањем.

На незаинтересованост правника за ову проблематику могла би да утиче и околност да данас не постоји једна јединствена дефиниција појма чињенице. Штавише, изразу „чињеница“ придају се сасвим различита значења.¹⁰ То је и разумљиво уколико се узме

⁶ Karl Peters, *Strafprozess*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1952, 237.

⁷ Слично, Т. Васиљевић, 367.

⁸ Слично и Грубач: „Суђење се не састоји само у примени правних норми, већ претпоставља и претходно сложено утврђивање чињеница и околности случаја који је предмет суђења, а тај посао судија не обавља ослањајући се на право, већ на друга многобројна и разноврсна знања, вештине и нарочито на животно искуство. Због тога закон условљава избор судија и одређеним радним (подразуме се и животним) искуством“, Момчило Грубач, *Кривично процесно право – увод и општи део*, Службени гласник, Београд 2004, 109. Поједини аутори штавише виде судије у будућности као „правнике изузетне ерудиције и осећаја за културна и уопште друштвена национална и интернационална кретања“, након чега судија „више не би био ‘слуга’ законодавца, већ тумач постојећих и детерминатор предстојећих културних кретања“, Миодраг Мајић, „Начело легалитета – нормативна и културна еволуција (II део)“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2009, 49.

⁹ „Говор истине је једноставан јер се на крају ионако све сазна“. Касније и Хегел слично тврди да „морамо гајити уверење да је оно што је истинито по својој природи такво да мора успети када буде дошло његово време, и да се оно појављује само када је то време дошло, те се због тога никада не појављује сувише рано, нити наилази на публику која за њ није сазрела“ Георг Вилхелм Фридрих Хегел, *Феноменологија духа* (превод са немачког), Београдски издавачко графички завод, Београд 1979², 41 42.

¹⁰ Више о томе, Владимир Водинелић, „Проблеми чињеница у доказној теорији кривичног процесног права“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/1992, 370 371.

у обзир да овај појам не припада интерном нормативитету ниједног појединачног знања и не спада у искључиву надлежност само једне науке, научне области или области знања уопште. Зато и не може постојати једна јединствена дефиниција појма „чињенице“. Ако би морали дати односну дефиницију могло би се рећи да је чињеница нешто што је присутно или се већ догодило, те је као такво било, или јесте предмет опажања, посматрања и утврђивања.¹¹ Такође, могло би се рећи и да је чињеница „мисаоно-чулном делатношћу утврђено објективно-реално постојање извесне ствари, појаве, процеса, дешавања, особине или односа“.¹² Иако су несумњиво корисне, ове дефиниције нам много не помажу, јер су сувише неодређене и за наше потребе нефункционалне. Ипак, то не треба да плаши правнике кривичаре. Оно што њих интересује није чињеничност уопште, а ни сва чињеничност која би могла имати неке везе са догађајем који је предмет суђења. Сонда кривичног правосуђа управљена је на онај сегмент чињеничности дешавања који се односи на „чињеничност“ онога што је у закону предвиђено као кривично дело, као и онога што је материјално и процесно битно за разјашњавање тог дела.¹³ Само је то предмет нашег интересовања.¹⁴ Додуше, ми овим нисмо дефинисали кривичноправно релевантну „чињеничност“. Овде нека опште обавезујућа дефиниција појма чињенице у кривичном поступку, која би у себи садржавала елементе који би били заједнички укупној појмовности овог феномена, и није нужна. За наше потребе биће довољно што смо одредили њене могуће границе.

Коначно, на игнорисање ове проблематике од теоретичара кривичног права могла би да утиче и околност што кривични догађај који је предмет суђења није онтолошка, већ превасходно гносеолошка категорија. Он не представља фрагмент објективне стварности који постоји независно од наше спознаје, већ наш исказ о овој стварности који се базира на њеној спознаји. Из тога се извлачи закључак да је свака спознаја релативна, јер је везана и зависна од субјекта сазнања. Из овог претераног скептицизма је и могао настати „дефетизам“ кривичара – бежање од проблема утврђивања чињеница у кривичном поступку. Наиме, ако је сазнање чињеница у кривичном поступку увек релативно, јер је субјективно, да ли то значи да је и

¹¹ *Речник филозофских појмова* (превод са немачког), БИГЗ, Београд 2004, 704.

¹² Богдан Шеших, *Општа методологија*, Научна књига, Београд 1971³, 270.

¹³ Слично, Winfried Hassemer, „Grenzen des Wissens im Strafprozess“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Heft 4, Berlin 2009, 837.

¹⁴ То је онда дакле истовремено и индиција да би ова стварност могла одговарати кривичноправно релевантној стварности из норме на коју би се као правно нужан след могла надовезати кривична санкција. О елементима правне норме видети нпр. Ernst von Hippel, *Einführung in die Rechtstheorie*, Vierte Auflage, Verlag Aschendorff, Münster 1955, 23 35.

битак – оно што се сазнаје, увек релативан? А ако је оно што се сазнаје – у нашем случају криминални догађај из прошлости који је предмет суђења, увек релативно, из тога би могло да се закључи да ми никад не долазимо до истине у кривичном поступку. Тиме бисмо доспели у зачарани круг апсолутног релативизма, па и нихилизма. Он би био противречност по себи. Дакле, не стоји тврдња да се не може никада ништа апсолутно, онако како се заиста дешава или се десило, сазнати. „Нешто од апсолутности предмета мора ући у свако сазнање. На тај начин се само признаје један ограничени гносеолошки релативизам“.¹⁵ Питање је само да ли и како се овај субјективитет сазнања, уопште па и у кривичном поступку, може превладати да би се у њему (сазнању) у што је могуће већој мери осликала објективна датост. На ово питање се враћамо у каснијем излагању.

Пре тога одређена прецизирања. Наиме, у кривичнопроцесној литератури уобичајено је да се све чињенице које се морају утврдити у конкретном кривичном поступку, а на које непосредно упућују правни прописи који се имају применити конкретном приликом, називају правно релевантним или одлучним чињеницама.¹⁶ Правно су, дакле, релевантне све чињенице на којима се непосредно темељи примена, како материјалног, тако и процесног кривичног права. Тако у материјално релевантне чињенице спадају чињенице које представљају обележја општег односно посебног појма кривичног дела, чињенице које представљају основе за искључење противправности и кривице, као и оне од којих зависи одмеравање казне. С друге стране, процесно релевантне чињенице могу бити оне које представљају процесне претпоставке и процесне сметње од којих непосредно или посредно зависи судска одлука, али и чињенице на којима се темељи одлука о трошковима поступка односно одлука о имовинскоправном захтеву.¹⁷ Скуп правно релевантних чињеница уобичајено се назива и „правно релевантно чињенично стање“.¹⁸

Поред напред наведених чињеница некада се у кривичном поступку морају утврдити и чињенице на основу којих се логички и према животном искуству може донети закључак о постојању правно релевантних чињеница. Исте се у кривичнопроцесној литератури

¹⁵ Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main 1972, 59. Слично и Х. Георг Гадамер, „Истина у духовним наукама“, у: *Похвала теорији* (превод са немачког), Октоих, Цетиње 1996, 51.

¹⁶ Тако нпр. Bogdan Zlatarić, Mirjan Damaška, *Rječnik krivičnog prava i postupka*, Informator, Zagreb 1966, 247.

¹⁷ Mladen Grubiša, *Činjenično stanje u krivičnom postupku*, Informator, Zagreb 1980², 54.

¹⁸ Vladimir Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo*, II *Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, Informator, Zagreb 1978², 5. Једнако и у грађанскопроцесној литератури, нпр. Борислав Старовић, Ранко Кеча, *Грађанско процесно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 1995, 212.

називају индицијама. Помињу се такође и тзв. помоћне чињенице, које служе проверавању доказа као извора сазнања о правно релевантним чињеницама или индицијама.¹⁹

Предмет нашег интересовања у раду нису све наведене чињенице, већ само материјалноправно релевантне чињенице које се одnose на битне елементе законског описа кривичног дела које је предмет суђења.

С тим у вези, у наредном излагању најпре ћемо одредити ове чињенице, а затим расправити, на који начин и са којим степеном уверења их утврђује судија на главном претресу, да би одговорили на напред постављено питање, да ли и како се може превладати субјективитет сазнања судије да би се у њему (сазнању) што верније осликала објективна датост криминалног догађаја. Другим речима, можемо ли у том контексту доћи до неког „надсубјективитета“ субјекта сазнања? Теорија кривичног права као да једнодушно даје потврдан одговор на ово питање – односне чињенице морају се утврдити са највећим степеном извесности у поступку.²⁰ И Законик о кривичном поступку који се већим својим делом примењује до 14. јануара 2013. године заузима исту позицију.²¹ Дакле, што се њих тиче мора бити утврђена „материјална истина“.²² Међутим, када треба пронаћи путеве и начине како да се дође до ове „материјалне истине“, како да се превлада озбиљна препрека у виду субјективитета

¹⁹ О индицијама и тзв. помоћним чињеницама вид. детаљније нпр. V. Bayer, 5 8.

²⁰ Тако и М. Грубиша, (1980), 54.

²¹ „Пресуду или решење које одговара пресуди суд може засновати само на чињеницама у чију извесност је потпуно уверен“ чл. 18, ст. 1 ЗКП. Такође, „суд и државни органи који учествују у кривичном поступку дужни су да истинито и потпуно утврде чињенице које су од важности за доношење законите одлуке“ чл. 17, ст. 1 ЗКП. (Законик о кривичном поступку ЗКП, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05, 85/05 др. закон, 115/05, 49/07, 122/08, 20/09 др. закон, 72/09 и 76/10).

²² Занимљиво је да наш нови Законик о кривичном поступку, који је недавно ступио на снагу, више не садржи већ поменути одредбу. Он једино у чл. 16, ст. 4 прописује да „пресуду, или решење које одговара пресуди, суд може засновати само на чињеницама у чију је извесност уверен“. С тим у вези, ова законска одредба могла би се двоструко протумачити. С једне стране, може се заузети став да је тиме законодавац на реалистичнији начин сагледао и конципирао начело истине у кривичном поступку, јер је избегавањем да употреби „компромитовану“ реч „истина“ наговестио напуштање начела истраживања „материјалне истине“, али не и начело истине уопште. С друге стране, међутим, ова, али и неке друге одредбе новог Законика, према мишљењу појединих аутора, говоре у прилог закључка, да, све и да се наш нови Законик није одрекао начела истине, оно је у њему несумњиво у потпуности девалвирано. Тако Милан Шкулић, Нацрт Законика о кривичном поступку Србије као израз лоше концепције и погрешних нормативних решења, *Бранич часопис Адвокатске коморе Србије*, 123, 3 4/2010, 9 42. Вид. такође у целини Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11.

субјекта сазнања, тада се кривичари оглашавају ненадлежним да дају одговор на ово питање. Но, они истовремено начело истраживања материјалне истине стављају на пиједестал и проглашавају врховним начелом и вредношћу,²³ намећући на тај начин судијама осећај гриже савести кад год у себи осете сумњу у погледу тога, да ли се чињенично стање баш тако одиграло како је то утврђено у кривичном поступку.

Напред смо рекли да су предмет нашег интересовања у раду – материјално правне релевантне чињенице које представљају битне елементе законског описа кривичног дела које је предмет суђења. Ради појмовне јасноће овде је потребно нагласити да то нису чињенице које представљају елементе законског описа одређеног кривичног дела²⁴ и које су дакле саставни део предвиђености дела у закону, већ проузроковање чињеничног стања дела које одговара законском опису неког кривичног дела, којим се крши норма из бића дела. Другим речима, законски описи кривичних дела су појмовне слике којима су описани могући људски облици забрањеног понашања.²⁵ То су апстрактно типизирајући смислени садржаји који се односе на „стања ствари“ која је законодавац себи представио као могућа, а под која може да се припише неко конкретно стање ствари.²⁶ Док је прво „стање ствари“ генерално – апстрактно, друго стање ствари је индивидуално – конкретно.²⁷ Како је прво стање ствари „апстрактно типизирајућа, сврховито кохерентна могућност једне стварности“, а

²³ Каже се да као што је праведност парадигма материјалног кривичног права, тако је и истина парадигма кривичног процесног права. Тако, W. Hassemer, 831.

²⁴ Угледни процесуалиста М. Грубиша својевремено је део свог научног опуса посветио критици учења о „чињеничном стању“ законског описа кривичног дела, тврдећи да све што се налази у неком правном пропису може бити само правно, а никако чињенично. Вид. нпр. његов рад: „Rješ enje problema razlikovanja i razgraničenja činjeničnih od pravnih pitanja“, *Naša zakonitost*, 1, 2/1960, 29-49. Поменути аутор је међутим предимензионирао проблем и изгубио из вида да су изрази „чињенично стање“, „стање ствари“ као и „стварност“ законског описа кривичног дела уобичајене термилошке одреднице које су преузете из немачке доктрине, пре свега теорије права. При томе, ово термилошко одређење нема амбицију да по каже како су елементи законског описа неког кривичног дела нешто чињенично, а не правно, већ се истоветним језичким квалификацијама, онога што се налази у неком пропису и онога што се десило у стварности, а може се подвести под односни пропис, хоће нагласити њихова смислена и циљна повезаност у односу рода и врсте, општег и индивидуалног, апстрактног и конкретног, типичног и специјалног.

²⁵ С тим у вези, о потреби да кривичноправне норме буду у високом степену одређене и прецизне, као и о начелу законитости уопште, корисно је видети, М. Шкулић, „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010.

²⁶ Тако, Günther Winkler, *Raum und Recht – dogmatische und theoretische Perspektiven eines empirisch rationalen Rechtsdenkens*, Forschungen aus Staat und Recht 120, Springer Verlag, Wien – New York 1999, 139.

²⁷ *Ibid.*, 140.

друго – „индивидуално конкретна, циљно кохерентна стварност“,²⁸ само друго стање ствари је предмет доказивања у поступку у својој конкретној чињеничности.²⁹ И само то друго стање ствари може бити противправно, јер противправно не може бити „чињенично стање“ као појмовна слика, већ само проузроковање чињеничног стања,³⁰ наравно под условом да не постоји неки општи или посебни основ који би у конкретној ситуацији одузео делу карактер противправности.³¹

После свега могли би да резимирамо да је предмет нашег интересовања и испитивања у овом раду – чињенични супстрат, као конкретна потенцијално кривично-противправна стварност, за који постоји основана сумња да би се могао транспортовати у систем јуриспруденције подвођењем под одређену чињенично-апстрактно типизирајућу појмовну слику из законског описа конкретног дела.

Дакле, владајући је став да је задатак судије да на главном претресу са највећим степеном извесности донесе закључак о томе, руковођен начелом истраживања „материјалне истине“, да ли одређена напред наведена материјалноправно релевантна чињеница постоји или не постоји.

При том, суд може утврђивати само оне чињенице које су саставни део законског описа дела које је предмет оптужбе. Суд је у том смислу везан описом догађаја који је предмет оптужбе а који се може подвести под одређену законску квалификацију кривичног дела,³² с тим што није везан правном квалификацијом под коју је чињенично стање подвео тужилац.³³ Судска везаност односи се само на ове

²⁸ *Ibid.*, 145.

²⁹ С тим у вези, расправљајући о примени позитивног права на „стварни живот“ Фојербах је својевремено рекао да преко правних прописа „закон треба да буде представљен у својим састојцима и примењен на услове под којима човек постоји у искуству, на емпиријске односе његовог живота и деловања“. Вид., Ан селм Фојербах, *Однос филозофије и емпирије према позитивној правној науци* (превод са немачког), Досије, Београд 2008, 13.

³⁰ Тако, Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht eine systematische Darstellung*, Walter de Gruyter, Berlin 1958⁶, 47.

³¹ С тим у вези, Велцл тврди да би идентификација законских описа кривичних дела и њихове противправности довела до појмовне збрке. Због тога предлаже да се пође од тога да је законски опис дела конкретан опис забрањеног понашања као појмовне слике из кривичноправне норме, док је противправност противност конкретног понашања једној забрањеној норми у правном поретку као целини. О од носу предвиђености дела у закону и противправности видети детаљније, H. Welzel, 45 47.

³² С тим у вези, „пресуда се може односити само на лице које је оптужено и само на дело које је предмет оптужбе садржане у поднесеној, односно на главном претресу измењеној или проширеној оптужници“, чл. 351, ст. 1 ЗКП.

³³ Тако, „суд није везан за предлоге тужиоца у погледу правне оцене дела“, чл. 351, ст. 2 ЗКП.

чињенице, али не и на друге које су правно релевантне за тако описано дело. Њих судија мора утврђивати и по властитој иницијативи, односно по службеној дужности. Поред тога што је везан описом криминалног догађаја из прошлости који је предмет оптужбе, суд је везан и законом прописаним каталогом извора информација о односним чињеницама, као и начинима њиховог „искоришћавања“ у поступку за потребе суђења. Другим речима, да би се чињеница из прошлости која је предмет суђења трансформисала у доказну чињеницу на којој се једино може засновати судска одлука, неопходно је да је извориште информације о односној чињеници – законом прописани доказни извор (нпр. сведок, вештак и тд.), употребљен на начин и у поступку како је то законом прописано (нпр. начин и процес саслушања сведока и вештака и тд.). Изузетно, то могу бити и други доказни извори, под условом да они сами, као и начин њиховог прибављања односно употребе, нису у супротности са правним поретком у целини, основним начелима поступка и потврђеним међународним уговором. Јер, чињеница извршења дела мора се, према строгим правилима процесног поретка, претворити у чињеницу доказа, да би судија на то могао надовезати правну последицу.³⁴ Уколико је судија дошао до сазнања о релевантној чињеници из прошлости која међутим не чини садржину оптужбе, или путем неких других извора информација, односно на начин и у поступку који нису предвиђени законом, или се противе правном поретку, основним начелима поступка или потврђеном међународном уговору – то није доказна чињеница и на њој судија не може да заснује своју одлуку, па макар се радило о чињеници која се заиста одиграла у прошлости и као таква требало је да буде предмет пресуђења. Ова, али и нека друга процесна правила³⁵ очигледно не служе потпуном разјашњењу стања ствари у кривичном поступку и следствено томе – проналажењу „материјалне истине“. Ипак, то је у складу са фундаменталним принципом кривичног процесног права који се може свести на следећу констатацију: „Све што можемо, ми истовремено и не смемо“.³⁶ То је уосталом „и принцип сваког права, сваке етике, као и сваке нормативне конституције људског саживота“.³⁷ Но, без обзира на то, данас је ситуација свакако много боља него што је била пре законског акцептирања тзв. слободне оцене доказа, када су постојала одређена законска правила која су

³⁴ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Springer Verlag, Wien 1960, 245.

³⁵ Вид. нпр. М. Грубиша, „Материјална истина у судском поступку“, *Наша законитост*, 3, 4/1964, 97; М. Шкулић, „Начело правичног вођења кривичног поступка и начело истине у кривичном поступку“, *Правни живот* 9/2010, 592–595; Вања Бајовић, Начело утврђивања материјалне истине, *Правни живот* 9/2010, 664, 665.

³⁶ С тим у вези, Шкулић каже да „истина, ма колико у кривичном поступку била важна, не може и не сме бити таква вредност која се мора достигати по сваку цену“, М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет, Београд 2010², 80, 81.

³⁷ W. Hassemer, 832.

прописивала број, врсту и квалитет доказних извора који су били неопходни да би се нека чињеница сматрала истинитом и самим тим утврђеном у кривичном поступку. Уколико таквих доказних извора није било, чињеница се сматрала непостојећом, и обрнуто, без обзира на став и мишљење судије о томе. Судија данас није везан таквим ограничењима,³⁸ већ доказни материјал, до којег се дошло на начин како смо напред рекли, цени по свом слободном уверењу поштујући „законитости логике, мишљења и искуства“.³⁹

У наредном излагању ћемо размотрити квалитет доказног материјала којег судија цени по свом слободном уверењу, као и методолошке поступке које судија примењује, или би требало да примењује, приликом ове оцене да би на најбољи могући начин добијени доказни материјал могао довести у везу са „стварношћу“ извршеног дела које је предмет суђења. Ова анализа би требало да нам одговори на напред већ постављено питање, да ли се у сазнању судије може верно осликати датост предметног криминалног догађаја, или је пак „материјална истина“ у смислу у којем ми овај израз користимо у раду⁴⁰ једна криминално-политичка флоскула која је још подигнута и на ранг врховног начела кривичног поступка. Да ће достизање овог идеала бити веома тешко види се и из тога што је судија већ у старту „индиспониран“ напред поменутиим односним законским ограничењима.

Најбоље би било када би судија на главном претресу могао властитим опажањем констатовати предметне чињенице које би се могле подвести под законски опис неког кривичног дела. Ипак, како се криминални догађај који је предмет суђења по правилу⁴¹

³⁸ С тим у вези, „закон судији препушта да на основу свог личног нахођења и искуства, савести и знања, као и оспособљености за обављање оваквог задатка, донесе одлуку о чињеницама у поступку“, К. Peters, 237. Такође, наш Законик о кривичном поступку прописује да „изведене доказе који су од значаја за доношење судске одлуке суд оцењује по слободном судијском уверењу“, чл. 18, ст. 1 ЗКП.

³⁹ Heinrich Henkel, *Strafverfahrensrecht*, W.Kohlhammer Verlag, Stuttgart Köln 1953, 402.

⁴⁰ У делу процесне литературе израз „материјална истина“ употребљава се као антипод изразу „формална истина“ до које се наводно долазило у поступцима када је још важила тзв. законска оцена доказа. У том смисли, „материјална истина“ је истина до које се долази на бази тзв. слободне оцене доказа, ту судија приликом оцене доказа није оптерећен никаквим законским доказним правилима. Ипак, ми под овим изразом подразумевамо идеал достизања потпуне, објективне истине у кривичном поступку, дакле могућност да судија утврди чињенице дела у поступку са потпуном сигурношћу, са највећим степеном извесности која гарантује потпуну подударност извршеног дела из прошлости и судијске спознаје његовог извршења у свим кривичноправно релевантним појединостима.

⁴¹ Изузетно, може се догодити да неки учесник поступка на самом главном претресу изврши кривично дело. С тим у вези вид. чл. 301, ст. 2 и чл. 342, ст. 1 ЗКП. О поступању председника судског већа у таквој ситуацији у новом Законику вид. чл. 376, ст. 1, 2.

десио у прошлости⁴² то судија редовно на овај начин не сазнаје чињенице. До њиховог сазнања он долази посредно, преко других извора информација о њима. Пошто судија не констатује чињенице, он их дакле, као нешто што је прошло, не може „тражити“ и на крају „пронаћи“ у садашњости, већ само може „трагати“ за њима. Ако би сада „истину“ за наше потребе дефинисали као сагласност сазнања са својим предметом⁴³ полазећи од класичне формуле – *adequatio intellectus et rei*, а с тим у вези „материјалну истину“ унапред наведеном смислу – као подударност судијског сазнања о кривичном делу у садашњости са чињеничним садржајем самог дела из прошлости, могли би закључити да ми никада не долазимо до „материјалне истине“.⁴⁴ Стиче се утисак да би до овакве истине могао да дође само математичар⁴⁵ или природњак,⁴⁶ сваки у својој струци, а никако правник – судија.

Такође, мора се уважити реалност да „различите науке имају различите концепте и инструменте сопственог сазнања“,⁴⁷ из чега посредно следи да свака наука тежи некој „сопственој истини“. То је случај и са правном науком, а посебно кривичноправном науком, која поседује сопствени систем задатака, парадигми, метода и инструмената. „Шта једна наука предвиђа као своје задатке, каква темељна убеђења она прихвата, које методе и инструменте она употребљава а које одбацује, спада у њену аутономију и за то је сама одговорна“.⁴⁸ А од тога у одређеној мери зависи и карактер „истине“ којој се тежи у свакој од њих. То би биле, условно речено, формално-објективне границе „истине“ у свакој појединој науци, па и појединој научној области. С тим у вези, видели смо напред да кривично-процесно право познаје одређена процесна правила која отежавају потпуно разјашњење чињеничног стања у кривичном поступку и „подмећу ногу“ истраживању „истине“. Ову истину, која је скучена различитим програмима и границама које кривично право уопште ставља пред судију, могли бисмо назвати „судском истином“.

⁴² С тим у вези, „историјско је заувек одсутно из своје властите садашњости. Тиме хоћемо да кажемо да историјско ишчезава иза својих појављивања... Оно је феномен реалност без реалности“, Емануел Левинас, *Тоталитет и бесконачност* (превод са француског), Јасен, Београд 2006, 50.

⁴³ Тако и Имануел Кант, *Логика* (превод са немачког), Невен Феникс, Београд 2008, 59.

⁴⁴ Зато Вукадиновић за потребе теорије права и дефинише појам истине као „људско сазнање које релативно адекватно одговара објективној стварности“, Горда на Вукадиновић, *Оните учење о праву*, Нови Сад 2003, 207.

⁴⁵ Willi Nef, *Die Philosophie Wilhelm Wundts*, Verlag von Felix Meiner, Leipzig 1923, 55.

⁴⁶ Тако, А. Kaufmann, 57.

⁴⁷ W. Hassemer, 846.

⁴⁸ *Ibid.*, 847.

Иако се из одредаба кривичног права, а нарочито процесног права, може извести закључак о „формалним границама истине“ којој се тежи у кривичном поступку, њен садржај и квалитет зависи од делатности онога који примењује право, пре свега судије. Стога је она у првом реду „субјективна“, јер зависи од целокупне снаге његовог субјективног индивидуалитета. Како је рекао Хумболт (*Humboldt*): „Човек се том чисто објективном подручју не може другачије приближавати до према свом начину спознавања и осећајности, дакле субјективним путем“.⁴⁹ Или, другачије речено: „Пошто сазнање настаје из међусобног дејства субјекта и предмета, отуда је неизбежно да је оно нужно субјективно“.⁵⁰ Да је сазнање нужно субјективно констатовали смо још на почетку рада. И то није спорно. Међутим, то сазнање нема никакав значај за нас, не производи никаква кривичноправна дејства, све док се није изразило на одговарајући начин. Ово изражавање најчешће се остварује у кривичном поступку у форми језичког исказивања. Када је у питању суд, језичко изражавање је обавезно. Да се сада вратимо на предмет нашег рада: суд је дужан да језичким конструкцијама донесе коначан суд и да коначну реч о томе, да ли чињенично стање одређеног дела постоји и са каквом садржином постоји. Из тога следи да није најпрецизније рећи да је истина у кривичном поступку подударност сазнања о делу и самог дела. Наиме, битно је да ово сазнање изађе на светлост дана. Може се све знати о делу, а да то сазнање не дође до суда. Такође, може ово сазнање доћи пред суд, али због намерне или случајне погрешне интерпретације односно реинтерпретације учесника поступка оно може изгубити сопствену аутентичност. Коначно, може судија имати праву слику о почињеном делу из прошлости, а да је његово језичко изражавање верно не осликава. Стога се у контексту истине може говорити једино о подударности стварности, у нашем смислу – чињеничног стања дела из прошлости, и изјаве о тој стварности,⁵¹ у нашем смислу – језичког изражавања судије у судској одлуци које у потпуности осликава предметно чињенично стање.⁵² Сматра се да је ову кореспонденцију, у смислу истине, изјаве о стварно-

⁴⁹ Нав. према Karl Otto Apel, *Transformacija filozofije* (превод са немачког), Veselin Masleša, Sarajevo 1980, 107.

⁵⁰ А. Kaufmann, 57.

⁵¹ С тим у вези, поједини аутори квалификацију „истинитости“ односно „не истинитости“ погрешно везују за појам чињенице. Тако нпр. Зауер тврди да „само чињенице могу бити истините или неистините, а вредносни судови тачни или не тачни“, вид. Wilhelm Sauer, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin 1961², 145.

⁵² С тим у вези, још је Аристотел рекао да су мишљења и говор истинити „по томе што збиља постоји“, а не „по томе што је збиља истинита“. Мисао преузета из Тома Аквински, *Izbor iz djela*, I, (превод са латинског), Naprijed, Zagreb 1990, 212.

сти и саме стварности први установио Аристотел.⁵³ Дакле, „истина представља особину људских изјава о стварности“,⁵⁴ „само изјавом обухваћена тврдња о сазнатом предмету има квалитет истинитости или неистинитости“.⁵⁵

Сходно свему што смо напред рекли, да би судија истинито утврдио чињенично стање које је проузроковано у прошлости и које је предмет суђења он би морао да категорије поретка мишљења и језика различитих субјеката кривичног поступка сакупи и доведе у међусобну везу, потом на основу на тај начин процесно дозвољено прикупљеног као и оцењеног материјала изгради сопствено мишљење о томе шта се заиста десило у прошлости, и на крају односно дешавање опише речима, при чему би тај опис морао верно да осликава кривичноправно релевантну стварност извршеног дела. Овај судијски посао чувени теоретичар права Енгиш (*Engisch*) упоредио је са радом историчара: „Чисто логички посматрано утврђивање чињеница у судском поступку сродно је историјском утврђивању чињеница. Као што историчар утврђује чињенице на основу извора који му стоје на располагању, тако се у судском поступку на основу исказа окривљеног и уз помоћ тзв. доказних средстава долази до правно релевантних чињеница. Као и историчар, тако и судија стално има пред очима да се његово знање прошлости у суштини темељи на предању једног или више људи, као и да је ово знање подвргнуто једном процесу, дакле не може се састојати из елементарних и неперсоналних атома који су непроменљиви“.⁵⁶ Свакако, за нас нимало оптимистична опсервација.

Како се ипак делатност судије унапред наведеном контексту не може у потпуности поистоветити са радом историчара,⁵⁷ а тим пре ни са радом припадника других наука и научних дисциплина, то је дало повода појединим ауторима да, полазећи од специфичности судијске функције, изнесу само наизглед претенциозан али у суштини исправан став, „да је судовање у својој укупности само за себе ‘држава’“.⁵⁸

⁵³ Вид. више нпр. Käte Hamburger, *Istina i estetska istina* (превод са немачког), Svijetlost, Sarajevo 1982, 23 26.

⁵⁴ Wolfgang Käßer, *Wahrheitsforschung im Strafprozess Methoden der Sachverhaltsaufklärung*, J. Schweitzer Verlag, Berlin 1974, 9.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ К. Engisch. Наведено према: W. Käßer, 68. Полазећи од истих позиција пољски историчар Гајштор својевремено је надахнуто изјавио да историја „каткад осећа да је друге друштвене науке позивају да им изнесе феномене који омогућавају разумевање аналогија између предмета испитивања садашњости и прошлости“, Александер Гајштор, „Историчар и науке о човеку“, *Човек у модерним наукама* (превод са немачког), Књижевна заједница Новог Сада, Нови Сад 1986, 58.

⁵⁷ О критици овог поређења вид., W. Käßer, 71.

⁵⁸ Тако E. von Hippel, „Richterstellung und Richtergesetz“, *Mechanisches und moralisches Rechtsdenken*, Verlag Anton Hain K.G, Meisenheim am Glan 1959, 435.

Да се сада вратимо на претходну констатацију, да судија „има посла“ са категоријама поретка мишљења и језика различитих учесника поступка. Он пред собом некада има читав конгломерат најразличитијих реченичних конструкција насталих као производ увиђаја, реконструкције догађаја, вештачења,⁵⁹ саслушања сведока, оштећених, окривљених и сл. Да невоља буде већа, често се догађа да реченичне изјаве не одговарају стварности предметног дешавања. Поставља се питање због чега је тако? С тим у вези, потребно је нагласити да свака реченица или скуп реченица одређеног субјекта поступка носи собом и одговарајућу менталну слику чињенице односно чињеница из прошлости. Та ментална слика темељи се на категоријама мишљења да се нешто догодило и веровања да се баш то догодило. Уколико се сада обратимо за помоћ психологији и констатујемо да мишљење не настаје простим преузимањем чулно опаженог материјала, већ, ако и занемаримо могуће грешке у самом опажању, селекцијом⁶⁰ и мисаоном прерадом⁶¹ односног материјала, док „по својој унутрашњој природи, веровање, или осећај реалности, представља врсту осећаја који је ближи емоцијама, него било чему другом“⁶² и на којег у великој мери утичу темперамент и несвесни вољни процеси,⁶³ биће нам јасно са каквим се тешкоћама судови који одговорно и савесно хоће да обаве свој задатак сусрећу приликом анализе и оцене прикупљеног материјала. Ипак, не би требало ни ићи у другу крајност па тврдити да је сваки догађај у мишљењу човека измењен до непрепознатљивости, нити да се свако веровање у потпуности темељи на емоцијама. Веровање се некада у већој или мањој мери свакако образује и као интелектуално, рационално-свесно и мисаоно збивање.

Но, тиме се муке са доказним материјалом не завршавају. Када је свако за себе формирао мишљење и уверење да се нешто догодило на одређени начин у одређено време и на одређеном месту, сада је потребно да то усмено или писмено језички артикулише на исправан

⁵⁹ Само у вези са једним кривичним делом некада се може јавити потреба за великим бројем вештачења. Тако, ако узмемо неко копликовано кривично дело почињено у саобраћају могућа су саобраћајно техничка вештачења, вештачења трагова стакла, лака, боје, честица гуме, прљавштине, тканина, расутог или просутог терета, дактилоскопска вештачења, испитивања докумената, избрисаних знакова слова и бројева, серолошка, алкохолметријска, комплексна криминалистичка и ауто техничка вештачења, криминалистичко судско-медицинска, судско психијатријска односно психолошка вештачења, пожарно техничка, ботаничка и слична вештачења. Тако В. Водинелић, 375.

⁶⁰ Вид. W. Käfer, 88.

⁶¹ В. Водинелић, 378.

⁶² Берtrand Расел, *Анализа духа* (превод са енглеског), Откровење, Београд 2008, 235.

⁶³ W. Käfer, 77.

начин, тако да оно што он зна и колико зна буде доступно и знању судије. Поред тога што је ово „знање“, како смо напред видели, често проблематично, не настају мале тешкоће ни када њега треба „пренети на друге“. Некада су необразованост или недовољна образованост сведока или окривљеног, односно њихова неписменост или неспособност да се језички исправно и у потпуности изразе,⁶⁴ а понекад и њихова намера да прикрију оно што се заиста десило, непремостиве препреке да се дође до коначног циља. Стога су неки аутори с правом указали на „зависност знања о прошлости и историјске спознаје од коришћених језичких и литерарних средстава“.⁶⁵ То свакако важи и за знање о прошлости криминалног дешавања.

Дакле, судија има пред собом скуп различитих текстова, мноштво различитих језичких знакова, формираних у складу са напред поменутих субјективним условљеностима и ограничењима. Другим речима, он пред собом има скуп различитих интерпретација онога што се заиста десило. Судија би сада требало да поднеги језички материјал организује, међусобно доведе у везу и усклади.

Уколико се изјаве различитих учесника поступка међусобно поклапају, уколико су дакле различити интерпретативни склопови стварности извршеног дела садржински идентични односно међу собом усклађени, ситуација је јасна. У таквој ситуацији судији не преостаје ништа друго него да интерпретативне склопове акцептира и ову опште идентичну представу о делу прогласи за „очигледну“. Ипак, „срећа нам се и овде само ретко осмехне“.⁶⁶ Најчешће се догађа да, управо супротно, нема овакве „очигледности“, па је потребно много труда да се она успостави како би добила легитимитет на опште важење.

Дакле, редовно се дешава да судија мора приступити напред поменутом упоређивању, селектирању и усклађивању међу собом неусклађених а понекад и сасвим супротстављених интерпретација предметног криминалног догађаја. Он то чини већ поменутом апаратом логике, мишљења и искуства, којом покушава да интерпретира већ изречене интерпретације других, и појединачно и у општем значењу. С друге стране, он овај посао мора обавити брзо, јер кривични поступак не сме трајати у недоглед.

С тим у вези, поставља се питање, када се може рећи да је интерпретативни склоп заокружен а процес успостављања чињеничног

⁶⁴ Не би требало прецењивати ни језичко литерарну „надареност“ осталих учесника поступка.

⁶⁵ Валтер Грасник, „Право знакова у знаку права“, *Ка новој теорији права* (превод са немачког), Издавачка књијарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци Нови Сад 2001, 220.

⁶⁶ *Ibid.*, 240.

стања окончан. Овде нам теорија права покушава помоћи: „Оцена доказа достигла је могућу меру објективитета ако би и ‘просечан грађанин’, ‘нормални разумни човек’, дошао до истог сазнања као и конкретни судија. Више се од тога не може очекивати ни од судије“.⁶⁷ Ипак, како се не може установити теоријски конструкт „просечног“ односно „нормално разумног“ човека, што дискредитује односно „критеријум помоћи“, прешло се на даље „корективне критеријуме“. Тако, као „гаранција квалитета“ обављеног посла временом је „испливало“ мерило „просечног судије“. Ово мерило полази од тога „да је судија задовољи своју обавезу истраживања истине када је исти толико далеко отишао у разјашњењу криминалног дешавања како би то урадио и судија са ‘просечним’ способностима“.⁶⁸ Међутим, на одговоре на питања, из којег круга судија би тражили „просек“, као и, које способности унутар судијског позива би се узеле за „просечне“, ова теорија није у стању да одговори. Зато су „у оптицају“ и друге теорије. Према њима, судија је у погледу утврђивања чињеница ваљано обавио задатак ако је исти у процесу формирања убеђења искористио све своје способности, искуства и знања која су му индивидуално стајала на располагању. Као и обрнуто.⁶⁹ Одмах упада у очи да је односни критеријум логички противречан, јер је према истом мерило поређења идентично са самим предметом поређења, што му одузима било какав значај за практично решавање нашег проблема. Коначно, познат нам је и критеријум „разборитог“ односно „увиђавног“ судије.⁷⁰ За овај тип, према којем би судијско утврђивање чињеница требало да се орјентише, може се рећи да је то „знање судије употпуњено знањем вештака“, при чеми „ми замишљамо најбоље способности које би судије и вештаци могли имати“. Ни овај критеријум нема већи практични значај, већ само може евентуално подстицајно да делује на појединачне судије да се приликом обављања својих послова што више приближе овом теоријском конструкту „идеалног судије“, као и да се никада не задовољавају мерилима просека.

Може се приметити да сви напред поменути нормативни типови имају ту слабост што су удаљени од стварности, јер не узимају у обзир реалне могућности. Поред тога, они не дају корисне савете судији у погледу тога, које би критеријуме исти требало да употреби приликом оцене доказног материјала и коначног успостављања чињеничног стања да би се то чињенично стање у највећој мери подударило са стварношћу извршеног дела из прошлости. Напротив, на тај начин жели се створити мисаоно – теоријски конструкт

⁶⁷ W. Kāver, 57.

⁶⁸ Вид. *ibid.*, 62.

⁶⁹ *Ibid.*, 59.

⁷⁰ *Ibid.*, 64 66.

„идеалног судије“, као личности, што односне нормативне типове чини неупотребљивим за потребе праксе судијског „утврђивања“ чињеница.

Ипак, напред поменуте теорије у једноме не греше, а то је да критеријуми које би требало применити ради успостављања чињеничног стања – у ствари и не постоје. Нема неке општеважеће, за све случајеве употребљиве „чаробне формуле“. Једино „оруђе за рад“ судије су напред већ неколико пута поменуте законитости логике, мишљења и искуства, уз узгредно суделовање индивидуалне кривично-правне и друге релевантне стручности и личне савести. Дакле, када је неки делић стварности прошао „сито“ логике и мишљења, да би добио коначну вредност стварности потребно је да још и „задовољи постулат непротивречне сагласности са укупношћу искустава“.⁷¹ На овој бази судија треба да организује и аргументовано образложи онај језички материјал који износе учесници поступка и до којег сам долази, на тај начин што ће претходно интерпретације које се међу собом разликују упоредити једну са другом с циљем међусобног усаглашавања. На крају одлучује укупно вредновање целокупног материјала.⁷² Тек након тога може се рећи да је процес успостављања чињеничног стања окончан, а кривичноправно релевантно чињенично стање, као делић стварности, конституисано.⁷³ Али не „за сва времена“, већ како је рекао Валтер Грасник (*Grasnick*) „само за чувену логичку секунду. Јер, прича се наставља. Ако не у некој другој судници, која нас, заједно са свим актерима, једино занима, онда ван ње. Интерпретирању нема краја“.⁷⁴

Тиме смо истовремено дали и одговоре на напред постављена питања: не постоји „надсубјективитет“ субјеката сазнања; материјалноправне чињенице које улазе у законски опис неког кривичног дела судија на главном претресу не може да „утврди“ са потпуном

⁷¹ Тако Вилхелм Вунт: „она појава која има амбицију да добије вредност стварности треба да задовољава постулат непротивречне сагласности са укупношћу искустава“, *W. Nef*, 54.

⁷² Тако и В. Грасник, 241.

⁷³ Посебна проблематика јавља се у вези са „доказивањем“ умишљаја односно нехата као субјективних елемената бића кривичног дела односно облика кривичног дела, те се у овом раду нећемо упуштати у разјашњење овог веома комплексног питања које свакако заслужује да му се посвети нарочита пажња у неком другом научном делу. Тежину „доказивања“ односних субјективних елемената најбоље илуструје следеће Хусерлово разматрање о „психичком бићу“ уопште: „Шта психичко биће ‘јесте’ то нам не може рећи искуство у оном истом смислу који важи за физичко. Психичко, дакако, није сазнато као оно што се појављује; оно је ‘дживљај’, и то дживљај сагледан у рефлексији; појављује се кроз само себе, у апсолутном току, као нешто што је садашње и већ ‘нестајуће’, на видљив начин стално падајући у нешто што је било“, вид. Едмонд Хусерл, *Философија као строга наука* (превод са немачког), Култура, Београд 1967, 26.

⁷⁴ В. Грасник, 243.

извесношћу и безусловним убеђењем; у кривичном поступку се никада не долази до „материјалне истине“ унапред наведеном контексту.

Сходно томе, судија, као и остали учесници поступка, не може превладати сопствена субјективна ограничења која су условљена несавршеношћу људске конституције и доспети на терен замишљено-пожељног „надсубјективитета“. Такође, судија, као неко ко интерпретира нешто што је други интерпретирао и ово још и исказао несавршеном језичко-литерарном апаратуром, као дакле неко ко „рони у мору сумње“, никада са „потпуном извесношћу“ не проналази чињенице, већ на бази сопствене мисаоне слике само верује да се нешто десило како је изрекао у судској одлуци.⁷⁵ Стога се чињенице и не могу, након што би се пронашле – „утврдити“, већ се чињенично стање у кривичном поступку једино може реконструисати.

Може ли се после свега још говорити о „истини“ у кривичном поступку? Сматрамо да може. Назваћемо је „судском истином“. Вилхелм Вундт (*Wundt*) би је с правом назвао „стварношћу“.⁷⁶ Мада је она релативна⁷⁷ и субјективна, она не сме бити произвољна и самовољна. Та самовољност се лако може јавити из убеђења да не постоји „објективна истина“. Да се сада вратимо на мисао Артура Кауфмана (*Kaufmann*) с почетка рада, да „нешто од апсолутности предмета мора доћи у свако сазнање“, па и у сазнање судије. То значи да је за очекивати да и „мањи“, „већи део истине“, или изузетно „цела истина“ криминалног дешавања из прошлости ипак дође до сазнања судије, коју он затим у форми језичког изражавања „транспортује“ у правно-извршно дејствујући акт – судску одлуку. Међутим, како је у питању догађај из прошлости, нашем знању остаје недоступно да ли је истина нашла свој језички израз у судској одлуци и у којој мери.⁷⁸ Па уколико у то судија само верује, уколико има интуицију да се нешто баш тако десило,⁷⁹ а та интуиција се још налази под окриљем логике, као и његовог мишљења и искуства, наравно уз постојање претпоставке

⁷⁵ С тим у вези, Левинас песимистички констатује: „...сазнање је истовремено и идолатрија чињеница, то јест призивање нечега што не говори, и непревладиво мноштво значења и мистификација“. Вид., Е. Левинас, 50.

⁷⁶ W. Nef, 54 55.

⁷⁷ С тим у вези, „за разлику од математичког апсолутног појма истине, појам стварности који се темељи на искуству је релативан“, *ibid.*, 55.

⁷⁸ Због тога је и називамо „релативном истином“.

⁷⁹ Уобичајено је у кривичнопроцесној па и делом теоријскоправној литератури да се ово веровање односно интуиција, како смо га ми назвали, означава као „убеђење“. Сматрамо да је оваква квалификација непрецизна, због тога што не може неко бити убеђен у нешто што можда постоји, односно за шта немамо „чврст доказ“ да постоји и са каквом садржином постоји, јер се десило у прошлости. С тим у вези, Ниче је рекао: „...јер свако поседовање истине у основи је само вера да се истина поседује“, вид. Фридрих Ниче, *Књига о филозофу* (превод са немачког), Службени гласник, Београд 2010, 108.

поседовања савести и личне оспособљености за обављање овог дела судијског посла,⁸⁰ за судију је посао ваљано завршен. А ако у погледу неке чињенице има дилему да ли се она десила или није, и са каквом садржином се појавила, он не треба да брине да ће окривљеног можда неоправдано оштетити. Њему тада на располагању стоји процесно начело *in dubio pro reo*⁸¹ – чињеницу ће репродуковати онако како је то повољније за окривљеног.⁸²

На основу свега напред реченог може се закључити да „судска истина“, као основ судског одлучивања, може такође водити праведном одлучивању.⁸³

На крају ћемо цитирати дивну мисао Карла Енгиша која иде у прилог нашим ставовима: „Правник се креће по дивљини сумње и различитости мишљења, унутар које се лагано и опрезно мора кретати да би нашао прави пут. Поступи ли он у проналажењу своје одлуке строго логички, методски тачно и уверљиво, упусти ли се он без предрасуда отворено и стрпљиво у дискусију, свако мишљење с разумевањем узме у обзир и размотри, али и размисли о консекванцама и позадинама сваког вредносног гледишта да би на крају донео онакву одлуку која се њему чини исправном, тада би могли рећи, без обзира на њену само релативну исправност или обичну могућност такве исправности, да таква одлука има снагу убедљивости која чува од грешака“.⁸⁴

На пољу процесне истине принципијелно – више се не може постићи. А такву истину ми морамо прогласити за меродавну, као и мериторну. У супротном, право се не би могло примењивати.⁸⁵

⁸⁰ Закон о судијама је ову претпоставку подигао на ранг формалног услова за избор у судијско звање. С тим у вези, „за судију може бити изабран“ онај ко је „оспособљен и достојан судијске функције“ чл. 43 (Закон о судијама, *Службени гласник РС*, бр. 116/08, 58/09 одлука УС, 104/09 и 101/10).

⁸¹ Петерс тврди да је ово начело познавало и римско кривично право, а да га је познавало и канонско право. Тако, К. Peters, 240.

⁸² Вид. чл.18, ст. 3 Законика о кривичном поступку. Нови Законик у чл. 16, ст. 5 нешто другачије дефинише поменуто начело. Ипак, ово није од утицаја на наш закључак, те се нећемо ни упуштати у дубљу анализу разлике у дефиницији.

⁸³ Тако и W. Hassemer, 838.

⁸⁴ Karl Engisch, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, Max Hueber Verlag, München 1963, 22.

⁸⁵ Тако и Драган Митровић, *Теорија државе и права*, Досије, Београд 2010, 508.

Dr. Dragiša Drakić

Assistant Professor

University of Novi Sad Faculty of Law

JUDICIAL DETERMINATION OF FACTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

This paper examines a complex system of judicial determination of facts in criminal proceedings, which relate to the elements of statutory definition of criminal offence. The author points out the difficulties a judge faces when performing this segment of his work. When examining, from a theoretical point of view, the quality of evidence to be evaluated by the judge, as well as methodological procedures to be undertaken during this evaluation, the author makes some conclusions as to the truth which is yearned-for in criminal proceedings. Namely, since the facts of a criminal offence are not 'determined' but rather 'established' by the court, as put forward by the author, the truth that is sought-for in the criminal proceedings cannot be qualified as the 'material' truth: the author rather names it the 'forensic' truth. The forensic truth may serve as the basis for just and impartial decision-making, and should be regarded as authoritative, since it actually is the maximum of truth that may be acquired before the courts.

Key words: *Judge. – Determination of Facts. – Criminal Offence. – Criminal Proceedings. – Establishment of Facts. – Forensic Truth.*