

Др Иван Илић,*
Доцент Правног факултета
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni18803631

UDK: 343.131.8
Раd примљен: 30.09.2018.
Раd прихваћен: 23.10.2018.

УТИЦАЈ КОНСЕНСУАЛНИХ ПРОЦЕСНИХ ФОРМИ НА УТВРЂИВАЊЕ И ДОКАЗИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ**

Апстракт: *Кривични поступак у државама у транзицији се, попут целокупног друштва, последњих деценија нашао пред изазовима савременог доба. То је проузроковало бројне реформске захвате, који су традиционални континентални тип поступка помакли ка адверзијалном кривичном поступку. Један од значајних смерова реформе је увођење консенсуалних и диверзионих форми у кривични поступак. За кривична дела, са запређеном новчаном казном, или казном затвора до пет година, могуће је применом условљеног опортунитета, одложити кривично гоњење. То је једна од диверзионих форми, која има за циљ избегавања вођења кривичног поступка. Још једна симплификована процесна форма, која је предвиђена процесним законом, јесте рочиште за изрицање кривичне санкције. Реч је о могућности да се за кривична дела са запређеном новчаном казном и казном затвора до пет година одржи ово рочиште, уместо главног претреса. Споразумевање јавног тужиоца и окривљеног о признању кривичног дела је, такође, једна од консенсуалних форми. Аутор се у раду бави утицајем условљеног опортунитета, рочишта за изрицање кривичне санкције и споразума о признању кривичног дела на утврђивање и доказивање чињеница у кривичном поступку.*

Кључне речи: *кривични поступак, условни опортунитет, споразум о признању кривичног дела, рочиште за изрицање кривичне санкције.*

* ivan@prafak.ni.ac.rs

** Раd је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Увод

Свака људска делатност има свој циљ, под којим се сматра *a priori* постављен и фиксиран жељени резултат, до кога се жели доћи свесном активношћу (Врачар, 1965: 73). Кривични поступак је правно уређена људска делатност, па сходно томе, има свој(е) циљ(еве). Циљ вођења кривичног поступка се остварује провером основаности захтева јавног тужиоца из оптужног акта. Користећи право државе на кажњавање (*ius puniendi*), јавни тужилац, у случају постојања одређеног степена сумње да је извршено кривично дело, истиче захтев, у форми оптужног акта, којим тражи од суда да утврди да ли је учињено кривично дело, ко га је учинио, као и да ли су испуњени услови за примену кривичне санкције (Грубач, 2009: 13). Општи, непосредни циљ кривичног поступка је дефинисан у члану 1 Законика о кривичном поступку Србије (у даљем тексту: ЗКП),¹ који носи наслов „предмет законика“. Циљ закоником утврђених правила је да нико не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција, под условима, прописаним кривичним законом, у законитом и правичном кривичном поступку.² Да би се остварио непосредни и општи (коначни) циљ кривичног поступка, потребно је пронаћи одговоре на питања, која су постављена у казном захтеву. Потребно је донети одлуку о постојању кривичног дела, о учиниоцу, и о испуњености услова за примену кривичне санкције. Осим тога, каткада је потребно донети одлуку о испуњености услова за вођење кривичног поступка. О томе се може одлучити након што се утврде све релевантне околности кривичне ствари. Те околности заправо представљају појаве у стварности (Бајер, 1980:3) које се у логици и науци кривичног процесног права називају *чињеницама*³.

2. Шта представља утврђивање чињеница?

Утврђивање чињеница у кривичном поступку представља делатност којом се реконструише догађај из прошлости. Сагледавајући ток кривичног поступка, чињенична основа има квантитативну, али и квалитативну динамику. Чињенична основа кривичне ствари има динамику од основа

1 Законик о кривичном поступку, „Службени гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

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

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

сумње, што је степен извесности потребан за почетак истраге, преко оправдане сумње, за подизање оптужнице, све до извесности, што је степен сумње потребан за доношење пресуде. Чињенична подлога кривичне пресуде се формира делатношћу странака и суда. Странке предлажу и изводе доказе, а суд учествује у тим делатностима странака, тако што обезбеђује законитост извођења доказа, или сам изводи доказе. Да би се чињеница сматрала утврђеном, потребно је да о њеном постојању уверење стекне суд. Суд је надлежан за доношење одлуке о кривичној ствари, па је једини овлашћен да утврђује чињенице у кривичном поступку. У тој делатности му помажу странке и други учесници поступка, али став учесника поступка о постојању чињеница не везује суд. Само их суд може утврдити доношењем одлуке о кривичној ствари. Полазећи од епистемолошко-логичке дефиниције, утврдити чињеницу значи уверити се у њено постојање (Ђурђић, 2014: 242), односно установити да ли она постоји, или не (да ли је, или није постојала). У процесној теорији постоје и кривичнопроцесне дефиниције утврђивања чињеница. Једно од схватања је да утврђивање чињеница представља логичку операцију која се састоји у закључивању суда о постојању одлучних чињеница из прибављених основа сазнања (Грубиша, 1963: 31). Према истом аутору, утврђивање чињеница представља установљење, у прописаној форми, и ауторитативно проглашење од стране суда у његовој одлуци постојања, или непостојања скупа чињеница, на којима се заснива одлучивање у кривичном поступку (Грубиша, 1963: 31). У доктрини постоји и гледиште да у процесноправном смислу утврдити чињеницу значи уверити се у њено постојање, из правно допуштених извора, као и ауторитативно проглашење у одлуци суда, или другог органа вођења поступка (Ђурђић, 2014: 244). У новијим радовима је присутно посредно одређење утврђивања чињеница, преко одговора на питање, ко у кривичном поступку утврђује чињенице (Узелац, 1997: 149–153, Давидов, 2014: 47–53), односно преко прављења дистинкције између утврђивања и доказивања чињеница (Бајовић, 2014: 95). У другом случају је дато одређење, да утврђивање представља испитивање да ли нешто постоји.

Епистемолошка дефиниција се у кривичном поступку може и мора применити, као полазна основа. Спознајни процес утврђивања чињеница у кривичном поступку је исти као у свакодневном животу. Ипак се не сме губити из вида да утврђивање чињеница у кривичном поступку, да би производило правне последице, мора бити проглашено у судској одлуци. Спознаја учесника у поступку о постојању чињеница нема правних последица ако такав закључак не изведе суд. Једини изузетак је утврђивање чињеница од којих зависи постојање стварних и правних

претпоставки за кривично гоњење. Те чињенице утврђује државни орган, коме је поверено вођење истраге, односно јавни тужилац. У делатности утврђивања чињеница, од којих зависи основаност казненог захтева, јавни тужилац учествује, али се оне тада утврђују са нижим степеном извесности. Довољно је да се увери да о чињеницама постоје само основи сумње, или највише оправдана сумња. Јавни тужилац, према томе, има само квалификовану сумњу да чињенице постоје, па зато отвара истрагу, или подиже оптужницу. Чињенице се не утврђују ни у поступку примене диверзионих форми, већ јавни тужилац има само основе сумње у постојање чињеница. Према томе, чињеница у кривичном поступку, од које зависи основаност казненог захтева, може бити утврђена, само ако се суд са извесношћу уверио у њено постојање.

Суд може утврђивати чињенице на основу доказних предлога странака, или по службеној дужности, у зависности од модела кривичног поступка, који је прихваћен. Преимућство странака у иницирању утврђивања чињеница је одлика адверзијалног поступка. Равноправност у иницијативи за утврђивање чињеница је донедавно била једна од одлика континенталног типа кривичног поступка. Независно од прихваћеног модела и иницијативе за утврђивање чињеница, само их суд утврђује и то на основу оцене изведених доказа. Суд утврђене чињенице ауторитативно проглашава у диспозитиву и образложењу судске одлуке. Стога најпре сматрамо да је чињеница утврђена у кривичном поступку, ако је стечено уверење о њеном постојању, са степеном извесности. Према томе, чињеница у кривичном поступку је утврђена ако је суд (или други орган вођења поступка) стекао уверење у извесност њеног постојања, и ако је проглашена у судској одлуци (или одлуци другог органа вођења поступка). Други органи вођења поступка, прецизније јавни тужилац, такође утврђује чињенице, али са нижим степенима извесности (основи сумње, или оправдана сумња). У тим случајевима чињеница није утврђена, иако је ауторитативно проглашена, јер нема извесности о њеном постојању, већ постоји нижи, или виши степен сумње. Једини изузетак су чињенице, од којих зависи покретање, или вођење кривичног поступка. Те чињенице јавни тужилац утврђује са извесношћу, док чињенице од којих зависи постојање кривичног дела, или услови за примену кривичне санкције, са извесношћу утврђује једино суд.

3. Субјекти утврђивања чињеница

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

формалноправно посматрано, реч о судском органу, не може се апстраховати да је порота састављена од грађана, који не поседују правничко образовање. Најпре, о опсегу чињеница које ће се утврђивати одлучују странке. Тачније, чињенични скуп детерминише тужилац у оптужном акту. На окривљеном је шта ће од тога оспоравати, а шта не. Чињенице, које су неспорне међу странкама, не утврђују се у овом типу поступка. Судија професионалац, у начелу, не интервенише у погледу утврђивања чињеница. У супротном, сматра се, губи позицију непристрасног арбитра у спору странака. Пасивност судије се проширује чак и на основе, који искључују противправност, или кривицу (неурачунљивост, нужна одбрана...). У већини америчких држава и даље је недопуштено да суд по службеној дужности утврђује неурачунљивост. Позивање окривљеног на тај приговор потпада под аутономију воље окривљеног (Дамашка, М, 2008: 119).

У погледу круга кривичнопроцесних субјеката, који у кривичном поступку утврђују чињенице, у континенталној теорији постоје два схватања. Уже схватање полази од тврдње да чињенично стање обухвата само оне чињенице за које је суд у својој одлуци закључио да постоје. Из тога следи да у кривичном поступку чињенице утврђује једино суд (Грубиша, 1982: 96). Шире схватање, полазећи од тога да утврдити чињеницу значи уверити се у њено постојање, у субјекте утврђивања чињеница убраја судске и друге државне органе, странке, па чак и вештаке (Крапац, 1982: 107). Да би утврђене чињенице постале основа судске одлуке, потребно је да уверење о њиховом постојању стекне суд. Чињенице, о чијем би постојању учесници у поступку стекли уверење, а нису констатоване у одлуци суда, немају правни значај, нити производе правне последице. Према томе, сматрамо да је утврђивање чињеница у кривичном поступку у искључивој надлежности суда. Само оне чињенице које је суд ауторитативно прогласио у судској одлуци могу се сматрати утврђеним. Суд се мора са извесношћу уверити у постојање чињеница да би их утврдио. Ако уверење органа вођења кривичног поступка о постојању чињеница остане са нижим степеном извесности (оправдана сумња), оне се не могу сматрати утврђенима. У том случају ће се применити принцип *in dubio pro reo*. Уколико је одлучна чињеница, у чије је постојање остала сумња, на штету окривљеног, сматраће се да не постоји а, ако иде у корист окривљеном, да постоји. На тај начин се не потиरे правило које смо поставили с обзиром на то да се у случају примене правила *in dubio pro reo* чињеница која иде у корист окривљеног сматра постојећом. Она није утврђена са извесношћу, већ се примењује правна фикција о извесности њеног постојања.

Суд може имати овлашћење да изводи доказе искључиво на предлог странака, или и по службеној дужности. Међутим, закључак о постојању правно релевантних (одлучних) чињеница, мора бити на суду, који има власт над доношењем одлуке у кривичном поступку. Нелогично би било да одлуку о утврђености чињеница доносе странке, или неки други учесници у поступку, а да иза одлуке стане суд. Стога је правило да у континенталном типу кривичног поступка чињенице утврђује кривични суд, изузетно други државни орган (јавни тужилац у фази истраге), који је на то законом овлашћен (Ђурђић, 2013: 485). И у случају постојања тужилачке истраге, одлуку о кривичној ствари доноси кривични суд након суђења схваћеног у ужем смислу. Разлог за поимање суда као субјекта који утврђује чињенице у континенталном кривичног поступку јесте непостојање праве пороте. У већини европских земаља постоји тзв. мешовито веће, састављено од судије професионалаца и судија поротника. Судаће веће заједнички одлучује о чињеничним и правним питањима. Фактички, превагу приликом доношења одлуке имају судије професионалци, док поротници следе одлуку судије, често без удубљивања у мериторно решавање кривичне ствари. Мешовито веће стога показује низ слабости у пракси судова, те се учешће грађана у суђењу своди на пуку форму.

4. Начин утврђивања чињеница

Наука кривичног процесног права је развила инструментаријум утврђивања чињеница у кривичном поступку. Правно релевантне и друге важне чињенице се утврђују помоћу доказа. То значи да су докази средство утврђивања чињеница. У теорији кривичног процесног права се наводе различите класификације доказа. Оне немају велики практични значај, с обзиром на важећу слободну оцену доказа, која постоји у савременом кривичном поступку. За разлику од тога, класификације доказа су имале значаја у раније важећој законској оцени доказа, карактеристичној за инквизициони поступак.

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

Посредни докази су, заправо, чињенице индиције. Формирањем, најчешће, ланца индиција утврђује се постојање правно релевантних чињеница.

Поделу на непосредне и посредне доказе афирмише и наш процесни закон. У члану 2 Законика о кривичном поступку из 2011. године, у коме су дефинисани основни појмови, стоји и одређење основа сумње.⁴ Најнижи степен извесности је скуп чињеница које *посредно* указују да је извршено кривично дело, *или* да је неко лице учинилац тог дела. На тај начин су индиције и основи сумње изједначени у значењу.⁵ За разлику од тога, основана сумња представља скуп чињеница које *непосредно* указују на кривично дело и учиниоца (члан 2, став 1, тачка 17 и 18 ЗКП). Наведене одредбе су спорне, јер реafirмишу давно напуштену законску вредност доказа. Ако се током предистражног поступка дође искључиво до чињеница које посредно указују на кривично дело, евентуално и на учиниоца, постојаће основи сумње. Са друге стране, за постојање основане сумње неопходне су чињенице које непосредно указују да је неко лице извршило кривично дело. На тај начин је, у потпуности искључена могућност утврђивања чињеница индиција у кривичном поступку, јер се, на основу њих, према слову закона, не може формирати основана сумња, а самим тим ни оправдана сумња и извесност о кривичној ствари. Најнижи степен сумње се не мора састојати искључиво од индиција, те ова два појма нису идентична. Неопходан степен извесности за покретање истраге се формира од свих расположивих чињеница до којих су дошли субјекти вођења предистражног поступка без обзира на врсту. У покушају да се дефинише најнижи степен извесности који је промовисан у услов за покретање истраге, законодавац је, чини се, помешао криминалистичке и кривичнопроцесне индиције. Осим тога, будући да су докази такође чињенице, у наведеној одредби закона се диференцирају управо непосредни од посредних доказа.

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

5 Термин индиције и основи сумње се често користе као синоними. То потиче из инквизиционог поступка, у коме је постојала законска вредност доказа. На основу постојања основа сумње покретала се тзв. посебна истрага. Индицијама су се сматрале чињенице које су омогућавале покретање кривичног поступка, али и примену тортуре према окривљеном. У савременом кривичном поступку основи сумње (подозрења) представљају најнижи степен уверења о извршеном кривичном делу који је неопходан за покретање преткривичног (предистражног) поступка, или(и) кривичног поступка.

Подела доказа на непосредне и посредне се може прихватити, с тим што је треба разграничити од непосредног и посредног утврђивања чињеница. Једно од основних начела кривичног процесног права, начело непосредности, као правило одређује непосредно утврђивање чињеница. Правно релевантне и друге чињенице се утврђују непосредним чулним опажањем кривичног суда директно из извора доказа. То значи да суд, по правилу, не сазнаје за чињенице које је утврдио неки други орган вођења поступка на основу записника, тј. не суди на основу списка. Суд, такође, не може заменити утврђивање чињенице из исказа сведока очевица исказом сведока по чувењу. Од принципа непосредности постоје законом установљена одступања мотивисана економичношћу поступка и његовим разумним трајањем. У члану 406 Законика о кривичном поступку су предвиђене ситуације у којима је могуће читање записника о испитивању сведока, налаза и мишљења вештака, као и записника о саслушању саоптуженог, или осуђеног саучесника. То је могуће ако су испитана лица умрла, душевно оболела, не могу се пронаћи, или је њихов доказак пред суд знатно отежан услед болести, старости, или из других разлога. Исказ сведока, или вештака који није присутан може бити прочитан ако се странке сагласе. Читање раније датог исказа ових процесних субјеката је могуће ако су присутни на главном претресу, али одбијају да дају исказ без постојања законских разлога. Исказ саоптуженог може бити прочитан ако је дошло до раздвајања кривичног поступка, или је већ осуђен правноснажном пресудом. Најзад, ако је сведок или вештак испитан пред председником судећег већа, или је испитан ван главног претреса од стране члана већа, исказ такође може бити прочитан на главном претресу (члан 404 ЗКП). С обзиром на то да је новим Закоником о кривичном поступку уведена тужилачка истрага, широко постављено одступање од начела непосредности може довести у питање правичност поступка ако се судска одлука заснива на посредно утврђеним чињеницама. Нарочито је спорно неограничено коришћење резултата спроведених доказних радњи од стране полиције у предистражном поступку. Ако су доказне радње спроведене на законит начин, докази које је прикупила полиција могу бити коришћени у кривичном поступку, тј. на тим доказима може бити заснована судска одлука (члан 287, став 2 ЗКП).⁶

На претходно наведену, логички се наслања класификација доказа на оригинарне и изведене. Критеријум за ову поделу је однос извора

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

информације и чињенице, коју је потребно утврдити. Оригинарни су докази чији су извор лица која су чињенице опажали непосредно, својим чулима. Изведени докази су чињенице, утврђене на посредан начин од лица које их је сазнало на посредан начин (Стевановић, Ђурђић, 2006: 230). Ова подела је, чини се, недовољно разграничена од поделе доказа на непосредне и посредне. Приликом разграничења доказа, на овај начин, узети су у обзир само лични докази, док су материјални (исправе, тј. предмети, трагови) остали ван класификације. Неки аутори, додуше у оригинарне доказе сврставају предмете и ствари које су извор материјалних доказа, али тек приликом експликације набрајањем (Стевановић, Ђурђић, 2006: 230). Већи проблем је што се оригинарни докази у потпуности преклапају са непосредним, а изведени са посредним доказима.

У делу процесне теорије се као критеријум за поделу на оригинарне и изведене доказе узима однос доказа према извору доказа. Докази које орган поступка сазнаје из извора доказа у коме се налазе су оригинарни. То су чињенице које суд сазнаје из исказа очевица, исказа окривљеног, или из предмета посматрањем. Ако орган поступка не сазнаје чињенице из извора доказа, већ из другог доказног средства, то су изведени докази. То може бити исказ сведока по чувењу, као и кривични спис (Строгович, 1948: 132).

Прихватајући теоријску заснованост претходне класификације, сматрамо да се као критеријум за ову класификацију доказа треба узети начин на који суд сазнаје чињенице, Према том критеријуму, оригинарни су докази из којих суд сазнаје чињенице директно од носиоца информације, из исказа окривљеног, сведока, вештака, из оригинала исправа, као и путем расправног увиђаја. Деривативни (изведени) докази постоје ако суд сазнаје чињенице из преносиоца информације, из записника о саслушању окривљеног, о испитивању сведока, или вештака, те записника о истражном увиђају.⁷ Овде је реч о утврђивању чињеница на основу фиксираних резултата спроведених процесних радњи, у ранијим фазама поступка, или чак у предистражном поступку, у којима није учествовало судеће веће. Према овој подели, чињенице из исказа сведока по чувењу спадају у деривативне доказе, будући да их кривични суд сазнаје од преносиоца информације. Чињенице сазнате из увиђаја спроведеног од стране судећег већа, тзв. расправног увиђаја, спадају у оригинарне доказе. Насупрот томе, чињенице добијене као резултат тзв. истражног увиђаја спадају у деривативне доказе, јер суд о чињеницама сазнаје из записника о увиђају (од преносиоца информација), у коме није учествовао.

7 Они се називају „докази из друге руке“.

5. Споразум о признању кривичног дела

Споразум о признању кривичног дела представља нагодбу између јавног тужиоца, са једне стране, и окривљеног и његовог браниоца, са друге стране, којим окривљени добровољно, у потпуности признаје извршење кривичног дела, а јавни тужилац се обавезује да учини окривљеном извесне уступке. Реч је о уговору *sui generis*, чије је дејство на кривичнопроцесни однос индиректно, јер на основу закљученог споразума суд доноси кондемпнаторну пресуду, што доводи до гашења тог односа. Дакле, за разлику од уговора грађанског права, споразум се разликује по томе, што не производи директно, већ индиректно правно дејство, уколико је закључен у одговарајућој форми. Споразум о признању кривичног дела је један од инструмената консенсуалне правде, али и ресторативне правде, будући да се његовим закључењем настоји истовремено извршити реституција оштећеног. У процесном смислу, пресуђење на основу закљученог споразума о признању кривице представља упрошћену процесну форму (Бркић, 2004: 430).⁸ То произилази из самог циља његовог закључивања – изостанак главног претреса (или доказног поступка у САД).

Доказивање чињеница од стране суда је у директној контрадикцији са применом споразума о признању кривичног дела. У самој бити споразума је сагласност странака о доказима које презентују суду у закљученом консензусу. На суду је да прихвати споразум, који има подлогу у чињеницама, које су наведене у доказној подлози, или да га не прихвати. Уз споразум који се подноси суду, уколико још увек није била подигнута оптужница, обавезно се доставља и овај оптужни акт. То значи да је у оптужници садржан и предлог доказа којима се поткрепљују одлучне чињенице. У случају да је споразум поднет пре отпочињања главног претреса, чињеничну основицу за доношење одлуке о споразуму којим се мериторно окончава кривични поступак чини предлог доказа из оптужнице. Према томе, у овом случају суд прихвата чињенице из оптужног акта „здрово за готово“, а да уопште није ни било доказног поступка, на главном претресу, сходно начелу јавности, непосредности, усмености и контрадикторности. Једино у случају да је споразум о признању кривичног дела закључен непосредно пре окончања главног претреса, суд би имао чињеничну подлогу као у редовном кривичном поступку након доказног поступка. Приликом одлучивања о прихватању споразума суд, између осталог, утврђује да ли постоје и други докази који нису у контрадикцији

⁸ Да би нека форма била упрошћена, потребно је да поседује посебан основ, обележја, циљ и посебне услове. Основ ове форме је признање окривљеног, циљ је изостанак доказног поступка. Пресуђење на основу Споразума има посебна обележја и захтева испуњење одређених услова.

са признањем окривљеног (члан 317, став 1, тачка 3 ЗКП). То значи да ће ценити предложене доказе у оптужници и став јавног тужиоца о одлучним чињеницама у односу на признање окривљеног. Према томе, у случају закључења споразума о признању кривичног дела долази до потпуне лимитираности доказивања чињеница, јер је суд везан доказним предлозима јавног тужиоца које окривљени не оспорава, будући да признаје извршење кривичног дела. Стога се може рећи да суд, у овом случају, утврђује чињенице искључиво из доказа који нису непосредно изведени, односно да суд утврђује чињенице на основу страначке сагласности воља, искључиво из деривативних доказа.

6. Рочиште за изрицање кривичне санкције

Још једна симплификована процесна форма која је предвиђена процесним законом јесте рочиште за изрицање кривичне санкције. Реч је о могућности да се за кривична дела са запређеном новчаном казном и казном затвора до пет година одржи ово рочиште уместо главног претреса. Пре доношења одлуке да ли ће прихватити предлог тужиоца, судија ће између осталог ценити предложене доказе и сложеност предмета, те ће одредити одржавање рочишта за изрицање кривичне санкције или главног претреса (члан 514, став 1, тачка 4 ЗКП). У случају одређивања рочишта, оно почиње изгагањем тужиоца о доказима које је прикупио. Осуђујућа пресуда се доноси ако се окривљени сагласио са предложеним доказима и врстом и мером кривичне санкције. У случају споразума странака, дакле, не постоји могућност извођења доказа, већ суд за чињеничну подлогу узима оно о чему постоји сагласност странака. Штавише, ни чињенице од значаја за одмеравање врсте и мере кривичне санкције се не доказују стога што и око тога постији слога странака. Стога и ова процесна форма наликује парници. Услов за доношење осуђујуће пресуде је прихватање предлога јавног тужиоца. Доношењем осуђујуће пресуде суд заправо потврђује да се уверио у постојање одлучних чињеница на основу предложених доказа који нису непосредно изведени. Суд, према томе, и у овом случају утврђује чињенице на основу споразума странака из деривативних доказа.

7. Диверзиони модели

Етимолошки, диверзија води порекло од латинске речи *diversio*, што значи одвраћање, скретање, промена правца (Вујаклија, 2006: 212). Слично је са појмом диверзије у контексту кривичног поступка. Џон Фримен је на XIII Међународном конгресу за кривично право, приликом излагања о одустајању од гоњења и мирењу, упоредио кривични поступак са реком

која тече устаљеним током а диверзију са скретањем од тока у правцу миреша и поравнања жртве и учиниоца (Хорватић, 1984: 517). Ово, наизглед, једноставно одређење касније је у литератури више пута цитирано, чини се, са правом, јер на најбољи начин објашњава предметни појам. Устаљени ток кривичног поступка пролази кроз етапе истрага–оптужење–суђење. Диверзиони модел представља нарушавање, односно потпуни изостанак хронолошког низа етапа кривичне процедуре.

У одговору на питање шта се сматра диверзијом кривичног поступка, искристалисала су се два приступа – шири и ужи. Шири концепт у диверзионе моделе убраја ванправне одговоре на криминалитет (самоорганизовање грађана и самопомоћ), затим институционалне, у виду примене разних алтернативних кривичних санкција (условна осуда, пробација, друштвенкорисни рад...) и транслацију примене кривичних санкција ка управним и грађанскоправним санкцијама (Мрвић, 1994: 100). Овај приступ веома је близак радикалном аболиционистичком правцу, чија је основна идеја замене примене кривичних санкција другим облицима разрешења конфликта између учиниоца и жртве од стране друштвених, вансудских структура (универзитети, школе, јединице локалне самоуправе), што у крајњем води ка укидању кривичног права.

Ужи концепт диверзионим моделима сматра само оне који имају за циљ да не дође до покретања кривичног поступка, односно да се избегне оптужење и изрицање осуде према учиниоцу. Према том схватању, у диверзионе моделе спадају само форме разрешења конфликта уз учешће државног органа. Тиме је искључена примена алтернативних кривичних санкција, јер до њихове примене долази након спроведеног кривичног поступка, где учинилац стиче својство осуђеног. Замена кривичних, санкцијама других грана права такође се не сматра диверзијом, већ декриминализацијом. Ужи концепт, дакле, диверзионим моделима сматра оне форме код којих кривично гоњење изостаје, или се обуставља пре покретања или у раној фази кривичног поступка од стране полиције или јавног тужиоца (уз сагласност, или без сагласности суда). Циљ је гашење кривичне тужбе у раној фази кривичног поступка (Бркић, 2004: 148). Уколико сагледамо ток кривичног поступка, гашење кривичне тужбе могуће је све до окончања главног претреса, у ком случају је неизоставна сагласност суда након одустајања јавног тужиоца од гоњења. Неопходно је да не дође до оглашавања оптуженог кривим.⁹ Овај концепт кореспондира са либералним теоријским концептом, чија је суштина хуманизација и рационализација

9 С циљем адекватног објашњења диверзије, на већ поменутиом конгресу у Каиру се за ове моделе користила реч *дејуредицијација*, која донекле одговара суштини диверзије (избегавање судског поступка).

кривичног правосуђа увођењем упрошћених и алтернативних процесних форми.

Поставља се питање да ли диверзију представља одустанак приватног тужиоца од даљег гоњења, будући да се он руководи начелом диспозитивности? Приклањамо се гледишту оних који дају потврдан одговор на питање (Хорватић, 1982: 517). Иако се приватни тужилац у располагању кривичном тужбом креће ван опсега примене начела легалитета, односно опортунитета руководећи се приватним интересом, ипак су ефекти по осумњиченог исти као код примене диверзије од стране јавног тужиоца. У том случају такође изостаје кривично гоњење, тј. не долази до пресуђења.

Најчешћа подела диверзионих модела која се може срести у литератури је на једноставну и сложу диверзију. Једноставна диверзија се изједначава са поступањем јавног тужиоца по начелу опортунитета кривичног гоњења, када јавни тужилац проценом објективних и субјективних околности извршења кривичног дела одлучује да не предузме кривично гоњење, без наметања било каквих обавеза осумњиченом. Епилог је, дакле, безусловно одбацавање кривичне пријаве против осумњиченог. Реч је, заправо, о селекцији кривичних пријава у сфери багателног криминалитета проценом да ли је опортуно предузимати кривично гоњење, имајући у виду малу друштвену опасност кривичног дела, одсутност или незнатност насталих штетних последица, околности на страни учиниоца (признање извршеног дела, стварно кајање, личне прилике, држање након извршеног дела, надокнађена штета жртви...) и економичности самог вођења поступка (уколико би трошкови вођења поступка били у несразмери са штетним последицама извршеног кривичног дела). Значајну улогу код једноставне диверзије неретко има и полиција, која самосталном „нелегалном“ селекцијом кривичних пријава, односно једноставним недостављањем неких од пријава јавном тужиоцу фактички доводи до истог исхода (Так, 2008). Полиција представља такође субјект примене диверзионих модела у оним правним системима где има овлашћење изрицања неке врсте опомене, односно неке кривичне санкције налик новчаној казни која се не може заменити казном затвора (Јосимовић, 2011: 14).

Диверзија са интервенцијама (сложена диверзија) разликује се од претходне по томе што осумњичени добровољно пристаје на примену одређеног ванпеналног програма (обављање друштвенкорисног рада или рада у корист жртве, похађање различитих курсева, намирења штете жртви, исплата обавеза издржавања...). Одлука о гашењу кривичне тужбе, у овом случају, доноси се након извршења обавеза од стране осумњиченог.

Епилог је, дакле, исти као код једноставне диверзије (одбацивање кривичне пријаве или обустава поступка), али се разликују по мерама које осумњичени добровољно извршава у одређеном законском року. Према неким ауторима (Бркић, 2004: 152), постоји још једна подврста интервенирајуће диверзије – „прикривена диверзија“. Реч је о ситуацији када тужилаштво оклева са иницирањем покретања поступка чекајући да осумњичени надокнади штету жртви, након чега долази до одбацивања кривичне пријаве.

Иако постоји схватање да једноставна диверзија заправо није диверзија (Бркић, 2004: 152), сматрамо да обе врсте представљају посебне диверзионе моделе, будући да се заснивају на истоветној идејној матрици, као и да им се услови, циљеви и епилог умногоме поклапају. Поред наведене поделе, од значаја је и дивизија диверзионих модела, с обзиром на фазу кривичног поступка. Према овом критеријуму диверзија се може поделити на предсудећу и судећу, где би предсудећа могла бити даље подељена за предистражну и истражну диверзију, будући да се примењује најчешће пре оптужења. Крајњи тренутак када би могло доћи до примене диверзије треба везати за окончање главног претреса, мада има и схватања да до ње може доћи и касније – све до момента почетка извршења изречене санкције. Према субјектима који имају одлучујућу улогу у примени диверзионих модела, подела се врши на полицијску, тужилачку и судску диверзију. Треба, међутим нагласити да диверзионе моделе најчешће примењује субјект у чијим рукама се налази овлашћење кривичног гоњења (јавни тужилац или полиција), док се улога суда најчешће своди на давање претходног или накнадног одобрења.

За кривична дела са запређеном новчаном казном, или казном затвора до пет година могуће је применом условљеног опортунитета одложити кривично гоњење. У том случају се осумњиченом у предистражном поступку изриче једна, или више мера, из члана 283 ЗКП ако јавни тужилац сматра да нема места кривичном гоњењу. Ипак, у овом случају се осумњиченом изриче једна врста парасанкција које по многим карактеристикама одговарају кривичним санкцијама, а да је претходно утврђено само постојање основа сумње и то од стране несудског државног органа (Илић, 2010: 405–434). Иако је последица успешно примењеног условљеног опортунитета одбацивање кривичне пријаве, те се осумњичени сматра неосуђиваним, поставља се питање: да ли је чињенично стање *de facto* утврђено? С обзиром на то да заступамо гледиште да чињенице може утврдити само суд, сматрамо да у овом случају нису утврђене. Осим тога, чињенице се не могу утврђивати ван кривичног поступка. Најзад, решење о одбацивању кривичне пријаве не стиче својство *res iudicata*. У случају условног одлагања кривичног

гоњења чињенице се не утврђују, већ је реч о једној врсти нагодбе између јавног тужиоца и осумњиченог, која има за циљ да не дође до кривичног поступка. Осумњичени прихватањем условљеног опортунитета пристаје да утврђивање чињеница у кривичном поступку у потпуности изостане.

8. Закључак

Увођење консенсуалних форми у кривични поступак свакако доприноси ефикасности и растерећењу судова. Са друге стране, погрешно поимање и примена ових процесних института представља претњу правилном и потпуном утврђивању чињеница у кривичном поступку. У случају склапања споразума о признању кривичног дела, као и приликом рочишта за изрицање кривичне санкције суд утврђује чињенице, као и у редовном кривичном поступку. Једина разлика је што то чини искључиво на основу деривативних доказа. Суд заснива одлуку на основу оцене доказа, око којих су се странке сагласиле и понудиле их суду. Према томе, код ових консенсуалних форми не сме да изостане утврђивање чињеница, као и оцена доказа. У супротном ће судска одлука бити наснована на погрешном чињеничном стању. Примена диверзионог опортунитета се дешава пре отпочињања кривичног поступка. У том случају нема говора о утврђивању чињеница. Осумњичени пристаје на понуђену обавезу, а епилог је одбацивање кривичне пријаве, те неосуђиваност, као концесија. У овом случају, утврђивање чињеница у потпуности изостаје. Из тог разлога треба бити опрезан, приликом примене условног опортунитета, како се овај институт не би претворио у формуларно поступање, без казуистичког приступа сваком појединачном случају.

Литература/References

Tak, P, (2012). *Methods of diversion used by the prosecution services in the Netherlands and other western European countries*, приступ 5. 7. 2012: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms_all/no74.pdf;

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

Бајовић, В. (2014). *Процесноправни значај општепознатих чињеница и чињеница утврђених у правноснажним судским одлукама, докторска дисертација*. Београд.

Бркић, С. (2004). *Поједностављење кривичног поступка и упрошћене процесне форме*. Нови Сад.

- Бркић, С. (2004). *Поједностављење кривичног поступка и упрошћене процесне форме*. Нови Сад.
- Врачар, С. (1965). *Социјална садржина функције државноправног поретка*. Београд.
- Вујаклија, М. (2006). *Лексикон страних речи и израза*. Београд.
- Грубиша, М. (1963). *Чињенично стање у кривичном поступку*. Загреб.
- Грубиша, М. (1982)- *Чињенично стање у кривичном поступку*. Загреб.
- Давидов, С. (2014). *Утврђивање чињеница у кривичном поступку – има ли правде без истине, докторска дисертација*. Ниш.
- Дамашка, М. (2008). *Лица правосуђа и државна власт*. Загреб.
- Ђурђић, В. (2013). *Утврђивање чињеница у кривичном поступку*. Правна ријеч, бр. 37.
- Ђурђић, В. (2014). *Кривично процесно право – општи део*. Ниш.
- Илић, И. (2010). *Условно одлагање кривичног гоњења, Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије: тематски зборник радова. Књ. 5, Ниш.*
- Јосимовић, М. (2011). *Диверзиони модел као алтернатива кривичном поступку, необјављена магистарска теза*. Нови Сад.
- Крапац, Д. (1982). *Утврдити чињенице значи уверити се у њихово постојање – властитим опажањем или доказивањем*. Наша законитост, бр. 11–12.
- Мрвић, Н. (1994). *Диверзиони концепт кривичноправног система – реалност или утопија*, Социолошки преглед, 1.
- Строгович, М. (1948)- *Кривични судски поступак*. Београд, 1948.
- Узелац, А. (1997). *Истина у судском поступку*. Загреб.
- Хорватић, Ж. (1982). *Посебни случајеви одустајања од гоњења и мирење у кривичним стварима*. ЈРКК 1–2.
- Хорватић, Ж. (1984). *XIII Међународни конгрес за кривично право (Каиро, 1–7. октобра 1984. године), Одустајање од гоњења и мирење (diversion mediation)*. ЈРКК 3–4.

Ivan Ilić, LL.D.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

THE INFLUENCE OF CONSENSUAL PROCEDURAL FORMS ON ESTABLISHING AND PROVING FACTS IN CRIMINAL PROCEDURE

Summary

In recent decades, criminal proceedings in transition countries have faced the challenges of modern times, very much like the entire society. This has prompted a number of reform activities, which have resulted in shifting the traditional continental type of proceedings to the adversarial criminal procedure. One of the important directions in the reform is the introduction of consensual and diversionary forms into criminal proceedings. Thus, the prosecution of criminal offenses which are punishable by a fine or a sentence of imprisonment of up to five years may be postponed through the application of conditional opportunity. It is one of the diversionary forms aimed at avoiding the instigation of criminal proceedings. Another simplified procedural form, which is envisaged in the criminal procedure legislation, is the hearing for imposing a criminal sanction. This hearing may be held instead of the main trial proceeding in cases involving criminal offenses punishable by a fine and a sentence of imprisonment not exceeding five years. One of the consensual forms is plea bargaining between the public prosecutor and the defendant. In this paper, the author deals with the influence of these consensual and diversionary forms (conditional opportunity, the hearing for imposing a criminal sanction, and plea bargaining) on establishing and proving facts in criminal proceedings.

Keywords: *criminal proceedings, conditional opportunity, plea bargaining, hearing for imposing a criminal sanction.*