

О ДОКАЗИМА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ, 1908.

Садржај

ПРВИ ДЕО

О доказу у опште

§ 1. Појам доказа у Кривичном Поступку

§ 2. Апсолутна и релативна истина. Објективна и субјективна истина

§ 3. Теорија принудних законских доказа и слободног судијског уверења

§ 4. Историјски развој доказа у туђинским законодавствима.

I Римски Кривични Поступак. II Канонски Кривични Поступак. III Средњи век до рецепције Римског и Канонског Права. IV Рецепција Римског и Канонског права. Инквизиторски Кривични Поступак. V Реформа Кривичног Поступка

§ 5. Историјски развој доказа у Српском Кривичном Поступку

I У старој српској држави. II У обновљеној српској држави

§ 6. Доказна теорија у данашњем законнику о кривичном поступку

§ 7. Предмет доказа

§ 8. Терет или дужност доказивања (*onus, necessitas probandi*)

§ 9. Подела доказа

I Природни или вештачки доказ (непосредни и посредни). II Оптужни и одбранбени доказ. III Непотпун и потпун доказ

§ 10. Рок доказивања

ДРУГИ ДЕО

Поједина доказна средства

Глава прва

Увиђај

- § 11. Појам и историја
- § 12. Увиђај у генералној истрази
- § 13. Увиђај у специјалној истрази
- § 14. Увиђај као доказ

Глава друга

Вештачко мишљење

- § 15. Појам и природа вештачког мишљења
- § 16. Способност и дужност бити вештак
- § 17. Избор и заклетва
- § 18. Поступак при вештачењу
- § 19. Нарочити случајеви

I Убиство и тровање. II Телесне повреде. III Вештачко мишљење о душевном стању окривљеног. IV Срањење рукописа. V Прављење лажног новца.

VI Паљевина

- § 20. Вештачко мишљење као доказ

Глава трећа

Признање

§ 21. Појам и значај признања

§ 22. Испит окривљеног

I У генералној истрази. II У прелазном поступку. III На главном претресу

§ 23. Врсте признања

§ 24. Захтеви за важност и доказну снагу признања

§ 25. Квалификовано признање

§ 26. Порицање признања

Глава четврта

Сведоцба сведока

§ 27. Појам сведоцбе сведока

§ 28. Способност бити сведок

§ 29. Дужност сведочења

§ 30. Ослобођење од дужности сведочења

§ 31. Испит сведока

§ 32. Заклетва сведока

§ 33. Доказна снага сведоцбе

§ 34. Законски захтеви за доказну снагу сведоцбе

§ 35. Шта се може доказати сведоцбама?

§ 36. Случајеви у којима се сведоцба једног сведока може узети за потпун доказ

§ 37. Сведоцба саучесника

Глава пета

Исправе

§ 38. Појам и подела исправа

§ 39. Поступак код исправа

I Добављање исправе. II Доказивање истинитости исправе. III Употреба исправе

§ 40. Оцена доказне снаге исправе

Глава шеста

Саставни доказ или доказ основима подозрења

§ 41. Појам и значај доказа основима подозрења

§ 42. Подела основа подозрења

§ 43. Ближи општи основи подозрења

§ 44. Ближи посебни основи подозрења

§ 45. Непотпуни непосредни докази као ближи основи подозрења

§ 46. Какви морају бити основи подозрења, па да се могу узети за доказ?

§ 47. Шта се може доказати основима подозрења?

§ 48. Како се образује доказ основима подозрења или саставни доказ?

343/823

Д-р Бож. В. Марковић

О ДОКАЗИМА
У
КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ



II 823

О доказима

у

Кривичном Поступку

09

Др Бож. В. Марковић

1918



ПРЕДГОВОР

Ову сам књигу написао с два разлога: прво с тога што је наука о доказима најважнији део Кривичног Поступка, и друго стога што су у том делу потребне највеће реформе.

Позната је ствар, колико је наша кривична процедура рђава и како се њома не може да дође до правог циља, који се Кривичним Поступком треба да постигне. Какви се интереси оваком процедуром доводе у питање, није потребно нарочито наглашавати. Србија у овом погледу данас стоји на последњем месту. Да бих с једне стране указао на све рђаве стране најважнијег дела Кривичног Поступка, и да бих с друге стране одмах показао како се те рђаве стране имају отклонити, т. ј. у ком се смислу и правцу има извршити реформа, ја сам написао ову књигу, у којој је историјски и систематски изложена целокупна наука о доказима.

С обзиром на то, што ће законик о Кривичном поступку, овакав каква је, бити у снази све док не буде замењен другим, ја сам се старао да што јасније и боље објасним све законске одредбе, које се односе на доказе, и да на тај начин створим могућност истражницима и судијама, да што правилније примењују закон. При овоме сам се нарочито обадио и на сва спорна питања која су се у нас јавила како у науци тако и у пракси, а дотакао сам се и одлука Касационог Суда, које сматрам погрешним.

Своме другу Д-р Станоју Станојевићу, професору Српске Историје захвалам сам, што је био тако добар, те ми је помагао у читању и тумачењу старих српских историјских извора.

Имам да учиним и једно извињење. Због царинског рата штампање књиге није се могло наставити на истој хартији на којој је започето.

Ова је књига одштампана из Полицијског Гласника.

Београд, децембра 1908.

Б. М.

САДРЖАЈ

ПРВИ ДЕО

О доказу у опште.

	СТРАНА
1. Појам доказа у Кривичном Поступку	3
2. Абсољутна и релативна истина. Објективна и субјективна истина	6
3. Теорија принудних законских доказа и слободног судијског уверења	15
4. Историјски развој доказа у туђинским законодавствима I Римски Кривични Поступак. — II Канонски Кривични Поступак — III. Средњи век до рецепције Римског и Канонског Права — IV Рецепција Римског и Канонског Права. — Инквизиторски Кривични Поступак. V Реворна Кривичног Поступка.	25
5. Историјски развој доказа у Српском Кривичном Поступку I У старој српској држави — II У обновљеној српској држави.	49
6. Доказна теорија у данашњем законнику о кривичном поступку	102
7. Предмет доказа	112
8. Терет или дужност доказивања (onus, necessitas probandi)	119
9. Подела доказа I. Природни или нештатни доказ (непосредни и посредни) — II. Оптужни и одбранбени доказ. — III. Непотпуни и потпуни доказ.	124
10. Рок доказивања	136

ДРУГИ ДЕО

Поједина доказна средства.

Глава прва

Увиђај

11. Појам и историја	143
12. Увиђај у генералној истрази	147
13. Увиђај у специјалној истрази	161
14. Увиђај као доказ	167

Глава друга

Вештачко мишљење

	СТРАНА
§ 15. Појам и природа вештачког мишљења	171
§ 16. Способност и дужност бити вештак	178
§ 17. Набор и заклетва	188
§ 18. Поступак при вештачењу	196
§ 19. Нарочити случајеви	307
I. Убиство и тровање. — II. Телесне повреде. — III. Вештачко мишљење о душевном стању окривљеног. — IV. Срањење рукописа. — V. Провење ланог поља. — VI. Палевиња.	
§ 20. Вештачко мишљење као доказ	224

Глава трећа

Признање

§ 21. Појам и значај признања	227
§ 22. Испит окривљеног	231
I У генералној истрази. — II У прелиминарном поступку. — III. На главном претресу.	
§ 23. Врсте признања	250
§ 24. Захтеви за важност и доказну снагу признања	251
§ 25. Каалиенковано признање	261
§ 26. Порлање признања	265

Глава четврта

Сведочење сведока

§ 27. Појам сведочења сведока	269
§ 28. Способност бити сведок	272
§ 29. Дужност сведочења	276
§ 30. Ослобођење од дужности сведочења	283
§ 31. Испит сведока	286
§ 32. Заклетва сведока	294
§ 33. Доказна снага сведочења	303
§ 34. Законски захтеви за доказну снагу сведочења	305
§ 35. Шта се може доказати сведочењима?	315
§ 36. Случајеви у којима се сведочења једног сведока може узети за потпуни доказ	317
§ 37. Сведочења сведока	324

Глава пета

Исправе

§ 38. Појам и подела исправа	328
§ 39. Поступак код исправа	330

I Добавање исправа. — II Доказивање истинитости исправа. — III. Употреба исправа.

§ 40. Оцена доказне снаге исправа	336
---	-----

Глава шеста

Саставни доказ или доказ основима подозрења.

§ 41. Појам и значај доказа основима подозрења	339
§ 42. Подела основних доказа	345
§ 43. Ближи основни докази	350
§ 44. Ближи посебни основни докази	357
§ 45. Непотпуни непосредни докази као ближи основни докази	361
§ 46. Какви морају бити основни докази, па да се могу узети за доказ?	365
§ 47. Шта се може доказати основима подозрења?	373
§ 48. Како се образује доказ основима подозрења или саставни доказ?	378

ПРВИ ДЕО
О ДОКАЗУ У ОПШТЕ

Појам доказа у Кривичном Поступку

Извршењем кривичног дела нарушава се, поред нападнутог правног добра, и правни поредак, који је држава позвана да штити ради остварења свих својих других позитивних задатака. Испуњавајући свој задатак заштите права, држава има да се бори противу неправга и да успостави нарушени правни поредак. Отуда право државе да казни нарушиоца јавног правног поретка. Казна је према томе зло, које држава по својој праву и по својој дужности наноси учиниоцу кривичног дела, ради одржања јавног и правног поретка. Али држава има права да казни оптуженог само тада, ако је овај *одиста* извршио кривично дело, које му се на терет ставља. Да ли је пак оптужени извршио кривично дело, има се утврдити само путем поступка. Стога је и циљ Кривичном Поступку, да се пронађе и казни прави кривац, па и он не више по што је заслужио. Из права и дужности државе да казни само правог кривца изилази, да се Кривичним Поступком мора тражити и утврђивати само *материјална истина*.

Примена материјалног Кривичног Права омогућава се тек Кривичним Поступком. Питање о виности односно невиности оптуженог има суд да реши у Кривичном Поступку, пошто прикупи све чињенице и оцени све моменте, који могу бити од утицаја на решење тога питања. Кад у истрази није остало више ниједног средства, којим би се могла утврдити виност или невиност оптуженог, онда суд приступа доношењу пресуде. Како се кривичним делом руши правни поредак, то суд пресудом својом има право да уреди поједини спорни случај. Пресуда садржи коначну одлуку о постојању

виности односно невиности оптуженог. А како се виност односно невиност утврђује на основу чињеница прикупљених у поступку, то пресуда претпоставља постојање свих тих чињеница. Пресуда, дакле, почива да извесној основици која се састоји из чињеница. Да би сад пресуда, као резултат целокупног поступања, одговарала материјалној истини, која је циљ Кривичном Поступку, то основица, на којој почива пресуда, мора бити истинита, т.ј. све чињенице, које служе пресуди као основица, морају бити истините. Без овога немогуће је применити казни законик на учиниоца кривичног дела. Тако н.пр. § 155 к. з. гласи: „ко хотично и с предумишљајем човека убије да се казни смрћу“. Казна, коју угрожава овај закон, може се извршити над једним лицем само тако ако је пресуда изречена: да се А за ово дело убиства казни смрћу. Али ова пресуда: да се А за ово дело убиства казни смрћу, биће само тада оправдана, ако је утврђено, да је А хотично човека убио и убиство с предумишљајем извео. Дакле претпоставка пресуде: да се А казни смрћу ит.д. јесте *извесност* или *истинитост* чињенице: А је хотично човека убио и убиство с предумишљајем извео. Тек кад се истинитост ове чињенице утврдила, могла се донети и она пресуда, која почива на материјалној истини. Да би, дакле, држава могла остварити своје право кажњења кривца, потребно је, да се утврди истинитост свих оних чињеница, на којима суд хоће да заснива своју пресуду. И то утврђивање истинитости свих важних чињеница ми називамо доказ.¹⁾

Реч доказ може имати различит појам, па се према томе постављају и различите дефиниције. Тако:

1. Из овога што је до сад речено на првом месту изилази овај појам доказа: *под речи доказ имају се разумети све оне процесне радње, управљене на то, да се утврди истинитост чињеница, које су од важности за судску пресуду.* Ово је доказ у *формалном* смислу и, као што се види, овај појам доказа идентичан је с *доказним поступањем*.

¹⁾ Birkmeyer, Deutsches Strafprocessrecht 395; Geyer u Holzendorff-овом Handbuch des Strafprocessrechts I 188; Rupp, Beweis in Strafsachen 2.

Овоме појму доказа у формалном смислу одговара други један појам доказа у *материјалном* смислу.

2. Душевни процес је исти како код човека, који у обичном животу хоће да се увери о извесности какве чињенице, тако и код судије кад је реч о доказу виности или невиности оптуженог. Ни један ни други не узима једну чињеницу за извесну без испитивања и оцене, т.ј. не иде за простим утиском извесности. Па пошто се сматра да је *уверење свест о извесности*, то та свест, као што каже Глазер, не може постојати, ако се не узме да уверење почива на извесним основима или разлозима, који одговарају законима мишљења. Али извесност или истинитост једне чињенице може се добити само из других чињеница, које су већ извесне и које стоје у тако тесној вези с чињеницом, која треба да се докаже, да се ова из оних изводи. Ова логичка веза између двеју чињеница обележава се тиме, што се каже да једна *доказује* другу, *њен је доказ*. Чињеница, која треба да се докаже, зове се *предметом доказа* (thema probandi), а друга се зове *доказни основ* (probatio, argumentum). Доказни основи су према томе чињенице из којих се изводи извесност или истинитост предмета доказа, а доказна средства су извори из којих се добивају чињенице, које чине доказни основ. Тако н.пр. ако се каже А је убио Б, то да судија буде уверен о извесности те чињенице убиства од стране А, т.ј. о виности или невиности А, он мора свест о својем уверењу заснивати на чињеницама, које су већ извесне. Те извесне чињенице биле би н. пр. ако би А признао да је убио Б, или ако би сведоци В и Г посведочили, да је А убио Б. Било из једне или из друге од ових двеју извесних чињеница судија изводи извесност ове друге још неутврђене чињенице: да је А убио Б, т.ј. оне извесне чињенице доказују ову другу, њен су доказ. Доказни основ овде би, дакле, било признање и сведочење сведока, јер се из њих изводи извесност ове друге чињенице да је А убио Б, а ова чињеница била би предмет доказа. *Доказивати* према томе значи: прибирати основе за важност једне пресуде. Пресуда мора почивати на основима или разлозима, да би се њој дошло до извесности.

Из свега овога добијамо други појам доказа у материјалном смислу. Под доказом у материјалном смислу разуме се скуп основа или разлога, који говоре за истинитост или извесност неке важне чињенице у поступку.¹⁾

Видимо дакле, да се под доказом разуме како доказивање, т.ј. доказни поступак (доказ у формалном смислу), тако и његов садржај, т.ј. скуп доказних основа (доказ у материјалном смислу).

§ 2.

Апсолутна и релативна истина. Објективна и субјективна.

Циљ је доказа утврђење истине свих важних чињеница у поступку на којима суд има да заснује своју пресуду. Све оно, што је предмет доказа, мора бити истинито; ради истине се, дакле, и подносе докази у Кривичном Поступку. Стога је, пре него што се одговори на питање, која се истина тражи у Кривичном Поступку, потребно утврдити, шта се разуме под истином у опште. Под истином се разуме сагласност представе о једном предмету са самим бићем тога предмета.²⁾ Кад, дакле, једно лице има представу о једном предмету, па се та представа слаже с тим предметом, то ми кажемо, да је то лице дошло до истине о томе предмету.

Средства за сазнање истине каквих чињеница јесу разум и искуство.³⁾ Према томе, да ли се истинитост какве чињенице добија помоћу разума или помоћу искуства, и дели се она на апсолутну и релативну истину. Апсолутна истина долази из разума, т.ј. основи, из којих се добија истинитост какве чињенице, почивају на чистим погледима разума, докде се

¹⁾ Mittermaier, Lehre vom Beweise 57 и даље; Kitka, Die Beweislehre 3; Geyer u Holzendorff-овом Handbuch des Strafprozesses I 188, 189; Glaser, Handbuch des Strafprozesses I 344 и даље; Birkmeyer, Deutsches Strafprozessrecht 395.

²⁾ Mittermaier, Lehre vom Beweise 63 и даље; Weber, Ueber den Begriff der strafrechtlichen Gewissheit u Neues Archiv des Crs VIII, 562.

³⁾ Weber u Archiv des Crs VIII 566 и даље; Kitka, Die Beweislehre 3; Geyer u Holzendorff-овом Handbuch des Strpr. I 189; Ullmann, Lehrbuch des Strafproc. 326.

ови основи код релативне истине добијају из искуства које у исто време одобрава и разум. Апсолутна се истина зове још и аподиктичном и то стога, што је приступна сваком човечијем уму, и може се претпоставити, да, под извесним околностима, сваки човек може до ње доћи. Овако добијена истина искључује могућност о противном, па како се најлакше постиже у математици, то се још зове и математичком истином, јер кад математичар и. пр. поднесе доказе, да су три угла у једном троуглу равна двама правим угловима, то је могућност о противном потпуно искључена.

Релативна истина се оснива на искуству, које се добија на основу чулних опажања. Ова су опажања или непосредна, ако једно лице на основу властитих опажања долази до извесности какве чињенице, или су посредна или изведена, ако се извесност о нечему добија средством туђег опажања. Било на један било на други начин да се добије ова истина, она не искључује могућност о противном, јер су ова средства таква, да из безбројних узрока могу бити нетачна, као што ће се то одмах ниже видети. Даље, не искључује се могућност о противном код релативне истине и стога што су у највише случајева опажања, на основу којих се долази до извесности, извршена у прошлости, и из таквих туђих опажања мора често једно лице у садашњости изводити истинитост какве чињенице. Баш стога, што се на овај начин долази до ове истине, она се још зове и историјском истином, јер судија, тражећи ову истину, поступа онако исто као и историк, кад хоће да се увери о истинитости какве чињенице, која се догодила у прошлости. Битна разлика између апсолутне или математичке и релативне или историјске истине лежи, дакле, у томе, што код ове последње никад није искључена могућност о противном, јер има чињеница за које се не може поднети ниједан математички доказ, већ се могу доказивати само на основу искуства или чулних опажања. Тако и. пр. по природи саме ствари немогуће је математички доказати да је Колумбо открио Америку 1492 године или да је бој на Косову био 1389 године, него се о овим чињеницама може добити само релативна или историјска извесност и то на основу сведоцаба писца, који су у та времена живели.

После овога настаје питање: до које се истине може доћи у праву у опште, па по томе и у Кривичном Поступку, или боље, којом се истином има задовољити Кривични Поступак? — Несумњиво је да апсолутна или математичка истина стоји изнад релативне или историјске, јер је она прва таква истина, која искључује могућност о противном. Према томе свуда, где се апсолутна истина може постићи, мора се претпоставити историјској истини. Али до апсолутне истине не може се увек доћи, не може се она чак ни у свима научним питањима постићи а камо ли у стварима обичног живота. Стога се у обичном животу, па и у праву, којим се регулишу односи између појединаца, или између појединаца и државе, мора задовољити релативном или историјском истином.

Доказом у Кривичном Поступку може се добити само релативна а никакво апсолутна или математичка истина, јер се у Кривичном Поступку увек треба да нађе истина о прошлим чињеницама, а судија њих из искуства или чулним опажањима сматра за истините стога, што му основи, који би говорили о противном, при најзрелијем размисљању, нису били познати. Да је одиста резултат доказа у Кривичном Поступку релативна истина, види се из овога. Судија добија уверење о извесности какве чињенице на три начина: 1. на основу властитог чулног опажања, 2. на основу чулног опажања других лица, или 3. на основу закључка, који се изводи из једне познате на другу непознату чињеницу.

У првом случају, т. ј. ако судија на основу властитог чулног опажања добија уверење о извесности какве чињенице, могло би се узети да је та извесност апсолутна. Ово би био случај само тада, ако би судија својим оком био у стању да види како спољну тако и унутрашњу страну кривичног дела. Само у овом случају би се потпуно постигао циљ кривичног правосудја, ако би се не само свако кривично дело пронашло, него ако би се према учиниоцу апсолутно правична казна применила. Међутим немогуће је у сваком кривичном случају доћи до овако апсолутне истине, јер је овако суђење за судију непостижно. Ово је непостижно стога, што судија, као ни остали људи, не може увек својим чулима да примети извршење кривичног дела. Па и у случају, у коме

судија сам види извршење кривичног дела, он види само *спољну страну* његову, т. ј. види радњу којом учинилац извршује кривично дело, док *унутрашњу страну* кривичног дела судија није у стању да види. Виност и зла намера учиниоца, као унутрашње чињенице кривичног дела, не даду се чулима опажати, него се могу само из других чињеница или опажања изводити; она се мора, како се то каже, *ex re* закључивати³.) Чим ово стоји, онда судија није у стању да дође до апсолутне истине о степену кривичне одговорности учиниоца, већ само до релативне, т. ј. до истине која не искључује могућност о противном.

Могло би се мислити, да ће се у овом случају, кад судија сам опази спољну страну кривичног дела, моћи доћи до апсолутне истине о виности учиниоца, ако овај сам о њој да своју изјаву, т. ј. ако *призна*. Спољашње чињенице је, дакле, сам судија видео, а унутрашње, које су неприступне чулним опажањима, саопштава онај, у чијој су се унутрашњости оне догодиле, и, према томе, изгледа, да судија на тај начин долази до апсолутне истине. Али то само тако изгледа, а при ближем посматрању одмах се види, да ствар стоји другаче. У оваквом случају може се породити сумња у то, да признање није лажно. Са разних узрока учинилац може бити нагнан да учини лажно признање нарочито о чињеницама, које су се у његовој унутрашњости збиле. Узмимо да није у питању воља учиниоца, т. ј. он хоће да каже истину о свима унутарњим чињеницама, али је и тада врло често у питању *способност* да то учини.

Овај је случај много чешћи него што се мисли, јер учинилац, који сад признаје, не исказује резултат посматрања самог себе у тренутку извршења дела, него све то одржава онако, како му то у тренутку причања изгледа. Душевно стање учиниоца у тренутку приповедања не слаже се са његовим душевним стањем у тренутку извршења дела, и увек ће бити неке разлике између једног и другог душевног стања. Често пута се ова разлика ствара и невољно и. пр. услед рђавог памћења учиниоца. Поред овога је често од утицаја љубав према себи самом, самообмана или кајање, што се све мора

³) Geyer u. Holtzendorff-овом Handbuch des Strafr. 191 и даље.

узети у обзир, кад се оцењује истинитост признања. Судија дакле чак ни код признања не може да дође до апсолутне истине о унутрашњим чињеницама, а још мање може постићи тај резултат само средством својих властитих чулних опажања. На свега се јасно види, да је у овом случају резултат судијског посматрања не апсолутна већ релативна истина, јер се код сваког судијског чулног опажања, као што смо видели, може да претпостави могућност о противном.

Несумњиво је, да се истина, до које судија долази на основу властитих чулних опажања, највише приближава апсолутној истини, али је врло мало случајева, у којима ће судија сам лично извршити извршење кривичног дела или коју другу важну чињеницу. У свима овим случајевима судија мора тражити што је могуће бољу замену својим чулним опажањима. Та замена састоји се у саопштењу чулних опажања других лица, а поглавито сведока и вештака. Сведоштво сведока и искази вештака замењују чулна опажања судије, и, на основу чулних опажања ових лица, судија долази до истинитости какве важне чињенице. Чим је судија принуђен, да, на овако посредан начин, преко других лица, дође до истине, то та истина не може бити апсолутном већ стога, што се често порица сумња у веродостојност исказа тих лица. Може се десити случај, да десет сведока посведочавају подједнако један факт, па ипак да су њихови искази лажни било стога, што су се сви споразумели да лажно сведоче, било да им је сведоштво лажно ма из какве забуде. У остатак и за чулна опажања ових лица вреди оно исто, што и за чулна опажања самог судије; па кад се, као што смо видели, на основу чулних опажања судије не може доћи до апсолутне истине, то се она још мање може постићи средством чулних опажања других лица.

У недостатку ова прва два средства, судија, ради проналажења истине у Кривичном Поступку, прибегава трећем средству, т.ј. закључцима, које изводи из познатих чињеница, добивених на основу исказа или опажања других. Очигледно је, да на овако потпуно посредан начин добијена истина још мање може бити апсолутна истина, него и у прва два случаја.

Из свега до сад јасно се види, да су средства за сазнавање истине у праву у опште, па и у Кривичном Поступку, искуство и чулна опажања. Но како су ова средства, као што смо видели, несавршена и њихова употреба понекад неправилна, то и истина, која се помоћу њих добија, јесте само релативна, историјска или емпиријска, а никако апсолутна, аподиктичка или математичка истина. Истинитост многих чињеница у праву не може се утврдити математичким доказима, стога она допушта могућност о противном; али она у себи садржи тако велику вероватноћу, да би непаметно било узети противно. То је, дакле, највећи степен извесности, до кога човек у опште може доћи и до које долази, кад му је, при најближљивијем тражењу, остао непознат ма и један основ, који би противно тврдио. Релативна истина не искључује могућност о противном, али се о овој могућности ни у праву ни у обичном животу не води рачуна, јер ако би се, поред истине која се добије, увек мислило на могућност да је другаче, то би се у животу врло ретко долазило до каквог рада. Зато, што се и у праву може доћи само до релативне истине, она се још зове и правном истином. Кривични Поступак, дакле, у своме задатку ограничава се само на релативну, историјску, емпиријску или правну истину.

II. Релативна или правна истина, до које судија у Кривичном Поступку долази, није објективна⁴⁾ истина, т.ј. истина која је потпуно независна од особина судије, и која почива на таквим основима, да код сваког судије, и противно његовој вољи, производи исти утисак. Ова је истина увек у неколико субјективна, јер је условљена уверењем субјекта који суди. Да је одиста истина у Кривичном Поступку и субјективна, види се по томе, што је индивидуалност судије од великог утицаја на проналажење истине, и да баш та индивидуалност и заснива уверење о истинитости. Од великог је утицаја на задобијање уверења о истинитости: интелигенција, васпитање, симпатије, антипатије судије, као и однос његов

⁴⁾ Mittermaier, Lehre vom Beweise 53 и даље; Zachariae, Handbuch des Strafr. II 339; Glaser, Handbuch des Strafr. I 343 и даље; Birkmeyer, Deutsches Strafr. 396.

према самој ствари и лицима, која учествују у поступку. Већ само то, што један судија има јачу моћ уображења од другог, који је навикао да сваку ствар мирно и ладно одени, доводи до различитих резултата тако, да ће, при подједнаким основима, један сматрати ствар за доказану, док ће други, са истих основа, сматрати за недоказану. Тако исто тренутно расположење, у коме се судија налази, одређује јачину утиска, који производе доказни основи, тако и, пр. плашња је од великог утицаја код суђења политичких кривичних дела. Јер, докле један плашљив судија нађе нешто за истинито, докле ће исти доказни основи на другом судију, који је смео, утиснути тако, да ће он ту ствар сматрати за неистиниту.

Нису све судије исте способности, да чињенице правилно пресуђују. Овде се онакава, на основу којих судије долазе до уверења о истинитости оних чињеница, доводе у везу с представама и знањима, која се већ налазе код сваког судије; у целом овом послу сваки од њих уноси своје нарочите обичаје и способности, које код другог могу бити сасвим другаче. Према томе уверење, до кога је сваки од судија дошао, јавља се само као истина за њега, као субјективна истина, а не као истина за све, објективна истина.

Кад се све ово узме у обзир, онда је објашњиво, да иста доказна грађа не чини на све исти утисак; да докле један може бити уверен, докле други налази да постоји само вероватноћа или чак сматра ствар сумњивом. Може се десити најзад, да исто уверење, до кога је дошло више судија, почива на различитим основима. Тако и, пр. један судија може доћи до уверења по томе, што верује, да су два сведока, чије се сведочење слажу, честити људи и да се као такви неће лажно заклети, док други судија долази до истог уверења, али не са истог основа, већ он тима сведоцима верује стога, што се њихове сведочење слажу до најмањих ситуација; и трећи и четврти судија може навести нешто друго тако, да сваки од њих долази до истог уверења али са разних основа.

Из свега до сад реченог излази, да би објективна истина, која је независна од особина судије и према томе истина за све, требала да буде циљ у Кривичном Поступку, али, као што видимо, ова се истина не може постићи ни у обичном

животу, па онда ни у Кривичном Поступку. При проналажењу истине, видимо, да су особине судије од утицаја тако, да нам се та истина појављује само као субјективна истина. Стога резултат доказа у Кривичном поступку није објективна већ субјективна истина.

III. Истина у Кривичном Поступку почива на основима или разлозима, јер је доказ, као што је раније речено, скуп основа, који говоре за истинитост какве чињенице. Они су основи такви, да се из њих добија релативна и субјективна истина. Код судије наступа борба између основа за и против једног мишљења, кад хоће да дође до истине. Однос ових основа може бити различит и он ствара постепениост код релативне истине, која ништа друго није, но велики степен вероватноће. Од стања, у коме судија држи да је, са извесних основа, достигао највећи степен вероватноће, па до стања, у коме се он доводи у сумњу или се чак уверава о неистинитост, има врло много постепениости, које се не даду јасно једна од друге одвајати и које неприметно прелазе једна у другу. Од главнијих постепениости поменућемо само ове:

1. Ако сви основи, који су судији познати, говоре да је нека чињеница истинита тако, да би непаметно било узети противно за истинито, онда се такво стање зове *извесност*³⁾. До извесности долази судија, дакле, загледајући у основе, које мора одобразити како искуство тако и ум, а тако исто мора он савесно истраживати сваки онај основ, који би противно говорио, и кад је при таквом најбрижљивијем истраживању отклоњена могућност свакој сумњи, онда је судија дошао и до извесности.

2. Може да наступи случај да судија није потпуно уверен у истинитост какве чињенице, т.ј. није дошао до извесности, јер постоје неки основи, који стварају сумњу, али је ипак више основа, који потврђују истинитост чињенице. То стање се зове *вероватноћа*, јер судији, који није дошао до извесности ипак та чињеница изгледа истинита, — она је вероватна. Кад

³⁾ Mittermaier, Lehre vom Beweise 72; Jarke, у Hitzig-овом Zeitschrift f. d. Criminalrechtspflege, XIX и XX св. 133 и даље. Weber у Archiv des Crim., VIII 567; Glaser, Handbuch des Strafpr. I 340, 811; Birkmeyer, Deutsch. Strafproz. 396.

треба да се заснује виност за учинioca кривичног дела, онда ово стање вероватноће ствара код судије *подозрење* према учиниоцу.

3. Најзад може да наступи случај, да су основи, који говоре за и они који говоре против истинитости какве чињенице, потпуно једнаки, т.ј. стоје у равнотежи или чак да су они други јачи од оних првих, и у таквом случају кажемо, да се судија налази у *сумњи*, та је чињеница за њега *сумњива*.

Сами изрази: извесност, уверење, вероватноћа, подозрење, сумња, који одговарају овим постепеницима, показују да је код сваке постепенице у питању већа или мања мера вероватноће. Кривични Поступак мора водити рачуна о свима постепеницима истине или вероватноће. Тако, за доношење кондемпаторне пресуде потребан је судији највећи степен вероватноће, т.ј. извесност. Све ове чињенице, на којима судија хоће да заснује своју пресуду, морају бити извесне, т.ј. њима се мора потпуно доказивати виност оптуженог. Међутим за друге циљеве Кривични се Поступак задовољава и мањим степеном вероватноће, тако н. пр. притвор окривљеног може иследник наредити ако противу њега постоје *основ. подозрења* и ако за то има осталих законских услова (§§ 125 и 131 кр. пост.); тако исто суд може наредити започињање специјалне истраге, т.ј. ставити оптуженог под суд, ако противу њега има *довољно основа подозрења* — т. з. § 161; или иследник ће моћи по § 73 кр. п. извршити претрес стана само ако има *довољно основа* за то, да се у чијој кући налази скривено лице или прикривене ствари. У ова ова три случаја, дакле, не тражи се извесност, па да се могу предузети ове радње, већ је довољно да постоји *подозрење* или *вероватноћа*. Најзад има радња, за чије се предузимање тражи још мањи степен вероватноће, т.ј. довољна је проста *сумња*, па да се оне могу предузети, тако н. пр. претрес у јавним локалитетима може се по § 74 извршити *кад год се сумња*, да тамо има скривених лица или предмета и т. д.

§ 3.

Теорија принудних законских доказа и слободног судијског уверења.

Тек оценом доказних средстава постиже се циљ доказа — истина, а прикупљање доказа даје само грађу, из које се има да изведе закључак о истинитости или неистинитости чињеница, које су предмет доказа. Основицу судске пресуде образују важне чињенице, из којих се јасно види, које је кривично дело извршено и ко га је извршио. Од истинитости ових фактичких питања зависи, дакле, сама пресуда и она мора бити заснована на потпуном уверењу судија о извесности тих важних чињеница или фактичких питања. Што се пак тиче начина, на који судија може доћи до уверења о извесности чињеница, које су важне за решење кривичне ствари, и која правила при томе треба да вреде, то законодавац, уређујући ово питање, може да узме два пута: *или може сам да постави правила*, којих се судија има да придржава, кад хоће да донесе одлуку о извесности какве чињенице; *или може судију при томе да упути на његово слободно уверење*, које добија из савесног испитивања доказних средстава изнегних за и против¹⁾. У првом случају говори се о *теорији законских доказа*, а у другом о *теорији слободног судијског уверења*.

I. Под теоријом законских доказа разуме се скуп законских прописа, по којима судија има да оцењује извесност свих важних чињеница. Ова законска наређења тачно прописују, којима се доказним средствима судија сме послужити, какве услове свако доказно средство мора испунити, па да се на њему заснује пресуда, као и облик у коме се само могу употребити. Ова теорија може опет бити двојака: *позитивна* и *негативна*.

a) *Под позитивном*²⁾ доказном теоријом разумемо таква у самом закону одређена правила, која налажу судији, да

¹⁾ Ruff, Commentar zur Strafprozessordnung, II, 58.

²⁾ Ogarelica, Kazensko procesualno pravo 428; Walther, die Bechtsmittel I 77 и date; Heru, у Archiv des Crrs Neue Folge aa 1857, 224; Mittermaier, die Lehre vom Beveise 82 и даље; Ruff, Commentar zur Strafprozessordnung II 58; Utmann, Lehrbuch des deutsch. Strafprozessrecht 322.

мора и *protiva* свога уверења узети за доказане или за недоказане извесне чињенице (кривицу или некривицу), ако су се, или ако се нису стекле по закону одређене претпоставке.

Ова теорија, дакле, судију безусловно обвезује, да сматра да је доказ о делу и виности потпуно дат, ако су се само испуниле квалитативне и квантитативне претпоставке, које законик тражи за то; и обратно, да доказ није дат, ако се те претпоставке нису испуниле. Овде се не води рачуна о томе, да ли се са исходом, који закон тражи, слаже и лично уверење судије или не. За добијање истинитости на овај начин довољно је, да судија тачно примени законска доказна правила. Тако н. пр. ако законодавац каже, да као доказно средство могу послужити и сведоштво сведока, ако даље одреди све услове, које сведоштво мора имати, па да се помоћу ње прибави доказ, и најзад, да најмање две такве сведоштва дају потпуни доказ о виности оптуженог, то судија, по позитивној доказној теорији, мора узети, да је оптужени, *protiva* кога овакве две сведоштва сведока војују, крив, па макар он лично био уверен и о противном. И обратно, судија мора узети, да оптужени није крив, ако *protiva* њега не војују две, већ само једна сведоштва, јер у овом случају нису испуњене претпоставке, које закон тражи за доказ о виности, па макар судија био потпуно уверен и само сведошвом једног сведока.

б) *Под негативном* доказаном теоријом разумемо међутим таква у самом закону одређена правила, која *забрњају* судији, да узме коју чињеницу за доказану, ако не постоји извесан минимум или извесан *quantum* и *qualis* доказа, који се по закону захтева, али која, ако овај и постоји, остављају судији, да по свом уверењу узме или не узме ту чињеницу као истиниту или доказану. По овој теорији, дакле, судија не сме да осуди, ако нема оваквих и онолико доказа, каквих и колико закон најмање тражи за осуду, а ако ове претпоставке постоје, онда оставља уверењу судије, да узме или не узме кривицу оптуженог за доказану. Ова теорија, према томе, не искључује потпуно слободно уверење судије, јер овај није дужан никад да изрекне осуду *protiva* свог личног уверења. Тако, ако узмемо горњи пример, судија, по овој теорији, неће моћи узети, да је кривица оптуженог потпуно доказана, ако

protiva њега војује само једна сведоштва, јер да се узме да је ова чињеница, кривица, доказана, треба да постоји минимум доказа по закону, а тај минимум су сведоштва два способна сведока. Али ако овај минимум и постоји, т. ј. *protiva* оптуженог има две па и више сведоштва, то у том случају судија није обвезан да узме кривицу за доказану, већ се те оставља његовом лично уверењу, па ако су те две сведоштва довољне да га лично увере, он ће сматрати да је потпуни доказ прибављен, у противном, и поред две сведоштва, узме ствар за недоказану.

Као што се види, између позитивне и негативне теорије постоји велика разлика, која се састоји у томе, што је код позитивне слободно судијско уверење потпуно искључено, докле је оно код негативне *conditio sine qua non* за осуду оптуженог. Сличност пак између једне и друге састоји се у томе, што ни по једној судија не сме да узме за доказано ништа, ако не постоји минимум претпоставка, које закон тражи.

II. *Под теоријом слободног судијског уверења*³⁾ разумемо *незаваност судије* за извесна принудна доказна правила при оцени питања, да ли је оптужени за дело, које му се ставља на терет, крив или не. Судија по овој теорији мора по свом слободном уверењу одлучивати, да ли су чињенице, на којима има да донесе пресуду, истините или не; у оцени овога питања је он, дакле, ослобођен свих законских прописа, и важност и доказану снагу појединих доказа има да оцењује по свом слободном уверењу, које је резултат доказаног поступка на главном претресу.

Али ова теорија данас не значи никако потпуно еманципацију судије од свих законских прописа, који се односе на учење о доказу. Она значи *незаваност судије* за законска правила само при оцени питања о важности и снази доказа; дакле, да ли је који доказ довољан, па да се узме да је једна чињеница истинита, зависи само од слободног уверења су-

³⁾ *Ruf*, Commentar zur österr. Strafprozessordnung II 58 и даље; *Ullmann*, Lehrbuch des österr. Strafprozessrechts 572 и даље; *Herr*, Lehrbuch des deutsch. Strafprozessrechts 323 и даље; *Zachariae*, Handbuch des deutsch. Strafprocesses II 490 и 499; *Glasser*, Handbuch des deutsch. Strafprozessrechts I 346 и даље; *Birkmeyer*, Deutsches Strafprozessrechts 83 и даље; *Ogretien*, Kazneno processualno pravo 428 и даље.

дије. Међутим она не значи никако независност судије и за оне законске прописе, који говоре о томе, која се доказна средства могу употребити и у ком облику се она имају употребити. Оно се двоје не оставља увиђавности судије, већ закон набраја доказна средства, која се могу употребити, и прописује облици у коме се имају употребити. Повреда ових законских прописа повлачи за собом ништавост самог поступка. Тако законодавства, која су усвојила ову теорију, наређују, да се као доказно средство може употребити само: увиђај, сведоци, вештачење, признање, испрание и индиције. Према томе се судија мора придржавати тих правила и не сме н. пр. узети као доказно средство заклетву, коју закон није предвидео. Тако исто они односно облика тачно прописују н. пр. како се има извршити увиђај; како се имају испитивати сведоци; наређују да се извесна лица као сведоци не смеју испитивати о извесним чињеницама као н. пр. свештеници о томе, што им је као тајна исповести поверено; да сведок на свој исказ мора бити заклет; да вештак не може бити лице, које је осуђивано и да такво вештачење не може бити доказ и т. д. Ван ових доказних средстава судија не сме употребити ни једно друго, а којим ће се од ових у поједином конкретном случају послужити, опет зависи само од његове увиђавности.

Судијско уверење по овој теорији ослобођено је сваке законске оградe; али је она ипак далеко од тога да сматра, да је за коначну одлуку судије меродавно једно неодређено осећање и назирање виности или невиности оптуженог, које је производ целокупног утиска добивеног на претресу. Напротив, образовање овог судијског уверења има се узети као темељна и свесна операција разума, чија се основица налази у исходу главног претреса, а нарочито доказног поступка. Чињенице, које су садржај појединих доказа, изнетих на претресу, јесу елементи, из којих се има да добије судијско уверење. Сви се докази прибирају извесним тачно утврђеним редом, и судија је дужан код сваког да оцени његов садржај и вероватноћу за себе. За тим судија има све доказе брижљиво да испита и међу собом да их пореди, из чега се добија низ основа или разлога за и против истинитости једне чињенице. Према томе, једна се чињеница оваком операцијом

разума само тада може узети за истиниту, ако поднети докази дају довољно основа за то. Стога је сасвим оправдано, што се и по овој теорији, без обзира на слободу судије у оцени доказа, тражи навођење основа или разлога у пресуди, којима се суд руководи призивком доношења одлуке о кривци или некривци. Тражење, да судија тачно наводи основе са којих узима кривицу за доказану, никако не стоји у противречности са теоријом слободног судијског уверења, јер ни по овој судија нема права да доноси необразложене одлуке, већ је напротив суд дужан да да рачуна о томе, да је до пресуде дошао правилним путем.⁴⁾ — Законодавства, која су усвојила ову теорију нарочито наређују, да је суд дужан у својој пресуди да наведе основе или разлоге, тако н. пр. Аустријски Кривични Поступак у § 270. т. 7. тражи да суд у разлозима каже које чињенице сматра за доказане или не и с којих разлога; то исто чини Немачки Кривични Поступак у §§ 275 и 266.

Прва и најважнија конзеквенца теорије слободног судијског уверења, као што каже *Glaser*,⁵⁾ састоји се дакле у томе, што се одговор на питање, да ли је једно доказно средство постигло свој циљ, да ли се показало довољним да створи извесност о ономе, што треба да се докаже, да ли је, дакле, његова доказна снага била довољна, — има да остави искључиво оцени судије, забрањујући сваки покушај, да му се прописују погодбе, под којима има доказном средством да поклања веру.

III. Питање, да ли се о кривци или некривци у Кривичном Поступку треба да решава по теорији законских доказа или по слободном субјективном судијском уверењу, било је предмет најжешће борбе у науци. Тај спор поодавно је окончан⁶⁾ и он данас припада историји, јер су се сва новija законодавства а и наука изјаснили против законске теорије доказа а за теорију слободног судијског уверења. Да је овако решење овога спора не само правилно, него и једино могуће,

⁴⁾ *Ullmann*, Lehrbuch des österreichischen Strafprozessrechts 576 и даље *Herrn*, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts 327 и даље.

⁵⁾ *Glaser*, Handbuch des deutschen Strafprozessrechts I 353.

⁶⁾ Вада о томе види §.

најбоље ће се видети, ако изнесемо бар најглавније разлоге, који показују надmoћност теорије слободног судијског уверења над теоријом законских доказа.⁷⁾

Од првих разлога, који су старија законодавства руководила да усвоје теорију законских доказа, био је тај, што се мислило, да у њој лежи најбоља заштита оптуженог од самовоље судије, која се гледала у теорији слободног судијског уверења. Браниоци ове теорије су тврдили, да се истинзаве материјалне истине може само тако обезбедити, ако се поставе објективна законска доказна правила, која су продукт искуства хиљаде кривичних случајева. На овај начин добијала би се истина, која би била истина за све, и никако не би могла бити резултат случајног, променљивог и нестабилног субјективног нахођења судије. Тврдило се, да ова теорија боље штити и интересе државе, да казни кривце. — Све се ово теоријом законских доказа може само у неколико постићи, те стога и овај разлог за њеним одржањем мора отпасти. Теорија законских доказа не само да не даје довољно гаранције за то, да ниједан невин неће бити осуђен, већ напротив у њој лежи опасност за невиност оптуженог, јер по позитивној теорији судија мора осудити оптуженог само ако се испунио минимум доказа, који закон тражи, па макар и сам тај судија био уверен у његову невиност. Докле позитивна теорија, као што видимо, никако не штити интересе оптуженог, дотле и негативна теорија тако исто не штити у довољној мери јавне интересе, т. ј. интересе државе да сваког кривца казни. Јер по њој судија сме некога осудити само у случају ако постоји минимум претпоставака за осуду, т. ј. мора и правог кривца ослободити ако нема потребног минимума доказа.

И браниоци теорије законских доказа усвајају, да извесност или узимање једне чињенице за доказану не почива на неком неодређеном осећању или инстинкту истине, већ на *операцији разума*, у којој се о основима, који говоре за

⁷⁾ Mittermaier, Lehre vom Beweise 77 и даље; Raif, Commentar zur öster. Strafprozessordnung II 61; Geyer, u. Holtzendorff — овоз. Handbuch des deutsch. Strafprocesses I 193 и даље; Ullmann, Lehrbuch des deutsch. Strafprocesses 323 и даље; v. Hye, Die leitende Grundsätze der österr. Strafprozessordnung 280 и даље;

истиност какве чињенице, суди по општим правилима мишљења и искуства; али, веле они даље, кад то стоји, да судија при оцењивању истинитости чињеница мора овим путем ићи, зашто онда ова општа основна правила логике, искуства и науке, зашто, једном речи, не би могао законодавац наметнути доказна правила признати, и као законска доказна правила у закон увести, нарочито кад се она добијају из дугогодишњег искуства. — Ма колико ово резонување било правилно, ипак оно у себи садржи нетачности, са којих се законодавства не могу ослопити на теорију законских доказа. Истина је, да има искустава, која су освештала читава столећа и која су се показала као искуство у хиљадама кривичних случајева. Доказно правило, добијено на основу тако дугогодишњег искуства, може се показати у стотини случајева као добро, али тако исто може у првом идућем случају да да нетачан резултат. Јер се истина једне конкретне чињенице не да никако добити из општих доказних правила *унапред одређених*, већ напротив само из оцене *конкретног* стања ствари, које је код сваког појединог процесног случаја другачије. Законска доказна правила јесу и могу бити само *апстрактна* правила; она у себи садрже нешто опште и апстрактно. Ако је сад судија у сваком случају строго везан за њих, то је он спречен да при проналажењу истине у поједином случају води рачуна и о нарочитим особинама и својствима тога случаја, и тако је он принуђен, да на основу општих правила узме за истините чињенице, које у том конкретном случају нису истините. Сем тога, и поред овако општих доказних правила, постављених у закону, не може се постићи жељена објективност истине, јер је заблуда, ако се мисли да ми по теорији законских доказа имамо посла с општим правилима, на које сваки судија подједнако гледа. Напротив, чак и при оцени објективних доказних основа од великог је утицаја индивидуалност и субјективност судије. Разум и искуство као средства, којима судија долази до истине, толико су субјективне особине судије, да се жељена објективност пресуде може само у неколико постићи, стога је и неопходно доношење таквих општих доказних правила, која судију само ометају у вршењу свога задатка. Најзад, општа доказна правила, баш и

кад почивају на дугогодишњем искуству, не треба безусловно да веаују судију. Јер, због разноврсних односа у данашњем животу, може да наступи случај, да се правило, које закон прописује, не може применити на који однос у животу, докле је судија у стању на основу других правила, којих у закону нема, али која признају закони логике, да дође до истинитости чињенице која је у питању. Разноврсни односи у животу су многобројни, и ако би законодавац хтео за сваки однос да донесе нарочито доказно правило, онда би имали законик који би бројао хиљаде параграфа само о доказу. То је немогуће. Стога законодавци, који усвајају теорију законских доказа, постављају општа, апстрактна правила, под која се имају да подведу многи случајеви у животу. На тај начин је сваки кривични случај готово унапред расправљен, јер се о индивидуалности његовој не води рачуна. Из свега се јасно види, да законска доказна правила никако не дају *исприну основицу* за доношење правичне судске одлуке.

Најзад последњи важнији разлог, којим су браноци теорије законских доказа хтели да докажу надмоћност ове над теоријом слободног судијског уверења, састоји се у томе, што веле, да захтев за *давањем основа или разлога приликом доношења одлуке о кривници или некривници* нема никаквог значаја без законске теорије доказа. Јер, по њиховом мишљењу, давање разлога има само тако смисла, ако се поједине чињенице, које стварају основ или разлог, могу подвести под објективна или законска доказна правила. — Једно од најважнијих спорних питања у Кривичном Поступку, нарочито у Немачкој и Аустрији,^{*)} било је питање, да ли од судије при решењу фактичког питања, т. ј. питања о кривници треба тражити давање разлога или основа. Ово је питање постало спорно у времену, кад су поједина законодавства почела изабавити

*) Walther, Über die Gründe zur Thatfrage-Entscheidung у Neues Archiv des Crrs Neue Folge од 1857 год., 239 и даље; в. Wich, Beweistheorie u. Entscheidungsgründe im Criminalprocessе у Neues Archiv des Crrs Neue Folge од 1857 год., 42 и даље; Mittermaier у Neues Archiv des Crrs Neue Folge од 1854 год., 141 и даље; в. Hye, Die leitende grundsätze der österr. Strafprozessordnung 282 и даље; Ruff Commentar zur österr. Strafprozessordnung, II 60; Kostlin, Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens, 114.

законску теорију доказа и на место ње уводити теорију слободног судијског уверења. Браноци законских доказа, не знајући у чему се састоји теорија слободног судијског уверења и како се на основу ње долази до истинитости какве чињенице, наједначавали су је с поротним судом, који је судио по убеђењу и који за своју пресуду није давао разлоге, па су према томе тврдили, да је чак немогуће давати разлоге у поступку без законских доказа. Несумњиво је, да је за правосудје неопходно потребно, да свака пресуда буде образложена. Ово се образложаване има захтевати прво у интересу оптуженог, јер он у случају осуде може и има права да зна, зашто га је судија огласио за крива, и приликом осуде, зашто га је баш на толику казну осудио. У случају ослобођења, државни тужилац има права да зна разлоге, који су руководили судију да оптуженог ослободи. Образложаване пресуде има најзад нарочитог значаја и за самог судију, јер му оно даје могућности, да своју пресуду оправда пред непосредно незаинтересованим, а сем тога, што оно принуђава судију, да буде пажљивији и обзривији при оцени доказа. Али никако не значи, да се ово образложаване с успехом може постићи само у поступку са законском доказном теоријом, а да је у поступку с теоријом слободног судијског уверења чак оно и немогуће. Нетачност тврђења заступника законске теорије доказа најбоље ће се видети, ако се изнесе основ, у коме они налазе разлога за такво тврђење. Тај основ, са кога они верују у могућност и вредност образложаване пресуде по теорији слободног судијског уверења, састоји се у томе, што они судијско уверење о извесности какве чињенице сматрају као продукт инстикта извесности или као неодређени осећај, који се добија из целокупног утиска на главном претресу. Нетачност овог основа сасвим се јасно види из раније под II реченог. Тамо је несумњиво утврђено, да судијско уверење није неки неодређени осећај или продукт инстикта, већ напротив да је оно само продукт операције разума, при којој се поједини докази, изнети на главном претресу, оцењују по правилима логике и искуства. Судија мора сваки доказ за себе да оцени и испита а све скупа међу собом да пореди, из чега добија низ основа за и против истинитости какве чињенице.

Од јачине и броја ових основа зависи, хоће ли судија какву чињеницу узети за извесну, вероватну, сумњиву или неистиниту. Ма код ког од ових душевних стања судија је у стању да поднесе рачун о томе, како је до њега дошао. Кад се судијско уверење, дакле, о кривници или некривници на овај начин ствара, онда је судији врло лако да наведе све разлоге и основе, који су га руководили да до таквог уверења дође. Најзад, да је било поосновано тврђење бранилаца законске теорије доказа, најбоље показују законодавства, код којих је, и поред теорије слободног судијског уверења, образлагавање пресуда сасвим могуће и практички изводљиво.

Свака законска теорија доказа, било позитивна или негативна, почива на фикцијама и презумцијама винности или невинности.^{*)} Позитивна садржи у себи шта више двогубу презумцију: позитивну и негативну. Позитивна се презумција састоји у томе, што се мора узети да постоји виност, чим су по закону испуњене доказне претпоставке. Негативна презумција се састоји међутим у томе, што се узима да виност не постоји, чим поменуте доказне претпоставке у поједином случају нису дате. Негативна доказна теорија садржи увек негативну презумцију, јер се по њој узима свуда да не постоји виност, ако није дат минимум доказа по закону. Овај чисто формални резултат може често пута стајати у највећој противречности с материјалном истином. Позитивна доказна теорија санкционише неистину, чак се може рећи и лаж; судија је њен роб, јер га приморава да и против свога уверења, узме нешто за истинито, те је стога, како она тако и негативна, више немогућа у Кривичном Поступку.

Борба за одржањем законске теорије доказа имала је смисла само докле, докле је поступком владало начело тајности и писмености, докле поступак није имао већих гаранција за правичност пресуде. Међутим у данашњем реформираном поступку и наука и законодавства гледају у законској теорији доказа издешно ограничење судије и недовољно средство за чување интереса, који су у питању у Кривичном По-

^{*)} Watter, Die Rechtsmittel 85 и даље; Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts 322.

ступку, јер овај нови поступак, с усменошћу и јавности, даје јаке гаранције за правичност пресуде. Баш усмени поступак на главном претресу даје низ важних околности, које законодавац не може предвидети законским доказним правилима, а које битно могу утицати на сазнање истине. Ако се хоће да тежи за објективном и најсавршенијом истином, то и најнезначајнија околност није без вредности, али ће се судија таквом околности моћи користити само тако, ако он при стицању уверења о истини није везан за законска правила, већ ако се у оцени те околности може слободно кретати. Начело усмености баш у томе има свој практични значај, што судији из свег поступка на главном претресу даје један целокупан утисак, докле код законске доказне теорије једва да усменост има какву практичну вредност.

Резултат свег досадашњег излагања јесте, да је са гледишта реформираног Кривичног Поступка начело слободног судијског уверења једина рационална основица за доношење пресуде. Спор је овај завршен одбацивањем законске теорије доказа и усвајањем теорије слободног судијског уверења тако, да данас нико и не помишља доказивати надмоћност прве над другом.

§ 4.

Историјски развој доказа у туђинским законодавствима.

Сви народи још у првим ступњима културног развоја сматрали су злочин као забрањену радњу, којом се вређа и нарушава извесно право. Да би се од неког могло тражити задовољење за нарушено право, морало се на првом месту утврдити стварно постојање злочина, а за тим виност лица, које се оптужује. Значи, да су се и код старих народа морале образовати извесне форме и погодбе, које су важиле за кривично поступање, па по томе и за доказ. Тако се и, пр. морало унапред знати, на који ће начин тужилац или оптужени уверити судију о истинитости својих тврђења и т. д. Али ипак сам доказ у разна времена није подједнако схваћан. Ова различност у схватању доказа састоји се у томе, што се њиме

тежили да постигну или формална или материјална istina, што je sve omet zavisilo od toga, da li se zločin smatrao kao građanska stvar, t. j. kao narušenje samo individualnih prava ili ne. Iz svega izlazi, da dokaz nije uvek bio ovakav, kako ga danas nalazimo u nauci i zakonodavstvima. Da bi se moglo dobro razumeti učenje o dokazu, mora se prethodno ukratko pregledati njegov istorijski razvoj, iz koga će se videti sve faze, kroz koje je prošao i odatle je i kako u naše zakonodavstvo ušao.

I. Rimski Krivični Postupak.¹⁾

U prvom periodu, koji traje do VII stoleća ab urbe condita, Rimski Krivični Postupak veznani za kakva zakonška pravila o dokazu. Narod je u Comitibus centuriatis i tributis sam učestvovao u suđenju i saže dokaze nije strogo pravilno ocenjivao, već je jednog krivog oslobodjavao na samlažnja, drugog na obzir na njegove ranije zasluge i t. d. Ovo je sve moglo biti, jer je narod bio i zakonodavna vlast i sud, a imao je i pravo pomilovanja.

Za vreme quaestiones perpetuae, koje su u cvetu od početka VIII stoleća ab urbe condita do III stoleća po Christu, iudices su samo narodne sudije, koji su sudili po svom licnom i slobodnom уверењу. Nije bilo nikakvih zakonških propisa, kojih se sudija morao držati prilikom stidanja svoga уверења, već je on ovo sam добијао из доказног поступка. Ovo je bila stalna odlika Rimskog Krivičnog Postupka. Leges publicorum iudicorum međutim sadrže samo odredbe o ispitivanju сведока, o njihovom zaklinjaњу, o дужности сведочења, o способним и неспособним сведоцима, o ослобођењу од дужности сведочења и t. d. Сведоке је у ово време имао права само тужилац да принуди, и против њихове воље, на сведочење. Ovo je pravo тужилац имао само према сведоцима, на које се он позвао. Сведоке је питао најпре онај, који их је довео, за тим противник онога, а судије никако:

¹⁾ Mittermaier, Lehre vom Beweise 10 и даље; Zachariae, Handbuch des deutsch. Strafr. I 93 и даље, II 403 и даље; Holtzendorff Handbuch des deutsch. Strpr. I 196 и даље; Glasser, Handbuch des deutsch. Strpr. I 59 и даље.

вршило се тад, унакрсно испитивање. Изузетно је судија испитивао сведоке само онда, кад је сведок роб и кад се у исто време требало да подвргне тортури, јер се ова могла употребити само према робовима. У овом случају је Judex quaestionis вршио испит ван суда и о томе начинио нарочити протокол, који је као исправа био доказно средство.

У свима периодима Римског Krivičnog Postupka доказна средства су била: признање, сведочење сведока, исправе и индигиције. Признању се, чим се добије, потпуно повлађала вера без ближег испитивања његове истинитости. У овоме се састоји велика разлика између признања код Римљана и признања у данашњим законodavstvima. Овако схватање признања објашњава се тиме, што су Римљани у најранија времена сматрали злочин као грађанску stvar, а друго и једностраним образовањем начела, на коме је почивао Римски Krivični Postupak. Признање је могло бити изнуђено само од робова.

И за време царства судија је судио по свом личном уверењу. Нарочито израђеног система доказних правила, по којима ће судија судити, није било ни у овом периоду, али је ипак сад поступак био другачији од ранијег. Од утицаја на доказ било је писање чувених правника онога времена, као Цицерона и Квинтилијана, који су писали о томе, на што треба обратити пажњу при оцени сведочења. Писање ових, као и других правника, улазило је чак у царске рескрипте у облику упута, савета или опомена, које судију нису везивале, и тек крајем трећег stoleћа по Christu једино такво правило: да сведочења једног сведока није довољна за потпуни доказ, претворило се у обавезан закон. Сведоке сад по правилу испитује судија; према робовима се још увек могло применити мучење, а у последње време и према оптуженом, који није роб, но само ако није из највиших друштвених кругова.

Као што се из свега види, Римском Праву се има приписати слава, што се још у најстарије време стално држало тачних принципа о доказу, јер видимо да судија није везан никаквим законским доказним правилима, а доказни систем је сасвим рационалан. Једини изузетак чини признање, које се сматрало као доказ, чим постоји.

II. Канонски Кривични Поступак.²⁾

У Италији важио је и даље се развијао Римски Кривични Поступак. Међутим код Германа и осталих европских народа врдео је, као што ће се даље под III видети, другачији поступак с нарочитим доказним системом. Са ширењем и јачањем хришћанства, црква је лагано почела узимати у своје руке казнену судску власт. Испоретка је кажњавала само духовнике за извесна кривична дела, а у осталом као редован врдео је световни Кривични Поступак, који је био или римски, ако је то било у Италији, или германски, ако је црква била у Германији. Црква је дакле стајала између два поступка са сасвим разним доказним системима, и она за основицу свом Кривичном Поступку узме Римски Поступак и то онакав, какав је био за време последњих царева. Узимајући за основицу Римски Поступак, Канонско се Право у прво време држало потпуно римског доказног система искључујући само тортуру, што је сасвим одговарало правом духу хришћанства. У свему је осталом остао и даље као *modus procedendi ordinarius* оптужени поступак.

Али црква се није задржала само на кажњавању духовника, већ је своју надлежност све више и више проширивала. Тако исто ни поступак није остао онакав, како је позајмљен из Римског Права, већ се развијао све даље, а стваране су и нове институције. Две су главне и трајне користи, које имамо од Канонског Кривичног Поступка. Прву само помињемо, јер је ван делокруга наше расправе, а састоји се у томе, што у њему налазимо зачетак истражном или инквизиторском начелу, по коме судија по службеној дужности има да започне истрагу чим сазна за извршење кривичног дела, не чекајући тужбу приватног тужиоца. Друга, много важнија, корист, коју је трајно за собом оставило Канонско Право, састоји се у томе, што је, усвајајући римски доказни систем, прокрчило пута римском схватању и обради доказа.

Доказна средства Канонског Права у главном су иста, која смо нашли и у Римском Праву: признање, сведочење све-

дока, исправе и индиције. Само је битна разлика у схватању признања; оно више није одужило као потпуни доказ чим је дато, већ се подвргавало оцени и испитивању суда, и само слободно и истинито признање имало је силу доказа. Ово је долазило отуда, што је истражно начело већ било поставило за циљ Кривичном Поступку проналажење материјалне истине. У овом истом циљу доношене су многе законске одредбе, којима су се поправљала и допуњавала како доказна средства, тако и доказни поступак. Судије више нису били људи из народа, већ духовници, који су се придржавали законских наређења и који су своје уверење заснивали на правичној оцени доказа. Праве доказне теорије још није било, али се из овога Канонског Поступка касније развила законска теорија доказа, пошто је овде имала готово све услове за свој постанак.

Развијајући се овако, Канонски Поступак је успео да сузбије германски поступак с чисто формалистичким доказним системом, али се ипак осетно утицај овога на Канонски Поступак. Овај се утицај огледа у томе, што је црква из *Германског* Права примила као доказно средство и *заклетву* (*iuramentum purgationis*), за коју Римско Право не зна. Заклетва је код Германа, а и других народа, била доказно средство још пре Хришћанства, и у тој мери је била ухватила корен, да је црква никако није могла сузбити. Стога ју је она испоретка само трпела, а касније и усвојила. У прво време сваки оптужени могао је одбити од себе тужбу ако ову заклетву положи (ако се опере заклетвом), међутим касније она се није никако допуштала кад постоји потпуни доказ противу оптуженог. По наређењу папе Иноћентија III (1198—1215), творца инквизиторског поступка, било је места *iuramentum purgationis* тек онда, кад се истрагом није могао постићи потпуни доказ о кривичи оптуженог.

Тортуру, коју је Канонско Право, усвајајући Римски Кривични Поступак, избацило, усвојио је поново папа Иноћентије IV 1252 и навео је, у почетку, само у поступку противу јеретика.

²⁾ *Bisner*, Beiträge zu der Geschichte des Inquisition - Processes 16 и даље; *Zachariae*, Handbuch I 106 и даље; *Geyer*, Lehrbuch 31 и даље; *Glaser*, Handbuch I 69 и даље.

III. Средњи Век до рецепције Римског и Канонског Права.³⁾

Принципи старог Немачког и Француског Кривичног Поступка пре рецепције туђинских права у многоме су се разликовали од начела Римског и Канонског Права. Кривични Поступак овога времена био је оптужни поступак у коме смислу, да се строго придржавало изреке: „где нема тужиоца, ту нема ни судије;“ није имао једноставно устројство суда, и ни у колико се није разликовао од Грађанског Поступка. На и доказни систем свих континенталних држава био је сасвим другачији од онога, који смо нашли у Римском и Канонском Праву. О каквој доказној теорији у данашњем смислу није могло бити ни речи; доказом се није тражила материјална, него само формална истина. Карактер овога доказног система састојао се у главnome у формализму доказа и у терету доказивања од стране оптуженог. Докле се у Римском и Канонском Праву доказом тражи материјална истина, докле ту и странке и судија прикупљају доказе, који су потребни да он стече уверење о истинитости какве чињенице, докле доказ старог Немачког и Француског Права у толико носи други карактер, што је чисто формалистичке природе. Формализам се састоји у томе, што се доказом није ишло на то, да се пред суд изнесе грађа, из које би онај могао добити материјалну истину, него је суд имао да нази само на то, да ли је онај, који доказује, задовољно форму, коју закон тражи.

Да је одиста доказни систем био формалистички најбоље се види из доказних средстава.

Главно доказно средство јесте заклетва. Њоме су се служили само целорочни оптужени, који су се полагањем те заклетве могли опрати од кривице, која им је стављена на терет. Формалности, које су прописане за полагање заклетве, морале су се строго испунити, нарочито су се морале тачно и без замуцкивања изговорити речи, које су чиниле форму заклетве. Али у многим случајевима, нарочито код тежких

³⁾ Mittermaier, Lehre vom Beweise 12 и даље; Köstlin, Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens 208 и даље; Zachariae Handbuch I 117 и даље; v. Kries, Der Beweis im Strafprozess des Mittelalters; Glaser, Handbuch I 49 и даље.

кривичних дела, није била довољна само заклетва оптуженог за себе. Да би се у таквим случајевима могла поклонити вера заклетви оптуженог, морао је поред њега положити заклетву још и извесан број његових рођака или пријатеља, који су се звани помагачи или саклетвеници (aidi, iuratores, coniuratores, sacramentales, consacramentales, testes).

Заклетва оптуженог неопходно мора претходити заклетви помагача или саклетвеника; овом се само помаже и појачава заклетва оптуженог. Помагачи својом заклетвом не тврде, да је чињеница, на коју се оптужени заклео, истинита, него се закљичу на то, да верују, да је заклетва оптуженог истинита. Они о самој ствари не морају ништа знати, већ само треба да имају вере у онога, за кога се закљичу, и у његову заклетву. Они се изјашњавају, да су готови, да заступају оно исто, што тврди и странка, која се закљиче. Правни значај њихове заклетве, према томе, изједначаје се са заклетвом саме главне странке. Стога помагачи и морају бити познаници или пријатељи оптуженог, који познају његове односе и прилике. Из овога се јасно види, колика је разлика између помагача и правих сведока, који су лица, која суду саопштавају чињенице, које су они сами својим чулима опазили. Једна врста помагача, који донекле имају сличности са сведоцима, јесу они, који ухвате кривца на делу и који за тим помогну да се он доведе пред суд да би тужилац могао доказати његову кривицу. Разлика између ових помагача и свих осталих састоји се у томе, што ова неопходно морају знати извесне чињенице, за које и полажу заклетву, докле у свима осталим случајевима, као што је речено, они не морају ништа знати о предмету доказа. Они, према томе, чине средину између правих помагача и чистих сведока. Као год што се за странку тражи непорочност па да се може послужити заклетвом, тако исто се то тражи и за помагаче. Неспособни су обично: ванбрачни, слуди, слепи, искључени свештеници, јевреји, кривоклетници и јеретници.

Сва ова лица, као и они, који су осуђивани за крађу и разбојништво, и они, који не могу наћи помагача, пису се могли послужити заклетвом као доказом. Сва та лица могла су употребити друго субвендијерно доказно средство, а то је —

божји суд. Доказна снага божјег суда састојала се у веровању, да је бог увек на страни правде, и да ће невиног заштитити а кривога уништити. Божји суд се огледао у проби: у ватри, на уснијаном гвозђу итд., и ако је проба испала срећно, сматрало се да је невиност оптуженог тиме потпуно доказана.

Као треће доказно средство служио је судски двобој. На двобој је могао позивати како оптужени тако и тужилац, али и један и други само тада, ако је с изазнатим раван или виши по положају. Код двобоја се најбоље види, како суд при одлуци питања о кривници није упућен на своје лично уверење, већ све зависи од сасвим страних чињеница, које чак и немају везе с кривичним делом. Тврђење онога, који је у борби подлегао, морало се сматрати као неистинито. Двобој се морао лично вршити, а само у изузетним случајевима допуштала се замена, тако жену је заступао муж а децу отац или старалац.

Што се тиче питања о терету доказивања, то је суд био позван да реши, која је од странака дужна да доказује. Доказна средства су била таква, да је ово питање требало у напред решити; да би се избегла кривоклетства и двобоји, суд је у поједином конкретном случају доносио доказну пресуду, т.ј. одређивао је странку, која ће доказивати, као и доказно средство, којим ће се послужити с тим, да противна страна нема права на противдоказ. По правилу терет доказивања падао је на оптуженог. Једини изузетак од тога правила чини случај, кад је оптужени ухваћен на делу и одмах доведен пред суд на суђење. У овом случају тужилац је имао да доказује, и то увек заклетвом.

Сасвим је јасно, да овакав доказни систем није ништа полагао на индиције и сведоке у данашњем смислу; али је ипак било немогуће овакав формализам одржати у свима случајевима. Сведоци су се, као што смо видели, почели појављивати у случају, кад је оптужени ухваћен на делу, а касније све су чешћи били случајеви, у којима су они били доказ. — Поред овог овог формалистичког доказног система, у њему налазимо као доказно средство и признање. Суд није оцењивао истинитост признања, већ је непосредно после њега изрицао пресуду, којом се оптужени осуђује. Тек у

случајевима, у којима нема признања, суд је започињао доказни поступак, који смо раније наложили.

Овакав доказни систем трајао је уопште на континенту све до XV столећа, само је у Француској, под утицајем туђинских права, још раније био потиснут и замењен рационалним.

IV. Рецепција Римског и Канонског Права. — Инквизиторски Кривични Поступак.¹⁾

Основице, на којима је почивао поступак, о коме смо сад говорили, биле су такве, да он на њима није могао дуго такав остати. Све докле, докле се сматрало, да извршењем кривичног дела нису државни интереси доведени у питање, докле је, дакле, кривично дело у првом реду било ствар повређеног или његових рођака, дотле је и могао остати овакав Кривични Поступак, по коме је започињање кривичне истраге зависело само од тужбе повређеног. Али кад се сазнало за јавну природу Кривичног Права, кад је држава почела да сматра, да се кривичним делом угрожавају и њени интереси, од тада Кривични Поступак није могао бити више чисто оптужни поступак у томе смислу, да истрага зависи само од тужбе повређеног. — Сем тога, доказни систем старог Француског и Немачког Права био је у тој мери ирационалан, да је био изгубио сваки значај, јер се помоћу њега није могло доћи до материјалне истине, која је циљ Кривичног Поступка. Једном речи, цео стари поступак био је поткопан и није одговарао потребама времена. Никаквог излаза није било из оваквог стања; ништа ново није било спремљено, што би старо заменило; у домаћем праву није било новог органа, који би заменио већ изумрли, и природно наставио нов живот. У овако расклиматаном стању, победа туђинском праву била је обезбеђена.

Рецепција Римског и Канонског Кривичног Поступка отпочела још од XII столећа и то прво у Италији.

¹⁾ *Hierer*, *Beitrag zur Geschichte des Inquisitionsprocesses* 78 и даље; *Zachariæ*, *Handbuch* I 133 и даље; II 405 и даље; и *Holtzendorff*, *Handbuch* I 109 и даље; *Geyer*, *Lehrbuch*... 50 и даље; *Glasser*, *Beitrag zur Lehre vom Beweise* 4 и даље; *Glasser*, *Handbuch* I 78 и даље.

У Италији је увек важио оптужни Римски Кривични Поступак. Али у дванаестом и почетком тринаестог столећа почели су болоњски правници водити и расправљати поједина места Римског Права, која допуштају судији, да оам без тужбе приватног тужиоца започне истрагу. — Ма да су ово били изузеци, ипак је на такво изузетно кривично поступање обраћана нарочита пажња. — Још марљивије су канонисте обрађивали новостворени истражни или инквизиторски поступак папе Иноћентија III. Прве писмене обраде јесу глосе на старим капитулацијама. Глосатори су на тај начин говорили о појединим питањима, а канонисте су већ систематски описивали овај нови поступак, по коме се истрага само по службеној дужности има водити. Много је било канониста, који су у својим списима обрађивали инквизиторски поступак тако, да је он почео хватати корен и у световном праву. Један од последњих и најбољих канонистичких писаца био је *Дурантин* о његовим делом *Speculum iuris*, које је изписао око 1271. Он је нарочито значајан стога, што је имао велики утицај на световно право и правнике, који су ово обрађивали. Обрада канонског инквизиторског поступка била је већ завршена у ово време; продирање овога поступка у световне судове било је све јаче тако, да су и световни правници почели у својим списима самостално обрађивати инквизиторски поступак. Општи пријем инквизиторског поступка у световне судове Италије извршен је у другој половини тринаестог столећа, што признају и италијански практичари овога времена као *Алберт*, *Андино*, *Роландин* и др. Можемо рећи, да поступак, који су и глосатори и канонисте и практичари излагали у својим делима, није више чисто римски већ италијански. Није потребно нарочито наглашавати, да је ово право могло много лакше продрети у Француску и Немачку него ли право из кодекса. Чисти оптужни римски поступак, дакле, по утицајем практичних потреба и научног проширивања, канонског законодавства и судског обичаја, наменио се и претворио се у истражни или инквизиторски италијански поступак.

Из овога се јасно види, како је инквизиторски поступак продро у праксу световних судова Италије и како се даље развио. Ово је сад био италијански поступак, који је почивао

на рационалним основицама и био потпуно савремен; довазни систем био је такође рационалан, као год што је и доказ Канонског Права. Овај поступак био је предмет научног обрађивања у Италији и предмет предавања на италијанским универзитетима. Овако обрађиван поступак морао је имати утицаја на околне државе, у којима је кривично поступање било саввим другаче. Први је био стари француски, који је још у тринаестом столећу, а за њим и стари немачки поступак, који је у четрнаестом и петнаестом столећу мало по мало рецензирао Римско и Канонско Право, које је у ово време било у снази у Италији, као нови Италијански Кривични Поступак. Потпуну рецензију убрзало је на првом месту то, што је поред домаћег старог права био у снази као заиредан поступак, канонски кривични поступак у онолико, у колико је прева имала права кажњавања. Противности између ова два права биле су велике, и старо право, као несавременије, сваки даном је узмицало и правило места новоме. Уа ово даље долазе списи канониста, који обрађују само инквизиторски канонски поступак и који својим делима утичу на световне правнике у Француској и Немачкој, да и они почињу обрађивати и препоручивати нови инквизиторски поступак. Радови италијанских правника ушли су у Француску и Немачку у рукописима и штампани; али је шири и снажнији био утицај, који су они вршили посредним путем: обрађивањем њихових списа у правничкој популарној књижевности. Од нарочитог су утицаја најзад били доктори права Французи и Немци, који су на своје отадбине долазили на болоњски и друге италијанске универзитете и на њима слушали и учили нов италијански инквизиторски поступак, који је у Италији већ био у снази. Они су, враћајући се у своју отадбину, и даље обрађивали тај поступак и постепено га уносили и у саму судску праксу.

На овај начин је извршена рецензија туђинског права; старо домаће право сваки даном је тонуло а туђинско све више и више избијало на површину. Постепена рецензија види се из појединих закона овога времена, који у себи садрже одредбе туђинског права.

Завођење инквизиторског поступка у Француској види се већ из закона Луја IX од 1254 год., којим се забрањује

употреба судског двобоја; а започињање истраге *ex officio* налази се у закону од 1270. — Потпун законик кривичног поступка донео је Франсоа I 1539., у коме се налазе све одлике инквизиторског поступка. Овим законом је уређен и доказни поступак на сасвим новој основи, јер су сва стара формалистичка доказна средства избачена и заведен доказни систем новог италијанског права заједно с тортуром. — Најважнија од свију за тадашњи кривични поступак јесте *Ordonance sur les matieres criminelles* од Луја XIV 1670., која је у главnome била у снази све до револуције.

У Немачкој све до шеснаестог столећа није било законика, који би обухватао цео нови реципирани Кривични Поступак, већ је било само појединачних одредаба, из којих се види, да је био усвојен и инквизиторски поступак. Тако је неко време био у снази и стари домаћи и нови инквизиторски, услед чега су наступале велике забуне и пометње. Тек *Bamberger* казенски законик од 1507 (*Bambergensis*, *Bamberger Halsgerichtsordnung*, *mater Carolinae*) који је израдио v. Шварценберг, и *Brandenburger* од 1516 коначно су признали само инквизиторски поступак и припремили израду једног општег немачког закона о Кривичном Поступку, који је донет од владе Карла V. 1532, познат под именом *Каролина* (CCC.). Ово је најбољи извор за изучавање тадашњег Кривичног Права и Поступка.

Што је ордонанса Луја XIV за Француску, то је Каролина, закон Карла V, за Немачки Кривични Поступак, јер и један и други усвајају прави инквизиторски поступак с начелом тајности, писмености и законском теоријом доказа с тортуром. Доказни систем, који је образован у Италији, пренесен је и у Француску и у Немачку.

Каролина, наслањајући се на италијански доказни систем, учинила је велику грешку, што у своју теорију законских доказа није унела и доказ *индицијама*. Неко може бити осуђен само на основу признања, сведочења сведока и исправе, а никако на основу сумње или основа подозрења. Доказна средства су, према овоме: признање, сведочење сведока и исправе. И ако је у свима законодавствима овога времена био искључен доказ индицијама, ипак оне нису биле без никакве

вредности. На основу њих се није могла једна чињеница потпуно доказати, али на основу њих се могла употребити тортура ради изнуђавања признања.

Признање је било најбоље доказано средство — *regina probationum*, и за њим се тежило у поступку, јер се сматрало да је њиме нађена права истина. Свако се признање подвргавао оцени суда и тек се тада узимало као потпун доказ, што значи да није имало доказну снагу чим је дато. — Ако се испитом оптуженог није дошло до признања, онда се његова кривица могла доказати и сведочењима сведока. Сведоци су испитивани протоколарино и њихови испити саопштавани странкама ради претресања. За потпун доказ сведоцима тражиле су се *две сведочења*, а једна сведочења чинила је *полупотпуна* (*probatio plena et semiplena*), подана која у теорији законских доказа још и има своје практичне вредности, јер је закон унапред сваком доказном средству одредио и доказну снагу.

Ако се потпун доказ сведоцима није могао добити, а није било ни добровољног признања, то је оно морало бити *изнуђено*, но само под условом да већ постоје основи подозрења, који су довољни за примену torture. Законодавци су примера ради набрајали основе подозрења (индиције), који треба да буду погодба изнуђавању признања, а пре саме torture оптужени се позивао, да обеснажи индиције, које противу њега војују. Признање, које оптужени за време torture учини, не сме се примити као доказ, већ се има његова истинитост да провери. Проверавање се врши на тај начин, што се оптужени, који је признао, пита за извесне околности, које невин ниш зна ниш их може рећи, па ако признање садржи и такве околности, које само извршиоцу могу бити познате, онда се сматра да је истинито. Ако се те околности не слажу, онда се оптужени подвргава поновној тортури, док се не добије жељено признање. Написмено се ставља тек оно, што оптужени после torture призна, а признање има доказну снагу ако се после неколико дана опет понови и потврди. Из овога се јасно види, да тортура није била доказно средство у законском смислу, већ један експеримент, који се има употребити ради добављања доказног средства.

Овакав доказани систем вредео је с малим изменама све до половине осамнаестог столећа. Законници су доносили одредбе, које одређују снагу сваком доказу и оптужени се могао осудити на казну само ако постоји потпун доказ по закону. Ако је добијен само полудоказ, то је досуђивана и половина казне: пола доказа — пола казне, казна за *недоказано* кривично дело; отуда и практична примена поделе доказа на потпун и непотпун. — Касније је за случај, кад није дат потпун доказ, било допуштено још једно ново доказано средство, за које римски рационални доказни систем није знао. То је била *заклетва*. Њоме се могао послужити оптужени само у случају, кад противу њега није било потпуног доказа; али се њоме могли одбранити само уследнији људи и за мања кривична дела; у противном оптужени је добијао половину казне. Из тога, што је и ово иррационално средство још по мало имало примене, види се, колико је теорија законских доказа још била несређена.

Тортуре, као средство за изнуђавање признања, била је у примени све до половине осамнаестог столећа. Нечовечност овога средства била је очигледна и противу њега почели су се у велико подизати гласови просвећенијих људи, који су тражили укидање тортуре. На укидање тортуре нарочито су од утицаја били списи *Томасија*, *Соненфелса* и *Бекарије*, који су тражили општу реформу Кривичног Поступка. Инквизиторски Поступак од свима својим институцијама био је толико несносан, да се морало приступити неком поправљању. То буде и учињено укидањем тортуре у току друге половине осамнаестог столећа. Укидању је нарочито допринео још и то, што се била увидела апсурдност суђења вештицама, у којим се случајевима она најрадије употребавала.

Ма да је тортуре била укинута, признање је ипак сматрано као *regina probationum*, и држало се да држава и даље има права да изнуди признање. Истина, ово више није вршено тортуром, али су на њено место дошле казне за лаж и *непослушност* (батине и пост). Муцање или лаж сматрали су се као непослушност, и под маском казне за такву непослушност крило се изнуђавање признања тешким затвором или батинама. У добијању признања огледала се вештина истражни-

кова; он се, да би дошао до признања, служио *капциозним* питањима; гледао је да оптуженог збуни двосмисленим питањима, или је пред њега изненала износио ствари или лица и на тај начин хтео да га доведе у раздражено стање, услед кога оптужени малаксала и даје очекивано признање.

Укидањем тортуре индигције су добиле већу доказну вредност. Докле се раније на основу њих могла употребити само тортуре, дотле се, после укидања ове, индигцијама могао добити потпун саставни доказ. Тек је сад истражник и судија гледао, да на све могуће начине дође до посредних основа подозрења, на макар и удаљенијих, само да би могао саставити потпун доказ по закону за осуду оптуженог. Стога је укидањем тортуре завршена њена промена у доказном поступку, и од тада се датира нова фаза инквизиторског поступка.

Законодавства друге половине осамнаестог столећа, поред признања и сведочења, увводе као доказ и саставни доказ по основима подозрења. Теорија принудних законских доказа, и то *азонитивна*, била је у ово време дошла до највеће своје примене. — Она је теорија вредела у Француској све до Револуције, која је из основа променила и цео Кривични Поступак, на савне и доказну теорију. Међутим законодавства појединих немачких држава, као и аустријска, не само да и даље задржавају теорију законских принудних доказа, него је још и нарочито обрађују све до половине прошлога столећа, а нека, као аустријско, још и даље.

После укидања тортуре доношени су у Немачкој и Аустрији нови законници о Кривичном Поступку, одвојени од казних законика. Први такав законик био је Кривични Поступак Јосифа II од 1788 год. Тортуре је овим закоником забрањена, а заведен је доказ по основима подозрења. Доказна теорија је *позитивна*.

Аустријски Кривични Поступак од 1793 поставља међутим *негативну* доказну теорију, што се јасно види из § 414. Доказ по основима подозрења не само да је заведен, већ се на основу њега може изрећи редовна казна, изузев смртне казне и казне доживотног лишења слободе. Ако није било у ком случају довољно основа подозрења за образовање састав-

1803

ног доказа, то се противу оптуженог могла употребити каква полицијска мера, али никако *изванредна* или *испуказа*.

Пруски Кривични Поступак од 11 децембра 1805 усвојио је, као год и *Јозефина*, *позитивну* доказну теорију. Само овај закон није никако допуштао осуду на редовну казну саставним доказом, већ само на ванредну. Сем тога смртна казна се могла изрећи само на основу признања, а ако овога нема, онда на основу других доказа само онда, ако су две трећине судског колегијума сагласни да је други доказ довољан и потпун.

Баварски Казнени Законик и Кривични Поступак од 16 маја 1813 јесте један од најбољих законика, који је у законским одредбама формулисао инквизиторски поступак после укидања тортуре. И он усваја *позитивну* законску теорију доказа с тим, што само доказом по основима подозрења не допушта изрицање смртне казне.

После овога времена настаје и у немачким државама покрет за реформом Кривичног Поступка, у коме се имала изменити и доказна теорија. Поједина законодавства уносила су у своје поступке нека нова начела, али су и даље остала при теорији законских доказа. Сав напредак у томе погледу састојао се у томе, што је од сад позитивна законска теорија замењена негативном, која је ипак савршенија и боља од прве. Тако Виртембершки Кривични Поступак од 1843 и Баденски од 1845 усвајају негативну доказну теорију. Већ се и у ово време налазе извесна немачка законодавства, која покушавају да избаце сасвим теорију законских доказа и да је замене с теоријом слободног судијског уверења. Ови су покушаји чинени све до 1848 год.

V. Реформа Кривичног Поступка.

I. Прва је Француска била на европском континенту, која је раскрстила с инквизиторским поступком. Ординанс од 1670 год., донета на основу ранијих од 1498 и 1539, била је законик кривичне процедуре у Француској све до уочи Револуције 1789 год., која је инквизиторски поступак учинила јединим и редовним за целу Француску. Практични резултати инквизиторског поступка били су скроз и скроз неповољни. После-

дице тајности, писмености и тортуре биле су велике; оптужени је био лишен свих права и предат на милост и немилост судије — инквизента. Инквизиторски поступак значно је мучење и понижење невиног оптуженог, а велику негодност за брзо и успешно кажњење кривца. Да овакав буде инквизиторски поступак допривела је нарочито теорија законских принудних доказа, која је у њему све до Револуције била у јеку. Подела доказа на потпуне и непотпуне, на бавже и удаљеније основе подозрења, учинила је, да је судија у свако доба могао наћи потребан број основа подозрења за осуду оптуженог, само ако га је требало осудити. За тим, услед оваке поделе доказа, осуда на потпуну и непотпуну или изванредну казну проузроковала је велику правну несигурност, услед чега је јако била уадрмана вера у правосуђе.

Политичком апсолутизму овога времена потпуно је одговарао овакав поступак, по коме су оптуженом, као пасивном учеснику, одузета сва права и у политичком погледу. Крајем осамнаестог столећа тражена је општа реформа Кривичног Поступка; синци философа убрали су саму реформу, а нарочито је од утицаја било писање Монтескија, Бекарије и Русоа. Револуцијом од 1789 учињен је крај инквизиторском поступку, као год и многим другим установама француским. Једним декретом укинута је тортурa и *litamentum purgationis*; одмах за тим уведена је јавност и опсежно право одбране. Али је највеће реформе учинила народна уставотворна скупштина од 16—29 септембра 1789 год. На реформу Француског Кривичног Поступка од великог је утицаја био Енглески Поступак.¹⁾ Енглеска, благодарећи свом топографском положају, била је сачувана од продирања инквизиторског поступка који је већ био ушао у сва континентална законодавства. Стога је у њој увек био у снази оптужни поступак с поротом.

Револуција је увела пороту као нову установу за Француску. У пороти се гледала чисто политичка установа, а главни узрок, са којег је уведена, била је дотадашња теорија законских доказа, јер се у пороти гледало најпоузданије средство да се избегну све рђаве стране, које су долазиле од законске

¹⁾ A. Laborde, Cours de droit criminel, 423.

теорије доказа. На место дотадање доказне теорије требала је да дође теорија, по којој се у будуће одлуке у кривичним предметима доносе само по упутарљам уверењу судије, искључујући свако правило о доказу, које би везивало судију.

Реформа је у Француској завршена доношењем *Code d'instruction criminelle* од 1808 год. У њему више ни трага нема од старе теорије принудних законских доказа, већ је на место ње дошла порота (*Cours d' assises*), која је надлежна за све злочине (*crimes*), и која суди по свом личном уверењу. Тако исто, по свом слободном личном уверењу, суде и судије *tribunaux de police correctionnelle*, који су надлежни за преступе (*délits*), као и судије *tribunaux de simple police*, који су надлежни за иступе (*contraventions*), само с том разликом, што судије морају давати разлоге за своје уверење, јер свака пресуда мора бити мотивисана, док ова обвеза никако не вреди за поротнике, чији је парек чист и прост. Поротници имају, дакле, само да одговоре, јесу ли уверени или не о кривници оптуженог, стога им закон и не налаже: ви ћете ону или ону чињеницу, коју потврђује овај или онај број сведока, узети за доказану. Тако исто им он не каже: ви ћете сваки доказ, који не почива на овој или оној исправи, на овозико или онолико основа подозрења, сматрати недовољним. Закон, напротив, управља на њих само ово једино питање, које обележава и све њихове дужности: *јесте ли ви лично уверени?* (*Avez-vous une intime conviction?*)²⁾

II. Докде у Француској са свршетком осамнаестог столећа нестаје и теорије законских доказа, која је у инквизиторском поступку вредела, дотде је немачка законодавства препосе и у деветнаесто столеће. Револуција, која је учинила преображај целокупног државног живота, извршила је преображај и Кривичног Поступка, јер он стоји у тако тесној вези с најважнијим функцијама државног живота, да су његове форме условљене обликом владавине у држави. У Немачкој, међутим, остало је целокупно државно уређење недирнуто, па је и Кривични Поступак задржао своју стару форму. Стога, све до 1817 године, видимо у немачким законодавствима у предности те-

²⁾ R. Garraud, Précis de droit criminel 309; Höchster, Lehrbuch des französischen Strafprozesses 57 и даље.

орију законских доказа и то позитивну. Али од овога времена почело се већ и у Немачкој помишљати на реформу Кривичног Поступка и поглавито на избацивање старе доказне теорије и на увођење пороте. Само је овај рад на реформи ницао доста споро, јер се она није могла извршити само у једном правцу, већ је била потребна измена целокупног Кривичног Поступка. Реформа инквизиторског поступка није се могла ограничити само на замену старе доказне теорије новом, јер теорија слободног судијског уверења претпоставља поступак са сасвим другачијим начелима, противним начелима инквизиторског поступка. Она претпоставља већ постојање начела јавности и нарочито усмености, без којег је она скоро без вредности. Стога, што је требало извршити општи преображај Кривичног Поступка, па да се може завести и теорија слободног судијског уверења, ова није тако брзо ни ушла у немачка законодавства.

Политичке прилике биле су од великог значаја за реформу Немачког Кривичног Поступка. Код сваког реформаторског покрета погледи су били управљени на Француски Кривични Поступак; око његовог облика јавности, усмености и учешћа грађана у правосуђу окретао се цео спор. Порота се сматрала као последица уставности, а јако је било распрострањено мишљење, да *code d'instruction criminelle* почива на либералним погледима. Законодавства су се, међутим, према свима овим реформаторским покретима држала врло опрезно, а владе су у њима гледале једну сумњиву либералну новину. Па не само да су законодавства и владе биле овако неповерљиве, већ је овом тражењу реформе био противан и велики број немачких криминалиста и правничких писца у опште. Око увођења пороте и теорије слободног судијског уверења изродило се био такав научни спор, какав се можда у правној науци не памти. Тридесетих, четрдесетих па и педесетих година прошлог столећа писало се скоро искључиво о тим двома институцијама Кривичног Поступка. Највећи научници тога времена као: *Фајербах*, *Митермајер* и др. били су за стару теорију законских доказа, а *Фајербах* је нарочито био против пороте. Сва научна опозиција противу суђења на основу личног уверења судије и противу пороте, у којој поротници тако

исто суде, не везујући се ни за каква унапред прописана законска правила о доказу, долазила је отуда, што су ове две институте за Немачку, као год и за Француску, биле сасвим нове, и што та научна опозиција није знала у чему се управо оне састоје. Из њихове прецирке јасно се види, да нису знали, како судија по новој теорији има да долази до истине о винности или невинности оптуженог, и у независности судије за законски доказна правила, која му унапред кажу колико доказне снаге може дати поједином-доказном средству, гледали су велику опасност за правосудје, јер су држали да по новој теорији самовољи судије нема границе. Њихово незнање види се још из тога, што се дуго водило спор око тога, да ли судије, судећи по теорији слободног судијског уверења, треба да дају разлоге за своје уверење или не. И једини су били против ње тврдећи, да се разлози могу дати само ако постоји теорија законских доказа. Ми смо у § 3 изнели главне разлоге, којима је брањена стара доказна теорија и видели смо, да је сви ти разлози не могу одбранити. Борба је испочетка била врло заштрена, али, што се у њу даље залазило, постајала је све слабија и слабија, јер су многи од противника теорије слободног судијског уверења убрзо увидели неоснованост својих тврђења и победа се све веште клонила новој теорији.

Ма да су законодавства била неповерљива, ипак нису могла остати сасвим равнодушна према овим реформаторским захтевима. Тако нека од њих не избацују још теорију законских доказа, али дотадашњу позитивну замењују негативном, код које донекде вреди слободно уверење судије, док друга сасвим ову замењују теоријом слободног судијског уверења. Први од тих био је саксонски закон од 30 марта 1838 год., по чијем § 10 судија није везан никаквом законском доказна правила. Много је важнији у овом погледу пруски закон од 17 јула 1846 год., који је прокрило пут теорије слободног судијског уверења. Његов § 19 гласи: „постојећи прописи о поступку приликом прикупљања доказа, а нарочито о томе, која се лица могу саслушати и заклети као сведоци, остају и даље у снази. Међутим увидају се досадња позитивна правила о дејству доказана. Надлежни судија има од сад, пошто је тачно оценио све доказе и за и против оптуженог,

по свом слободном уверењу, које је црпио из целокупног поступка извршеног пред њим, да одлучи: да ли је оптужени вин или невин, или, да ли се он од тужбе има ослободити.“

Из овога се види, да су и законодавства увидела потребу за реформом, али ко зна кад би то учинила сва немачка законодавства, да није наскоро дошла једна сила, јача и од иллада и од законодавстава, која врло брзо саршава с реформама. То је била револуција од 1848 год. Као год што је у Француској револуција учинила прекрет у Кривичном Поступку, тако је исто једним ударцем револуције од 1848 измењена цела ова ситуација.²⁾

Народна Скупштина у Франкфурту (Nationalversammlung) тражила је као „Основна права немачког народа“ (Die grundrechte des deutschen Volkes) између осталог и усменост и јавност поступка, а нарочито пороту и теорију слободног судијског уверења за случајеве, којима порота не суди. Све немачке владе унеле су у своје уставе, да се у овом правцу има извршити реформа. И заиста сви законици, који су издати после 1848 године, стоје на истом гледишту. Неки од њих, као брауншвајшки, тириншки, алтенбуршки и хамбуршки, сматрају за потребно да кажу судији, да он има да иде само за својим „слободним“ или „унутарњим“ или „савесним“ уверењем, док други теорију законских доказа прећутно укидају, као што је то и. пр. учинио баварски закон од 1848, укидајући чл. 368, који говори о снази појединих доказа, а не домишљући изречно да ће за оцену доказа бити меродавно слободно уверење судије.

У пракси се одмах показало корист од нове теорије, што су увидели и некадашњи њени противници. Најбољи пример за то даје нам *Mittermaier*, који је у свом уџбенику од 1827, у свом нарочитом делу „О доказима“ од 1834, па и у свом уџбенику од 1845 непрестано држао, да је стара доказна теорија боља од нове, и то у прво време је био за позитивну, а касније за негативну. Међутим још 1849 год. сасвим је променио ми-

²⁾ *Birkmayer*, Lehrbuch... 821 и даље; *v. Holtendorff*, Handbuch... I 12 и даље, 290 и даље; *Glaser*, Handbuch... I 125 и даље; *Geyer*, Lehrbuch... 38 и даље

шљења, што се види из једног његовог члана: „О стању Кривичног Поступка у Немачкој,* штампаног 1854 год. у Neues Archiv des Criminalrechts. Ово се јасно види из једног места, које гласи: „Писац је, откако је изишао његов уџбеник од 1845 год., прикупио посматрања у земљама, у којима је заведено усмено поступање пред државним судијама, који суде по овом унутарњем уверењу, н. пр. у Неапољу, Тоскани, Сардинији, Парми, а прикупио је и искуства правника оних држава, у којима је заведено усмено поступање без поротника тако, да судије суде по теорији законских принудних доказа н. пр. у Холандији, и дошао је до уверења да сваки покушај теорије законских доказа почива на погрешним претпоставкама, а нарочито код усменог поступка има ту рђаву страну, што судије морају више да ослобођавају. Овоме уверењу, изјављеном још 1849 год., остаје писац још и сад веран“.⁴⁾ На овај начин је теорија слободног судијског уверења победила како у науци тако и у законодавствима. После 1850 г. стара доказна теорија нема у Немачкој готово ниједног браниоца, а сва појединачна законодавства усвајају нову. Па и нови законик о Кривичном Поступку за Немачко царство од 1 фебруара 1877 год. у свом § 260 изречно наређује судији да суди по свом слободном уверењу. Тај § гласи: „О исходу прикупљених доказа одлучује суд по свом слободном уверењу, које је приео из целокупног поступка.“

III. И на реформу Аустријског Кривичног Поступка биле су од утицаја политичке прилике. Све до свршетка прве половине прошлога столећа био је у снази инквизиторски Кривични Поступак од 1803 год. с негативном доказном теоријом. Револуција од 1848 год. учинила је и у Аустрији оно исто што и у Немачкој. Услед овог слободушног покрета јавила се тежња за реформом и за репункцијом Француског Кривичног Поступка. Две године после револуције, 1850, буде донесен нов законик о Кривичном Поступку, који је у себи садржао све особине Code d' instruction criminelle па и теорију слободног судијског уверења.⁵⁾ Али је овај законик био врло кратког века. Одмах по свршеној револуцији завладала је по-

⁴⁾ Mittermaier, у Neues Archiv f. Crim. Neue Folge од 1854, 127 и 128.

⁵⁾ Ogorellia, Krimino processualno pravo 67 и даље; Holtendorff, Handb. I 80 и даље; Ullmann, Lehrbuch des öster. Strpr. 33 и даље.

ново реакција у Аустрији, која је успела да укине слободушно Кривични Поступак и да га замени другим, који је потпуно одговарао политичком стању Аустрије. Било је чак и професора, као *в. Нге*,⁶⁾ који су још доказивали да је теорија законских доказа боља од теорије слободног судијског уверења. За Аустрију наводио је он као специјалан разлог то, што је, иди, она састављена из више земаља са разним народностима и верама, па због недовољне спреме судија, а и незрелости народа, слободна теорија доказа може да буде од штете по правосудје, а законска доказна правила била би сигуран помагач за судију при суђењу. Тај други законик био је од 1853 године, који се понова вратио на негативну законску теорију доказа законика од 1803 год., која је била у снази све до данашњег законика, донетог 24 маја 1873 год. Данашњи Аустријски Кривични Поступак понова је усвојио принцип слободне оцене доказа, који је санкционисан у § 258, и који гласи: „Суд при изрицању пресуде има да узме у обзир саме оно, што је изнето на главном претресу. Поједини акта могу само у том случају послужити као доказно средство, ако су на главном претресу прочитана. Суд има доказна средства односно њихове веродостојности и доказне снаге брижљиво и савесно да цени и то како свако за себе тако и све скупа. О питању, да ли се каква чињеница има да узме за доказану, судије не одлучују по законским доказним правилима, већ само из основи њиховог слободног уверења, добивеног из савесне оцене свих доказних средстава, изнетих за и против.“ Уверење судије, према овоме, није ни на који начин везано. — И Немачки и Аустријски Кривични Поступак садрже, међутим, само прописе о томе, која се доказна средства смеју употребити, и прописе о примању или сабирању доказа, т. ј. прописе који говоре о облику доказног поступка на главном претресу. Повреда ових законских наређења повлачи за собом ништавост саме процесне радње.

Пошто је по данашњем Немачком и Аустријском Кривичном Поступку судијско уверење ослобођено сваке законске везе, то ипак, као што је речено раније у § 3 II, још никакво не значи, да се у целокупном утиску, добијеном од до-

⁶⁾ *в. Нге*, Die leitende grundsätze der öster. Strafprozessordnung v. 1853, 285 и даље.

каза napetih za i protiv optuzenog, koji je merodavan za naričanje presude, ima da gleda samo neko neodređeno osećanje vinnosti ili nevinosti optuzenoga. Iz navedenog § 260 Nemačkog i naročito § 258 Austrijskog Krivičnog Postupka vidi se jasno, da sudijska odluka, i ako je slobodna, ipak u svakom slučaju mora počivati na temeljnoj operaciji razuma, a уверење судије о винности или невинности мора се наслањати на основе, који су приступачни разумној човечијој оцени. Стога су они законици и могли наредити, да свака пресуда, донета од државног суда, мора имати своје основе или разлоге, у којима се тачно има да наведу како основи који се односе на *фактичка*, тако и основи који се односе на *правна* питања. У томе, што законници траже навођење чињеница, као и основа или разлога, са којих се оне имају узети за доказане или недоказане, нема никакве противречности с укидањем законске теорије доказа, јер ослобођење судијског уверења од законских доказних правила не даје права судији да доноси у опште необразложене пресуде. — Примање доказа, као и цео доказни поступак, тако је уређен законски, да се поједина доказна средства узимају свако за себе и одређеним редом. Код сваког доказног средства судија има најпре да оцењује његову веродостојност за себе. За тим он има поједина доказна средства међусобом да пореди, из чега добија читав низ основа или разлога за или против истинитости какве чињенице. Ово исто, још у већој мери, вреди за саставни доказ или доказ по основима подозрења, пошто се овде из појединих утврђених чињеница изводи истинитост какве неизвесне чињенице. Ту се морају најпре поједини основи подозрења, који говоре за и против оптуженог, сваки за себе да оцењује, за тим се они имају оцењивати у њиховом односу једни према другима, и најазад има се и с једне и с друге стране одмерити тежина доказних основа, који се у њима налазе. Тек кад је ова оцена свршена, може се из доказних основа подозрења извести закључак на недоказну чињеницу. Према томе, једна се чињеница оваком операцијом разума само тада може узети за истиниту, ако поднети докази дају довољно основа за то. Стога је сасвим оправдано што они за-

коници и поред слободе судије у оцени доказа траже образложење пресуде.¹⁾

§ 5.

Историјски развој доказа у Српском Кривичном Поступку.

I. У старој српској држави.

Докле се о историји Кривичног Поступка готово свих данашњих западних и северних народа у Европи да говорити с довољно тачности и опширности, јер у њиховом историјском развоју није било великих прекида, а ако их је и било, то су они такви, да су се сви споменени могли сачувати, — дотле са историјом Српског Кривичног Поступка већ није тај случај. Не само историја Кривичног Поступка, него целокупна српска правна историја мора остати нејасна и непотпуна због оскудице у правним изворима. И пре најезде Турака правни извори нису били тако многобројни, нити би могли дати потпуно слику тадашњег кривичног правосуђа, а после петвековног ropства остало их је само толико, да се једва може да назире у старо српско право. Ако се само окрене поглед на прилике у којима је био Српски Народ до губитка своје самосталности, одмах ће се видети, откуд малобројност правних извора у опште, и откуд, поред свих извора, празнине у кривичном правосуђу.

Докле остали народи, као Римљани, Немци, Биглези и др., не само да су већ давно имали своја стална седишта, него су имали и своју културу, државно уређење па и уређено правосуђе, које се бео прекида развијало, дотле су Срби у то време морали напуштати своју дотадању постојбину и замешивати је новом. Дефинитивно досељење у данашње земље свршило се тек око половине седмог столећа. Како је било правосуђе пре досељења, није нам познато, јер о томе никаквих извора немамо, али је несумњиво да је било онако исто, као што је било код Словена пре њиховог распада на народ-

¹⁾ Ullmann, Lehrbuch des deutsch. Strfr. 227 и даље; Holtzendorff, Handbuch I 92 и даље.

ности.¹⁾ Према томе, историја Српског Права треба да почне са досељењем, дакле много касније него код других народа, па због тога мора имати и мање извора. Али правних извора немамо одмах ни по досељењу, јер Срби нису били народ који је стајао на истом ступњу културе, на коме су били народи међу које је он дошао, нити је са доласком просто наставио своје правно развијање онде, где је стао, остављајући своју стару постојбину. Мада су Срби имали своју самородну културу, они су са доласком у данашње земље морали подлећи туђинском утицају, налазећи се у близини народа, који је био много културнији од њих. Положај Срба је био такав, да овај утицај није долазио само с једне, већ са три разне стране. Ојуга је утицај долазио из Византије, са запада из Италије преко Дубровника, и најзад са севера преко Мађарске. Али од највећег утицаја на целокупни тадашњи живот, па и на старо обичајно право, била је крива. Одмах по досељењу отпочео је пријем хришћанства који је свршен тек крајем XII и почетком XIII столећа. Кад је крива, као што смо видели, била од превеликог утицаја на право и у оним земљама, у којима је и пре хришћанства било закона и уређеног правосудја, онда се може мислити шта је хришћанство значило за старо Српско Право. Заједно с вером у Србију су ушли и закони. Први такви закони били су црквени номоканони грчког порекла. Ови су поред црквеног права садржали у себи и византијско световно право. Номоканони су преводени с грчког, и први се приписује самом апостоли Методију; али је од нарочитог значаја номоканон, који је преведен по наредби Св. Саве око 1219 године, у коме се налазе и Јустинијанове новеле.²⁾ Сем систематских номоканона с грчког су преводени и други закони, којима су се српски судови служили нарочито у суђењу грађанских ствари. Тако се зна, да је за време цара Душана била преведена Синтагма Матије Властара, написана 1335, која је била азбучним редом уређена ручна књига за Црквено Право. Поред овога долазе и такозвани Јустинија-

¹⁾ *Ср. Неваковић, Законик Стевана Душана (1888) VI.*

²⁾ *Ср. Неваковић, Душанов законик XIV; С. Jiricek, Das Gesetzbuch des serbischen Caren Stephan Dušan, в. Archiv 22 (1900) 146.*

нови Закони, који се обично налазе уз Синтагму и уз Душанов Законик.

Али не од већег, оно од толиког истог утицаја на Српско Право били су статути приморских далматинских вароши. Далматинска варошка права, а нарочито дубровачки закони, били су познати у целој Србији, јер су консули и судије дубровачке или српске у рудницама и појединим трговачким местима судили Дубровчанима само по њиховим законима. Сем тога, многи виђени Дубровчани, Которани били су у Србији парници и други финансијски чиновници, преко којих је вршен утицај на Српско Право.³⁾

Из овога се јасно види, да је за изучавање историје Српског Права од значаја познавање туђинских законодавстава, која су била од утицаја на наше право. Српски споменици, међутим, почињу у XII па иду до краја XV столећа; почињу, дакле, тек онда, кад се право у других народа у велико развијало, кад је у њих постојао нарочито ред људи, који се учио праву и исто обрађивао. Тако н. пр. у Цариграду видимо у XI столећу установљену нарочиту правну школу, која представља последње цветно доба византијског права,⁴⁾ а у Италији налазимо глосаторе и практичаре, који баш у ово време нарочито обрађују право. У Србији свега тога није било, нити је пак могло бити, јер је она у ово време сву своју пажњу била управила на стварање државе и одржање независности, а праву се поклањала пажња онолико, колико је то било преко потребно. Владаоци српски били су и законодавци. Њихове повеље, хрисовуље, уговори, нарочито с Дубровчанима, као и друге наредбе јесу главни извор из кога сазнајемо старо Српско Право. У колико је српска држава више јачала, у толико је више и право напредовало. Најбољи доказ за то даје нам Душанов Законик, који је први покушај кодификације, извршене у времену, кад је Србија била достигла врхунац своје моћи. Тек од тада би имао да настане напредак у развоју Српског Права, да је Србија и даље остала на истој висини. Али, са наглим опадањем срп-

³⁾ *С. Jiricek, Archiv 22 (1900) 155.*

⁴⁾ *Zachariae v. Lingenthal, Geschichte des griechisch — römischen Rechts (1892) 30.*

ске државе, izvršen je zastoј и у праву, те тако Душапов Законик нам представља најбољи правни извор из тога времена, ма да у себи садржи одредбе готово из свих законика, као: из казненог и грађанског законика, грађанског и кривичног поступка, разних административних и др. закона.

Кад су многи од ових, иначе малобројних, извора турском најездом морали бити уништени, онда нам остаје да из тог остатка видимо и укратко изложимо доказни систем у старом Српском Праву.

Раније је речено, да се по правоситном схватању свих народа сматра злочин као нарушење индивидуалних права, за које нарушилац мора дати задовољења повређеном лицу. То исто видимо и код Срба. Сва кривична дела, која су по данашњем схватању казнива, сматрали су Срби у прво време као ствар грађанску, као *delicta privata*. Никако се није узимало, да су извршењем кривичног дела угрожени не само интереси повређеног или оштећеног и његових рођака, већ и општи, јавни и државни интереси. Значи, да се за јавну природу Кривичног Права још није знало. У споменцима се налазе несумњиви докази о томе, да је злочин сматран као приватна ствар. У најраније време, док су Срби били још у својој старој постојбини, а касније и у новој, докле је српска држава била још слаба и немоћна, она се ни у колико није сматрала заинтересованом извршењем казног кривичног дела. У то време се повређени или његова родбина разрачунавала с учиниоцем кривичног дела на начин, који је она за најбољи нашла, обично осветом. Касније, утицајем цркве, настајало је мирње између повређеног и окривљеног и спор се свршавао плаћањем извесне накнаде. За овим, кад је српска држава под својим краљевима била прилично ојачала, почела је она водити рачуна о извршеним злочинима, и није више себе сматрала сасвим незаинтересованом. Али ово интересовање још није било довољно и потпуно, јер држава у главноме и даље сматра злочин као ствар повређеног и окривљеног, а за себе задржава право да окривљеног казни новчаном казном, која изгледа, да је пре угрожавана у фискалном но у општем интересу.

Да се одиста ни за време краљевства још није потпуно знало за јавну природу Кривичног Права, најбоље нам показује то, што се најтеже кривично дело, убиство, схватало другаче по данас. Убиство није било угрожено јавном казном као данас, већ је то била ствар родбине убијеног и убице, а држава је исто узгред казнила новчаном глобом, која се плаћала краљу или државној каси, и звала се вражда.⁵⁾ Вражда је износила 500 перпера, и, као што се види из дечанске и арханђеловске хрисовуље, пола је давано цркви место краљу. Да је убиство овако схватано чак и за време краља Милутина и да је био безуспешан сваки покушај, да се убиство угрози строжијом казном, показује нам један у многоме драгоцен извор из дубровачког законика, и то из главе 58 и 59 VIII књиге, у којој се говори о вражди (*de pena vrsade*).⁶⁾ Садржина тога извора је у главном ова. Давнашњи је обичај био између Дубровника и Србије, да Дубровчанин, кад убије Србина, плати 500 перпера глобе, и обратно. То је тако било све док, око половине XIII столећа, Дубровником не завладаше млетачки кнезови. Под владом једнога од њих, под именом Бедети Фалетро, деси се убиство, које Дубровчанин изврши над једним Србином. Кнез тада изјави, да не може допустити да се стари обичај врши, по коме се убица казни само враждом, него да ће он поступити по законима, на које је заклет и по којима убица треба да плати главом. Ово је довело у сукоб кнеза с целом општином дубровачком, услед чега Дубровчани пошљу посланике у Млетке да се жале, али их дужд одбије. У то време се, међутим, промени кнез и на његово место дође Андрија Дауро, и Дубровчани пошљу у Млетке поново посланике ради повратка старог обичаја. Дужд је тај спор 1308 године решио овако: нека Дубровчани пошљу посланике српском краљу Милутину те да га умоле да изда закон, по коме би Срби, који би у будуће убили Дубровчанина, платили не новцем него главом, као што то заповеда и божији и људски закон и као што то по свету бива, па ће

⁵⁾ Ст. Новановић, *Село*, Српска Краљевина Академија Гаас XXIV 96.

⁶⁾ *Пучић*, *Споменци Српски II* (1862) 152—153; *Восинић*, *Станак по дубровачком законик*, Гласник 44 (1877) 318.

тако и Дубровчани чинити са својима. Ако краљ не буде хтео примити овај предлог, онда да остане по старом. Краљ Милутин је одговорио посланицима, да није сагласан с предлогом, да неће проливати крв својих људи, него да ће се држати старог обичаја, јер је то и заклетвом својом обећао, а Дубровчани са својима пека раде шта им је воља.

Из Душановог Законика, међутим, видимо сасвим другаче схватање Кривичног Права. Злочини више није сматран само као грађанска ствар странака, већ као дело, којим се руши јавни ред и општи интереси, које је држава позвана да штити. Стога видимо да Душанов Законик многа кривична дела угрожава јавном казном, што је знак увиђања јавне природе Кривичног Права. Тако н. пр. убиство калуђера или пона казни се смртном казном вешањем (чл. 95); оцеубиство и детоубиство се такође казнило смрћу спаљивањем (чл. 96); чупање браде властелину и другом добром човеку казни се одсецањем обе руке (чл. 97); обично хотично убиство казнило се такође одсецањем обе руке, а нехотично убиство новчаном глобом од 300 пернера (чл. 87); силовање властелике или друге жене казни се одсецањем обе руке и носа (чл. 52); разбојништво се казнило вешањем, а за крађу је крадљивац имао бити ослепљен (чл. 145) и т. д. Али, и поред овако строгих одредаба Душановог Законика, ипак су многа кривична дела остала приватна ствар странака, јер се доношењем оваког законика није могао уједаред уништити стари обичај, који је вековима живео у правној свести народа.

Да се до оваког схватања Кривичног Права дође, од значаја су били туђински утицаји. Из раније наведених преговора Дубровчана с краљем Милутином јасно се види утицај са запада, који је долазио из Италије и који је вршен преко Дубровника. У Италији је у XIII и XIV столећу у велико сматрано, да се кривичним делом руши јавни поредак и општи интереси, и да се стога има угрозити и јавном казном, што се у осталом види и из речи дужда млетачког који расправљајући поменути спор, каже: „као што то заповеда и божји и људски закони као што то по свету бива.“ — Тако исто је значајан утицај, који је долазио с југа из Византије. Овај се утицај огледа у томе, што Душанов Законик садржи

готово исте врсте казни, које предвиђа и Еклога у Византији. По овом законнику су главне казне: одсецање главе, спаљивање, вешање; за тим разне друге телесне казне, као одсецање руку, ногу, носа, језика и т. д.¹⁾ Дакле, готово исте казне, које се налазе и у Душановом Законнику. Ове овако нечовечне казне наследили су после и Турци, који су их врло ревносно примењивали за ове време њихове владавине у данашњој Србији. Из Синтагме Матије Властара, која је преведена за време цара Душана, види се, да она оцеубиство и детоубиство казни онако исто као што то наређује чл. 96 Душановог Закона, што значи, да је тај члан узет из Синтагме.²⁾ Међутим и у Византији у раније време било је кривичних дела, која су сматрана као приватна ствар; то је био случај н. пр. с крађом у самом Јустинијановом праву, по коме је покрадени могао тражити своју ствар на траг и у исто време тражити судом да му оптужени плати вишеструку вредност као приватну казну.³⁾

Какав је био Кривични Поступак у старом Српском Праву, не може се с оном тачношћу одговорити као што је то случај н. пр. с Римским или Енглеским Правом. До Душановог Законика има врло мало извора процесне природе, да се из њих никако не може извести, да је било јасне и просте организације судске власти. Ни Душанов Законик није богат с процесним одредбама, али их ипак има толико, да се бар од прилике може видети какав је био поступак тога времена.

Стари Српски Кривични Поступак, онако исто као год и Француски и Германски пре реценције Римског и нарочито Канонског Права, кретао се у формама Грађанског Поступка. Између Кривичног и Грађанског Поступка није било разлике, а ово неразликовање је последица несхватања јавне природе Кривичног Права. Кривично дело је, као што је поменуто, сматрано као приватна ствар странака, и повређени је због истог управљао свој захтев на накнаду онако исто као што је то био случај и код сваке друге грађанске ствари. Посту-

¹⁾ Zachariae v. Lingenthal, Geschichte des griechisch — römischen Rechts 330 — 331.

²⁾ Ср. Носаковић, Душанов Законик (1898) 203.

³⁾ Zachariae v. Lingenthal, Geschichte des griechisch — römischen Rechts 339.

нак је био чисто оптужни, т. ј. могао се започети само на захтев повређеног, и онај је имао сам да позове кривца на суд, а никако суд то по службеној дужности није чинио. Ово се јасно види из чл. 89. Душановог Законика, који данашњим језиком гласи: *ко позове кривца пред судије, на пошто га је позвао, седи код куће, ако онај позваки на време дође пред судије и ту одстоји колико треба по закону, тиме самим је опростен сваке одговорности за оно за шта је био позван за то што позивач код куће седи*. Тако исто и чл. 56, 61, 66, 175 и 182, који доказују, да је кривцом располагао тужилац а не суд. Изузетно, само за најтежа кривична дела, могао се поступак по закоником почети по службеној дужности. Тако се и, пр. чл. 145, 146, 147 и 148 наређује кнезовима, велницима, господарима села да строго пазе на разбојнике и крадљивце и да их гоне.

Устројство судова по Закоником имало је доста сличности с византијским устројством. Пре Законика административна и судска власт била су спојене. У име краља су судили журици, вассални и кнезови, а праве судије налазиле су се само по западним парошима и у местима у којима су Саси живели.¹⁹ По Закоником, као год и у Византији, врховни је судија цар, који је судио у случајевима предвиђеним у чл. 78, 105 и 181. За овим су постојале *дворске судије*; за тим судије за поједине провинције, које је цар постављао, а без сумње су то била властела или властеличићи; за тим су казнену судску власт имали за извесне ствари и господари или поседници већих добара (чл. 103). *Најзад и црква је имала право вршења кривичног правосуђа*. Привени људи судили су се пред игуманом, владиком или митрополитом (чл. 33), а и сами духовници су долазили у надлежност црквених судова. Али српска црква никако није била од онолико утицаја на Кривични Поступак, од колико је била римска црква, јер српска црква није била успела да се саввим одвоји од световне власти, и да се, као римска, сама снажи и уређује, већ је увек била потчињена и поглавар јој је био владалац. Овако потчињена, црква није могла сама да

¹⁹ С. Jiricoh, Archiv 22 (1906) 176 и даље.

заснива своју казнену судску власт и да је после све више распростире, него је ону имала само онолико колико јој је владалац био доделио, и отуд њен слаб утицај на поступак. Кривично правосуђе је у Србији стално имало световни карактер. По самом доказаном систему познајемо одмах немоћност цркве, јер је и она употребљавала таква доказна средства, која је римска црква одмах избацила, чим је до казнене судске власти била дошла.

Овакав чисто оптужни поступак, према свему реченом, био је доста сличан с поступцима осталих континенталних држава средњег века пре рецесије туђинских права, јер смо и тамо нашли да се Кривични Поступак кретао у границама Грађанског Поступка. Па и доказни систем Српског Кривичног Поступка био је сличан доказном систему старог Француског и Немачког Поступка, а различан од онога, који смо нашли у Римском и Канонском Праву. Разлика се ова састоји у томе, што се доказом у Српском Кривичном Поступку није тражила материјална истина, као што је то случај у Римском и Канонском Праву, већ само формална. *Доказно право је било у главном Формалистичко*. Формализам се огледао у томе, што се доказом није ишло на то, да се пред суд изнесе сва грађа, из које би овај могао добити материјалну истину, него је у највише случајева имао да каже на то, да ли је онај, који пружа доказ, задовољно форму, коју закон тражи. Према овоме су и доказна средства била формалистичке природе. Али поред чисто формалистичких доказних средстава *налазе се*, наравно у мањој мери, и поједини рационални докази, као што су и, пр. сведоци. Из даљег излагања видеће се, да су рационална доказна средства познијег порекла, јер она потискују она ирационална и долазе на њихово место.

Овакав доказни систем Србија није примила од својих суседа. Докле је Византијско и Италијанско Право, које је долазило преко Дубровника, било од знатног утицаја по Српско Право у опште, докле се тај утицај на доказни систем никако не види, јер ни једно ни друго не знају за најглавније доказно средство Српског Права. У Византији све до њене пропасти био је у снази Јустинијанов оптужни (акузаторски) поступак, али у њему нема ни помена о доказу бо-

жјим судом.¹¹⁾ Тако исто и јужнодалматинска варошка права не знају за *божји суд*,¹²⁾ из чега се мора извести, да су Срби ирационални доказни систем донели из своје старе постојбине, јер се све врсте доказа божјим судом налазе код свих народа средње и северне Европе па и код Словена. У Мађарску је божји суд, као доказно средство, ушао законом краља Владислава I и Коломана тек у XI столећу, што значи да је дошао са севера.

Из самих доказних средстава најбоље ће се видети какав је био Кривични Поступак и какав је доказни систем у њему био заступљен. Према изворима и старим споменцима доказна средства била су ова:

1. Заклетва и клетвеници или помагачи.

У доказном систему старог Српског Кривичног Поступка заклетва странака заузима по важности врло видно место. У данашњем Кривичном Поступку, међутим, заклетва се више не сматра као доказ за кривичну одговорност оптуженог, јер она по својој природи никад не даје један нов материјални моменат за оцену тврђења онога који се куне, и стога стоји иза свих данашњих рационалних доказних средстава. Заклетва је задржала доказну снагу само у Грађанском Поступку. Али у Грађанском Поступку, као и у Римском Праву, важи она искључиво као субидијерно доказно средство, т. ј. за случај, кад се истина какве чињенице ни на који други начин не може пронаћи. У том случају не остаје ништа друго, по исказу једне од странака, наравно под заклетвом, поверовати, јер се држи да, под тако свечано датим обећањем, неће намерно казати неистину. — У старом Српском Кривичном Поступку, као и у поступцима других народа у средњем веку, не само да је заклетва била у опште призната као доказ, него се на основу ње и кривична одговорност оптуженог могла потпуно утврдити. Ово је долазило поглавито отуда, што се није знало за оштру поделу између Кривичног и Грађанског Поступка, него је за све ствари

¹¹⁾ Zachariae v. Lingenthal, Geschichte des zürichisch - römischen Rechts 407-408 прил. 500.

¹²⁾ С. Jiricek, Archiv 25 (1900) 469.

важно један исти поступак; сматрало се да је процесни предмет код оба поступка један исти. Сем тога, веровало се, да ће слободан и непорочан човек само истину казати, и да његова заклетва одговара истини чак и онда, кад су његови интереси у питању. Сасвим је други основ дакле био, који је заклетви у старом праву давао доказну вредност, и отуд овакав њен положај у ондашњем доказном систему.

Заклетвом се могли послужити само честити, непорочни и слободни људи. Која ће се од странака кети, зависило је од њиховог споразума, или је исту суд досуђивао једној од странака. Положеном заклетвом у прописаној форми сматрало се, да је тврђење дотичне странке потпуно доказано. Свака странка имала је заклетву лично да полаже, што значи, да то није могла учинити преко пуномоћника. Паузетак је био само за случај, кад се владалац имао да закуне. Тако дубровнички законик од 1275 године наређује, да кад би судије наредиле, да се закуне каква кнез или син кнежев, допушта се овима да назначе једног од својих племића, који ће се пред судом заклетви место њих, али они треба при заклетви да стоје уз клетвеника и да га целују.¹³⁾

Ређи су случајеви у старом праву били, у којима се спор решавао само заклетвом странке, јер се у многим случајевима није могла потпуно поклонити вера ономе који се куне. У многобројним случајевима заклетва странке имала је бити поткрепљена заклетвом извесног броја незаинтересованих људи, који су се звали *клетвеници*, *помагачи*, *душевници* или *поротници*, које смо у Германском и Словенском Праву нашли под именом *coniuratores* или *consacramentales*. — Што се тиче ових лица, која су долазила уз странку, то су они били или *сведоци* или *помагачи и заклетви* (*Eidhelfer*). Ове сведоке је странка приводила на захтев суда, и они су саопштавали суду чињенице, које су од важности за пресуђење спора, а разликују се од данашњих сведока у томе, што они те чињенице нису морали увек својим чулима да опазе, већ су до њих могли доћи и на други начин. Заклетви ових сведока није морала увек претходити заклетва странке. Помагачи у за-

¹³⁾ Болониф, Гласник 44 (1877) 221.

клетви или клетвеници, међутим, ни у ком случају нису били сведоци, јер они нису суду саопштавали никаква своја чулна опажања, нити су раније морали што о самој ствари знати, већ су били лица која једино изјављују, да верују у истинитост исказа на који се странка закледа. Они се заклинају, да је заклетва странкина истинита, и према томе њиховој заклетви мора увек претходити заклетва странке, коју они само помажу и појачавају. Да би могли потврдити положену заклетву, било им је потребно само да потпуно верују странци и њеној заклетви.

И за ове клетвенике, душевнике или помагаче тражила се честитост и непорочност па да могу положити заклетву. То се види из свих споменика, у којима се они помињу. Тако се то н. пр. види из чл. 160 другог одељка Законика, који гласи: *и асачи јост, и трговац, и латинин да приходи ка првим стражам, са всем што има и носи, да за стража страже предава са всем. Ако ли се жоди тере што изгуби, да јест порота веровани чловеци: што реку душом јер су изгубили с онем-зи аборотници, то-зи да им алати кефалије и страже*. Или као што се то још боље види из спора Хиландара с Дмитром и Бориславом око својине неког брда. У споменику се вели, да се игуман хиландарски Гервасије тужио краљу Стевану Дечанском, како су у косорињској жупи једно брдо насилно заузели од Хиландара Дмитар и Борислав синови Тенчије Хардомила. Старији брат Дмитар бранио се говорећи: „ми незнамо ништа, земља је и брдо косорињско.“ Краљ Стеван Дечански наредио је, да странке: *„поведу дванаест стариника жуџаљана достоверних човек,“* да се зајакну страним заклетвама и да означе међу између Хиландара и Косориња.¹³⁾

Што се тиче броја клетвеника и помагача, то се не може рећи, да је било сталног правила. И из ниже наведених примера видеће се, да је тај број био различит, час је био четири час шест, час двадесет и т. д. — Заклетва је полагана свечано и у прописаној форми, што се види и из раније наведеног спора Хиландара, у коме се вели да се странке зајакну „стра-

¹³⁾ P. J. Šafařík, Památky dějepisné písemnictví Jihošlovanské 2 (1873) 94—96.

ниим“ заклетвама. Заклетва се полагала пред свештеником, а у неким случајевима и пред самим епископом.¹⁴⁾

У грађанским питањима, а нарочито у питањима о својини земље и одређивања граница употребљавала је заклетва сведока или душевника, који су суду морали саопштити ма какву чињеницу, која им је била позната. Ово се јасно види из поменутог спора манастира Хиландара с браћом Дмитром и Бориславом око неког брда. Навешћемо још један пример којим се ово потврђује. У попису имања тетовског манастира који је састављен око 1346 помиње се да су се у Тетову 4 новембра (свакако те године или коју годину раније) сабрала властела и људи код цркве Матере Војје у Тетову. Међу њима су били калуђер Калиник, Макарије, Калојан, Пардо и брат му Теодор, и Теодор Лесковџанин и Борђе Сувина и калуђер Алекса. Они се састали на суд да расправе спорна питања о територији и имању црквеном. У запису се помиње, да је епископ призренски Георгије Маркуш заклео старце и властелу, и да су за тим пошли на брдо Плез, да по исказу и сведочанству кажу чије је брдо Плез, да ли црквено или Прогоново. Епископ и кир Калиник заклили су их овим речима: *„кто знаје што право та не хће рече да јест пролет.“* На то су старац Прибислав, човек призренског епископа, и Братина и Ставо одговорили: црквена јес Плез од века и држали су црквину стас четири братија, и украдоста се два брата и продадохе Прогону половину Плеша за три ведра вина“...¹⁵⁾

У свима овим примерима ова лица, која се куну, чине средину између данашњих сведока и помагача у заклетви, јер они оно, што саопштавају суду, нису морали својим чулним опазили, већ су то могли сазнати и на други начин, и пр. ови старци су то могли чути од својих старијих, те стога нису прави сведоци, а нису ни помагачи, који само поткрепљују заклетву странке. Особеност ових клетвеника огледа се још и у томе, што се њихов број по правилу унапред одређивао: *„да поведу 12 стариника,“* што с правим сведоцима никако не може да буде случај.

¹⁴⁾ Споменик Српске Академије 3 (1890) 33.

¹⁵⁾ Споменик Срп. Академије 3 (1890) 33.

Клетвенике познаје Душанов Законик под именом *оушевници*. То се види из чл. 103, који предвиђа случај крађе, па ако се не може да докаже крађа сводом, а оптужени каже: *„жутих у тој земљи, да оправе душевници от глобе; ако ли ми та не оправе душевници, да плати с глобом,“* т. ј. имао се извесан број добрих људи заклетн да он ствар није украо, већ да је купио у туђој земљи. — Тако исто се из дубровачког законика од 1272 год. види, да се заклетва употребљавала као доказно средство и на *станку*,¹⁷⁾ кад се имао расправити било грађански било кривични спор између Дубровчанина и Србина.

Сем ових клетвеника, који су, као што се из наведених примера види, били више сведоци или вештаци, има у старим споменицима несумњивих доказа, да су се поред странке клели и други незаинтересовани људи, који ни у ком случају нису били сведоци, већ прости помагачи у заклетви. Заклетва саме странке није била довољна, да се потпуно утврди истинитост њеног тврђења, него је њу требало поткрепити заклетвом помагача. Овакви се примери махом налазе у западној Србији, а сачувани су у Дубровачкој архиви; несумњиво је иста процедура била и у другим крајевима Србије, али спомена о томе нема. Један такав драгоцен пример показује нам један случај крађе, који је био предмет суђења у Сребрници 1457 године.¹⁸⁾ Случај је овакав. Дубровачки трговци Марин Радосалић и Добрушко Бранојевић дођу из Дубровника у Сребрницу и исте вечери продаду 12 комада чоке за 180 дуката, и преноће у кући кнеза Жуха Драгојевића. Добрушко је био завно новац у мараму и метуо у недра. У кући су с њима спавали још и Стеван, момак кнеза Жуха, Иваниш Бошкојевић са својим братом Иваном, момком Мартовица Грбичића, за тим Радоје или Радослав Будисалић, звани Облега, чиновник Сте-

¹⁷⁾ Станак је био нарочито образовани суд и за грађанско и за кривичне ствари између Дубровчана и Срба у случају кад Србин није дао где предоман суд у Дубровнику. У том случају, странке одређују саме једно место, обично на граници, где ће им се судити; саме бирају по половину судија, који се закључу да ће право судити. На тим станицама једна од странки за доказ овога тврђења подлаже заклетву сама или са повезанима, који су обично поци рођаци или пријатељи. Види *Болшин*, *Гласник* 44 (1877) 297 и даље.

¹⁸⁾ Споменик Срп. Академије 11 (1892) 87—88; *C. Jirich, Arhiv* 22 (1900) 193—196.

пана Вукчића и његов момак, свега њих осам. Ујутру Добрушко види да му је новац украђен. Врата су била закључана, а кућа није била нигде ни проваљена ни поткопана. Покрађени су тужили све, који су с њима спавали, прво кнезу сребрничком Николи Радулиновићу, али се ствар не сврши. Радоје Облега, међутим, са својим момком побегне. Тужиоци се обрате тужбом дубровачком суду, али и ту буду одбијени због ненадлежности и буду упућени сребрничком суду, где је крађа и учињена. Најзад тужиоци понова дођу пред *„тосаодина десета суд“* у Сребрници наводећи: *„...“* и позвах пред господина херцега да ми господин херцег на њих суди и господин херцег к вам властеле писа да нам судите и домакнете правду, где је суд почет и крађа учињена.¹⁹⁾ Оптужени нису признали наводећи, да они њихове новце нису ни видели, ни украли. Суд, састављен из властеле, пресудио је: *„да се закуне Марин и Добрушко сваки од њих самоседам Богом и душом својом, како су онде донесли на стан к њим у кућу кнеза Жуха к Стевану и к Иванишу са сврху реченом дружибом 180 дукат златех и онде им украдени. Ако се закуну, да им се дукати између себе плате, који су онде били на стану заједно сваки свј дно. Ако ли се ца—закуну да Марин и Добрушко не имају што питати. И Марин с Добрушком се закуне и са њими двамаест порогников Богом и душами својима, како Марин и Добрушко донесоше у кућу кнеза Жуха Драгојевића и к Стевану, и к Иванишу с братом, и к Ивану момку Мартолице Грбичића и к Радоју Облези с момком 180 дуката златех и међу њими погубише...“* Порота је, дакле, положила заклетву и штету су имали да плате свих осам, који су те ноћи ту преноћили, рачунајући ту и тужиоце; сваки од њих био је осуђен да плати по 22½ дуката. Овим је било свршено само питање о накнади штете; међутим оптужени су тек имали да доказују своју невиност, јер су у противном кнез и војводе имали право на глобу, новчану казну, због извршене крађе. Односно кривичне одговорности вели се даље у споменику: *„...“* а за глобе војводине и кнеже судисмо, да се закуне Стеван и Иваниш са сврху реченом дружином сваки од њих самосести Богом и њих душом како ни светници ни часници ни проводачија нису крађе Маринове и Добрушкове од 180 дуката. Ако се закуну да су слободни,

ако ли се по зајуну да су криви по закону места, што их закон покаже.¹⁹

Други један пример тако исто лепо показује, како су помагачи или поротници полагаали своју заклетву. Тај други случај је овакав. Водио се један спор због неког украђеног коња пред челником Радичем на Руднику, који је за тај случај одредио пороту. Дубровчанину Матоју Прибисалићу буде 1428 године украђен коњ на Руднику у вредности десет фуната сребра. Један Србин је овоме Матоју означио као лопова неког Новака Населовића. Матоје је тужио челнику: „позвах га к реченом челнику, који ми пресуди по нашем обичају, да се ја, Матоје, зајунем с четворица добрих људи, и ја иети, да ми је речени Новак украо коња или учествовао у тој крађи коња; и кад се зајунемо да речени Новак има платити мени, Матоју, коња и трошак, учињен у тражењу коња...“ Као поротници били су одређени да се с Матојем зајуну Стојко Милетић, Јован Прогоновић, Вукша Стјепојевић и Вучета Божиловић, којима је Матоје представио сведошбу, како му је речени Новак украо коња. Речени поротници се нису хтели заклетви и оптужени Новак је ослобођен.¹⁹

Ова два примера потпуно потврђују оно, што је раније речено о помагачима у заклетви. У првом примеру оних 12 поротника, који су имали да се зајуну с Марином и Добрушком, као ни оних 6, који су имали касније да се зајуну са свима оптуженима, нити су били нити су могли бити сведоци, пошто они крађу нису могли видети. Први су, дакле, само по познавању тужилаца, а други по познавању оптужених имали да потврде или боље да појачају њихову заклетву. — Исти је случај и у другом примеру, у коме челник пресуђује, да се поред тужиоца зајуну још четворица, који нису видели кад је оптужени украо коња, него су по свом личном уверењу имали да помогну или непомогну заклетву тужичеву. У оба примера заклетви помагача претходила је заклетва једне од странака.

Из до сад наведених, као и из свих осталих примера, који се налазе у старим споменицима, види се, да се ови сведоци: „стариници“, „старци жуљани“, „старци добри чло-

¹⁹ С. Јирека, Archiv 29 (1900) 193—194.

вци,²⁰ „стариници од жуле“, како се они обично зову, у питањима о међама, као и клетвеници, помагачи или добри људи, у кривичним споровима, зову поротници. Судаћи по свима сачуваним примерима несумњиво је, да су поротници и у Грађанском и у Кривичном Поступку били доказно средство, па стога држим да је и порота постојала само као доказна порота (Beweisjury), а не као пресудна порота или порота у данашњем смислу.

Ово је питање важно поглавито стога, што су у нас многи писци, међу којима се нарочито истиче Авакумовић, тврдили, да је у старом праву постојала права или пресудна порота. Авакумовић најпре у свом делу: „Енглеска, Француска и Сраска Порота“, а за тим нарочито у својој академској приступној беседи: „Стара сраска порота поређена с енглеском поротом“ констатује: „да су Срби у старо доба имали пороту у правом смислу те речи“...²⁰, па чак и савршенију од енглеске пороте. Ова своја тврђења Авакумовић није доказао, јер се из неколико наведених чланова Душановог Законика, који само помињу пороту, не може сматрати као утврђено и каква је порота постојала у старом праву, а поједине конкретне случајеве суђења, из којих се баш види каква је била порота, оставио је неупотребљене. Неоснованост његових тврђења долази још и отуда, што му при изрази расправе: „Стара сраска порота“ није било познато, како је у науци решено питање о постанку пороте, јер се служило само Biener-овим делом: Das englische Geschworenengericht 1852—1855, које је, истина, много допринело али које није ранило то тада спорно питање. Данас се сматра да је питање о постанку пороте решено професором Брунером. Да бих могао за сад у неколико поткрепити своју раније постављену хипотезу, по којој је у старом Сраском Праву постојала доказна порота а не порота у данашњем смислу, морам бар у неколико речи изнети резултате Брунеровог истраживања.

Брунер је најпре у свом делу: Inquisitionsrecht und Inquisitionsbeweis 1866 поставио као хипотезу, да се пресудна или данашња порота развила из доказне пороте (Beweisjury).

²⁰ Сраска Краљ. Академија, Глас XLIV 8.

Резултат његовог дугогодишњег испитивања по највећим европским библиотекама било је чувено дело: *Die Erstehebung der Schwurgerichte* 1872 године, којим је потпуно објаснио постанак пороте. По Брунеру постојбина данашњој пороти јесте Енглеска и то како великој или оптужној тако и малој или пресудној пороти, коју су само и усвојила европска континентална законодавства. По њему је мала или доказна порота дошла из Грађанског Поступка. У Грађанском Поступку по правилу је позивано 12 поротника, који су имали да сведоче о спорним фактима и правним односима; они су утврђивали доказ, били су, дакле, доказна порота. Из Грађанског била је ова доказна порота пренета и у Кривични Поступак. Из почетка је зависило од оптуженог, хоће ли се позвати на доказну пороту или не, али кад је 1219 год. укинут божји суд, онда је ова порота дошла на његово место као редовно доказно сретство. Поротници су били сведоци, који су суду сазиштавали чињенице, које су они сами раније сазнали, или су само по ранијем познавању оптуженог доносили свој суд и закључивали се. Из такве доказне пороте развила се постепено пресудна порота на тај начин, што су поротници све више губили својство сведока и постајали судије, пред које се износили докази, на основу којих су они судили. Тек 1530 године почели су се пред поротом износити докази, на основу којих су они доносили своју одлуку, и у будуће је била у снази и једна и друга порота, док најзад 1650 године није сасвим нестало доказне пороте, јер су поротници могли своју одлуку доносити само на основу доказне грађе, прикупљене за време извиђања, а не на основу њиховог личног сазнања. Тако су из сведока постепеним развињем постале судије.

Из оваког објашњења Брунеровог јасно се види, да је Енглеска колевка данашњој пороти, јер се она тек у XVI столећу развила из доказне пороте. Према томе, нетачно је кад се тврди, да је у Енглеској било пороте у данашњем смислу те речи још у XIII и XIV столећу. У то време је она имала доказну пороту, као што су је имали и остали народи, па и Срби. Ми смо раније видели, да су у нас и у Грађанском и у Кривичном Поступку поротници били доказно сретство. „Стариници,“ „старици добри чловаци“ били су сведоци, чији је

број обично износио 12, а помазачи у заклетви — поротници — у кривичним споровима били су људи, који су имали заклетвом да одлуче ствар по свом личном познавању оптуженог и саме ствари. Порота у старом Српском Праву, према томе, одговара доказној пороти у Енглеској, јер, као што се из раније поменутих примера види, пред поротнице није изношен доказни материјал, на основу којег би они одлучивали о виновности или невиности оптуженог, као што је то случај с данашњом поротом, нити су они о томе одлучивали. Они су само својом заклетвом поткрепљавали заклетву странке, а суд је на основу тога пресуђивао. Стога ја држим, да су Срби имали само доказну а не данашњу пресудну пороту. Душанов Законик, до душе, говори о пороти у неколико чланова, 151—154, али би било сувише смело само на основу неколико непотпуних законских наређења, без појединих конкретних случајева, из којих би се видела процедура при поротном суђењу, тврдити, да је то била права порота у данашњем смислу. Главне одредбе о пороти налазе се у чл. 151 и 154, од којих први гласи: „Повалева царство ми. От сада напреда да јест порота и за много и за мало. За велико дело да јест 24 поротници, а за мањи дуг — 12 поротник, а за мало дело — 6. И ти - зи поротници да несуд вољни никога умирити, разве оправити или окривити. И да јест исака порота у цркви, и поц у ризах да их закљне. И у пороте како се већи клну и кога већи оправе, ти - зи да су веровани.“ А други 154 члан гласи: „Који се поротници клну и оправе онога - зи по закону, и ако се, по то - зи оправе, подичије обрете истино у онога - зи оправчије кога - но је оправила порота — да узме царство ми на тих - зи поротницех по тисушту перпер, а веће по том да несуд ти - зи поротници веровани, ни да се кто од њих ни мужи ни жени.“ Из ова два члана се не види, да се пред поротницима извиђало и да се пред њих износили докази, што је битно обележје данашње пороте. Међутим, баш из тога, што се порота у цркви држала, може се извести, да пред њих није ни изношена доказна грађа, већ су се закључивали на основу онога што су раније сазнали о оптуженом. Па кад се из тих законских наређења не може позитивно тврдити, да је то била данашња порота,

а сачувани примери процедуре кажу, да су поротници били доказно средство, онда је, држим, оправдано моје мишљење, по коме је и у нас, као и у Енглеза, ово била доказна порота.

Народне судове и поротнике као доказно средство налазимо готово код свих народа, а не само у Енглеза. На кад то тако стоји, онда је сасвим оправдано поставити питање: откуд да се само у Енглеској из доказне пороте развије данашња порота а не и у других народа, па не и у Срба? Одговор на ово питање је сасвим прост. Раније је поменуто, да је Енглеска била једина земља, која је била поштеђена туђинског утицаја. У њој се право од свог почетка развијало без икаквог прекида, нити је у њој извршена рецесија туђинских права, нарочито канонског инквизиторског поступка, па су се стога и све установе домаћег права могле с временом све више развијати и усавршавати. То је био случај и с установом пороте. Међутим на континенту, као што знамо, прилике су биле сасвим другаче. Рецесијом Римског и Канонског Кривичног Поступка онемогућен је даљи развој домаћег права у Италији, Француској и Немачкој. На место старог оптужног дошао је инквизиторски поступак, који је помоћу цркве уведен, па су и сва доказна средства замењена доказима инквизиторског поступка. Нови поступак није допуштао развитак народних судова, из је на тај начин на континенту била угушена свака клица за доцнију праву пороту. У Србији је био исти резултат само на други начин постигнут. Доказна порота, која је била у овом веку у XIII, XIV и XV столећу и из које се касније имала развити данашња порота, била је уништена, па не утицајем туђинског права, које би имало доћи на место домаћег, него туђинском силом, која на место ње ништа ново није донела. Врло је вероватно, да би се и у Србији дошло до праве пороте, да је се домаће право могло и даље правилно развијати. Пропасть српске државе значила је престанак сваког правног развића.

Питање о пороти у старом Српском Праву не може бити овде предмет детаљнијег расправљања, јер би то изишло ван делокруга наше расправе. Онолико је било потребно стога, што смограма, да је стара порота била доказно средство.

2. Божји суд.

Божји суд је чисто формалистичко доказно средство, које се налази у поступцима свих народа у средњем веку. Доказна снага божјег суда састојала се у веровању, да је Бог увек на страни правде и да он неће допустити да невин страда, нити да се крив ослободи своје одговорности. Из српских наговора виде се јасно сви облици божјег суда, као и њихова употреба, само ипак нема детаљних одредаба из којих би се видело: у којим случајевима се имао употребити божји суд, од којих лица, за која кривична дела и т. д. Несумњиво је, да се божји суд и у Срба имао употребити у истим случајевима у којима се употребљавао и код других народа, т. ј. ово је доказно средство по правилу примењивано у недостатку других доказних средстава, а било је само неколико најтежих кривичних дела, за која је једино доказно средство био божји суд. Сем тога, бесправна лица, као и лица, која нису могла подлагати заклетву, била су упућена на ово доказно средство.

Појединачни облици божјег суда били су ови:

а) *Котла или мазуја.* Овај облик божјег суда састоји се у томе, што се у пун котла uzavреле воде мете комад усивана гвожђа или камен, а оптужени је имао да засуче рукаве и обема рукама да извади из котла оно гвожђе или камен. Ако се буде ожегло вадећи, то значи, да је потпуно доказано, да је он учинилац кривичног дела за које се оптужује. Не опече ли се, био је потпуни доказ за његову невиност. О употреби котла има доказа у многим старим споменицима. Тако се у Архангеловској Хрисовуљи на једном месту вели: „И кад се пре сами људије црковни, да им никто не суди разве игуман, а што се пре са ивими људеми за вражду, за земљу, за кон, за провод, да иду пред цара, а за оне судове да иду пред митрополита и пред игумана. И котла Архангеловем људем да нест са ивими жуцљани, разве међу собом а Архангелом.“²¹⁾ Ова наредба Архангеловске Хрисовуље јасно показује, да се божји суд помоћу котла није употребљавао само код световних већ и код црквених судова. У овоме лежи велика разлика између казнене власти српске и западне цр-

²¹⁾ Душанова Хрисовуља Манастира Св. Архангела, изда: П. Срећковић, Саван Цаша (1865) 62.

кве. Јер док западна црква, као што је раније речено, са ширењем своје судске надлежности, на првом месту потискује божји суд, као ирационално доказно средство, дотле српска црква допушта чак и његову примену. Положај цркве у Србији био је другачији; она је увек била потчињена световној власти, односно државном поглавару, и отуд њен олабији утицај на Кривични Поступак.

И Душанов Законик наређује употребу котла или мазије, што се види из чл. 84 и 106, од којих први гласи: „Судби да не за котал ни оправе никакве; кто се оправил, да не дава судијам оправе. Руке на суде да нест и ошданија и удаве гакмо да се суде по закону,²³ а данашњим језиком гласио би овај члан овако: „за онога ко је вадио мазију нема ни суда нити правдања више никаквога; онај који се оправда није дужан сносити судске трошкове. На суду нема ни ујемчавања, ни потварања, ни самовласног хватања за дуг, него се свак само суди по закону.²⁴“ Ово наређење законика показује, да је вађење мазије потпун доказ, јер се о његовом употребом дефинитивно свршава спор. Чл. 106, који такође говори о правдању котлом, гласи: „дворане властеоски, ако учини које зло кто от њих, кто буде прошијаревић, да га оправе очина дружина поротом; ако ли јест себар, да хити у котал.“ Овај члан већ јасно наређује, која лица имају да се правдају котлом, и ако је властеоски дворанин прошијаревић, онда ће се он моћи правдати другим доказним средствима, а себар, као лице, коме се на заклетву не може толико веровати, има да хвата у котло.

б) Правдање жезлом. Законик у чл. 150 тачно предвиђа у којим случајевима и на који начин се има да употреби овај облик божјег суда. Тај члан гласи: „И ако кто поште судом гусара или гата а не буде обличенија, да им јест оправданје жезло што је положило царство ми; да га узимају у вратех кривоних от огња и да га поставе на светој трапезе.“ Из овог наређења види се прво, да се правдање жезлом није могло употребити за сва кривична дела, већ само у случају разбојништва и крађе; друго, види се, да се овом средством прибе-

²³ Ст. Новаковић, Душанов Законик (1896) 106.

гавало тек онда, кад се кривица оптуженог ни на који други начин није могла доказати, што доказује, да је и у старом Српском Праву божји суд био субиндијерно доказно средство. И најазад се види, на који се начин вршило правдање жезлом. На овога члана се види, да се то вршило на тај начин, што би се пред вратима цркве усвијало жезло и оптужени га је имао лићи и метути на свету трапезу. Ако се не би опекао, био би потпун доказ за његову невиност, у противном ема трало би се да је божјим судом доказана његова кривица. — И ово кроз формалистичко доказно средство црква није могла сузбити, јер се по чл. 150 у цркви баш и вршило.

в) Судски двобој. Код овог доказног средства остављало се оружију да реши, ко има право, јер се веровало, као и код осталих облика божјег суда, да Бог неће допустити невином да подлегне. Докле је судбени двобој код свих народа на западу био у честој употреби као доказ, дотле у Српском Праву о њему нема непосредних података. Да је било двобоја изводи се из чл. 103 Законика, који забрањује његову даљу употребу. Тај члан гласи: „узданија да нест никоју ништа никакво; кто ли се поуда за што, да плати само-сеомо.“ Ова одредба је још предмет спора, јер нису сви сложили, да уздање значи судбени двобој. Докле Новаковић²⁵ тврди, да је уздање судбени двобој, које је назик и по истоветности речи на чешко *uzdání*, дотле А. Јовановић²⁶ мисли, да је уздање кривично дело самовлашће. Ако се узме да чл. 102 говори о судбеном двобоју, онда се из забране овог доказа види постепено потискивање божјег суда.

3. Свод.

Свод је био начин доказивања искључиво за кривична дела разбојништва и крађе и то кад је предмет крађе готово по правилу стока. Доказивање помоћу свода вршило се на овај начин. Кад ко своје украдено живинче нађе код неког и због тога га означи за учиниоца те крађе, то ако тај није извршио крађу, био је дужан казати од кога је живинче добио, и онда је на тога надала сумња. Овај је имао да означи

²⁵ Ст. Новаковић, Душанов Законик 206.

²⁶ А. Јовановић, Проводи за историју старог српског права (1890) 16.

од кога је добио, док се најзад не нађе лице које не зна казати откуд му живинче, и сматрало се, да је на тај начин његова кривица потпуно доказана. Доказивање помоћу свода у оваквим случајевима наређује и Законик у чл. 180 и 193. Чл. 180 гласи: „Аште кто што ухвати живино или крадено, лицем, или силом узето, есаки о том да да свод, аште кто буде купио зде љубо, или у земљи царства ми, или у икој земљи, вину да да о том свод; аште ли не да свода, да плаћа по закону.“ А члан 193 гласи: „И свод коњски и иви добитак, или кои годе, правда, што се гуси или украде, тому да да сводника, (или) да плати асико само — седмо...“ Употреба и значење свода види се тако исто и из једне повеље цара Душана од 1349 године, којом допушта Дубровчанима да могу слободно у његовој земљи трговати. Ту се вели, да трговац, који купи воља на тргу и плати царину за њ, нема да даје свода, кад му то потврди цариник, а ако то не учини цариник, онда је дужан да покаже од куда је купио, т. ј. дужан је да да свод.²⁶⁾

4. Обличеније.

Обличеније је хватање на делу. А под хватањем на делу разуме се по Душановом Законнику хватање кривца приликом самог извршења кривичног дела или над ко своју крадену ствар или животињу позна под крађивцем или разбојником. Тако ухваћена ствар или животиња имала се предати заједно с кривцем седу или жуни или каквом год старешини, који је морао кривца предати суду. Ухватити кривца на делу или маћи какву ствар код њега значило је: потпуно доказати његову кривицу. Стога се обличеније има сматрати као доказно средство. Законик говори о овом начину доказивања у чл. 149, који би се данашњим језиком могао казати овако: „Разбојник и крађивцац на делу ухваћен да се казне како је горе речено. Сматра се да је на делу ухваћено кад се штогод ухвати у њих, или их ухвати на самом разбојничтву или у крађи, или кад су предани жуни, или селима, или господарима, или властелину који је над њима као што је горе назначено. Сви

²⁶⁾ Monumenta Serbica 146.

ови разбојници и крађивци да се не помићују него да се ослезе и обесе.“²⁶⁾

5. Сведоци и исправае.

Сем до сад изложених, чисто формалистичких, доказних средстава, старо Српско Право знало је и за неке сасвим рационалне доказе, помоћу којих се долази до материјалне истине. Истина је, да су таква доказна средства ређа, јер о њима законик не доноси нарочите одредбе, као што је то учинио с осталим доказима, а и у другим изворима мало има помена о њима. Она су каснијег порекла и, како нам очувани примери кажу, употребљавана су у споровима с Дубровчанима и пред дубровачким судијама. То је знак, да је утицај на Српски Кривични Поступак долазио из приморја и вршен је на тај начин, што су се у међусобним споровима изабацивала стара и уносила нова доказна средства. Ти рационални докази били су: *сведоци* и *исправае*.

О сведоцима у правој смислу, т. ј. о лицима, која су саопштавала суду своја чулна онажања о важним чињеницама за решење конкретног кривично-правног спора Законик не говори ништа; тако се исто ни из осталих извора не види јасно, да ли је било правих сведока, сем што се то посредним путем може извести из једног места Дечанске Хрисовуље. То место гласи: „и ваки заклинају и запрештају, где љубо се пре људије надократови или пред краљем, или пред архијерејсконом, или пред епископом, или о духовном, или о прочих судех, никоје глобе да не узима краљ ни архијерејскоп, ни јенископ, ни печати, ни руке, ни послуха, ни олбоја, но все да је игуману, а епископу духовно.“²⁷⁾ *Послух* значи сведока и таксу за сведока.²⁸⁾ Па како се из овога наводи види, да је *послух*, т. ј. такса за сведока искључиво припадала игуману, те значи да су се сведоци употребљавали као доказно средство.

Из сачуваних примера суђења пред дубровачким судијама сасвим се јасно види употреба сведока. Навешћемо два

²⁶⁾ Ср. Новоскић, Душанов Законик 233.

²⁷⁾ Милојевић, Дечанско Хрисовуље 135.

²⁸⁾ Ср. Новоскић, Душанов Законик 167—168.

примера, од којих први представља овакав случај. Судије колоније дубровачке у Дривима јављају у Дубровник како су повели истрагу по тужби Јурија Брајановића против неке жене, што га је вређала и цовала 1442 године. У навештају веле, да су испитана четири сведока: Никола Ивановић, Радован Продалић, Вукац Кунца и Никола Брајуповић, који су својим сведоцима потврдили, да су чули кад је оптужена цовала Ј. Брајановића додајући, да је и овај њој одвраћао исте речи.²⁹⁾ — Други пример је тако исто из прве половине XV столећа. У мају 1426 године писао је Дубровчанин Милохња Радивчић и тужио је дубровачком суду Степка Муршића због тога, што је Милохњин момак побегао из његове куће и добегао Степку. Милохња је дошао пред кућу Степкову и рекао му: „Степо не право да ми момка држиш у куће своји, ја имам с њим разлог, пусти ми момка.“ Али га Степо на те речи поче цовати и бити тако, да му је разбио главу и пребио руку. Милохња се у својој тужби позива на два Дубровчанина као сведоке, који су видели све ово. Помиње се даље, да је суд, састављен из три Дубровчанина, имао да пресуди ову ствар у Принтани.³⁰⁾ — Оба су примера из XV столећа, дакле из времена кад је у Дубровнику био у снази рационални доказни систем. Други је случај пресуђен у Принтани и несумњиво је, да је се и пред српским судовима на овај начин утврђивала кривична одговорност оптужених.

Друго рационално доказно средство биле су исправе. Под исправом се у највише случајева разумевало владавачко писмо, којим је некоме нешто дато или наређено. Овако су долазиле и приватне исправе, међу којима се нарочито помињу тестаменти и писмена о депозитима. О царевом писму као доказу у споровима за међе и за земљу говори чл. 79 Законика, који би данашњим језиком овако гласило: „а што се села међу собом криве за међе и за земљу, да ништу судом светога краља од времена смрти његове. Ако би ко изнео даровно писмо царево и рекао „Дао ми је господин цар онако како

²⁹⁾ Споменик Српске Академије 11 (1892) 82.

³⁰⁾ Споменик Српске Академије 11 (1892) 76.

је мој друг пређе држао,³¹⁾ да се учини по царевом писму, кад га изнесе, и да га држи и даље, осим ако је црквено.“³¹⁾ Други један извор показује тако исто употребу писма као доказа у Кривичном Поступку. Ту се веди, да је 30 априла 1410 године писано из Дубровника војводи Вукосаву и Љубиши, да ће Рахца Боришића задржати у тамници, док год не да јемце: а што га правда обори писмом или сведоцима или шротом да тој оарати и алати.³²⁾

6. Признање.

И признање је служило као доказно средство у старом Српском Праву. Сасвим је природно да се прво гледало на то, има ли признања, и тек кад овога није било, приступало се осталим доказним средствима. Само се признање није узимало онако, као што је то случај у данашњем кривичном поступку. На име, суд није оцењивао његову истиност, него је сматрао да је кривица потпуно доказана, чим је оно учињено. Овакво схватање признања била је последица неразличковања Кривичног од Грађанског Поступка. Да је признање служило као доказ, показује овај пример. Требињски властелин Вукосав Кобиљачић писао је у марту 1413 године кнезу дубровачком због крађе, коју су његови људи учинили на земљишту дубровачком. Неком дубровачком сељаку, Прибоју Обрадовићу, биле су јуна 1412 покрадене неке ствари. У септембру исте године јавио је Прибоје дубровачком суду, да је пронашао ко му је украо ствари и да су то неки сељаци Вукосава Кобиљачића из Требиња. Дубровачки суд је интервенисао код Кобиљачића и 8 марта 1413 одговара овај, да је лопове похватио, да су они признали кривицу, и да су се назирали с Прибојем.³³⁾

Признање се од оптуженог није изнуђавало; зависило је од његове воље, хоће ли признати или не. Божији суд и остала доказна средства употребљавана су радије. Душанов Законик апсолутно не зна за тортуру. Код јужно-далматинских варошких права било је опет сасвим обратан. Она, услед ути-

³¹⁾ Ст. Новаковић, Душанов Законик 193.

³²⁾ М. Пучић, Споменик Србени I (1858) 100.

³³⁾ Споменик Срп. Академије 11 (1892) 83.

цаја из Италије, нису знала у ово време за божији суд, али су знала за тортуру као средство за добијање признања.²⁴⁾ Употреба тортуре у Дубровнику види се и из овог примера. У марту 1443 ишла је нека жена Будна са својом сусетком Марушом из Дубровника у Шумет. Уз пут нападну их пет људи и одузму Будни све ствари а Марушу повреду ножем. Власти су уватиле четири човека преко границе, који су могли бити разбојници. Жене су познале једнога и суд га је подвргао тортури, али он није признао. И остаду тројцу су мучили, но ни они нису признали.²⁵⁾

II. У обновљеној српској држави.

I. С губитком државне самосталности Срби су изгубили и своје законодавство, и то баш у времену кад је требало највише да се развија. Туреким завојевањем не само да је пресечено даље напреловање, него је уништено и оно, што је дотле било подигнуто. За све то време на место српског дошло је турско законодавство. Овај прекид у историји српског Кривичног Поступка био је толико дуг, да су се све старе правне установе морале и заборавити, а са обновљењем српске државе налазимо само у обичајима, у правној свести народа, сачуване поједине институције старог законодавства, које су преживеле дуго роштво и опет се појавиле у слободној Србији. Нарочито су века довазна средства била у народним обичајима сачувана, и врдела су као таква пред судовима и после ослобођења, али само још за кратко време, јер се погледи данашњег времена нису могли с њима помирити.

Ослободивши се од Турака, Србија је у многоме личила на старе примитивне народе. Почетком XIX столећа она је била земља без културе, без државног уређења, без разлике међу њеним држављанима, без икаквог законодавства, а о утицају цркве није могло бити ни речи. На ипак никако није ово значило, да је законодавство морало наставити онде, где је престало пре најезде турске, а још мање, да мора на овај начин почети развијање и кроз све оне фазе пролазити, кроз

²⁴⁾ С. Лисец, Архив 22 (1900) 169.

²⁵⁾ Споменик Српске Академије II (1892) 84.

које је морало проћи право свих народа, докле није дошло до онога степена, који налазимо почетком XIX столећа. Постепени развој био је немогућ прво стога, што Срби, живећи и под Турцима, нису били у тој мери одвојени од суседних народа, да им је било немогуће долазити с њима у додир, видети напредак на се на њега и изицавати. Напротив, долазили су они у додир, нарочито у XVIII столећу, са Србима у Аустрији, који су живели под сасвим другачијим приликама, те су по ослобођењу лакше и брже примали оно, што су код њих видели. Друго, постепено законодавно развијање било је апсолутно немогуће стога, што је између тадашње Србије и суседних народа постојала прво велика разлика, које код старих народа на овом пољу није било, те се у развијању морало нарочито убрзати, да би се и она могла уврстити у ред културних држава. Сем тога, утицај, који је долазио из Аустрије, био је неизбежан. Као год што су Срби прву своју културу добили с југа из Византије, тако су сад и просвету и законодавство добили из Аустрије, јер су и први учитељи и професори, као год и први писари у тадашњим судовима, били Срби из Аустрије. Овај се утицај најбоље огледа на Кривичном Поступку. Јер, док још није било нарочитих уредаба и правила о начину саслушавања оптуженог и сведока, ми још 1823 год. налазимо међу судским актима такве испите оптуженог, који потпуно одговарају правилима тадашњег Аустријског Кривичног Поступка.¹⁾ Кад се узме, да су судије били неписмени људи, онда је јасно да су праксу стварали писари. Сем тога, и доцније уредбе, укази, расписи и правила, која се тичу Кривичног Поступка, као што ће се даље видети, узета су из Аустријског Кривичног Поступка, а последица тога је то, да је данашњи законик о Кривичном Поступку такође скраћени превод аустријског.

Да су правни појмови у Срба одмах по ослобођењу били другачији од појмова старих народа види се већ и по томе, што се кривично дело по појмовима последњих сматрало као приватна ствар странака, због кога је повређени управљао свој захтев на накнаду, док се оно у обновљеној Србији по

¹⁾ Држ. Арх., Књиж. Канц. Народна Суда 1823 год.

правилу не сматра као приватна ствар странака, већ као ошита и јавна ствар, која се угрожава јавном казном. Најбољи доказ за ово даје нам казвени законик проте Матије Непадовића,²⁾ који је он 5 маја 1804 саставио у „14, 15, ли пунктова,³⁾ а скупштина одобрила, и којим се угрожавају јавном казном за тада најважнија кривична дела као: убиство, отмица девојака, крађа итд. Исто се види и из Карађорђевог казненог законика од 1807 године.⁴⁾

Али ипак у прво време, нарочито за време првог устанка, нису сва кривична дела и у свима случајевима угрожавана јавном казном, т.ј. није се још сасвим знало за јавну природу Кривичног Права. Ово је био случај код мањих кривичних дела, а поглавито код крађа, које су се понекад могле свршити и намирењем или новчаном накнадом, као што се то и, пр. јасно види из Протокола Шабачког Магистрата под бр. 836 од 11 јула 1811 године, који гласи: „Подмири се Максим Осећанин из Богатића са Љубом из Дубља што је украо троје вегови свиња. Тако ми пресудисмо: да Максим поврати троје свиња што је украо.⁵⁾ Ово донекле доказује, да се Кривични Поступак у прво време кретао у формама Грађанског Поступка и да се код ових кривичних дела извиђање започинвало на захтев странака. Ово ће потврдити и нека доказна средства, која се налазе у Кривичном, а место им је међутим само у Грађанском Поступку.

Сасвим је природно, што је у прво време по ослобођењу било лутања, јер Србија тада није имала ниједног писаног закона, нити људи, који би могли ове написати и примењивати. Према томе, проте Матија морао је бити први законодавац, и он лепо прича у својим „Мемоарима“ како је тај законодавни посао свршио. Он на једном месту вели: „Сад у скупштини кажемо, да ми сваки на своју страну, с војском одлазимо, нахија остаје без старешине и суда, а народу који код кућа остаје требаће суда, за то нека скупштина избере два поштена човека да их у Кличевцу немачком шапцу више

²⁾ Књажевна Задруга: Мемоари проте Матије Непадовића, књ. 9, с. 89.

³⁾ Подунавка за 1844 год. с. 9, 10, 15, 18 и 19 без прили 13 §§ а.

⁴⁾ Гласник Срп. Ученог Друштва II-га одеа. Протокол Шабачког Магистрата (1808) 209. Тако исто бр. 123, 131, 161, 161 итд.

Вађева оставимо. Скупштина кивиче: „Ви старешине наберите и именујте да видимо које ви знате. Ми представимо Петра Читака, из Мупшића з Грбовића кнежине и Јована Рабаса из села Рабаса. Ова скупштина одобри да су они поштени и прави кметови и да им се да власт да буду и судије. Сад ја пред народом прочитам оне пунктове, које сам из кормиче преписао како су стари цареви судили, бегенишу ли они и хоћемо ли овако. Они сваки пункт један по један слушају и повичу: тако, тако нек нам се суди, да нема глобе ни хатара. Предамо те пунктове Читаку и два пандура, да иду у Кличевац да начине колебе и тамо да седе и суде, што не могу расудити, да нама на Врачар у догор шаљу.“⁶⁾ Као год што су у прво време код свих народа, кад још није било писаних закона, кривично правосуђе вршиле судије народом биране, тако је исто, као што се види, морало бити и у Србији после ослобођења.

Овакви народни судови били су наскоро замењени другим правим судовима. Тако већ 1805 године установљен је *Совет*, који је вршио и судску власт, а 1807 свака нахија добила је свој прави суд, који се звао *Магистрат*,⁷⁾ састављен из три судије, који су такође били праву невестити људи из народа. Из таквих судија био је састављен и *Народни* или *Велики Суд* од 11 јануара 1811 године, коме су се сладе све жалбе противу пресуда магистрата. — После другог устанка понова су установљени судови, и још 1815 уговором с Марашки-Али пашом утарђено је, да се у Београду установи *народна канцеларија* састављена из 12 кнезова као суд за веће кривиче. Судску власт имали су и кнежински и нахијски кнезови, а од 1820 почели су се у свакој нахији установљавати магистрати. Над свима магистратима стајао је *Народни Суд*, установљен 1825 године у Крагујевцу.⁸⁾ Оваква организација судова трајала је све до 11 новембра 1836 године.

Ни за време првога ни после другог устанка није било уређеног Кривичног Поступка. До установљења Народниог Суда

⁵⁾ Српска Књаж. Задруга: Мемоари проте Матије књ. 9 стр. 88—89.

⁶⁾ Ст. Максимовић, Суђење у Књажевнин Србаји пре писаних закона (1898) VII.

⁷⁾ Ст. Максимовић, Суђење у Књажев. Србији XIII—XIV.

1825 није било чак никаквих ни уредаба, ни правила, ни расписа, по којима би судови извиђали и судили. Све су то они вршили по здравом разуму и по савести. Тек од 1825 почеле су се издавати поједине уредбе и правила, која су у главним потезима упућивала судове како треба да суде. Тако прву уредбу о суђењу у магистратима издао је Народни Суд 6 јуна 1825 год. бр. 568 с одобрењем кнеза Милоша.⁸⁾ Цео овај поступак био је изложен у 14 тачака. Другу уредбу о поступку при извиђању и суђењу издао је кнез Милош 7 јуна 1827 године.⁹⁾ Трећу уредбу од 1 јануара 1828 издао је кнез Милош у договору с Народним Судом, која се састојала из 26 §§-а и представља поступак, по коме имају да суде кметови, нахиски кнезови и магистрати.¹⁰⁾ И четврту уредбу од 3 марта 1829 такође је издао кнез Милош, којом се потврђују раније уредбе.¹¹⁾

Ове четири уредбе са по неколико чланова, које су са оваком организацијом судова биле у снази до 1836 године, биле су тако недовољне, да се о Кривичном Поступку још не може говорити. Начин извиђања и суђења још је зависио у главnome од нахођења судија, који су били ненисмени. Стога у ово време и нема велике разлике између Грађанског и Кривичног Поступка, јер, као што ћемо даље видети, у Кривичном Поступку налазимо нека доказна средства, којима је место само у Грађанском Поступку. Последица ове неуређености била још и то, да су судови поред судске вршили и административну и управну власт. Тако магистрати су у извесним случајевима престављали војну власт и наређивали војводама да се крену с војском или да чувају границу¹²⁾. Они су вршили и полицијску власт, прописивали таксе по којима се имају продавати разне ствари, водили надзор над чистоћом, наређивали да се гоне хајдуци.¹³⁾ Ово се нарочито види и из

⁸⁾ Ст. Макошиновић, Суђења у кнежевини Србији XIV—XVI.

⁹⁾ Право за 1885 год. 19.

¹⁰⁾ Право за 1885 год. 328—331.

¹¹⁾ Право за 1885 год. 114 и даље.

¹²⁾ Гласник Срп. Учен. Друштва II одељ. Протокол Шабачког Магистрата №61, 62, 64.

¹³⁾ Гласник Срп. Учен. Друштва II одељ. Протокол Шабачког Магистрата №38, 316.

једне наредбе Народног Суда од 14 марта 1829 године, којом се наређује магистрату шабачком да изда лиценданто под аренду шабачки ђумрук, кантар и касалницу и да се то не преда док магистрат о томе не извести Суд Народни а овај кнеза.¹⁴⁾ Магистрати су имали чак и право помиловања, што се лепо види из једне пресуде шабачког магистрата од 20 јануара 1811 године бр. 708, по којој је неки Мића Трифуновић био осуђен на смрт због убиства, „по будући да има ситну децу, тако суд смилува се, и с договором бл. г. Луке Лазаревића команданта шабачке нахије, живот му опрашта.“

Сем судова казнену судску власт вршио је како Караџорђе тако и кнез Милош. Из многобројних случајева Караџорђевог Деловодног Протокола види се, да је он био врховни судија, који је судио све теже случајеве. Тражио је од магистрата, да се њему пошљу поједини кривци на суђење; наређивао да се неко ухвати и њему доведе; осуђивао на све врсте казни, а тако исто давао и помиловања. У истој мери је и кнез Милош вршио судску власт. У уредби, коју је у споразуму с Народним Судом 1825 године издао магистратима, у т. 6 вели он: „важна дјела, и која се магистрату реченом сумнителна покажу, с писмом својим нама на размотреније да представља, и од нас решеније и пресуђење на она да очекује.“ У оскудици уредаба он је за поједине случајеве издавао наредбе како треба магистрати да суде, а у исто време водио је и надзор над њима и старао се да у судовима седе честити људи. Ово се лепо види из једног писма од 1 јуна 1823 писаног војводи Јеврему, у коме му наређује, да у суду ваљевском буде кнез Јовица Милутиновић и још један кнез из носавске кнежевине и „кнезови тога суда да буду честити и поштени и у судским делима колико толико вешти;“ даље, да им закаже, како треба да се владају „и по сонаци расправе суде“ пећ у судници.¹⁵⁾ Други један случај показује то исто. Имајући у виду непоретке, који су се дешавали у Народном Суду, кнез Милош је 19 децембра 1828 наредио томе суду, да се испитивање и суђење чини само у канцеларији

¹⁴⁾ Држ. Арх. кнеж. ланд. Народни Суд 1829 год.

¹⁵⁾ Држ. Арх. кнеж. ланд.

„а не по пољу или диванији или у ошаклији или у собама у којима чланови судејски пребивају.“¹⁴⁹⁾

Од 1836 до 10 априла 1865 год. када је донет законик о Кривичном Поступку, кривично поступање се вршило по уредбама, решењима, указима, правилима, расписима, наредбама и т. д., којих је било све више и више, пошто је потреба времена изискивала уређен поступак. Уредбом од 11 новембра 1836 измењено је дотадање устројство судова и по тој уредби судску власт су вршиле среске старешине, исправничества и Совет као суд највишег степена (Збор. 30 с. 134 до 149). Указом од 28 септембра 1837 исправничества су понова добила име магистрат (Збор. 30 с. 213); а указом од 28 септембра 1837 установљен је Велики Суд као средњи између магистрата и Совета, јер су ова два недовољна, „а к тачному и удобному одправлењу судпроизводства потребна су три степена судејска.“ (Збор. 30 с. 214). Овакве устројство судова било је у снази до Устава од 1839, који је предвиђао: примирителне судове, окружне судове и Апелациони Суд. Јануара 26 године 1840 издато је устројство окружних судова, којим је у 69 чланова прописан поступак при извињању и суђењу како у кривичним тако и у грађанским делима (Збор. I 182—195). Од истога дана је и устројство Апелационог или Великог Суда, као суда другог степена, у 21 чл. (Збор. I 196 до 200). Уредбом од 9 септембра 1846 установљен је Врховни Суд као суд трећег и последњег степена (Збор. III 132), али је ипак кнез задржавао за себе у извесним случајевима касациону власт. Тек устројством Врховног или Касационог Суда од 28 децембра 1855 дефинитивно је кнежева судска власт пренета на Касациони Суд (Збор. VIII 104).

Али ове, као и друга, овде иснаведене, уредбе, које се тичу поступка, нису могле обухватити целокупан Кривични Поступак, те су судови у оскудици законских наређења још увек морали поступати по обичајима, здравом разуму и савести својој. Тако правила о поступању од 22 фебруара 1844 у т. 2 изречно веле: „у случају пак, гди нити би било законских правила нити постављенија надлежног Попечитељства,

¹⁴⁹⁾ Држ. Арх. хвост. кавц. Народни Суд 1828 год.

треба да се држе постојећи и набуђавани обичаја и да слушају глас савести и здравога разума.“ (Збор. II 297). Ово исто потарђује и решење од 21 јуна 1852 год. (Збор. VI 127).

II. Као год што су за извињање и суђење у кривичним делима биле меродавне уредбе, укази, решења, расписи и т. д., тако су исто оне биле меродавне и за доказна средства, која се имају употребити у поједином случају. Само је ових уредба, које говоре о доказима, било мало, те је савест и здрава намет судије имала увек да поцуни ту празнину. До 1842 год. у Кривичном Поступку није било никаквог доказног система, законски уређеног, којег се судија имао придржавати, јер ниједна уредба, ни решење, ни распис, ни указ није говорило нарочито о доказима, а ако је у којој уредби што и речено, то је било само узгред и посве недовољно. Према овоме, до 1842 од судије је зависило, које ће доказно средство у ком случају употребити, за тим у ком облику ће га употребити, и најзад потпуно је био слободан у оцени доказне силе појединих доказних средстава. Употребљавана су и таква доказна средства, која су живела у народним обичајима, а нека су од њих, као заклетва, свод и јемство, била чисто формалистичке природе, јер су у свести народној била остала још из старог законодавства. Можемо рећи да је у овом периоду владала теорија слободног судијског уверења, пошто никакв закон није наређивао ни забрањивао судији да нешто и противу своје савести узме за доказано или недоказано.

Али овакав доказни систем, без икаквих законских правила и остављен саврним личном нахођењу судије, није могао остати дуго. Ово је могло трајати само докле је и поступање било примитивно, а чим се осетила потреба за уређеним поступањем, морала су се у првом реду донети и нека правила о доказу. То је учињено расписом попечитељства правосудија од 11 фебруара 1842 АМ 364,¹⁵⁰⁾ који представља прва доказна правила. Тај распис предвиђа као доказна средства: признање, сведочење сведока, исправе и саставни доказ. Судови су се искључиво ових доказа морали придр-

¹⁵⁰⁾ Борбе Петровић, Речник закона, уредба, уредбених прописа (1856) 419—426.

жавати, као što се то види на распису Апелационог Суда од 16 септембра 1844 № 1278,¹⁸⁾ којим се судовима забрањује употреба сваког другог доказног средства. Доказна правила, која садрже овај распис, узета су из аустријског казненог законика од 3 септембра 1803, чији је доказни систем после пренет и у законик о Кривичном Поступку од 1853, а одатле у наш законик од 1865 године. Према томе, доказана правила од 1842 носе исти карактер, који имају докази у данашњем Кривичном Поступку, т. ј. представљају теорију законских принудних доказа, јер та правила, као што ће се даље видети, не остављају ништа лично уверењу судије, већ се њима прописује када ће судија моћи узети да је помоћу њих дао потпуни доказ. Са 1842 годином настаје, дакле, нов период у доказном систему, у ком се губи лично уверење судије. И овде, као и код свих других институција, утицај је дошао из Аустрије. Само су ова доказна правила била непотпуна и, нарочито за судије, неразумљива, јер она ништа друго нису била до збијени, у неколико тачака направљени, извод из многобројних наређења аустријског законика, која говоре о доказу. Стога су она доцнијим уредбама мењана и објашњавана, докле најзад Министарство Правде другим расписом од 26 марта 1863 Бр. 1401 није издало нова доказана правила, која у себи садрже све оно, што и правила од 1842, само много разумљивије и потпуније. Правила од 1863 нису извод, него потпуни превод XI главе аустријског Кривичног Поступка од 1853, која говори о доказима.

Какав је доказани систем био од ослобођења па до доказних правила од 1863 најбоље ће се видети, ако се изнесу сва доказна средства, која су зато време употребљавана. Али како доказна правила од 1842, као што смо видели, деле цело ово време на два различна периода, то је, ради бољег прегледа, потребно најпре изнети доказна средства у првом, затим доказна средства у другом периоду, т. ј. у периоду који је дошао после расписа од 1842 године.

А. Доказна средства првог периода, од 1804 до 1842, била су ова:

¹⁸⁾ Борђе Петровић, Речник закона, уредба и т. д.

1. Заклетва.

Од формалистичких доказних средстава старог Српског Кривичног Поступка заклетва се најчешће употребљавала као доказ и после ослобођења од 1804 године. Њоме се могао прибавити потпуни доказ о виности или невиности оптуженог, па се, према томе, овај на основу ње осуђивао или ослобођавао. Заклетву је по правилу полагао оптужени, после које му је тужилац веровао. Ово потврђује један случај од 16 децембра 1811, који гласи: „Дошао суду Григорије Андрејевић из Ковиљаче и Вулета из Трбушца, зворничке нахије, и прејавише Симу Николића из Ковиљаче, да је исти Сима два вола украо од горенаменуте двојице. Но Сима закле се. И тако по суду и његовој заклетви осталоше оба вола Симе Николића.“¹⁹⁾ Често пута се спор свршавао само изјавом оптуженог да хоће да се закуне, и ако му је тужилац поверовао, онда се заклетва није ни полагала.

Која ће се од странака заклетви решавао је споразум, али ако се до споразума између њих није могло доћи поглавито због тога, што су обадве странке хтеле да се закуне, то је тај спор решавао суд и то коцком. Ко је извукао коцку, тај се и закључао, што потврђује и једна пресуда шабачког магистрата од 7 јула 1808, која гласи: „Стојадин Јелић из Мачве тужи за кобилу да је украо Лука Гавриловић из Бањевине зворничке нахије. Тако код суда обадвојица хтели заклетву примити, тако бацисмо коцку, и паде коцка Луки Гавр. и њему дадосмо.“²⁰⁾ — Ако је у ком случају било нише оптужених, па би они били у блиском сродству и живели у једној кући, то је обично један, и то старешина куће, полагао заклетву, да нико од њих није учинио дело за које се оптужују. Доказ за ово налази се у једној пресуди пожаревачког магистрата од 25 јануара 1839 бр. 165, која гласи: „... За то је магистрат по овом, и кад се је Јован сам својевољно заклетви хтео, да нико из куће његове Станину тепсију украо није, Јовану дозволио, те се заклео, да ни он ни други ко из куће његове Станину тепсију украо

¹⁹⁾ Гласник II од. Протокол шабач. магистрата № 875; тако исто № 83, 141, 165, 173, 195, 288, 274 и т. д.

²⁰⁾ Гласник II од. Протокол шабач. магистр. № 277; исто и № 278.

није и с тим су обе стране отпштене,²¹⁾ а оптужен је био, Јован и његов син Илија. — Заклетва је полагана у суду или приликом или манастиру пред старешином и братијом манастирском а у присуству неколико грађана.²²⁾

Нерационалност заклетве као доказа у Кривичном Поступку унијала се у ово време све више и више. Најбољи доказ за то јесте, што се заклетва у свима случајевима могла употребити на последњем месту, т. ј. у оскудници сваког другог поузданијег доказа. Кад се виност оптуженог није могла доказати ни признањем, ни сведоштва сведока ни којим другим бољим доказом, тек се онда допуштала заклетва као доказно средство. Ово јасно потврђују пресуде из доцнијих година, кад се све више почела унијати непрактичност употребе заклетве. Тако Народни Суд у свом извештају везу Милошу од 25 маја 1825 наводи, како је Петрија удова пок. Сине Алексића из Медвеђе осумњичила Даницу супругу Јована Здравковића ондашњег да јој је она украла накит, јер је она (Даница) видела, где је накит био остављен. У даљем извештају вели Народни Суд, да јој „из самог овог подозрења“ и „без сведоштва икаквог“ није могао учинити „довлетвореније“, већ јој одговорио, да или Даницу закуне или да чека док се другим доказима не пронађе кривац.²³⁾ Ово се још боље види из пресуде пожаревачког магистрата од 5 јула 1843 бр. 182, у којој се вели: „...но будући да оптужени при чињеном над њиме чрез пребивајући 14-дневни апс последованију никако није признао, да је наведену поару учинио, са изговором да су чаране и пређа његова, као што о томе и примирителни суд седа Лопушника, с писменим извештајем својим од 20 јунија т. г. бранећи га као невиног посведочава: а тужитељ никакви други доказатељства с чим би тужбу своју противу оптуженог подкрепио, сведоке набавити и поднети није могао. — то суд овај у данашњем заседанију своје рјешава: да се оптужени почем по прописној форми заклетву како ову поару учинио није положио, без

²¹⁾ Ст. Максимовић, Суђења у кнж. Србија 123. бр. 340.

²²⁾ А. Јовановић, Правосудије из историје старог српског права 35.

²³⁾ Држ. Арх. Кнж. Канц. Народни Суд 1825 година.

сваке даље казни слободан кући својој отпштети, и да га тужитељ у име тога више узнемиравати не може.“²⁴⁾

Најзад, ово питање о доказној важности заклетве и њеној употреби решено је и законским путем и то чл. 48 устројства окружних судова од 26 јануара 1840, који гласи: „заклетву као светињу ваља уважавати; и зато да се само у крајњој нужди и у недостатку или недостаточности остали доказатељства заклетва употреби.“ (збор. I. 191).

Овакво ограничење заклетве било је знак њеног скорог потпуног увидања. То је прећутно и учињено доказним правилима од 1842, у којима се о заклетви као доказу не говори. Али су судови, свакојако не разумевајући ту прећутну забрану, и даље поред осталих доказа употребљавали и заклетву као што се види из раније наведене пресуде пожаревачког магистрата од 5 јула 1843, те је Апелациони Суд био принуђен и нарочито да забрани употребу заклетве рачисном својим од 16 септембра 1844 бр. 1278, који гласи: „да суд у напредак при ислеђивању кривичног предмета нишито не усуди се, надлежном кривцу то питање постављати: да ли он ово или оно обстојатељство са заклетвом може потврдити, или пак са истом невиност своју оправдати, а још мање да му допусти, да он (кривац) тога ради поману заклетву и положи; но да на против кривичне предмете по пропису свога Устројенија и начину какав је до јаво и то без заклетве уобичајен био, ислеђује, оставивши кривцу међутим прилику, да он потворено на њега преступленије или злочинство, другим, на послугу њему стојећим средствима, опровргава, и тако невиност своју, ако му је могуће, оправда, имајући у том случају, док се криминални поступак не изврши, прописани Попечитељством Правосудија под 11 фебруара 1842 год. АЖ 364 правила придржавати се.“²⁵⁾

2. Свод.

И свод је једно од доказних средстава старог Српског Права, које налазимо у примени и у обновљеној српској држави. Задржао је исти значај и употребљавао се на исти

²⁴⁾ Ст. Максимовић, Суђења у кнж. Србија 169 бр. 309.

²⁵⁾ Борђе Петровић, Речник закона, уредаба ... 310.

начин и код istih кривичних дела, као и у старом праву. Сви случајеви показују, да се свод употребљавао као доказ само код кривичних дела крађе стоке, што јасно доказују ови примери: „Писато писмо магистрату крагујевачком за коња, кога је Раванло из Драче познао у Ресави у некога Јанка — да призову калуђера Максу и јоште кметова из Драче, ако освелоче да је Раванлов коњ, да уапсе Јанка, и он нека каже, од кога је кунио, и да пошаљу за онога, од кога је Јанко кунио; кад они дође, онда да пуште Јанка, а они пак да каже, ко је њему дао: тако редом док се нађе, ко је из кошаре украо.“²⁶⁾ Исто потврђује и једна пресуда шабачког магистрата од 1 маја 1811 бр. 791, која гласи: „Дошао к суду Јован Мијатовић из Бањовинаца, и познао свог коња у Нинка Буљукбаше из Јаловика, кога му нестало пре 6 година и судом повратио. Но истог коња показа Јован Станић, да је кунио од Николе Стојића из Дробњака, а Никола кунио из Толисавца од Трифуна, а Трифун кунио од Стевана Турчића из Петловаче, а Стеван са друштвом својим украо од Јована Мијатовића. Тако ми пресудисмо: да се коњ Јовану Мијатовићу поврати, а ови како су један од другог куповали, да новце поврате, и Јовану Станићу 58 гроша, што је за коња дао, да исплате.“²⁷⁾

* Већ по томе само, што је свод био доказно средство само за једно кривично дело, био је у много мањој употреби од заклетве. Сем тога, свод је, као доказ и код крађе стоке, све више ишчезавао тако, да га у доцнијим пресудама врло ретко или готово никако не налазимо. Ниједна уредба о њему не говори, из чега се може извести, да га је нестало пре но што је његова употреба, онако исто као и употреба заклетве, прећутно забрањена доказним правилима од 1842, која свод и не помињу.

3. Јемство.

Јемство је служило као доказ о невиности оптуженог. Кад се кривична одговорност његова није могла утврдити ни

²⁶⁾ Кара-Ђорђево деловодно протокол 17 № 637.

²⁷⁾ Гласник II од. Протокол шабачког магистрата 197 № 971; исто и № 375, 450, 792 и др.

једним поузданим доказом, као признањем или сведочењима сведока, а сумња је још увек остајала на њему, то је он у том случају своју невиност потпуно доказивао јемством других људи, да он није извршио кривично дело за које се оптужује. Јемство су по правилу давали кметови онога села одакле је оптужени, и тврдили су, да је оптужени, како га они познају, честит човек и да није извршио кривично дело за које се оптужује. Употребу јемства као доказа јасно показују два случаја из Карађорђевог деловодног протокола, које ћемо навести. Први је од 15 марта 1813 № 1290 и гласи: „Писато кнезу Вићентију Петровићу, да пошаље Саву из Иванче безаконога под тврдом стражом, који је убио воденичара у истому селу, да га пошаље овамо у Топољу, и да попише имена кметова, који су се подјемчили, да Максим топџија није био у овоме делу са Савом, и да јави где је био у оно време, када је воденичар погинуо, ако се кметови не подјемче и њега да пошаље.“ Други је случај од 26 јуна 1813 год. № 1658: „Писато војводи Милошу Обреновићу, како су дошла сва четири кмета, која је он послао по препоруки нашој, и ми смо их послали у Совет да се подјемче за она три апсеника, који се доле у апсу находе, и после да се одуште.“

Сем јемства кметова могло је бити још јемства један за другог. То се вршило на тај начин, што су се сељани села састајали с кметовима на једном месту и ту је сваки за себе имао да нађе јемца да он није учинилац дела, које је предмет истраге, а овај, за кога не би нико од његових сељана хтео јамчити, сматра се за учиниоца дела. Овај начин јемства види се из овога случаја шабачког магистрата од 15 фебруара 1811 године: „Дошао к суду Павле Чаркашић из Прњавора и тужи се да му је украдена женска каница и подбрадњак и на њима 59 гроша и 18 пара. И он жали на Ангелију Ђер Јевте тераије из Прњавора. Тако ми смо признали кметове и сељаке, и како смо најбоље знали испитивали. Но они ова један за другог појемчаше се развије за кћер Јевте тераије Ангелију. Но отац Ангелинин Јевте за своју кћер закле се „формално“.²⁸⁾

²⁸⁾ Гласник II од. Протокол Шабач. Магистрата 174 № 716; тако исто № 325, 234, 486 и др.

Јемци, па били они кметови или не, показито су морали на своје исказе и заклетву полагати, само поред свега тога они нису били сведоци у правом смислу те речи, јер они ниоу саопштавали суду своја чулна опажања о извесним чињеницама, него су на основу личног познавања оптуженог и његовог дотадањег живота тврдили, да он није извршио дотично кривично дело.

Ово доказно средство било је у примени све докле нису била донета доказна правила, па чак и после њих има примера о ослобођењу оптужених на основу јемства кметова, као што показује пресуда пожаревачког магистрата од 30 марта 1894 бр. 213.²⁹⁾ Ово је знак, да се јемство радо употребљавало за доказ невиности оптуженог у времену док је поступак био законски неуређен и док је од суда зависило која ће доказна средства употребљавати. После доказних правила од 1842, а нарочито после расписа Апелационг Суда од 16 септембра 1844, његова примена као доказа била је у многоме умањена и сведена само на случај крађе, као што то наређује уредба о кажењу крадљивца и допова од 22 маја 1845 године, чија т. 2 гласи: „Гди овај, на кога је сумња пала, доповици не призна, а не покажу се против њега таква доказатељства, да би га по истима и без његовог признања суд могао осудити, у том случају да се оптужени не пушта у слободу, по тек на јемство добрих и честитих сажитеља његови, и са знањем надлежне полициске власти.“ (Збор. III 48). Значи, да у свима другим случајевима оптуженом није више било потребно јемство за доказ невиности, ако би противу њега постојала само сумња да је извршио кривично дело за које се оптужује.

4. Признање.

Признање је сматрано као најпоузданије и најбоље доказно средство, којим се може утврдити кривична одговорност оптуженог. Да је одиста тако, најбољи је доказ то, што су се сви остали докази, а нарочито заклетва, свод и јемство, могли употребити тек у оскудици признања. Има пуно доказа, да у овом периоду суду није било свеједно, хоће ли

²⁹⁾ Ст. Максимовић, Суђења у кнежев. Србији 167 бр. 307.

оптужени признати или не, него је баш на против гледао на првом месту да дође до признања, па је тек у оскудици овога приступано осталима.

Раније је речено, да овај период нема уређеног доказног система, нити су за доказна средства, која су се већ употребљавала, постојала нарочита законска правила. То је важило и за признање. Да би признање могло послужити као доказ морало је бити истинито, а истинитост његову оцењивао је суд не по каквим унапред утврђеним правилима, већ по слободном личном нахођењу. Према томе, признањем се добијала материјална а не формална истина. Како су судови испитивали истинитост признања, види се из причања Ј. Вучића у његовом „Путешествију по Србији,“ где он на једном месту вели, кад оптужени призна кривично дело за које се оптужује, „то он опет после три дана изведе се на суд и преко секретара јавно, у присуству целог суда, пита се приознаје ли он свој грех или не приознаје, да није ли се он пређе три дана при познанију његовог греха што год уплашио, забунуо или у какво замешателство совести и намети дошао.“³⁰⁾ — Сем овога, за важност признања тражило се, да је учињено слободно, а не да је оно резултат мучења или претње. Ово потврђују многе забране тортуре; тако наредбом Великог Народног Суда од 18 маја 1828 бр. 252 упућени су магистрати „да кривце и подозрељне људе не принуђавају батинама и мучењем, да кривицу своју признају, но точним и појединим сверху оних испитом и речима, дужни су онакове доводе доводити, док кривицу своју не признаду. А који са оваким својим испитивањем кривицу своју не призна, а подозрељан буде, о оваком суду народњем известје да пошаље, и од њега за такав случај наставленије да очекује.“³¹⁾ Уредба кнеза Милоша од 3 марта 1829, којом се прописује поступак и надлежност судова, у т. 23 наређује: „подозрељног човека, коме би се без довољно доказатељства каква кривица приписивала, и он признао ју неби, боем и мучењима да не принуђавају да показано на њега дело призна, но точним и по-

³⁰⁾ С. К. Задруга: Ј. Вучића, Путешествије по Србији II 194.

³¹⁾ А. Јовановић, Правосудје 19.

рјадочним испитима и рјечима дужни су онаквог доде доводити, да би ако је крив, кривицу признао...³²⁾; а чл. 15 устројства окружних судова од 26 јануара 1840 наређује: „окривљеника, кои се под испитом налази, на признаније злочинства или преступленија бием нагонити или на муке метати Судовима забрањује се.“ (Зборн. I 185). Све ово јасно доказује, да је признање требало да буде истинито, па да може послужити као доказ.

Има доказа, да је за време првог устанка употребљавано мучење ради добијања признања, јер се у Карађорђевог деловодном протоколу вели, да је 7 јуна 1812 „писато господару Вујици Вулићевићу за Богдана из Крњева, који је харао и разбијао стасине, да га на муке удари док све не каже шта је зла починио, и који је јоште шнине, и кад све не каже, да оправи у Совет с описаним делом шта је починио, и Совет како му пресуди каштигу, онет да га врати натраг, на оном месту да се каштигује, де (је) које зло учинио“.³³⁾ Али после 1815 год. судови баш и кад су налазили да треба да употребе мучење, нису то смели сами чинити, што доказује једно писмо Народнoг Суда кнезу Милошу од 30 новембра 1823 год. у коме му се саопштава да неки злочинци не признају све што су покрали, па се онда вели: „они лепим начином неће ништа више да покажу, но ако заповедате да их бојем принудимо да ако су јошт што узели покажу“.³⁴⁾

О испиту оптуженог сачињавао је увек протоко, који је он потписивао ако је био писмен, у противном остајао је без потписа. Ови су протоколи по својој форми у главном онакви исти као што су и данашњи. Још 1823 године има таквих протокола за које се не би могло рећи, да их није данас радио који вештија и следник. Тако је н. пр. сасвим потпуно и врло брижљиво израђен протоко саслушања оптуженог Стевана Богојевића, писара пожаревачког магистрата, због неких писам, од 20 марта 1826 № 251, који с леве стране садржи тачно исписана питања а с десне одговоре на питања тако, да се ис-

³²⁾ Право за 1885, 114.

³³⁾ Кара-Ђорђево Деловодни Протокол 16 № 658.

³⁴⁾ Држ. Арх., Кнежев. Канц. Народни Суд 1823 год.

пит свршава питањем које се данас поставља окривљеном, а то је: „има ли још што у своју одбрану да наведе“.³⁵⁾ Све су ово радили писари магистрата, који су били Срби из Војводине; а из велике сличности између ондашњег и данашњег испитивања јасно се види њихов утицај на форме Српског Кривичног Поступка, који је долазио из Аустрије, јер су они ове испите вршили по свима формама тадашњег Аустријског Крив. Поступка. Из свега до сад реченог излази, да се на добијање признања много полагало, да је оно било најбоље доказано средство и да се њиме тежило материјалној истини.

5. Сведоци.

После признања по вредности одмах долазе сведоци сведока. Сви извори потврђују, да су у употреби били прави сведоци у данашњем смислу те речи, и чим се од оптуженог није могло добити признање, одмах се гледало да се сведоцима утврди виност или невиност његова. Никакве разлике нема у схватању сведоцима сведока између ондашњег и данашњег Кривичног Поступка; и онда, као год и сад, ишло се на то, да се сведоцима пронађе права материјална истина. Ово потврђују чак и поједине судске одлуке из првих година обновљене Србије, као што је н. пр. ова одлука: „писато магистрату крагујевачком за Милоја Ђорђевића из Лужнице, који је дете силовао, да је Совет одговорио, да се пошље девојче и исти злочинац у Београд и сведоци да се суоче“.³⁶⁾ Да би се дошло до праве истине, вршено је и суочење између оптуженог и сведока још 1812 из које је овај пример, а испити сведока из доцнијег времена готово се ни у колико не разликују од данашњих онако исто, као што смо то казали и за испит оптуженог. Испити сведока стављани су написмено и то или је суд сам записивао у главном садржај сведоцима или је прављен формални протоко саслушања, што је по правилу зависило од важности сведоцима. Тако је н. пр. испит сведока очевида Мијаила Кремановића из Гриваца, није крагујевачке, по кривци Пеше Н. онд. због убиства, вршен у народном Суду 24 септембра 1825 год. онако исто као што то данас иследне

³⁵⁾ Држ. Арх. Кнежев. Канц. Народни Суд 1823 и 1826 год.

³⁶⁾ Кара-Ђорђево Деловодни Протокол 45 № 835.

власти чине; протоко садржи питања и одговоре а и извршено суочење³⁷⁾

О сведоци сведока, као и о осталим доказним средствима, није било нарочитих законских правила, којих се судија имао придржавати. Ко ће се употребити као сведок, како ће се саслушати и колико ће његова сведоштво имати доказне снаге, све је то зависило од нахођења судије који суди. Зна се, да су као сведоци саслушавани и они, који се налазе под истрагом. Тако је неки Сава Спасојевић, који је био под истрагом и у притвору због Јатаковања, саслушан као сведок по кривници Јеремонаха Серафима због крађе манастирских ована, и Сава је на испиту изјавио, да га је калуђер, који се до њега налазио у притвору, молио, да му окине резу а он ће му добро платити.³⁸⁾ Колико је ова сведоштва имала доказне вредности, зависило је од слободне оцене суда.

О сведоцима се говори вешто тек у устројству окружних судова од 26 јануара 1840 и то у чл. 47 који гласи: „ако би која страна позвала се на сведоке, то се и друга страна преслушати мора, да ли нема какви наративија против парактера и квалитета исти сведока, и да ли и она нема какви вопроса, о којима би се преслушати сведоци имали“ (Зборн. I 191). Према овоме, странке су имале право искључења сведока или право тарђења да се сведоку не може поклонити вера због његовог рђавог владања, блиских родбинских веза о противном странком, због непријатељства и т. д., што се све могло подвести под овај члан.

Поменуто је, да се сведоштва која је имала послужити као доказ, имала ставити написмено. Најзад сведок, ради потпуне вредности његове сведоштва, био је дужан своју сведоштуру да потврди и заклетвом. Заклетва је полагана или у суду или у цркви пред свештеником и једним чланом суда и то пре саслушања. Ово се види из једне пресуде пожаревачког магистрата од 8 априла 1841 бр. 107. Неки Живко Николић из Добриње буде оптужен због увреде кнеза, и три сведока потврде да је он одиста изговорио увредљиве речи; у пресуди се вели: „суд је овај дао спроводително с предни-

³⁷⁾ Држ. Архив., Киевск. Канц. Народни Суд 1735 год.

³⁸⁾ Држ. Архив., Киевск. Канц. Народни Суд 1823 год.

санијем својим 7 т. м. априлија преко надлежног овдашње вароши г. пароха и протопресвитера сва три именована у наведеном сведоштанству лица у цркви овдашњој формално у присуству једног свог члана, да се на сва ова питања, која ће им суд предложити по правди по души својој закону...“ и суд је своју пресуду, којом је опт. Живко осуђен, довео „по уваженију формалне заклетве трију предименованих сведока с којима је ипак речени Живко суочен...“³⁹⁾

6. Исправе.

Као доказно средство служиле су и исправе. Услед слабо развијене писмености, исправе су се ређе појављивале као доказ, па их за то ниједна уредба до 1842 год. и не помиње, али се из појединих сачуваних примера види њихова употреба као доказа. Тако, из пресуде, којом је неки Срећко Пауновић из Душња 21 октобра 1823 осуђен за убиство Милије Маринковића онд., види се, да је исправа била доказ, јер се у разлозима пресуде вели: „он (Срећко) на испиту изговара се, да је у шали ништаљ на Милију потресао, и некако се случајно ништаљ окинуо и онога потресио; но то веровати се не може, ибо по гласу вишеречени господара Јевремови писамма, ништаљ овај Срећков с којим је Милију убио ни с долне ни с горне ноге оборити се не може, докле с горне или с долне ноге мало једним претом не позатекете, и с другим притиснув обарачу не обори“.⁴⁰⁾ Цела пресуда је, као што се види, заснована на овом писму као исправи, која је у исто време представљала и увиђај и вештачење. — Сем тога, кад се узме у обзир, да су се саслушања оптуженог, сведока, као и остале важније радње, стављале написмено, онда је несумњиво, да су ти протоколи, као јавне исправе, морале имати доказну снагу. Устројство окружних судова од 26 јануара 1840 у чл. 46 предвиђа „писмена доказатељства“ (Зборн. I 191) за грађанске спорове, али је према томе изнесено, да су се она могла употребити и у кривично-правним споровима. — Пошто никаквих наређења о исправама није било, то је њихова доказна снага зависила од слободне оцене суда.

³⁹⁾ Ст. Максимовић, Суђења у кнежевини Србији 143.

⁴⁰⁾ Држ. Архив., Киевск. Канц. Народни Суд 1823 год.

Из досадашњег излагања јасно се види, да је доказни систем у првом периоду Кривичног Поступка био противан доказном систему старог Српског Права. Јер, док су доказна средства старог права била формалистичке природе, помоћу којих се долазило само до формалне истине, дотле сви кривично-правни спорови у обновљеној Србији показују, да се доказима нишло на то, да се пред суд изнесе сва грађа, из које би овај могао добити материјалну истину, те су стога у првом реду употребљавана рационална доказна средства. У старом праву формализам је правило, међутим у новој Србији он је изузетак, јер тек пошто се до истине није могло доћи ниједним рационалним доказом, допуштала се, и то до изузетку, употреба формалистичких доказа, као што је заклетва свод и јемство.

Б. Други период у доказном праву почиње 11 фебруаром 1842 год., када је министарство правосудија својим расписом издало судовима правила о законској сили доказа. Доказни систем, који представљају ова правила, битно се разликује од доказног система првог периода. Јер, док је судији у првом периоду било остављено све, т. ј. док је од њега зависило која ће доказна средства употребити, и у ком облику и колику ће им доказну снагу дати, дотле доказна правила од 1842, као и доцније уредбе и расписи, одузимају све из руку судије, и не само да му прописују којим доказним средствима сме да се послужи и у ком облику, него тачно одређују и доказну снагу појединим доказима као и услове, које мора да испуни, па да се узме да је дат потпуни доказ. Једном речи, ова доказна правила представљају теорију законских принудних доказа.

Раније је речено, да су ова правила узета из аустријског казненог законика од 1803. у коме је била заступљена теорија законских принудних доказа с многим институцијама инквизиторског поступка. Утицај аустријског законодавства био је неизбежан због суседства и поглавито због људи, који су отуд долазили и у Србији били први правници.

У поменутом распису министарства правосудија говори се о овим доказима:

1. *О признању.* Признање може послужити као потпуни доказ ако испуни услове прописане у првих шест тачака овога расписа, а које потпуно одговарају §-у 225 крив. пост. Тачка 7 овог расписа одговара §-у 226, а т. 8 §-у 227 кр. п. Тачка 5 под IV, где се говори о саставном доказу, одговара §-у 228 кр. п. Пошто су наређења овога расписа о признању истоветна по садржају с одредбама данашњег законика о кривичном поступку, то о њима овде нећемо ни говорити.

Мада т. 7 овога расписа одузима сваку доказну снагу признању, које је добијено мучењем, ипак има случајева, у којима је мучење било законски допуштено средство за добијање признања. Тако уредбом „о казњењу крадљиваца и лопова“ од 22 маја 1845 допушта се мучење оптуженог, који неће благим начином да призна, јер т. 1 те уредбе гласи: „бит“ ће се и строгим апсом и држањем само о лебу и води, на признање притегнут...“ (Зборн. III 48). Циркулар од 12 јула 1845 бр. 2625 у т. 12 прописује казне за лаж оптуженог, „ако би очевидно лагао на испиту и испит отегођавао,“ и то у т. под а) постом, а у т. под б) стегом или квргама, т. ј. „кад се по решенију суда за извесно време, н. пр. 12, 24, или 48 сати у накрет окује тако, да му десна рука за леву ногу доле до стопале, или лева рука за десну ногу причета буде, без ког између једне руке и једне ноге растављења.“⁴¹⁾ Казнителни закон за поаре и крађе од 26 маја 1847 такође у тач. 6 допушта бој за онога, „који оно, што очевидно знати мора, неће да покаже,“ као и за онога који лаже (Зборн. IV 29). Све ово и показује, како је признање издвојено од осталих доказа, како се схватало као и у инквизиторском поступку, да се само на основу њега може доћи до истине, и, према томе, да треба употребити све мере, само да се до њега дође. Ово се види и из циркулара од 24 јануара 1846 бр. 199 у вези с циркуларом од 3 децембра 1845 бр. 5174, којим су суду, као доуни уредби од 22 маја 1845, прописана правила, од којих т. 3. наређује, да се у испитивању „највећа обазривост и вештина употреби, како ће оптужени довести се на то, да призна оно, или открије одчасти, што буде крив“.....⁴²⁾

⁴¹⁾ *Б. Петровић, Речник закона, уредба, и т. д.* 212.

⁴²⁾ *Б. Петровић, Речник закона, уредба, и т. д.* 218.

Тек уредбом од 10 маја 1858 забрањено је мучење као и остале казне за лаж стога, што изнуђено признање, баш и кад се добије, не може бити довољан доказ за осуду (Зборн. XI 83).

2. *О сведоцима сведока.* На другом месту говори овај распис „о казивању сведока“, и као год код признања тако и овде прописује „својства“, која треба да има сведоци па да послуни као доказ. Та својства избројана су у 7 тачака под II и с т. 13-ом потпуно одговарају §-у 229 кр. п. с том разликом, што је сведок по овом распису морао заклетву положити пре испита. Тачка 8 одговара §-у 230 но само без т. 4. овога §-а. А под III овај распис говори „о сведочанству друштва, или соучасника у злочинству“, и та наређења у овему одговарају §-у 231 кр. п. с том само разликом, што по распису није довољно да учасници само приликом испита код суда у очи кажу ономе кога терете „него јошт и онда на ново потврде, пошто им се казнителна пресуда обзанила; зато ји треба после обзаниења пресуде поновително питати, остају ли при ономе, што су окривљеноме већ у очи потврдили? и ако су на смрт осуђени могу ли по чистој совести и самом смрћу својом то исто потврдити?“

Циркулар од 24 јануара 1846 бр. 199 у т. 3 наређује, „да испите над окривљенима и сведоцима не чине сами писари, но членови са такoвима“...⁴³⁾, а циркулар од 6 јула 1844 бр. 2356 у т. 6. прописује, да се испит сведока увек остави написмено, да се с окривљеним суочи и да положи заклетву на свој исказ.⁴⁴⁾ Да се не би могао испит сведока мењати, кад се састоји из више табана, циркуларом Апелационог Суда од 4 новембра 1843 бр. 1015 препоручено је судовима, да такав испит увек јамствеником прошију, а ради веће сигурности и да га „печатом судејским потврде“.⁴⁵⁾ О општој грађанској дужности сведочења није било ни једне уредбе, ни расписа, ни решења, те су се стога дешавали случајеви, да сведок неће да сведочи а судови га нису могли принудити. Тек се решењем од 24 октобра 1850 сведочење сматра грађанском дужности, јер се по том решењу сведок, који неће

⁴³⁾ *В. Петровић*, Речник закона, уредаба и т. д. 118.

⁴⁴⁾ *В. Петровић*, Речник закона, уредаба и т. д. 281.

⁴⁵⁾ *В. Петровић*, Речник закона, уредаба и т. д. 288.

да сведочи, има принудити затвором од 1—3 дана или новчаном казном од 2—6 талира (Зборн. V 294—295).

3. *О исправама.* Поменути распис говори о исправама у истом одељку у коме говори о сведоцима сведока и то у т. 8 под г) и у т. 10, које одговарају §-у 234 кр. п. То су једина наређења, која се тичу исправа.

4. *О вештачком мишљењу* говори распис у т. 11 под II, дакле опет у истом одељку у коме је реч и о сведоцима. У овом наређењу само се помињу вештаци, и оно одговара у неколико §-у 224 кр. п.; и

5. *О саставном доказу* или како се у распису под IV каже „о саставу окривљеника за убеђење окривљеника“.

Све што је у распису речено о саставном доказу представља један врло рђаво направљени извод из свих одредаба аустријског законика, које говоре о основима подозрења и о саставном доказу. У распису се вели, да се кривична одговорност оптуженог може доказати саставом више основа подозрења, али само тако, ако буду испуњени услови, који се прописују у прве две тачке, а које одговарају §-у 236 т. 2 под а) и в) кр. п. Одмах после овога говори се о томе, како се може добити саставни доказ код убиства и телесних повреда, а како код свих других кривичних дела, набрајајући и основне подозрења, који могу послужити за образовање саставног доказа и у једном и у другом случају. — Све је ово изложено без икаква реда и нејасно чак и за доброг правника, а камо ли за ондашње често и неписмене судије. Јер, кад се узме на ум, да се нигде на другом месту није говорило искључиво о основима подозрења и о томе какви они треба да буду, што судија безусловно мора знати пре него што почне образовати саставни доказ, него се на једном месту у кратко о свему томе говори, ту онда само може бити више штете по користи од саставног доказа, као што је у осталом и било.

III. Доказна правила, прописана расписом од 1842, остала су у снази све до 1863, поред свих њихових рђавих страна и несавршености. Само због немогуће правилне примене ових правила, тадашњи министар правде Р. Лешјанин, и поред тога што се већ у велико радило на пројекту законика о кривич-

ном поступку, би решен да их замени бољим и разумљивијим. Стога је он спремно нова доказна правила и, актом од 14 марта 1863 бр. 1361, упутио их Држ. Савету на одобрење. Из тога се акта најбоље види, шта је изазвало промену доказних правила, те ћемо га навести у целини. Министар правде вели: „подписани Министар правде предлаже под данашњим № 1340 да се допуне и измене неки параграфи у казнителном законнику односно паљевина, разбојништва, крађа и поара. Но да би се постигла цель, која се жели овим предлогом, да се овим злочинствима, која су јако умножена, стане на пут, нужно је, да се проишну у исто време и правила, како ће се она исдељивати, нарочито правила о доказима, јер је управо важније питање о кривичним делима, да ли је које дело доказано, или не, него ли после пошто се проглашен за доказано, определити казну по закону.

За сада скоро цео поступак судски у кривичним предметима, садржи се у распису Министарства Правде; који је издан 1842 год. 11 фебруара А№ 364. Но овај распис тако је недостаточан, да је управо основан глас, што се чује из народа, да људи ватају зликовце и предају суду, а овај је отпушта; при свем том, што се судовима у овоме нема шта пребацити, јер су они обвезани, да се овог расписа придржавају.

Пројект криминалног поступка, који је Државни Совет дао потписаноме на примедбе вратиће се скоро Савету, заједно с примедбама; но како ће он, по својој величини морати дуже време да остане на разматрању, а и заслужује, да се озбиљно и свестрано о њему размисли тако је потписани сочинио правила о доказима и законској сили доказа у злочинствима и преступљенима, која ће важити докле поступак судски у казнителним делима неизиђе, и која под . — у прилогу печатана подносим Државном Савету на разматрање и одобрење, с том примедбом, да су ова правила скоро сва узета из горе наведеног пројекта поступка судског у казнителним делима, — молећи Државни Совет, да овај предлог што пре одобрити изводи.⁴⁵⁾

⁴⁵⁾ Држ. Арх. Држ. Совет, за 1863 год.

На ово је Државни Совет решењем својим од 16 марта 1863 бр. 186 овластиво министра правде да распис од 1842 замени „другим, цели сходним“⁴⁷⁾ док законик не изиђе, и министар правде на основу тог овлашћења истог дана изда судовима распис, који је у себи садржао нова доказна правила. — Овај распис садржи 36 §-а у три одељка. У првом одељку (§ § 1—10) говори се о обвинењу, у другом (§ § 11—30) о сили доказа, и у трећем (§ § 31—36) о пресуђењу (Зборн. XVI 160 до 183.) У првом одељку изложени су основи подобрења, и та наређења одговарају прописима главе X данашњег законика о кр. п., а тек у другом одељку се говори о доказима. Како је пројект законика о кр. п. рађен по аустријском Кривичном Поступку од 1853, а доказна правила од 1863, као што вели министар правде, узета су из пројекта законика о кр. п., то и правила од 1863 не само да долазе из аустријског поступка од 1853 него су превод његове XI главе, која говори о доказима. Према томе, докле је распис од 1842 био рђаво начињен извод из оних одредаба аустријског поступка од 1803, које су говориле о доказу, докле је распис од 1863 потпуно превод XI главе аустријског поступка од 1853 год.

Ова доказна правила почивају на теорији законских принудних доказа, што се види из § 11 који гласи: „суд ће моћи само оно за истинито држати, што је потпуно доказано. За то ће судија имати сваки принешени доказ онако оценити, као што је овде прописано.“ Сем тога, ово се види још и отуда, што § 14 прописује, којим се доказним средствима може да добије потпуни доказ, а остала наређења тачно одређују услове и претпоставке, које треба да буду испуњене, па да једно од доказних средстава послужи као потпуни доказ. Али при свем том судији нису потпуно везане руке, јер ова правила, онако исто као и аустријски законик од 1853, почивају на *негативној доказној теорији* по којој судија, баш и кад су испуњени сви услови, који се траже за потпуни доказ, не мора оптуженога осудити, ако није и сам лично уверен о његовој кривичној одговорности; дакле, питање о виности или невиности оптуженог донекле зависи од личног убеђења судије. Све ово јасно доказује § 12, који је превод §-а 260 аустр. кр. п., а нарочито

⁴⁷⁾ Држ. Арх. Држ. Совет, за 1863 год.

његов други став: „по томе суд, баш да постоје поједини закони докази против оптуженог, опет неће моћи оптуженог као кривца осудити, ако он внимателно расудивши о свима обстоятелствима, није довољно убеђен о кривци обвиненога, него му још каква основана сумња остаје; али суду није никако дозвољено у смотрењу важности доказа само нека предпостављења чинити, те из овога вредност доказа побијати, или и оно обстоятелство за обарајуће сматрати, које по себи ништа не важи, много мање пак мимо садржаја акта нека предпостављења изводити.“

§ 6.

Доказна теорија у данашњем законнику о кривичном поступку.

I. Да би се могло тачно знати која је од доказних теорија заступљена у закону о кривичном поступку од 10 априла 1865, потребно је укратко изнети историју његова постанка, у колико се то може знати по актима сачуваним у Државној Архиви; ово још и стога, што нам његова историја до сад скоро ни мало није била позната.

Има знакова по којима се може мислити да су још 1829 год. чинени покушаји за израдом законика о кр. п. Такав се један покушај види из једног акта кнеза Милоша од 30 маја 1829, којим шаље Вуку у Земун једну књигу Наполеонових закона, „да преведе из ње криминал судопроизводства“.¹) Не зна се шта је с овим било, али је извесно да је све остало само у покушају, јер први озбиљнији рад на кодификацији налазимо тек 1857, што значи, да га раније није ни било.

У 1856 год. радила је комисија на пројекту казненог законика, и на њену представку Савет маја 1856 усмено реши, да се напоред изради и законик о кривичном поступку, па да се уједаред оба поднесу кнезу на потпис. Тај посао буде поверен Јеврему Грујићу, другом секретару Савета. Грујић се претходно обрати и Савету и комисији за израду казненог законика с извесним питањима односно основе на

¹) Држ. Арх. Кнез. Канц. 1829 год.

којој треба радити кривични поступак. Већ под 1 јуном 1857 бр. 1594, Грујић извештава Савет, да је „израдио пројект законика казнителног поступка“, који садржи увод, у коме су опишта „расположења“ и „две чести“, од којих прва говори о поступању „у смотрењу злочина и кривични преступљења“, а друга о поступању „полицайни преступљења“. Цео пројект има осим увода 21 главу и 596 параграфа.²) У овоме пројекту била је заступљена теорија слободног судијског уверења, јер је судија по свој савести и убеђењу, које добије из поднетих доказа, имао да доноси одлуку о виности или невиности оптуженог, а не по каквим унапред тачно одређеним правилима.

Шта је с овим пројектом даље било, нисам, и поред најбрижљивијег тражења, могао сазнати, што свакојак значај, да се с њим застало, а продужио рад на изради казненог законика. Политичке промене од 1858 учиниле су, да се пројект од 1857 остави у архиву тако, да каснијим пројектима није послужило ни за основу.

Тек 1860, кад је пројект казненог законика био дефинитивно свршен, отпочео је изнова рад на пројекту кривичног поступка. По налогу кнеза Милоша од 5 јануара 1860 нов пројект израдио је Јован Филиповић, члан Касацкиног Суда, а прегледала га изрочита комисија у коју су били ушли: Андреја Стамепковић, саветник, Јеврем Грујић, помоћник попечитељства правосудија, Рајко Лешјанин, главни секретар Савета и Алекса Ромаповић, секретар Касацкиног Суда.³) Овај пројект је израђен врло брзо, јер је жеља кнеза Милоша била, да се одмах после казненог законика, која је 29 марта 1860 стао на снагу, донесе и законик о кривичном поступку. Маја месеца пројект је био готов и представничество књажевско актом од 5 маја 1860 бр. 1265⁴) по заповести кнеза Милоша пошаље израђени пројект Савету с молбом, да се прегледање истог убрза. Савет је 13 маја исте године прегледао пројект и нашао, да треба образовати комисију, која ће га озбиљније прегледати. У ту комисију ушли су од стране Савета: Данило Стефановић, члан Савета, као пред-

²) Држ. Арх. Држ. Савет за 1857 год.

³) П. Савић, Теорија судских доказа 71 прим. 1.

⁴) Држ. Арх. Држ. Савет за 1860 год.

седник, и Папа Јовановић први секретар Савета; од стране министарства правде ушли су: Ђорђе Д. Ценић, председник Апелационог Суда за кривична дела и Савз Шилић, потпредседник Апелационог Суда за грађанска дела; од стране министарства унутрашњих дела Јован Димитријевић, начелник округа београдског и Радивој Милојковић, столоничелник као деловођа.

Докле је Државни Савет, бирајући нарочиту комисију, мислио лагано и темељно проучавати поднети пројект, докле је кнез Милош ипак престао журити и тражити, да законик што пре буде потврђен, на макар и на брзу руку био прегледан. То се јасно види из његове преписке с Државним Саветом, која је и карактеристична и интересантна. Тако он већ 22 маја 1860 бр. 1029⁵⁾ пише овакав акт Савету: „Од неколико дана већ налази се пред Саветом пројект кривичног поступка. Ја желим, да закон овај што скорје на свет изиђе, и зато препоручујем Савету, да ми пројект исти из одобрење непремено поднесе, пре него се ва пут крвем, а мислим у име Бога поћи за Бању Алексиначку у идућу среду⁶⁾. На овај кнежев акт Савет је актом својим од 24 маја 1860⁷⁾ одговорио, да му је немогуће да у остављеном року изврши прегледање, јер је нашао у пројекту „у суштествености неке нецелесходности и према нашим околностима нека сасвим непрактична расположења“, те је стога потребно да га комисија прегледа, и чим она буде готова поднесе се кнезу. — Овакав се одговор кнезу Милошу није дошао, те стога 9 јуна 1860 бр. 1156⁸⁾ пошље из Бање Савету овакав телеграм: „Препоручујем Савету да с места закључење своје учини сврх пројекта кривичног поступка, и да ми га сутра одмах штафетом овамо пошље“. Сутрадан одмах Савет, разуме се телеграфски одговори кнезу у истом смислу као што је учинио раније поменути акт од 24 маја с напоменом, да ће све силе напрегнути да комисија што пре готова буде. Овакав одговор кнез Милош је схватио као непослушност и истог дана, када је примио поменути телеграм од Савета, дакле 10 јуна 1860, пошље

⁵⁾ Држ. Арх. Држ. Савет за 1860 год.

⁶⁾ Држ. Арх. Држ. Савет за 1860 год.

⁷⁾ Држ. Арх. Држ. Савет за 1860 год.

телеграфски следећу наредбу Савету, под ор. 1179⁹⁾: „Ја видим да није вајде Савету ништа говорити ни препоручивати. Он је научно да месеце и године пропушта док један пројект одобри. С тога препоручујем му, да ми сутра одма по татарину пројект поступка кривичног пошље. Ја ћу један боље и пре исти прегледати и свршити него Савет са толико чланова своја“.

После овакве наредбе Савет је престао одговарати, него одмах сутрадан 11 јуна 1860 актом бр. 1179 пошље кнезу пројект с неким незнатним изменама учињеним у самом тексту. Кнез Милош је одјеста за неколико дана био готов с прегледањем, јер је заступник кнежевског представничества, пошестељ иностраних дела, С. Протаћ, актом од 18 јуна 1860 бр. 1639,¹⁰⁾ а по наредби кнеза Милоша, послао Савету пројект с примедбама с тим да Савет „изволи одма овај пројект по назначеним примедбама његове светлости поправити и начепатан у виду закона његовој светлости часире на поднес поднети“. Савет је, према овоме, 19 јуна писао инспекторату правитељствујућне типографије, да одмах оштампа 100 примерака оригинала, а 3000 примерака „конија пројекта кривичног поступка“. — Наскором смрт кнеза Милоша обуставила је овај убрзани рад, који је требао за кратко време бити свршен.

Ово је био други пројект, који је с малим изменама остао онакав исти, како га је израдио Јован Филиповић, а рађен је по угледу на аустријски поступак од 1853 год. Ово је управо скраћени превод аустријског поступка и само се тако може разумети да је од 5 јануара до маја месеца био пројект готов и од комисије прегледан. Поправљени и штампани пројект садржи у себи уводна правила и две части. У првој части се говори „о поступању при злочинствима и преступљенима“, а у другој „о испуљенима“; прео пројект међутим има 292 параграфа. О доказима се говори у глави XI, а у §§-има 180—201, која је превод главе XI аустријског поступка од 1853 год. Према томе и пројект, као год и аустријски законик, усвојио је теорију законских принудних доказа и то *негативну*, што се види из §-а 182, нарочито његовог другог

⁹⁾ Држ. Арх. Држ. Савет за 1860 год.

¹⁰⁾ Држ. Арх. Држ. Савет за 1860 год.

одељка, који је потпун превод §-а 260 аустријског поступка. Овај § 182 гласи овако исто, као што гласи § 12 доказних правила од 1863 год. који је раније наведен, и из кога се јасно позиваје негативна теорија.

По ступању кнеза Михаила на владу, правитељство је „искључило да се тај пројект, који је у први ма доста на брзу руку рађен, наново прегледа“, како то вели тадашњи министар правде Ђ. Д. Ценић у свом акту од 19 октобра 1861 бр. 7380 упућеном Савету.¹⁰⁾ Но још крајем 1868 год., пошто је штампање било обустављено, министарство је општањаних 100 примерака послало судовима на примедбе. Прераду пројекта од 1860 год. извршио је Ђ. Д. Ценић као министар правде. Он у овом поменутом акту, шаљући прерађени пројект Савету на разматрање, вели, да је министарство поставило за основ стари пројект од 1860 а „сврх истога само примеченија правила, којима је печатани пројект или попуњавало или измењивало“. Веће поправке међутим чињене су на засебном акту, који садржи редом измењене и нове параграфе. И у поправљеном пројекту све одредбе о доказима остале су недириране. Ово је једини акт, који укратко у себи садржи мотиве за такав пројект. Ценић и сам у том акту признаје, да начела, заступљена у пројекту, нису савремена, и да се са гледишта науке не даду никако бранити, али да је с обзиром на наше прилике морао прибећи већ науцитеним начелима усвајајући опет мешовити систем, по коме главни прегрес одговара новим начелима. — Наскоро за овим место Ценића дође за министра правде Р. Лешјанин, и Савет, почетком 1862 године, пошаље новом министру све оно што је добио од Ценића, т. ј. стари пројект и примедбе учињене на њ с тим да и нови министар учини своје примедбе, па онда све то да врати Савету на разматрање.¹¹⁾

Министар правде задржи овај рад код себе до 1865 год., а у том међувремену, 1863 год., издавши да не може скоро бити готов с примедбама, изда само доказна правила, о којима је било говора у прошлом параграфу. Овде понављам, да је министар доказна правила од 1863 год. узео из про-

¹⁰⁾ Држ. Арх. Држ. Савет 1861 год.

¹¹⁾ Држ. Арх. Држ. Савет 1863 год.

јекта законика од 1860 и 1861 године, и да она у себи, а имено у § 12, садрже негативну доказну теорију. Министар правде није био учинио, шта је мислио Савет шаљући му стари пројект с примедбама, већ је изradio нов пројект. У свом акту од 8 фебруара 1865 год. којим је послао свој пројект, вели: „како се овај пројект састојао тако рећи из два комада т. ј. старог печатаног пројекта и примедби учињених на исти; то да не би ја правнио и примедбе на печатани пројект и опет примедбе на већ учињене примедбе, што би чинило велики посао и забуноу, ја сам нашао за сходније, да према истима и мом налажењу издам нов пројект“...¹²⁾ Овај по реду трећи пројект у многоме је потпунији од ранијих, а о доказима се у њему говори у §§ 222—241. Све ове одредбе о доказима у овом пројекту остале су онакве исте какве су нарочито биле у пројекту од 1860., а и у доказним правилима од 1863 с неким незнатним разликама, које су долазиле поглавито услед рђавог превођења, и једном врло знатном изменом, која ствара грдно различу између овог и ранијег пројекта као и доказних правила од 1863 год. Та измена налази се у §-у 223 пројекта од 1865, јер се ова одредба битно разликује од §-а 182 пројекта од 1860 и §-а 12 доказних правила од 1863, из којих је и узета, као што се разликује и од крајњег свог изворника §-а 260 аустријског крив. поступка. — Државни Савет, пошто је примио пројект министров, актом од 9 фебруара 1865 бр. 111, одреди комисију у коју су ушли: Д. Приобарад, Ф. Христић, Ђ. Д. Ценић, и Д. Матић, ради прегледа поменутог пројекта. Комисија је по свршеном послу поднела свој извештај с примедбама под бр. 176 из кога се не виде мотиви зашто су поједине одредбе мењане, већ се свуда у њему само вели: „споразумели смо се“ или „нашли смо за сходно, да се тај § напише овако“ или „да тај одељак гласи овако“ и т. д.¹³⁾ Ниједна примедба комисијска није се односила на одредбе о доказима, те је цела та глава остала каква је у пројекту. Све примедбе буду усвојене од Државног Савета и, због изабаци-

¹²⁾ Држ. Арх. Држ. Савет 1865 год.

¹³⁾ Држ. Арх. Држ. Савет 1865 год.

вања неких параграфата, у дефинитивном пројекту о доказима се говори у §§ 220—239. Одредба §-а 223 остала је и од стране комисије недирнута, и у прерађеном пројекту то је постао § 221. Тај пројект 10 априла 1865 стао је на снагу као законик.

II. Према свему што је речено о постанку законика о кривичном поступку, а нарочито о историјском развоју оне главе законика, која говори о доказима, није тешко одговорити на питање, коју је доказну теорију усвојио законик? О доказима се говори у законнику у XVII глави а у §§ 220—239, и већ само по томе, што су све ове одредбе узете из XI главе аустријског кривичног поступка од 1853 год., несумњиво је да и наш као год и аустријски законик почива на теорији законских принудних доказа. Ово се јасно види отуда, што се законодавац није задовољио само набрајањем доказних средстава у § 222, него је ма у којој одредби казано да ће судија имати какву чињеницу узети за доказану само на основу његовог слободног уверења, добивеног из оцене доказних средстава, већ на против, поставља низ законских правила у §§ 223—239, по којима суд има да оцењује доказну снагу појединих доказних средстава. У тим доказним правилима законодавац је поставио услове, које треба да испуне доказна средства, на да их судија може узети за потпуни доказ без обзира на своје уверење. Ово се у осталом јасно види и из првог одељка §-а 220 који гласи: „суд ће само оно за истинито држати, што је по принципима овог законика доказано“, као и из § 221, који гласи: „суд ће сваки доказ по правилима § 223 до 229 оцењивати, и по томе суд ће сваки доказ оцењивати само у свези са свима другима, недељењем или претресом засведоченим околностима. Суду није дозвољено мимо садржаја акта нека претпостављења чинити, и на основу тога или важност доказа побити, или оно за доказано узимати, што по закону није“.

Кад стоји јасно, да је законик усвојио теорију законских доказа, онда настаје друго питање: коју је законску теорију усвојио: *позитивну* или *негативну*? Одговор на ово питање не може бити тако јасан и одређен као што је био случај с првим питањем, јер су и одредбе о доказима такве,

да могу да заведу и збуне судију. Односно овога питања у прво време било је мишљења и за позитивну и за негативну теорију;¹⁴⁾ а ова разлика у мишљењима је долазила отуда, што је § 260 аустријског поступка, који представља негативну теорију, потпуно једнак с § 182 пројекта од 1860, а нарочито с § 12 доказних правила од 1863 год., док се међутим § 221 данашњег законика у многоме разликује од наведених параграфа, па је из те разлике потицала и разлика у мишљењима. Међутим, несумњиво је да је законодавац усвојио *позитивну* а не *негативну* теорију. Најбољи доказ за ово јесте § 221, који по свом садржају ни у колико не даје места слободном убеђењу судије, већ напротив забрањује му да „нека претпостављења чини“, и упућује га само на садржај акта и прописана законска правила. Кад се зна шта је негативна теорија и у чему се она састоји, онда се никако не може тврдити да њу предвиђа § 221. Да је одиста овако, види се још из овога. Зна се, да § 260 аустријског поступка изречно предвиђа негативну теорију, нарочито у свом другом одељку; речено је раније, да и пројект од 1860 у § 182 као и доказна правила од 1863 у § 12 такође предвиђају изречно негативну теорију, јер су превод §-а 260 аустријског поступка, чији други одељак гласи: „по томе суд, баш да постоје поједини закони докази против оптуженог, овет неће моћи оптуженог кривца осудити, ако он внимателно расудивши о свима обстојатељствима, није довољно убеђен о кривици обвиненога, него му још каква основана сумња остаје; али суду није никако дозвољено у сматрању важности доказа само нека претпостављења чинити, те из ови вредност доказа побити, или и оно обстојатељство за обарајуће сматрати, које по себи ништа не важи, много мање пак мимо садржаја акта нека претпостављења изводити“. Међутим § 221 кр. п. постао је на тај начин што је из § 182 пројекта од 1860 и §-а 12 законских правила од 1863 избацио све што се односи на негативну, а задржао само особине позитивне теорије, јер прва

¹⁴⁾ Тако је н. пр. А. Радошић, у својем делу Теорија Кривичног Поступка (1870) 228—230 био мишљена да је законик усвојио негативну теорију. Противно пише П. Савић, Теорија судских доказа (1880) 77 и даље; М. Јовановић у Браничу од 1892 год. с. 335.

реченица другог одељка ових §§-а: „по томе суд, баш да постоје поједини закони докази против оптуженог, опет неће моћи оптуженог као кривца осудити, ако он внимателно расудивши о свима обстојатељствима, није довољно убеђен о кривци обвиненога, него му још каква основана сумња остаје“, која и представља негативну теорију, и не налази се у другом одељку § 221 кр. п., што значи да је законодавац није намерно хтео да задржи. Јер, да је хтео, да законик садржи негативну теорију, не би једино § 221 потпуно преправљао, већ би га оставио да гласи онако, како је гласио § 182 пројекта од 1860 и § 12 правила од 1863 год.

У потврду мишљења, да је законодавац усвојио негативну теорију може се навести то, што се у §§ 223, 224, 225, 229 и 232, у којима се говори о увиђају, вештачењу, признању, сведоцима и исправама, свуда вели, да та доказна средства могу послужити као доказ а не каже се морају, а израз може одговора негативној теорији, јер значи, да од судије зависи хоће ли узети нешто за доказано или не. Ма да законодавац употребљава у поменутиим параграфима израз може место мора, ипак се поред §-а 221 никако не може изводити, да је усвојена негативна теорија. А што је употребљен израз, који одговара негативној теорији, објашњава се незнањем онога, који је израдио § 221, јер је он држао да је за позитивну теорију довољно само тај параграф поправити, а остале оставио онако, како су гласили у пројекту од 1860 год. у коме је § 182 јасно предвиђао негативну теорију. Према томе, из овога се не може изводити, да постоји негативна теорија.

Најзад, и судска пракса данас сматра да је у законик заступљена позитивна а не негативна теорија.

III. Из целокупног досадањег излагања види се, да се циљ Кривичног Поступка: материјална истина може постићи само тако, ако законодавац у кривични поступак унесе теорију слободног судијског уверења. О овоме више данас не може бити ни спора ни сумње. У §-у 3 очигледно је доказана надмоћност теорије слободног судијског уверења над теоријом принудних законских доказа, што се потврђује и дефинитивном победом њеном после дугогодишње борбе у науци

и законодавствима. Већ око половине прошлога столећа сва су европска законодавства учинила корените реформе у Кривичном Поступку, заснована на новим принципима, међу које спада и теорија слободног судијског уверења. То стање траје још и данас, што је најбољи апак, да је реформа била и потребна и корисна. Данас више нема ниједног законодавства, које је задржало стару доказну теорију; и бугарски кривични поступак од 3 априла 1897 изабацио је и заменио новом доказном теоријом. Али, докле је овакво стање у свима туђинским законодавствима, докле се, на превелику жалост, наш законик о кривичном поступку још и данас задовољава доказном теоријом из последњих година XVIII столећа. Поменули смо раније да је Ценић још 1861 год., спроводећи пројект данашњег законика Државном Савету, у наведеном акту казао, да је цео пројект несавремен, да почива на начелима, које се не даду бранити и која су у науци већ напуштена, и тим истим закоником задовољава се Србија и у XX столећу. Кривични Поступак је мерило културе једног народа, јер он служи као гаранција држављанима да невини неће страдати, а тако исто је гаранција и за државу, да ниједан крив не оставе некажњен. За наш Кривични Поступак никако се ово не може рећи, јер он нити је гаранција за држављане ни за државу. Ово долази отуда, што је готово све, што се у њему налази, рђаво, а поглавито доказна теорија, која је у њему заступљена. Доказна теорија нашег Кривичног Поступка је таква, да од судије ствара једног обичног занатлију, коме правна спрема мало помаже код стеге законских правила. Судија има само да зна та правила и у поједином конкретном случају да види, је ли испуњено оно што закон тражи. Дејатност његова потпуно се губи: он се поред таквих правила навикава да не мисли о предмету о коме суди, јер му то правила забрањују, па услед навике он то чини чак и онда где би требао нарочито своју пажњу да обрати. Отуд долази да је усменост и јавност на главном претресу сасвим илузорна, јер нема своје практичне вредности; стога судија често пута и не слуша, јер зна да ће из акта видети има ли довољно доказа за осуду или не. Колико је овако доносена одлука судског далеко од правог циља Кривичног Поступка,

као и koliko се на овај начин угрожава и јавни и приватни интерес, није потребно више објашњавања. Ради општих интереса, као и ради угледа нашег законодавства треба приступити што скоријој реформи Кривичног Поступка.

§ 7.

Предмет доказа (thema probandi)¹⁾

1. Биће сваког кривичног дела, које је казни закон и угрозио казном, огледа се у битним обележјима или важним чињеницама, из којих се оно састоји. Чим постоје те кривично-правно важне чињенице, одмах је тиме и за државу створено право на казну. Да би држава могла остварити ово своје право, потребно је да се претходно утврди извесност оних кривичноправних чињеница, из којих се састоји кривично дело и које су прва и главна основица судској одлуци. Основице, међутим, на којима почивају судске одлуке, јесу: правна правила и те важне чињенице, које судија има да подведе под правна правила. И правна правила по себи могла би бити предмет доказа, јер се и она састоје из чињеница. Али она морају бити позната суду, те се стога не могу доказивати; за њих вреди правило *linga povit sigia*. Према томе, предмет доказа јесу све оне важне или релевантне чињенице, од којих зависи поједина судска одлука у конкретном кривичноправном спору.

Од важности или релевантности једне чињенице зависи, хоће ли се допустити њено доказивање или не; ако је чињеница таква, да ни у колико не утиче на судску одлуку, или ако је за исту свеједно: била она истинита или неистинита, то се, због неважности, не може допустити њено доказивање. Ако би се ово допустило, то не само да би било штетно што се непотребним радњама поступање отеже, што се губи време и што све то ствара непотребне трошкове, већ би то могло

¹⁾ v. Holtzendorff, Handbuch I 212; Glaser, Handbuch I 358 и даље; Glaser, Beiträge zur Lehre vom Beweis 34 и даље; v. Kries, Lehrbuch 332 и даље; Ullmann, Lehrbuch 329 и даље; Birkmeyer, Deutsches Strafprozessrecht 329 и даље; Ogoretica, Казнено процесуално право 328 и даље.

бити и опасно по целу истрагу, што би се тиме у много случајева пропустило поклонити довољно пажње важним чињеницама. Али је правило, по коме само важне чињенице имају бити предмет доказа, тешко извести, јер сем *непосредно* важних има и *посредно* важних чињеница, од којих такође може зависити судска одлука; сем тога, у многим случајевима се не може унапред одредити, хоће ли једна чињеница бити непосредно или посредно важна, а у неким чак ни то, хоће ли она у опште бити важна или не. Са ових разлога не може се постављено правило у свима стадијумима поступка подједнако изводити и, у овом погледу, намећу генералне истраге и главног претреса мора бити разлике. У генералној истрази иследник, да би могао констатовати и оквалификовати кривично дело а, ако је учинилац истог још непознат, да би истог могао пронаћи и његову кривичну одговорност утврдити, мора често доказивати и такве чињенице, које показују само могућу везу с учињеним кривичним делом, па макар се из резултата доказивања после видело да те везе никако није ни било. Ако никакве друге користи отуд не буде, оно бар иследник касније зна, да ништа није пропустио, што је могло бити важно, само он ипак не сме овако неважним чињеницама бити одстрањен од важних. На главном претресу међутим не допушта се овакво дутање. Ни природа ни циљ овог стадијума поступка то не допушта, а усменост на главном претресу тражи, да свако доказивање буде јасно и прегледно, а сем тога да буде скопчано и за релевантне чињенице. Стога се на главни претрес износи само оно што може да буде од утицаја на решење кривичне ствари, а забрањују се празни говори и причања неважних догађаја. Али је и овде тешко одредити границу између важних и неважних чињеница; има случајева у којима оне, и ако не стоје у непосредној вези с делом које је предмет тужбе, могу објаснити поједине моменте као већу или мању наклоност оптуженог за чињењем извесне врсте кривичних дела или побуду и т. д., па стога и такве чињенице треба да буду предмет доказа. У свима оваквим случајевима треба од претходне оцене суда да зависи, хоће ли се таква чињеница сматрати за важну и где то није случај, има се забравити доказивање. Али наш за-

коник о крив. п. као год и аустријски и немачки, не доноси изречна наређења, по којима би у свима случајевима од оцене суда зависила употреба појединих поднетих доказа, јер се из §§ 204 и 205 види, да се сви сведоци и вештаци, који су позвани на главни претрес, имају и испитати на били њихови искази од важности или не. Само у случају који предвиђа § 188, зависи од оцене суда, хоће ли се сведоци и вештаци на које се оптужени позвао по саопштењу тужбе државног тужиоца, позивати на главни претрес, и ова ће се докази употребити „ако суд нађе, да су означене околности или тачке од важности за решење предмета“, т. ј. ако су предмет доказа важне чињенице.

У Кривичном Поступку нису, као у грађанском, предмет доказа само оне чињенице, које странке изнесу пред суд, већ искључиво оне, које су од важности за одлуку, која се има да донесе, па било да су те чињенице поднеле странке, било да је суд у току истраге сам за њих сазнао. У толико је предмет доказа идентичан с предметом одлуке кривичног суда. Те важне чињенице могу бити *спољашње* као: злочиначка радња, време, место те радње, оруђја, последице и т. д.; или могу бити тзв. *унутрашње чињенице* као *dolus* и *culpa*, побуда, заблуда и т. д. Најзад оне могу бити *позитивне* и *негативне* чињенице. Негативне би чињенице биле н. пр. непажња, *alibi*, па и непостојање какве чињенице, што је случај код кривичних дела нечињњем (*Unterlassungsdelicta*) у ужем и ширем смислу (*delicta omissionis et per omissionem commissa*). Код ових кривичних дела кривичноправно је важно доказати, да једна чињеница не постоји, јер је то непостојање битно обележје кривичног дела и од њега зависи примена казненог закона. Тако н. пр. ако је дете угнуло стого, што га мати намерно није хранила, то је нехрањење у овом случају важна негативна чињеница; овде се има доказати да храниња није било, т. ј. непостојање храниња, јер од тога зависи примена казненог законика. Негативне чињенице имају се доказивати на исти начин на који и позитивне; стога нити је немогуће нити је нарочито тешко утврдити непостојање какве чињенице, јер је могуће доказати позитивне чињенице, с којима се чињеница, која се пориче, никако не може сложити или

ни у ком случају поред оних не може и она наступити, н. пр. кад се хоће да докаже околност, да оптужени због убиства није желео наступелу смрт, то се та околност утврђује тиме, што се докаже постојање побуде са које се само жели живот а не смрт.

Предмет доказа су, као што је речено, *важне чињенице*, од којих зависи судска одлука. Кад то стоји, онда настаје питање: које чињенице у поједином конкретном случају чине предмет доказа? Свака судска одлука мора се наслањати на извесна правна правила или законске прописе, и та правна правила нам кажују које чињенице у појављеном случају имају бити предмет доказа. Судске одлуке могу бити материјално-правне или процесноправне природе према томе, да ли се оне донесе на основу правних правила узетих из материјалног Кривичног Права или из формалног Кривичног Поступка; стога имамо и чињенице, које су важне, па по томе и предмет доказа, да узмемо или из материјалног или из процесног права. — Прва група ових чињеница добија се из материјалног Кривичног Права, и овде су најважнији предмет доказа оне чињенице, које су основица пресуди, т. ј. које се изводе из законских наређења, на којима почива пресуда. Овамо долазе на првом месту чињенице, које одговарају законским обележјима извесног *специјалног кривичног дела*. Тако н. пр. ако је предмет тужбе крађа из § 220, то ће у овом кривичноправном спору бити предмет доказа прво чињенице у којима се огледају законска обележја крађе, а која су та обележја кажује нам § 220, на основу кога има да се изрекне пресуда; законска обележја, па по томе и предмет доказа, по § 220 јесу: 1. *ствар*, 2. *туђа ствар*, 3. *покретна ствар*, 4. *из туђе имовине*, 5. *узимање* и 6. *намера*, која мора у себи обухватити сва остала битна обележја. На другом месту предмет су доказа чињенице, у којима се огледају *општа обележја*, која су свима кривичним делима заједничка па и ономе, које је предмет тужбе као: радна способност учиниоца, противправност, кажњивост и т. д. Једном речи, предмет су доказа сви моменти како објективног и субјективног, тако и општег и посебног *corpus-a delicti*. Сем ових, предмет су доказа и оне чињенице, које не припадају бићу битним обележјима, *cor-*

pus-*u delicti*) кривичног дела, већ у којима се само огледају основи за одмеравање казне. То су прво чињенице са којих се казна може поштрвати или ублажити (поштравне и ублажавне околности); даље ту долазе отежавне и олакшавне околности; и најзад све оне чињенице или основи са којих се искључује казна или које ниште кривичност једноме делу.

У другу групу долазе процесно важне чињенице, т. ј. чињенице, које се добијају на Кривичног Поступка; и од њих зависи судска одлука, те су према томе и оне предмет доказа. Овамо долазе на првом месту такве процесне чињенице од којих зависи, да ли се у опште пресуда по једној ствари може довести, н. пр. од тога, да ли је суд, који извиђа кривично дело, за исто стварно надлежан, зависи, може ли се по том делу довести пресуда или не и т. д. Овде, дакле, законски прописи, који говоре о надлежности, казују, које чињенице имају бити предмет доказа. Ово исто вреди и за све остале чињенице, од којих у првом реду зависи садржај других одлука, које се доводе у току поступка, а пресуда тек посредно, тако н. пр. решење о томе, хоће ли се који судија изузети; решење о притвору; решење о томе, хоће ли се један сведок притворити ако веће да сведочи; решење о одлагању претреса и т. д. Сва ова решења зависе од истинитости извесних процесних чињеница, те следствено морају оне бити и предмет доказа. Које су пак те чињенице, казују законски прописи, на којима има свако од поменутих решења да се оснује.

II. Предмет доказа не може бити:

1. све оно што је немогуће. Немогуће је пак оно, што с општепризнатим природним законима и законима мишљења стоји у отвореној противуречности. Тако н. пр. као немогуће не би се могло никоме допустити доказивање чињенице, да је видео човека, који је у затворену собу ушао кроз кључаницу, или да је нишао по води, или као што је један суд у Скотској 1754 испитао и заклео два сведока о томе, како су по неким небесним појавама сазнали за учиниоца неког убиства²⁾.

²⁾ *Glaser, Beiträge zur Lehre vom Beweis* 35 прим. 3.

2. Предмет доказа нису ноторне или општепознате чињенице. Ноторне су оне чињенице, које су свакоме, или једном већем кругу људи, или једном staleжу тако познате, да би апсурдно било нарочито их доказивати. Једна чињеница се сматра код суда ноторном, кад је тачно и подједнако знају све судије, које учествују у суђењу рачунајући ту и поротнике, ако кривично дело улази у надлежност поротног суда. Овамо долазе на првом месту чињенице, које суд сазна из службеног рада, из акта, н. пр. постављање стараоца, отварање стечаја и т. д.; даље чињенице, које су познате једном кругу лица извесног staleжа, позива и т. д.; затим знатнији месни догађаји као: пожари, поплаве и овима слични; и најзад могу се поменути историјски и природни догађаји, које знају сви образовани људи. Нема сумње да ноторне чињенице не могу бити предмет доказа и да у кривичном поступку за њих вреди правило: *notoria non eget probatione*, ма да за то нема нарочитог наређења у законик у

Приватно знање судије не чини чињеницу ноторном. Ако је судија приватно сазнао какву чињеницу, која је од важности за одлуку, то се он може појавити као сведок, у ком се случају има као судија искључити. Не учини ли ово, то се његово приватно знање не сме узимати у обзир приликом доношења пресуде.

Међу странама се може изродити спор око тога, да ли је једна чињеница ноторна или не. То је могуће већ по томе, што једна страна не мора припадати оном кругу људи, коме је дотична чињеница позната. У таквом случају има суд да изјави, да ли сматра ту чињеницу ноторном или не. Сама ноторност међутим не може бити предмет доказа. Ако се породу спор о истинитост ноторне чињенице, то ће се та чињеница морати доказивати по општим правилима о доказу (сведоцима, вештацима и т. д.).

3. Предмет доказа не могу даље бити оне чињенице, код којих је доказивање по закону искључено. Случајени законска забрана доказивања у Кривичном Поступку су ретки, јер би такве забране стајале у противности с циљем поступка, и допушта се само онда, кад баш јавни интерес тражи да се каква чињеница не доказује. Овај случај предвиђа § 91 т. 2.

koji zabranjuje drzavnim sluzbenicima, da сведоче нешто, чиме би дужност хранења званичне тајне повредили, док их не би од тога претпостављена власт ослободила*. Сем тога, законодавац забранује доказивање и из других разлога и. пр. искључује доказ истине у случају увреде части из § 213 к. з.; тако исто је искључен противдоказ код судских протокола, нарочито код протокола претреса односно форме и садржине ако само није лажно начињен. Најзад овамо долазе чињенице, код којих законодавац у опште не допушта ни да се покуша доказивање у Кривичном Поступку. То су прејудицијална питања, које су као истинита утврђена пресудом другог суда, за коју је везан кривични суд, и. пр. по § 13 к. н. питање о постојању брака, које је утврђено пресудом духовног суда, не може бити предмет доказа у Кривичном Поступку, већ је кривични суд везан пресудом духовног суда односно тога питања.

4. Има чињеница, које по себи могу бити предмет доказа и које су важне за решење кривично ствари, па ипак не морају увек и одмах, чим се појаве, да буду предмет доказа. То су чињенице, које се по природи ствари и општем животном искуству морају претпоставити као истините, докле год се не појаве на какви основи о противном. Природна претпоставка, дакле, говори за њих и, све док то стоји, оне нису предмет доказа. Чим се, међутим, истакне сумња у нормалан ток ствари, одмах и природна претпоставка губи потпуно своју снагу. Судија више не сме такву чињеницу да узме за истиниту само по претпоставци, већ се мора доказивати тако, као да за њу не говори никаква презумција.

Једна од најважнијих чињеница, чија се истинитост претпоставља, јесте умисленост. Правило је, да су ови људи душевно здрави, а не да су болесни, стога ће суд моћи поћи од претпоставке, да је то случај и са оптуженим противу кога је тужба подигнута. Душевно здравља, дакле, привремено не мора да буде предмет доказа. — Исто је тако важна природна претпоставка код питања о узрочној вези између злочиначке радње и наступеле последице. Тако, ако је предузета једна радња, која је подобна да произведе извесну последицу, па ова одста и наступи, то се може претпоставити

да је баш та радња била узрок наступеле последице, и било би бесмислено тражити да се нарочито доказује, да ли ту последицу није произвео какав други догађај. — И код процесно важних чињеница од великог је значаја природна претпоставка. Судија и. пр. претпоставља да је сведок, који на позив долази, одиста онај, који је позван. Правило је, да суду предстаје онај, који је позван, стога се идентичност претпоставља и не доказује ово докле док се не појаве основи за сумњу. Ако ово наступи, онда се тек мора нарочито доказивати идентичност појављеног с позваним.³⁾

§ 8.

Терет или дужност доказивања (onus, necessitas probandi).⁴⁾

У Грађанском Поступку влада начело поделе терета доказивања међу странкама. Странке су дужне саме у њиховом спору да доказују све правно важне чињенице и суд има само на основу таквих доказа да донесе одлуку, а никако се не може упуштати у тражење нових доказа. Тужилац има да поднесе доказе, којима поткрепљава своје тражење у тужби; тужени има да докаже чињенице којима се утврђује неоснованост тужбе, а суд на основу поднетих доказа да донесе одлуку о спору, који између њих постоји. Настаје сад питање: да ли и у Кривичном Поступку постоји оваква подела терета доказивања међу странкама?

У Римском Кривичном Поступку на ово се питање има дати позитиван одговор, т. ј. у њему је, као год и у Грађанском Поступку, терет доказивања падао само на странке. Ово

³⁾ в. Kries, Lehrbuch 327, 328.

⁴⁾ Mittermaier, Lehre vom Beweise 141 и даље; Zachariae, Handbuch II 419 и даље; в. Holtzendorff, Handbuch I 216 и даље; Kitzka, Die Beweislehre 34 и даље; Glaser, Handbuch I 364, 365; Glaser, Beiträge zur Lehre vom Beweis 85 и даље; в. Kries, Lehrbuch 341, 342; Ulmann, Lehrbuch 352 и даље; Birhweyer, Deutsches Strafprozessrecht 404, 402; Ogorelica, Kazneno procesualno pravo 331—334.

је долазило отуда, што је Римски Кривични Поступак био чисто оптужни поступак и што се у свему, па и у питању о терету доказивања, кретао у границама Грађанског Поступка. Исто ово вреди и за средњовековни Кривични Поступак осталих народа пре рецесије, који је такође био оптужни поступак и који се ни у колико није разликовао од Грађанског Поступка. Терет доказивања падао је на тужиоца и оптуженог. — У Инквизиторском Кривичном Поступку међутим није могло бити ни речи о формалној подели терета доказивања, јер је ту судија био једини процесни субјект, чија је дужност била да за све врсте кривичних дела истражује све чињенице које би могле бити од важности за доношење пресуде. Он је био дужан подједнаком брижљивошћу да води рачуна како о ономе, што доказује кривично оптуженог, тако и о ономе што утврђује његову невиност; у оба правца је он имао да прикупља важне чињенице и да их доказује.²⁾

Тако исто ни данашњи законици, а нарочито новији, који су организовани на оптужном начелу, не знају за поделу терета доказивања у ономе смислу, у коме је она изведена у Грађанском Поступку. Сама природа Кривичног Права доноси са собом, да државни органи, који су и позвани за извиђање и суђење, имају да раде на расветљењу кривичне ствари без обзира на то, да ли су извесне чињенице такве, да оптуженог терете или га бране. Формални терет доказивања, по коме судија сме узети у обзир само оне чињенице, које су странке истакле и доказивале, искључен је из Кривичног Поступка, јер се не може да сложи с врховним начелом истраживања материјалне истине. Пресуда никако не сме зависити од тога, да ли ће странке извесне чињенице изнети и доказивати, већ суд има и права и дужност да по службеној дужности учини све, како би пресуда почивала на материјалној истини. Остатке ли поред свега тога крива околност или чињеница сумњива, то се узима као да је противно доказано и она се никако приликом доношења пресуде не може узети као основица. Тако и, пр. ако остане сумњиво, да ли је крађа извршена оби-

²⁾ Mittermaier, Lehre vom Beweise 141 u 142; Zacharias, Handbuch II 419; v. Holtendorff, Handbuch I 316.

јањем, то се оптужени може осудити само због просте а не због опасне крађе, јер се узима да никако и не постоји околност за наступање строжије казне. In dubio pro reo.

Формална подела терета доказивања не може се извести ни због неједнакости странака у Кривичном Поступку. Та неједнакост постоји на штету оптуженог, јер према њему увек стоји као тужилац лице, које је вешто праву — државни тужилац, и ту неједнакост мора суд да изглади тиме, што ће и без захтева оптуженог тражити и доказивати чињенице, које олакшавају његов положај.

У Кривичном Поступку, у коме влада начело официјалности, суд мора бити главни субјект за прикупљање доказа. Дужност је његова, да без обзира на жеље странака истражује истину; у том циљу може он тражити нове доказе а може и одбацити оне, које су странке поднеле само ако налази да ни у колико не утичу на решење кривичне ствари. Али из свега овога не може се извести, да је суд једини субјект за прикупљање доказа и да је улога странака по све пасивна. То не стоји већ по томе, што суд и при највећој брижљивости може погрешити, што може извесно важно доказано средство оставити неупотребљено, и најзад што су поред јавног интереса у питању и интереси странака. Стога се најбоље одговара начелу материјалне истине, што се, поред суда, прикупљање доказа за поједине важне чињенице допушта и странкама.

Материјални терет доказивања постиже онога, чији су интереси у конкретном кривичноправном спору склопани за утврђење какве одређене чињенице.³⁾ Стога је дужност тужиоца, да прибави и пружи доказ, којим се утврђује како биће кривичног дела, тако и кривична одговорност оптуженог. Међутим, терет доказивања постиже оптуженог, кад он тврди да постоје околности, које ниште важност или које спречавају кривичну истрагу као н. пр. у случају застарелости, најави код покушаја, издржања казне у туђини и т. д. — Материјални терет доказивања постоји и за процесно важне чињенице, али се не може поставити опште правило, по коме би се унапред знало

³⁾ Glaser, Beiträge zur Lehre vom Beweis 88; Ullmann, Lehrbuch 332

на кога пада терет доказивања. Дужност је оптуженог и, пр. да доказује месну ненадлежност, ако је истакне као протест за започето извиђање и т. д. Међутим, материјални терет доказивања пада на тужиоца и, пр. за то, да је тужба уредно и благовремено поднета.

Поред тога што материјални терет доказивања у првом реду пада на странке, ипак последњу и одлучну реч има суд као главни субјект за прикупљање доказа. Суд овде у главном ради *доцнујући*. У колико су странке, прикупљајући доказе, изоставиле извесне чињенице, које се неизбежно морају прибавити и утврдити зарад проналажења материјалне истине, у толико има суд само да допуни појављену празнину. Према томе, ако су странке, заступајући своје интересе, тако брижљиво прикупиле доказна средства, да није ниједно изостављено, то суд у прикупљању доказа неће имати ништа да ради, јер су то странке саме овршиле. Али ако која од странака не буде никако поднела доказе, којима би утврдила истинитост својих навода, то суд у том случају има сам да их тражи и на тај начин да дође до материјалне истине.

Све ово вреди и за наш Кривични Поступак. И он не зна за поделу терета доказивања међу странкама у том смислу, да је суд везан за њихове изјаве. И по њему материјални терет доказивања пада на странке, али је ипак суд главни субјект за прикупљање доказа. — Странкама је у сваком стадијуму поступка допуштено да поднесе доказе. У генералној истрази, која је инквизиторски организована, немамо странака у правом смислу те речи, јер је у њој иследник главни субјект, а обвинени се има сматрати више објектом истраге него ли странком, ма да са много бољим положајем него што га је имао у инквизиторском поступку. И као такав, обвинени у сваком тренутку може подносити доказе, којима би утврдио своју невиност. Према обвиненом стоји иследник и приватни тужилац, ако га има. Иследник се нема сматрати странком, јер он не заступа једностране интересе тужиоца, већ има по службеној дужности, а ради расветљења кривичне ствари, да прикупља и како доказе који војују против обвиненог тако и оне, који иду у његову корист — § 5, 20 кр. пост. Орган, који би био позван да подиже и заступа јавну

тужбу, не постоји у генералној истрази нашег поступка. — Главни претрес, међутим, заснован је на оптужини начелу и на њему учествују две странке као самостални субјекти. Државни тужилац у својој тужби — § 183, а касније и на претресу, има на првом месту да подноси доказе, којима се утврђује кривична одговорност оптуженог. Оптужени може приликом саопштења тужбе државног тужиоца „нове сведоке и вештаке предложити“ — § 188, а то може чинити и на самом главном претресу ако се само има отуд очекивати утврђење истинитости какве важне чињенице. — Али последњу и одлучну реч односно прикупљања доказа има увек суд. Ово се састоји прво у томе, што суд има да одлучи, хоће ли се нови докази, на које се странке позвале пре или на главном претресу, у опште и узимати или не — § § 188, 208 кр. п.; за тим, што суд независно од странака може и мора увек наредити да се прибаве нови докази, за које сматра, ако су само од важности, и на тај начин да допуни и поправи оно, што су странке знајући или незнајући пропустиле учинити — § 208 кр. п.

Докле је тражење и подношење доказа дужност како странака тако и суда, докле *примање или сабирање доказа*, које се састоји у коришћењу доказних средстава на начин, који је законик прописао, припада поглавито *суду* и то у првом реду председнику или председавајућем судији. Али у томе само у неколико учествују и странке. Оне не само да имају права да присуствују примању доказа — на главном претресу увек, пре њега свакојакo тада, кад је вероватно да се примање доказа на главном претресу не може поновити и, пр. због пролазности предмета на коме се има учинити увиђај — него понекад имају права а понекад су и дужне да активно у томе учествују.⁴⁾ Ово учешће странака у примању или сабирању доказа састоји се у рекогносцији — § 150, за тим у суочењу — § 153; у постављању питања сведоцима и вештацима — § 206 кр. п. и т. д.

Оцена доказа, међутим, искључиво је дужност суда — § 217, 218 кр. п. То се сматра као део решавања о кривичној ствари, те стога странке у томе не могу ни учествовати.

⁴⁾ Birkmeyer, Deutsches Strafprozessrecht 462, 463.

§ 9.

Подела доказа.

Подела доказа, коју налазимо како у науци тако и у законодавствима, учињена је поглавито или с обзиром на извор, или с обзиром на предмет и правац или с обзиром на снагу доказа. Докле наука редовно говори о подели доказа, докле сва законодавства већ то не чине. Поделу препињају само она законодавства, која су усвојила теорију законских принудних доказа, т. ј. која су поставила унапред тачно одређена правила о снази појединих доказа; код њих она има своју велику практичну вредност, јер су ту поједини законски прописи довођени с обзиром на већ учињену поделу доказа. С избацавањем теорије законских принудних доказа из законодавстава, подела доказа изгубила је сваки правни значај, јер теорија слободног судијског уверења не поставља никаква правила о снази доказа, већ све оставља личној уверењу судије, те је стога и подела сасвим непотребна. Ово ће се још јасније видети на излагања појединих врста доказа. Али поред свега тога, што је подела доказа готово сасвим изгубила практични значај за новија законодавства, ипак се о њој говори и у новијој науци и у свима данашњим уџбеницима, јер она, поред свог историјског значаја, има и теоријске вредности, која се састоји у томе, што служи као врло добро средство за разумевање појма доказа па и целокупног доказног поступка. За наш Кривични Поступак подела доказа поред теоријске има и практичну вредност, јер она, као што је речено, почива на теорији принудних законских доказа, те се о њој у толико пре мора говорити.

I. Природни и вештачки доказ (непосредни и посредни).

Подела на природни и вештачки доказ учињена је с погледом на извор на кога се доказ добија. Према томе, природни је доказ онај, који почива на чужном опажању. Ово чужно опажање, које је извор природном доказу, може опет да буде двојако: или властито опажање судије, у ком случају имамо увиђај, или туђе опажање. Да би туђе опажање било сасвим поуздано, оно мора бити саопштено судији од

онога, који га је учинио: оно је у том случају сведочеба или исказ у ширем смислу. Овај исказ опет или је исказ оптуженог, који се зове признање, ако је неовољан по њега, или је исказ кога незаинтересованог лица, у ком се случају зове сведочеба у ужем смислу. А ако у питање дођу предмети, за чије се опажање тражи нарочита спрема, знање, искуство или вештина, то у том случају имамо вештачко мишљење. Из свега излази, да у природни доказ улазе: увиђај, признање, сведочеба сведока, вештачко мишљење, па и исправе, које у себи увек садрже једно од поменутих доказаних средстава.¹⁾ — Вештачки доказ, на коме се заснива исвесност какве правно важне чињенице, међутим, јесте онај, који почива на закључцима који се из утврђених или доказаних чињеница изводе на постојање истинитости других чињеница које су предмет доказа, јер ове с првима стоје у тесној логичкој вези.²⁾ Оне чињенице, које су доказане и из којих се изводи закључак да постоји истинитост друге чињенице, зову се основи подозрења или индиције. Вештачки се доказ, према томе, зове још и доказ по основима подозрења или индицијама. Тако и, пр. ако је утврђено да је А. био на месту на коме је извршено убиство над Б. и то у времену када је отприлике исто извршено, то се на истинитости те чињенице изводи закључак да постоји истинитост друге чињенице, која је предмет доказа, а то је да је баш А. извршио убиство, јер ова последња с оном првом чињеницом стоји у тесној логичкој вези. У овом случају је основ подозрења или индици доказана чињеница: да је А. био на месту учиненог дела.

Противност између природног и вештачког доказа обележава се још и изразом непосредни (директни) и посредни (индиректни) доказ. Непосредни или директни је доказ онај, код кога се истинитост или неистинитост свих важних чињеница, које су предмет доказа (дакле сва објективна и дубљивна битна обележја кривичног дела или само нека од њих) добија непосредно из доказаних средстава, и, пр. доказ

¹⁾ v. Holtendorff, Handbuch I 216; Glaser, Handbuch I 365.

²⁾ v. Holtendorff, Handbuch I 210; Ullmann, Lehrbuch 335; Zachariae Handbuch II 410.

сведоцима. Међутим посредни или индиректни је доказ онај код кога се најпре доказним средствима утврђује истинитост какве друге чињенице, која не улази у предмет доказа нити у биће кривичног дела, и тек од ове непосредно доказане чињенице, извођењем закључка, долази се до истинитости оне, која има да се докаже.³⁾ Код овога доказа имамо увек две чињенице, једну која непосредно долази из доказних средстава — основ подозрења, индици — и другу, која се из прве наводи. Према томе, непосредни су докази у исто време и природни докази, т. ј. који се оснивају на чулним опажањима, а посредни је вештачки доказ. Али, при свем том, подела и разлика између непосредних и посредних доказа није сасвим основана, јер се и код природних доказа само посредним путем може доћи до истинитости какве чињенице. И непосредни докази почивају на претпоставкама и закључцима, јер ми и, пр. верујемо признању стога, што не можемо да замислимо, да ће неко, који није крив, себе оптужити; ми, дакле, на његове изјаве закључујемо, да је он одиста крив, у колико је, разуме се, оно, што он признаје, вероватно. Ова је подела, међутим, само у толико тачна, што се код доказа по основима подозрења на чулних опажања прво добијају чињенице, које нису предмет доказа, већ које служе као средство за доказивање предмета доказа, докле се код свих осталих доказних средстава предмет доказа добија непосредно из чулних опажања.⁴⁾

Речено је, да су основи подозрења моменти или околности, које не улазе у биће кривичног дела, већ да стоје ван њега. Стога само један основ подозрења не може дати доказ, јер се из тако усамљеног могу разни закључци изводити, те је потребно да дођу или да се саставе више њих, из којих се може извести само један закључак и то: да је чињеница, која има да се докаже, истинита или неистинита, па тек онда да се добије доказ. Вештачки или посредни доказ по овоме зове се још и *саставни доказ*.

Ова је подела од практичне вредности само за законодавства, која су усвојила теорију принудних законских до-

³⁾ *Kille*, Die Beweislehre 15; *Ruff*, Commentar II 55; *Geyer*, Lehrbuch 705; *Birkmeyer*, Deutsches Strafprozessrecht 409.

⁴⁾ *Mittermaier*, Lehre vom Beweis 403; *Ruff*, Commentar II 55; *Birkmeyer*, Deutsches Strafprozessrecht 40.

каза, јер по њима природни или непосредни доказ стоји по доказној вредности над вештачким или посредним. И у науци се раније мислило да се првим добија објективна а другим субјективна истина. Нарочито у инквизиторском поступку била је од вредности ова подела, јер се по њему у опште није могао добити доказ по основима подозрења, већ су они одужили само као повод за изнуђавање признања, а касније за изрицање каванредне казне. Па и законодавства прве половине XIX столећа правила су разлику између природног и вештачког доказа, јер се тврдо држало да је истина, добијена на основу природних доказа, поузданија од оне, која је резултат операције разума, и да се, према томе, само на основу првих могу изрицати и најтеже казне. Овако је гледиште узео и наш законик. Он поред природних доказа: увиђаја, вештачког мишљења, признања, сведочења сведока и испрва, предвиђа и вештачки доказ — § 222 кр. п.; али, као год и сви старији законикци, не допушта да се најтежа казна може изрећи на основу вештачког доказа (§ 243). Међутим, нетачно је тврђење, да се природним доказом долази до већег степена извесности него што се може доћи вештачким доказом, јер и први, као што је речено, почивају на претпоставкама и закључцима, као и други. Кад буде даље речи о доказу по основима подозрења, доказаћемо да и он може имати овакву ноту доказну снагу као и сви природни докази. Кад ово стоји, онда сва ова подела и разликовање нема никакве практичне вредности, те стога нова законодавства и не постављају никакву разлику између природних и вештачких доказа.

II. Оптужни и одбранбени доказ.

Подела доказа на *оптужне* и *одбранбене* у Кривичном Поступку уињена је с погледом на *предмет доказа*. Оптужни је доказ онај, који има за предмет све оне чињенице, од чијег постојања и извесности зависи осуда оптуженог.⁵⁾ Оптужни доказ према томе у себи обухвата: 1) биће кривичног дела, т. ј. сва битна обележја оног кривичног дела, које је предмет тужбе; 2) виновништво као субјективну страну кривичног

⁵⁾ *Ruff*, Commentar II 54; *Zachariae*, Handbuch II 416; *Holtzendorff*, Handbuch I 211.

дела, под kojim se ovde ima razumeti i свака vrста учешћа у извршењу кривичног дела; 3) све оне околности, које заснивају већи степен кажњивости, а то су све поштровне и и отежавне околности. По себи се разуме, да ће се у оптужни доказ рачунати и доказивање, да се извесне чињенице нису десиле, ако је само то, што се те чињенице нису десиле, од важности за осуду оптуженог т. ј. ако то невршење или нечињење улази у појам или у биће кривичног дела, као што је то и. пр. случај код свих кривичних дела нечињењем (Unterlassungsdelict). Тако исто у оптужни доказ улази и доказивање злочиначке воље (dolus) код оптуженог, као и доказивање урачуљивости оптуженог, у времену извршења дела, ако се у исту посумња.

Одбранбени доказ, међутим, има за предмет такве чињенице, које искључују или ограничавају примену казненог законика.⁶⁾ Он има или да разруши основице оптужног доказа или бар да ослаби његово дејство. Према томе, да ли је он управљен противу доказних средстава оптужног доказа и противу њиховог садржаја и исхода, или се њиме хоће да докаже постојање таквих чињеница, које, не дирајући чињенице оптужног доказа, сасвим или делимично уништавају његово дејство, одбранбени се доказ дели на непосредни и посредни.⁷⁾ Прим се хоће непосредно да разруши и уништи доказ изјаве чињенице, која улази у оптужни доказ. Непосредни одбранбени доказ, према томе, може бити управљен 1) противу истинитости чињеница, које је, као бајаси, оптужни доказ утврдио, т. ј. он жели да докаже сасвим противно, и. пр. кад два способна сведока изјаве, да је оптужени А, на извесном месту и у одређено време повредио Б, то би био оптужни доказ којим је утврђена кривична одговорност оптуженог. Међутим, ако се оптужени А. позове на друга два сведока и они осведоче, да су на истом месту и у исто време били и поуздано знају, јер су гледали, да оптужени А није се ни дотакао повређеног Б, а још мање да га је повредио; или најаве да га није повредио Б већ Г, и ако су та два сведока у свему спо-

⁶⁾ Ruff, Commentar II 54

⁷⁾ Mittermayer, Lehre vom Beweis 154 и даље; Zachariae, Handbuch II 417; Kitta, Die Beweislehre 15 ff и даље; Holtendorff, Handbuch I 212.

особни, то њехове сведочење дају непосредни одбранбени доказ, јер се њима непосредно пориче и руши све оно, што се сматра као доказано оптужним доказом, и оптужени у оваком стању сумње не може бити осуђен, те је тако и одбранбени доказ постигао свој циљ. 2) Непосредни одбранбени доказ може бити управљен противу доказних средстава (увиђаја, сведочење сведока, испржава и т. д.), која је оптужни доказ употребио и. пр. кад оптужени докаже, да је сведок, који је противу њега сведочио и чија се сведочења сматрала сведочењем способна сведока, био подмићен; или да заклетва није извршена на начин који закон прописује. — Посредни одбранбени доказ управљен је, да отклони правно последице, које долазе из оптужног доказа, т. ј. да спречи изрицање сваке казне или бар да је сведе на што мању меру и то на тај начин, што се утврђује постојање извесних чињеница, које не улазе у оптужни доказ, већ стоје ван њега. Тако и. пр. ако два способна сведока сведоче противу оптуженог А, да је повредио Б, а оптужени се брани да је у времену, када је кривично дело извршено према Б, био на сасвим другом месту и за то се позове на два способна сведока, који потврде истинитост навода оптуженог, то је сведочења ова два сведока дат посредни одбранбени доказ. Посредни је зато, што сведочења ова два сведока ништа не говоре о повреди и стога се из њих не може извести, да ли је ња било или не. Овде се оно, што се жели доказати одбранбеним доказом, т. ј. невиност оптуженог не добија непосредно из уста сведока, као што је то био случај у примеру наведеном за непосредни доказ, већ посредно, доказивањем alibi-а, као чињенице, која се налази ван оптужног доказа. У посредни одбранбени доказ улази и доказивање ублажавних и олакшавних околности, као и околности са којих се ништи кривичност или казна, јер се доказивањем ових чињеница или сасвим искључује или само ограничава дејство оптужног доказа, мада се он непосредно не напада. — Према оптужном доказу одбранбени се доказ појављује као противдоказ, стога је ова подела у многеме слична с подлом на главни доказ и противдоказ и ако се по појму разликују, јер се прва подела чини с погледом на предмет а ова друга с погледом на изваци доказа.

Разликовање na непосредни и посредни одбранбени доказ не предviђају ни старија ни новија законодавства; у осталом оно у Кривичном Поступку и нема никакве практичне вредности. Сама природа кривичног дела забрањује, да се у Кривични Поступак унесе одредбе, по којима би се, другаче поступао с непосредним а другаче с посредним одбранбеним доказом, јер то не допушта начело провалажења материјалне истине.

Начела данашњег Кривичног Поступка не допуштају формално потпуно одвајање оптужног и одбранбеног доказа, нарочито не у том смислу да оптужни доказ пада на терет само тужилоцу а одбранбени само оптуженом. У старом оптужном Кривичном Поступку, који се није разликовао од Грађанског Поступка, постојао је подела у том смислу, да је тужилац имао да се стара само за оптужни а оптужени само за одбранбени доказ. Данас, међутим, услед другачијег схватања кривичног дела, доказно поступање у једном кривично-правном спору сматра се као једно цело, коме је циљ проналажење материјалне истине. Ради постизања овога циља иследник никако не ма да се стара само о оптужном доказу, т. ј. о утврђењу невиности оптуженог, већ има да прикупи целокупну грађу, која може да послужи за проналажење истине и која ће судији створити могућност да доведе правичну пресуду.

И наш Кривични Поступак помиње ову поделу у § 5 и 183, али, као и у туђинским законима, та подела није оштра и потпуна као што је то у Грађанском Поступку. Иследник није позван само да утврђује тужбу, већ има да се стара и за доказе, који оптуженог бране, — он има да прикупи сву грађу, из које ће суд наћи праву истину. Ни на главном претресу не постоји потпуно одвајање оптужног од одбранбеног доказа, јер и ту суд сматра доказно поступање као једно цело, из кога има да извуче све основе за и против оптуженог. Иследник као и суд саслушавајући оптуженог или сведока, има да пази како на чињенице, које терете оптуженог, тако и на чињенице, које га бране. Међутим о одвојеном одбранбеном доказу може бити речи у толико, у колико је један доказ управљен да уништи целокупну тужбу, или да утврди

постојање каквих чињеница, које иду у корист оптуженог. Овај доказ подноси или сам оптужени или његов бранилац.

Али, ма да ова подела у законик формално не постоји, ипак је стварно разликовање на оптужни и одбранбени доказ врло важно и од практичног значаја у толико, што се с погледом на ову поделу могу поставити извесна правила која су меродавна за кривично поступање. Та правила јесу:

1. Ма како био организован Кривични Поступак, мора се држати правила, да није потребан никакав одбранбени доказ, ако у опште нема оптужног доказа. Исто правило вреди и за случај, кад има оптужног доказа, али кад он није успео, т. ј. кад није потпун.* Али ово вреди само за најновија законодавства, која су са законском теоријом доказа набацала и *absolutio ab instantia*, т. ј. ослобођење из недостатка доказа, и код којих је, према томе, дефинитивно пуштање неопходна последица чим се оптужни доказ покаже непотпун. Међутим, по нашем законик, који је усвојио и законску теорију доказа и *absolutio ab instantia* у § 242, потребно је да се одбранбени доказ оцењује и онда кад се оптужни показао непотпуним, и, пр. ако само један сведок сведочи противу оптуженог, јер то оцењивање може бити важно по томе, што и непотпуни оптужни доказ може бити сасвим уништен и онда на место *absolutio ab instantia*, која је увек скопчана с извесним рђавим последицама по оптужног, има да дође потпуно ослобођење. У томе лежи битна разлика између нашег и новијих туђинских законика.

2. Оптужени може бити осуђен само на основу *potius* оптужног доказа. Потпун оптужни доказ постоји тада, кад он за све правно важне чињенице заснива извесност, т. ј. кад он виност оптуженог доводи до извесности. Према томе, мора наступити ослобођење, ако постоји основна сумња у виност оптуженог. Ово ће бити тада случај, кад је противу оптужног доказа наведен било непосредни било посредни одбранбени доказ, који је доведен до вероватноће, јер тада више нема извесности, код које је искључен сваки основ за могућност о противном, каква се тражи за осуду. Такав би случај био

* Mittermaier, Lehre vom Beweis 157, 158; Zachariae, Handbuch II 414; Holtendorff, Handbuch I 214; Ulmann, Lehrbuch 337.

н. пр. кад оптужени признаје да је убио А 1 јануара 1904 године, док један сведок сведочи да је А видео и жива и здрава 6 јануара; овде је, дакле, сведошвом сведока, као одбранбеним доказом, доведена у сумњу извесност признања као оптужног доказа, а чим постоји основана сумња у виност оптуженог, одмах мора, као што је речено, наступити ослобођење, јер се ова сумња не може на други начин решити него на основу начела: *in dubio mitius*. Ако је, међутим, противу једног доказног средства н. пр. противу сведошбе једног сведока управљен одбранбени доказ, да је тај сведок подмићен, то онда све зависи од тога, да ли, и пошто је отишло то доказно средство, још постоји извесност виности, н. пр. ако постоји друга сведошба способног сведока и још неки основи подозрења, који могу да даду потпун оптужни доказ.⁹

По нашем законнику, који узима да је потпун оптужни доказ дат онда, кад су испуњени сви услови, које он тражи за потпун доказ без обзира на то, да ли је судија уверен у виност оптуженог или не (види даље под III), може оптужени бити потпуно ослобођен само у случају, кад је оптужни доказ сасвим обеснажен. Међутим, ако је виност оптуженог наивним одбранбеним доказом доведена у сумњу, а цео оптужни доказ није обеснажен, то не наступа дефинитивно ослобођење, већ само ослобођење из недостатка доказа — § 242.

3. Кад је дат потпун оптужни доказ, т. ј. кад је виност оптуженог потпуно доказана, то се у том случају не може захтевати још и позитиван доказ о томе, да чињенице, које удазе у одбранбени доказ и не постоје, па тек онда да се на основу потпуног оптужног доказа може нарећи осуда. За осуду је, међутим, довољно, да одбранбени доказ није створио основану сумњу у истинитост оптужбе, а нарочито доказивање непостојања одбранбених околности није потребно. Просто и голо тврђење, да постоје одбранбене чињенице, нарочито ако долази од стране овога у чију корист треба да говоре, не може да ослаби оптужни доказ, јер то тврђење није доведено ничим до вероватноће. То ће бити случај тек онда, кад се

⁹ *Miternauer*, Lehre vom Beweis 158, 159; *Holtzendorff*, Handbuch I 214; *Ullmann*, Lehrbuch 337.

поред тврђења покажу и основи, са којих се те одбранбене чињенице морају узети као вероватне.¹⁰

III. Потпун и непотпун доказ (*probatio plena et probatio minus plena*).

С погледом на снагу доказа учињена је подела на *потпун* и *непотпун* доказ. Ова је подела од великог значаја само за законодавства са теоријом принудних законских доказа, која никако не оставља одрешене руке судији, већ му прописује правила, по којима има да узме нешто за истинито или неистинито. Међутим за законодавства, у којима судија суди по свом личном убеђењу, ова је подела без практичне вредности, те се према томе и дефиниције потпуног и непотпуног доказа различито дају. У Кривичном Поступку с теоријом законских доказа, потпун је доказ онај, који је испунио све захтеве и услове, које је законик унапред прописоа за потпун доказ;¹¹ тако н. пр. ако законик у једној одредби наређује да се потпун доказ сведоцима може добити само на основу две сведошбе два способна сведока, то ће потпун доказ бити онда, кад се испуне услови прописани закоником, т. ј. ако има две сведошбе. У свима осталим случајевима доказ је непотпун. Непотпун је доказ даље или *полудоказ* (*semiplena*) или је већи или мањи од полудоказа (*semiplena maior vel minor*) према томе да ли је испуњена само половина, или више или мање од половине услова прописаних закоником. Тако н. пр. ако законик тражи две сведошбе за потпун доказ, то ће једна сведошба чинити полудоказ; или ако се за потпун доказ траже три основа подозрења, то ће два основа бити већи од полудоказа и т. д.

У законикима с теоријом слободног судијског уверења потпун је сваки онај доказ, који ствара код судије уверење о истинитости чињенице, која је предмет доказа, т. ј. на основу кога судија долази до уверења о виности или невиности оптуженог. Непотпун је, међутим, сваки онај доказ, који није у стању код судије да створи уверење о истинитости,

¹⁰ *Zachariae*, Handbuch II 415; *Holtzendorff*, Handbuch I 215; *Ullmann*, Lehrbuch 337.

¹¹ *Rulf*, Commentar II 56.

veћ samo veћи ili mañi stepen verovatnoće vinnosti ili nevinosti optuženog.¹²⁾ Jасно је, да је онде, где судови суде по свом личном уверењу, непотпун доказ без значаја, јер ту може бити само двоје: или је судија уверен или није уверен, и у првом случају постоји потпун доказ, који за собом повлачи осуду, а у другом постоји непотпун, са кога се мора оптужени дефинитивно да ослободи. Према томе и пр. сведоџба једног сведока може бити потпун доказ, ако је само у стању да код судије створи уверење о винности оптуженог, докле ће у другом случају две или више сведоџба бити непотпун доказ, ако не могу да створе код судије уверење о винности оптуженог, и у првом случају ће оптужени бити осуђен, а у другом потпуно ослобођен.

Још је Римско Право поставило правило, да два способна сведока дају потпун доказ, и да, према томе, сведоџба само једног сведока има половину доказне вредности. Потпун се доказ могао добити и индицијама, и само на основу потпуног доказа судија је могао осудити.¹³⁾ — У инквизиторском поступку главно доказно средство било је признање, а с овим се могле изједначити и сведоџбе сведока, ако их најмање има две или три. Осуда по основима подозрења, међутим, није се могла изрећи, јер се држало да потпун доказ дају само признање и сведоџбе сведока, а све остало, дакле једна сведоџба и ма колико основа подозрења, јесте само непотпун доказ на основу кога се не може оптужени осудити. Непотпун доказ у прво време инквизиторског поступка имао је само толико вредности, што се на основу њега могла предузети тортура ради добијања признања. Кад је тортура укинута, основима подозрења, као непотпуном доказу, почела се давати већа доказна снага, али се још никако није сматрао као потпун доказ нити се могла изрећи законска казна (poena legitima). На основу таквог непотпуног доказа могла се изрећи само изванредна казна (poena extraordinaria) која је била мања од законске казне. Тек су законодавства XIX столећа уврстила у ред потпуних доказа и доказ по основима подозрења и

¹²⁾ Birkmeyer, Deutsches Strafprozessrecht 411.

¹³⁾ Jarke, Bemerkungen über die Lehre vom unvollständigen Beweise у Neues Archiv des Crrs. VIII 118 и даље; Holtzendorff, Handbuch I 207.

забрањили да се на основу непотпуних доказа изричу изванредне казне. Једина последица непотпуног доказа, која је и даље остала у законцима са законском теоријом доказа, јесте absolutio ab instantia, т. ј. ослобођење из недостатка доказа а не дефинитивно ослобођење, као што је то случај код теорије слободног судијског уверења.

И за наш Кривични Поступак, као и за све туђинске са законском теоријом доказа, ова је подела доказа од великог значаја. Он је у §§ 223—239 тачно прописао услове, који морају бити испуњени па да се узме да је дат потпун доказ, независно од тога да ли је судија и без тих услова уверен у винност или невиност оптуженог. Даље, наш законик изречно говори о „непотпуним доказима“, што се види из §§ 236, 238, а нарочито из § 123 у коме изброја тзв. полу-доказе. Казна се и по нашем законнику може изрећи само на основу потпуног доказа — § 240, а ако је резултат поступања непотпун доказ, то се на основу њега не може изрећи poena extraordinaria, као казна за подозрење. Али на основу непотпуног доказа у нас не наступа потпуно ослобођење оптуженог, већ само ослобођење из недостатка доказа — § 242, што у осталом одговара законској теорији доказа, која схвата потпун доказ као математичку целину, која се даје делити, и неко може потпуно бити пуштен само тада, ако не постоји ниједан део те целине, у противном наступа ослобођење из недостатка те целине. Међутим, кад је за одлуку меродавно судијско уверење, онда је могуће само двоје: или је судија уверен или није уверен, а треће је немогуће, те стога не може ни да наступа случај да се неко ослобађа из недостатка доказа.

И ако се на основу непотпуног доказа не може изрећи осуда, ипак то не значи да је он без икакве вредности. Непотпун доказ је по законнику изузетно довољан у свима случајевима, у којима није у питању казнени захтев државе, већ нека процесна права и дужности. За доношење решења процесне природе у току кривичноправног спора, законик не тражи највећи stepen извесности, т. ј. потпун доказ, већ се задовољава и с вероватноћом или још и мањим stepenom вероватноће. Тако је за доношење извесних одлука довољно само

подозрење или како то законик каже „ако има довољно основа подозрења“. Тако и, пр. решење о стављању под суд донеће се ако има „довољно основа подозрења противу оптуженог“ § 161 к. з.; иследа власт подићи ће тужбу „ако је кривица довољно доказана“ § 158; решење о започињању кривичне истраге и о притвору донеће се „противу кога основи подозрења постоје“ — §§ 117, 130; претрес стана извршиће се „кад има довољно основа“ да ће се у чијој кући наћи што — § 73. У другим случајевима законик тражи само вероватноћу за доношење решења или предузимање неких процесних радња, н. пр. претрес по кући обавишеног чиниће се „ако је само вероватно“ да се он тамо сакрио — § 75; последик ће као сведоке испитивати лица, „о којима је вероватно“, да ће знати штогод казати; сведок ће се притворити ако се „са вероватношћу“ утврди да је лажно сведочио — § 202. Најзад у неким случајевима је довољна и сумња па да се могу предузети неке процесне радње, н. пр. претрес у јавним зградама извршиће се „кад год се сумња“, да се у њима скрио окривљени и т. д. У свима овим случајевима не постоји потпун већ непотпун доказ, који је по изречним одредбама законика довољан за доношење поменутих решења и предузимање процесних радња. У ком ће случају бити „довољно основа подозрења“, у ком „вероватноћа“ а у ком „сумња“ зависи од доказа и оцене суда, при чему опет за суд није меродаван број већ само снага и вредност доказа.

§ 10.

Рок доказивања.

Говорећи о терету доказивања, видели смо да су странке, и поред забране формалне полеле терета доказивања, у првом реду позване да утичу на доказну грађу тиме, што ће тражити и подносити доказе, којима желе да докажу истинитост својих твђења. Кад је овај утицај на доказну грађу већ допуштен странкама, то се с друге стране мора од њих тражити, да то чине благовремено, како би се главни претрес

могао одржати без прекида. Из овога би изишло, да би странкама, па и иследнику, требало одредити тачне рокове, у којима имају ово учинити. Међутим, Кривични Поступак такве рокове није прописао, већ је напротив усвојио начело, да заклањање није никакав основ, са кога се има примање доказа одбити, па макар ово заклањање било и намерно. У Кривичном Поступку нема доказних рокова у том смислу, да се један доказ не може узети у обзир стога, што у законном року није поднет. Тако би наређење стајало у опречи с циљем доказа, који иде за тим, да се пронађе материјална истина. Сама природа кривичног дела доноси собом, да су сви државни органи, који су позвани за извињање и суђење, па и стране, позвани да раде на осветљењу кривичне ствари и на проналажењу материјалне истине, која мора бити основица судској пресуди. Да би пак пресуда имала за основицу материјалну истину, никако ова не сме зависити од апсолутно постављених рокова, јер је често пута немогуће у постављеном року прибавити све оно, чиме би се у кривично-правном спору утврдила истина.

Немачки Кривични Поступак доноси нарочиту одредбу, из које се види да нема доказних рокова, и то у § 245 став 1 који гласи: „сабирање или примање доказа не сме бити одбијено зато, што је доказно ордество или чиниеница, која се има доказати, доцкан поднета“. Наш законик о кривичном поступку, међутим, не доноси ни једну овакву изречну одредбу, али се из осталих наређења види, да ни он не зна за доказне рокове у том смислу, да се један доказ не сме узети у обзир зато, што благовремено није поднет.

У генералној истрази законодавац није ни могао поставити странкама извесне рокове, јер ту у врло много случајева и немамо странака, већ само иследника, који трага за учиниоцем кривичног дела. Обвињени се у доцнијим стадијумима поступка може ради своје одбран позвати на нове доказе. Тако исто нису чак ни за иследника постављени рокови, јер генералној истрази није задатак да потпуно утврди кривичну одговорност обвињеног, већ се у њој имају прикупити докази у толико, колико је довољно за доношење одлуке о стављању оптуженог под суд, т. ј. о продужењу

кривичног поступања. Већ из тога изилази, да се и после генералне истраге могу подносити докази како од иследника тако и од странака. У генералној истрази врши се обезбеђење доказа, које се састоји у прикупљању оних доказа, који се због пролазности до главног претреса могу изгубити, као и оних, који се не могу касније обновити, и, пр. губитак сведочења због одласка сведока у туђину, вршење секције и т. д.

У прелазном поступку код иследног судије првостепеног суда, до душе, налазимо прописани рок од осам дана, у коме оптужени, по саопштењу тужбе „са списком оних сведока, чија ће се сведочења при главном претресу прочитати“, има да поднесе одбрану „и именује с његове стране сведоке, које жели да се за главни претрес позову“ — § 185 став 1 и § 188 став 1. Али овај рок није такав, да се оптужени после њега не може позивати на нове доказе. Напротив, он то може чинити и после истеклог рока од осам дана, што се види из § 188 става 3, само што ће суд те доказе примити у случају, ако нађе „да су од важности за решење предмета“.

И на главном претресу, који је заснован на начелу непосредности и на коме се имају изнети сви докази пред судију, и то све до његовог свршетка, могу странке подносити доказе, које су пропустиле раније учинити. То се јасно види из § 208 става 1, по коме ће, ако суд на самом претресу сазна за нове доказе било сам, било што се на исте странке позивају, он, ако су ти докази сведоци или вантаци, наредити, да се одмах позову и испитају. По другом стању § 208 има се чак и претрес одложити ради прибављања нових — дотле непознатих доказа, за које се сазнало тек на претресу. Нови докази могу се подносити не само до свршетка главног претреса или до изрицања пресуде, већ и после овога али само у незадовољству. И у незадовољству могу се странке позивати на нове доказе, којима желе да оборе пресуду судску, противу које изјављују незадовољство. Ово се мора допустити, јер би забрана била прогишна циљу Кривичног Поступка. Од оцене Апелационог Суда зависи, хоће ли се нова доказна средства узимати у обзир или не, и ако нађе да су од важности за расправљање кривичне ствари, наредиће достављење по истима.

Што се тиче
— из установе
судског
става (исход)

Из досад изложеног сасвим се јасно види, да Кривични Поступак не зна за доказне рокове, који забрањују да се докази касније подносе. Све ово најзад потврђује и установа поновног суђења, по коме осуђени, који је већ и казну почео издржавати, може по § 340 т. 3 тражити у своју корист поновно суђење „ако докаже нова збиља или доказе, који су сами по себи или у свези са пређе употребљеним довољни да га сасвим оправдају, или много блажију казну да заслужије“.

ДУРГИ ДЕО
ПОЈЕДИНА ДОКАЗНА СРЕДСТВА

6. 8222

ГЛАВА ПРВА
УВИЂАЈ¹⁾

§ 11.
Појам и историја.

1. Увиђај јесте властито и непосредно, у законској форми предузето, судијско чулно опажање извесних чињеница, које су од важности за решење конкретног кривично-правног спора. Увиђај је, према овоме, једно од најбољих доказних средстава. Јер, у колико се једна чињеница или околност, која је релевантна за један кривично-правни спор и која је предмет доказа, може чуљима опазити, — у толико ће судија поузданије бити уверен у истинитост те чињенице, ако је он сам својим чуљима опази. И овде, као и код осталих доказних средстава, увек се у крајњој линији до истине долази извођењем закључка; код увиђаја тај закључак судија изводи из онога што је опазно. Али је закључак, који се добија на основу увиђаја, много сигурнији од сваког другог, до кога се долази на основу исказа других лица, јер у овом другом случају судија може

¹⁾ *Kleinschrod, Ueber den Beweis durch Augenschein und Kunstverständige* у старом Archiv des Crim. R. V. кн. 3 св.; *Mittermaier, Lehre vom Beweise* 161 и даље; *Kitts, Lehre über die Erhebung des Thatbestandes...* 203 и даље; *Zacharias, Handbuch...* II 216 и даље; *Rulf, Commentar...* I 154 и даље, II 68; *v. Holtendorff, Handbuch* I 221 и даље; *Glaser, Handbuch* I 654; *Mayer, Commentar* I 408 и даље; *Birkmeyer, Lehrbuch* 413 и даље; *Bonnier, Traité des preuves* I 111 и даље; *Garrand, Traité d'instr. crim.* I 567 и даље; *А. Е. Владимиров, Ученикъ объ уголовныхъ доказательствахъ* I; *Д. Радошић, Теорија кривичног поступка*; *П. Савић, Теорија судских доказа* 127 и даље.

много пре бити обманут но у првом, разума се, под претпо-
ставком, да су његова чула способна за опажање и да је он
сам способан за оцењивање. Стога, дакле, што се до закључка
овде долази најлакше, најнепосредније и најбоље, — и увиђај
јесте најпоузданије доказно средство.

Према дефиницији, у појам увиђаја улази оно:

1. Чулно опажање. Сасвим је свеједно, којим ће се чулом
извршити опажање. Стога је израз *увиђај* и незгодан и не-
тачан овако исто као и латински *inspectio ocularis* или не-
мачки *Augenschein*, по коме би увиђај имао значити само оно,
што се чулом вида опази. Увиђај је, међутим, и све друго
што се другим чулима опази, као и, пр. чулом слуха, укуса,
пипања и т. д. Тако и, пр. ако се судија чулом укуса уве-
рава да је једно јело или што друго од хране покварено, то је
он учинио увиђај и на основу њега је дошао до истине онако
исто, као и судија, који чулом вида посматра један предмет.

2. Чулно опажање судије. И ако у току поступка увиђај
могу извршити и други органи, као полицијска и општинска
власт, ипак то није увиђај у техничком смислу, јер, као што
ће се касније видети, тај увиђај не може сам по себи да по-
служи као доказ, већ се протокол таквог увиђаја пре сматра
као исправа, која у себи садржи сведочење квалификованих
сведока. Потребно је, дакле, да судија сам непосредно опази
коју чињеницу, па да постоји увиђај у правом смислу.

До опажања важних чињеница судија, опет, може доћи
на два начина: или их он може опазиати као обичан човек,
т. ј. ван вршења својих судијских дужности или их може
опазиати приликом вршења својих судијских дужности. Настаје
сад питање: има ли увиђаја у оба ова случаја? На први
поглед изгледа, да треба дати потврдан одговор, т. ј. да су-
дија може приликом суђења узимати у обзир и оно, што је
он ван вршења судијске дужности, као обичан човек, видео
или чуо. Могло би се рећи, да је главно, да судија стече
уверење о нечему, а на који ће начин и којим средствима он
до тога доћи, да је то сасвим споредно. Међутим није тако.
И ако судија може бити сведок догађаја о којима он као
судија има да суди, и, пр. он као приватан човек види или
чује на улици штогод, што доцније буде предмет извиђања

и суђења пред судом, и ако би му та његова улога, као све-
дока, можда, могла и помоћи да испуни своју улогу као су-
дија, — ипак му није допуштено, да на себе прими обе те
улоге. У овом случају, ако би опажање судије, учинено ван
поступка, требало на претресу употребити као доказ, то се
никако не може употребити као увиђај, већ једино као све-
дошба обичног сведока. Судија не може бити у исто време
и сведок и судија; он не може доносити одлуку на основу
онога што је сазнао као човек, већ само на основу онога,
што је сазнао као судија у току поступка. Јер, ако би дру-
гаче било, не би могао ни судија нити ко други контроли-
сати сведочење његово. Свака радња мора се извршити пред
судом, да би се могла отворити јавна дискусија, која је је-
дино и најбоље средство за контролу, стога судија и не сме
заснивати своју одлуку на ономе, што је сазнао као обичан
човек, већ на ономе, што је било предмет претресања у по-
ступку.

Ако се судија у ком случају једновремено пађе и у улози
судије и у улози сведока, то, да не би пао у погрешку да
своје уверење заснива на опажањима, извршеним ван поступка,
најбоље је, да се сам као судија искључи због неслагања тих
двеју улога. Ово је исто наредно и законодавац у § 46 крив.
пост., који забрањује, да може судити у једном делу судија,
који је у истом делу био сведок. Према томе, увиђај је само
оно што судија као такав у поступку својим чулима опази.
Све ово вреди и за иследника, кад он врши увиђај.

3. Чулно опажање судије мора бити извршено у законом
прописаној форми. Није, дакле, за појам увиђаја довољно само
чулно опажање судије у поступку. Јер, судија често у току
поступка опажа својим чулима извесне чињенице, које су од
важности, и, пр. слуша разне изјаве, посматра и гледа оптуж-
еног и т. д., али поред свега тога та чулна опажања нису
увиђај само стога, што нису извршена у форми, коју закон
нарочито прописује за увиђај и о којој ће даље бити речи.

II. У Римском Праву једва да се налазио увиђај, па и
тада не у ономе смислу у коме се данас он употребљаван.
Ово је долазило поглавито отуда, што је Римски Кривични
Поступак био заснован на оптужном начелу, по коме иследник

ништа није по службеној дужности предузимао ради проналажења материјалне истине; што, дакле, ни последник ни судија нису ништа за тим, да утврде постојање или биће кривичног дела. Развојем природних наука и медицине, и нарочито стварањем инквизиторског поступка, — по коме последник по службеној дужности извиђа и по коме противу обвиненог отвара истрагу тек пошто је утврдио постојање дела, — и увиђај се као доказно средство све више истицао. У прво време владе инквизиторског поступка увиђај се морао предузимати нарочито код убиства, јер се сматрало да убиство није утврђено ако се није видео леш убијенога. Како је поступано код убиства, тако се почело поступати и код других кривичних дела, код којих је судија могао да примети неке чињенице, које су од важности у поступку. У томе се било отишло врло далеко, да се правила разлика на *delicta facti permanentis* и *facti transeuntis* према томе, да ли кривично дело оставља за собом трагове или не, и у првом случају морао се увек предузимати увиђај, који се сматрао за једино доказно средство тих трагова или околности. Увиђај је ушао и у данашњи реформирани Кривични Поступак као доказно средство само с том разликом, што се не истиче нарочито над осталим доказним средствима, већ се изједначаје с осталима, а судији се препоручује, да га предузме свуда где њиме може доћи до уверења о истинитости какве чињенице, која му је потребна или где му је потребно да послужи као контрола других доказних средстава као н. пр. сведочење сведока.

III. Увиђај може бити извршен како у генералној тако и у специјалној истрази. У генералној истрази увиђај предузима последник, а у специјалној суд и то или цео суд или један судија, кога суд за то нарочито одреди. Према томе, да ли је увиђај извршио последник или суд он се и зове, по нашем поступку, иследнички или полицијски и судски увиђај.

§ 12.

Увиђај у генералној истрази.

I. Кад је реч о увиђају у генералној истрази, т. ј. о полицијском увиђају, прво питање које се ту истиче јесте:

у којим случајевима се има да предузме увиђај? или кад ће се извршити увиђај?

Одговор на ово питање дао је наш Кривични Поступак у § 54 овим речима: „Ако би се на ком месту, или ком лицу траг казнимог дела налазио, полеђујућа власт у присуству два сведока, сама ће се о том трагу уверити и старати се, ако је могуће, да се он не изгуби“. Као што се види, законодавац се није упустио у набрајање свих појединих случајева, у којима последник има да изврши увиђај, него је све те случајеве предвидео једним општим правилом. По овом правилу, опет, све зависи од тога, да ли кривично дело, које је предмет истраге, оставља за собом ма какве трагове или не, па ако оставља, увиђај се има предузети, ако пак не оставља, нема се предузети. И по нашем Кривичном Поступку је, дакле, од значаја подела кривичних дела на *delicta facti permanentis* и *facti transeuntis*. Само сад настаје питање: да ли се смисао §-а 54 има тако разумети, да се увиђај код кривичних дела која за собом остављају трагове безусловно мора предузети?

У одговору на ово питање законодавства се јако разликују. С једне стране стоје стара законодавства, заснована на начелима инквизиторског поступка и нарочито на теорији законских принудних доказа, а с друге сва нова, реформирана законодавства с начелом слободног судијског уверења. По првим законодавствима, судија све чињенице, које својим чулима може опазити, само увиђајем мора доказати. Према томе, ако које кривично дело остави за собом трагове, онда се ти трагови само увиђајем могу доказати а не и којим другим доказним средством. Реформирана законодавства, опет, не постављају тако апсолутно правило, већ остављају судији, да чињенице, које се увиђајем могу доказати, утврди и којим другим доказним средством.

И ако наш Кривични Поступак спада у старе поступке, и ако је он у многоме организован по инквизиторском начелу, које се нарочито огледа у теорији принудних законских доказа, ипак се смисао §-а 54 нема узети тако, да је последник безусловно дужан предузети увиђај чим сазна, да је кривично дело, које је у питању, за собом оставило неке трагове, и

ако би се по тексту његову могло узети, да је то иследникова дужност. Овакав смисао не може се овоме §-у придати већ ни по томе, што се кривична дела не даду тачно класификовати на кривична дела која за собом остављају трагове и на она која не остављају никакве трагове, јер док је једно кривично дело у једном случају оставило трагове, дотле то исто дело у другом случају може не оставити трагове. Законодавац је у §-у 54 хтео иследнику само да да општи упут, а његов је смисао тај, да ће иследник морати предузети увиђај у свима оним случајевима, у којима се нада, да ће увиђајем доћи до неке чињенице или околности, која може ма у колико допринети проналажењу материјалне истине. По овом се, дакле, правилу има увек решити питање о предузимању увиђаја. Сви новији законодавци сасвим јасно предвиђају ово правило; сви они наређују, да се увиђај има предузети увек, кад се то ради расветлења какве чињенице покаже потребно.

Кад се расмотре поједини кривични случајеви, одмах се може видети, да има таквих, у којима је неопходно потребно предузимање увиђаја, као и обратно. Тако н. пр. оптужени за убиство признаје да је убио, али додаје да је то учинио у потребној одбрани. Он наводи, како је с убијеним био у њиви близу потока, и како се с њиме ту посађао; услед те свађе убијени је пошао на убицу замахнутом секиром а овај притеран у један угао уз ограду, не могући избећи опасност, убије нападача из ништоља. У овом случају морао би се извршити увиђај на месту извршеног убиства, да се види како стоји то место, ограда, поток, да би се из свега тога могао извести закључак за истинитост или неистинитост тврђења оптуженог. Или оптужени за крађу признаје да је исту извршио и то да је он сам извршио. Међутим оштећени вели, да ценећи према месту учинене крађе, према начину извршења, немогуће је да је оптужени сам без ичије помоћи то извршио. У овом случају иследник ће морати учинити увиђај ради прегледња места, како би и сам могао видети, да ли је оптужени сам могао учинити крађу или не, па ако иађе да он то сам није могао учинити, онда одмах да почне тражење учесника. У овом случају, опет, увиђај се несумњиво

показује као непотребан. Оптужени за крађу извршену обијањем призна, да је на тај начин и извршио крађу, и то се признање потпуно слаже како с исказом оштећеног тако и с исказима сведока. Онда би увиђај био излишан, да се њиме докаже обијање, јер је оно и другим путем тако исто несумњиво доказано.

Из циља увиђаја још јасније се види у којим случајевима се он има предузети. Увиђај има ово за циљ: 1. утврђивање бића или постојања кривичног дела. Увиђај служи као најбољи доказ о томе, да ли у опште постоји каква кажњива радња, за тим да ли та радња има обележја каквог преступа или злочина и којег. Тако н. пр. увиђајем се несумњиво утврђује, је ли кућа изгорела, је ли случај самоубиства или убиства, је ли крађа са или без обијања и т. д. 2. Сем утврђивања постојања кривичног дела, увиђај, на другом месту и у другом реду, има за циљ проналажење индиција (основа подозрења) за кривичну одговорност оптуженог као и ња утврђивање величине његове кривичне одговорности. Увиђај, дакле, може бити доказ и о томе, ко је извршио кривично дело. Ако н. пр. иследник на месту извршеног дела увиђајем иађе какве трагове или оруђе или што друго, што може послужити као индиција, да је једно одређено лице извршило то дело, то је у том случају и увиђај доказ о виновности или кривичној одговорности тога лица. Увиђај тако исто може да послужи као доказ и о томе, да ли је виновник са злом намером радио или не. 3. Циљ увиђају може даље бити контролисање других доказних средстава, нарочито исказа сведока и оптуженог. Ако се признање оптуженог, који је иначе непознат, не може да потврди довољно и другим околностима, то је у таквом случају врло потребно предузети увиђај ради контролисања истинитости признања. Тако се исто увиђајем може контролисати сведоџба сведока, који н. пр. сведочи да је кроз једну малу рупу на вратима нешто видео, или да је са извесне даљине чуо нешто што је спорно. 4. Увиђај се може предузети и у циљу утврђења олакшавних и отежавних околности. 5. Најзад, увиђај може послужити као доказ и за величину штете, која је кривичним делом причинена.

Кад иследник зна, у ком се циљу предузима увиђај, онда ће он исти предузети у свима оним случајевима, у којима се има надати, да ће њиме постићи ма који од поменутих циљева. Иследник се, дакле, има држати правила, по коме се увиђај предузима увек, кад се њиме има да расветли каква чињеница или околност, која је од важности за конкретни кривично-правни спор. Предмет увиђаја имају на првом месту бити важне чињенице, али ће иследник тако исто бити дужан да својим чулима опазе и све остале чињенице, које стоје ма у каквој вези с кривичним делом, па макар и не биле тако важне. Ово иследник треба да учини стога, што постоји бојаза, да се те чињенице или околности касније не измене тако, да је немогуће учинити увиђај. Сем тога, те чињенице, које су се испочетка показале као неважне, могу у току поступка постати важнима, те их и стога треба опазити онда кад је то најлакше учинити.

И ако као правило важи, да увиђај треба предузимати само онда кад се њиме има да постигне један од његових циљева, и да га не треба предузимати у случају, кад је једна важна чињеница несумњиво доказана другим доказним средствима, — ипак то правило не треба апсолутно да веже иследника. Иследник неће предузимати увиђај само онда, кад у тренутку, у коме је сазнао за какву важну околност, има несумњивих доказа, да је та околност истинита. Вршење увиђаја у том случају значило би отежање поступка. Али је таквих случајева мало у пракси. Иследник не сме пропустити вршење увиђаја, што је у изгледу, да ће се једна околност моћи и другим доказима утврдити. Он ово не сме учинити стога, што у самом почетку често и не зна од какве ће важности која околност бити и што не зна, хоће ли се она касније моћи другим доказима утврдити, ако се сад пропусти учинити увиђај. Иследник, дакле, у самом почетку истраге мора бити врло обазрив, па и тада треба да предузме увиђај, кад још сасвим не зна, шта њиме има да постигне. Стога законодавац у § 54 и даје општи упут, по коме иследник треба да учини увиђај у случају, кад кривично дело за собом оставља трагове. Ово наређење, дакле, не привуђава већ само упуђује иследника, и од његове обазривости и увиђавности зависи, хоће ли из-

вршити увиђај или не, при чему се има да руководи циљем увиђаја као и циљем саме истраге.

Из досадањег налагања види се и то, шта може бити предмет увиђаја. Предмети су увиђаја: простори, место на коме је извршено кривично дело, покретне и непокретне ствари, као и лица и то како обвинени и, пр. жена која је оптужена за детоубиство, тако и повређени, и, пр. код телесне повреде, код силовања и т. д. Ако су у питању предмети, који се налазе у рукама иследника или судије, или ако је у питању изнесен простор, у који је слободан приступ уопште, онда је иследник у вршењу увиђаја неограничен. Али ако се предмет увиђаја налази у приватном стану, онда се тај увиђај има учинити под свима онима законским ограничењима, под којима се предузима претрес стана (§§ 73—88). Под тим ограничењима сваки је дужан да допусти, да иследник види предмете, на којима се вероватно могу наћи трагови кривичног дела. Само је претходно потребно, да се позитивно зна има ли предмета над којима треба извршити увиђај и где су, а да ли се они налазе код обвиненог или код кога другог, сасвим је свеједно. Грађанска је дужност свакога, да ничим не омета истрагу; та дужност постоји чак и за оне, који су били предмет кривичног дела, т. ј. према којима је извршено кривично дело. Тако и, пр. ако је услед доставе једног лица, па макар она била и неистинита, отворена кривична истрага због силовања, то ће лице, које је означено као силовано, морати допустити и трпети вршење увиђаја на себи, па макар оно и не подизало тужбу за силовање. Од ове дужности, да на себи трпи вршење увиђаја, нико се не може изузети, па чак ни лица, која су законом ослобођена од дужности сведочења (§§ 91 и 92).

II. Друго питање јесте: ко је позван да изврши увиђај?

У генералној истрази увиђај има да учини надлежни иследник. У § 54 каже се „ислеђујућа власт“, а ова је по правилу надлежна ~~полицијска власт~~ а изузетно један судија првостепеног суда са писаром, који се за то нарочито одређује на основу § 25 крив. пост. У неким случајевима увиђај може предузети и ненадлежни иследник. То су случајеви, кад се предмет увиђаја налази у другом срезу или округу, за који није надлежан иследник, који конкретно дело извиђа. У таквом

F. ~~судски~~ ~~из~~ ~~градски~~ ~~иследник~~
судски

случају јавља се потреба за правном помоћи т. ј. надлежни иследник обраћа се иследнику орева или места, у коме се предмет увиђаја налази, с молбом, да увиђај предузме и да протокол о учињеном увиђају пошаље. Оваквих случајева правне помоћи треба да буде што мање, јер је немогуће, да умољени иследник, и поред свег описа и најдетаљније постављених питања, онако изврши увиђај, као што ће то учинити иследник, који извиђа дело, који се за исто заинтересовао и са многим важним детаљима упознао. Стога се за помоћ другом иследнику треба обраћати само онда, кад је предмет увиђаја такве природе, да се не може преносити, или да се не може преносити без опасности да не буде покварен. У свима осталим случајевима треба се старати да иследник, који увиђа дело, својим чулима опази чињеницу или околност која је од важности за решење кривично-правног спора.

Настаје питање: како стоји с општинском влашћу, кметовима? Могу ли и они вршити увиђај или не? Како је општински суд надлежан да извиђа и суди истуше, то су кметова, ислеђујући истуше, позвани да врше и увиђај. Код извиђања злочина и преступа, међутим, општинска се власт јавља само као помоћни орган иследников. Улога кметова и овде по § 20 крив. пост. у главном је, да известе надлежног иследника, чим сазнају за какво извршено кривично дело, а ако то дело оставља за собом и трагове, које треба видети, онда је њихова дужност, да предузму све, да се тај траг сачува и то у непромењеном стању, да би га иследник могао видети.

Али у неким случајевима, изузетно, и кметови, као помоћни органи, могу предузети увиђај. То случајеви настају онда, кад у месту, у коме се налази предмет увиђаја, нема иследне власти, или нарочито кад је место иследне власти толико удаљено од места на коме треба учинити увиђај, да је одлагање увиђаја скопчано с опасношћу, да се касније не може више никако ни предузети. Тако н. пр. ако треба видети трагове крви у снегу, стопе или што друго, што брзо ишчезава или се квари, онда је општинска власт дужна сама одмах да учини увиђај не чекајући иследника. Ово се јасно види из § 20, који кметовима налага, да, кад у месту нема иследника, предузму „истраживати“, докле иследник не дође,

у које истраживање, разуме се, улази и вршење увиђаја, кад је с одлагањем скопчана опасност. Протоко таквог увиђаја истина не може у поступку да послужи нити да се узме као доказ, али ипак за то он није без икакве доказне вредности. Тај протоко може вредети онолико исто, колико вреди и свака друга вансудска исправа, која у себи садржи сведошбу сведока. Овакав увиђај може још и више вредети, ако се кметови, који су га извршили, позову и испитају као сведоци који су својим чулима опазили извесне чињенице, и њихове ће се сведошбе оцењивати по свима правилима о сведошбама. Ово треба увек учинити кадгод се доцније увиђај не може поновити.

III. Из дефиниције увиђаја види се, да увиђај није свако чулно опажање иследника или судије, већ само оно опажање које иследник предузме у форми, коју је закон прописао. Према томе, да би увиђај могао послужити као доказ, законодавац је прописао форму које се иследник мора придржавати. Законодавац је поставио правила о поступку код увиђаја само у генералној истрази. Ово је објашњиво кад се зна, да је увиђај радња, која се по правилу мора предузети у генералној истрази, јер трагове, које кривична дела за собом остављају, најчешће су пролазне природе, и ако би се чекало до главног претреса, да се тек тамо учини увиђај, у највише случајева се он тада не би могао ни предузети.

Правила, којих се иследник мора придржавати при вршењу увиђаја, у главном су ова :

1. Увиђај, као једна од најважнијих иследничких радња, којом се може потпуно да утврди истинитост какве чињенице или каквог односа, мора се на првом месту, предузети у оној истој форми у којој се предузимају и све остале радње у генералној истрази. Из овога као неопходно излази, да, сем надлежног иследника, предузимању увиђаја мора бити присутан *Губер* и деловођа (§ 52 крив. пост.). Дужност је деловође, да води протоко и да у њега унесе све што је приликом увиђаја примећено, и да тај протоко заједно с иследником овери. Из овога се, међутим, никако не може извести, да је деловођа сасвим споредна личност, која има, да послужи као машина

за писање. Не, на против. Деловођа, потписујући протоко увиђаја, прима и сву одговорност за садржај његов као год и иследник; стога он има не само права већ и дужност, да учествује т. ј. да и сам опажа приликом вршења увиђаја. Деловођа, према томе, не мора унети у протоко оно, што се приликом увиђаја није приметило, а ако иследник то нарочито тражи, онда деловођа има у протоколу то нарочито да констатује, пошто је поступио по наредби иследника. Увиђај, дакле, који би извршио само иследник без деловође не би имао никакве вредности, нити би се протоко таквог увиђаја могао употребити као доказ.

Од практичне је вредности овде питање: ко може бити деловођа? Одговор на ово питање даје § 52 крив. пост., у коме се каже да ће сваки протоко потписивати иследник „са писаром“; дакле, деловођа има да буде писар, и то писар срески, писар начелства, писар Управе Града Београда, ако је иследник полицијска власт, а писар судски, ако је иследник судија првостепеног суда. Но ово правило не треба разумети апсолутно, т. ј. да само писар полицијски или судски мора бити деловођа и нико више. Ако би се тако разумело, онда би се често много морало издангубити и изгубити само стога, што „писар“ треба да буде деловођа. Стога, у изузетним случајевима, кад увиђај треба што пре извршити, а иследник нема у томе тренутку ни једног свог писара, или ако би други послови трпели са одласком и иследника и писара, онда за деловођу треба узети и које друго лице. Туђински законодавци предвиђају овакве случајеве. Тако н. пр. немачки крив. пост. у § 185 допушта иследнику, да у случајевима, који не трпе одлагања, за деловођу узме и које друго лице, које он само има да закуне. Наш законодавац, истина, не предвиђа овакве случајеве, али их и не забрањује, те стога и у нас иследник, и у таквим изузетним случајевима, треба за деловођу да узме које друго лице. У осталом ово је у нашој пракси овако и усвојено и то на основу расписа министра правде од 29. маја 1867. Бр. 2107, који гласи: „У § 52 закона о поступку судском у кривичним делима, истина стоји, да ће иследовање код полицијских власти потписивати иследовач са писаром, но под том речи писар не може се разумети, да

мора баш бити указни чиновник, него је довољно, да ту буде као деловођа и какво друго писмено лице између званичника, па макар то био практикант или писар општински, учитељ или друго лице званично, које одреди полицијска ислеђујућа власт да потпомаже иследовача“.

Сем деловође, увиђају морају присуствовати и два грађанина, који служе као сведоци, који посведочавају, да је све у истини онако, како је у протоколу записано. Како је у генералној истрази јавност искључена, то је њихово присуство потребно као гаранција, да ће се све урадити по закону. Ови присутни сведоци, према томе, имају и право и дужност да у протоколу примете сваку неправилност иследничкову приликом вршења увиђаја.

2. Што се тиче права странака, да присуствују увиђају, то се мора правити разлика између обвиненог и тужиоца.

Законодавац обвиненом само по изузетку допушта, да присуствује увиђају, и то само онда „ако се власт отуда нада, да ће он од тога што признати, или каква објашњења о њима (траговима) дати.“ Дакле, присуство увиђају није право, већ само дужност обвиненог. Иследник је позван да оцени у сваком случају, је ли потребно његово присуство или не. Законодавац је чак у наведеном § 54 казао и то, у којим случајевима иследник има наредити обвиненом да присуствује увиђају. Иследник ће то наредити прво у случајевима, у којима је потребно, да обвинени објасни неке чињенице или околности, које је навео, н. пр. да објасни тачно где је које од разних лица стајало при једној тучи, или н. пр. ако је потребно да обвинени позна леш убијеног. Друго, иследник ће наредити присуство обвиненог и онда, кад се нада, да ће га ту, на месту увиђаја, моћи боље да посматра и да ће га на тај начин моћи навести на признање. Иследник може и, пр. очекивати, да ће гледање места на коме је дело извршено или гледање самог предмета дела утицати на савест обвиненог и да ће услед гриже савести признати.

Као год и наш, овако су исто наређивали и сви старији законодавци. Данашња законодавства, међутим, у многоме се разликују од старих. Данас се, на првом месту, више не допушта, да иследник наводи обвиненог на признање. Стога

давашња законодавства не допуштају присуство обвиненог увиђају у циљу добијања признања. Као разлог његовом присуству остаје, дакле, само онај први, т. ј. кад има да објасни околности, које су поред свег усменог причања нејасне. Овако наређује данашњи аустријски кривични поступак. Најмодернија законодавства отишла су даље и допуштају обвиненом да присуствује увиђају, кад он то жели. Ово је сасвим принципијелно и тачно. Јер, кад се узме, да је увиђај радња, која се у највише случајева само у генералној истрази може предузети и да се због пролазности предмета увиђаја касније не може обновити, онда начело страначке једнакости, начело *audiat et altera pars* захтева, да и обвинени присуствује, да се и он чује, само ако он то жели. Све остале радње, извршене у генералној истрази, обављају се на главном претресу, и стога обвинени не мора њима присуствовати, док се увиђај, као радња којом се један доказ прибавља, дефинитивно свршава у истрази, и обвинени је лишен одбране, ако му се приликом вршења увиђаја не да прилика да на исти учини своје примедбе. У овоме смислу треба учинити реформу у нашем будућем закону.

Ово и неправедно и строго наређење §-а 54, по коме обвинени може присуствовати увиђају само онда кад то иследник нареди, ублажено је у неколико тиме, што се браниоцу обвиненог не може забранити присуство. Уставом од 1903 допуштено је обвиненом, да и у генералној истрази има браниоца, и несумњиво је увиђај једна од првих и најважнијих радња којој бранилац треба да присуствује. Увиђајем се у највише случајева утврђује постојање кривичног дела, и кад је то тако важна иследничка радња, која се често не да касније обновити, онда се браниоцу, као стручном лицу, мора допустити, да тој радњи присуствује и да говори за обвиненог. Да би бранилац могао присуствовати увиђају, потребно је да обвинени саопшти иследнику име онога, кога је узео за свога браниоца. Иследникова је овет дужност, да браниоца благовремено извести о времену и месту увиђаја. Ове се дужности иследник може ослободити само у случају, кад постоји основана бојазан да ће се услед извештавања изгубити у времену, на услед овога изгубити и сам увиђај.

*Браниоци
такође имају
право присуства
у истрази и
увиђају - али
само у случају
неопходности.*

Односно тужиоца законодавац ништа не наређује, али се и с њим има поступити онако исто као и са браниоцем, т. ј. он по правилу треба да буде извештен о предузимању увиђаја. Ако иследник нађе да је његово присуство потребно, онда ће он бити дужан да присуствује. То нарочито може да буде случај са повређеним, који често треба на месту дела да објасни неке околности.

3. Са предузимањем увиђаја не сме се никако оклевати, већ се мора извршити што је могуће пре. Ово је потребно учинити поглавито стога, што са одлагањем или могу трагови кривичног дела сасвим да нестану или се могу у тој мери изменити, да се не може добити првобитна слика. Стога је увиђај по правилу једна од првих иследничких радња. Ако иследник не може одмах да приступи вршењу увиђаја, онда он мора наредити да се предмет увиђаја сачува у првобитном стању тако да никакве промене не наступе. Ради тога може он наредити да се место, какав предмет или лице чува под стражом, да се извесне ствари затворе и запечате и т. д. Наступе ли, поред свега тога, какве промене у том међувремену, иследник је дужан да сазна како је предмет увиђаја изгледао одмах по извршеном делу. Он ће ово најпре и најлакше сазнати саслушавањем лица, која су прва дошла на место извршеног дела и која су прво видели предмет увиђаја, те ће с тога и моћи казати које су и колике су промене наступиле на предмету увиђаја.

4. Законодавац не поставља нарочита правила о томе, на који начин иследник има да предузме увиђај. Ово је и немогуће учинити стога, што су предмети увиђаја тако разнолики, да се увиђај над њима не може вршити по једним утврђеним правилима. Али и ако законодавац није прописао правила, ипак је наука створила нека општа правила, а пракса дала упут, по коме иследник треба да ради, кад врши увиђај.

По том упуту иследник, кад приступа увиђају, мора на првом месту сву своју пажњу да обрати на чињеницу или околност која је предмет увиђаја. А шта је предмет увиђаја у поједином конкретном случају, иследник ће увек знати према кривичном делу које је извршено, као и према чиње-

ници или околности, чију истинитост треба доказати. Али иследник никако не сме да смете с ума, да се увиђај касније или тешко може поновити или се никако и не може поновити. Стога је он дужан приликом вршења првог увиђаја, да обрати своју велику пажњу не само на главни предмет увиђаја, н. пр. на леш, ако је у питању убиство, већ да исту распростре и на све друге околности, које на први поглед нису од вредности, али које касније могу да буду од утицаја на решење кривичноправног спора, јер се касније може многа важна околност да објасни и расветли једном спореднијом околношћу. Тако н. пр. ако је у питању убиство, то ће предмет увиђаја прво бити леш. Иследник има да констатује постојање леша, за тим како је одевен, како одело изгледа, колико повреда има, где су и какве су. После тога предмет увиђаја има да буде простор у коме је леш нађен, као и све околне одаје. Има се н. пр. утврдити, да ли је леш нађен на кревету, на патосу, близу врата или прозора, у ком је положају леш био и т. д. Исто тако иследник мора да обрати пажњу на то, да ли крај леша или у тој одаји у којој је леш или ван ње има каквог оруђа, којим је убиство извршено; за тим на то, да ли случајно ту или у близини нема каквог предмета, као: марама, пешкир, дуванска кутија или што друго, по чему би се могао наћи прави кривац. На трагове од крви мора такође обратити пажњу, на трагове од човечијих ногу из чега се може видети да ли је био један или више злочинаца, да ли је било хрвања са жртвом или не, као и на сваку другу најоштрију околност за коју иследник држи, да ће му у истрази бити од користи.

Да би иследник могао знати, на шта треба да обрати пажњу и шта треба нарочито да види, потребно је да лагано, мирно и постепено приступа увиђају. Он треба најпре само да посматра предмет увиђаја, место на коме се налази и околину, па тако посматрајући да нађе чињенице и околности, за које држи да су за конкретни случај од важности, и да на њих онда обрати нарочиту пажњу. Иследник никад неће погрешити ако буде мислио на ова питања старих правника: *quis, quid, ubi, quibus, auxiliis, cur, quomodo, quando?* (Ко, шта, где, с ким, зашто, како, и кад?). Одговор ће бити увек та-

чнији, ако се иследник буде старао, да ни предмет ни место не буду никако измењени. Ако је ради расветљења какве околности, потребно саслушати извесна лица, иследник ће ова позвати и испитати их о свему, што му за његово оријентисање може послужити.

Пошто је иследник свршио увиђај, узеће са собом све оно што изгледа да је послужило као средство за извршење кривичног дела, као н. пр. лажне кључеве, пушке, револвере, ножеве, батине, камење, отров, конопац, као и све друго, чиме се може у опште извршити кривично дело или чиме се може пронаћи виновник. Иследник је дужан да узме тако исто и све оно, што изгледа да је производ извршеног кривичног дела, као што су н. пр. крадени предмети, лажни новци, трговачке књиге и т. д. Најзад он је дужан да узме и све оно, чиме се може да докаже, да је обвинени одиста учествовао у извршењу дела; тако ће он н. пр. узети предмете на којима се налазе отисци од руку и ногу, писма, парче одела и т. д. — Све ове предмете иследник мора брижљиво да чува. Нарочито је дужан да обезбеди њихову идентичност; ради тога има он те предмете да затвори и запечати, или бар да их мете у какав пак, који ће се завезати и запечатити иследничким печатом.

5. О извршеном увиђају иследник је дужан да направи нарочити протоко. Како се увиђај не врши само ради иследника, већ поглавито ради суда, који има да пресуди конкретно дело, то протоко мора бити потпуни и јасан, да суд, који на основу њега има да донесе своју одлуку, добије тако потпуну слику о самом предмету увиђаја, као да га је он сам посматрао. Због тога протоко треба правити одмах по извршеном увиђају и то на месту увиђаја. За доцније не треба остављати, јер се може изгубити из сећања права слика, а увиђај се понова не може са успехом извршити.

Овај протоко мора у себи садржати тачан опис свега онога што је приликом увиђаја нађено. Треба увек почети са описом главног предмета, н. пр. код крађе извршене у кући почети са описом саме куће, њеног положаја према улици и осталим зградама, осталих одаја у истој кући. За тим треба описати све појединости, које се односе на конкретни кри-

вични случај, овде на крађу. Тако би овде у протоко имало да уђе све оно што се јавља као обележје једне врсте крађе, н. п. на који је начин крађа извршена: обијањем, прескакањем, отварањем лажним кључем и т. д. Тако исто се има описати унутрашњост одаје, у којој је крађа извршена, ормани, фијоке и др. из којих су предмети узети, као и опис самих украдених предмета. У протоко има да уђу и све остале узгредније околности, које могу да допринесу проналажењу виновника. Тако треба описати трагове ако их је било, заборављено оруђе, којим је извршено обијање, као и све остало што је иследник приликом вршења увиђаја нашао да може показати неку везу између учињеног дела и навесног лица као учиниоца.

И поред најјаснијег описа, протоко увиђаја по некад не може судијама да даде праву и јасну слику предмета увиђаја. Да би суд добио што јаснију слику, не само да се допушта него се и препоручује, да уз протоко увиђаја дођу цртежи, скице или планови места или предмета на коме је увиђај вршен. Потреба за цртежима и сликама јавиће се код свих компликованијих увиђаја, као н. пр. кад треба тачно обележити места где је ко од више учесника стајао. Само при овоме иследник треба да pazi, да цртеж буде што тачнији; ако он сам не би могао то учинити, може се послужити и другим лицем, које је у томе вештије али које има да ради под његовим надзором.

Ако је иследник приликом вршења увиђаја саслушавао нека лица, то њихова саслушања не треба да улазе у протоко увиђаја, већ у један други акт, одвојен од протокола. Ово је потребно стога што протоко увиђаја вреди као акт, који се на претресу има само да прочита, док се сва она испитана лица понова позивају и као сведоци испитују и на главном претресу.

О техничкој страни протокола, као што се види, не може се много рећи. Не могу се поставити детаљна правила о томе, како треба направити сваки протоко. Највише при томе зависи од индивидуалности иследника. Од његове интелигенције, правне спреме, праксе, пажљивости, преданости послу, зависи како ће он извршити увиђај и направити протоко. Као савет

препоручује се иследнику и судији, да не почињу писати протоко пре него су потпуно завршили увиђај. Кад су лагано и мирно прегледали све што је требало видети, и кад су о свему још и размислили, онда тек могу приступити писању протокола, који, као што је напред речено, треба да представља верну слику свега што је нађено да је од важности за конкретни случај.

Из превелике жеље, да иследник буде што јаснији и тачнији, не сме он пасти у грешку, да буде сувише опширан па онда да у протоко уноси и оно што је непотребно. У овакве ће грешке иследник падати увек кад не зна да одвоји главно од споредног, важно од неважног. Ову разлику онет неће моћи никад уочити, ако претходно не буде добро загледао у ствар и о њој размислио. Велика опширност и уношење безначајних ствари причињава да суд не може да дође до праве слике, па онда ни до праве истине.

Из § 52 крив. пост. види се, да и протоко увиђаја, као и сви остали протоколи у генералној истрази, мора још у себи да садржи место, годину, дан и време дана кад је увиђај извршен. За тим име онога ко је вршио увиђај, име деловође и присутних грађана, као и име оптуженог, његовог браниоца и приватног тужиоца ако су и они присуствовали. Сва лица, која су присуствовала вршењу увиђаја морају протоко увиђаја и потписати, а оверева га иследник са деловођом.

§ 13.

Увиђај у специјалној истрази.

Као год у генералној, тако исто и у специјалној истрази код суда, може се увиђај извршити. Јер, кад се увиђај у генералној истрази предузима ради тога да суду, на главном претресу, послужи као доказа, кад се он, дакле, за суд врши, онда је са свим јасно да га и сам суд може предузети. Чак је логичније, тачније и потребније, да суд, који суди конкретно дело, и чини увиђај, јер је увиђај, који суд изврши, прави и потпун доказ. И начело непосредности, по коме се сви докази имају прикупљати на главном претресу, тражи, да се и увиђај изврши на главном претресу тако да се непосредно

posle toga može doneti sudska odluka. Stoga nadležni sud i treba da vrši uviđaj uvek kad god je to moguće. Ovo će opet biti moguće samo onda kad se predmet uviđaja može da sačuva непромењен sve do главног претреса, када се увиђај има извршити. Само је оваквих случајева мало, јер су обично трагови, које кривична дела за собом остављају, или пролазне природе или се не даду без тешкоћа преносити и чувати, те је стога увиђај, као што је речено, радња која се мора по правилу у генералној истрази предузети. Он се у генералној истрази мора предузети, а ако је могуће обнови га и у специјалној истрази, т. ј. ако се предмет увиђаја може дотле одржати, онда га безусловно треба обнови и на главном претресу.

Увиђај у специјалној истрази може предузети или иследни судија или цео суд.

По § 183 крив. пост. иследни судија је дужан да изврши дослеђење и да на тај начин припреми кривичну ствар за главни претрес. Кад суд на основу § 161 крив. пост. доноси решење о отварању специјалне истраге, т. ј. о стављању оптуженог под суд, он предаје сва акта генералне истраге заједно с поменутиим решењем иследном судији у циљу дослеђења и припреме за главни претрес. Ако, дакле, иследни судија приметити, да је иследник у генералној истрази пропустио учинити увиђај, онда је он дужан извршити га, да не би ствар неприготовљена ишла на главни претрес и да се онај због тога не би одлагао. Да је ово одиста дужност иследног судије, јасно се види из § 183 који наређује: „... да ће према наложеним у главама VI до XIV правилима дослеђење учинити, сведоке и нештаке испитати и заклетити, једном речи све што је за пресуђење дела потребно учинити“....

Међутим, наша је пракса сасвим другача. По њој § 183, у колико је сад наведен, и не постоји, јер иследни судија не врши никаква дослеђења, па не врши ни увиђаје. Он по нашој судској пракси само прими од суда акта генералне истраге са решењем о стављању под суд, претвара се у државног тужиоца и као такав ради до главног претреса и даље. Сва дослеђења, која треба учинити, он оставља суду, да их на главном претресу види и да тада иста наређује. Отуда и

долазе врло честа одлагања претреса у нас; пракса, која је несумњиво и незаконита и рђава.

Цео суд врши увиђај на главном претресу, у судници. Овај увиђај најобичније је само верификација иследниковог увиђаја, јер се ту износи сачувани предмети увиђаја, да их и суд својим чулима опази. Али то може бити и сасвим нов увиђај у случају, ако се касније, тек у специјалној истрази, сазнало за какав траг, оруђе или што друго што би могло бити предмет увиђаја, а од важности је за решење кривичне ствари, као н. пр. ако се приватни тужилац пријави са парчетом гуња, за који вели, да је у гушењу откинуо од гуња оптуженог; или ако се на оптуженом нађе повреда, коју приватни тужилац по месту тачно означава, и т. д. Да цео суд на главном претресу може предузети увиђај, јасно се види из § 208, чији други одељак гласи: „суд може.... и сам собом судски увиђај предузети“....

Може ли цео суд изићи на лице места, на коме се налази предмет увиђаја, и тамо извршити увиђај?

Ово је питање у нас доста расправљано, јер је у прво време изгледало да је спорно. Спор је долазио услед нејасности другог одељка §-а 208, који, истина, допушта суду да може предузети увиђај и да „за ту цел може и претрес прекинути и за други дан одложити“ али се истовремено, у загради, позива и на § 25, који гласи: „кад би суд за нужно нашао, да се што доследи на самом месту, чиниће то преко ислеђујућег судије и писара, којима ће власти полицијске у томе у свему на руци бити“.

Поред све нејасности ово је питање и у теорији и у пракси у нас расправљено тако, да цео суд баш на основу § 208 може изићи на лице места ради предузимања увиђаја. После дугогодишње овакве праксе дошао је распис Министарства Правде од 3 јануара 1902 број 328, којим се судовима забрањује да цео суд предузима увиђај, већ да суд нареди да се исти изврши преко иследне полицијске власти или преко једнога судије и деловође. Разлог за овакво наређење нашао је тадашњи министар правде баш у томе, што се § 208 позива на § 25, по коме суд чини увиђај преко судије и писара; сем тога још и у томе што су се били учестали случајеви, у којима је цео суд вршио

увиђај, што је било скончано са знатним издацима, који су често падали на терет и државној каси.

Кад се само мало боље загледа у ово питање, одмах се види, да је и просто и лако, и да стога не задаје тешкоће. Несумњиво је тачно, да цео суд, као колегијум може предузети увиђај. Ово је питање овако расправљено чак и у оним законодавствима, која никакве одредбе о њему не допосе. Тако у Француској може цео суд предузети увиђај и ако то ни један закон не предвиђа. Оваква пракса је тамо створена још 1848 једном одлуком Касационог Суда, која гласи: „Судови не само да имају право, него још и дужност, да предузму све мере, и да нареду прибирање свих доказа, извештаја, вештачких мишљења, предузимање увиђаја, помоћу којих се може да обезбеди правичност одлука, које се на њима заснивају“.²⁾ И немачки законик нема изричног наређења, па ипак за то нико тамо не спори суду право да предузима увиђај и ван суднице. Међутим има законика, као н. пр. аустријски § 254, који изрично допушта суду да предузме увиђај.

Кад се, дакле, као правило може да постави, да сваку меру, која се покаже погодном за проналажење материјалне истине, треба усвојити већ само по томе што ни једном законском одредбом није забрањена, онда се она још пре мора усвојити тамо где је закон предвиђа. Наш законик о кривичном поступку у § 208 изрично допушта целом суду да предузме увиђај и то како у судници на главном претресу, тако и на лицу места. Да и ово друго може бити, види се по томе што законодавац допушта, да се и претрес може одложити, кад суд нађе да треба предузети увиђај на лицу места.

Позивање на § 25 у §-у 208 има сасвим друго значење од онога, које му је до сад придавано. То се значење може брзо да види, кад се загледа у § 242 аустријског крив. пост. од 1853, по коме је израђен § 208 нашег крив. пост. Тамо се вели: „... он (исследник) може са судом предузети увиђај, или може за то одредити једнога судију, који ће имати о томе да поднесе извештај“..... Овај навод овога параграфа, дакле, предвиђа две ствари: 1) да цео суд може предузети

²⁾ R. Garrand, Traité théorique et pratique d'instruction criminelle I 584.

увиђај; и 2) да у име суда може то учинити и један судија. Исто то предвиђа и други одељак § 208 нашег крив. пост., који гласи: „суд може..... и сам собом судски увиђај предузети (§ 25), и за ту цео може и претрес прекинути и за други дан одложити“, само не онако јасно као § 242 аустријског законика. И § 208 нашег крив. пост. садржи две ствари: 1) да цео суд може извршити увиђај, јер се вели и суд „сам собом“, и 2) да суд тако исто то може учинити и преко једног судије са писаром, и, место да је законодавац то изречно предвидео, он се само позвао на § 25 који то допушта.

Пракса је наша, дакле, сасвим правилно решила ово питање, те је, према томе, поменути распис и неоснован и незаконит. Истина је, међутим, и то, да ово право судови не смеју никако да злоупотребе, већ да од њега треба да чине употребу само у крајње потребним случајевима.

На овај начин је расправљено и питање: да ли суд може предузети увиђај преко једног судије и писара? Да то може бити, види се из §§ 208 и 25 о којима је сад било речи.

Мало тешкоће може да зада друго питање: да ли може суд да изврши увиђај преко иследника, који је водио генералну истрагу?

Кад је кривична ствар пред судом, на главном претресу, може се десити двоје: или да суд нађе да је иследник пропустио да учини увиђај, који је требало да учини, или да је иследник учинио увиђај, али да је тај увиђај неоптун или неправилан. У оба ова случаја, по нашој утврђеној судској пракси, судови могу наредити полицијској власти, као иследној власти, да изврши увиђај или да га, по примедбама суда, допуни. Пракса је ова, међутим, сасвим погрешна. Суд не може вршити увиђај преко иследне власти из два разлога: прво, што таква одлука суда не може да нађе ослонца у закону; шта више, § 25 крив. пост. изречно наређује, да ће суд, кад му увиђај устреба, исти извршити преко ислеђујућег судије. И друго зато, што је иследник, отварањем специјалне истраге и одрђивањем претреса, завршио своју улогу и потпуно разрешен иследничке дужности по тој кривичној ствари тако, да он не може више функционисати као иследник. Кривична је ствар предата суду и он сам има да се стара за свако

доследње. Ако суду, према томе, треба да допуни какав увиђај, то он једино може учинити преко једног судије, као члана колегије, која је извиђала ствар на претресу. Ово је сасвим и основано, јер чим је суд нашао, да је увиђај, који је наследник извршио, непотпун, онда је најлогичније да суд сам верификује рад наследника или да га попуни. — Са истог разлога не може суд на претресу одлучити, да се увиђај изврши преко наследног судије. Ово не може да буде још и стога, што тада наследног судије у опште и нема, јер се он претворио у државног тужиоца, који не може више понова на себе узимати улогу наследника. У специјалној истрази, дакле, увиђај може извршити или цео суд или један судија тога суда са писаром.

Наш законик ништа не говори о начину, на који се има извршити судски увиђај, ма да у § 223 вели, да се има учинити „по начину, који је законом прописан“. Стога за увиђај, који предузима један судија са писаром има да вреди све оно што је речено за увиђај у генералној истрази, с том само разликом што је судија дужан да извести странке о месту и времену увиђаја и што истоме има да присуствује и државни тужилац. Ако увиђај врши цео суд на лицу места, то се тај увиђај има сматрати као део главног претреса, и стога, сем суда и деловође, имају бити присутни странке, бранилац, заступник приватног тужиоца, па и друга незаинтересована лица. И о томе увиђају има да се начини протоко и то онако исто као и протоко увиђаја у генералној истрази. Овај се протоко има на главном претресу да прочита.

Увиђајем, који је извршио наследник, може се суд користити само тако, ако је протоко тога увиђаја прочитан на главном претресу. То се читавање врши у присуству странака у томе циљу, да би ове, пошто су сазнале за садржај протокола, на исти могле стављати своје примедбе. Протоко увиђаја, дакле, има да буде предмет претресања онако исто као и све остало што се на главни претрес у циљу доказа изнесе.

§ 14.

Увиђај као доказ.

Већ по томе, што је увиђај непосредно чудно опажање судије, он мора имати велику доказну вредност. Али ипак за то никако не значи, да је увиђај, чим је учињен, потпун доказ о истинитости чињенице, која је била предмет увиђаја. Законодавац у § 223 крив. пост. вели: „судски увиђај може само онда за доказ служити, кад је учињен по начину, који је законом прописан“, што значи, да увиђај, који је по свима законским правилима учињен, може али не мора бити потпун доказ.

Колику ће доказну вредност имати увиђај, зависи од тога: да ли је увиђај извршио цео суд или га је извршио наследник или један судија.

У првом случају, т. ј. кад је увиђај вршио цео суд, па било то на главном претресу или на лицу места, несумњиво је да ће увиђај имати највећу доказну вредност. Највише вере поклониће се таквом увиђају просто стога, што су се све судије, које имају да реше кривичну ствар, саме својим чудима непосредно увериле о постојању или непостојању једне важне чињенице. То и јесте увиђај у правом смислу. Ни једно друго средство није у стању да увери судије као његово чудно опажање, те је стога тај увиђај у највише случајева потпун доказ. Али ни увиђај, који је учинио цео суд, не може се узети самим тим за потпун доказ. Он то може бити тек пошто је био предмет дискусије на главном претресу. Ако је суд на самом претресу учинио увиђај, странке имају право да даду своју реч на њега; тако исто странке имају права стављати своје примедбе и на увиђај, који је суд учинио на лицу места. Не значи увек, да је баш онако, како је суд приликом вршења увиђаја нашао. Може суд случајно погрешити, може бити у заблуди о нечему, и стога се даје право странкама да такав увиђај нападају на претресу. Пошто је увиђај био предмет претресања, суд има да приступи његовој оцени, и ако нађе да претресом ни у колико није намењен резултат увиђаја, он ће му придати потпуну доказну вредност.

У другом случају, т. ј. кад је увиђај вршио наследник или један судија, и кад се протоко таквог увиђаја има само

да прочита на главном претресу, — увиђај несумњиво има мању доказну вредност од увиђаја у првом случају. Ово је сасвим и објашњиво, јер, овде се не може говорити о непосредном чулном опажању судија, који имају да суде; судије овде и не виде предмет увиђаја, већ само верују протоколу, као јавној исправи. Да ли је иследник или судија савесно врши увиђај, да ли је потпуно и добро посматрао предмет увиђаја, све то судије не знају. Овакав увиђај, који суд има да употреби као доказ, није, дакле, прави увиђај т. ј. непосредно чулно опажање свих судија, већ је он сведоџба. Протоко увиђаја је само једна званична писмена сведоџба о нечему што је иследник или судија приметно. Већ по томе, што се овај увиђај јавља као сведоџба, и не може му се онолико вере поклонити, колико увиђају, који изврши цео суд.

Али се ова сведоџба не може изједначити са сведоџбом обичног сведока. Има и доста и оправданих разлога, са којих се овој сведоџби придаје велики степен вероватноће тако, да може да послужи и као потпун доказ. Ти основи и разлози јесу ови:

1. Иследник или судија се никако не јавља као обичан сведок, који је случајно својим чулима опази нешто, што је после дужан да саопшти суду, већ је он нарочито квалификовани сведок са таквим особинама, које дају јемства за истинитост његовог опажања. Међу те особине на првом месту долази способност иследникова. Он је лице, које је нарочито спремно и позвано, да у истрази изврши потребна опажања. За тим је он лице, које је потпуно непристрасно и незаинтересовано, које пред собом има само циљ поступка — истину. Руковођен истином и правичношћу, а свесан да од његовог опажања може да зависи живот, част, слобода, имовина другог, он ће несумњиво бити пажљивији и са више ће преданости и савесности радити од једног обичног сведока, који све те особине нема. Иследник, даље, врши посматрање намерно, т. ј. зна да постоји једна чињеница, коју он треба да опази; он њу, за тим, опажа чим се догодила, и, најзад, он то опажање врши по инструкцији коју му је закон дао. Све је ово довољно да покаже како је иследник нарочити сведок

коме се мора више веровати него обичном сведоку, који нема све ове поменуте особине.

2. Поред иследника или судије увиђај врши још и деловођа, који је такође позван да pazi на све и који има исте особине као и иследник. То су, дакле, већ два квалификована сведока, чије су сведоџбе у законској форми стављене напосмено и које су, чак и по законској теорији доказа, довољне за потпун доказ.

3. Још један разлог, да се увиђају прида већа вероватноћа, састоји се у томе, што иследниковом увиђају морају присуствовати и два сведока, који су такође дужни да опажају и да својим потписом тврде да је одиста све онако, како је у протоколу увиђаја речено. Они се могу позвати и на претрес, те да то исто и усмено пред судом потврде.

Али сви ови разлози не значе, да се иследниковом увиђају безусловно мора поклонити пуна вера. Не. Ово су само разлози, који дају довољно основа, да се оваквом увиђају може поклонити вера али не мора. Чим је овај увиђај сведоџба и иследник сведок, то се могу појавити и све мане обичне сведоџбе, које јој умањују доказну вредност. Може иследник бити у заблуди, може погрешити и намерно и случајно, нарочито из непажње и немарности; стога, кад се то докаже, увиђају се у таквим случајевима не може поклонити пуна вера. Тако се може десити, да иследник није предузео увиђај у време, кад је то било најгодније учинити, на пр. предмет се донекле већ изменио, или се докаже, да иследник није сам лично опазио предмет него се послужио опажањем ког другог лица, на пр. кад иследник на лицу места пошаље момка да види нешто, рецимо даљину, што је требао сам да види, и то после забележи у протоко као своје опажање и т. д. Тако исто се може десити, да се иследник и деловођа не слажу, или да се два присутна грађанина не слажу. У свима тим случајевима је ослабљена доказна вредност увиђаја.

За овај увиђај речено је раније, да се пре свега његов протоко има да прочита на главном претресу. И он на тај начин постаје предмет претресања. Странке могу војевати противу њега доказујући, да је иследник или судија био у заблуди, да није нешто добро видео или да у опште постоји

какав узрок са кога се увиђају не може поклонити вера. После изјаве странака дужност је суда да оцени, хоће ли и колику ће доказну вредност придати увиђају. Чазуме се, да ће суд узети овај увиђај за потпун доказ, ако на њега не буде учињена никаква примедба од странака, и ако суд нађе да је потпун и тачан. Исто ће суд учинити и онда, кад нађе да су све примедбе странака неумесне и неосноване. Докаже ли се, међутим, да су замерке једне од странака основане, суд не може такав увиђај узети за доказ. Све, дакле, зависи, од оцене суда.

Кад је суд нашао, да увиђај има да буде доказ, онда је он у највише случајева непосредни и потпун доказ за постојање или биће кривичног дела, на пр. да је неко убијен. Тако исто може бити непосредни и потпун доказ за постојање једног битног обележја кривичног дела, на пр. да је крађа извршена обијањем. Међутим, увиђај не може да послужи као непосредан потпун доказ за постојање виности или кривичне одговорности једнога лица, т. ј. као доказ да је једно лице учинилац кривичног дела. Кривична одговорност може се увиђајем само посредно доказати у толико, у колико је њиме утврђена каква чињеница, која може да послужи као основ подозрења противу оптуженог. Њиме се, дакле, могу доказати основи подозрења, из којих се може образовати саставни доказ.

У. П. 22

ГЛАВА ДРУГА

ВЕШТАЧКО МИШЉЕЊЕ¹⁾

§ 15.

Појам и природа вештачког мишљења.

I. Дужност је судије, да у кривично-правном спору на првом месту утврди, да ли је и које је кривично дело извршено, за тим, ко је то дело извршио и може ли се оно учиниоцу уписати у кривицу, и најзад, на коју се казну има он осудити. Ради правилног решења овога задатка мора судија, поред познавања закона, до детаља тачно познавати и многе чињенице и околности; он мора да утврди истинитост свих ових чињеница, које су од важности за расправљање конкретног кривичног дела. До истинитости ових чињеница судија најчешће долази помоћу свог властитог чулног опажања, т. ј. средством увиђаја. У колико, пак, не може до истине да дође на овако непосредан начин, дужан је судија да се стара да то постигне на који други начин, који би такође

¹⁾ *Kleinschrod* у *alt. Archiv des Criminalrechts* V 3 св. 15 и даље; *Birnbaum* у *Neues Archiv des Criminalrechts* XIV 182 и даље; *Arnold* у *Archiv des Criminalrechts, Neue Folge*, за 1855, 197 и даље; *Mittermaier* у *Archiv des Criminalrechts, Neue Folge*, за 1845, 297 и даље; *Mittermaier*, *Lehre vom Beweise* 181 и даље; *Ralf*, *Commentar* I 157 и даље; *Kiffa*, *Beitrag zur Lehre über die Erhebung des Thatbestandes* 211 и даље; *Zachariae*, *Handbuch* II. 219 и даље; *Meyer* у *H. N.* I 231 и даље; *Glaser*, *Handbuch* I 670 и даље; *Mayer*, *Commentar für öster. Str. P. O. von 1873* I 418 и даље; *Ullmann*, *Lehrbuch* 342 и даље; *Birkmeyer*, *Lehrbuch*... 443 и даље; *Boanier*, *Traité des preuves* I 159 и даље; *Garraud*, *Traité d'instr. criminelle* I 590 и даље; *J. E. Владиміровъ*, *Ученіе объ уголовныхъ доказательствахъ* I 12 и даље; *P. Casati*, *Теорија доказа* 155 и даље.

био што је више могуће непосредан, јер у колико је извор за сазнање какве важне чињенице непосреднији, у толико ће и само то сазнање бити поузданије, па ће онда и сама пресуда бити поузданија. Судија се у таквом случају служи сведоцима, који суду саопштавају своја чудна опажања о важним чињеницама, или признањем оптуженог.

Али у једном кривично-правном спору, нарочито приликом утврђивања постојања кривичног дела као и приликом утврђивања кривичне одговорности оптуженог, често се истичу као важна и таква питања, на која судија због своје недовољне научне и техничке спреме не би могао одговорити. Има, дакле, у поступку питања, за чији одговор није довољно опште и специјално правно образовање судије, већ се тражи нарочито стручно знање или вештина или искуство. Тако на пр. од одговора на питање: да ли је дете живело, да ли је умрлом дат отров, да ли је оптужени душевно здрав и т. д. зависи и постојање кривичног дела детоубиства, убиства тровањем, кривична одговорност оптуженог и т. д. Све су ово питања, на која се мора дати одговор, јер од њих зависи решење кривичне ствари, и како судија не може одговорити на њих, то се морају позвати лица са нарочитим стручним знањем или вештином или искуством, која на основу стручног знања или вештине или искуства дају одговор. Та лица јесу вештаци. *Вештаци (эксперти, artis periti) су, према томе незаинтересована лица, која због њихове стручне спреме или вештине или искуства, стеченог вршењем њиховог позива, у поступку узима иследник или суд зато да на основу стручне спреме, вештине или искуства опазе извесне чињенице, околности или појаве, или да о учињеном опажању даду своје мишљење, јер је за све то опште иследничко и судијско образовање недовољно.*

Из наведене дефиниције види се, да су вештаци незаинтересована лица, што значи, да вештак не може бити ни иследник ни судија нити пак која од странака. Иследник или судија не може бити вештак чак ни онда, кад има потребну стручну спрему или вештину, до које је као самоук дошао.

Судија не може у исто време бити вештак, који има на пр. да оцени да ли је поднети предмет арсеник, или да ли

је једна хартија од вредности лажна или не, и — судија, који има да оцењује своје вештакско мишљење. То не може бити још и стога што би остале судије или морале бити везане за мишљење свога колеге или би имали да војују противу његовог мишљења, што би стварало тешкоће при суђењу.

Случајеви, у којима се треба послужити вештацима у поступку, могу бити врло разнолики, јер се потреба за применом стручног знања или вештине не јавља само приликом доказивања важних чињеница. Тако су на пр. тумачи, стенографи, преводници вештаци, који својим знањем или вештином чине, да докази суду буду приступачни и да се њима може користити, а никако се њихово вештакскоње нема узети као доказ. Међутим, најважнија је улога вештака у поступку онда, кад се помоћу њих прибавља доказ. Дужност вештака обухвата тада двоје: 1. опажање или посматрање важних чињеница или предмета и извештај о исходу тога опажања; 2. образлагање закључка, који они по правилима њихове науке или вештине добијају из утврђених чињеница или околности. Прво се зове наход вештака (Kunstbefund, rapport, visum repertum), а друго вештакско мишљење (Kunsturteil, avis, parere). Франас)

Најчешћи је случај, да вештаци једновремено дају и свој наход и мишљење. То обично бива код сложеног увиђаја, т. ј. кад иследник или суд приликом предузимања увиђаја ради потпуности својих опажања узима у помоћ вештаке, да сви извесну чињеницу опазе и о њој даду своје стручно мишљење. Има међутим случајева, у којима је довољан само наход вештака без њиховог мишљења. То су случајеви, у којима је потребно да се само утврди постојање извесних чињеница, за чије је посматрање потребна нарочита спрема, на пр. да би се утврдило постојање извесних знакова девијантства, или ако је на пр. потребно пред судом учинити какав научни експеримент. Тако исто су чести случајеви, у којима се од вештака тражи само суд или мишљење о особинама какве чињенице, на пр. да ли је смрт наступила услед повреде, које се налазе на лешу. Сем тога, има доста случајева, у којима се наход никако и не тражи, већ само мишљење о могућности или немогућности извесних догађаја. Тако се на пр. од вештака може тражити мишљење о томе, да ли се

пушком, која је пред судом, може на извесној одређеној даљини извршити убиство, или, да ли је могуће извршити тровање материјом, за коју оптужени тврди да је употребио као средство за тровање. Најзад, врло се често дешавају и такви случајеви, у којима је један вештак вршио вештачење и дао наход, а сасвим други вештак на основу овога наход дао мишљење, или, кад пред вештака, који је дао наход, у давању мишљења учествује и који други вештак.

II. Из ових разноликих случајева у којима се у поступку вештаца узимају лако се даје видети и сама природа вештачког мишљења. Још и данас нису сви писци сложни односно природе вештачког мишљења, а у ранијој науци и законодавству то је било једно од врло спорних питања. У главноме постоје три различита мишљења о вештацима. По једноме вештаци нису ништа друго до врста сведока. По другоме су вештаци помагачи судије. По трећем мишљењу су они, међутим, самостално доказно средство.

1. И сведоштво сведока и вештачко мишљење имају у многоме заједничку основицу, јер су побуде са којих верујемо вештацима исте природе као и побуде са којих верујемо сведоцима. Кад се још узме, да и вештаци свошптавају суду или иследнику оно што су видели, све што су посматрали, то се тиме и објашњава да су вештаци раније сматрани као врста сведока. Разлика се чинила између фактичких или правих и квалификованих, научних или рационалних сведока, под којима су се разумели вештаци. Само је ова сличност између вештака и сведока привидна, јер се они међу собом разликују како по природи тако и по обиму примене. Да одиста те разлике има, и да вештаци нису сведоци, види се из овога:

а) Што сведок сведочи о чињеницама из прошлости, док вештак даје мишљење о чињеницама из садашњости. Кад је потребно доказати какву чињеницу из прошлости, онда је сасвим природно, да се за тај доказ мора обратити лицима која су ту чињеницу тада и оназила. И то су сведоци. Међу тим сведоци нису потребни, ако треба доказати коју садашњу чињеницу. У таквом случају, ако за доказ те чињенице није потребна нарочита стручна спрема или вештина, већ је довољно обично чудно опажање, као доказ има да послужи

судски увиђај, т. ј. судија или иследник ће сам својим чулима опазили ту чињеницу. Ако је, међу тим, за доказ те чињенице потребна нарочита спрема, онда ће се морати тражити вештачење.

б) Што је сведок чињенице, о којима у поступку сведочи, опазио ван поступка, докле вештак увек опажа чињеницу у поступку и за време поступка. Судија или иследник, дакле, позива сведока, да сведочи у току поступка оно, што је он видео или чуо сасвим случајно и ван поступка. Вештак, међутим, не врши своја опажања случајно већ увек на позив иследника или суда, и та опажања врши у току поступка и одмах о томе даје и своје мишљење. Због тога, што сведок има да сведочи о ономе што је ван поступка и случајно опазио, он се не може ни заменити другим сведоком, ако их случајно при том опажању није било више. Због те незаменивости не сме се одбацити ни сумњив сведок. Међутим, вештак се да замени, јер он посматра садашњу чињеницу, коју може опазили и друго које лице са истом спремом.

в) Сведок у тренутку опажања чињенице о којој касније има да сведочи, није свесан тога, да ће он о томе, што је опазио, имати касније и да сведочи. С вештаком другаче стоји ствар. Он је у тренутку опажања увек свесан тога, да све што је опазио има да каже и да о свему има и своје стручно мишљење да даде, те је стога увек спреман да пажљиво и мирно посматра.

г) У случајевима, у којима се има да даде одговор на општа питања или да се расправи питање о могућности или немогућности каквог догађаја, вештаци дају своја мишљења без икаквог претходног чудног опажања, те стога они и нису сведоци. То су случајеви, кад вештаци дају само мишљење а не и наход. Али се они разликују од сведока и онда, кад поред мишљења дају и свој наход. Јер, докле сведоци сведоче по своме сећању, докле казују што су чулима оназили, за што су им потребна само општа животна знања, докле вештак своја опажања врши по правилима и законима науке или вештине. Сем тога, докле се исказ сведока по правилу састоји у репродукцији онога што се опазило, докле вештак има да даде и свој суд о ономе што је приликом опажања

нашао. Суд или мишљење вештака о каквој појави, догађају или чињеници јесте главно, а навод је само средство да се до тога циља дође. Тако на пр. хемичар врши хемиске пробе у томе циљу, да може дати мишљење о томе, да ли у некој материји има отрова. Истина, улога сведока не мора се увек састојати само у репродукцији онога што се опазило, већ и сведок може давати свој суд о ономе што је видео и чуо. Чак је увек и бољи онај сведок који уме да резонује и да суди. Само је тај суд резултат обичног логичног закључивања, које судија може да оцењује примењујући опште логичке законе, док се суд или мишљење вештака у главноме састоји у саопштавању закона и правила одређене науке или вештине, која (правила) судија има да примени на чињенице које је вештак посматрањем утврдио.

д) Како се улога сведока по правилу састоји у репродукцији опаженог, то он није ни позван да гледа у будућност и да каже, које ће последице произићи из опажаног. Међутим, дужност је вештака, да у сваком потребном случају на основу правила своје науке или вештине изведе и закључак из свога опажаног. Тако је н. пр. лекар као вештак дужан да каже и то, од какве ће последице бити нанета повреда.

2. Докле све криминалисте данас увиђају разлику између сведока и вештака, и ове не сматрају као нарочито врсту сведока, као т. зв. научне сведоке, дотле се у науци још и данас води спор око тога, да ли су вештаци *помагачи судије* или не. Има и виђених криминалиста, који заступају мишљење да између улоге судије и улоге вештака има велике сличности и да се ови стога имају сматрати као помагачи судије.

Међу заступницима оваког мишљења треба нарочито поменути *Garraud-a*,²⁾ који вели, да вештак ради на проналажењу истине, што спада у дужност судије. Он се не ограничава само на то, да као сведок, саопштава своја опажаног, већ даје мишљење о чињеницама, које су судији потребне. То мишљење је исто што и мотивисана пресуда, те су стога и вештаци помагачи судије у проналажењу истине. — *H Glaser*³⁾

²⁾ *Garraud*, *Traité d' instruction criminelle* I 522.

³⁾ *Glaser*, *Handbuch*..... 657.

назива да има сличности између улоге судије и улоге вештака, али не кад је у питању вештачко мишљење већ само кад је у питању вештачки навод. Приликом вршења вештачења, вели он, вештак замењује следника или судију, јер тада, место њих, он сам прибавља доказе. Вештачки навод има да замени судски увиђај у свима случајевима, кад судија предузимајући увиђај, због оскудице у стручном знању, не може извесно чињенице да опазити или да их оцени. — *Birkmeyer*,⁴⁾ опет, разликује две врсте вештака: вештаке који се у поступку позивају само ради тога да оцене и даду мишљење о већ утврђеним чињеницама, и вештаке који се позивају у циљу да најпре опазе и утврде постојање извесних чињеница, на тек онда да о њима даду и своје мишљење. У првом случају вештаци су помагачи судије. Тако н. пр. чињеница, да је А. дао Б-у неку материју, може се утврдити и без вештака. Али оцена о томе, да ли је та материја способна да нашкоди здрављу, мора се тражити од вештака. Оцена спада у дужност судије, али како је овде у питању чињеница, за чију је оцену потребно стручно знање, које судија нема, то он мора тражити помоћ, коју налази код вештака, те ови стога и јесу помагачи судије. Међутим, у другом случају вештаци се сматрају као засебно доказно средство а не као помагачи судије, јер они претходним опажаног и наводом својим подносе нов доказ.

Вештаци, међутим, као год што нису врста сведока, тако исто нису ни помагачи судије. Јер, као год што вештак, тако исто и сведок помаже судији у проналажењу истине, па ипак за то сведоци нису помагачи судије већ самостално доказно средство. Судија доноси одлуку сам и независно од сваког спољњег утицаја. Да би донео одлуку, он треба да познаје све оне чињенице које су од утицаја на одлуку; према томе, сва она средства помоћу којих он долази до сазнања тих чињеница јесу самостална доказна средства. И вештачким наводом се, онако исто као и увиђајем или сведоцима, проналазе и утврђују поједине важне чињенице, те је стога и вештачки навод доказно средство.

⁴⁾ *Birkmeyer*, *Deutsches Strafprozessrecht* 448.

Вештаци нису помагачи судије ни онда кад само дају свој суд или мишљење о већ утврђеним чињеницама, јер они у том свом мишљењу саопштавају судији законе и правила извесне науке или вештине, која судија по својој оцени има да примени на чињенице, које су утврђене било вештачким находом, сведоцима или на који други начин. Вештаци морају своје мишљење увек образложити, а судији је остављено да те разлоге оцењује. Вештаци на тај начин стављају судију у положај, да може из утврђених чињеница извући потребне закључке; они, дакле, цео доказни материјал чине употребљивим, те стога они и функционишу као доказно средство, које је различито од свих осталих.

Ако је, према ономе што смо у § 1 казали, доказно средство све оно помоћу чега се утврђује истинитост чињеница које су од важности за доношење судске одлуке, то је ван сваке сумње да како навод тако и вештачко мишљење спада у самостална доказна средства.

И наш законодавац узима вештаке као самостално доказно средство, јер само о њима говори у нарочитом одељку, у глави VII законика. Сем тога, на §§ 222 и 224 види се, да предвиђа вештачко мишљење као самостално доказно средство.

§ 222 - *Кривни доказ се расцртава вештачким мишљењем.*

§ 16.

Способност и дужност бити вештак.

1. Да ли неко може бити вештак у једном кривично-правном спору, зависи од нарочите способности, која се за то тражи. Потребна је двојака способност: техничка и правна способност.

1. Која се техничка способност у поједином случају тражи, не може се унапред тачно одредити. Толико је много разноврсних случајева, у којима се треба послужити вештацима, да је законодавцу немогуће поставити једно опште правило, по коме се има решити питање о техничкој способности. Стога законодавац само и каже у § 55 крив. пост. „употребиће се вештаци“ у случајевима у којима се нешто зна-

њем или вештином може сазнати, а какву техничку способност вештаци морају имати, о томе ништа не говори. Од сваког конкретог случаја понаособ зависи, која се техничка способност има тражити од вештака; према томе, дакле, шта се у поједином случају жели постићи, има се и одређивати способност вештака. Из овога овет изилази, да би техничку способност једног лица требало да оцењује само лице исте техничке способности. Али је то немогуће, пошто вештаке бира иследник или судија, који по правилу немају потребне техничке способности. Због овога су баш и потребне неке нарочите гаранције, да ће за вештака бити узето лице са техничком способношћу. Та се гаранција не налази у личном нахођењу иследника или судије, да неко има толико знања колико је за вештака потребно, већ морају бити дати и објективни основи, да код вештака има потребне спреме. Ови се основи састоје или у томе, што је неко од надлежне власти постављен за сталног вештака, или у сталном занимању, или у упражњавању каквог заната, или у школској спреми, која претпоставља техничку способност извесне врсте, или у другим каквим спољним знацима и односима, по којима се може закључити да једно лице има потребну спрему. У неким сумњивијим случајевима се може о некоме тражити и обавештење од власти или од лица, од којих се може добити поуздан извештај.

2. Поред техничке тражи се још и правна способност од једнога лица па да може бити вештак. То значи, да сваки ко има потребну техничку спрему, није самим тим способан да буде вештак. Правна способност је, дакле, претпоставка без које нико не може бити вештак. Односно овога вреде ова правила:

а) Правна неспособност вештака одређује се према неспособности сведока. То се види из другог одељка § 56 крив. поступка, који гласи: „који се у казним делу не могу за сведоке узети, не могу се ни за вештаке употребити.“ Према томе, законодавац, аналого одредбама о сведоцима, разликује апсолутну и релативну неспособност. Апсолутна неспособност обухвата све случајеве, т. ј. лице, које је апсолутно неспособно, не може се као вештак појавити ни у ком слу-

чају, док релативна неспособност обухвата само поједини случај, т. ј. релативно неспособни не може бити вештак само у конкретном случају, а у овима осталима се јавља као способан.

Неспособни су да буду вештаци, на првом месту, лица побројана у § 91 крив. пост. Од ових су у овима случајевима, т. ј. апсолутно неспособна лица, која у времену у коме би требала да врше вештачење због телесне или душевне болести не могу то учинити (т. 3, § 91.). Тако су исто неспособна и лица из т. 1. и 2. § 91, т. ј. овештена лица односно оног што им је у циљу исповести поверено, и државни чиновници о овоме, чиме би дужност чувања државне тајне повредили, док их не би од тога претпостављена власт ослободила. Само су ова лица неспособна с обзиром на поједини конкретни случај, а не за ове случајеве вештачења, те су с тога они релативно неспособни.

Али, нису неспособни да буду вештаци само они, који се по § 91 као сведоци не могу испитати, и ако би се ово могло навести из текста другог одељка § 56, по коме се за вештаке не могу употребити они, „који се у казним делу не могу за сведоке узети.“ Сем ових неспособни су да буду вештаци и сви они, који су по § 92 ослобођени од дужности сведочења. Не може, дакле, као код сведочења, зависити од њихове воље, хоће ли бити вештаци или не, већ они то не могу бити због односа у коме се налазе према оптуженом. Ово је сасвим и оправдано, јер докле се тим лицима допушта да сведоче, само ако хоће, са тога разлога, што се, можда, не би могло ни од кога другог добити потребно обавештење о извесним чињеницама, дотле тај разлог никако не може остати кад су у питању вештаци, који се узимају по избору и који не треба да буду узети због сумње у њихову потпуну непристрасност, која долази из односа у коме се налазе. И ова су лица релативно неспособна.

Неспособни су, даље, тако исто и они, који се по § 114 не могу као сведоци заклети. Сви законодавци продвигују и ово као основ за неспособност, па је то предвиђао и § 80 аустријског крив. пост. од 1853, по коме је израђен други одељак нашег § 56. Но и ако наш законик изречно не пред-

виђа ово као основ за неспособност, ипак је јасно, да ни по нашем законнику не могу бити вештаци они, који се не смеју заклинасти. Ово се види отуда, што вештачко мишљење вреди само тада ако је вештак положио заклетву (одељак 3 и 4 § 56), што значи, да онај који се не сме заклинасти, не може се узети ни за вештака.

Ако би ипак једно од до сад поменутих лица предузело вештачење, то би последица рада неспособног вештака била ништавост вештачења. И ако наш законодавац ништа о овоме не говори, што је требао учинити, ипак се то има сматрати као нешто што се по себи разуме. Из овога излази, да се ни протоко таквог вештачења не сме на главном претресу прочитати, а ако би се и прочитао, био би без икакве вредности. Ништавост рада неспособног вештака не обухвата само ништавост находа већ и ништавост самог вештачког мишљења. Протоко вештачења ће бити ништав и онда, кад је поред неспособног вештачења вршио и један способан вештак. Само у том случају суд може способног вештака позвати на главни претрес и испитати га, чијем исказу може придати вредност сведочења способног сведока.

б) И *колективна* лица, ипак исто као и појединци, могу предузети вештачење. Тако се н. пр. може тражити мишљење о неком предмету од једног факултета на универзитету или од Санитетског Савета или ког другог колективног лица. У таквом се случају вештачко мишљење доноси по правилима која за то друштво вреди. Али се они, који у таквом друштву учествују, имају сматрати као вештаци, и све оно што би свакога од учесника учинило неспособним да сам предузима вештачење, учинило би да из овог друштва буде искључен као сарадник.

в) На правну способност вештака не утиче ни пол ни држављанство. Према томе, ако нема стално постављеног вештака, може вештачење предузети како женскиње, тако и лице које није српски држављанин ако само, поред техничке, има осталу потребну правну способност.

II. Од важности је питање: да ли странке имају права обачаја или рекузације изабраног вештака?

Има законодаваца, који ово питање потпуно регулишу. Тако, по немачком кривичном поступку (§ 74) допуштено је странкама да траже одбачај вештака и то са истих узрока и на исти начин на који се има судија одбацити. Аустријски кривични поступак, истина, нема ниједне одредбе, која би овако изречно давала то право странкама, али да то право странке ипак имају, јасно се види из § 120, у коме се наводе узроци, са којих се једно лице не може узети као вештак, и у коме се наређује, да се и тужилац и оптужени имају по правилу извести о извршеном избору вештака и то пре него је предузето вештачење. Странке се и по немачком и по аустријском поступку извештавају о избору вештака баш у томе циљу, да би благовремено могле тражити одбачај изабраног вештака.

Наш законик ништа не говори о овом питању. Он је у свима својим одредбама, па и у онима у којима говори о вештачењу, тако непотпуни и нејасни, да се никако не да видети шта допушта а шта не допушта. Он је врло често од неколико наређења свога изворника (аустријског поступка од 1853) створио једно наређење, и то понекад без потребе, без система па и без смисла. Тако баш § 56, који говори о вештацима, садржи у себи три параграфа, §§ 79, 80 и 81 аустријског поступка, од којих сваки говори о сасвим другој ствари. Ти су параграфи скраћивани без разумевања, и од њих је постао § 56 који је непотпуни.

И ако наш законик ништа не говори о овоме питању, ипак се оно има принципијелно овако решити, како је у наци решено. Таквоме се решењу законик не противи, јер га нигде не забрањује, а сем тога, такво решење тражи и сама природа вештачења.

Није довољно, да законодавац предвиди само оне основе и узроке са којих се неко не може узети за вештака, — са којих, тако рећи, иследник или судија има вештака по самом закону као неспособног да искључи. О тим основима је говорено раније под I. Сем тих основа има још и много других, који, кад се нађу код вештака, изазивају оправдану сумњу у његову потпуно непристрасност и незаинтересованост. Ти основни проишлага из многобројних односа у коме се вештак

може налазити или према кривичном делу или према странкама. Интерес је истраге, да вештачење врши лице, у чију се ни спрему ни исправност, ни непристрасност ни у колико не може посумњати, и, чим се нађу основи који изазивају оправдану сумњу у ове ове, одмах се мора допустити странкама да траже одбачај таквог вештака, а за иследника или суд настаје дужност, да таквог вештака замени другим, разуме се под условом, да су наведени основи доведени бар до вероватноће. Овда се у свему има да ради аналого случају кад се тражи одбачај судије. Ово је сасвим и оправдано, јер се увек може постићи, да вештачење врши лице у чију се ни спрему ни незаинтересованост не сумња. То се може постићи на тај начин, што се сумњив вештак може скоро увек заменити другим.

Странке могу доказивати како основе, који показују недовољну спрему вештака, н. пр. ако се докаже, да је вештак, који је у питању, раније у сличним случајевима правио грубе грешке, — тако и основе, који непристрасност вештака доводе у сумњу, н. пр. ако се докаже да је изабрани вештак непријатељ оптуженог. Као год што законодавац није могао набројати основе са којих се судија има да одбаца, тако се исто не даду набројати ни основи са којих се треба вештак да одбаца, јер су ти основи, који беспристрасност вештака доводе у сумњу, многобројни. Сем тога, ти су основи такви, да се могу познати и видети тек у поједином случају. Ту, дакле, није толико у питању јавни интерес, колико интерес странака које немају вере у беспристрасност вештака. Несумњиво је, дакле, да странке и по нашем поступку могу тражити одбачај вештака, само ако су у стању показати основе који њихову спрему или беспристрасност у сумњу доводе.

Странке могу тражити одбачај вештака како у генералној тако и у специјалној истрази; али оне по нашем поступку то своје право не могу остварити овако, као што га могу остварити странке по немачком и аустријском кривичном поступку, и то стога, што наш законик нигде не наређује, да се странке имају извести о избору вештака пре него је вештачење предузето. У нас се вештачење у генералној истрази врши без присуства странака па стога за иследника и не

постоји законска дужност, да их извести о избору вештака. Странке у многим случајевима и не знају за извршено вештачење; али у случајевима, у којима ма на који начин сазнају да ће се оно вршити и ко ће га вршити, могу иследнику поднети захтев којим траже одбачај вештака. Исто тако могу поступиће странке и у случају, кад вештачење наређује суд у специјалној истрази, јер и он их не извештава о избору вештака. Има, међу тим, случајева у којима или обадве или једна од странака мора присуствовати вештачењу, и у таквом случају странка може увек пре започетог вештачења тражити одбачај вештака.

Ако странке траже искључење вештака са узрока, побројаних у §§ 43, 91, 92 и 114, иследник или суд, пошто је нашао да наведени изрок стоји, дужан је изабраног вештака да замени другим. Ако су, међутим, странке за одбачај навеле какав други основ, који је у стању да доведе у сумњу беспристрасност вештака, то ће од оцене иследника или суда зависити, хоће ли се вештак одбацити или не. Не тражи се, да основ за одбачај буде потпуно доказан, већ је довољно да буде доведен само и до вероватноће. Због тога, што се странке у нас не извештавају о избору вештака, оне имају права доказивати основе за одбачај вештака и после извршеног вештачења и то углавном на главном претресу. Ако странке докажу основ за одбачај, вештачко мишљење се не сме употребити као доказ.

У другом одељку § 61 крив. пост. налази се један нарочити законски основ са кога вештак може бити искључен. Ту је решено једно дуго дискутовано и контроверзно питање: да ли се лекар, који је умрлога лечио, може узети за вештака при вршењу секције, кад се појави сумња да је смрт последица каквог кривичног дела? Противу лекара, који је умрлога пред смрт лечио, може постојати оправдана бојазан, да ће бити пристрасан, ако би он имао да оцени узрок смрти. Пристрасност може долазити отуда, што је лекар при лечењу учинио погрешку, коју он неће да каже, или, унапред уверен у узрок смрти, може он приликом секције из непажње пропустити да види какву важну околност. И у науци и у законодавствима ово је питање решено тако, да се лекар, који

је умрлога пред смрт лечио, не може узети за вештака при секцији. Али, како тај лекар често може дати врло корисна обавештења, па и целу историју болести, законодавци наређују, да такав лекар само присуствује секцији и то у циљу давања обавештења. Да је и наш законодавац овако решио ово питање, види се из текста другог одељка § 61 који гласи: „где је год могуће треба при томе (при секцији) да присуствује и лекар који је болесника пред смрт лечио.“ Али се ова забрана нема разумети апсолутно, т. ј. да се лекар, који је умрлог пред смрт лечио, има у свима случајевима искључити као вештак. То се види отуда, што наш законодавац није ову забрану наречно предвидео, као што је то учинио немачки у § 87, већ само прећутно; и друго, што би често услед оскудице у лекарима вршење секције било скончано с тешићоама. Ова забрана не треба да буде апсолутна још и стога, што лекар, који је умрлог пред смрт лечио, не мора увек бити сумњив. Све то има да зависи од оцене иследника или суда. Странке, ако налазе да је такав лекар сумњив, тражиће искључење, које увек треба наредити, кад се само може наћи замена. Ако је замена скончана с тешићоама, иследник или суд наредиће искључење само онда, кад нађу да су основи за сумњу доведени до вероватноће. Кад лекар, који је умрлог лечио, само присуствује секцији и даје обавештења, онда се он налази у улози сведока, за кога и вреди све одредбе о сведоцима.

III. Мора ли изабрани вештак да се прими дужности вештака и да изврши вештачење?

Ни раније, па још и данас, ни наука ни законодавства нису потпуно сложна у решењу овога питања. По једнима, као: *Mittermayer, Planh u Zachariae*, одговор на ово питање зависи од тога, да ли је вештак од државе стално постављен да врши вештачење или не. Па ако је вештак стално постављен, онда се он не може ослободити већ се мора примити дужности вештака. Ако пак вештак није стално постављен, онда они тврде, да се он не може принудити на вештачење. Они, дакле, као и *Birkmeyer*, држе да за вештака не постоји општа грађанска дужност да се приме вештачења, као што је случај са сведоцима. Држава, веде они, може ство-

*Вештака
за вештака
представља
дужност.*

рити за грађане дужност, да послуже циљевима кривичног правосудја само онда, кад то изискује нарочита потреба. Таква потреба несумњиво постоји кад су у питању сведоци, те је стога и оправдано што је створена дужност за сваког грађанина, да сведочи о свима важним чињеницама које је опазио, јер један сведок не може бити замењен другим. С вештацима, међутим, ствар стоји сасвим другаче. Чињенице о којима вештаци треба да даду своје мишљење садашње су и увек ће се лако наћи људи са спремом која је потребна за давање мишљења. Вештаци, дакле, нису незамењиви као сведоци. Сем тога, вештачење је често склопано с великим трудом, временом па и опасностима; вештак даје мишљење на основу својој стручне спреме, до које је он нарочитим трудом дошао, што све није случај код сведока, те и стога не треба постављати општу грађанску дужност за вештачење, већ њу установити само за извесна лица.

Други опет, као *Kitha, Rulf, Meyer, Mayer* и др., тврде, да су вештаци, онако исто као и сведоци, дужни да се приме вештачења, јер је сваки грађанин дужан у интересу правосудја да са своје стране учине све што може. Сасвим с разлогом они веле, да је тешко а понекад и немогуће изабраног вештака заменити другим, који би био исте спреме. На штету брзине поступка би било, кад се изабрани вештак не би морао одазвати својој дужности, а у случајевима у којима прети опасност због одлагања, могао би се и сав поступак осујетити. Није, дакле, вештак увек замењив, или бар не лако замењив, те је стога сасвим оправдано наредити, да се и вештак мора одазвати својој дужности.

Ни сви законодавци нису сложни у решењу овога питања. Докле немачки законик поставља дужност вештачења само за лица тачно означена у § 75, докле француски у чл. 80 и аустријски у § 119 вештачење сматра као општу грађанску дужност. И наш је законик усвојио мишљење, по коме је сваки вештак дужан да се одазове на позив иследника или суда. То се види из §§ 194 и 205 осмог одељка, по којима вештака постиже казна за неиспуњење дужности. По § 194 вештак, који се не одазове на позив суда и не дође на претрес ради вештачења има се *довести*. Ако је то немогуће

учинити, онда вештака постиже казна и то новчана казна од 1—15 талира или затвор до месец дана, а поред тога и накнада трошкова проузрокованих изостанком. Разуме се, да ове казне постижу вештака, који се за свој изостанак није оправдао. По осмом одељку § 205, опет, вештак који на претрес дође, а неће да предузме вештачење, има се принудити на вештачење притвором до шест недеља. Оба ова наређења говоре о последицама које постижу вештака ако не одговори својој дужности на позив суда; међутим ништа не веле, шта ће бити с вештаком ако у генералној истрази изостане. Ово се ђутање никако нема разумети тако, као да законодавац у генералној истрази није вештака учинио обавезним да врши вештачење, јер би такво тумачење било нелогично и неприродно. Законодавац је то пропустио да учини, али се из §§ 194 и 205 види да се они имају применити и на вештаке у генералној истрази.

Решење, којим је вештак осуђен за неодривање својој дужности по § 194 није извршио. Противу њега има места жалби на Касациони Суд. Међутим извршио је како решење којим је изостанак оглашен за оправдан (§ 194), — тако и решење којим се вештак притвором има принудити на вештачење (§§ 100 и 205 девети одељак).

Наш се законодавац, као што се из §§ 194 и 205 види, не задржава само на томе, да казни вештака, који је на позив изостао и пропустио учествовати у вештачењу, већ наређује и принудне мере према вештаку који неће да вештачи. Неумесно је, што се према вештаку могу употребити принудне мере, јер је врло негодно некога принуђавати на умни рад; тако изнуђено мишљење врло би ретко имало вредности. Стога законодавац треба да се задржи само на казнама за изостанак и непредузимање вештачења и те казне да буду само новчане казне. Рђаво је, што наш законодавац овде изједначаје у поступању вештаке са сведоцима, кад су они по својој природи различити једни од других.

И ако је вештак дужан на позив иследника или суда да предузме вештачење, по себи се разуме, да ни иследник ни суд не смеју једног вештака шикарирати узимајући увек

једног за вештака кад их на избору има више. У таквом случају може се вештак жалити.

И ако наш законодавац не предвиђа тај случај, држим да се не може принудити на вештачење онај вештак који изјави да би вештачењем довео у опасност живот или здравље своје, па ту изјаву доведе и до вероватноће. Разуме се, да вештак има права не одазвати се дужности вештака увек, кад је у стању да наведе један од основа са кога има бити искључен, т. ј. са кога би се и сведок могао одрећи дужности сведочења.

§ 17.

Избор и заклетва вештака

1. Новији законици, који су усвојили теорију слободног судијског уверења, ништа не говоре о томе, у којим се случајевима треба послужити вештацима. Они су то оставили нахођењу судије. Према поједином конкретном случају он одлучује којим ће се доказним средством „уопште послужити, па онда од његове оцене зависи и то, хоће ли се послужити вештацима или не. Из овога изилази, да он може и не употребити вештака, ако је само уверен да може и сам решити појављено питање; и код техничких питања, дакле, одлучује уверење судије. То је опште правило, од кога има и неких изузетака.

Наш законодавац, међутим, употребу вештака није оставио нахођењу судије. Истина, ни он није предвидео све случајеве, у којима треба извршити вештачење, јер је то и немогуће учинити, али је ипак донео једну одредбу, која иследника и судије обавезује, да се морају послужити вештацима у свима случајевима, у којима се важна чињеница „само особитим знањем или вештином докучити може“, т. ј. кад је како за утврђивање тако и за оцену важних чињеница потребно нарочито, не правничко знање (§ 55 крив. пост.).

Вештачење је такво средство, које се само намеће, чим се увиди, да се помоћу њега може доћи до истине важних

чињеница. Према томе, њему треба прибећи у свако доба, у сваком стадијуму поступка, само кад је у питању проналажење истине. Из тога изилази, да се вештачење може извршити не само у генералној него и у специјалној истрази. Оно се по правилу предузима у генералној истрази, јер тада не само да је најлакше, него је врло често и једино могуће извршити га. Ако се извесне чињенице не опазе и не оцене непосредно после извршеног дела, онда се, због пролазности предмета, касније може тешко учинити или се никако и не може учинити. Под претпоставком да се вештачење може извршити, вештаци се позивају у специјалној истрази само онда, кад или у генералној истрази никако није извршено вештачење или кад је учињено па се показало непотпуним или нетачним.

Вештачење у генералној истрази наређује иследник, који је једино и позван да истражује све важне чињенице како за постојање дела тако и за пропажажење виновника. Међутим, иницијатива за вештачење може потећи и од странака, у колико их има у генералној истрази, али само иницијатива и ништа више. И ако законодавац то нигде изречно не вели, несумњиво је, да приватни тужилац, обавињени и његов бранилац могу од иследника захтевати да позове вештаке увек, кад им се учини да је за оцену какве околности потребна техничка спрема. Само, иследник није везан за ове захтеве странака; он их има да подвргне својој оцени и од умесности њихове зависи, хоће ли их усвојити и наредити вештачење или не.

У специјалној истрази вештачење наређује суд и то или по службеној дужности или на захтев странака. Суд ће по службеној дужности наредити вештачење увек, кад нађе, да се само вештачењем може да објасни и расветли једна чињеница од које зависи и одлука судска (§ 208. крив. пост.). Да суд и на захтев странака може наредити вештачење, јасно се види како из § 188 тако и из § 208, само што ће то суд наредити онда кад нађе, да је чињеница или околност која се има расветлити важна. Међутим, ако суд нађе да је бескорисно наређивати вештачење, да ће се тиме само отезати поступак, одбиће странке од њиховог захтева. У таквом слу-

чају дужан је како иследник тако и суд да мотивише своју одлуку, т. ј. да изречно у одлуци каже, било да чиницу, која је у питању, не сматра важном, било да, и без вештачења, има већ довољно доказа о ономе, што се жели вештачењем постићи.

Вештаке у генералној истрази бира иследник а у специјалној суд. Како иследник тако и суд дужни су при избору да пазе, да се за вештаке позову способна лица. Сем тога, они имају нарочито да обрате пажњу на незаинтересованост и непристрасност изабраних вештака, т. ј. на ове односе у којима се вештак може налазити било према кривичној ствари било према странкама. Ако би се вештак налазио ма у каквом односу, који би стварао основ за сумњу у његову беспристрасност, иследник или суд треба да избегне избор таквог вештака. Право избора вештака припада само иследнику стога, што он најбоље зна не само која су питања важна у поступку, него и то, да ли је за решење тих питања потребна нарочита стручна опрема. Та питања има најире иследник да оцењује, па ако пађе да их он не може решити, он ће за то позвати у помоћ стручна лица, која он има и да избере. То значи, да странкама није признато право избора вештака, и то сасвим умесно. Јер, поред тога што странке не би увек могле изабрати спремна лица, оне не би могле бити ни непристрасне при избору.

И ако само иследник има право да бира вештаке, ипак то његово право није неограничено. Напротив, сви законодавци, па и наш, донекле ограничавају то његово право. То се ограничење састоји у томе, што је и иследник и суд у неким случајевима, у којима је у питању нарочита врста вештачког мишљења, упућен само на извесна лица. Тако н. пр. код кривичног дела убиства и телесне повреде по §§ 61 и 65 за вештака може бити изабран само лекар; код убиства тровањем по § 64 за вештака може бити изабран поред лекара само још и хемичар. Сем тога, ако је за вештачење извесних предмета држава поставила нека лица, као што је то н. пр. окружни физикус, срески лекар, државни хемичар и др., то је иследник дужан на првом месту за вештака да узме такво

постављено лице, јер је претпоставка да оно има и потребну спрему и да је незаинтересовано.

И поред овога правила, иследник у неким случајевима може узети за вештака и друго које лице, н. пр. кад је постављени вештак спречен, а одлагање вештачења скопчано је с опасношћу; или кад постављени вештак због односа према кривичном делу или странкама не може бити вештак; или ако важност конкретног случаја тражи спремнијег вештака од онога кога је држава поставила. У последњем случају иследник може за вештака узети каквог специјалисту из ког другог места, а у изузетно важним случајевима може и туђинца, као призваног стручњака, узети за вештака. И ако наш законик о овему овоме ништа не говори, несумњиво је, да иследник има овако поступити не само стога што то законодавац није забрањено, већ и стога што би било немогуће другаче поступати, и што би другаче поступање било и чеприродно и противно циљу поступка. Будући законик треба ово да предвиди, као што су то учинили сви туђински законници. Све ово вреди и за случајеве кад суд наређује вештачење.

Право иследника и суда да бирају вештаке ограничено је још и предлозима странака. И ако странкама није признато право избора вештака, ипак оне могу на тај избор утицати и то или тиме, што могу војевати противу изабраног вештака доказујући постојање основа са којих вештак има бити искључен или одбачен, или тиме, што могу саме предлагати извесна лица за вештаке. И у једном и у другом случају иследник или суд дужан је да узме у обзир такве изјаве странака и да о њима донесе одлуку. По § 188 оптужени може суду предложити вештаке, које ће суд увек и позвати само ако пађе да предузимању вештачења има места и да се предложена лица могу узети за вештаке. Да и туђинац може суду предложити вештаке, даје се лако извести из § 208 крив. пост.

Односно броја вештака законодавци доносе различита наређења. Наш законик у § 55 наређује, да је за вештачење по правилу потребно два вештака. Разлог, са кога за вештачење треба тражити два вештака, лежи у томе, што је дата

већа гаранција за правилност и тачност вештачког мишљења, па онда и за правилан исход целокупног поступка, ако вештачење не буде остављено само једном вештаку.

Од правила, да је за вештачење потребно два вештака, законик допушта неке изузетке у којима је довољан и један вештак. У два случаја довољан је за вештачење и један вештак. Прво, у случају у коме је „опасност у одлагању“ (§ 55), т. ј. у коме би било опасно чекати с вештачењем само стога, што има два вештака. У таквом случају иследник може наредити да вештачење изврши и један вештак. То би и. пр. био случај, кад треба извршити секцију у срезу у коме има само један лекар. Али и у оваквим случајевима иследник би добро урадио, ако би касније позвао још једног вештака, да и он изврши вештачење, ако је то још могуће, у противном, да и он на основу налаза и мишљења првог вештака даде и своје мишљење, које у многome може послужити као контрола првоме. Друго, у случају у коме је „предмет мање важности“ (§ 55), као и. пр. ако би предмет вештачења била чињеница, која би била од утицаја само на одмеравање казне.

Као год што треба изазвати, да, сем изузетних случајева, вештачење не врши један вештак, тако исто се треба чувати, да се не падне у другу погрешку. Често иследник позива велики број вештака, који, место да објасне и расветле ствар, још више је замрсе супротним мишљењима тако да ствар стално остаје као нерешена.

И. И вештак, онако исто као и сведок, дужан је на свој исказ да се закуне (други и трећи одељак § 56). Само, докле законик од овога правила, кад су у питању сведоци, чини и неке изузетке, дотле је оно, кад су у питању вештаци, безизузетно, т. ј. вештак ни у ком случају незаклет не може извршити вештачење. Ово је сасвим и оправдано. Јер, докле иследник или суд не може да бира сведоке, већ има да са слуша свакога ко је опазио какву важну чињеницу, дотле они вештака бирају и увек могу за вештака узети лице, које је способно за заклетву. Заклетва се тражи поглавито стога, што се у њој гледа једно јемство више, да је вештак савесно посматрао, да је верно исказао све што је опазио и да је своје мишљење дао по свом најбољем знању и савести,

употребивши при томе сва средства која пружа наука или вештина.

Законик не тражи да вештаци за сваки случај поднесу заклетву, ако су „иначе по своме знању заклетви“ (четврти одељак § 56). Значи, да над једно лице, као што је и. пр. лекар, државни хемичар и др., по свом знању може бити вештак и кад је оно једаред положило заклетву за савесно вршење свога позива па онда и вештачења, — онда то лице, као вештак, не полаже заклетву, већ се само опомиње на светињу већ положене заклетве. Законик не тражи, да се та општа заклетва полаже пред иследником или судом. Довољно је, да је та заклетва положена и пред којом другом власти, и. пр. пред административном, ако је само ова надлежна за то.

Односно времена, када се вештак има заклетви, законик наређује прво, да се заклетва може положити како у генералној тако и у специјалној истрази пред судом, и друго, да заклетва увек претходи вештачењу. Наш законик одваја скоро од свих туђинских законика, и не допушта заклетву вештака у генералној истрази, јер у трећем одељку § 56 вели: „иследник ће вештаке опоменути на светињу заклетве и да ће се на оно, што буду исказали, код суда морати заклетви.“ Јасно је, према овоме, да се вештаци имају само пред судом заклетви. Кад је иследник позван да бира вештаке, кад он има да руководи вештачењем и кад је у сваком погледу боље да заклетва претходи вештачењу, онда је погрешно што наш законик не допушта заклетву у генералној истрази.

Ни код суда, на главном претресу, вештаци се не закљичу увек пре њиховог исказа. То зависи од тога, да ли вештачење врши суд или не. Ако је вештачење извршено у генералној истрази, вештаци се ипак позивају на главни претрес да и усмено пред судом потврде оно што су у генералној истрази извели. Ти вештаци, као год и сведоци, закљичу се после њихове изјаве, јер они не врше олажање нити дају своје мишљење, већ само потврђују раније већ дато мишљење. Ако, међутим, суд на основу § 208 нађе, да треба извршити вештачење, и ради тога сам избере вештаке, онда законик (четврти одељак § 56) наређује, да се у том случају вештаци закуну пре вештачења.

О форми заклетве наш законик ништа не говори; он само вели да ће се вештаци „код суда морати заклети“ (§ 56), а како, у којој форми, о томе законик ћути. Туђински су законници и у томе потпунији. Тако, немачка законик у § 79 наређује овакву садржину заклетве: „да ће он (вештак) мишљење које се од њега тражи дати по свом најбољем знању и по савести.“ Аустријски законик у § 121 такође наређује, да се вештаци закуну, „да ће предмет вештачења бржљиво испитивати, да ће учињена опажања верно и потпуно навести и да ће како свој навод тако и мишљење дати по свом најбољем знању и савести, и по правилима своје науке или вештине.“ — Код Њутања законика наша је пракса усвојила, да се вештаци заклинају онако исто као и сведоци. Не схватајући разлику између вештака и сведока, а знајући да је законодавац у § 113 прописао формулу за заклетву сведока, наши судови, у недостатку нарочите заклетве за вештаке, ове заклинају као и сведоке. Оваква пракса наших судова посве је неправилна. Неправилна је стого, што између вештака и сведока постоји битна разлика, те стого морају бити и заклетве различите. Сведок саопштава суду само своја чулна опажања, стого његова заклетва и гласи да је „истину и ништа друго по само истину казао...“; међутим, вештак даје мишљење о извесним чињеницама, које је добио на основу правила науке или вештине, те, према томе, заклетва вештака и не може гласити да је „истину казао,“ већ да је своје мишљење дао „по свом најбољем знању и савести.“ Законодавац је увидео ову разлику између вештака и сведока у Грађанском Поступку и у § 259, сасвим правилно, прописао је нарочиту заклетву за вештаке. По том параграфу вештаци се заклинају да ће своје „мишљење дати по свом најбољем знању и савести.“ Кад је у Грађанском Поступку различита заклетва вештака од заклетве сведока, онда та разлика у заклетвама још пре мора постојати у Кривичном Поступку, коме је циљ увек само материјална истина. Из Њутања нашег законика никако се не сме извести, да је он хтео изједначити вештаке са сведоцима. Непредвиђање формуле за заклетву вештака објашњала се само неразумевањем законодавцем приликом израде законика. Сам § 56, који је рђаво направљени извод из неколико

параграфа свога изворника, јасно показује несхватање и неразумевање природе вештака. Ни изворник нашег законика у § 81, истина, није прописао сам текст заклетве, али је ипак зато казао шта има да буде суштина те заклетве. Наш законодавац, не разумевајући то, држао је да је доста ако каже само то, да се вештаци имају заклетати.

Из свега изилази, да наши судови погрешно раде кад вештаке заклинају као и сведоке. Кад нема нарочите формуле за заклетву вештака у Кривичном Поступку, онда се треба послужити заклетвом вештака из Грађанског Поступка. У заклетву треба, дакле, унети, да ће вештак навод и мишљење дати по свом најбољем знању и савести. У томе се баш и састоји битна разлика између заклетве вештака и сведока. Сем ове, између заклетве вештака и сведока, постоји још и друга разлика. Та се разлика састоји у томе, што форма заклетве вештака не сматра се сакраменталном као што је то случај са формом заклетве сведока, т ј. код заклетве вештака не мора се безусловно придржавати прописане формуле нити то непридржавање повлачи за собом ништавност заклетве; заклетва ће, дакле, важити и онда, кад је у тексту заклетве један израз замењен другим сличним изразом. Код заклетве сведока је, међутим, забрањена ма и најмања измена; ту једна реч више или мање, једна реч измењена, повлачи ништавност целе заклетве.

Заклетва вештака не може се распрострти ни на шта више сем на навод и вештакско мишљење. Према томе, ако вештак приликом саслушавања саопшти суду и друга своја опажања, која не спадају у вештачење, н. пр. ако је повређени за време вештакског прегледа саопшти суду неке околности које се тичу обвиненог, и овај то саопшти суду, онда се вештак односно тога налази у улози сведока и, поред заклетве коју је као вештак положио, мора се заклетати и као сведок. И обротно, сведок се мора заклетати и као вештак, чим он има да даде више но што се од сведока тражи, чим, дакле, о једној ствари треба да даде своје мишљење и то на основу своје стручне спреме или вештине.

И заклетва, као год и вршење вештачења, представља за вештака дужност. Не хтедне ли вештак драговољно да се

одазове овој дужности, то се он има на то принудити. По деветом одељку § 205 са вештаком „који се не би хтео заклетити поступиће се по § 100,^с т. ј. принудиће се на то притвором, а сем тога осудиће се и на накнаду трошкова, ако би се услед тога морао претрес одлагати.

§ 18.

* Поступак при вештачењу 88 55-72

I. Законик у § 57 наређује, да се вештачење врши у присуству иследника и писара. Како и вештачење долази у радње које се врше у генералној истрази, а иследник је лице коме је поверено вођење истраге и које је за исту одговорно, то је основано ово правило по коме иследник има да присуствује вештачењу. Присуство иследниково нарочито је потребно код тзв. сложеног увиђаја, под којим се разуме такав судски увиђај, код кога ради решења каквог питања није довољно само иследниково или судијско онажање, већ је потребно и стручно онажање. Кад, дакле, и иследник и вештак имају заједно и једновремено да раде, онда иследник или судија мора бити присутан докле вештак врши своја онажања. То је н. пр. случај, кад и иследник и вештак треба да виде повређени предмет, рецимо леш. Међутим, другаче стоји ствар, кад је реч само о чистом техничком истраживању. Кад није у питању онажање појединих чињеница, кад су оне, дакле, онажене и њихово постајање утврђено, већ кад је потребно само њихово техничко оцењивање, онда се присуство иследника или судије таквом вештачењу често показује бескорисним и бесмислено би било тражити њихово присуство.

Наш законик узео је ово у обзир и допустио је неке изузетке од правила, по коме иследник има да присуствује вештачењу. По § 57 иследник, па ни судија, неће присуствовати вештачењу у овим случајевима: 1. „ако би призрења морала и стидљивости њихово удаљење захтевала.“ Иследник, дакле, неће присуствовати онда, кад се вештачење има да изврши над каквим лицем, и кад се вештачење састоји само

у стручном посматрању, а присуство иследника или судије вређало би стидљивост дотичног лица, н. пр. преглед полних органа једне жене. 2. „Ако би се испитивање вишестранним посматрањем или дуговременим испитивањем докучити имало.“ Ако би, дакле, за вештачење било потребно предузимати многе пробе, које дуго трају и помоћу којих само вештаци могу да дођу до резултата, као н. пр. код предузимања проба ради констатовања отрова, или ради констатовања душевног става једног лица. 3. Присуство иследника се показује бескорисним и онда, кад вештаци немају ништа да посматрају и онажају већ имају само да даду одговор на једно чисто научно питање. И ако овај трећи изузетак наш законик не предвиђа, има се узети да ће вештачење, извршено и без присуства иследниковог, бити од важности.

По и у овим изузетним случајевима законик наређује, да се иследник постара, „да се достоверност вештачког извештања довољно обезбеди“ (§ 56). Иследник је, према томе, дужан, старати се да идентитет предмета вештачења не буде доведен у сумњу. Стога он има предмете, које треба вештачити, као н. пр. утробу онога за кога постоји сумња да је отрован, да преда вештацима на реверс и да од њих тражи да му тај предмет по свршеном вештачењу врате. Иследник или судија требао би, кад год је то могуће, и да задржи по један део код себе, да би се вештачење могло обновити, ако се за то уваже потреба. Предаја предмета има се извршити тако, да они ни у колико не буду измењени, тако н. пр. треба их затворити и запечатити. У протоко предаје треба увести тачан опис предмета као и њихов број.

II. Како је иследник једини позван да води кривичну истрагу, да оцењује умесност предузимања појединих истражних радња, а вештачење спада у истражне радње. — то је законик сасвим умесно иследнику ставио у дужност и руководити вештачењем (§ 58). Иследник, дакле, на првом месту има да доноси одлуку о потреби предузимања вештачења, а за тим да одреди време, место, као и све остале погодбе под којима се вештачење има извршити. Он има да руководи вештачењем и онда, кад не мора или кад не треба да присуствује вештачењу.

Законик не говори детаљно о томе, у чему се састоји руковођење вештачењем, као ни о томе, у ком обиму и у којим границама је иследнику поверено то руковођење. Он само у првом одељку § 58 вели: „иследници руководе вештачка извиђања“, и даље иследницима нарочито наређује, да „означавају предмете на које вештаци своју пажњу управити имају,“ и да „предлажу питања на које ће они одговорити“. Сасвим је довољно једно овакво опште наређење, јер је и непотребно а и немогуће тачно одредити садржај, обим и границе руковођења; све то зависи од појединог конкретног случаја и од нахођења иследника.

Најважнија је дужност иследникова при руковођењу вештачењем, као што и законик наређује, означавање предмета који вештаци имају да опазе и оцене, и постављање питања на која они имају одговорити. Вештаци су лица која на основу стручног знања или вештине могу опазити извесне предмете или могу дати одговор на извесна питања, али, који су то предмети и која су то питања, вештаци не знају у поједином конкретном случају. И ти предмети и та питања добијају се из истраге, коју иследник води, те је стога он и у стању да вештацима покаже предмете и да им постави потребна питања. Иследник не треба да жури са наређивањем вештачења. Он то треба да учини тек онда кад је у истрази дошао до предмета, које он због недовољне стручне спреме не може да опазе и оцени или кад су се истакла таква питања, на која он не може да даје одговор. Иследник, дакле, мора да посматра конкретни кривични случај са свију страна; он мора да види и констатује кривично дело са свима његовим битним обележјима, тако исто мора он да узме у обзир и све остале околности које утичу на одмеравање казне, и из свега тога има он да издвоји сваку ону околност, предмет, питање, на које може само вештак да одговори а не он. Те предмете има да преда и та питања има да постави вештацима и од њих да тражи одговор. Из овога се види, да је иследнику често потребно да је започео извиђање, да је саслушао обвиненог, да је саслушао сведоке, да је извршио претрес стана итд., па да дође до питања која треба вештацима да постави.

Иследник при означавању предмета и при постављању питања мора врло пажљиво поступати. Он мора вештацима јасно да представи шта жели, шта хоће да сазна и каква обавештења од њих тражи. Он мора да нази, да свако питање добро постави, јер је на добро постављено питање готово увек лако одговорити. Исто тако иследник не треба да буде штедљив у питањима; боље је поставити више него ли мање питања. И онда, кад је сумњиво, да ли је за једно питање потребно баш вештачко мишљење, треба га вештацима постављати. Поред тога, што се само оваквим поступањем може доћи до тачних одговора, оволика обавривост је потребна још и стога, што се може десити, да се поновно вештачење или никако не може извршити или је извршење скончано с техничким тешкоћама. Иследник ће овим својим дужностима моћи одговорити само тако, ако пред собом буде имао јасну слику целокупне истраге са свима оним местима, која имају вештаци да расветле.

Наш законик ништа не говори о томе, да иследник при постављању питања вештацима треба да узме у обзир и предлоге странака. Несумњиво је, да се из ђутава законика има извести, да за иследника не постоји дужност да странке извештава о вештачењу и о питањима које се имају вештацима постављати, јер наша истрага није контрадикторна, већ је у њој иследник главни субјекат, који сам одлучује о свима иследничким радњама. Али, поред свега тога, иследник је дужан да води рачуна о захтевима како обвиненог тако и тужноца, кад су они сами управити те своје захтеве, који се односе на питања вештацима. Од оцене иследника зависи хоће ли усвојити предлоге странака или не.

Улога иследникова при руковођењу вештачењем не састоји се само у „означавању предмета“ и „постављању питања.“ Сем тога, иследник има да контролише рад вештака. Овамо нарочито долази старање иследниково, да не остане ниједна важнија чињеница неопажена; дакле, да вештачење тече правилно по самом закону, као и то да сва онаква уђу у протокол. Али, иследник није позван да се меша у чисто техничку страну вештачења; он не може утицати на техничке методе, којима се вештаци служе. У таквом мешању и ути-

пању, дакле, и не састоји се контролisanje вештачења, јер такву контролу може вршити само онај, који има бар исту спрему коју и вештак. Ово опет не значи, да иследник може бити потпуно ланк. Напротив. Да би иследник могао одговорити својој дужности, т. ј. да би могао поставити потребна питања и унутити вештачење правилним путем, као и да би могао разумети и контролисати резултат вештачења, потребно је да има нека техничка знања, без којих се не би могла савесно и корисно водити кривична истрага. За то су иследнику нарочито потребна знања Судске Медицине.

На захтев вештака иследник је дужан да им саопшти све оно, што они сматрају да је за давање мишљења потребно. Вештаци, према томе, могу на првом месту тражити, да им иследник саопшти из акта истраге оно што им је потребно ради расправљања оних околности о којима они имају да даду своје мишљење. Могу они од иследника тражити и сва акта истраге, ако се само то покаже као неопходно за давање мишљења. Све оно и наш законик ставља у дужност иследнику у другом одељку § 58, али само са једним ограничењем. Иследник је, на име, дужан показати акта истраге вештацима, осим ако се иследник не би сумњао да ће се тиме моћи ислеђење осујетити* (§ 58). Бојазан иследника, да ће се саопштењем аката истраге вештацима осујетити сама истрага, није у довољној мери оправдана. Истина је, да иследник и у овом погледу треба да буде пажљив и да вештацима без нарочите потребе не саопштава акта истраге. Ова бојазан пре има други смисао. Постоји бојазан, да у тежим случајевима или кад су вештаци непажљивији, не буду наведени на извесно мишљење признањем, сведодбама сведока или каквим другим изјавама које у актима пађу. Може се, дакле, десити, да вештаци заснују своје мишљење на изјавама које су у актима нашли, а не на посматрању предмета и на законима своје науке или вештине. Због те бојазани иследник треба врло обазриво да поступи при саопштавању акта истраге. Стога се иследнику има препоручити, да од вештака тражи да му тачно назначе све оно, о чему жели ближе обавештење, и да им овај тада саопшти само она места из акта, која се односе на тражена обавештења. Сва акта истраге показаше

иследник вештацима само онда, ако се то покаже неопходним за давање мишљења. Према овоме, од вештака треба тражити најпре да виде предмет вештачења, како би увиђајем дошли до самосталног мишљења о томе предмету, па тек после им допустити читање аката. При саопштењу акта иследник треба вештацима да скрене пажњу на све оно, што поједине исказе, н. пр. сведодбе сведока, чине сумњивим, као и на то да им сви ти искази могу помоћи да боље виде ствар, да они никако на основу њих немају дати своје мишљење већ само на основу правила науке или вештине.

Ако вештаци пађу, да је за давање што тачнијег мишљења потребно извидети још неке околности, које нису ислеђење, могу они тражити од иследника да и те околности ислеђи. Тако они могу тражити да се испитају сведоци о неким околностима, које су им потребне. Може и, пр. код питања, да ли је смрт последица тровања, преглед леша и утробе да не буде довољан за давање поузданог мишљења. Могу вештаци тражити да знају, какав је знак умрли показивао непосредно пред своју смрт, а ово опет могу сазнати само тако ако се испитају сведоци који су те знаке опазили. Иследник је дужан да испита те сведоке и да њихове исказе стави вештацима на расположење. Исто је тако иследник дужан вештацима да стави на расположење и све предмете, који вештацима могу корисно да послуже за давање мишљења. Тако н. пр. вештаци могу тражити оруђе којим је извршено кривично дело ради поређења с повредом. И ако наш законик ништа не говори о овоме, несумњиво је да вештаци имају право тражити све ово од иследника, јер то захтева интерес проналажења истине.

III. Све што вештаци приликом вештачења пађу дужни су да ставе у протоко. Код вештачења треба увек разликовати две ствари: 1. наход и 2. мишљење.

Наход је оно, што је било предмет непосредног чулног опажања вештака, т. ј. све оно што су вештаци при вештачењу опазили, н. пр. код телесне повреде: величина повреде по дужини, ширини и дубини, облик, изглед, место повреде. Законик у § 59 наређује, да се наход, т. ј. све што су вештаци опазили, одмах стави у протоко. Ако је вештачење

F/члас

§ 59

вршено у присуству иследника, вештаци ће свој наход или сами диктирати деловођи или ће га усмено саопштити иследнику, који ће га опет издиктирати деловођи. Ако, међутим, вештачењу није присуствовао иследник, онда ће вештаци сами наход ставити написмено. Иследник је дужан да нази, да се наход одмах на месту вештачења стави у протоко стога да не би настао неспоразум или сумња да нешто није ушло у протоко, ако би се то доцније и на другом месту радило. Дужност је иследника овде да нази, да као наход у протоко уђе све што је било предмет опажања.

§ 59
Вештачко мишљење јесте закључак, који вештаци на основу науке или вештине, извлаче из онога што су опазили в. пр. да ли је повреда, коју су вештаци прегледали, смртоносна. Мишљење вештака, опет, састоји се из два дела: 1. из самог закључка или изјаве, која је суду или иследнику потребна, и која обично садржи одговор на какво питање, и, пр. изјава вештака да је једна повреда смртоносна, и 2. из навођења основа, са којих су вештаци дали онакав закључак или изјаву. Вештаци су дужни и своје мишљење заједно с основима да ставе у протоко. Поред закључка дужни су они, дакле, да кажу и све основе, т. ј. правила или законе извесне науке или вештине, помоћу којих су дошли до наведеног закључка.

Али, докле су вештаци дужни да наход одмах ставе у протоко, докле они не морају одмах по свршеном вештачењу изјављивати своје мишљење. Вештаци ће моћи и касније дати своје мишљење само онда ако је за давање мишљења потребно дуже размисање или ако треба загледати у резултате најновијих научних испитивања. У ком року има вештак поднети своје мишљење, одређује иследник, који, разуме се, при томе мора водити рачуна о природи вештачења. У оваквим случајевима вештаци своје мишљење с основима предају иследнику написмено, у противном случају или га предају сами написмено или га диктирају деловођи. Ако вештачењу иследник није присуствовао, онда вештаци и мишљење, као год и наход, писмено саопштавају.

Сем наход и мишљења сваки протоко вештачког мишљења мора у себи садржати још и ово: 1. позив на налог

иследника или суда да се изврши вештачење; 2. предмет и место вештачења; 3. датум и потпис вештака.

Вештаци дају заједнички и наход и мишљење. Да би се избегла најмања несагласност, која би могла настати кад би сваки одвојено давао мишљење, не само да није забрањено него је и препоручује вештацима, да се споразумевају и да један другогме саопштавају своја опажања. Разилазе ли се вештаци међу собом у мишљењима, онда их имају одвојено давати.

IV. Речено је раније, да је вештачење радња која се може извршити како у генералној тако и у специјалној истрази код суда. Законик, међутим, ништа не говори о томе, како се има извршити вештачење у специјалној истрази. Код ђутања законика има се узети, да се то вештачење у главном има извршити онако као и вештачење у генералној истрази. Појединости самог извршења зависе, опет, од тога: какво је вештачење и у ком циљу се предузима. Вештачење се у специјалној истрази предузима или у предлааном поступку пре главног претреса или на главном претресу. По § 183 иследни судија, пошто је донето решење о стављању оптуженог под суд, т. ј. о отварању специјалне истраге, има да нареди вештачење, ако нађе да је то за дослеђење потребно. Нјему законик наређује, да испита вештаке, који су у генералној истрази вршили вештачење. Међутим, по нашој судској пракси, која је рђава, иследни судија не ради ни једно ни друго. Дужност је иследног судије да приуговори кривичну ствар за главни претрес тако, да се овај не одлаже због тога, што није извршено вештачење. Кад иследни судија нађе да ради дослеђења треба извршити вештачење, он има исто да нареди, и оно се врши онако исто као и у генералној истрази.

Вештачење које се на главном претресу врши може бити двојако: или је то право вештачење или је само верификација вештачења извршеног пре главног претреса. Ако суд на главном претресу нађе, да ради објашњења какве важне чињенице треба изискати вештачко мишљење, он има да одреди да се потребно вештачење изврши одмах на главном претресу, ако је то могуће. У таквом случају суд бира и позива вештаке, који врше вештачење у присуству суда и стравака. Ако је

немогуће извршити вештачење одмах, суд може и одложити главни претрес ради предузимања вештачења (§ 208). У осталим случајевима вештачење које се врши на главном претресу јесте верификација ранијег вештачења. Суд позива исте вештаке на главни претрес, где их усмено саслушава о раније извршеном вештачењу и датом мишљењу, ако то нису вештаци који су нарочито постављени или овлашћени за давање вештачких мишљења.

Наш законик у §§ 183, 206 и 208 наређује, да иследни судија и суд имају да испитују вештаке, а не доноси ниједне одредбе о томе, како се имају вештаци испитивати. Како законодавац, кад је реч о саслушавању, често поред сведока помиње и вештаке, то је несумњиво да се и вештаци имају испитати као и сведоци, кад они долазе пред суд да усмено изјаве оно што су при вештачењу раније направили.

Из законика се не види, да вештаци при вршењу вештачења, на било то у генералној или специјалној истрази, имају права да сведоцима непосредно постављају питања. Из §-а 206 има се извести противно, т. ј. да им то право није признато. Но и ако вештаци нису убројани у она лица, која по § 206 имају права сведоцима постављати питања, ипак им то право треба дати у интересу проналажења истине, разуме се, у колико они то своје право не би злоупотребљавали, на што председник суда треба да обрати пажњу.

V. Од важности је питање: има ли иследник права да вештачко мишљење подвргне својој оцени?

Из дужности иследника да руководи целокупном истрагом у циљу прибарања и спремања доказне грађе за главни претрес, проистиче и његово право и његова дужност да вештачко мишљење подвргне својој оцени. Иследник је дужан да се стара да сви прикупљени докази буду такви, да се на основу њих може главни претрес не само наредити него и одржати: па како и вештачко мишљење спада у доказе, за чије правилно предузимање је одговоран иследник, то отуда и његово несумњиво право да оцењује, да ли је вештачење учињено онако како то закон наређује и да ли вештачко мишљење одговара циљу ради кога је тражено. Стога он мора

вештачко мишљење да пореди са свима ислеђеним околностима, па ако нађе да је оно непотпуно, нејасно, неодређено или у противречности са свим собом или са ислеђеним околностима, има права од вештака да тражи да такво своје мишљење поправе или попуне, а може и од других вештака да изиште ново вештачко мишљење (§ 60).

И овде се има разликовати навод од мишљења, — и иследник прво мора подврћи својој оцени навод, па после тога вештачко мишљење. И једно и друго иследник има најпре да оцењује са формалне стране. Ако нађе, да вештачење није извршено у форми коју закон прописује, или да је навод нејасан, неодређен, у противречности са самим собом или са ислеђеним околностима или да се онажава вештачка у многоме међу собом не слажу, дужан је иследник, ради отклањања те сумње, да скрене пажњу вештацима на све то и да их још једаред саслуша. Не успе ли се тиме ништа, то се навод има огласити за неважећи, и иследник има да нареди ново вештачење.

На све ово иследник има да обрати пажњу и при оцени вештачког мишљења. Ако је мишљење нејасно, непотпуно, неодређено; ако не садржи у себи одговоре на сва питања; ако није тако, да се одмах јасно може да види мишљење вештака, онда се таквом вештачком мишљењу не може ни придати доказна вредност. Међутим, има случајева у којима је вештацима немогуће дати једно потпуно, одређено мишљење, стога иследник у таквим случајевима треба да прими и мишљење које садржи само вероватноћу, н. пр. мишљење које би гласило: „вероватно је“, „изгледа нам“, „ми држимо“ и т. д. То су тежи случајеви, у којима је извођење закључка и давање суда често доста несигурно, јер се може десити да једна последица може доћи од више и то различитих узрока. При оцени вештачког мишљења иследник има нарочито да обрати пажњу на то, да ли је логички изведено, т. ј. да ли су закључци правилни и да ли не противрече ислеђеним околностима.

Не само форму него и садржај вештачког мишљења има иследник да подвргне својој оцени. Ако вештачко мишљење почива на основима, који се налазе у актима, то иследник има права да оцењује, да ли су вештаци за основицу свога

мишљења узели само такве чињенице и околности које су потпуно доказане, као и то, да ли су узели у обзир сва акта истраге или само један део. Ако, пак, вештачко мишљење почива на научним основима или на основима какве вештине, иследник ће моћи оцењивати такво мишљење само онда, ако је за оцену тих основа довољно и опште знање сваког интелигентног човека, које, разуме се, има и иследник. Понаже ли се, међутим, да је за оцену тих основа потребно темељније знање какве науке или вештине, то тако мишљење, по правили, не подлежи оцени иследника, јер он нема потребно знање за оцену. Али, ако у поједином случају иследник има потребно стручно знање, не значи да он не сме оцењивати вештачко мишљење и да га мора узети за доказ и онда, кад сматра да почива на погрешним основима.

У свима случајевима, у којима иследник или суд, оцењујући било форму било садржај вештачког мишљења, нађе да исто због учињених замерака не може послужити као доказ, дужан је вештацима те замерке да саопшти и да их о истима саслуша. Не усне ли да на тај начин отклони те замерке и сумњу, дужан је да изиште друго вештачко мишљење и то било од истих вештака, којима би се још један нов придоблао, било од сасвим нових вештака (§ 69.) Ако ново мишљење има да даду други вештаци, то они неће вршити и поновно вештачење, већ ће своје мишљење дати на основу находа који су први вештаци дали и који је оцењен као правилан. У случајевима, у којима су вештаци лекари или хемичари, друго вештачко мишљење може иследник или суд да тражи од лекарске комисије и то од Санитетског Савета, који је по санитарском закону дужан да даје своје мишљење у кривичним делима. Из последње реченице другог одељка § 60 види се да се од Санитетског Савета може тражити мишљење и онда кад се вештаци у датом мишљењу потпуно сложни, само ако иследник или суд држи да они нису довољно спремни да правилно реше конкретни случај. Ово се има чинити само „због важности злочинства“, дакле, кад је у питању који тежи случај. Иследнику и суду не може бити забрањено да и у другим важнијим случајевима тражи слично мишљење од

других научних комисија или државних завода као н. пр. од техничког факултета.

Исто овако се има поступити у случајевима у којима се вештаци разилазе у својим мишљењима. Из овога излази, да иследник, кад истакне разлоге за сумњу у наход или мишљење вештака, има само да изиште ново вештачење односно ново вештачко мишљење. Међутим, он није позван да донесе одлуку и о томе, које од та два мишљења има већу вредност. То питање има да одлучи суд, који је надлежан за решење кривичне ствари. По теорији слободног судијског уверења суд није везан ни за дефинитивно мишљење вештака, међутим по теорији законских принудних доказа, која се налази у нашем законнику, суд је дужан да прими коначно мишљење вештака, које је дато по свима правилима науке или вештине.

§ 18.

Парочити случајеви.

Законодавац се није задовољно постављањем општих правила, о којима је до сад било речи и по којима се има вршити вештачење у опште. Он је издвојио нека најважнија а при том најтежа кривична дела и допео парочите одредбе о томе, како се у тим издвојеним случајевима има вршити вештачење. Због важности тих случајева говорићемо о сваком по наособ. *Насм. одломак из старог законика.*

I. Убиство и тровања.

I. Ако се у случају смрти каквог човека породи сумња да је смрт проузрокована каквом забрањеном радњом, законик у § 61 наређује, да се у таквом случају има извршити ^{x)} „вештачки увиђај, а по потреби и парање предузети“. Задатак је истраге, да у тако сумњивим случајевима нађе прави узрок смрти, па, према томе да утврди и то, да ли је смрт последица какве забрањене радње или не. Да би се ово могло утврдити, има се предузети сложни увиђај, а по потреби и парање леша или обдукција. Законик се задржао на овом

x) § 61 се даје једино у том случају докогда се неће извршити истрага, орг. вештачење.

општем наређењу и није се упустио у набрајање свих случајева у којима се има извршити вештачки преглед и парање леша. Тако се што, у осталом, и не може предвидети законом, већ само уредбом или правилником који би се прописао за вршење оваквог вештачења. Код нас, истина, постоји: Правилник за вршење судских секција и за давање лекарских уверења, али у њему нису набројани случајеви у којима је потребно вршити судске секције. Према томе, остаје иследнику да у сваком случају, према околностима и појавама које су претходиле смрти, према начину на који је смрт наступила, као и према многим другим приликама, сам оцени, да ли има сумње да је смрт последица какве забрањене радње, т. ј. да је у питању убиство, па ако нађе да таква сумња постоји, дужан је да изреди вештачки преглед леша, а по потреби и само парање.

Из § 68 једино се види, да се у случају сумње да постоји убиство не морају предузети оба средства, тј. и вештачки преглед и парање леша, јер се тамо каже, да ће се предузети „вештачки увиђај, а по потреби и парање“. Парање леша може изостати увек, кад се и самим вештачким прегледом леша утврди да смрт није проузрокована забрањеном радњом, као и онда кад се узрок смрти по другим околностима може тачно да нађе, и пр. кад је неко изгорео или прегажан на железничкој прузи и т. д. Али, и ако законик не заповеда да се у сваком сумњивом случају предузме и преглед и парање леша, иследник неће никако погрешити ако нареди да се и једно и друго изврши увек кад је то само могуће учинити, јер није искључена могућност да буде и нетачно оно што је само прегледом леша нађено, а ту нетачност често је немогуће исправити због немогућности да се парање касније с успехом изврши.

Дужност је полицијске и општинске власти, да сваки сумњиви случај одмах доставе иследнику. Докле иследник није извештен и докле није стигао на место на коме се леш налази, дужност је и полицијске и општинске власти, а само ове последње у местима у којима нема полицијске власти, да се старају да леш као и сви остали предмети око леша остану неповређени на месту на коме се налазе. Свака

ма и најмања промена целокупног стања може не само отежати истрагу, него је може чак и онемогућити. Ако леш не може остати на месту на коме је нађен и ако га треба пренети, онда се то преношење има извршити тако, да леш остане неповређен. Преношењу треба да присуствује иследник, ако њега нема онда се о томе има да стара општинска власт; у том случају иследник мора саслушавањем лица која су вршила пренос да сазна на који је начин леш пренесен.

Пре него што се приступи вештачком прегледу или парању леша, дужан је иследник да учини увиђај на месту на коме се леш налази. Он има тачно да прегледа место на коме је извршено дело и на коме се леш налази, и, ове што на том месту буде нађено, дужан је да стави у протокол. Он има нарочито да пази на то, да ли има каквих трагова, по којима би се могло закључити да је извршен злочин, за тим на оруђа којима је дело извршено, као и на све остале предмете за које би се држало да су опога који је дело извршило. Нарочито оруђа, а и остале предмете, треба иследник добро да опази и опише; он треба да обрати пажњу на њихов облик и врсту, на фабричне ознаке ако их има, на дужину, ширину, тежину, оштрину, као и на то да ли се на њима налазе трагови крви. Сем тога, он је дужан да на месту дела саслуша сва лица, која знају ма шта казати о умрлом, његовом животу, његовим односима, о појавама које су примећене пре смрти, о начину смрти, као и о свему другом, по чему би се могло доћи до узрока смрти.¹⁾ Исто је тако иследник дужан при увиђају да види и леш. Све ово иследник има да учини ради одлуке о томе, хоће ли наредити вештачки преглед и парање леша или не. Ако се увиђајем иследниковим јасно покаже, да смрт није проузрокована забрањеном радњом или да је наступила природним путем, обуставиће сваки даљи рад; потврди ли се, међутим, сумња, да је у питању убиство, онда ће он наредити вештачки преглед и парање леша чак и онда, кад се и увиђајем може констатовати узрок смрти. У том случају увиђај, учинjen на месту дела, може врло добро послужити као средство за проналажење учиниоца дела.

¹⁾ Ruff, Commentar... I 170.

Детаљне прописе о томе, како се има вршити вештачки преглед и парање леша садржи Правилник за вршење судских секција и издавање судских уверења, који је прописао министар унутрашњих дела 7 септембра 1908 СМ 9226.²⁾ По овом правилнику, као и по другом одељку § 61, преглед и парање леша има да врше, ако је могуће, два лекара у присуству иследника. Изузетно, где то прилике не допуштају, може парање извршити и један лекар. Само се у заглављу протокола секције има увек назначити узрок, зашто секцију нису вршила два лекара. Иследник је дужан да одреди лекаре, који ће вршити преглед и секцију леша. По чл. 9 т. 16 и чл. 12 т. 6 и 14 то имају у првом реду бити окружни физикуси и средски лекари, а по чл. 14 т. 12 тамо где нема државног лекара може иследник одредити и општинског лекара. Приватним лекарима може се поверити вршење секције само онда, кад је с одицањем секције скочава опасност а ниједан од државних или општинских лекара не може се добавити. Прегледу и секцији леша треба да присуствује и лекар који је умрлог пред смрт лечио. Лекаре, који су одређени за вршење секције, дужан је иследник да позове писменим позивом, у коме има да назначи место и време прегледа и секције.

Секцији се може приступити тек пошто је идентитет леша несумњиво утврђен. Да би се идентитет могао утврдити, дужан је иследник да покаже леш лицима која су умрлог познавала (трећи одељак § 61). Ако се покаже потребним, иследник има да покаже леш ради познавања и обичајем. Ако се, међутим, на овај начин не може утврдити идентитет леша, онда се леш има описати и тај опис преко новина објавити. Код описа прво треба обратити пажњу на одело које

²⁾ Правилник за секције израдио је Д-р Е. Михаел, професор Опште Државне Војнице, а прегледао га је и усвојио Главног Санитетски Савет. Правилник је израђен о обзиром на одредбе законика о привичноме поступку, а ради бољег разумивања, уз њега се налазе и практични примери. У опште он је израђен и врло савесно и врло детаљно тако, да је неопходни не само за лекаре који врше прегледе и секције лешева, него исто тако и за иследнике и судије који имају да руководе вештачењем и да оцењују вештачко мишљење. Сваки иследник треба да буде добро познат са свима прописима овога правилника. Ово је потребно како ради тога да сам што боље одговори својој дужности, тако и ради тога да пазни да и лекар своју дужност савесно врши.

се на њему пађе. Ту ваља одредити врсту тканине, од које је одело направљено, њену боју, крој и поставу одела, број и место ценова и шта је у њима нађено, да ли је одело ново или старо. Нарочито треба назити, да ли рубље и одело има какав знак (марку), напис или дугмета. Ако таквих знакова нема или су намерно уклоњени, ваља и то поменути (Правилник стр. 8 т. 10). Ако је одело попрскано крвљу, упрљано земљом, песком, речним наносом или чиме другим, све то такође треба описати. Преглед и опис одела није од значаја само за утврђивање идентитета леша, већ може бити од значаја и по томе, што се по подераности или рупама, које се на оделу нађу, може поуздано видети каквим је оруђем проузрокована руда на оделу, па и сама повреда на лешу. Стога треба нарочиту пажњу обратити на облик рупа, место где се налазе, правац, дужину и ширину. Тако треба најбрижљивије прегледати и описати и све остале предмете који се у оделу или на лешу нађу као: исправе, прстење и т. д. Сем овога, треба обратити пажњу на тачан и исцрпан опис свију карактеристичних спољних особина самога леша које би могле допривети констатовану његову идентичности. У ове нарочито спадају: приближно констатовање пола и дужине, опште исхране, опис главе и лица као и екстремитета (Правилник стр. 8 и 9). Само ако је то могуће, мерење и описивање леша треба учинити по систему Бертиоловом. У свима случајевима показује се и фотографисање лешева као врло добро за утврђивање идентичности непознатог леша.³⁾

Сама секција дели се на спољни и унутрашњи преглед. Спољни преглед обухвата општи опис леша и засебни опис појединих његових делова. Општим описом леша ваља утврдити: године, пол, дужину, развијеност, исхрану, опште промене или обољевања коже и аномалије (белеге, тетовирања, прекробојне удове или недостатке удова). Засебно треба описивати све делове леша, а нарочито: главу, врат, грудни кош, трбух, спољне гениталије, чмар и екстремитете. Ако се на лешу налази каква повреда, ваља исцрпно означити њен облик, по-

³⁾ Детаљније о овоме: Д. Алимпић, Утврђивање идентичности помоћу одела, у Полицијском Гласнику за 1905, и Утврђивање идентичности лешева, у Полицијском Гласнику за 1907, бр. 9, 10, и 11.

ложај и правац, њен тачни однос према утврђеним тачкама тела, њену дужину и ширину. По завршеном спољњем прегледу приступа се унутрашњем прегледу или секцији. Секција се сме предузети тек 24 сата после смрти дотичног лица; трулеж леша, међутим, никако не искључује секцију. У унутрашњи преглед спада: 1. дупља лобање, 2. врат и грудни кош, и 3. трбушна дупља. Све се ово има да изврши по Правилнику за вршење судских секција.

О извршеној секцији дужни су вештаци саставити још на лицу места што исцрпнији протоко. Само ако прилике, у којима се секција врши, не би допуштале, да се целокупни навод одмах на лицу места и на самој секцији утврди, лекари ће то на завршетку поднесеног протокола изречно изјавити. Али ће у сваком случају мерати бар све важније находе на лицу места да опишу. Сам протоко носи наслов „Протоко секције.“ Он се дели у три дела: заглавље, спољни и унутрашњи преглед. Заглавље се виси преко целог табака и у њему има да се наведе: по чијем се захтеву врши секција (број акта и његов датум), име и презиме, занимање и постојбина секцираног лица, место, дан и доба дана кад је секција вршена, да ли су секцију вршила два лекара или само један и зашто, ко је секцији присуствовао од стране власти. После заглавља долази спољни а за овим унутрашњи преглед који се у протоколу означавају словима А и Б. Ту вештаци морају навести све органе, које су прегледали и што потпуније да опишу ове учињене находе. Одељци о главним дупљама човечијег тела (лобања, грудни кош и трбушна дупља) имају бити снабдени римским бројевима, а находи на појединим органима арапским бројевима, који имају тећи редом од почетка до краја протокола (Правилник стр. 5 и 6).

Пошто су лекари написали протоко, дужни су они на основу резултата добијеног приликом секције да даду своје мишљење. Мишљење са разлозима могу они дати или одмах на истом протоколу, у коме се случају на средњи табака, а одмах испод већ написаног протокола, има да стави „лекарско мишљење“, или опет могу они то мишљење дати и накнадно, ако је у питању какав тежи случај. И онда, кад лекари своје мишљење дају накнадно, иследник од њих треба

да тражи одмах мишљење бар о ономе о чему могу одмах дати или у онолико у колико га могу дати. Закључци лекарског мишљења треба поглавито да се ослањају на објективни навод, утврђен у протоколу секције, а за тим и на податке ислеђења. Лекари су дужни да све закључке у своме мишљењу мотивишу што разумљивије и логичније тако, да то може разумети и нестручно лице. Они ће се увек позивати на одговарајући број, под којим је у секционом протоколу прибележен објективни навод, на основу кога свој закључак изводе. Ако се буду користили подацима истраге, поменуће и то изречно у своме мишљењу. Они имају и на питања, која им је иследник поставио, што потпуније одговорити у своме мишљењу, или имају навести разлоге, зашто то вису могли учинити. Ако се у тумачењу каквог секционог находа или у закључцима између лекара појави несугласица, онда су дужни обојица поднети одвојена мишљења (Правилник стр. 19 и 20).

Најважније питање, које звезари имају у своме мишљењу да реше, јесте питање о узроку смрти. Они ту имају тачно да одреде, да ли је и у колико је извесна радња непосредни или посредни узрок смрти једног човека. Непосредни, прави или физиолошки узрок смрти јесте онај процес у телу, који је уништио живот; а узрок тога узрока јесте посредни или физички узрок смрти. Тако н. пр. ако је смрт наступила услед повреде једне од важнијих артерија, то је ту непосредни узрок смрти немogućност услед губитка крви, а посредни узрок смрти је пресецање артерије.⁴⁾

Да би лекари у конкретном случају могли одредити узрок смрти, законодавац је у § 62 прописао питања, која им иследник има да постави и на која они имају да одговоре.

Кад лекари нађу да на лешу има повреда, онда они по § 62 имају на првом месту да расправе ова питања: а) да ли је смрт наступила услед нађених повреда; или б) услед другог каквог узрока, независног од повреда. Ако је утврђено, да је смрт наступила услед нађених повреда, ванетих радњом другог (виновника), онда лекари имају још да одго-

⁴⁾ Ruff, Commentari 176; Mayer, Commentar I 455.

воре и na ова питања: а) да ли је та виновникова радња сама по себи, због своје опште природе, проузроковала смрт, т. ј. да ли се она у опште има узети за довољан узрок смрти, н. пр. убод ножем у срце, или б) да ли је та радња проузроковала смрт због телесног својства или особеног стања у коме се повређени налазио, н. пр. због болести, нијанства и т. д., или в) да ли је смрт проузрокована због случајних околности, под којима је та радња извршена. Ово је случај кад нанесене повреде нису довољан узрок смрти, кад оне по правилу не проузрокују смрт, већ само изузетно, т. ј. кад је радња којом је повреда нанесена извршена под неповољним околностима, независним од ње, н. пр. кад је повреда нанесена у време кад владају заразне болести.

Из § 62 не може се извести, да се лекарима не сме поставити ниједно питање више. Сем ових следник може поставити и које друго питање, само ако то важе за потребно с обзиром на конкретни случај. Тако ће н. пр. следник моћи у неким случајевима поставити и овакво питање: да ли би смрт могла бити отклонена да је благовремено указана помоћ и др.

Одговори на сва ова питања могу бити врло важни по томе, што судији дају довољну грађу за оцену једног другог питања, а то је: да ли је виновник са злом намером радио или не, т. ј. да ли је имао намеру за убиство? Питање о злој намери, о томе да ли је виновник при предузимању радње могао предвидети смрт као последицу, јесте правно питање које има да реши судаја а не лекари. Према томе, ако се утврди да је радња по својој природи смртоносна, н. пр. оптужени је отсекао главу убијеноме, то се неће моћи лако поклонити вера његовом исказу, да није имао намере да убије, јер је у таквом случају могао предвидети да ће смрт наступити. Сасвим ће другаче бити ако се утврди да је смрт наступила због особитог телесног својства (н. пр. због необично танке добање) или због случајних околности. У тим случајевима ће оптужени с успехом моћи доказивати, да није предвиђао да ће из његове радње произићи смрт, и да према томе није имао намере за убиство.³⁾

³⁾ Ово су случајеви плагиризованог признања из § 328, а којима ће доцније бити више речи.

III. Од обичног убиства законик нарочито издваја детоубиство и о њему говори у § 63. Детоубиство по § 164 кав. зак. јесте убиство детета од стране матере за време порођаја или после порођаја за 24 сата или ако је мучно стање породилце дуже трајало и после 24 сата. Предмет овога кривичног дела јесте новорођено дете, а виновник може бити само мати. Да би се могло утврдити постојање детоубиства, од нарочитог је значаја питање: да ли је дете живо рођено? Стога законик и наређује у § 63, да се при подозрењу детоубиства, поред осталог, има да расправе ова два питања: а) је ли дете живо рођено, и б) је ли за живот било способно.

За преглед и секцију новорођене деце важе иста правила која важе и за остале лешеве. Једина се разлика састоји у томе, што код сваког новорођеног детета треба тачно одговорити на питање, да ли је дотично дете рођено живо, и, ако је рођено живо, колико је приближно после рођења живело и шта је био узрок његове смрти. Одговор на питање, да ли је дете живо рођено, зависи на првом месту од плућне пробе. Ова се проба оснива на искуству, да удисање ваздуха мења обим, боју, конзистенцију и специфичну тежину етатних плућа. Констатовање удисаног ваздуха у плућима допушта закључак, да је дете живело. Оба плућна крила треба расећи на ситне комадиће, спустити у простран суд напуњен хладном водом, и видети да ли сви дежићи пливају и у колико су склони да потону. (Правилник стр. 25.) Поред свега овога, плућна проба није необорив доказ да је дете живело. Данас је науком доказано да је дете могло дисати и пре него што је потпуно рођено, као год што је дете могло бити живо рођено а да није дисало. Сем тога, ваздух у плућа може допрети и вештачким путем, а плућа могу пливати и услед трулежи и развића трулежних гасова. Стога, при предузимању плућне пробе треба бити врло обазрив, а та се обазривост састоји у томе, што се не треба зауставити само на њој, већ треба прегледати и све остале органе, по којима се може закључити, да ли је дете живело или не. Поред плућне пробе ваља у сваком случају утврдити, да ли стомак и црева садрже ваздух и пливају у води или не. И ова се проба оснива на искуству, да чим повређено дете почне самостално

6. IV. 1922

дисати, у исто време улази ваздух у стомак и горњи део црева тако, да и ови органи у води пливају (Правилник стр. 26.) Ако се у неком случају ове пробе покажу недовољним за решење питања, да ли је дете живело, или ако се те пробе покажу сумњивим, онда треба прибегнути другим методама о којима ближе говори Судска Медицина.

Законик наређује у § 63 лекарима, да реше и друго питање: да ли је дете за живот било способно. И ако способност детета за живот није елемент *corpus-a delicti* детоубиства, ипак је њу потребно утврдити, јер од тога, да ли је дете било способно за живот или не, зависи одмеравање казне.

III. Законик је издвојио и оне случајеве у којима постоји сумња на тровање (§ 64). Стога, што у многим случајевима није лако констатовати тровање, јер се неки отрови тешко у лешу могу наћи, законик је донео нарочите одредбе о томе, како се има вршити преглед и секција леша, кад постоји сума тровања, и којим се путем има да утврди, да ли у наведеној материји има отрова. Законик у § 64 наређује, да за утврђивање тровања поред два лекара треба по могућности узети и два хемичара, а ближа правила о томе, како се врши преглед и секција у оваквим случајима, налазе се у Правилнику за вршење судских секција.

Код сваког случаја тровања дужност је како иследника тако и судско-медицинског експерта на првом месту да сазнају све појаве, које су биле примећене непосредно пре смрти онога за кога постоји сумња да је отрован. У томе циљу је иследник дужан да саслуша сва лица која су непосредно пред смрт умрлог била с њим заједно, као и да изврши преглед целог стана: кујне, подрума, судова, јела и т. д., не би ли нашао отрова или што друго што му изгледа као отров. Све сумњиве субстанције које се нађу, као и продукте повраћања и пролива, дужан је иследник да сачува и покаже експертима. Сем тога, треба сазнати колико је трајало сумњиво оболевање, а треба тачно прибележити и дан смрти. Све сумњиве знаке тровања који су још за живота примећени треба и лекар да остави у почетку секционог протокола.

И при сумњи на какво тровање, секције се врше по свима правилима за секције лешева, само што овде треба још и на-

рочиту пажњу обртити на изглед слузокоже целог дигестивног тракта. Треба прегледати слузокожу усана, усне дупље, ждрела, једњака, стомака, танког и дебелог црева, као и садржај свију ових органа (Правилник стр. 29). Лекар је дужан да стомак с његовим садржајем и једњаком мете у засебан чист стаклени суд. Сва црева и њихов садржај долазе у засебан суд. Такође у засебне судове долазе и бар половина јетре, један бубрег и садржај бешике. Сви ови судови морају бити чисти стаклени судови, које ваља добро затварати или стакленим или новим запушачима од плуте. Поврх запушача долази добро увезан слој пергамент-хартије, који има да буде запечаћен печатом иследне власти. Сваки суд треба да буде снабдевен патисом. Овако исто треба у засебне судове одвојити, затворити и запечатити и све остале предмете, на којима се налазе сумњиве мрље од крви или сперме и послати на хемијско-микроскопски преглед.

Ако би услед какве сумње на извршено тровање била наређена ексхумација дотичног леша, ваља, нарочито ако је у питању арсен, осим раније наведених органа, одвојити у засебне судове и довољну количину земље, како изнад, тако и испод и с обе стране сандука, осим тога ваља прибрати и земљу са неколико места на гробљу, подаље од дотичног гроба. Тако исто је потребно одвојити у засебне судове и косу и кости, као и остатке вештачког цвећа, које би се на лешу нашло и оне делове рубља који су трулежним течностима натопљени. Ако је сандук труо и ма где натопљен продукцима трулежи, треба дотичне комаде такође одвојити. И ове судове треба затворити на горе речени начин. (Правилник стр. 30).

Ради истраживања отрова сви издвојени предмети имају се подврћи хемијској анализи. Како хемијску анализу треба вршити с највећом тачношћу, зашто је омет потребно и временз и нарочитих справа, то њу могу вршити сами хемичари и у месту које је за то нарочито удесно. У нас сва хемијска испитивања и микроскопске прегледе врши државни хемичар у Државној Хемијској Лабораторији у Београду. Стога је иследник дужан, да све судове у којима се налазе одвојени предмети, пошаље Државној Хемијској Лабораторији у Београд, али

не непосредно већ преко санитарског одељења министарства унутрашњих дела. У писму упућеном санитарском одељењу треба да се налази и сprovedни акт за хемијску лабораторију, који акт с предметима санитарско одељења сprovedи хемијској лабораторији на преглед.⁶⁾

Хемичар даје одговор само на питање, да ли у извесној материји има отрова или не, а лекар, који је вршио секцију, дужан је на основу резултата како извршене секције тако и хемијске анализе да даде своје мотивисано мишљење о томе, да ли је смрт наступила услед тровања или не.

II. Телесне повреде.

По § 65 крив. пост. код телесних повреда вештаци имају да изврше преглед повређеног. Ово вештачење могу предузети само лекари, којих по праву треба да буде двојица. Преглед повређеног предузима се по наредби иследника, али се оно може предузети и на захтев повређеног, у ком случају по распису министра унутрашњих дела, преглед може извршити и приватан лекар, на кога се повређени обрати. Преглед од стране приватног лекара треба допустити само онда, кад је с одлагањем била скопчана опасност, па и тада иследник треба ма и накнадно да изиште мишљење и од државног лекара.

Вештаци врше преглед повређеног по правилима, прописаним у *Правилнику за издавање лекарских уверења*. По том правилнику код повреда треба тачно означити дан, кад је повреда нанесена, место где се налази, облик, правац, дужину, ширину и дубину. Треба описати изглед ивице и дна, да ли повреда јачи и колико, да ли се у повреди и око ње налазе каква страна тела.

⁶⁾ Многи су иследници били толико немарљиви при шаљању предмета за хемијску анализу, да се анализа или изопало није могла извршити или је без успеха била. Тако су предмети слати у обичним судовима, незатвореним и незапечаћеним. Неки су чак и сprovedни акт метала у салдух у којима се налазе и сами предмети за анализу. Због ових случајева министар унутрашњих дела издао је и распис о пошаљању предмета за анализу Државној Хемијској Лабораторији од 8 марта 1897 бр. 1506, који садржи све оно, што је о томе у тексту речено.

На основу находа, који се тачно има да унесе у уверење, вештаци дају своје мишљење. У овом мишљењу, по наређењу § 65, они су дужни да кажу: 1. Како се имају узети нађене повреде по својој јачини: да ли су лаке, тешке или смртоносне. Вештаци су дужни да даду мишљење о свакој повреди и да кажу, да ли се свака за себе, или тек више њих заједно или све скупа имају узети као лака, тешка или смртоносна, јер је могуће, да више повреда, од којих је свака лака, кад се заједно стеку, дају тешку или чак смртоносну повреду. Тако исто имају они казати, да ли се повреде безусловно или тек због нарочитих околности случаја имају узети као лаке, тешке, или смртоносне. 2. Вештаци имају, на другом месту, да одреде дејство и последице повреда, и то најпре какве последице из тих повреда у опште проишле, а за тим, које су последице проишле у конкретном случају. 3. Најзад, они имају да кажу, којим средством и на који начин су повреде нанесене.⁷⁾

При квалификацији повреда, као и при одређивању њихових последица и оруђа, којим су нанесене, вештаци се имају обзирати и на наређења кривичног законика, која говоре о телесним повредама и злоставима.

Ако вештаци на основу извршеног прегледа и находа не могу одмах дати квалификацију повреде, они су дужни издати привремено уверење о стању које су нашли и у њему одредити рок за поновни преглед.

Законодавац у § 66 крив. пост. наређује да се за преглед женскиња, место лекара и хирурга, могу као вештаци узети магистри бабичења, а у мање важним случајевима или где не би било магистра, и саме бабице. Иследник треба овде да буде врло обазрив и само изузетно да допусти бабицама да врше преглед женскиња, и то кад је у питању трудноћа, побачај и др. Иследник не би погрешно ако би поред лекара бабицу узео као другог вештака.

III. Вештачко мишљење о душевном стању окривљеног.

Без подобности за одговорност (*Zurechnungsfähigkeit*), као битног елемента сваког кривичног дела не може бити ни кри-

⁷⁾ *Ruf*, Commentar I 182; *Mayer*, Commentar I 459.

*Ova mipe
ni ar mipe
kara mipe am mipe
Rufing 5.*

вичног дела. Према томе, ако је у једном конкретном случају искључена код обнвињеног подобност за одговарање, то у том случају нема ни кривичног дела. Кривично Право говори о основима или околностима, са којих се искључује или смањује подобност за одговарање; најважнији од тих основа јесте душевна болест. Под душевним болестима не треба разумети само праве душевне болести, већ и опречену развијеност (тупоглавост, слабоумље), старачку изнемоглост, нервне болести и др. Ако се, према томе, појави сумња, да је обнвињени у времену извршења кривичног дела био у таквом болесном душевном стању, које искључује подобност за одговарање, то се његово душевно стање мора подврћи испитивању. То испитивање по § 67 крив. пост. предузимају лекари.

Односно питања: ко има да врши испитивање душевног стања окривљеног, § 67 крив. пост. замењен је тачком 12 члана 26 б закона о изменама и допунама у закону о уређењу санитетске струке од 30 марта 1881, које су измене донете 17 јануара 1905. По § 67 то испитивање имали су да врше по могућству два лекара. Међутим, поменути закон о изменама и допунама у чл. 26 б т. 12 предвиђа другачију процедуру за време испитивања душевног стања. Поменути закон предвидео је ту процедуру само за случај, кад се на главном претресу појави сумња у подобност оптуженог за одговарање или кад се на оптуженом примете знаци какве душевне болести. У таквом случају суд је дужан да позове лекара ради прегледа оптуженог; ако суд из мишљења тога лекара може да изведе и најмању сумњу у подобност за одговарање оптуженог, упутиће га у окружну болницу на посматрање. Управа болнице, ако нађе, да је потребно више стручно посматрање, може тражити од министра унутрашњих дела, да се оптужени упути у болницу за душевне болести на посматрање и оцену. По, сем ове другачке процедуре, поменути закон предвиђа и краћу процедуру. Закон вали, да „Суд у свима сумњивим случајевима може сам решити, да се окривљени упути на посматрање у болницу за душевне болести“, т. ј. то суд може учинити пошто је из мишљења лекара, који је на позив суда оптуженог прегледао, нашао, да је то сумњив случај.

Закон ништа не вези, како ће поступити наследник, кад се у генералној истрази појави сумња, да је обнвињени душевно болесан. И ако закон ништа не говори о ојојме, наследник има у свима сумњивим случајевима да поступи онако исто као и суд, кад се сумња појави на главном претресу. Од оцене наследника или суда зависи, хоће ли узети дужу или краћу процедуру, али је у интересу бржег поступка за већу препоруку краћа него ли дужа процедура, јер и прва даје довољно гаранције за правилност оцене окривљеног.

Управа болнице за душевне болести поступиће са оболелим окривљеним приликом посматрања у свему као и са осталим болесницима. Мишљење о душевном стању окривљеног има да даде нарочита лекарска комисија, коју одређује министар унутрашњих дела на предлог управе болнице. Иследник или суд дужан је да стави болници на расположење и сва потребна акта дотичне кривиче, јер се у тим актима може наћи потребна грађа, која ће лекарској комисији олакшати како посматрање тако и давање мишљења. Тако се у актима обично налазе саслушања свих лица, која су знала што казати о душевном стању окривљеног, о његовим животним приликама, о његовој прошлости и др. Уз акта истраге болници за душевне болести има се послати и мишљење лекара, који је окривљеног први пут прегледао.

Лекарска комисија у своје мишљењу, на основу § 67 који је у свему осталом остао и даље у снази, има на првом месту казати, да ли је окривљени душевно болесан, и ако нађе да јесте, има да одреди природу, начин и степен болести. Сем тога, комисија има да даде мишљење и о дејству болести: да ли је болест непрекидна или се јавља с временом на време; али се нарочито тражи да каже и то, да ли је у време извршења кривичног дела постојало поремећено душевно стање и у ком степену. Вештаци, дакле, нису позвани да решавају о томе, да ли је окривљени подобан за одговарање, јер је то правно питање, које решава суд, већ они имају да даду одговор само о томе, да ли је окривљени душевно здрав или не, а то је фактичко питање, од кога и зависи решење правног питања.

IV Сравнивање рукописа.

Исправа може у себи да садржи бити једног кривичног дела, а може да буде и облик у коме се јавља једно од доказних средстава, те је стога често у истрази од значаја питање, да ли је исправа истинита т. ј. да ли је исправу написао или само и потписа онај, који је у њој означен за издаваоца. Законик у § 69 не говори о томе, како се доказује истинитост ма које исправе *) већ само о начину, на који се доказује истинитост исправе, у којој је окривљени означен за издаваоца и то у случају кад он ову не признаје за своју, а нема ни сведока, који би посведочио да су били присутни кад је он исправу писао, онда се има извршити *сравнивање рукописа* (comparatio literarum).

Како способност да се оцени рукопис у главноме зависи од многог читања разних рукописа, а не од неке нарочите стручне спреме, то би сравнивање рукописа у многим случајевима могао вршити и сам иследник или суд. Али § 69 наређује, да ће се то сравнивање „средством вештака чинити“, те, према томе, иследник или суд неће моћи сам то предузимати. За вештака може бити узето свако лице, које по свом позиву има посла с разноврсним рукописима, као што су архивари, књиговође, учитељи писања и др. Сравнивање се има извршити с несумњивим рукописом окривљеног. Треба обратити пажњу на то, да се ради сравнивања добави рукопис окривљеног из онога времена из кога је и сумњива исправа. Поред тога, може иследник или суд наредити, да окривљени на протокоду пред вештацима напише своје име или коју другу реч. Вештаци имају обратити пажњу нарочито на све карактерне знаке појединих писмена.

На исти се начин има извршити сравнивање рукописа, ако је исправа на страном језику написана, само што се она има у министарству иностраних дела превести и на српски језик.

V Прављење лажног новца.

Ако је у питању кривично дело прављење лажног новца, онда се вештачењем има утврдити, да ли је сумњиви новац,

*) О томе, шта је исправа и на који се начин доказује њена истинитост види даље у глави V „Исправе.“

на био он метални или папирни, прави или лажан. То је једини случај вештачења, у коме иследник нити бира вештаке нити руководи вештачењем. По § 70 крив. пост. дужан је иследник папирни и метални новац да пошаље министру финансија, који наређује вештачење и бира вештаке. Сем новца иследник има да пошаље и сва оруђа којим су новци прављени као и сав остали материјал, потребан за прављење новца, ако га има. Вештаци имају дати мишљење само о томе, је ли дотични новац прави или лажан. То мишљење дужан је министар финансија доставити иследнику; тако исто дужан је вратити и све оне предмете, који су му били послати.

VI Паљевина.

Код кривичног дела паљевине наређује § 68, да иследник на месту паљевине изврши сложени увиђај, т. ј. увиђај с вештацима. Тим увиђајем има да се утврди, колико су од места паљевине удаљене околне зграде, колика је опасност претила тим другим зградама, као и све остале околности из којих се може извести, да ли је паљевина случајна, или је последица небрежливости укућана, или је сам сопственик запалио да би добио обезбеђену суму или је ко трећи намерно запалио дотични предмет.

На првом месту, ако је могуће, треба утврдити место на коме се ватра прво појавила, као и то, да ли је ватра избила само на једном месту или једновремено на више места. Тако исто је потребно тачно утврдити време, кад се ватра појавила, као и то, колика је опасност претила животу и имању људи од пожара. Треба нарочито обратити пажњу и на то, да ли пожар није настао услед тога, што су се неки предмети сами запалили; ради тога треба утврдити, да ли је у запаљеној згради било запаљивих предмета или не, и да ли се ватра у опште могла сама проузроковати. Увек се код паљевине има утврдити, да ли је запаљени предмет био осигуран или не; ако је изгорела кућа била осигурана, иследник треба да обрати пажњу на то, да ли је сопственик куће раније износио из куће какве ствари, и ако јесте, које су то ствари. Најзад, код сваке паљевине мора се утврдити коли-

чина штете. За вештаке код наљевине иследник треба да узима зидаре, архитекте и друга лица која се баве подизањем грађевина.

§ 20.

Вештачко мишљење као доказ.

Као што је раније у § 15 речено, мишљење вештака је сте самостално доказно средство, јер су предмет вештачења само оне чињенице, за чије је опажање и оцену потребна нарочита стручна спрема или вештина, коју иследник или судија нема. Да вештачко мишљење може бити потпуни и самостални доказ о истинитости важних чињеница, види се и из § 224 који гласи: „оно што би од више, а по обстојателствима и од једног вештака (§ 55), у законој форми нађено било да постоји, може се за правно доказано сматрати.“ Доказна снага вештачког мишљења почива на читавом низу основа, који треба заједно да се стекну, па да се вештачком мишљењу прида потпуна доказна вредност. Најважнији од тих основа јесу ови: 1. Потребна стручна спрема, коју изабрани вештаци имају, даје довољно гаранција, да је мишљење о важним чињеницама дато по свима правилима науке или вештине. 2. Свако вештачко мишљење мора бити образложено. Ти разлози, који налазе свој извор у науци или вештини, најјачи су основ за доказну вредност вештачког мишљења. 3. У случајевима у којима више вештака врше вештачење, сагласност свих вештака у мишљењу такође је један јак основ за доказну вредност вештачког мишљења.

И ако има доста основа са којих се вештачком мишљењу има да прида доказана снага, ипак то не значи, да суд мора свако вештачко мишљење, добијено било у генералној било у специјалној истрази, узети за потпуни доказ. Суд може али не мора то узети, и хоће ли га узети за потпуни доказ или не, зависи од оцене суда. Но, пре оцене суда, свако вештачко мишљење мора бити предмет претресања на главном претресу. Странакама се мора дати прилика да даду своју реч о учињеном вештачењу, да војују противу вештачког мишљења, а да би то странаке могле учинити, мора им се најпре доста-

нити садржај вештачког мишљења. До садржаја вештачког мишљења странке долазе на тај начин, што се протоко вештачења са вештачким мишљењем има да прочита на главном претресу, или што се вештаци саслушавају на главном претресу, или што се вештачење врши на главном претресу и што вештаци у присуству странака врше опажања и дају своје мишљење. Пошто су странке дале своје изјаве о учињеном вештачењу, суд подвргава исто својој оцени.

Суд има да подвргне својој оцени и наход и мишљење, и при томе има да pazi на све оно, на што има да pazi и иследник кад оцењује рад вештака; према томе, и овде вреди оно исто, што је речено раније у § 18 V о оцени вештачког мишљења од стране иследника. И суд, као и иследник, има, дакле, да подвргне својој оцени како формалну страну находа и мишљења тако и њихов садржај.

Оцена вештачког мишљења у првом реду ће зависити од способности вештака и то како од техничке тако и од правне способности. Нађе ли суд, да вештаци нису имали било једне било друге способности, то не може ни тако вештачко мишљење узети за доказ. На другом месту, важност вештачког мишљења зависиће од начина, на који су вештаци вршили опажања. Овде су у питању особине чула, средства и оруђа помоћу којих је и време у које је вршено опажање. На трећем месту, вештачко ће мишљење нарочито зависити од начина на који је образложено. Вештаци су ту дужни да кажу, која су правила науке или вештине употребили док су дошли до својих закључака. И ако суд, због недовољне спреме не може увек да оцењује правила или законе какве науке, ипак он може да види, да ли се из тих правила или закона даду извести онакви закључци, до каквих су вештаци дошли. Тако исто суд може да види и све празнине и противречности у вештачком мишљењу.

Ако, дакле, суд при оцени вештачког мишљења нађе, да је оно непотпуно, нејасно, неопредељено или у противречности са самим собом или са ислеђеним околностима, то тако вештачко мишљење не може имати доказну вредност. У таким случајевима суд има да поступи онако исто као и иследник, т. ј. ако је мишљење вештака нејасно, може се та

нејасност отклонити на тај начин, што се од вештака има тражити да понова објасни своје мишљење. Ако и после тога мишљење остане нејасно, онда ће оно бити без доказне вредности. У том случају има суд да нареди ново вештачење. Тако се исто има поступити, ако је вештачко мишљење непотпуно, неодређено или ако је у противречности са самим собом или са истраженим околностима.

На свега излази, да ће само оно вештачко мишљење бити потпун доказ о истинитости важних чињеница, за које суд нађе, да и по форми и по садржају одговара свима до сад постављеним правилима за његову важност, и нарочито за које суд нађе, да је довољно образложено. Овако вештачко мишљење суд мора да узме за доказ.

Вештачким мишљењем може се потпуно доказивати како биће или постојање кривичног дела, тако и основи подозрења.

ГЛАВА ТРЕЋА П Р И З Н А Њ Е¹⁾

§ 21.

Појам и значај признања.

Признање може бити двојако: признање у *узјем* и признање у *ширем* смислу. *Признање (confessio) у узјем смислу јесте својеволјно (animo confidendi) учињена изјава обвинјеног или оптуженог да је извршио извесно кривично дело.* Међутим, признање у *ширем смислу јесте својеволјно учињена изјава обвинјеног или оптуженог, да је истинита извесна важна чињеница, која је по њега штетна, и. пр. кад А признаје само то, да је пож, који је нађен поред убијеног Б и којим је извршено убиство, његов, али не и то, да је он извршио убиство.* - *Биле су*

Данас је за свакога јасно, да се признање у Кривичном Поступку мора узети као доказно орество. Основ његовој доказној снази лежи у томе, што, кад окривљени изјави да је извршио кривично дело или да је истинита каква важна чињеница која стоји у вези с кривичним делом, постоји прет-

¹⁾ W. Th. Frühwald, Handbuch des österr. Strpr. 206, 209; Jesul, Das österr. Criminalrecht III 306—333, IV 13 и даље, 173 и даље; V. Hye, Die leitende Grundsätze 213, 293 и даље; Kitta, Thatbestand 120 и даље; Herg, Beweislehre 35—106; Mittermaier, Beweislehre 226—287; Ruff, Commentar I 381—397, II 70—85; Zachariae, Handbuch II 431—439; Meyer, у Н. Н. I 259—265; Herg, Lehrbuch 540—550; Mayer, Commentar I 598—713; Glaser, Handbuch I 599—647; Herg, Beiträge zur Lehre vom Beweise 277—360; v. Kries, Lehrbuch 394—407; Ullmann, Lehrbuch 374—390; Birkmeyer, Lehrbuch 406, 451—459; Bonnier, Traité des preuves I 439 и даље; H. Casati Теорија доказа 202—244.

поставка, да је та изјава истинита. Да овака претпоставка постоји, изводимо из искуства, које нам казује да нико неће казати неистину, ако отуд за њега може произићи каква штета, а нарочито ако због тога може бити кажњен. Противно је људској природи, дакле, да неки противу себе говори и себе оптужује. Искуство нам казује и то, да се често глас савести не може ућуткати и да окривљени ради душевног мира и спокојства казује истину, признаје и повинује се казни. Најзад не стоји ни то, да оптуженом не треба веровати, као год што се не верује ни сведоку, који у својој ствари сведочи, јер оптужени, признајући дело, говори противу себе те стога отица основ неверовању.

И поред свих основа за доказну снагу признања, ипак се признање у Кривичном Поступку у многоме разликује од признања у Грађанском Поступку. Оно има много већи значај и вредност у Грађанском него ли у Кривичном Поступку. Та већа вредност долази отуда, што у Грађанском Поступку влада диспозитивно начело странака тако, да се све оно, што једна од странака призна, има узети за истинито без икаквог даљег доказивања. У Кривичном се Поступку, међутим, никако не сме признању придати толика вредност, јер ту нема места начелу диспозитије странака. Ако би се усвојило, да и у Кривичном Поступку није потребно даље доказивање, чим је признање дато, могло би се десити, да оптужени, који је признао извршење кривичног дела, буде осуђен, и ако је то признање неистинито. Овако схваћено признање противно би се начелу материјалне истине, на коме сваки Кривични Поступак мора почивати. Стога и признање, да би могло у Кривичном Поступку послужити као доказ, мора бити истинито. Из овога изилази, да се оно никако не може сматрати таким доказним средством, које би искључивало свако друго доказивање тако, да је само признање довољно за осуду. Има доста случајева, у којима разни мотиви наведу оптуженог на лакше признање. Мотиви са којих оптужени лакше признаје јачи су од страха од казне, као н. пр. кад малолетан син призна кривицу да би спасао свога оца знајући, да ће га као малолетника постићи блажа казна; или кад неко за награду прими на себе кривицу и призна; или

кад неко призна да је извршио кривично дело, да би што лакше провео зиму у топлом затвору и т. д. Таки случајеви баш и показују, да за осуду оптуженог није довољно само признање, већ да то признање одговара материјалној истини, која је циљ Кривичном Поступку.

Какав ће значај признање у Кривичном Поступку имати, зависи, дакле, поглавито од тога, да ли је у њему више заступљено истражно или оптужно начело, да ли у њему влада теорија принудних законских доказа или теорија слободног судијског уверења.

Много већи значај има признање у законодавствима, заснованим на истражном начелу и теорији законских принудних доказа, него што га има признање у законодавствима с оптужним начелом и теоријом слободног судијског уверења. У инквизиторском поступку XVII и XVIII столећа вредност признања је прецењивана; оно је сматрано као најбоље доказно средство — *regina probationum, probatio probatissima*. У признању се огледало најбоље средство за добијање истине, јер се сматрало да се оптужени, кајући се, сам подвргава казни. Прецењивање признања види се отуда, што је сав рад иследника био управљен на то, да се до признања дође, и што је оно било претпоставка за осуду. Тај изузетан положај признања довео је био дотле, да је иследник могао употребити разповрена принудна средства само да би до признања дошао. Оптужени је подвргаван и тортури ради признања. Кад је тортура укинута, онда је иследник као средство за добијање признања употребљавао: дуго држање у притвору, казне за лак и непослушност, замарање дугим саслушавањем, плашење, као и друга средства којима се нишом на то да се оптужени забуну. Доказ се могао прибавити само признањем и сведоцима, на чак и онда, кад је било довољно сведока, гледало се да се дође до признања. Идниције или основи подозрења нису могли дати потпун доказ, већ су они били само довољан разлог за употребу тортуре или других средстава ради изнуђавања признања. И ако је признање изнуђено, ипак се оно није сматрало за потпун доказ чим је дато, већ је суд у сваком случају, на било оно драговољно дато или изнуђено, вероватноћу његову подвргавао својој оцени.

И ако су законодавства прве половине XIX stoleћа раскретила с инквизиторским поступком и у многоме усвојила нова начела, ипак је признање заузимао изузетан положај у доказној системи свих оних законодавстава, која су и даље задржавала теорију законских принудних доказа. С превагом оптужног начела и усвајањем доказне теорије слободног судијског уверења, признање је изгубило свој значај који је пре тога имало. У данашњем модерном поступку признање према осталим доказним средствима нема никаквог нарочитог и већег правног значаја, већ је и оно по свом дејству онако исто доказно средство као и сва остала. Према томе, и оно, као и остала доказна средства, подлежи слободној оцени суда.

Српски Кривични Поступак пре 1865, а нарочито од 1842—1865, у многоме је био заснован на истражном начелу. Како распис поначитељства правосудија од 11 фебруара 1842, тако и доказна правила од 1863, садрже у себи законску теорију доказа, која је признање по својој вредности истицала изнад осталих доказних средстава. Нарочито истицање признања види се отуда, што је уредбама, циркуларима и законима допуштено изнуђавање признања као и употреба средстава за изнуђавање и то: мучење, батине, пост, казне за лаж и непослушност и др. (види детаљније на стр. 97).

И у данашњем законик у признање заузима највидније место међу доказним средствима. Ако се у поступку, па било то у генералној било у специјалној истрази, дође до признања, сматра се да се дошло до најбољег средства, којим се утврђује кривична одговорност оптуженог. Овако схватање признања последица је законске теорије доказа, која се у нашем поступку налази, и истражног начела, које је нарочито у генералној истрази заступљено. Али ипак за то, признање данас у нашем поступку нема онолики значај, колики је имало пре законика, јер данас само слободно признање, добијено без икаквих принудних средстава, може бити доказ о кривници оптуженог. Нарочито истицање признања у данашњем поступку огледа се у томе, што наступа извесно скраћење поступка, ако има признања оптуженог, јер се у § 184 другом одељку вели: „Ако је оптужени у претходном ислеђењу дело

признао, суд може за главни претрес позвати само сведоке који ће његово признање осведочити. Сведоџба осталих сведока само ће се при главном претресу из чињеног ислеђења прочитати.“ Исто се то види и из петог одељка § 205, који гласи: „Ако је оптужени дело, због кога је оптужен, савршено признао (на претресу), и ако признање има сва својства казана у § 225, свако ће даље ислеђење престати и протокол ће се закључити.“ Чл. 26 закона о пороти предвиђа то исто. Истицање признања огледа се још и у томе, што се смртна казна по § 243 крив. пост. може изрећи само ако је кривична одговорност оптуженог доказана признањем или сведоџбама заклетих сведока.

До признања се може доћи испитом окривљеног, стога је потребно, пре него се говори о условима потребним за доказну вредност признања, изложити како се врши испит окривљеног.

§ 22.

Испит окривљеног.

Због разлике у правном положају окривљеног у инквизиторском поступку с једне и у данашњем модерном поступку с друге стране, постоји велика разлика и у правном значају испита окривљеног. Као год што је окривљени у инквизиторском поступку био објекат истраге, који је имао само дужности а никаквих права, тако исто се и испит окривљеног сматрао само као средство помоћу кога се имало да дође до признања. Главни је циљ испиту, дакле, био добијање признања. Стога је иследник могао окривљеног саслушавати колико је пута хтео, а овај је на сва питања морао давати одговоре.

У модерном поступку битно је измењен правни положај окривљеног. Он је данас странка, која заузима исти положај и има иста права као и активна странка. Да би било равнотеже међу странкама, окривљени има пуно право одбране. Стога се данас окривљени не испитује у том циљу, да се

до признања дође, већ тај испит има ово двоје за циљ: прво, да му се стави до знања садржај тужбе, да сазна све оно што му се ставља на терет, и друго, да му се испитом даде могућност да се брани, т. ј. да изнесе све оно чиме мисли, да ће себе најбоље одбранити. Испит у модерном поступку не представља дужност за окривљеног већ право, кога се он може и одрећи. Од окривљеног зависи хоће ли одговарати на питања и хоће ли се користити приликом, која му је испитом дата, да се брани; према томе, ако окривљени нађе да је у његовом интересу да ћути, иследник га не може натерати на давање одговора — *nemo contra se edere tenetur*.

И по нашем Кривичном Поступку окривљени се испитује у томе циљу, да му се стави до знања тужба и да му се испитом створи могућност да се брани. То се види из § 144 који изречно наређује, да се окривљеном каже зашто се на испит уима и да му се питања тако поставе, да он сазна све основе подозрења или друге доказе који противу њега говоре, како би му се дала прилика да на свако питање одговори и брани се. На другом месту, испит окривљеног и у нашем поступку представља право а не и његову дужност, јер се из § 152 јасно види, да иследник не може обнвињеног натерати да на питања одговара.

Али, и ако је казивање узрока са кога се окривљени оптужује и давање могућности да се брани циљ испиту, ипак по нашем поступку, није то и једини циљ. Из законских наређења, која говоре о испиту, види се, да се испит сматра још и као средство за сазнање истине. Испиту је нарочито још циљ и то, да се окривљени наведе на истинито и потпуно казивање свега онога, што му је познато како о извршеном делу, тако и о његовом односу према делу. Другим речима, циљ је испиту и то, да иследник изазове окривљеног да драговољно и слободно призна своју кривицу. То је емисао свих наређења главе VIII крив. пост., а поглавито §-а 146, по коме иследник обнвињеном, који не признаје, има у питањима да наведе све основе који га терете и то један за другим, обично најпре лакше па онда све теже, „како би увидео, да му је узалудно одрицање.“ И из последњег одељка § 141 види се, да је циљ постављеним питањима, да се „право стање открије.“

т. ј. да се испитом дође до истине. Најзад, законодавац је у § 147 забранио употребу недопуштених средстава за добијање признања као и одуговлачење питања у циљу признања, али није забранио и тежњу да се и без тих средстава испитом дође до признања. Овако схватање нашег законодавца, које је супротно схватању новијих законодавца, долази отуд, што је наш законик о крив. пост., наслањајући се на аустријски законик од 1853, задржао у себи доста одлика истражног начела.

Испит окривљеног може се предузети у свима стадијумима поступка, т. ј. како у генералној истрази, тако и у прелазном поступку и на главном претресу.

I. У генералној истрази.

За испит обнвињеног у генералној истрази ваде ова правила:

1. Испит обнвињеног наређује и врши надлежни иследник, који је позван да води целокупну истрагу. Иследник ће моћи наредити, да се, као обнвињени, испита само онај, противу кога основи подозрења постоје* (§ 130 први одељак), т. ј. онај који је осумњичен да је извршио кривично дело. Није потребно да противу некога постоји више основа подозрења, па да се може узети на испит, већ је довољан и један од ближих или више од удаљенијих основа подозрења, јер је толико основа по § 125 довољно и за отварање кривичне истраге противу једнога лица. Паравно, да иследник пре отварања кривичне истраге може узети на испит и онога противу кога има и један од удаљенијих основа подозрења, само што у том случају неће моћи противу њега отворити кривичну истрагу, ако и после испита остане само тај основ.

2. Односно времена, кад иследник има да узме на испит обнвињеног, законик у другом одељку § 130 наређује само толико, да он позваног или доведеног обнвињеног има одмах узети на испит, и само за случај, ако то није могуће одмах учинити, оставио је рок од 24 сата у коме се мора учинити. Ово исто вади и за онога који је стављен у притвор. Међутим, законик није донео ближа наређења и о томе, кад иследник има да нареди да се обнвињени позове ради испита.

Но и без тога, иследник ће позвати и испитати обвиненог онда, кад дотле учињена истрага допусти да се неко, као обвинени, може узети на испит или кад се то, у току даље истраге, покаже потребним.

Тако исто се испит има понављати толико пута и има трајати толико, колико то захтева сам циљ истраге. Забрањено је, међутим, иследнику, да испит намерно одуговлачи, да би на тај начин изтерао обвиненог на признање (§ 147). Законик у § 141 наређује, да се отпочети испит не сме прекидати без важних уорока. Ово је сасвим умесно, јер непотребно прекидање може да буде на штету истраге по томе, што се обвинени, с добијањем у времену, може нарочито да припреми за испит, и што и сам иследник мора понова да чита акта и што може понешто изгубити из вида. Узрок са кога је испит прекинут треба увек ставити у протоко.

Испит се по правилу врши само дању (§ 141 трећи одељак), и то сваког дана и у свако доба дана. По изузетку испит се може вршити и ноћу само у овим случајевима: а) ако је кривац ноћу ухваћен и доведен, б) ако се има бојати да ће се обвинени, кад би се неко време без испита оставио, моћи предомислити и испит отежати; в) ако би обвинени почео признавати кривицу, онда испит који је дању започет има се продужити и ноћу, јер постоји бојазан, да, у случају прекида, обвинени касније не би наставио признање; г) дању отпочети испит има се продужити ноћу и онда, кад би обвинени почео признавати своју кривицу. Испит се, дакле, без прекида има наставити и ноћу не само кад обвинени себе оптужује, већ и онда кад он себе брани, што је сасвим оправдано; и д) ако иследник примети, да је обвиненог постављеним питањима довео у забуну и да се он колеба да праву истину каже, т. ј. да призна, то се и у таком случају испит има наставити ноћу, јер, ако би се испит прекинуо и оставио за други дан, обвинени би се могао за то време предомислити и своју кривицу порицати. И ово јасно показује, како је по нашем поступку циљ испиту и то, да се дође до признања обвиненог. У случајевима под в) г) и д) започети се испит не сме ни из каквог узрока прекидати (§ 141 четврти одељак).

3. Испит обвиненог врши иследник са деловођом и то у присуству два грађанина, који су нарочито за то по § 28 одређени. Сем поменутих лица испиту не може присуствовати нико више који по закону није овлашћен; према томе ни приватни тужилац ни бранилац обвиненог.²⁾ Присутници служе као гаранција, да ће испит бити у свему вршен по закону; они морају бити присутни за све време испита. Ако се докаже, да ма ко од поменутих лица није био присутан приликом испита, то ће такав испит бити ништав.

4. Иследник је дужан, да се према обвиненом за време испита понаша што пристојније; он је дужан с подједнаком равнотежом да саслуша обвиненог како о ономе што га обвинује, тако и о ономе што га брани (§ 142). Иследник се нарочито не сме послужити ни обећањем, ни претњом, ни лукавством, нити ма којим другим средством, којим би се обвинени принуђавао на признање (§ 147). Место свега тога треба с њиме да поступа отворено, и треба да му да могућност за одбрану.

Законик ништа не говори о томе, да ли се обвиненом који је у окову, за време испита, имају скинути окови или не. Тутање законика наши су иследници разумели тако, да се обвинени има окован саслушавати, па је таква и цела наша пракса. Нагледа да је и законодавац тако хтео, што се може закључити отуд, што је, радећи наш § 142 по §-у 173 аустријског поступка, изоставио забрану испита обвиненог

²⁾ У нас би још могао бити спорно питање о томе, да ли бранилац може присуствовати испиту обвиненог. Тај би спор могао потећи отуда, што је Устав од 1903 у чл. 153 допустио да допријављени може, ако хоће, имати браниоца и у претходној истрази, у свама кривичним делима⁸⁾, а законом није ништа ближе регулисано то питање. На првом месту погрешна је, што је ово уопште ушло у Устав, јер се таква питања регулишу законом а не Уставом. На другом месту погрешна је, што ово уставно наређење, кад већ постоји, није унето у законик о кривичном поступку и што у законнику није ближе одређено у којим случајевима и кад обвинени може имати браниоца у генералној истрази, као и то да ли бранилац може присуствовати испиту обвиненог. Ове замене у законнику треба што пре учинити, јер, из неразумевња појединих иследника, обвинени може бити лишан одбране и онда кад он на њу несумњиво има права. По нашој утврђеној пракси иследници не допуштају да браниоци присуствују испиту обвиненог. Таква је пракса и по моме мишљењу сасвим оправдана; о разлозима за то не може се на овом месту говорити.

6. 27. 1903

Да ли може бранилац, ?

у окову која се у аустријском поступку налази, као и отуд, што је у § 204 наредио да се оптужени на главном претресу испитује без окова. Поред свега овога погрешно је испитивати обвиненог у окову и то прво стога, што он у тренутку, кад има да се брани, треба да буде потпуно слободан, и друго стога, што законик нигде не заповеда да се он испитује у окову.

5. Дужност је иследника да пре испита, а у току испита ако се само то потребним покаже, опомене обвиненог да истину каже (§ 143). Ако ли обвинени, и после овакве опомене, неће ништа да говори, или неће на нека питања да одговара, или даје нејасне и двосмислене одговоре, онда је иследник дужан да потражи узрок таквом држању обвиненог и да гледа да га отклони. Ако обвинени и после тога остане при ранијем држању, онда ће га иследник опоменути, да таквим поступком не само да неће уздржати ислеђење, него да ће себи још шкодити на тај начин, што ће се истрага продужити и што ће изоставити оно, што би му за одбрану служити могло (§ 152). Исто ће тако иследник поступити и и онда, кад се обвинени прави луд, нем, или глув, па се докаже да се он само претвара. Довољно је, ако сам иследник може видети да је то претварање, у противном има се то утврдити вештачењем.

И ако све ово казује, да се у испиту обвиненог гледа средство за долажење до истине, ипак се противу обвиненог који неће да говори не могу употребити никакве казне, којима би се он нагонно на одговор, јер би се њима тако исто могло изнуђавати и признање.

6. Ако је обвинени нем или глув, или је глувонем, онда се има поступити по § 106. ^X

7. Испит обвиненог дели се у главном на два дела: на постављање општих питања или на испит *ad personam*, т. ј. о личним особинама обвиненог, и на постављање специјалних питања или на испит *ad materialia*, т. ј. о самој ствари.

Испиту о самој ствари претходи испит о личним особинама обвиненог, коме је циљ утврђење идентичности обвиненог. Знање личних особина и односа обвиненог може, сем тога, бити још од значаја и по саму истрагу. У та општа пи-

тања, према другом одељку § 143, улазе питања о имену и презимену, годинама, месту рођења, месту пребивања, занимању, о ранијем испитивању, суђењу и осуди обвиненог.

Угледајући се на старије законике, наш законик наређује у другом одељку §-а 143, да се између осталих општих питања обвиненом постави и питање о томе, да ли зна зашто се сад узима на испит. С овим стоји у вези наређење у § 130, да се у позиву, који се обвиненом удуђује, не каже узрок позиву. Међутим, по модерним законодавствима, која обвиненог сматрају за субјект у поступку, обвиненом се још у позиву каже да се позива као обвинени, и, према томе, отпада и питање о узроку испита, већ му се, после питања о личним особинама, одмах казује зашто се узима на испит.

8. После општих питања настаје испит о самој ствари. Овај испит, опет, може бити двојак: *кратки испит* и *редован испит*. Кратки се испит састоји у томе, што се обвинени само уопште пита о кривичном делу које му се ставља на терет и што се од њега тражи да у свези исприча све оно, што је њему познато о кривичном делу. Кратки се испит на првом месту врши у циљу, да се сазна однос у коме се обвинени налази према кривичном делу, или још боље, да ли обвинени признаје извршено дело или га пориче, а за тим у циљу, да се сазна све оно чиме се обвинени брани и на који се начин брани. Редован се испит, међу тим, предузима тек онда, кад се кратким испитом није постигао жељени циљ, т. ј. кад обвинени није признао дело или кад је његов исказ непотпуан и недовољан. Редован се испит састоји у томе, што се обвиненом у нарочитим питањима саопштавају докази и основи подозрења, који војују противу њега. Циљ је редовном испиту, да обвинени даде објашњења о појединим доказима и основима подозрења, и ако су та објашњења слаба, да се тиме наведе да своју кривицу призна.³⁾

И наш законик разликује испит на кратки и редован испит, што се види из § 244. По том законском наређењу у почетку првог испита има се обвиненом само уопште назна-

³⁾ *Rulf, Commentar I 283.*

чити кривично дело за које се обвинује, т. ј. има му се саопштити кривично дело са свима својим обележјима, због кога је истрага поведена, и, пр. има му се казати, да се обвинује за крађу тих и тих ствари, извршену томе и томе, на томе и томе месту, у то и то време, на тај и тај начин. Пошто је на овај начин обвинуеном саопштено зашто се обвинује, иследник има од њега да тражи, да целу ствар, т. ј. дело које је предмет тужбе, у вези и потпуно исприча како се догодило. Овим се, дакле, од обвинуеног тражи да каже, шта он зна о кривичном делу и шта има да одговори на то, зашто се обвинује. Ако обвинуени призна дело за које се обвинује, онда га треба пустити, не прекидајући га, да прича којим се поводом одлучио на извршење, како је предузео и како је извршио дело. Ако ли, пак, обвинуени порече дело, онда иследник има од њега да тражи да наведе све оно што служи за доказ његове невиности. У тој одбрани иследник не треба да прекида обвинуеног ни онда, кад овај пада у противречности или кад говори неистину, јер баш те противречности и лажи служе иследнику доцније врло zgodно да покаже обвинуеном да је ухваћен у лажи, и да га на тај начин што лакше наведе на признање. Пошто се лажна одбрана често заборава, то иследник треба на доцнијем испиту да тражи од обвинуеног да своју ранију одбрану понови, јер се може десити да сад другаче казује по први пут и да пада у нове противречности.⁴⁾

Овим се завршава кратки испит, а за њим односије редован испит. Често је могуће да се без прекидања, после кратког испита, настави редован испит. Но, и ако се оба испита могу свршити без прекидања један за другим, ипак је боље да иследник заврши кратки испит, и да после неког времена, можда још истог дана, отпочне редован испит. Ово је раздвајање потребно нарочито стога, што иследник из кратког испита има да види како ће теби редован испит, јер се у кратком испиту налазе докази за одбрану, о којима иследник треба најпре да размисли, да би могао у редовном испиту поставити обвинуеном сва потребна питања. Јасно је,

⁴⁾ Ruff, Commentar 1268.

дакле, да између једног и другог испита треба да протече ма и кратко време, па се стога они један од другог и одвајају. Разуме се, да ово не вреди као апсолутно правило. У случају, у коме је иследник одмах после кратког испита у стању да постави обвинуеном сва потребна питања, ако су му и раније били познати сви докази противу њега, може он без икаквог прекидања продужити редован испит.

Пориче ли обвинуени дело, сасвим или делимиче, или ако је његов исказ нејасан, неразговоран или противречан, онда се све то има да расветли постављењем питања у редовном испиту. Иследник је после кратког испита дужан у појединим питањима да саопшти обвинуеном све противречности, које је приметио, као и све основе подозрења који противу њега војују, како би имао прилику да на свако питање одговори, да се брани и да против њега изнесе основе обеснажи (§ 144 други одељак). Ако се обвинуени, одговарајући на постављена питања, у своју одбрану позове на сведоке, који би и, пр. посведочили да је он у времену извршења дела био на ком другом месту, или ако би имали посведочити што друго што иде у његову корист, иследник је дужан да заврши испит и да нареди испит тих сведока. Пошто се ти сведоци испитају, има се наставити даље испит обвинуеног.

Законик изречно наређује (§ 145 други одељак), да се обвинуеном за сваки основ подозрења има поставити засебно питање. Иследник, дакле, има основе подозрења који противу обвинуеног војују, један за другим, и сваки понаособ да стави у питања. И ако законик није нарочито наредио, пракса је усвојила, да се у питања најпре стављају блажи и удаљенији основи подозрења па онда да се прелази на све јаче и јаче стога, да би обвинуени сам увидео да му је поред тих доказа узалудно одрицање и да би се на тај начин навео да призна (§ 146 први одељак).

Иследник ће се у појединим питањима изречно позвати на доказе, који постоје, само у толико, у колико обвинуени тим доказима противречи. Да ово иследник може учинити, треба да је обвинуеном казао, да има доказа за ово, што он пориче, и ако он поред свега тога томе противречи, онда му треба те доказе навести, и, пр. треба му сведоке поименце

поменути, који ће сведочити противно његовом казивању, а по потреби, могу му се из њиховог испита прочитати она места, која ће га о противном уверити (§ 146 други одељак).

Ако се раније и доцније искази обвинеог не подударaju, или ако он нарочито пориче раније учињено признање, дужан је иследник да га пита о узроку порицања или неподударана исказа (§ 146 последњи одељак). Ако обвинени као узрок раније учињеном признању наведе то, да је иследник употребио недопуштена средства, н. пр. да га је тучао, то се о том мора саслушати деловођа и присутници. Само како је иследник у оваком случају заинтересован, то ће имати да извиди који други иследник. О порицању признања говориће се доцније у §-у 26.

Последње питања, које се обвинеом поставља, јесте, на који начин мисли он штету подмирити, ако какве има (§ 145 други одељак). Иследник је дужан истрагом да утврди и количину штете, причинене кривичним делом, и, приликом испита, има то обвинеом да саопштити, како би овај могао доказивати или да у опште нема штете или да је нема онолико, колико је нађево истрагом. Ако обвинени не пориче штету, има се изјаснити, на који начин мисли исту накнадити.

Сва питања која се обвинеом поставе треба да iscrпе цело кривично дело (§ 145 други одељак). То значи, да се питања имају односити на све оно, што је потребно за оцену, да ли је обвинени извршио дело за које се обвинује, и под којим је олакшаваним или отежаваним околностима дело извршено. Стога се питања имају управити а) у субјективном смислу: на умнишај или нехат, на побуду са које је донета одлука, на време у које је одлука донета, на душевно стање у време доношења одлуке и у време извршења дела, као и на циљ, ради кога је дело извршено; б) у објективном смислу: на ток извршења дела, на учешће других лица, на место и време извршења, на последице дела, на олакшавне и отежавне околности под којима је дело извршено.³⁾

Односно тога, каква треба да буду питања по својој форми и садржини, вреде ова правила:

³⁾ Ruff, Commentar I 292.

а) При постављању питања треба избећи све оно, чиме би се ослабила доказана вредност признања, које се налази у одговору на тако постављено питање. Стога питања, која иследник поставља обвинеом, не смеју бити нејасна, неразговетна и неодређена, већ морају бити и јасна и одређена тако, да их обвинени може увек добро разумети и да на њих може дати одређен одговор (§ 145 први одељак).

б) Та питања морају бити таква, да једна из других теку по природном реду догађаја (§ 145 први одељак). То значи, да поједина питања треба да стоје у међусобној логичкој вези тако, да се свако друго питање јавља као последица првог.

в) Постављена питања не смеју бити ни канџиозна ни сугестивна.⁴⁾

Канџиозна, лукава или варљива питања спадају у врсту нејасних питања. То су таква питања, која обвинеог могу навести да даде такав одговор, којим он и противно својој вољи изгледа да потврђује да је извесна чињеница истинита. У канџиозна питања спадају нарочито таква питања, у којима се једна чињеница, коју обвинени пориче или је бар још није признао, сматра као већ призната или утврђена, па се, после тога, обвинени пита о нечему што треба да потврди или не потврди, н. пр. кад се обвинеом због крађе, који ову није признао, постави питање да ли су још код њега покрађене ствари. Код овога се питања, дакле, полази од претпоставке, као да је обвинени признао крађу, што у ствари не стоји, и што се тек потврдом постављеног питања, жели да дође до признања, да је обвинени извршио крађу.

Сугестивна питања су таква питања, која обвинеом у напред кажу, какав се одговор жели од њега да добије, стога се таква питања не смеју ни постављати. Тако н. пр. сугестивно је питање: јеси ли ти ножем повредио А? или, ти си ножем повредио А? Обвинеом се има поставити овако питање: чиме си ти повредио А?

Наш законик, истина, не говори о канџиозним и сугестивним питањима али је несумњиво, да она не треба да буду

⁴⁾ Kitha, Thatbestand 136; Ruff, Commentar I 291; Zacharias, II 247; Mayer, Commentar I 705.

ни кашњива ili сугестивна. Овака питања су недопуштена стога, што су она, као што се види, нејасна питања, а ова законик изречно забрањује. Сем тога, признање, које би се на овај начин добило, било би недовољно, несвесно даго, и било би учињено простим потврђивањем, што све по § 225 крив. пост. није довољно за доказну вредност признања. На ипак, и у забрани има разлике између кашњивих и сугестивних питања. Та се разлика састоји у томе, што се кашњива питања не смеју постављати, док се сугестивна питања не могу апсолутно забранити. Она се не могу избећи само онда, кад се од обвиненог ни на који други начин не може да добије одређен одговор.

г) Свако питање треба да садржи само оно што је потребно.

Ако обвинени каже, да није добро разумео постављено му питање, или кад његов одговор не одговара питању, онда је иследник дужан да понови питање, и тек што на ово питање буде одговорио, треба да стави у протоко (§ 148). Према томе, иследник не треба да жури с питањима, јер се обвинени може да збуни и може услед неразумевања питања да да нетачан одговор. Законик даље наређује, да иследник причека обвиненог с одговором, т. ј. да му остави неко време на размисљање, кад се пита о каквој околности која се одавно догодила (§ 148). Због тога, што се јавља понекад потреба, да се питање понови, боље је најпре добити одговор на онда и само питање стављати у протоко.

Законодавац у § 148 наређује иследнику, да назначи у протоколу свако особито узбуђење, које на обвиненом примети при постављању питања или при одговору. Како и невин може бити у узбуђењу кад се пита, то је иследник дужан да нађе прави узрок узбуђењу; он је нарочито дужан да обрати пажњу на то, да ли узбуђење долази услед тога што је обвинени свесан своје кривнице или услед природне плашљивости и слабости. Иследник, према томе, треба да обрати пажњу на пол, здравље, узраст и дотадашње држање обвиненог, на ако и, пр. нађе да је обвинени женскиње, које први пут долази иследнику и да је било збуњено чим је ушло, онда се узбуђењу, које се јави и при одговарању, не може

придати никакав значај. Ако је, међутим, обвинени човек, који је за све време испита био миран и хладан, и, наједаред, услед тога што му је једно питање постављено или што му је једна ствар показана, збуни се, попрвени, или почне да муца, онда се као вероватно може узети, да је узбуђење дошло из свесности о својој кривници. У првом случају дужан је иследник да охрабри обвиненог, а у другом да забележи у протоко све што је овазио, као и свој суд о томе. Ово је бележење потребно стога, што се према примећеном узбуђењу може оцењивати вероватноћа његовог исказа. Не само на узбуђење него и на целокупно држање обвиненог треба иследник да обрати пажњу. Тако и, пр. треба обратити пажњу на то, да ли обвинени бледи, црвени, дрхти, да ли је миран или неучтив, да ли брзо или лагано одговара, да ли има обичан поглед и т. д.⁷⁾, јер је све то потребно како за оцену карактера, тако и за оцену кривнице обвиненог. На све ово треба нарочито да обрати пажњу и суд кад на главном претресу испитује оптуженог, јер држање оптуженог може да утиче на суд приликом доношења пресуде.

9. Често је у исрази потребно, да иследник покаже обвиненом извесне предмете или ствари, које се односе на кривично дело, као што су и, пр. украђени предмети, или предмети, који служе за убеђивање обвиненог, као што су и, пр. предмети обвиненог који су нађени на месту завршеног дела. Кад се за ово јави потреба, иследник је по § 150 дужан да тражи од обвиненог да најпре опише те предмете, на тек после тога да му их изнесе да их позна. Ако су ти предмети такви да се не могу донети, онда се обвинени, ако је то потребно, има одвести да их позна. Овако иследник има да поступа увек кад обвинени признаје кривину, јер се описивањем предмета, пре него што су показани, поткрепљује истинитост признања. Ако, међутим, обвинени пориче кривину, онда се од њега не може ни тражити да описује предмете, који су у вези с кривичним делом већ му се ти предмети имају показати и то изненада и неочекивано постављајући му питање о њима. Тако неочекивано показивање може да збуни обвиненог и да га наведе на признање.

⁷⁾ Ruff, Commentar I 300.

10. При испиту обвиненог може се десити, да он почне признавати и које друго кривично дело, које је последнику догле било непознато. У таквом случају закон наређује последнику, да пусти обвиненог да све каже, па то у протоко да стави (§ 151).

11. Исказ обвиненог може се не слагати о исказом других лица, која се у истрази испитују, као са сведоцима и учесницима. Ово се неслагање може односити и на важне околности те стого, да би се знало који је од исказа истинит, законодавац узима confrontation (confrotation) као средство за отклањање тог неслагања (§ 153). Суочење, према томе, није ништа друго до иследничка или судска радња, којом се лица, која се у својим исказима не слажу, доводе у подожај да једно другом у очи понове своје исказе и да се изјасне о противречности која у њиховим исказима постоји. Поред тога, што се суочењем жели да отклони неслагање у изјавима, циљ је суочењу, на другом месту, да обвиненом олакша одбрану, и, на трећем месту, да се од обвиненог добије признање.

Хоће ли се извршити суочење или не, зависи у првом реду од нахођења иследника, јер се у § 153 вели: „кад иследник то за потребно нађе.“ Он, дакле, има напре да констатира неслаганост између исказа обвиненог и сведока, или обвиненог и учесника, а за тим има да оцени значај те неслаганости. Ако се искази не слажу у важним тачкама, онда ће иследник увек наредити суочење; ако ли се пак, то неслагање односи на безначајне околности, суочење се неће ни наређивати. Суочење се тако исто има извршити и онда, кад то обвинени захтева. Речено је, да суочење може да послужи и као средство за одбрану обвиненог, стого је иследник на захтев обвиненог дужан наредити суочење. — Односно форме, у којој се има суочење извршити, закон наређује, да то буде иста форма у којој се суочавају и два сведока. Суочење се врши на тај начин, што иследник лица, која се у својим исказима не слажу, једно пред другим пита само о околности о којој се не слажу. Одговори имају се ставити у протоко и то један сиређу другом.

Суочење је грађанска дужност онако исто као и сведочење. Према томе онога, који неће да се суочи, постиже оно

*Судске изјаве без и где се касније мења
испојна слобод. судског уверења.*

исто што и сведока који неће да сведочи. Од дужности суочења могу се ослободити само она лица, која су у конкретном случају ослобођена од дужности сведочења. Али је закон од овога правила учинио један изузетак, на име, по другом одељку § 153 морају се суочити и лица која су ослобођена од дужности сведочења само онда, ако то обвинени ради своје одбране изреком захтева.

У много случајева је суочење погоднио средство за добијање признања, јер се држи да обвинени неће моћи и даље порицати кад му се у очи витина каже. При томе иследник треба да буде обазрив. Нарочито треба да провери исказе сведока, којима се обвинени терети, и да им каже да ће се с обвиненим суочити. Тако исто треба да обрати пажњу на држање обвиненог при суочењу, јер оно може бити од утицаја при оцени вероватноће његовог исказа.

12. Испит обвиненог увек се завршава постављањем питања: „има ли обвинени још што да наведе у своје оправдање“ (§ 154 пети одељак). *(Још истака)*

13. За сваки испит иследник је дужан да начини нарочити протоко, који се има писати на половини преврћена табак. У почетку протокола треба назначити дан, кад је испит почет и лица, пред којима је вршен, а на крају испита сат, кога је испит свршен или прекинут; у последњем случају, разуме се, и узрок прекида. На левој половини табак стављају се питања а на десној одговори. Питања и одговоре треба редом означавати једним истим бројем (§ 154).

Закон даље наређује, да се одговори пишу колико је могуће речима самог лица, које се испитује. Није, међутим, потребно да се записује апсолутно све што обвинени на испиту каже, јер он може говорити и оно што је непотребно, већ треба записивати само оно што је од значаја и то речима којима је то обвинени казао. Стога је врло погрешно кад иследници испит обвиненог сами стилизују и записују онако, како би они то исказали.

Испит се врши усмено, али обвинени може и слободно свој исказ диктирати, а у замршенијим питањима, и, пр. кад је реч о каквим заплетеним рачунима, или о каквом другом тежем питању, може он своје одговоре и сам у протоко

*I. Писана изјава: има у држави - d. q. ad personalia
II. Службена изјава: 1. Којишма се та и та изјава, ту су изјављени...
2. Није до држављанина, сам се обав, као да се нешто...*

*Фин стурјама
где се рече
исполити све
којишма
ише се ис-
питује не
форме. Иначе
у судским
сударама
ише се
ише ише
ише ише
ише.*

испита написати (§ 155). Сваки се испит има обвиненом прочитати, па ако би он што приметно и хтео изменити, то он може учинити, само се те измене и примедбе унесе на крају протокола, а никако се не сме допустити, да се брише или прецртава оно што је већ написано. Протокол испита има да истините објави. Ако испит заноси више табака, он има да потпише и сваки табак. Ако је објавио неписмен, потписаће га један присутник, а он ће ударити крст поред свог имена. Сем обвиненог протоко потписују присутници и иследник с деловођом.

Ако то раније није учињено, иследник ће пре потписа у протокол унети и лични опис обвиненог и опис његовог одећа.

II. У прелазном поступку.

Прелазни поступак обухвата све оне радње, које суд предузима од онога тренутка откад је донео решење о стављању оптуженог под суд па све до главног претреса. Кад кривична ствар дође суду и кад суд нађе да има места извиђању на главном претресу, ипак је немогуће одмах је изнети на главни претрес. Јер, да би се главни претрес могао одржати, потребно је да кривична ствар буде потпуно приутовљена тако, да после извиђања на главном претресу буде и пресуђена. Потребно је, дакле, припремити кривичну ствар за главни претрес. Прелазни поступак баш то и има за задатак. У њему се целокупна истрага има да подвргне оцени суда, и у случају да је непотпуна, има се попунити тако да се главни претрес без одлагања може одржати. Између осталих радња, које се у прелазном поступку имају предузети, јесте и испит оптуженог.

Наш законик ни у једном свом наређењу не вели изречно, да се оптужени има испитати у прелазном поступку. Али се ипак то има извести из § 183 који наређује „испитујућем одбору“ да учини „једном речи све, што је за пресуђење дела потребно.“ Ако се, према томе, испит оптуженог покаже потребним за пресуђење дела, иследни судија ће га морати предузети. Потребним ће се показати испит оптуженог увек, кад иследни судија, по разматрању акта гене-

Прелазни поступак који се ради доспећа.

ралне истраге, нађе, да је испит нејасан или непотпуан или кад открије и неке нове околности о којима би требало оптуженог саслушати. Сем тога, тај испит је потребан и стога, што се оптуженом даје прилика и могућност да поднесе у своју одбрану како оне доказе које је пропустио раније поднети, тако и оне за које је доцније сазнао. У овим случајевима оптуженог само о потребном испитује иследни судија са деловођом без присутника, и то по општим правилима, постављеним за испит обвиненог у генералној истрази. Разуме се, да ће овај испит изостати увек, кад иследни судија нађе да је раније учињени испит потпуан и кад сам оптужени не захтева да буде понова испитиван.

Наш је законик у § 185 ставио у дужност суду, да, при саопштавању тужбе државног тужиоца оптуженом, од овога тражи да за осам дана поднесе одбрану. Ако се оптужени у своју одбрану позове на нове доказе, онда је суд дужан да га о томе саслуша. То саслушање врши председник суда или судија кога он одреди.

III. На главном претресу.

Главни је претрес најглавнији део поступка, јер се на њему има дефинитивно да расветли кривична ствар која је предмет тужбе и да се по њој донесе судска пресуда. У томе се циљу на главном претресу у усменој и контрадикторној форми, и без прекида, пред судом обнавља цео поступак извршен у генералној истрази. Међу радњама, које се на главном претресу имају обновити, најважније место заузима испит оптуженог.

Од европских закоподавстава у овоме се само енглеско разликује од континенталних законодавстава, јер докле се по енглеском поступку оптужени не саслушава на главном претресу, већ се само у почетку претреса пита, да ли признаје дело овако како је у тужби представљено, докле се по континенталним поступцима, који су се угледали на француски поступак, испит оптуженог сматра као битан део главног претреса. И по нашем законнику се оптужени испитује на главном претресу, тим се испитом чак започиње главни претрес. Истина, наш законик не доноси онако јасне одредбе о

испиту оптуженог као што је то учинио његов изворник и други туђински законци, али се то ипак довољно јасно види из првог и другог одељка § 205. Сем тога, и судска пракса се стално држи тога, да се оптужени формално испитује на главном претресу.

Циљ је испиту оптуженог на главном претресу исти који и испиту обавишеног у генералној истрази, т. ј. да се оптуженоме створи могућност да се брани с једне стране, и да се дође до права истине на и до признања с друге стране.

Оптужени може бити питан у сваком тренутку све док суд не донесе пресуду. Дакле, чак и онда кад је суд по завршном претресу отпочео саветовање, може се вратити у судску салу да од оптуженог тражи какво обавештење, које би било важно за доношење пресуде. Па ипак, испит оптуженог по времену долази између читања тужбе државног и приватног тужиоца и прибирања доказа. Сем тога, оптужени може бити питан и после сабирања сваког доказа; тако се њему могу управљати питања после испита сваког сведока, савиновника или учесника, вештака, увиђача, као и после прочитања какве исправе, која у себи садржи који од доказа или основа подозрења.

Оптуженога на главном претресу испитује председник суда или председавајући судија. Остали чланови колегијума као и поротници, државни и приватни тужилац, заступник приватног тужиоца и бранилац оптуженог не могу непосредно оптуженом постављати питања, већ само преко председника суда. При испиту оптуженог председник суда има се придржавати свих ових правила, која важе за испит обвиненог у генералној истрази, разуме се, у колико се она по својој природи могу на главном претресу извести. Тако је испит јаван, усмен и непосредан. Оптужени, као и обвинени у генералној истрази, не може се натерати да даје одговоре. Ако оптужени не зна српски језик или ако је нем или глув или глуво-нем, онда се имају применити § § 105 и 106, крив. поступка.

Од испита обвиненог у генералној истрази разликује се испит оптуженог на главном претресу у толико, што председник суда у почетку испита не саопштава оптуженом пред-

мет тужбе, јер је он њен садржај сазнао приликом њеног читања. По прочитању тужбе, председник управља на оптуженог питање о томе, шта он има на тужбу да одговори и је ли он извршио кривично дело које му се на терет ставља. Од одговора оптуженог на ово питање зависи даљи испит. Изјави ли оптужени да он није извршио кривично дело, које је предмет тужбе, или да он није крив, онда је председник дужан од оптуженог да тражи да у вези каже како је ствар текла и да наведе све чиме своју невиност доклаује. Ако председник нађе, да оптужени није одговорио на све тачке тужбе или да су му одговори нејасни, може он оптуженоме постављати поједина питања и тражити од њега објашњења. Одмах после овога настаје сабирање доказа, нађених у генералној истрази и у прелазном поступку, и то како оних који војују против оптуженог тако и оних на које се он у своју одбрану позвао. После сваког испитаног сведока, вештака, увиђача, после сваке прочитање исправе оптуженоме се могу постављати питања и тражити поједина обавештења. Тако исто и оптужени, ради своје одбране, може тражити да буде саслушан после сваког сабраног доказа, као и после сваке изјаве државног тужиоца. Председник је нарочито дужан, да оптуженог пита о свима околностима, које су важне за пресуђење дела.

Пориче ли оптужени признање потпуно или делимично, које је учинио у генералној истрази, онда му треба прочитати протоко тога признања и питати га за узрок порицању. Ако суд нађе да се ти узроци поткрепљују и доказима, онда ће наредити да се ти докази прикупе; не буде ли могуће то учинити још на истом главном претресу, онда се он има одложити, да би се за то време испитали сведоци, на које се оптужени позвао или да би се прибавили остали докази.

Међутим, ако оптужени одмах по прочитању тужбе, а на питање председника, дело потпуно призна и ако то признање има све особине које § 225 тражи, онда настаје скраћење поступка, које се састоји у томе, што свако даље ислеђење престаје и што се протоко претреса има закључити (§ 205 пети одељак).

Да ли се оптужени на главном претресу може споразумети са својим браниоцем о томе, какве ће одговоре давати, законик ништа не говори, али да то споразумевање законик не доушта, види се из трећег одељка § 205 који гласи: „оптужени се не сме ни с ким договарати како ће одговарати.“

Испит оптуженог бележи се у протоко претреса, који се води за цео претрес.

§ 23.

Врсте признања.

Признање може бити:

1. Судско и вансудско признање.

Она је деоба учињена према томе, да ли је признање учињено пред судом или не. Судско признање, опет, може бити двојако: судско признање у ужем или правом смислу и судско признање у ширем смислу. Под судским признањем у ужем смислу разуме се само оно признање, које је учињено пред надлежним судом на главном претресу. Свако друго признање, које је учињено ма пред којим другим судом или пред изследником за време истраге, јесте судско признање у ширем смислу.

У свима другим случајевима говори се о вансудском признању. То је, дакле, признање, које није учињено у току кривичног поступка пред надлежним судом или изследником, већ пред приватним лицима. Вансудско би признање било и онда, кад је оно, истина, учињено пред судом, али не пред кривичним судом у кривичноправном спору, већ пред грађанским судом у каквом грађанском спору.

2. Потанко или опшито и кратко или простим употребљавњем учињено признање.

Признање из кога се види побуда, време, место, начин извршења кривичног дела јесте потанко или опшито признање. Ако се, међутим, признање састоји само у потврђивању постављеног питања, онда је то кратко признање.

3. Неограничено или чисто и ограничено или квалификовано признање (confessio pura и confessio limitata, qualificata).

Неограничено је признање онда, кад окривљени признаје потпуно кривично дело без икаквих ограничења, т. ј. онако, како се и зашта се оптужује.

Ограничено или квалификовано признање биће, међутим, онда, кад окривљени кривично дело, које му се ставља на терет, не признаје у целости, у пуном обиму, или кад своје признање додаје извесна ограничења или околности, којима се казна, коју казниени законик прописује за то дело, сасвим искључује или се своди на мању меру. Тако н. пр. квалификовано признање ће бити у овим случајевима: оптужени признаје да је украо 100 динара, међутим он се оптужује да је украо 300 дин.; или девојка се оптужује да је родила ванбрачно дете и да га је бацила, међутим она признаје да је родила мртво дете и тако га бацила; или окривљени тврди да је извршио кривично дело у напитом стању; оптужени за убиство признаје да је убио, али додаје да је исто учињено у потребној одбрани и т. д.

Све ове врсте признања од нарочитог су значаја за она законодавства, која су задржала теорију законских принудних доказа, као што је то случај с нашим законодавством, јер по њима доказна снага признања у многome зависи од тога, која је врста признања у питању. Значај ове поделе у нашем законнику видиће се из даљег излагања.

§ 24.

Захтеви за важност и доказну снагу признања.

По теорији слободног судијског уверења признање се не истиче над осталим доказним оствима. Сем тога, законодавци који су усвојили ову теорију не доносе никакве одредбе односно доказне вредности признања, т. ј. не постављају унапред никакве захтеве, које признање мора да испуни, да би могло имати доказну вредност. Место тога, они остављају судији да у поједином случају, према свом личном убеђењу, оцењује вероватноћу и доказну снагу признања. При тој оцени судија треба да води рачуна и о о-

сновима, које је наука поставила за доказну вредност признања.

Сасвим другаче стоји ствар у законодавствима са теоријом законских принудних доказа. Она не остављају судији да по свом унутарњем уверењу оцењује признање, већ доноси изрочита правила, која садрже све претпоставке, које признање мора испунити, па да добије доказну снагу. Чим су испуњене те претпоставке, по позитивној теорији, судија, без обзира на своје уверење, мора узети да је истинитост једне чињенице признањем потпуно доказана.

Наш законик, усвајајући позитивну законску теорију, прописао је такође све захтеве и услове под којима признање може служити као потпуни доказ. Те захтеве садрже §§ 225 и 226 крив. пост., и како су они од значаја за доказну снагу признања, то ћемо их редом прегледати.

Ти захтеви јесу:

1. Да је признање изреком, јасно и опредељено учињено, а не само двозначним знацима и движењем тела (т. а. § 225).

Од признања се, према овоме, на првом месту тражи да је јасно и опредељено. Јасно је свако оно признање које је разумљиво, а опредељено је оно онда, кад се њиме ближе одређује предмет на који се односи. Стога, да би признање било опредељено, потребно је да окривљени не признаје извесну чињеницу само уопште већ са навеђењем свих узредних околности. Из овога изилази, да се признање не сме изводити из ћутања окривљеног, јер и невини оптужени може са неких разлога не одговарати на питања, а не само онај који се осећа виновим. Ћутање се не сме узети као признање ни онда, кад се окривљеном остави извесан рок с напоменом да ће се сматрати као да је признао, ако у томе року не призна. Са истог узрока не може се узети да постоји признање ни онда, кад се окривљени измирио или поравнао због кривичног дела, које му се ставља на терет. То и, пр. може бити случај, кад окривљени жели да избегне тужбу, која је у ствари неоснована али која може да буде штетна по углед невиног оптуженог, те он радије пристаје да плати што у новцу, него да пред судом доказује своју невиност.¹⁾

¹⁾ Mittermaier, Beweislehre 254.

Да би признање било јасно и опредељено, оно не сме бити учињено двозначним знацима и движењем тела. Двоназначни су знаци они, који се на разне начине могу разумети, као што је мрдња главом, које може да значи и потврђивање и одрицање. Тако исто се признање не сме изводити из покрета тела као што је дрхтање, узнемиреност при испиту или при суочењу са сведоком.

Од иследника поглавито зависи да признање не буде ни нејасно ни неодређено. Он је дужан правилним испитивањем да отклони сваку нејасност и неодређеност. Ако признање ипак не би било јасно и опредељено, или би било учињено двозначним изразом, или би се изводило из покрета тела, онда се на основу таквог признања оптужени не може осудити.

2. Да је оптужени био при свести у време признања (тач. б. § 225).

Према овоме, сва стања, која ниште свест или је само слабе, одузимају признању доказну снагу. Јер, као год што нема одговорности за лице, које у тренутку вршења кривичног дела није било у свесном стању, тако се исто кривична одговорност оптуженог не може доказати признањем, које је учињено у бесвесном стању, у коме не може расуђивати о ономе што чини.

3. Да је признање основано на његовом оствареном приповедању, а не на простом потврђивању предложеног питања (т. в. § 225).

Признање, дакле, не сме почивати на простом потврђивању постављених питања, јер се у таквом случају не може оценити, да ли је признање истинито или не. Стога се за вредност признања и тражи да је учињено у причању целог догађаја, т. ј. у казивању побуда, начина извршења, времена, места, као и свих других околности под којима је дело извршено. Навеђење ових околности служи као средство за оцену истинитости признања, јер кад се утврди, да се признање, учињено у причању, слаже са околностима утврђеним у исказама, онда је то довољна гаранција да је признање истинито. Ако, међутим, признање не почива на простом потврђивању свих питања, што је и ређи случај, већ се само потврђују поједина питања, то још не значи, да такво признање

neće vredeti. Ako se ostali sadržaj priznaња, koji ne počinja na prestom potvrđivaњу, slaže potпуно са одговором који у себи садржи просто потврђивање, то ће и тај одговор бити право признање. По себи се разуме, да признање мора почивати још и на непосредном опажању оптуженога.

4. Да је признање пред ислеђујућом полицијском или судском влашћу, или при претресу учињено (т. г. § 225).

Да би признање могло имати потпуну доказну вредност, мора оно бити учињено пред влашћу, која је позвана за извиђање или суђење кривичних дела. У генералној истрази признање ће вредети ако је учињено пред полицијском влашћу или пред судијом, ако је овај на основу § 22 крив. пост. одређен да у конкретном одлучају води истрагу. У прелазном поступку признање има бити учињено пред иследним судијом, а на главном претресу пред надлежним судом. Признање пред овим властима мора бити учињено у току кривично-правног поступања, а не н. пр. у казном грађанском спору, јер би такво признање било вансудско, и, као такво, не би имало потпуну доказну вредност. Свеједно је, да ли је полицијска или судска власт, пред којом је признање учињено, надлежна или не за окривљеног; главно је, да је дотична власт уопште надлежна за извиђање или суђење и да је она радила на извиђању тога дела. Тако н. пр. вреди признање, које је учињено пред полицијском влашћу, која је кривца ухватила, и ако после тога истрагу над њим даље води друга полицијска власт као надлежна иследна власт. — Да би се признање могло узети за доказ, власт, пред којом је учињено, мора бити састављена онако како то закон о устројству судова и тих власти налаже. Тако, код полицијских власти мора бити учињено пред иследником, деловођом и два присутна грађанина; ако је судија иследник, онда пред судијом и деловођом; на главном претресу признање мора бити учињено пред три судије и деловођом, а код поротног суђења још и пред два поротника. Наш законик не прави разлику између признања у генералној истрази и признања на главном претресу, и ако је ово друго боље и јаче од првог признања, јер даје виша гаранција да је истинито.

Сваком другом признању, које није учињено ни пред иследном влашћу ни на главном претресу, не може се придати доказна вредност. Према томе, ни признање које је учињено пред општинским судом, не сматра се за судско, нећ за вансудско признање, јер се општински суд код злочина и преступа јавља по § 20 крив. пост. само као помоћни орган иследников, а не и као иследна власт. Ово вреди само кад је у питању какав злочин или преступ. Ако је у питању, међутим, какав иступ, за који је општински суд по § 4 а полицијске уредбе и иследаа и судска власт, онда ће, разуме се, вредети и признање, које је пред њим учињено.

Из овога се као правило има поставити, да се само судско признање може узети за потпун доказ а не и вансудско. Основ, зашто се вансудском признању не даје потпуна доказна снага, лежи у томе, што је оно често продукт лакомишлености, у којој човек не увиђа у довољној мери значај својих речи, или што је резултат неразвишљања или хвалосана, н. пр. кад су у питању какви љубавни односи. С друге стране, код вансудског признања онај који пред приватним лицима признаје не види последице признања које га могу постићи, као што је то случај код судског признања. Стога и наш законик није вансудском признању дао потпуну доказну вредност, већ га узима само као полудоказ или ближи основ подозрења (§ 123 т. 1). Да вансудско признање буде и полудоказ, потребно је да се претходно утврди његова истинитост. То се обично чини испитивањем лица, пред којима је признање учињено. При оцени вансудског признања, ваља нарочито узети у обзир побуде са којих је учињено као и то, да ли је учињено озбиљно или у шази.

5. Да се признање подудара са дејствително постојећим ислеђеним околностима казниког дела (т. о § 225).

Овај захтев најбоље показује, да свако признање није увек довољно да се на основу њега може доказати истинитост какве чињенице. Само је истинито признање потпун доказ за оно што је признато, а да ли је једно признање истинито или не, има се нарочито утврдити у поступку. Истинитост признања, према овом захтеву, утврђује се ислеђеним околностима кривичног дела, т. ј. морају се неке од окол-

ности кривичног дела које признање у себи садржи, доказати још и на који други начин, а не признањем, па ако се признање са тако утврђеним околностима слаже, онда се сматра да је то признање истинито и да може бити потпун доказ, н. пр. оптужени признаје убиство извршено ножем и наводи колико је удараца дао и на којим местима, па се увиђајем и вештачким прегледом леша утврди исти број повреда и на реченим местима. Ово слагање признања с осталим доказаним околностима најбољи је пробни камен за истинитост признања, као што вели Рудолф (Commentar II 73), јер је оно гаранција да је оптужени те околности опазно приликом вршења кривичног дела.

Не тражи се за важност признања, да се оно у свему слаже с ислеђеним и доказаним околностима. Само са главним и важним околностима мора се признање слагати. Које су главне или важне околности, не може се унапред одредити, већ то зависи од конкретног случаја. Тако н. пр. ако је у питању убиство, и вештачењем се утврди да је оно извршено убодом ножа, а оптужени признаје, да је исто извршио ватреним оружјем, то ово признање не би могло имати доказне снаге, је се у главној тачни — у начину извршења дела — не слаже с ислеђеном и доказаном околности. Међутим, кад се неслагање тиче споредних и незнатних околности, то оно признању не може одузети доказну снагу, као н. пр. кад се оно тиче боје одела које је убијени носио, или тачног времена извршења дела, или тачног броја повреда, ако их је било више и т. д.

Захтев, по коме се признање мора да слаже с ислеђеним околностима, нема се разумети тако, да се признање околности имају бити утврђене другим доказима а не признањем. Јер, ако би се и ово тражило за важност признања, онда би многи злочинци, и то најопаснији, остали некажњени, пошто је немогуће увек све оно, што је оптужени признао, доказати и на други начин. Сем тога, признање би било непотребно, кад би већ имали у рукама и друге доказе. Стога је сасвим умесно наређење у последњем одељку § 225, по коме је за доказну снагу признања довољно, ако су ислеђеном доказане ма и неке околности, којима се потврђује,

да је признање истинито и да извршено кривично дело постоји. Узмимо н. пр. да је у питању кривично дело детоубиства. Оптужена признаје да је дете живо родила, по порођају га убила и бацила у обор свињама које су га појеле, те се стога не може ни наћи његов леш. Ако се истрагом потпуно утврди, да је оптужена била трудна, за тим да је родила, и најзад да је у обору нађена свежа човечија крв, то се има узети да су и те ислеђене околности довољне да потврде признање, и да му даду потпуну доказну снагу за постојање дела, и ако нема детињег леша.

Ако се, међутим, истрагом не може да нађе ниједан траг кривичног дела, онда само или голо признање не може да образује правни доказ (последња реченица § 225). Оваком се признању не придаје никаква доказна снага стога, што се његова истинитост ни на који начин не може да провери. Под трагом кривичног дела не треба разумети траг у правом смислу, већ треба разумети сваку ону околност, којом се потврђује кривично дело. Према томе, такве се околности или трагови могу наћи и код оних кривичних дела, која за собом не остављају трагове, као што су кривична дела нечињењем (омнивијна кривична дела), кривична дела речима извршена и др. Узмимо н. пр. да је у питању овако убиство. А признаје да је у друштву са Б убио своју жену и ноћу је мртву однео и бацио у Саву. Ако се истрагом леш убијене не нађе, и ако се не нађе ни један сведок који би последично да је видео оптужене кад су леш убијене бацили у Саву, или који би чуо вику у кући у којој је убиство извршено, или ако се у кући не би нашао траг од крви, нити ма од чега другог што би упућивало на убиство то онда ни такво признање без икаквог трага о делу не би могло имати доказне снаге, не би могло послужити као доказ о постојању дела, и оптужени се поред свог признања не би могли осудити за убиство.

6. Последњи захтев за доказну снагу признања јесте, да је оно израз слободне воље оптуженог. Стога законодавац у § 226 налаже да признање, које је противзаконо, обећавањем, претњом, силом или иначе недозвољеним средствима добијено, не може служити за доказ. Закон је сасвим умесно забрањено употребу свих ових средстава, јер би у противном слу-

чају постојала бојазан да је оптужени услед употребе таквих средстава учинио лажно признање. Закон није набројао сва недопуштена средства, јер је то и немогуће учинити, већ по ред обећавања, претње и силе говори о другим иначе *недозвољеним средствима*.

Под „иначе недозвољеним средствима“ треба разумети лажна представљања и друга извртања, којима се оптужени може да наведе на признање, н. пр. изношење доказа или основа који не постоје, или казивање оптуженом да дело које је извршио није кажњиво, или да ће му се казна опростити, или да су родитељи оптуженог опасно болесни или да су умрли, или да ће истрага трајати све дотле докле не призна и т. д.²⁾ — Сасвим је свеједно, ко је употребио недопуштена средства, да ли иследник или судија сам непосредно или је то учинио преко других лица, као н. пр. преко ансанције.

Употреба недопуштених средстава не мора се увек односити на целокупно признање, већ се може односити само и на један његов део. У таквом случају без доказне ће вредности бити само онај део признања, који је добијен услед обећања, претње, силе и кога другог недопуштеног средства. Тако н. пр. ако је у питању разбојништво, и оптужени признаје да је ствари узео од некога без употребе силе или претње, и тек пошто му буде припређено или пошто буде употребљена сила, он призна и то, да је ствари одузео употребом силе, — онда се има сматрати да ће признање послужити као доказ само за крађу а не и за разбојништво.

Да би признање било без доказне вредности, мора оно бити последица примене обећавања, претње, силе или других недопуштених средстава; мора се, дакле, из свих ислеђених околности видети, да су оптуженог баш само та недопуштена средства покренула на признање. Недопуштена средства према признању морају, према томе, стајати у односу узрока и последице. Колика треба да буде претња, сила, принуда или које друго средство и у чему се има састојати, не може се у напред одредити, јер су сва та средства релативне природе и различито дејствују на разна лица.

²⁾ Kitzka, Beweislehre 94.

Али, ако би оптужени исто признање, учинио услед употребе кога од недопуштених средстава, доцније, слободан од сваког незаконитог утицаја, поновио, то ће оно вредети као потпун доказ само тако, ако у себи садржи такве околности које се подударају са ислеђеним околностима, а које оптуженом не би могле бити познате, да није учинилац кривичног дела (други део § 226), као н. пр. кад оптужени тачно описује покрађене ствари, место на коме се налазе, начин извршења који се слаже с учиненим увиђајем и т. д. Основ зашто закон у поновљеном признању тражи навођење таквих околности, које су само учиниоцу познате, лежи у томе што, кад је већ једаред употребљено које од недопуштених средстава према оптуженом, постоји оправдана бојазан, да се он не плаши поновне употребе тога средства, па услед тога опет да исказе онако исто признање као и прво.³⁾ Та бојазан, међутим, отпада, кад поново признање садржи околности, које су само учиниоцу дела познате. При поновном саслушању, разуме се, иследник или судија мора увек обавестити оптуженог, да је слободан сваког незаконитог утицаја и да се ничег не плаши.

Само оно признање, које је испунило све до сад поменуте захтеве, може послужити као правни доказ за признате чињенице. И обратно. Признање, које није испунило ма који од поменутих захтева, без доказне је вредности. Уредно признање потпун је доказ за сваку околност или чињеницу, коју је оптужени признао. Према томе, признање је потпун доказ како за кривичну одговорност или виновништво оптуженог који признаје, тако исто и за постојање кривичног дела које оптужени признаје.

Довде је увек било ван спора то, да се признањем потпуно може доказати кривична одговорност оптуженог, дотле је у старијој науци било заступано мишљење, да се постојање кривичног дела, које за собом оставља трагове као н. пр. убиство, разбојништво и др., не може доказати призна-

³⁾ Rulf, Commentar II 76.

њем већ само увиђајем. Ако се, према томе, увиђај не може извршити отага, што се не могу пронаћи трагови, што и, пр, није нађен леш, онда се, по том мишљењу, признањем не може доказати постојање дела. То је, међутим, нетачно. Јер и ако је увиђај доказно средство, оно није и једино, већ се исто тако и признањем може утврдити истина. Сем тога, има кривичних дела која и не оставају трагове (*delicta traseuntis*) и код којих се стога увиђај не може ни извршити, па кад се код тих кривичних дела може њихово постојање доказати признањем и другим доказним средствима, онда нема разлога, да се не може доказати и у случају кад кривично дело оставља за собом трагове. Ово се има допустити тим пре, што злочинци често тако извршују кривично дело, да не остају никакви трагови, и, пр, жена баци своје дете свињама, те би се забраном, да се признањем доказује постојање дела, штитили вешти и препредени злочинци.

Кад, дакле, увиђај нема никаквог преимућства над признањем, онда се има узети да се постојање кривичног дела може доказати и признањем. Само је у таквом случају дужност иследника и суда, да отклоне сваку сумњу од признања, што ће постићи на тај начин, ако нађу узрок са кога се не могу да примете трагови, које конкретно кривично дело по својој природи за собом оставља.

И по нашем законику признање може послужити као доказ како за кривичну одговорност оптуженог, што се види из првог одељка § 225, тако и за постојање кривичног дела, што се јасно види из последњег одељка § 225. Јер се у последњем одељку § 225 изречно вели, да ће се признањем моћи доказати постојање дела и онда, кад се све околности или обележја кривичног дела, које оптужени признаје, не даду утврдити другим доказним средствима, већ кад су само нека од њих утврђена другим доказима и кад се признање слаже с тим тако утврђеним околностима или обележјима. Јасно је, дакле, да се постојање и убиства може доказати признањем и ако нема леша, само ако има других утврђених околности које ће поткренити признање. Само у једном случају признање не може дати потпуни доказ за постојање дела; то је случај, кад сем признања нема ниједне друге

доказане околности, која би поткрепљавала признање (последња реченица у последњем одељку § 225).

§ 25.

Квалификовано признање.

Признање, о коме је до сада било речи, јесте чисто или неограничено признање. Међутим, окривљени не даје увек такво признање. Он често не признаје кривично дело за које се оптужује у целости, у пуном обиму, или не признаје сва већ само нека обележја кривичног дела за које се оптужује, или он, истина, признаје извршење дела, али томе признању додаје извесне околности, које његову одговорност или сасвим искључују или је ограничавају и своде на мању меру. Овако признање јесте *ограничено* или *квалификовано*, и, пр, окривљени признаје да је украо 100 а не 500 динара за колико се оптужује; он признаје крађу, а не разбојништво; признаје да је крађу извршио из отворене а не из закључане собе; признаје да је хтео повредити а не признаје намеру за убиство; признаје извршење дела, али додаје да је исто извршио у напитом стању, или да је исто извршио у потребној одбрани и т. д.

Овде је од значаја питање: како се има узети квалификовано признање, т. ј. колика се доказна снага може њему придати.

Старији законици (разуме се са законском теоријом доказа) као: пруски, виртенбершки и други постављали су опште правило под које се имали да подведу сви случајеви квалификованог признања. Наш законик, међутим, по угледу на свој изворник, нема општег наређења, по коме би судија имао да оцењује истинитост и доказну снагу квалификованог признања. И боље је, што је наш законодавац тако урадио, јер толико разноврсних случајева квалификованог признања има, да их је, прво, немогуће све подвести под једно законско наређење, и, друго, што се не би могла правилно да схвати природа квалификованог признања. Стога,

кад је у питању квалификовано признање, има да важи следеће:

Код сваког квалификованог признања вреди правило, да је признањем потпуно доказано само оно што је признато. Стога се сваки случај квалификованог признања има разчланити на своје саставне делове и то, на околности или обележја која су призната и она која нису призната. Прва се сматрају да су признањем потпуно доказана, док се друга имају узети као да нису ни призната, те се стога морају на други начин доказивати. Тако н. пр. кад оптужени за разбојништво призна да је од В украо новац али не признаје да је употребио силу или претњу, т. ј. признаје крађу а не разбојништво, то се има узети, да је признањем доказана само крађа, а разбојништво се има на други начин доказати. Или кад оптужени за силовање признаје да је с В извршио обљубу, али додаје да је то учинио с њеним пристанком, то се има узети да је само факт обљубе утврђен признањем а не и употреба силе. Ако држава у првом случају хоће да оптужени буде осуђен за разбојништво а у другом за силовање, онда она мора доказати постојање ових обележја или елемената поменутих кривичних дела, без којих се не може изрећи ни казна, коју закон за та дела предвиђа. У првом случају, дакле, држава има другим доказима да докаже да је крађа извршена употребом силе, а у другом случају, тако исто, да је обљуба извршена употребом силе. Не докаже ли држава на други начин оно, што оптужени није признао, онда се он може осудити само за оно дело, које представљају призната обележја или елементи, дакле, у првом случају за крађу а у другом за дело из § 196 к. з. Ако, пак, признаје околности не представљају ниједно кривично дело, а околности које окривљени не признаје не могу се доказати, то се он не може осудити на казну.

Ако окривљени призна извршење кривичног дела, али оспори подобност за одговарање (*Zurechnungsfähigkeit*) н. пр. због напитог стања у које је случајно дошао, онда се сматра да је признањем доказано само извршење дела, а да ли је окривљени у тренутку вршења дела био неподобан за одговорност, има се нарочито доказивати. Како је напито стање

основ са кога се може искључити подобност окривљеног за одговорност, то се у овом случају имају прикупити и иследити околности из којих би се видело: где је, кад је, чега је, колико је окривљени пио, за тим на који је начин извршио дело, да би се на свега тога могло оценити, да ли је он у том степену био напит, да је био несвесан значаја своје радње, па, према томе, да је и подобност његова за одговорност искључена. Покажу ли иследене околности, да је окривљени био у таквом напитом стању које искључује подобност за одговорност, то се он не може осудити на казну. Покаже ли, међутим, истрага обратан резултат, то ће се сматрати као и да нема квалификованог признања, већ да је случај чистог признања, на основу кога ће окривљени бити и осуђен.

Исто се овако имају расправити и они случајеви у којима окривљени признаје извршење дела, али наводи околности, са којих се искључује противправност. Овде најчешће долази случај, у коме окривљени наводи да је дело, н. пр. убиство, извршио у потребној одбрани. У овом случају окривљени признаје само факт убиства, али не признаје противправност своје радње, јер вели, да је исту извршио у потребној одбрани. И овде се има узети да је признањем доказано одмах оно што је признато, т. ј. факт убиства, а потребна одбрана, као основ са кога се искључује противправност, има се нарочито доказивати. Да ли се окривљени могао послужити потребном одбраном и да ли је ова била оправдана, има се оценити према правилима, која о томе поставља наука Кривичног Права и казниени законик (§ 54). Ако се нађе да је било места потребној одбрани, онда је тиме утврђено да радња окривљеног није противправна, т. ј. да нема кривичног дела, и да према томе, не може бити ни осуђен. Нађе ли се, међутим, да се окривљени у конкретном случају није могао послужити потребном одбраном, онда се окривљени има осудити на основу свога признања.

Наш законик у § 228 говори само о једном случају квалификованог признања, који показује да се и он има расправити по општем правилу, т. ј. да се оно што није признато има доказивати на други начин. То је случај, кад оптужени

признаје учињено дело, али наводи, да он то није из зло намере учинио, или да је хтео мање учинити но што се dogodило.

Кад окривљени, дакле, тврди да није са злом намером радио, т. ј. пориче да је хтео у опште ма какво кривично дело учинити, или да бар није хтео онолико учинити колико се dogodило, то се такво његово тврђење, које ограничава дато признање, може узети за вероватно само тако, ако се нађу основи из којих се види, да је окривљени предузетом радњом хтео нешто друго, а не оно што се десило, т. ј. да није са злом намером радио. Закон предвиђа те основе у § 228. По том параграфу узме се, да тврђење окривљеног заслужује признање, т. ј. да је вероватно само тада, ако постоји један од ових основа:

1. Радња коју је окривљени извршио, може бити таква, да је зло, које је из ње проишло, до душе могуће, али да по самом природном течају ствари није морало произићи, или бар није обично да из такве радње произилазе онакве последице какве су произишле, н. пр. А удари шамар Б, Б онесвешћен падне на земљу и умре. У овом случају вероватно би било тврђење А да није хтео убити, т. ј. да је хтео учинити мање но што се dogodило, и имало би се узети да није доказана намера за убиство, јер је ударање шамара радња из које истина може произићи смрт, али обично не произлази. Ако, међутим, окривљени изврши такву радњу, из које је наступело зло по самом природном течају ствари као нужно морало произаћи, или је бар обично да такво зло произлази, то се његова одбрана, да није са злом намером радио или да је хтео мање него што се dogodило, не би сматрала за вероватну, па се стога не би ни узимала у обзир, н. пр. А удари Б, који спава, секиром по глави, и Б умре; или А се баца секиром на Б који је од њега далеко десет метара, потрећи га по глави и убије.

2. Наводи окривљеног да није са злом намером радио или да је хтео мање учинити но што се dogodило заслужује признање, т. ј. сматраће се доказаним или бар вероватним и онда, ако се радња напрасно dogodила и ако зло већ у самој радњи не лежи.

Из тога, што се радња напрасно извршила, сасвим се као вероватно даје извести, да окривљени нити је о њој, нити о њеној последици размисљао, па, према томе, да ову није ни хтео. Али, поред свега тога, по § 228 није довољно само то, да се радња напрасно dogodила, па да се узме као вероватно да окривљени није са злом намером радио или да није хтео онолико учинити колико се dogodило. Поред тога, што се радња напрасно dogodила, тражи се још и то, да зло већ у самој радњи (делу) не лежи. Да зло већ у самом делу не лежи, како то наш закон каже, значи, да зло по самом природном течају ствари није морало као нужно из радње произићи, или бар није обично да из такве радње произилази. Према томе, ако је радња окривљеног таква, да је наступело зло њена сасвим природна последица, то му одбрана, да није са злом намером радио, не би вредела ни онда, кад се радња напрасно dogodила.¹⁾

Али ако се истрагом утврди, да је окривљени тражио прилику и средства, да изврши кривично дело, или да се старао уклонити препреке, које су извршењу дела стајале на путу, онда се има узети да је он о својој радњи и њеним последицама размисљао и да их је хтео, па да је и са злом намером радио, осим ако се не би у истрази нашле неке нарочите околности и односи, по којима би се с основном могло држати, да је имао какву другу намеру (други одељак § 228).

§ 26.

Порицање признања.²⁾

Често се дешавају случајеви, да оптужени са разних узрока пориче признање које има све услове потребне по закону тако, да би се он на основу њега могао осудити. То признање у главноме може бити двојако: или 1. оптужени пориче цело признање, или 2. он пориче само извесне делове признања.

¹⁾ Ruff, Commentar II 84

²⁾ Kitzka, Beweislehre 98—106; Mittermaier, Beweislehre 279—287; Ruff, Commentar II 77—79.

a)

У првом случају, т. ј. кад оптужени пориче цело признање, сигурно свима захтевима за потпун доказ, важи као правило, да доцније једнострано, глаго, само у корист оптуженог учињено порицање не може да поништи доказну вредност ранијем признању. Јер, као што ни голо и једнострано признање не може имати доказне вредности, тако исто не може је имати ни изјава, коју оптужени у своју корист даје, а још мање може имати доказне вредности порицање којим се хоће да уништи један већ добијени доказ.

Другаче, међутим, стоји ствар, кад оптужени поричући одмах даје и разлоге са којих је раније лажно признао, или кад наводи такве основе, којима поткрепљује своје порицање и којима се истинитост ранијег признања доводи у сумњу. У оваком случају признању не одузима доказну снагу бити га слаби порицање као такво, већ основи који говоре против вероватноће признања. Порикањем се иде на то, да се покаже, да ранијем признању, коме се веровало, недостају извесни законски захтеви, за које се раније погрешно мислило да их има, и да сад постоје чињенице, на основу којих, да су раније биле познате, не би се могло узети да постоји признање са доказном вредности. Основи са којих се може да обори раније учињено признање, могу се, према § 227, односити или на узрок, са кога је признање пређе лажно учињено, или се могу односити на друге околности (постојатељства), која истинитост пређе учињеног признања са основом у сумњу доводе. О томе, кад ће наступити један а кад други случај, не може се поставити опште правило, већ то зависи од појединог конкретног случаја и од појединих основа. Исто се тако не даду набројати ни сви основи које оптужени у порицању може да наведе ради обарања свог ранијег признања, али се ипак, примера ради, могу поменути ови:

1. Оптужени наводи чињенице, којима тврди да кривично дело, које је раније признао, није никако ни извршено, и пр. наводи сведоке који су видели онога после времена кад је он признао да је извршио убиство.

2. Оптужени наводи чињенице којима тврди да он није извршио кривично дело или да га није могао извршити, и пр. доказује alibi.

3. Оптужени тврди да је лажно признао услед физичког или психичког мучења, и да је у признању гледао једино средство да се ослободи мука.

4. Оптужени тврди да је услед заблуде или пометње у којој се налазио учинио лажно признање, и пр. да је признао за то, што је обмањиван да неће бити кажњен ако призна, итд.

Да би основи, које оптужени у порицању наводи, могли уништити или ослабити његово признање, морају се они, на првом месту, доказати т. ј. мора се утврдити да ти основи постоје. У томе циљу дужан је наследник, ако је порицање учињено још у генералној истрази, или председник суда, ако је порицање учињено на главном претресу, да нареди да се сви ти основи прикупе. Ако је то немогуће учинити на истом главном претресу, онда се он има одложити и за идући се имају позвати сведоци, на које се оптужени позвао за доказ свога тврђења. Ако оптужени нарочито наводи као узрок порицању то, да су у истрази употребљавана недопуштена средства, онда је суд дужан, поред остале истраге, да испита деловођу и грађане који су испиту присуствовали. Ако би, пак, обвњени у генералној истрази са овога узрока порицао своје признање, онда истрагу о томе, да ли је то истина или не, има да води други наследник, пошто се први јавља као заинтересован. Није потребно да се основи за порицање потпуно докажу, већ је довољно да се они доведу и само до вероватноће. То се види из § 227 у коме се вели „ако би оптужени вероватне узроке наведе... који истинитост пређе учињеног признања са основом у сумњу доводе.“

Поред тога, што основ за порицање мора бити истинит или вероватан, потребно је, на другом месту, оценити, да ли је тај основ могао да наведе оптуженог на лажно признање, и пр. да ли је претња, ако је она у конкретном случају основ, могла оптуженог с погледом на његову индивидуалност, навести на лажно признање.

У другом случају, т. ј. кад оптужени пориче само поједине делове свога признања, треба обратити пажњу на ово: 1. да ли он пориче чињенице, које у себи садрже битна обележја признатог кривичног дела тако, да отпада

цело кривично дело, ако се једна таква чињеница не сматра више доказаном. и. пр. жена, која је признала детоубиство порече признату битну чињеницу да је дете живело. У таквом случају има се сматрати као да је поречено цело признање, па се према томе има и оцењивати порицање. 2. Оптужени може порицати чињенице, које заснивају већи степен кажњивости, и. пр. он пориче околност да је ствари узео употребом силе, т. ј. пориче разбојнички начин узимања, онда он може одговарати само за оно кривично дело које образују признате чињенице, претпостављајући да је основ за порицање доказан или доведен до вероватноће. Он би, дакле, у наведеном примеру одговарао за крађу а не за разбојништво. Ако, међутим, остале признате чињенице не могу дати ниједно кривично дело, онда се има сматрати као да је цело признање поречено. 3. Оптужени може порицати неважне чињенице, т. ј. чињенице које не долазе у биће кривичног дела, и. пр. пориче број повреда, време извршења дела и т. д. У таквим случајевима се порицање има узети да је без значаја.

ГЛАВА ЧЕТВРТА СВЕДОЦБА СВЕДОКА¹⁾

§ 27.

Појам сведоцбе сведока.

Сведоцба је изјава једног лица, које није процесни субјекат, дата иследнику или суду о чулном опажању какве чињенице, по правилу из прошлости, која има правног значаја за кривично дело као предмет конкретног кривичноправног спора и то у циљу доказа те чињенице. Лице, које овакву изјаву даје, зове се сведок.

Сведоцба сведока је и најбоље и најчешће доказно средство, те је стога потребно детаљно излагање његовог појма. Анализирањем постављене дефиниције добије се ово:

1. *Сведоцба је изјава, која је по правилу усмена, а само по изузетку писмена.* Пошто изјава мора бити учињена речима, то није сведоцба она изјава, која је учињена покретима тела, или другим знацима.

2. *Сведоцба је изјава о чулном опажању какве важне чињенице, која је по правилу из прошлости.*

¹⁾ *Jenif*, Das öster. Criminalrecht IV 37 и даље; *Kitka*, Thatbestand 33—200; *Heru*, Beweislehre 112—266; *Mittermaier*, Beweislehre 288—374; *Ruff*, Commentar I 203—232, II 85—115; *Zachariae*, Handbuch II 181—216, 439—496; *Meyer*, у Н. Н. I 265—300; *Mayer*, Commentar I 499—634; *Glasser*, Handbuch 1458—598; *Heru*, Beiträge zur Lehre vom Beweis 194—266; v. *Kries*, Lehrbuch 348—330; *Ullmann*, Lehrbuch 355—376; *Birkmeyer*, Lehrbuch 419—443; *Löwe*, Commentar 379—333; П. *Sasul*, Теорија доказа 245—335.

Предмет су сведоцбе; према овоме, чињенице, које су од важности за решење кривичноправног спора. Тако одређује и наш законодавац, који сведоцбом сматра „свако извешће о околностима учињеног казнивог дела, или о личности која су у томе учествовала или о њиховом одношењу к делу, или делом повређеног или оштећеног лица (§ 89)“. Чињеница, која се ни у колико не односи на кривично дело, и којом се ни непосредно ни посредно не може утврђивати ниједан елемент конкретниог кривичног дела, не може бити ни предмет сведоцбе.

Чињенице, које су предмет сведоцбе, припадају прошлости а не садашњости. Садашње се чињенице доказују увиђајем или писаним мишљењем (§§ 54 и 55 кр. п.), а не сведоцбом. У овоме се нарочито и огледа разлика између сведока и вештака (раније страна 174) у законодавствима с теоријом законских принудних доказа, док законодавства с теоријом слободног судијског уверења остављају судији потпуну слободу у избору доказних средстава за све чињенице, те се стога и садашње могу сведоцбама доказивати.

Изјава о важним чињеницама мора бити дата на основу чудног опажања, т. ј. сведок је морао својим чулима опазити чињенице о којима сведочи. Према томе, о сведоци се може говорити само тако, ако је сведок био у могућности да нешто чулима опазе и ако је био способан да то опажање запамти и искаже.

Сведоцба се састоји у саопштавању онога што је сведок својим чулима опазео. Сведок је, дакле, позван да репродукује своје опажање а не и да даје суд. И у томе је разлика између сведока и вештака. Али то ипак не значи, да се сведок у сваком случају има да ограничи на просто саопштавање опажених чињеница. Сведоку не може бити забрањено да да и своје мишљење о ономе што је опазео, или да саопшти утиске, које је на њега каква чињеница оставила. Често је потребно сведока и о томе саслушати, — и таква изјава његова јесте сведоцба. Сведоцба се има узети да постоји и онда, кад сведок изјављује, да извесна чињеница не по-

стоји, или да не зна оно, или да није опазео оно, што се држало да зна или да је опазео.

3. Сведоцба је изјава дата иследнику или суду.

По правилу под сведоцбом би требало разумети само изјаву учињену пред надлежним судом на главном претресу. Али наш законик у т. 7. § 229 изједначаје по вредности сведоцбу учињену на главном претресу са сведоцбом у генералној истрази, те је, према томе, сведоцба изјава учињена било пред иследником било пред судом. Та изјава мора бити учињена пред надлежним иследником или судом. Свака друга изјава, учињена пред ма којом другом власти, није сведоцба.

4. Сведоцба је изјава лица, које није процесни субјекат, т. ј. које није ни судија ни странка.

Са улогом сведока не да се сложити у истом кривичноправном спору ниједна друга улога. Јер, ако би се то допустило, не би се могло доћи до правичне и непристрасне пресуде, која је циљ поступку. Из овога излази:

а) Оптужени не може бити у исто време и сведок. Ако има више оптужених по једном делу (савиници, подстрекачи, помагачи), онда сваки од њих може бити саслушан о истој ствари, само што се на свој исказ не може закљичати, и што се такав исказ не може узети за сведоцбу (§ 114. т. 1.). Међутим, као права сведоцба од вредности има се узети у поступку изјава онога од оптужених, који је ослобођен стога што је утврђена његова неодговорност. Према томе, ако је према једноме од оптужених прекинута истрага, или је суд нашао да нема места стављању под суд, или је суд пресудом изрекао његову невиност, то се његова изјава према осталим оптуженима има сматрати као сведоцба од вредности. Јер, чим једно лице престане бити оптужени, може се одмах јавити као сведок.

б) Тужилац исто тако не може бити једновремено и сведок. Ово вреди како за државног тако и за приватног тужиоца. Само, државни тужилац може бити замењен, и после тога се може јавити као сведок, док је код приватног тужиоца та замена искључена. Приватни тужилац по нашем за-

конику изузетно, само о неким чињеницама, може бити способан сведок.

в) Као год што оптужени и тужилац не могу у исто време бити сведоци, тако исто не могу то бити ни њихови заступници. Ако се ова лица треба да саслушају онда она морају најпре бити замењена.

г) Најзад, сведок не може бити ни онај који је у истој ствари последник или судија. Како улога последника тако и судије не да се сложити с улогом сведока. Последник не може бити сведок само у истрази коју он води, међутим на главном претресу се може јавити и као сведок. Исто то вреди и за судију кад је у улози последника. И поротник је судија, те ни он не може у исто време бити и сведок. Исто вреди и за деловођу било у претходној истрази било на главном претресу.

Од лица која могу бити сведоци, испитивање се сва о којима је вероватно, да ће моћи дати какво обавештење о важним чињеницама (§ 89). Под вероватноћом овде треба разумети и најмањи степен вероватности. Према томе, испитаће се и оно лице код кога и најмање основа има да ће моћи саопштити нешто што би се односило на кривично дело. И ако закон каже да ће се саслушати сва лица за која је вероватно да ће моћи дати какво обавештење, последник и суд се не мора придржавати овога наређења само у случају у коме је једна чињеница већ утврђена истоветним исказима више сведока. На штету би поступка било, ако би се ово наређење разумело апсолутно, јер би се често поступак без икакве потребе отезао.

§. 28.

Способност бити сведок.

Старија законодавства са законском доказном теоријом нису допуштала да сваки буде сведок. Као год што су она постављала тачна правила, која су одређивала доказну снагу појединим сведоцима, тако исто су она одређивала по може

а ко не може бити сведок. У главноме је разлика прављена на *testes habiles* и *inhables*, способне и неспособне сведоке, и неспособни су они који се уопште не смеју испитивати. Способни сведоци, опет, били су или *suspekti* или *classici*, сумњиви или класични, према томе, да ли је једној сведоци закон давао пуну вредност или не.

С избацивањем законске доказне теорије престало је и овако разликовање сведока. То је сасвим логична последица теорије слободног судијског уверења, која се данас налази у свима новијим законодавствима. Јер, кад закон оставља слободној оцени судије колику ће вредност дати једној сведоци, било би нелогично кад би му забрањено да извесан ред људи испитује као сведока. Стога та законодавства не знају за неспособне сведоке, већ допуштају да се свако лице сме испитати као сведок. Она се задовољавају само тиме, што извесним лицима не допуштају заклетву.

Наш законик са својом законском доказном теоријом спада у старије, те се стога у њему налазе и све конзеквенце доказне теорије коју је усвојио. Он се није задржао само на томе да постави правила, по којима судија има да оцењује доказну снагу поједине сведоци, него садржи и забрану да се извесна лица уопште смеју испитивати. Он, дакле, зна за разлику сведока на *habiles* и *inhables*. Касније ће се видети, да он и способне сведоке дели на *suspekti* и *classici*.

Која то лица не могу бити сведоци?

Наш законик зна за две врсте неспособности сведока: апсолутну и релативну неспособност. Апсолутно неспособним сведоцима сматра он лица, која се ни у ком случају не могу појавити као сведоци, а то су она лица, која због природне или физичке неспособности нису у стању казати истину. Релативно или правно неспособним сведоцима сматра он лица, која су уопште способна да буду сведоци, али се само у конкретном случају не смеју испитивати као сведоци, и то због дужности, које им налаже њихов нарочити позив.

Апсолутно су неспособна:

1. Лица, која су у времену сведочења душевно или умно болесна, или се налазе у бесвесном стању (§ 91 т. 3). Одлучно

je, dakle, vreme u kome bi se jedno lice imalo saslušati kao сведок. Dokle idiljot ni u kom slučaju ne može biti испитиван као сведок, dotle лудак може само за време *lucidum intervallum*. Ако би душевно оболело лице било доведено пред суд као сведок, то је суд дужан да нареди истрагу која ће суд уверити у неспособност дотичног лица. Само слабоумље, међутим, није довољан разлог да неко не буде саслушан, већ да се његов исказ узме брижљивије у оцену.

2. Лица, која су у времену сведочења телесно болесна тако, да нису при себи (§ 91 т. 3), као што је н. пр. лице које је смртно повређено, или које је у тешкој болести, или које је кања ударила и т. д.

Глувоном по себи није апсолутно неспособан, већ само у случају кад треба да сведочи о чињеницама које се могу чути. За остале чињенице може он сведочити преко тумача. Само се у тим случајевима има претходно да утврди, да ли је он душевно толико развијен, да може осталим чудима опакати и да га опакања може репродуцирати. Ако је писмен, онда је у сваком случају способан да буде сведок.

И деца у свом најранијем добу не могу се испитивати као сведоци. Законик не забрањује испитивања деце, али се има узети да се не може саслушавати дете које није у стању да искаже оно што је опазило. С овим не треба никако помешати неспособност полагања заклетве, о чему говори § 114 у т. 3. Ако би се забранило да се деца испод 16 година не могу испитивати као сведоци, било би немогуће доказати многа кривична дела, као н. пр. дело из § 205 и. з. и др. Хоће ли и колику доказну вредност имати исказ детета, сасвим је одвојено питање које се има расправити по правилима, о којима ће касније бити речи, али се у сваком случају има испитати и дете испод 16 година, јер такви искази, и ако не могу дати потпун доказ, могу послужити као основ подозрења или као информација.

Поред лица, која због несјединљивости положаја, који у поступку заузимају, са улогом сведока (види § 27 под 3), — релативно су неспособна да буду сведоци и ова лица:

1. Свештена лица мирског и монашког чина односно онога, што им је исповеђено, или иначе под условом зва-

ничног духовног ђутања поверено (§ 91 т. 1). — О свему другом што нема везе са „званичним духовним ђутањем“ свештена лица су дужна да сведоче. Свештеник не сме сведочити о ономе што му је приликом исповести поверено ни онда, кад се сам оптужени позива на свештеника и кад тражи да буде испитан, као и онда кад је умро онај који је при исповести учинио саопштење. Свеједно је, да ли је свештено лице још у служби или не.

2. Државни званичници о ономе, чиме би повредили дужност чувања државне тајне, док их од тога не ослободи претпостављена власт (§ 91 т. 2).

Разлог са кога се државним званичницима допушта да о државним тајнама сведоче само тада, кад од претпостављене власти имају за то одобрење, налази се у сукобу два државна интереса, и то интереса за чувањем државних тајна с једне, и интереса за гоњењем кривца с друге стране, јер свакој држави мора да је стало до одржања правног поретка. Из тога се сукоба може изићи само тако, ако један интерес буде жртвован другоме. Како су то државни интереси, то је она једино и позвана да оцени, који је од њих већи а који мањи, па, према томе, који ће од њих бити и жртвован. Ако држава нађе да је од већег интереса, да се једна званична тајна очува, то она неће допустити своме званичнику да је у сведочењу саопштава. И обратно, ако је држави више стало до гоњења кривца, онда ће допустити званичнику да сведочи.

Државни званичници су како указани тако и неказани. Али не и општински. Званична тајна у овоме смислу мора бити идентична с државном тајном. Све ово вреди за државне званичнике па били они још у служби или не, били они стално постављени као чиновници, бидо да им је привремено поверен какав државни интерес. — Шта се има да разуме под званичном тајном, по правилу се цени према уредби или правилнику службе у којој је званичник који се јавља као сведок. Да ли је нешто у конкретном случају званична тајна или не, није позван да цени суд, већ у првом реду сам званичник који је као сведок у питању. Али како

3) Бројкат је због тога да не могу бити сведоци
4) Бројкат којима је одговорно нешто одговорно ради одбране.

иследник тако и суд може и пре саслушања тражити од надлежне власти да једног званичника ослободи од чувања званичне тајне. То може тражити и сам сведок а и странке.

Сва лица поменута у § 31 као неспособна не смеју се испитивати, у противном њихова је сведоштва ништава.

§. 29.

Дужност сведочења.

I. Уопштем је интересу да се јавна безбедност и правни поредак одрже ненарушени. Стога је дужност државе да гони и казни злочинце. Али држава не може одговорити овој дужности без помоћи својих грађана. Они ту помоћ пружају држави на тај начин, што посведочавају чињенице без којих је немогуће ни утврдити постојање дела ни пронаћи кривца. Како те чињенице у највише случајева припадају прошлости, то се до њихове истинитости не би могло доћи ако не би био дужан да их посведочи сваки онај, који их је у своје време опазио, те би, према томе, и кривци избегавали казну. Стога држава, у интересу кривичног правосудја, поставља законску општу дужност сведочења. — Општу дужност сведочења налазимо у свима временима. Она је била призната и у Римском Праву, а налази се и у свима доцнијим законодавствима, па и у данашњим, међу које долази и наше законодавство.

Дужност сведочења није само држављанско-грађанска дужност, јер њој нису потчињени само српски држављани и грађани, већ и туђинци који се налазе на српској територији, па ма се они и привремено на њој бавили. Међутим ова дужност не постоји за Србина који је у туђини. Да ли су српски држављани дужни да сведоче и у случајевима, у којима туђој држави треба указати правну помоћ, зависи од тога, да ли је српска држава на указивање правне помоћи обавезана уговором, закљученим с дотичном државом.

Дужност сведочења постоји само према иследнику и суду, јер је сведоштва у законском смислу само она изјава које ја

учињена пред иследником или судом. Иследник и суд не морају увек бити и надлежни за сведока, довољно је да су они уопште надлежни за извиђање или суђење конкретног кривичног дела, а да ли и сведок улази у месну надлежност иследника или суда, од споредног је значаја.

Дужност сведочења постоји у свима стадијумима поступка. Према томе, она постоји и у претходној истрази, у којој још нема обвиненог. Сведок се, дакле, не може ослободити дужности по томе основу, што истрага није управљена противу једног одређеног лица, или по томе, што је истрага уопште неправилна. Тако исто ни процесне претпоставке не подлеже контроли сведока; није његово, дакле, да испитује, да ли је у питању дело које се извиђа по приватној тужби или по нарочитом одобрењу, и да ли постоји приватна тужба или потребно одобрење. Сведоштва је потребна и онда кад кривична истрага још није отворена противу једног лица. Јер, да се кривична истрага отвори, потребно је претходно утврдити постојање дела, а за тим и основе, који би једно лице чинили сумњивим. И једно и друго се доказује сведоштвама, те је стога потребно саслушати сведока и онда, кад се сведоштвама има тек да утврди постојање дела или постојање једног од елемената дела. Једина материјална претпоставка за дужност сведочења, према овоме, јесте вероватноћа или бар основана сумња да је извршено једно кривично дело. Да ли у конкретном случају постоји ова материјална претпоставка, позван је да цени иследник или суд, и кад нађу да она постоји, они позивају сведока да сведочи. Позив је, према томе, формална претпоставка дужности сведочења. Али дужност сведочења постоји и за онога, који се случајно и без позива налази пред судом.

Дужност сведочења у себи обухвата следеће:

1. Дужност сведока, да предстане иследнику или суду који га позива.

Да би сведок могао одговорити овој својој првој дужности, он мора бити уредно позван. Позив је налог управљен једном лицу, да у извесно време и на извесно место дође у циљу саслушања. Позив је по правилу писмен, а може бити и усмен у случајевима у којима се покаже по-

годним, н. пр. због краткоће времена, или кад иследник одлажући какву своју радњу усмено саспштава присутним сведоцима да дођу у које друго тачно одређено време. Усмен позив треба избегавати где је могуће због тешкоће доказивања да је уредно достављен, од чега зависи употреба принудних средстава. Садржај позива прописује § 97 крив. пост. Сваки позив мора садржати име и презиме сведока, време и место кад ће и где ће доћи, и, нарочито, законске последице изостанка. Да ли ће се предмет о коме се има сведок да саслуша и име обвиненог назначити у позиву, закон ништа не наређује. То зависи од оцене и нахођења власти која позива, али се препоручује, да се у генералној истрази не назначује ни једно ни друго. Позиву се морају одазвати како лица која се не смеју испитивати као сведоци тако и лица која се могу уздржати од сведочења.

Ко је дужан да позива сведоке, зависи од тога у коме се стадијуму они имају саслушавати. У генералној истрази сведоке позива иследник (§ 93 и 97), у прелазном поступку иследни судија (§ 183), а за главни претрес суд (четврти одељак §-а 188). Ако је иследник средња власт, то она добавља сведоке из свога среза непосредно. За сведоке из другог среза или из окружне вароши обраћа се дотичном средском или окружном начелнику (први одељак § 93). За сведоке из другог округа иследник шаље питања оној иследној власти, у чијем се подручју сведок налази с молбом, да сведока испита (други одељак § 93). Иследни судија и суд добављају сведоке из места суда непосредно, а из свога округа преко полицијске власти, а за испит сведока из другог округа обраћају се суду тога округа с потребним питањима и молбама за саслушање (§ 94). У важнијим случајевима како иследник тако и суд може тражити да им лично представе и сведок из другог округа. За сведоке у туђини иследник и суд обраћају се министру спољних послова с питањима, о којима ће сведока саслушати надлежне туђинске власти. Суд се обраћа министру непосредно, а ако је иследник полицијска власт, онда преко окружног начелника (§ 95). Позивање државних чиновника врши се преко надлежстава при

коме служе (§ 96), а позивање војних лица преко војних власти (§ 102).

Позив за сведока не ствара само дужност да у одређено време и на одређено место дође, већ и дужност да на томе месту остане све док му удаљавање не буде допуштено (§ 98 и последњи одељак §-а 205). Према томе, непослушан је како онај који се позиву не одазове тако и онај који се без допуштења удали.

Законик у другом одељку §-а 89 изречно прописује дужност сведока да на позив предстане иследнику и суду. Али и од овога правила има изузетака. Имају се у своје стану саслушати, према томе, нису дужни одазвати се позиву:

а) лица која због болести не могу доћи иследнику или суду (§ 89 одељак други). Ово исто вреди и за немоћна лица, н. пр. изнемогла од старости.

б) лица која из других важних узрока не могу доћи (§ 89 трећи одељак). Закон не набраја те друге „важне узроке“ према томе, да ли је један узрок важан, има зависити од оцене иследника или суда.

в) Краљица и наследник престола (§ 115 други одељак). Ове има испитати у двору или у месту задржавања председник суда. Закон, сем краљице и престолонаследника, не помиње и остале чланове краљевског дома, из чега излази да су они дужни одазвати се позиву. По, и ако они нису обухваћени законом, и према њима треба поступити као и према краљици и наследнику.

Из тога, што сва ова лица нису дужна одазвати се позиву, не може се извести да она не могу бити ни позивана. На против, и она могу бити позивана, само што позив овде значи достављање одређеног времена кад се имају саслушати, из чега за њих проистиче дужност да се не удаљавају из свога стана. Само владалац, који је кривично неодговоран, не може уопште бити ни позиван ни саслушаван (§ 115 други одељак).

2. Дужност сведока, да усмено исказаже пред иследником или судом све што зна о предмету саслушања. Писмену сведошћу може сведок дати само ако је нем или гдув (§ 106).

Сведок није, међутим, дужан да даје суд о својим опажањима, нити утиске које су на њега учинила његова опа-

жања. Хоће ли то сведок учинити, зависи од његове воље, јер је давање мишљења о појединим чињеницама дужност суда и вештака. Тако исто сведок није дужан да се ван суда нарочито и ближе информира о предмету сведочења, нити да иследнику или суду спрема нарочити пртеж или извод. Међутим дужност је сведока, да лица и ствари које му се покажу позна, а тако исто и да на лицу места означи предмете на које се његова сведодба односи (§ 108). Исто тако је дужност сведока да се суочи с оптуженим, вештацима или другим сведонима (§§ 109, 153).

3. Дужност сведока, да се на свој исказ закуне (§ 113).

И. Да одиста постоји законска дужност сведочења види се по томе, што је закон као правну последицу неиспуњења те дужности прописује принудне мере и казне. Односно овога законодавства се међу собом разликују у толико, што једна за непослушног сведока прописују само принудна средства, друга само казне, и, најзад, трећа прописују како принудна средства тако и казне (меновити систем и, пр. у Немачкој). Наш је законик за непослушног сведока усвојио и принудна средства и казне (меновити систем и, пр. у Немачкој). Наш је законик за непослушног сведока усвојио и принудна средства и казне, по и ове више сматра као принудна средства. Која ће се од законских мера у поједином случају применити, зависи од тога, да ли је у питању неодрживање на уредан позив или уздржавање од сведочења и полагања заклетве.

1. Неодрживање на уредан позив повлачи за собом по § 99 осуду непослушног сведока на плаћање трошкова проузрокованих његовим изостанком. У ове трошкове долазе поглавито трошкови услед одлагања предузимања какве иследничке радње, одлагања главног претреса и др., као и трошкови око довођења сведока.

Поред осуде на плаћање трошкова, непослушни сведок има се осудити и на новчану казну од једног до пет талира. Ова се казна има изрећи и онда кад се констатује, да та сведодба није од значаја, као и онда, кад странке изјављују да не траже испитивање сведока. И плаћање трошкова и новчана казна јесу обавезне казне.

Најзад, према сведоку који се на уредан позив није одазвао може се факултативно као принудно средство упо-

Важним је мера давати одговоре, сведок мора

требити и принудно довођење на које је сведок упозорен у позиву који му је достављен.

На ове се казне има осудити не само сведок који на позив није дошао, већ и онај који се без допуштења удали, јер дужност одазивања на позив у себи садржи и дужност сведока да остане на месту док иследник или председник суда не допусти удаљавање (§§ 98 и 205 последња одељак).

Ове ће се мере моћи предузети само према непослушном сведоку. Непослушан је сведок онај, који је примио уредан позив у смислу § 97 а није свој изостанак оправдао, или који се без допуштења удалио. Иследник или суд је позван да цени, да ли је за извинење довољан основ који је сведок навео. Тако и, пр. не би био довољан основ за извинење то, што је сведок држао да је по закону ослобођен од дужности сведочења. Да ли ће се која од поменутих мера употребити, има у генералној истрази да цени иследник, у прелазном поступку иследни судија, а на главном претресу суд. Одлука којом се изричу ове мере јесте решете, које је одмах и извршно. Осуда има части у случају кад се касније докаже извиневајући основ.

Наш закон ништа не вели, ко ће изрицати казне кад је сведок војник. Несумњиво је, да се и ти случајеви имају расправити аналого другом одељку §-а 100, т. ј. војнику има изрећи казне његова војна власт а на молбу иследника или суда.

2. Према сведоку који се без оправдана разлога уздржи од сведочења или од полагања заклетве, т. ј. који неће да сведочи или да положи заклетву, имају се употребити само принудне мере (§ 100). Према томе, сведок који неће да сведочи или неће да положи заклетву не осуђује се по нашем закону на казну, већ се само принуђава на сведочење и полагање заклетве. Средства којим се сведок принуђава јесте притвор.

На притвор ће се осудити не само сведок који уопште без оправдана разлога неће да сведочи већ и онај, који на поједина питања неће да одговара. Ако сведок наводи какав разлог са кога неће да сведочи или да се закуне, иследник или суд је дужан да тај разлог узме у оцену, и сведока ће

осудити на притвор само тада ако то није један од законских разлога. У сваком случају иследник или суд дужан је пре осуде сведоку да саопшти да је његов разлог неоснован. Ако сведок не наводи никакав разлог, онда је иследник или суд дужан претходно сведока да упозори на дужност сведочења и на последице несведочења, па ако сведок и после тога неће да сведочи или да се закуне, тек тада се има изрећи притвор. Има се узети да сведок неће да сведочи и онда, кад никакав одговор не даје, т. ј. кад просто ћути. Међутим, кад сведок изјави да не зна ништа да сведочи о ствари, или да није ништа опазио, то се има узети као сведочења. Разуме се, ако би противно био случај, да би имали лакшу сведочењу.

Наш закон није у свима случајевима одредио максимум притвора, јер га је одредио само у случају кад га суд изриче, а није га одредио кад га иследник изриче. Како о свему овоме говори један закон (§ 100), то се има узети да ни притвор који иследник изриче не може бити дужи од притвора који суд може изрећи, т. ј. шест недеља. Колики ће баш у поједином случају бити притвор, зависи од оцене иследника или суда. Ако је притвор достигао максимум, онда се он више не може изрицати сведоку у истој кривичној ствари.

Речено је, да притвор овде није казна већ принудна мера, којом се сведок принуђава на сведочење или полагање заклетве. Према томе, притвор, као принудна мера, има престати чим сведок искаже сведочењу или положи заклетву. Тако исто притвор има престати и онда кад се кривично поступање заврши, јер је у том случају отпао разлог са кога је притвор наређен.

Одлука којом се изриче притвор није пресуда него решење, које је извршно.¹⁾

¹⁾ Погрешно је мишљење г. Д. С. Калајића да ово решење није извршно, (Политички Гласник бр. 35. од 1907.). Притвор о коме говори чл. 9. Устава, на који се позвао г. Калајић, нема никакве везе с притвором из § 100 кр. п. Правна природа та два притвора је различита, јер док је овај притвор средство којим се има да обезбеди присуство обвиненог у поступку, притвор кога

Ако је сведок војник, па неће да сведочи или да се закуне, онда га на то има притвором принудити његова војна власт, којој се иследник или суд има с молбом да обрати.

И овде закон допушта да сведок поред притвора може бити осуђен и на плаћање трошкова, који би били причињени услед одлагања главног претреса.

У науци је доста спорно питање о правном карактеру притвора и новчане казне, о којима је било речи под 1 и 2. Као тачно се узима мишљење, по коме ни притвор ни новчана казна нису кривичне казне, јер су ове увек несане за кривично дело. Притвор је овде казна принуда (извршна принуда), којом се хоће сведок да вагна на испуњење дужности сведочења. Новчана казна је, опет, *испунна казна* (Ordnungsstrafe), на коју се сведок казни због *парушења реда у кривичном поступању*. Кад би притвор и новчана казна биле праве кривичне казне (Kriminalstrafen), онда би неодазивање на позив и несведочење морали бити преступи, онда би се на њих имале применити све одредбе казног законика, који се односе на преступе, као и одредбе законика о поступку. Међутим то закон није хтео што се јасно види из §§ 99 и 100 кр. п.

§ 30.

Ослобођење од дужности сведочења.

Правило, по коме је сваки дужан да на позив иследника или суда сведочи, немогуће је увек правилно остварити. Јер, ако се од овога правила не би допустили никакви изузетци, дошло би се у много случајева до сукоба између дужности сведочења и других оправданих интереса сведокових, о којима законодавац мора водити рачуна. Имајући у виду овај тежак положај сведока, законодавац је, у интересу кривичног правосуђа, учинио изузетак од опште

је отворена кривична истрага, док је овај притвор казна принуда којом се хоће од сведока да издејствује предузимање једне радње: сведочење или полагање заклетве.

дужности сведочења, т. ј. ослободио је извесна лица од ове дужности.

Према § 92 ^{там са 43} од дужности сведочења ослобођени су:

1. Лица, која су с окривљеним везана родбинским везама или другим нејним осећајима. Овамо долазе: брачни друг окривљеников, рођаци по крви у усходећој или нисходећој правој линији до ког било степена, а у побочној линији до четвртог степена, а по тазбини до трећег степена; лица која су с повређеним или окривљеним у задрузи; кум, тотор, поочим, хранилац и храњеник повређеног, оштећеног или окривљеног.

Набрајање ових лица је таксативно, што значи да се ово ослобођење не може да распростре ни на каквог рођака више. Према овоме за веренике постоји дужност сведочења. Пошто закон овде не искључује ванбрачно сродство, то се има узети да је оно изједначено с брачним. Супрузи и рођаци по тазбини ослобођени су дужности сведочења и онда, кад брак више не постоји било услед смрти једног супруга било услед развода брака.

Једно од поменутих лица може се уздржати од сведочења и онда, кад су заједно с његовим рођаком оптужена и друга лица, која нису његови рођаци. Само у случају, кад би један од оптужених neroђака био оптужен сам још за које друго дело, сведок се не би могао ослободити сведочења.

2. Лица која с окривљеним стоје у односу повериоца и дужника.

Ова лица није требало ослобођавати од дужности сведочења, јер ако је сведок поверилац или дужник окривљеног, то не значи да је он тим односом доведен у неприлику и да треба остављати њему на вољу, хоће ли сведочити или не.

3. Лица која су с окривљеним у доказаном непријатељству.

И за ова лица вреди оно исто, што је речено и за лица под 2, т. ј. ни она нису требала бити ослобођена од дужности сведочења.

4. Брашноци окривљеног о ономе, што им је окривљени као таквима у циљу одбране поверио.

Дужност брашноца је таква, да је он може испунити само тако, ако му окривљени често повери и своје тајне, а овај ће, опет, то учинити, ако се не боји да ће из тога проузвићи каква штета по њега. Сам положај, дакле, који брашноцац у поступку заузима, оправдава његово ослобођење од дужности сведочења.

Сва до сад поменута лица ослобођена су само од дужности сведочења; према томе, и она се морају одазвати позиву иследника или суда. Неодазивање на позив повлачи за собом законске принудне мере и казне. Исто су тако ова лица дужна давати одговоре на општа питања, којима је циљ утврђивање идентичности сведока и његових односа према окривљеном. Дужна су, дакле, према првом одељку § 107 казати: име и презиме, место рођења и живљења, старост, занимање, однос према окривљеном и оштећеном. Ово је потребно стога, што се тек после одговора на општа питања да видети, да ли се сведок може уздржати од сведочења или не.

Закон наређује, да се сведоку, коме је допуштено уздржавање од сведочења, усмено каже да му закон даје то право. То поучавање мора бити тако јасно, да сведок види да само од његове воље зависи хоће ли сведочити или не. После овога од сведока се има тражити изречан и јасан одговор, хоће ли сведочити или не. Како поучавање сведока, тако и његов одговор мора се ставити у протоко; у противном сведочења ће бити без вредности. Тако исто ће сведочења бити без вредности и онда кад је иследник или суд пропустио сведока да поучи, што се јасно види из последњег одељка § 92. Таква сведочења сматра се као и да не постоји; према томе не може бити ни прочитана на главном претресу. Међутим, она ће вредети ако сведок изјави касније, да би исту сведочења дао и кад би му било речено да не мора сведочити.

Сведок, који се одрекао свога права, т. ј. који је изјавио да хоће да сведочи, може приликом каснијег испитивања одустати од одрицања (§ 207 други одељак).

Докле је наш законодавац ослободио од дужности сведочења само ова лица, докле неки туђински законодавци

кажњак и процес

сасвим с разлогом ослобођавају још нека лица и то или сасвим или само од одговора на извесна питања. Аустријски је закон у томе најпотпунији. Он у § 153 допушта сведоку да се уздржи од сведочења сасвим или само на поједино питања, ако би из сведочења или из одговора на поједино питање могла за њега настати знатна и осетна имовинска штета, н. пр. ако би морао открити какву своју трговачку тајну, или ако би то њему или коме од његових ближњих сродника нашло какву срамоту. Само је ово право сведоково условно, т. ј. сведок се може у овим случајевима уздржати, ако није у питању какво важно кривично дело. Овако би наређење требао и наш законодавац да донесе.

§ 31.

Испит сведока.

За испит сведока важе ова правила:

1. У генералној истрази сведок се испитује у присуству иследника, деловође и два присутна грађанина. Сваки се сведок испитује понаособ (§ 104). Према овоме, сведок не сме бити испитиван нити у присуству странака, нити у присуству сведока који се тек има да испитује, нити се, пак, испитани сведок сме састати с другим сведоцима пре него што и они буду испитани. Оваким одвојеним испитом сведока хоће се да избегне свако утицање на сведока, које долази и од самог присуства других лица, и да се на тај начин обезбеди самостална изјава сведокова. Јер, кад се две сведочења подударају и слажу међу собом, много ће већу вредност оне имати, ако је свака од њих самостална. Такве две сведочења по § 229 биће потпун доказ за чињеницу на коју се односе. Па и за теорију слободног судијског уверења та је сагласност од значаја, јер ће судија пре доћи до уверења о истинитости једне чињенице кад се две или више независних сведочења слажу.

И новија законодавства искључују јавност приликом испита сведока у генералној истрази и наређују појединачно

испитивање. Изузетак чине нека законодавства, као н. пр. француско, која допуштају да бранилац обвиненог може присуствовати испиту сведока. Најновији покрет за реформу Кривичног Поступка иде за тим, да се генерална истрага што више упрости, да буде бржа, непосреднија и јавна. Само је све ово још предмет научног проучавања, а до стварних пројеката се још није дошло.

За нас би могло бити од значаја питање: да ли може бранилац обвиненог присуствовати испиту сведока? И овде има с малом изменом да вреди исто, што је речено о присуству бранноца испиту обвиненог у примедби 2 на стр. 235. Несумњиво је, да нико не може бити начелно противан најширој јавности чак и за целу генералну истрагу, јер је јавност одиста јака гаранција за правилност истраге, а често и погодно средство за проналажење истине. Али, поред свега тога, јавност се не може узети као правило, које треба да усвоје сви законодавци. Хоће ли генерална истрага бити јавна или не, зависи од много разних околности, које нису код свих народа истоветне. Законодавац може зауставити јавност само тако, ако је извесно да ће од ње бити користи а никакво штете. То исто вреди и за присуство бранноца приликом испита обвиненог, сведока и других лица. Моје је мишљење, да би у нас више штете не користило било, кад би се бранноцу допустило да присуствује испиту обвиненог и сведока. Штета би долазила услед злоупотребе од стране бранилаца тако, да се то не би дало више поправити. Међутим много је мања штета од неприсуствовања него корист од присуствовања бранноца, јер окривљени има још увек времена, нарочито на главном претресу, да се послужи бранноцем и да поправи све што је у генералној истрази рђаво урађено, пошто је по теорији слободног судијског уверења за суд меродавно само оно што се на главном претресу уради. Кад, дакле, интерес обвиненог, да његов бранилац присуствује испиту сведока, дође у сукоб с интересом истраге, онда мањи интерес треба да се жртвује већем. У нас је интерес истраге већи интерес, јер обвинени има прилике да и касније своје интересе заштити, те стога не треба ни допустити да бранилац присуствује испиту сведока. Само је

ипак потребно што више водити рачуна и о интересима об-
вињеног. С обзиром на процесни положај обвињеног, њему
треба допустити да се може послужити браниоцем приликом
предузимања сваке радње у поступку, па било то у гене-
ралној било у специјалној истрази. Како окривљени у спе-
цијалној истрази може неограничено имати браниоца, то му
у генералној истрази треба допустити да се послужи бра-
ниоцем само приликом предузимања ових радња, које се
касније т. ј. у специјалној истрази или не могу никако об-
новити или је вероватно да се неће моћи обновити. Главно
је овде: не оставити ниједну радњу, а да се окривљени при-
ликом њеног предузимања не послужи браниоцем. Према
овоме, браниоцу треба увек допустити у генералној истрази,
пored употребе правних средстава на одлуке иследничове,
и присуствовање увиђају и вештачењу. Међутим не и испиту
обвињеног, јер је испит обвињеног радња, која се мора об-
новити на главном претресу, када оптужени има браниоца.
Исто има да вреди и за сведока с тим изузетком, што бра-
ниоцу треба допустити присуствовање испиту сведока само
онда, кад је извесно или кад се сумња, да ће сведок на
главном претресу моћи бити саслушан, н. пр. услед тешке
болести, услед старости не може да дође и т. д. Тако треба
разумети чл. 153 Устава и у томе смислу учинити измене у
законику о кривичном поступку.

И на главном претресу сведоци се испитују понаособ,
али у присуству странака и браниоца оптуженог. Ако би који
од сведока био међу слушаоцима у судници, и чуо саслу-
шавање других сведока, то ипак не значи, да он неће моћи
бити саслушан или да ће његова сведочења бити без вредности.
Таква сведочења може само имати мању вредност, што ће за-
висити од оцене суда.

2. Испит сведока по правилу је усмен (§ 104 други
одељак). Изузетак чине само нем. По првом одељку §-а 106,
ако је сведок нем а зна писати, одговараће на питања пи-
смено. Ако ли је глувонем, а зна писати, онда му се и пи-
тања имају писмено постављати; ако ли је, пак, само глув,
а читати и говорити може, онда му се питања имају пи-
смено постављати, на које је он дужан давати усмен одговор.

Ако ли глув или нем не зна читати и писати, испит се так-
вог сведока има вршити преко заклетог тумача. Као тумач
може се употребити лице за које се зна, да је вично у спо-
разумевању о глувонемима. Испит оваквих сведока мора се
вршити врло обазриво. Питања се морају постављати зна-
цима тако да су кратка и јасна. Ако је одговор сведока од
важности, то од њега треба тражити да га више пута по-
нови, док не буде сасвим јасно шта сведок мисли. Ради
што поузданијег одговора, треба глувонемог одвести и на
лице места и ту му показати предмет или лице о коме
сведочи.

Преко тумача се има сведок испитати и онда, кад овај
не зна српски говорити. За тумача се узима лице које зна
језик сведока. Ако иследник или деловођа или који од су-
дија знају језик сведока, онда ће се испит вршити преко њих;
тек ако они не знају језик сведока, има се узети друго лице
за тумача, који је дужан испит да потврди својим потписом
пored потписа сведока (§ 105). Пре испита тумач мора бити
заклет. Одвсно правног положаја тумача подељена су ми-
шљења. Правилно је мишљење, по коме се тумач сматра као
вештак, па се, према томе, на њега примењују аналого и све
законске одредбе о вештацима.

3. Закон наређује иследнику и суду, да сведока непо-
средно пре испита ономеу, да о свему што питао буде са-
весно и саму истину покаже, и да ништа не прећути што
му је познато о ствари за коју се пита (§ 103). Потребно је,
сем овога, сведока опоменути и на то, да ће се на свој исказ
заклети. Иследник или суд дужан је сведока да опомене у
форми која одговара узрасту, положају, карактеру и васпи-
тању сведоковом.

4. После овога настаје прави испит. Ту се у главном
не разликују нови или реформирани поступци од старих,
инквизиторских поступака. Тако исто нема разлике у на-
чину испита сведока у генералној истрази и на главном
претресу.

Стога закон и не садржи одредбе о томе, како ће се
сведок испитивати на главном претресу, што значи да се
има саслушавати онако исто као и у генералној истрази од

стране иследника. Сва ова разлика састоји у томе, што су испити на главном претресу детаљнији и опширнији. Уопште, законик има мало одредаба о начину испитивања. Он претходно оставља наметном нахођењу иследника или суда, да према индивидуалности сведока одређују и начин испитивања.

Испит отпочиње постављањем питања. Та су питања двојака: општа и специјална питања.

Општим питањима је циљ, да се утврди идентичност сведока, односи његови према странкама, и његов ранији живот. Према томе у општа питања улази питање о имену и презимену, месту рођења и живљења, занимање и старост; затим питање о односима с окривљеним и приватним тужиоцем, и, најзад, је ли пре тога био за што осуђиван (§ 107 први одељак). Ова питања нису од малог значаја, јер од њиховог одговора у многоме зависи, колка ће се вера поклонити исказу сведока. На ова питања морају одговорити сви сведоци без обзира на то, да ли је сведок неспособан или је ослобођен од дужности сведочења. Ако иследник сведока добро познаје лично, не себи се разуме, да му не мора стављати и питања о ономе, што му је познато, као н. пр. име, занимање и др., већ те одговоре може одмах ставити у протоко.

После општих постављају се специјална питања, или отпочиње испит о самом предмету. Закон (§ 107 други одељак) одређује, да сведока треба најпре пустити, да сам исприча све што је њему о предмету познато. То значи, да сведоку претходно треба поставити питање тако, да он уопште сазна предмет о коме има да сведочи, и да то њему буде повољно да покаже све што о томе предмету зна. Тек после овога ако сведок или не зна у вези да прича, или је нејасан или неразговоран, или има празнина, или противречности, иследник је дужан сведоку да поставља даља питања, којима је циљ да се ове мане и недостатци отклоне. Због нејасности и празнина може иследник одмах, чим их опази, да сведоку постави питање; међутим ако се примети противуречност код сведока, треба га пустити да све искаже и то записати у протоко, и после тога поставити му питање, коме је циљ отклањање те противречности.

О томе, која и како треба постављати питања сведоку, данас законодавци не прописују одређена правила. Ово је и немогуће учинити код многостручности случајева, јер би овако правило ометало иследника у раду. Стога, како ће питање иследник поставити, зависи у првом реду од циља, у коме се сведок испитује, за тим од тога да ли се с друге стране сазнало да је сведоку нешто познато а он је то изоставио рећи, као, најзад, и од самих одговора, јер се често из одговора сведоковог види какво му питање даље треба поставити. У осталом, односно форме и садржине питања, и овде вриде иста правила, постављена за испит обвиненог, т. ј. она морају бити јасна и одређена, морају тећи једна из других по природном реду догађаја; треба колико је год то могуће, да се односе само на по једну околност и да садрже само оно што је потребно. Капциозна питања се не смеју постављати, а сугестивна треба што је више могуће избегавати, јер код таквих питања суд нема довољно јемства, да ли сведок оно што је казао заснива на сопственом чулном опажању или на туђем утиску.

Закон (последњи одељак §-а 107) наређује, да се од сведока тражи да наведе и извор свога знања, ratio scientiae, т. ј. има се питати одкуда му је познато оно што сведочи. Овако ће се питање постављати онда, кад се из сведочења не види како је дошао до сазнања, да ли на основу непосредног чулног опажања, или по чувењу од других, или на основу закључака до којих је он дошао. Ако сведок тврди да је извесну чињеницу опазио, за коју постоји сумња да је ову под датим приликама могао опазити, онда то треба тачно испитати постављањем нарочитих питања, а по потреби и увиђајем. Ако, омет, сведок тврди да ништа не зна о предмету, и ако то његово тврђење изгледа невероватно, дужан је иследник да испита, да ли би сведок, с обзиром на место, време као и друге прилике, морао опазити чињеницу која је у питању, да је се она одиста догодила.¹⁾

5. Често пута није довољно да сведок само изјави све што зна о предмету, за који се пита, већ је потребно и да

позна или гносцира лица и ствари које му се поднесу. Агносција се обично врши после сведочења и то у циљу, да се види, да ли је лице или ствар одиста баш она на коју се односно и исказ сведока. Агносција се може тражити и онда, кад се треба да позна један непознати нађени предмет, н. пр. леш човечији. Агносцију треба предузимати врло опрезно тако, да је извесно да је сведок познао онај предмет на који се његова сведоштво односила. Као гаранцију за то, закон (§ 108) тражи, да сведок лице или ствар, пре него што му се покаже, тачно опише и да наведе нарочите знаке разликовања, па тек после да му се лице или ствар покажује ради познавања.

6. Ако се показ сведока не слаже с исказом окривљеног, онда се као средство за отклањање тога неслагања употребава суочење (confrontation) (§§ 109 и 153). Суочење је, према томе, средство за проналажење истине, јер се сматра, да неко, који је сам иза леђа другогме казао неистину, не може то њему рећи и у очи.

Закон допушта суочење само тада, кад се искази сведока не слажу „у главним тачкама“, т. ј. у околностима које су од значаја за решење кривичне ствари, као што су н. пр. битна обележја кривичног дела, докази, олакшавне и отежљивне околности и др.

Суочењу не треба приступити одмах чим се примети противречност између исказа два или више сведока, већ треба најпре сведока уозорити да његов исказ противречи исказу другог сведока, па ако сведок и после тога остаје при свом исказу, тек тада треба приступити суочењу. Суочење се увек врши пре заклетве. Не треба суочавати никад више од два сведока, изузев случајеве у којима последник или суд нађе да је и суочење више сведока уједаред неопходно потребно.

Суочење се врши на тај начин, што се сведоцима, који један према другом стоје, постављају питања али тако, да се свако питање односи на по једну околност, о којој се њихови искази не слажу, тражећи од њих да се о томе из-

¹⁾ Дезиницију суочења види раније стр. 244.

*Грди сведок каже да је одговором сведока
ликом и дугом: ножем.*

јасне. Свеједно је, који ће сведок први одговарати. Иследник или судија може тражити од сведока, који се суочавају, да више пута понове своје изјаве, док се несагласност или неотклони, или док не буде јасно да она и даље остаје. Грдње и увреде при суочењу се не смеју допустити. Иследник не треба да нагиње ниједној страни, нити да да приметити, да он изјаву једног сведока сматра за вероватнију.²⁾

Ако се суочење врши у генералној истрази, онда се о њему има да направи нарочити протоко; ако ли се, пак, врши на главном претресу, онда оно улази у протоко претреса. И у једном и у другом протоколу одговоре једног сведока треба писати сиром одговора другогме. Питања, која се сведоцима постављају, пишу се преко целог табака.

7. За сваки испит иследник је дужан да начини протоко, који се пише на половини преврћена табака (§ 110). У почетку протокола назначује се дан, кад је испит вршен и место где је вршен. На левој половини табака стављају се питања а на десној одговори. Питање и одговоре треба редом означавати једним истим бројем. Одговори се имају писати колико је могуће речима самог сведока, и то само оно што је од значаја. Стога треба провинцијализме и друге непознате изразе задржати и ставити у протоко. Одговоре треба писати не у трећем већ у првом лицу. Сведоку се може допустити да и сам свој исказ диктира.

Сваки се испит сведоку има прочитати, па ако би он имао што приметити, то ће се на крају протокола додати, а никако се не сме брисати или преицтовати оно што је већ написано.

Протоко испита потписује сведок. Ако испит износи више табака, он потписује и сваки табак. Сведока, који не зна писати, потписује један од присутника; ако ни присутници не знају писати, онда ће и сведока и ове потписати друго лице пољудне власти, а сведок ће ударити крст поред свог имена. Сем сведока, протоко потписују присутници и иследник с деловођом (§ 110).

²⁾ Ruff, Commentar 223.

Испит сведока на главном претресу започује се у протоку претреса, који он такође потписује, изузев испита у поротном суђењу.

§. 32.

Заклетва сведока.

I. Да ли је исказ ма кога лица, па и сведока, истинит, поглавито зависи од моралних особина тога лица. Али, како судија у највише случајева не зна каквих је моралних особина сведок, да би могао поверовати у истинитост исказа, то, као и сваки други у обичном животу, претпоставља да сведок говори истину. Докле се ми у обичном животу задовољавамо овом општом претпоставком, дотле се судија у кривичном поступку њома не може да задовољи. Исказ сведока од већег је значаја, јер служи као основица судској пресуди, те стога морају бити дате и веће гаранције за истинитост сведоковог исказа. Та већа гаранција налази се у заклетви сведока, т. ј. у позивању на Бога као сведока да је одиста све онако као што је исказано. Заклетва је, дакле, средство, којим се појачава она општа претпоставка, да људи говоре истину, — средство које налази свој основ у религији. Сматра се, да су морална снага, колико је код сведока има, и религиозни осећаји довољно јаки, да сведока уздрже да не говори неистину.

Дужност сведока да се на свој исказ зауне постављају као законско правило сва законодавства. У овоме нема разлике између старих са законском теоријом доказа, и нових са слободним судијским уверењем.

II. Само, од правила да се сваки сведок има да зауне, има и изузетака. Сви законодавци, и стари и нови, постављају изузетке, у којима се сведоку не допушта заклетва. И ако су главнији основи који сведока чине неспособним за заклетву готово једнаки у свима законодавствима, ипак се у неколико стара разликују од реформираних. Та се разлика огледа прво у томе, што се реформирана законодавства ограничавају на мали број изузетака у којима се не допушта

заклетва, док стара законодавства знају за више тих изузетака, — а за тим у томе, што се реформирана законодавства ограничавају само на извесан број абсоlutних основа, који сведока чине неспособним за заклетву, док стара законодавства поред абсоlutних постављају и релативне основе, т. ј. такве који заклетву сведока чине сумњивом тако, да заклетва има изостати увек, над суд нађе да је сумња основана.

Наш законик спада у старије, јер, поред законске теорије доказа која се у њему налази, он и ово питање о неспособности за заклетву регулише онако, како су то регулисала сва стара законодавства, т. ј. и он поред абсоlutних поставља и релативне основе за неспособност полагања заклетве, те према томе зна за велики број изузетака у којима се сведоци не заклинају.

1. Случајеве абсоlutне неспособности за заклетву предвиђа § 114. По том закону неће се заклинаћи:

а) Лица која су у позрењу, да су сама извршила или бар учествовала у истом делу, ради кога се испитују (т. 1 § 114); *тј. ако се судија о томе не би одлучио.*

У позрењу је да је учинио кривично дело не само онај, који је стављен под суд или противу кога је отворена кривична истрага, већ и сваки онај који је као сумњив позван на саслушање. Кривично дело због кога се испитује лице може бити како злочин, тако и преступ и иступ.

Под учествовањем у кривичном делу разуме се суделовање у најширем смислу. Сведок, дакле, и као савиновник, подстрекач, помагач, подржавач и прикривач мора бити у позрењу да је као такав у делу учествовао, па да му се не допусти заклетва.

Чим је позрење отадољено, сведок је способан за заклетву. Према томе, ако је према једном од учесника прекинута истрага, или ако је уништен основ који га је чинио сумњив, то ће се он на свој исказ заклетви, и према другим окривљењима јавиће се као способан сведок.

б) Лица која су:

за) под истрагом због злочина или због бешчасних престоупа или иступа (т. 2. § 114); или

«Закон забрањује заклетву и заклинање ако је починена нека брданост»

бб) која су пресудом лишена грађанске части, а ова им још није повраћена (т. 2 § 114).

Лица под а и б искључена су као правно неспособна за заклетву.

в) Лица која у часу опажања чињеница које су предмет сведочења нису још навршила шеснаесту годину живота (т. 3 § 114).

Овде је одлучно време опажања а не време испита, и ако се у т. 3 § 114 вели да се неће закљичати лица која у време испита не буду навршила шеснаест година. Јер из друге реченице ове тачке јасно се види да се неће моћи заклетви ни онај који је напунио шеснаест година у часу испита, ако само није имао шеснаест година у тренутку опажања.

г.) Лица која су слабог разума и која нису при чистој свести (т. 4 § 114).

Лица која нису при себи по § 91 (т. 3) не смеју се ни испитивати као сведоци. Ако ли се то покаже тек у току испита, то се испит има прекинути и о заклетви не може бити ни речи. Сем ових, не смеју се закљичати ни она лица, која, ипак, нису душевно болесна тако да нису у стању да кажу истину, већ су само слабог разума, т. ј. која врло тешко могу да опажају и да памте тако да се њиховом исказу не може поклонити вери. Исто тако не могу се заклетви ни лица, која за време заклетве не би била при чистој свести, и ако су она била потпуно здрава приликом опажања, н. пр. нашата лица или лица која су у тренутку закљичања јако оболела, да се не може држати да су она потпуно свесна онога што заклетвом имају да потврде.

Лица под 3 и 4 искључена су као фактички неспособна за заклетву.

д) Лица која с окривљеним, *против кога сведоче*, живе у великом непријатељству (т. 5 § 114).

Није, дакле, довољно обично непријатељство, као н. пр. породичне свађе, размирице и нерасположење, већ веће непријатељство, из кога се може с основом извести да ће сведок неистину казати. Из тога, што је сведок у каквом спору с окривљеним, или што је био зостављен од окривљеног,

не може се извести да је он и сумњив сведок, и да му стога не треба допустити заклетву.

Суд у сваком конкретном случају треба како с обзиром на личност сведока тако и с обзиром на све остале околности да оцени, да ли је непријатељство такво да сведоку не може поверовати.

Има законодаваца, као н. пр. немачки, који непријатељство не сматрају основом за забрану заклетве. Ово је сасвим основано, јер од слободне оцене суда зависи, хоће ли и колику ће доказну вредност придати и сведоци на коју се сведок заклео.

ђ) Лица која су на испиту навела *важне* чињенице, за које је доказано да су неистините, а не могу доказати да су то из пометње учинила (т. 6 § 114).

Да се сведоку са овога основа забрани заклетва потребно је ово:

аа) Да је сведок неистинито навео важне чињенице. Важне су чињенице оне, које су од утицаја на постојање и квалификацију дела или на важност окривљеног, као н. пр. да је украђена ствар била закључана, или да се окривљени нарочито спремао на извршење дела и т. д. Да ли је једна чињеница важна или неважна одлучује суд, јер се с обзиром на разноврсност случајева не може поставити једно опште правило.

бб) Да су наведене чињенице или околности неистините, т. ј. да је њихова неистинитост несумњивим доказима утврђена.

вв) Да сведок није могао показати, да је то учинио из пометње, из заблуде. Закон не тражи потпун доказ за постојање заблуде, већ само да се заблуда доведе до вероватноће, стога је и употребно израз „показати“ а не „доказати“.

На све ове основе, са којих сведок не сме бити заклет, суд има да назива *по службеној дужности*. Ако би се десило, да буде заклето лице које се не сме заклетви, то заклетва неће вредети (први одељак § 114). Не уништава се, дакле, цео поступак, нити сведоштво, већ се само сматра као да заклетве није ни било, те се стога таква сведоштва не може у доказној вредности изједначити са заклетом сведоштва.

2. Случајеве релативне неспособности предвиђа § 112 у другом и трећем одељку.

Сем лица која се апсолутно не могу заклетити (§ 114), неће се закљивати према § 112 још и ови сведоци:

а) Лица противу којих би постојала основана сумња, да њихов исказ, ма и под заклетвом био, не одговара истини (трећи одељак § 112). Ова лица нису апсолутно већ релативно неспособна, јер закон наређује, да се таква лица касније могу заклетити, ако се сумња буде отклонила. Ове сумњаве сведоке не треба помешати са неспособним сведоцима за заклетву ма из које тачке § 114. Да ли противу једног сведока постоји основана сумња, да његов исказ не одговара истини, зависи само од оцене суда. Суд је дужан у протокоду да назначи, зашто сведока сматра сумњивим. О томе, који су сведоци сумњиви, види касније § 34 под 2.

б) Неће се заклетити ни они сведоци чији су искази без сваког значаја (други одељак § 112). Суд је, према овоме, дужан да оцењује сваку сведоцбу, и да не допусти заклетву чим из садржине сведоцбе нађе да она није од важности за кривичну ствар, т. ј. да ни у колико не доприноси њеном решењу. Само у једном случају допушта закон, да се закуне и онај сведок, чија је сведоцба без сваког значаја, а то је, кад суд с основном држи да сведок зна о ствари сведочити, али неће да каже оно што зна (други одељак § 112). У овом случају заклетва служи као средство, којим се сведок, ако што зна, има да наведе да то и каже. Да се од оваког сведока тражи заклетва, потребно је прво, да суд има разлога или основа да посумња у истинитост његовог исказа, да ништа ближе не зна, и, друго, да се, с обзиром на личност сведокову, може узети да ће он казати све што зна кад се од њега тражи заклетва. Суд, дакле, треба пажљиво овде да поступа, да не би долазило до лажних заклетви.

Речено је раније, да реформирана законодавства не знају за релативну неспособност сведока за заклетву, већ само за апсолутну и то у врло ограниченој мери. Овако решење потпуно одговара начелима реформираног поступка, а нарочито начелу слободног судијског уверења, као и начелима усмености и непосредности. Јер, ако би се допустили и основи

— за релативну неспособност, то значи, да би суд имао после сваке сведоцбе да оцењује и решава, да ли је она сумњива и да ли доприноси решењу кривичне ствари или не, па да, према томе, допушта или забрањује заклетву. Овакав рад не само да би отегао поступањ, него би могао изазвати и неправилне одлуке, јер суд није увек у стању одмах после испита сведока да оцени, да ли је његов испит од важности или не, јер се то понекад може видети тек кад се узме у оцену све што је на претресу било.

Да је рђаво, што је наш законик усвојио и основе за релативну неспособност, види се из тога, што наши судови, по утврђеној пракси, закљиву све сведоке изузев оних из § 114, којима је заклетва забрањена.

III. Од велике је важности питање о времени заклетве. Ово питање, опет, садржи у себи два потпитања: прво, у ком се стадијуму поступка има сведок заклетити? и, друго, кад се сведок има заклетити, пре или после испита?

I. Питање о стадијуму поступка у коме се сведок има заклетити законодавци решавају различито. У овоме се битно разликују реформирана законодавства с начелом слободног судијског уверења, усмености и непосредности, од старијих законодавства с истражним начелом и теоријом законских принудних доказа.

Сви реформирани кривични поступци наређују, да се сведок по правилу закљиве на главном претресу, а само по изузетку у генералној истрази. Закљивање на главном претресу потпуно одговара поменутих начелима реформираног поступка, јер је у њему главни претрес најважнији стадијум у коме се имају да прикупе сви докази за доношење пресуде. Суд може за основицу својој пресуди узети само оне доказе који су усмено и непосредно на главном претресу изнети; према томе, као доказ може послужити само сведоцба дата на главном претресу, па онда и заклетва мора ту бити положена. Кад суд има да донесе своју одлуку по спом убеђењу, створеном на основу доказа, онда се сви ти докази морају пред њим прикупити; он треба и да види сведока и да га чује како кад сведочи, тако и кад се закљиве.

Генералној истрази је циљ само да припреми главни претрес, а не и да дефинитивно прибере доказе.

Другаче стоји ствар у законодавствима с истражним начелом и теоријом законских принудних доказа. У њима се сведоци по правилу заклинају у генералној истрази а не на главном претресу. Ово долази отуда, што у овим кривичним поступцима генералној истрази није циљ само да припреми главни претрес, већ да потпуно истражује и кривично дело и кривца, па, по томе, да истражује и утврђује и саме доказе. Главни претрес је само понављање онога што је у генералној истрази било, а никако није он главни стадијум у поступку. Између главног претреса и генералне истраге нема разлике односно прикупљања и важности доказа, јер се кривична одговорност оптуженог може потпуно утврдити и доказима прибављеним у генералној истрази.

Наш законик о кривичном поступку долази у другу групу законодавства, те се стога у њему налазе и све конзервативне истражног начела и теорије законских принудних доказа. И по њему се сведоци по правилу не заклинају на главном претресу, али не ни у генералној истрази, већ у прелазном поступку који почиње од стављања оптуженог под суд, и коме је циљ дослеђење и припрема за главни претрес. Закон у § 111 забрањује заклетву сведока у генералној истрази, и наређује да се они код суда закуну. На главном претресу се, међутим, имају заклетви само сведоци, на које се оптужени позвао пошто му је саопштена тужба државног тужиоца (§ 205 седми одељак). Све остале сведоке, испитане у генералној истрази, има, као што наређује § 183, да закуне иследни судија, коме је дужност да учини све што је за пресуђење дела потребно. *Последњи одбор у пракси се не брине*

И ако наш закон овако наређује, ипак се у пракси тако не прии. По утврђеној пракси, сведока не заклина иследни судија у прелазном поступку, већ суд на главном претресу. Овде је судска пракса, сасвим с разлогом, одступила од закона, јер су судови увидели да је, и поред законске теорије доказа, боље да суд и види и чује сведока на главном претресу.

Од правила, по коме се сведок не заклина у генералној истрази, закон допушта неке изузетке. По другом одељку

§ 111 сведок ће се заклетви у генералној истрази само онда, кад постоји бојаза да ће ма из којих узрока препречен бити да дође суду ради заклетве, или ако би била опасност у одлагању. Да ли постоји узрок који сведока спречава да дође суду или да ли је опасност у одлагању, зависи од оцене иследника, јер се сви ти узроци не даду набројати. Тако и, пр. болест може бити довољан узрок; да ли је болест таква да спречава сведока да дође суду, има иследник да реши на основу вештачког мишљења. Велика удаљеност од места суда такође може бити разлог за заклетву у генералној истрази. Сви ти случајеви представљају и опасност да се изгуби сведоштво, ако би се одлагало; такав би случај био нарочито, ако би се сведок иселjavaо из Србије за навек. Ове је изузетке, дакле, изазвала потреба, да се обезбеде докази, кад се сумња да сведок неће моћи доћи на главни претрес.

Сведок, који је заклет у генералној истрази, неће се више заклинавати, па макар и дошао на главни претрес и ту био понова испитан. Он се има само опоменути на већ положеном заклетву (§ 205 седми став).

Иследник је дужан у протокоду да назначи узрок са кога је сведок заклет у генералној истрази.

2. Питање о томе, да ли сведок треба да положи заклетву пре испита (промисорна заклетва) или после испита (асерторна заклетва) дуго је времена било врло спорно у науци. И данас су још мишљења подељена, и ако промисорна заклетва има више заступника. Наш законик је усвојио асерторну, јер у § 112 (први одељак) наређује, да се сведок има најпре испитати па тек после од њега узети заклетва. Законоводац није могао другаче ни наредити, јер чим је усвојио основе за релативну неспособност заклетве (други и трећи одељак § 112), онда се по себи разуме, да се сведок најпре мора испитати, па тек после заклетви, ако му је сведоштво од важности и ако се његовом исказу може веровати. Реформирана законодавства, међутим, усвојила су промисорну заклетву.

IV. Пре заклетве суд је дужан сведока још једаред запитати, има ли још што своме испиту додати или изменити. За овим мора сведока опоменути на светињу заклетве и на законске последице криводетства (§ 113). Суд ову опомену

не мора увек на један исти начин изрећи, већ с обзиром на личност сведока и на потребу. Пропуштање ове опомене не би представљало никакву законску повреду у томе смислу да се због тога може употребити правно средство.

Сваки сведок треба за себе да буде заклет, а само у изузетним случајевима више њих заједно. Наша је пракса у томе рђава, јер се увек обратило ради.

Односно форме саме заклетве, закон наређује да сведок мора пред судом изговорити заклетву која почиње са: „Заклињем се јединим Богом“ а завршава се са: „Тако мени Бог помогао“. Тексту заклетве нити сме бити што додато нити што изостављено. Она се мора изговорити онако како је закон прописао, и никакво се одступање не сме допустити. Заклетва се врши на тај начин, што сведок изговара текст заклетве, који председник суда чита. Сведоку, који је глуп, допустиће се да заклетву прочита. Хришћани при полагању заклетве полажу три прста на крст и јеванђеље, а нехришћани изговарају заклетву са подигнутом руком у вис (§ 113 последњи одељак).

V. Као год што је сведок дужан да сведочи, исто је тако дужан и да се закуне. Стога сведока који неће никако да се закуне, или неће у оној форми коју је закон прописао, постижу исте последице, које и сведока који неће да сведочи (§ 115 први одељак). Лица која су ослобођена од дужности сведочења, ослобођена су од дужности заклињања и онда, кад су драговољно сведочила.

§ 33.

Доказна снага сведочења.

Доказна снага сведочења почива на општој претпоставци, да људи говоре истину. Ми претпостављамо, да је оно, што неко тврди, да је својим чулима опазио, и истина, ако то по општим појмовима може бити истина, и ако немамо основа да посумњамо у способност сведока, да је могао нешто тачно

олазити, или у његову вољу, да је хтео истину казати.¹⁾ Да би сведочења могла имати доказне снаге, сведок, дакле, мора и да може и да хоће да каже истину, а сам тога, сведочења његова односно садржине мора бити вероватна.

О томе, колику ће доказну вредност судија придати појединој сведочењу и кад ће једну сведочењу узети као доказ, т. ј. кад ће сматрати да су испуњени услови за њену доказну вредност, постоји битна разлика између реформираних законодавстава с теоријом слободног судијског уверења и старих са законском теоријом доказа.

1. Реформирана законодавства за оцену доказне снаге сведочења не постављају судији никаква обавезна правила, већ остављају, да он то реши по свом личном уверењу, добијеном из целокупног поступка на главном претресу. Ова законодавства као год што не разликују сведоке на способне, неспособне и сумњиве за сведочење, тако исто не праве законску разлику ни у вредности њихових сведочења. По њима свако лице може бити испитано као сведок, јер се искључење ма кога лица противи вршцину слободног судијског уверења. Стога не треба забранити испит ни деци, на ни душевно болесним лицима, само ако се суд нада, да ће на тај начин што боље сазнати ствар.²⁾ По себи се разуме, да слеп не може сведочити о ономе, за што је потребно чуло вида, ни глуп о ономе, што треба чути, те је стога и непотребно оваке сведоке оглашавати за неспособне.

Као год што је штетно унапред забранити ма коме лицу да се испита као сведок, исто је тако штетно поставити судији правила којих се мора да држи при оцени доказне снаге сведочења, јер би се судија често лишно доказа. И једно и друго се има оставити слободној оцени судије.

По овој теорији може судија не дати никакву вредност заклетој сведочењу, а може, опет, засновати своје уверење, т. ј. придати потпуну доказну вредност незаклетој сведочењу па ма из којих разлога сведок не био заклет. Тако исто може

¹⁾ Zachariae Handbuch II 440.

²⁾ У немачкој пракси било је неколико примера, у којима је испит душевно болесних лица послушно врло корисно. Löwe, Commentar 330.

24.11.22

судија једну сведоџбу сматрати за потпун доказ, што ће бити случај, ако је та сведоџба била у стању да код њега створи уверење о истинитости какве чињенице, а може он више сведоџаба, које се чак међу собом слажу, огласити за довољне да образују потпун доказ. Најзад, судија може исказу саучесника придати исту доказну вредност као и исказу заклетог сведока. Све, дакле, зависи од слободне судијске оцене.

При стварању свог уверења о истинитости или неистинитости какве чињенице на основу сведоџбе, судија има да обрати пажњу на то, дали је сведок био способан, т. ј. дали је могао казати истину и да ли је хтео казати истину. И ако судија и ова питања има да оцењује по свом слободном нахођењу, ипак му при томе врло корисно могу да послуже правила која је поставила стара доказна теорија, јер су она резултат искуства од више столећа. Тако од утицаја на доказну вредност сведоџбе може бити однос сведока према самој кривичној ствари, личне особине сведока, његов дотадашњи живот, садржај и форма сведоџбе, нарочито, да ли је сведоџба јасна, одређена и потпуна, да ли је заклета и да ли се слаже с осталим сведоџбама.

2. Сасвим супротно реформираним законодавствима, законодавства с теоријом законских принудних доказа не допуштају судији да доказну снагу сведоџбе оцењује по свом личном уверењу већ постављају законска правила којих се он при тој оцени мора да држи. Она постављају услове и претпоставке — *presumptiones juris et de jure* — које морају бити дате, па да се сведоџби прида доказна вредност.

Захтеви или услови за доказну снагу сведоџбе и по овој доказној теорији, као и по теорији слободног судијског уверења, односе се на *способност* и на *вољу* сведока као и на садржај сведоџбе, т. ј. сведоџба има доказне снаге само тако ако сведок и може и *хоче* да каже истину, и ако је сведоџба по својој садржини вероватна. Али, докле реформирана законодавства остављају судији да по свом личном уверењу оцени да ли је сведок могао и хтео казати истину, па, према томе, да ли ће сведоџби придати доказну вредност или не, — докле законодавства с теоријом законских доказа, с обзиром на поменуте особине које сведок мора имати па да му

се верује, разликују три врсте сведока: *способне* или *класичне*, *неспособне* и *сумњиве* сведоке. Ова су законодавства, дакле, унапред одредила, који су сведоци способни, неспособни и сумњиви. Способни су сведоци они, у чију се способност опажања и вољу да кажу истину не може никакво посумњати. Неспособни су они сведоци, којима се због њихових односа или природе њихове не може веровати, да могу казати истину, или које је закон огласио неспособним стога, што постоји основана сумња да ће казати истину. Сумњиви су сведоци они, противу којих постоје основи сумње, да са извесних узрока или не могу или неће праву истину да кажу.¹⁾ Хоће ли се сумњивим сведоцима веровати или не, зависи од тога, да ли основи сумње отпадају или остају и даље. Међутим, сведоџба неспособног сведока не може послужити као доказ ни у ком случају, ни онда, кад је судија на основу ње стекао уверење о истинитости чињенице на коју се она односи.

Наш законик, усвајајући теорију законских принудних доказа, извукао је и све конзеквенце из ове теорије, јер и он разликује сведоке на *способне*, *неспособне* и *сумњиве*. И он, у § 229, прописује услове, под којима се сведоџби има придати доказна вредност. Сведоџба, која је испунила све захтеве, постављене у ономе законском наређењу, јесте сведоџба способног сведока. Из излагања законских захтева за доказну снагу сведоџбе видеће се и то, који су сведоци неспособни а који сумњиви.

§. 34.

Законски захтеви за доказну снагу сведоџбе.

Сведоџба ће имати доказну снагу, ако има услове које је законодавац прописао у § 229. Ти услови јесу:

А. Да је исказивање учињено слободно, а не саобразљивењем, наговором, подмићењем, или обећањем, изопачењем, или изнуђењем (т. I § 229).

^{1) Ruff, Commentar II 85.}

Споразумљене се овде састоји у претходном договору између сведока и других лица на штету истине. Према томе, договор два сведока, да у случају сведочења кажу праву истину, не може ни у колико ослабити доказну снагу сведоштва.

Наговор постоји онда, кад сведока наведе неки трећи, да при испиту не каже истину. Наговарање сведока да каже истину, према томе, не може ослабити сведоштво; исто тако и наговарање сведока да не каже истину, само ако сведок одбије то од себе.

Подмићене или *обећање* јесте давање или обећање користи сведоку, која га покреће, да другаче сведочи но што се ствар по његовом сопственом знању одиста догодила. Подмићене или обећање може одузети сведоштво доказну вредност само тада, кад се из свих околности види, да је сведок пристао да за љубав какве користи каже неистину; кад је, дакле, сведоку казивање неистине стављено као погодба за добијање користи, и сведок се на то обвезао.¹⁾ Стога се нема узети да је подмићен сваки сведок која је што узео за сведочење. Тако, ако сведок и поред тога, што је од једнога добио, сведочи на његову штету, то таква сведоштва неће изгубити доказну вредност, јер је самим садржајем сведоштва уништен основ за сумњу. Код подмићена и обећања корист се не мора састојати само у новцу, него и у добитима друге врсте.

Изопачење је извртање значаја сведоштва. Њиме се хоће сведоштва да да смисао и значај који она нема.

Измућена се хоће, да сведок и противу своје воље каже неистину. Ако је сведок принуђен силом или претњом да противу некога сведочи, то таква сведоштва нема доказне вредности. Сасвим је свеједно од кога долази измућивање, да ли од иследника, суда или трећих лица.

Све су ово средства, којима се може утицати на вољу сведока. Ако ма који од тих утицаја постоји, онда је тиме створена и основана сумња да сведок неће хтети казати истину, те се стога његовој сведоштва не може придати никаква доказна вредност. Такви су сведоци, дакле, сумњави.

¹⁾ Mittermayer, Beweislehre 320; Ruff, Commentar II 93.

Сведоштва ће имати доказне вредности само тако, ако буде дата потпуно слободно.

Б. *Да је исказивање учињено по сопственом знању, добијеном у разборитом стању, а не по чувењу, нагађању, претпоставци, вероватности, или само по закључивању* (т. 2 § 229).

Према овоме захтеву за важност сведоштва потребно је двоје:

1. Да сведоштва почива на *сопственом знању* сведока, а не на казивању трећих лица. Према томе су само *непосредни* сведоци способни сведоци, јер они из непосредног извора сазнају важне чињенице, т. ј. они их сами својим чулима непосредно опажају, те се стога с основном може држати да ће се на тај начин најпре и доћи до праве истине. Не сме бити сумње о томе, да је оно, што је сведок навео, одиста тако и било. Стога закон и не даје доказну вредност сведоштва која почива на чувењу, нагађању, претпоставци, вероватности или закључивању.

Да би се могло оценити, да ли је сведок свој исказ дао по свом сопственом знању, потребно је питати га о извору његовог знања (*ratio scientiae*), т. ј. откуда му је познато оно што сведочи. Примети ли се из одговора на ово питање, као и из осталог детаљног испита, да је сведок до сазнања једне чињенице дошао посредним путем, онда се његова сведоштва цма сматрати као неспособна.

2. Да је сведок до свог непосредног знања и опажања чињеница о којима сведочи дошао у *разборитом стању*.

Ово се и по себи разуме. Јер, први од захтева за важност сведоштва јесте способност сведока да нешто опази, да то запамти и да то после верно репродукује. Лице, које није било у разборитом стању у тренутку сазнавања или опажања, неспособно је за све то, те се његовој сведоштва не може ни придати доказна вредност. Стога се као неспособни сведоци сматрају: а) душевно болесна лица. Ова се лица не смеју ни испитивати, а ако су испитана, испит им је без вредности (§ 91 т. 3); б) лица слабог разума или лица са врло slabим памћењем, н. пр. лица у дубокој старости; в) лица која су се у тренутку опажања налазила у стању,

у коме нису била сасвим при свести, н. пр. напшта лица, јако оболела лица.

В. Да је сведоџбом изреком, јасно, оиредељено, иказано само дело или околност, о којој сведок сведочи (т. 3 § 229).

Сведоџба је јасна ако је разумљива, а оиредељена је, ако су наведене и појединости предмета на који се она односи. Навођење тих појединости врло добра је контрола за истинитост сведоџбе, а служи и као гаранција да сведоџба не садржи одговор на сугестивна питања.

Г. Да је сведок на своје иказивање заклет (т. 4 § 229).

Према томе, лица неспособна за заклетву неспособни су сведоци, чије су сведоџбе без доказне вредности. О неспособним сведоцима за заклетву види раније § 32 II (§ 114). Закон те сведоке сматра неспособним са ових разлога:

1. Они који су у пододрењу да су извршили или учествовали у игом делу ради кога се испитују (т. 1 § 114) неспособни су сведоци стога, што постоји основана сумња да неће хтеи казати истину, јер имају интереса да лажно сведоче како би себе ослободили одговорности.

2. Они који су под истрагом због злочина или бешчасних престоупа или иступа, као и они који су пресудом лишени грађанске части, а ова им још није повраћена (т. 2 § 114) стога, што се сматрају бешчасним, те се мора претпоставити да код њих нема воље за казивањем истине.

Јасно је да ови разлози, са којих је закон сведоке под 1 и 2 учинио неспособним, нису ипак такви, да њихове сведоџбе у свима случајевима морају бити без доказне вредности. Проста околност, што је неко у пододрењу, или што је под истрагом за злочин и т. д., или што је осуђен на губитак грађанске части, не значи још да тај сведок и неће да каже истину.

Има кривичних дела која се не могу сматрати као резултат покварености, па стога ни закон не треба иказу таквог унапред да одузима сваку вредност, па макар то дело повлачило и губитак грађанске части. Вредност сведоџбе ових сведока треба судија слободно да оцењује узимајући у обзир све моменте конкретног случаја.

3. Деца испод 16 година (§ 114 т. 3) неспособни су сведоци стога, што се држи да су лакоумислена, да површно посматрају, да им оскудева моћ за правилним схватањем, и да, према томе, нису у стању да кажу праву истину. Она су, дакле, неспособна стога, што постоји основана сумња да не могу казати истину.

И ако ово може бити оправдан разлог за забрану заклетве, никакво то не може бити разлог да се сведоџби сваког детета испод 16 година одузме доказна вредност. Питање о томе, да ли је лице испод 16 година добро посматрало као и да ли је могло правилно да схвати, јесте *quaestio facti*, на које се не може дати један одговор за ова лица, јер сведоџба лица од 15 година, и ако није заклетва, може бити истинитија од сведоџбе другог лица од 18 година, које је по закону способно. Погрешно је, дакле, доказну вредност сведоџбе чинити зависном од положене заклетве.

4. Лица која су слабог разума и која нису при чистој свести (§ 114 т. 4) неспособна су и да буду сведоци, а ако су сведочила, сведоџбе су им без вредности стога, што су неспособна да кажу истину.

5. Они који су с обвинјеним у великом непријатељству, ако против њега сведоче (§ 114 т. 5) неспособни су стога, што се претпоставља да због непријатељства неће хтеи да кажу истину.

Ова претпоставка није довољно основана чак ни за то, да се забрани заклетва, а још мање да се на основу ње одузме сведоџби доказна вредност. Никако не значи да сваки који је у непријатељству с обвинјеним и који противу њега сведочи, говори неистину. Судија треба у сваком конкретном случају да цени, да ли је непријатељство такво да сведоку не може веровати.

6. Они који су на испиту навели важне чињенице, за које је доказано да су неистините, а не могу доказати да су то ип пометње учинили (§ 114 т. 6) неспособни су стога, што је садржајем њихове сведоџбе утврђено да нису хтели казати истину.

Д. Да се ни по личности, ни по односу сведока, ни по садржају његовог исказа основана сумња противу истинитости не појављује (т. 5 § 229).

Ово значи, да сведок не сме бити сумњив, ако се хоће да његова сведоштво има доказне вредности. Основи који сведока чине сумњивим, према овоме, долазе или 1) из његове личности, или 2) из односа његовог према другим лицима, а нарочито према оптуженом и приватном тужиоцу, или 3) из садржине његове сведоштва.

1. Основи, са којих се појављује основна сумња противу истинитости сведоштва, а налазе се у личности сведоковој, јесу:

а) оскудица у потребној снази или здрављу оних чула, којима се има да изврши опажање каквог предмета и, пр. кад кратковиди има да сведочи о нечем што се на већем одстојању догодило, или кад наглув треба да чује нешто на већој даљини. Ако се основ за сумњу код оних сведока ничим не отклони, и, пр. увиђајем, онда су њихове сведоштво без доказне вредности, у противном они се изједначају са способним сведоцима.

б) оскудица у душевном здрављу, због које се предмети не могу тачно да опаже. Овамо долази и знатна слабост памћења, као и дубока старост кад се због ње не може верно да задржи у памети све оно што се опазило. Основ за сумњу исто тако може бити и стање у коме се сведок налазио при опажању. Тако, ако је сведок био јако раздражен или мало напнат, то његова сведоштва може изгубити доказну вредност.

в) карактер и моралне особине сведока могу да створе основ за сумњу противу истинитости сведоштва. Ако се утврди да је сведок јако лакомислен, или да је склоп претеривању и лагању, да у својој околини не ужива глас човека коме се може веровати, онда све то може бити довољно да сведоштва каквог сведока буде без доказне вредности. Разуме се, да суд при оцени овакве сведоштва мора бити врло обаврив, и, пре своје одлуке, мора узети у обзир и целокупну индивидуалност сведока.

2. Друга група основа, који сведока чине сумњивим, долазе из разних односа према оптуженом или приватном тужиоцу. Ти односи у главном јесу:

а) Блиско сродство. Истина је, да ће рођак пре послужити своје осећаје, који говоре за то, да спасе свог оптуженог рођака него што ће хтети да каже истину. Али је ово само претпоставка, јер исто тако има лица, којима је дужност, да кажу истину, и светња заклетве преча него ли добро њихових рођака, и рећи ће истину па ма и на штету рођака. Због овога се блиски рођаци и не сматрају неспособним већ само сумњивим сведоцима. Вредност сведоштва зависиће како од степена сродства тако и од садржаја сведоштва. Ако је сведок у ближем сродству с оптуженим, ако је у што већој зависности од њега (и, пр. син, жена, сестра и др.), и ако, најзад, сведочи у његову корист, онда је то довољно да се посумња у истинитост сведоштва. Међутим, ако рођак изјави да хоће да сведочи и сведочи против оптуженог, то се има узети да је тиме отпао основ за сумњу, и таква сведоштва може имати доказну вредност. Рођаци се овде имају узети у смислу § 43.

Сем сродства овамо долазе и нежни односи који нарочито приближавају сведока оптуженом или приватном тужиоцу, или проузрокују нарочиту захвалност, коју сведоцима дугује, и, пр. однос пуцке према стараоцу, усвојеника према усвојитељу, хранљеника према хранитељу и др. Али и овде судија има још и из свих осталих околности да види, у колико има разлога да сумња у сведоштво оваквог сведока.

б) Однос зависности у коме сведок може стајати према оптуженом или приватном тужиоцу. Међу разним односима зависности нарочито се истиче однос млађег према старијем, т. ј. слуге према господару. И ако се на тога односа може да добије основ за сумњу, ипак се не може уопште за сваког млађег или слугу рећи да је сумњив сведок само због његовог односа према господару. Сви млађи нису подједнако зависни, ниш је пак власт господара над млађима таква, да би се морао претпоставити утицај на млађе, или да млађи, и без тога утицаја, неће ништа казати на штету

господара. У колико је сведок зависнији, рецимо ако је шегрт, у толико је сумњивији, и обратно. Сведоцба млађег биће сумњива и онда, кад би нарочите околности показивале, да би он имао да изгуби извесне користи, које су свончане с односом према оптуженом или тужиоцу, ако би праву истину казао, н. пр. калфа који зна да за свој занат или посао не може лако наћи друго место, ако га његов господар отпусти. Међутим један књиговођа у каквој великој радњи, или магистар фармације, и ако је млађи, није сумњив сведок.

Хоће ли, дакле, сведоцба бити сумњива или не, зависи од врсте, степена и трајања зависности сведока, што ће све суд имати да оцењује. — Исто тако и однос дужника према повериоцу може да створи основ за сумњу, ако сведок (дужник) сведочи за оптуженог или тужиоца.

в) И сведоци један према другоме могу стајати у свима сад поменутих односима, само што су ти односи без утицаја на доказну вредност сведоцбе, сем ако се не би утврдило да је сведоцба једног сведока резултат недопуштеног утицаја од стране другог сведока, н. пр. ако су сведоци отац и син, па се утврди да је отац научно сина како ће сведочити.

3. Из садржаја сведоцбе може се такође добити основ за сумњу противу њене истинитости. Ти основи могу бити:

а) Кад сведок није стапао у свом исказу већ час говори једно, час друго, супротно првоме, а не може да објасни зашто тако ради, из чега се с разлогом даје извести да сведок неће да каже истину; или

б) Кад сведок казује нешто, чему се тешко може поклонити вера.

Кад ће наступити случајеви, у којима сâм садржај сведоцбе показује да је ова неистинита, не да се поставити опште правило *in abstracto*, већ о томе мора суд у сваком поједином случају нарочито да одлучује према свима околностима конкретног случаја. Овде, дакле, ни сама доказна законска теорија не може да веже судију, већ он има ово питање да реши по свом личном нахођењу.

Сведоци код којих се вађе ма који од основа за сумњу поменутих под 1, 2 и 3, јесу сумњиви сведоци, јер се држи

или да не могу или да неће хтети да кажу истину. Зато, што су ови сведоци само сумњиви, њихове сведоцбе неће бити увек без вредности. Хоће ли те сведоцбе имати доказну вредност или не, зависи од тога, да ли је основ за сумњу отпао или је остао и даље. И једно и друго има суд да цени према правилима, која смо о томе сад поставили. Ако суд и после оцене вађе да основ за сумњу противу истинитости сведоцбе постоји, онда он према наређењу § 112 таквог сведока неће ни заклети (види раније § 32, 2. а), његова је сведоцба, дакле, без вредности.

Б. Да се казивање и са осталим околностима умињеног дела, о којима се зна да постоје, подудара, и стварним околностима не противуречи (т. 6 § 229).

Закон за доказну снагу сведоцбе тражи, према овоме, да се она слаже с резултатом осталих доказа, т. ј. ако сâм сведоцбе има још каквих доказа или основа, који би се односили на исту чињеницу, да се она с њима слаже. То слагање с осталим доказима најбоља је гаранција за то, да је сведоцба истинита, стога је тај захтев и оправдан. Али закон не тражи, да остале доказане околности потврђују сведоцбу, већ да се ова с њима у главном слаже. Није, дакле, потребно за доказну вредност сведоцбе, да се она у свему и до ситница слаже са свима околностима, које су другим доказима утврђене, већ да не противречи важним околностима, које су од утицаја на главне ствари. О томе, која се околност има узети за важну а која за неважну, не може се поставити опште правило, већ то зависи од оцене суда у сваком поједином случају. Тако н. пр. које је боје одело имао оптужени за убиство, или да ли је убиство извршено у 8 или у 8½ часова пре подне, јесу споредне околности, које неће ослабити доказну вредност сведоцби кад се ова с њима и не слаже. Међутим важна би околност била, кад би сведок тврдио да је оптужени убиство извршио ножем, а секцијом се докаже да је извршено ватреним оружјем; или кад би сведок тврдио да је убиство извршено ујутру, а другим доказима се утврди да је извршено увече. Таква противречност показивала би да је сведоцба неистинита, те би стога она била неважећа.

Е. Да је сведоштво учињено на главном претресу или за време ислеђења пред иследном полицијском или судском влашћу (т. 7 § 229).

Закон изједначава сведоштво на главном претресу са сведошћом у истрази. То одговара начелима истражног поступка. Међутим, по реформираним законодавствима доказну вредност може имати само сведоштво, дата на главном претресу, пред надлежним судом, што сасвим одговара начелу слободног судијског уверења.

Ж. Да се једна чињеница може узети доказаном сведошћом, поред свих до сад побројаних услова, потребно је да су бар два способна сведока сагласним сведоштвама утврдили ту чињеницу (први одељак § 229).

Законска теорија доказа у овој сагласности и једнакости двеју сведоштва налази најбоље јемство за њихову истинитост. Стога се и не допушта, да једна сведоштва образује потпун доказ, јер се може десити, да једна сведоштва не одговара истини било што је сведок нешто погрешно опазно, било да је намерно казано неистину. У колико се две сведоштва више слажу, у толико ће убедљивије дејствовати. Али се не тражи, да сагласност и једнакост ових сведоштва мора ићи и до најмањих околности и споредних околности, нити противуречност у споредним околностима може учинити, да такве две сведоштва не образују потпун доказ. Ако н. пр. каква спореднију околност (н. пр. боја одела) два сведока због помрчине различито виде, или ако је један од њих после дужег времена заборави, а у свему осталом и главном слажу се, то ће и у том случају те сведоштва дати потпун доказ. Које се, пак, околности имају узети као незнатне и споредне, не да се уопште одредити, већ се то има одлучити с обзиром на поједини конкретни случај, јер једна негата околност у једном случају може бити незнатна а у другом важна.

Теорија слободног судијског уверења не поставља ни овај захтев за доказну снагу сведоштва. По њој се потпун доказ може добити и једном сведошћом, само ако је у стању да код судије створи уверење о истинитости чињенице на коју се односи.

Од важности је питање: како ће судија поступати, кад се сведоштва не слажу у битним и главним околностима, нарочито кад има више од два сведока?¹⁾

Погрешно би било, ако би се у том случају бројало и узимало оно за доказано, за што има већи број сведока, већ се има да нађе које су сведоштва истините а које нису. Да се то нађе, потребно је да се најбрижљивије подвргне оцени свака сведоштва, и да се према свима ранијим моментима, ислеђеним околностима, према личности сведока, њиховом карактеру и животу оцени, чија ће сведоштва имати вредности а чија не. Овде, дакле, судију не могу да вежу никаква законска правила, већ има да оцењује по свом личном нахођењу. Тако н. пр. ако два способна сведока сведоче да је А убио ножем Б, док друга три способна сведока тврде да је А у времену извршења дела био на другом месту с њима, судија ће ипак узети за доказано оно што прва два сведока сведоче, ако се нађе да су то разборити и честити грађани и да је до ситуација подједнако описују сам догађај, а да су друга тројица непознати људи, или да им сведоштва нису јасна, или да је један од њих познат као лакомислен а други као близак рођак оптуженог. — Ако је број сведока подељен тако, да стоје н. пр. два противу два, и судија није у стању да увиди шта је истина, него му обоје изгледа могуће, онда ће узети за доказано оно што је блаже за кривца — *in dubio mitius*.

§. 35.

Шта се може доказати сведоштвама?²⁾

Сведоштва два способна сведока, које се слажу, потпун су доказ за све важне чињенице на којима треба засновати пресуду, изузев оних, за које је потребно нарочито знање или вештина па да се пронађу. Према овоме, сведоштвама се може потпуно доказати *свака важна околност*:

¹⁾ Ruff, Commentar II 96; Mittermaier, Beweislehre 373—377;

²⁾ Ruff, Commentar II 97—99; Mittermaier, Beweislehre 361—367.

1w

а) Кривично дело. Ово је несумњиво кад су у питању кривична дела, која за собом не остављају трагове. Али и код кривичних дела која за собом остављају трагове може се сведоцима доказати само дело, т. ј. сва битна обележја или елементи дела, и ако се трагови више не могу увиђајем да утврде. Само у оваким случајевима, да би се отклонила свака сумња са сведоцима, треба тражити узрок, зашто се не могу констатовати трагови учињеног дела, н. пр. што је леш убијеног спаљен. Ако нема таквог узрока који би био доводан, то се не може узети да је дело сведоцима доказано. Даље је потребно да постоје још неке околности, којима се дело показује бар вероватним; и најзад, да се сведоцима олакша и у најмањим ствари да је уз то отклонена свака сумња о недолужности учесника на сведоцима.

б) Учинилац кривичног дела или виновник. Да се сведоцима може доказати, да је једно одређено лице извршило кривично дело, морају сведоци тачно тврдити да је оптужени оно лице, које су они видели при вршењу дела, а ако они то само из неке сличности закључују, то не може бити речи о доказу.

в) Поједине околности.

Спорно је било питање: да ли сведоци морају и само извршење кривичног дела да опазе, а не да то изводе из неких других околности, на да им сведоцима буде потпуни доказ о постојању дела?

Овде су се у мишљењима нарочито разидали Митермајер с једне, и Кукка и Рудф с друге стране. Митермајер налази, да сведоци не морају све чињенице својим чулима да опазе, на ипак се има узети да је сведоцима доказано дело. Он тврди (Beweislehre 363) да је довољно, кад се сведоцима односи на све чињенице, које међу собом стоје у тако тесној вези, да се кривично дело које је у питању јавља као неопходна последица те везе, и да се неке између тих чињеница, које сведоци нису видели, по свима природним законима морају узети да постоје, ако су истините све остале које су сведоци својим чулима опазили. Тако н. пр. ако сведоци сведоче да су видели како је А обикопао у коме је стајао сат, и да су после обикопања видели сат у руци оптуженог,

то је извесно, да је сведоцима доказано, да је А извршио крађу, и ако они нису видели главну чињеницу — узимање сата. Супротно овоме Кукка (Beweislehre 214—217) и Рудф (Commentar II 98) налазе да је Митермајерово мишљење погрешно и тврде да сведоци морају све чињенице, па и само извршење дела, непосредно својим чулима да опазе, а не да то из других околности изводе, и да се тек тада може рећи да је извршење дела сведоцима доказано. Ако се узме, неле они, да је у наведеном примеру доказана чињеница, да је А извршио крађу сата, то та чињеница није доказана сведоцима већ саставом основа подопрења, јер сведоци нису видели радњу која је битна за крађу, већ до ње долазе извођењем закључка из других чињеница које су опазили.

Доказ је ово питање без значаја за реформирана законодавства, јер је оно од вредности за сва стара са законом теоријом доказа, па и за наше. Важност његова огледа се у томе, што наш законодавац разликује у доказаној вредности сведоцима од саставног доказа, јер док се по § 243 смртна казна може изрећи на основу сведоцима јер је то немогуће на основу саставног доказа, те стога и није свеједно, да ли ће се ово питање решити по првом или другом мишљењу. Тачније је друго мишљење, по коме се сведоцима има сматрати доказано само она чињеница, коју је сведок непосредно својим чулима опазео, и то стога, што се особина саставног доказа састоји баш у томе, да једну од главних чињеница, н. пр. извршење дела, сведоци нису опазили, и да се она сасвим природно изводи из других чињеница с којима стоји у тесној вези.

§. 36.

Случајеви у којима се сведоцима једног сведока може узети за потпуни доказ.

Ма да се за потпуни доказ сведоцима по § 229 траже сагласне сведоцима бар два способна сведока, ипак је законодавац у извесним случајевима одступио од тога правила и

допустно је, да се извесне чињенице могу потпуно доказати и сведочењем једнога сведока. Те изузетке предвидео је § 230, који је веран превод § 270 аустријског крив. поступка од 1853, те се стога сви ти изузеци и у нас имају разумети онако исто, како их је била схватила и наука и пракса у Аустрији. Закон је предвидео ове изузетке.

1. Први изузетак садржи т. 1 и 2 § 230. По њима наказ онога према коме је кривично дело извршено, т. ј. повређеног или оштећеног, може у недостатку других доказа сам за себе о извесним чињеницама дати потпун доказ.

И повређени и оштећени јесу сведоци, који се редовно у поступку имају саслушавати. У § 116 наређује се и то, о чему се оштећени нарочито има да испита. По и ако су они сведоци, ипак се њихове сведочење у доказаној спази не могу изједначити са сведочењима способних сведока, јер се само на основу њих не може увек свака чињеница доказати. Њиховим се сведочењима не поклања потпуна вера стога, што постоји сумња или да не могу или да неће да кажу праву истину. Противу повређеног стоји то, што се он у тренутку вршења кривичног дела налази у узбуђеном стању, да не може сваку околност правилно да опази. Сем тога, и повређени и оштећени су заинтересовани, и тај интерес, да једно лице буде осуђено, може их навести да кажу неистину. Они су, дакле, сумњиви сведоци. Из овога, опет, не треба извести, да су њихове сведочење без икакве доказне вредности, јер оне, по оцени суда, могу се узети или као основ подозрења, или, чак, и као потпун доказ. Има, дакле, чињеница, које се потпуно могу доказати само исказом повређеног или оштећеног.

Настаје питање: шта се може доказати исказом повређеног или оштећеног?¹⁾

¹⁾ Ово је питање дуго времена било спорно у Аустрији. Спор се водио око разумелости т. 1 § 270 аустријског поступка од 1853, која се оснива на § 404 а аустријског казненог законика од 1803. Ради објашњења § 404 а издан је 20 јула 1810 нарочити дворски декрет, на основу кога су била послата Апелационом Суду у Ческој још и нарочита упутства. У истом случају тумачила је и наука и пракса како § 404 а казн. зак. од 1803, тако и т. 1 270 крив. пост. од 1853. (Види: *Kittk, Beweislehre* 153 и даље, *Истн, Geri-*

Кад се прочита т. 1 § 230, јасно се види да она говори о два различита предмета доказа.

1. Прва реченица првог дела т. 1 § 230 гласи: „казивање оног, над којим је кривично дело извршено, може у недостатку других доказа, сачињавати доказ о кривичног дела.“ Према томе, овде се говори о доказу, којим се има да утврди какав кривичног дела за себе, без обзира на учиниоца истог, т. ј. да се исказом повређеног или оштећеног, кад нема других доказа, може доказати кривичног дела, без обзира на доказ о виновности.

Под какавом кривичног дела има се разумети цело кривично дело са свима својим особинама, елементима или обележјима; онамо долази и начин на који је, и околности под којима је дело учињено. Исказом повређеног или оштећеног, дакле, може се доказати објективно биће кривичног дела, т. ј. да је уопште једно кривично дело извршено (без обзира на то да ли га је извршио А или Б) и какве је особине то дело: да ли је злочин или које друго дело. Тако и, пр. ако А изјави последнику да га је један човек у шуми напао, намерио ништа у прса и узео му сто динара; или и, пр. да му је прошле ноћи отворен амбар и из њега украђено жито, то ће исказ А-ов, у недостатку других доказа, у првом случају бити потпун доказ о постојању разбојништва, а у другом о постојању опасне крађе. Али његов исказ сам за себе неће бити потпун доказ и о томе, да је Б учинилац, ако њега означи као разбојника или лопова.

2. Сем овога, у т. 1 § 230 говори се и о томе, да ли се на основу исказа повређеног или оштећеног може доказати кривична одговорност обвиненог. Односно овога закон у другом делу т. 1 § 230 поставља правило, да се самим казивањем повређеног не може узети за доказано питање, „да ли је и како казним делом обавињени учинио“. Ако и, пр. оштећени изјави, да му је прошле ноћи из затвореног амбара украђено жито и да је то А учинио, то његов исказ неће дати потпун доказ противу А, т. ј. неће се сматрати

chtszeitung од 1856 бр. 40 и 71; *Ruf, Commentar* II 100 и даље). Највише је т. 1 § 230 нашег крив. пост. веран превод т. 1 § 270 аустријског поступка од 1853, те се и она има разумети онако исто како се разумела у Аустрији.

Како се може доказати

да је тиме потпуно доказана кривица А-ова. Од овога правила закон чини два изузетка:

а) Исказ повређеног или оштећеног сам за себе може противу оптуженог, који своју кривицу признаје или је иначе доказао, служити као потпун доказ за поједине оштећене околности (друга реченица првог дела т. 1 § 230).

Овде је од важности питање, шта се има разумети под отежавном околности. Закон под отежавном околности овде разуме сваку ону околност, која кривично дело једне врсте, које оптужени признаје или је другим доказима доказано, отежава, т. ј. утиче да се казна повишава, али не и ону околност, услед које једно дело тек постаје злочином. Н. пр. кад оптужени признаје, да је прошле ноћи из амбара оштећенога украо жито, али пориче да је амбар био закључан, а то оштећени опет под заклетвом тврди, то ће се узети, да је та околност „из затвореног простора“ потпуно доказана исказом оштећеног, јер је она отежавајућа околност за већ доказану опасну крађу која је злочин. Међутим, ако оштећени тврди, да му је из затвореног амбара дању украђено два цака жита, и два сведока потврђују да је А украо та два цака, али о томе да ли је амбар био затворен, не знају да сведоче, а оптужени то пориче, то он не би могао бити осуђен због опасне крађе, већ за просту. Јер околност „из затвореног амбара“ није овде отежавајућа околност у смислу т. 1 § 230, већ околност која дело једне врсте, крађу, тек чини опасном крађом која је злочин, а исказ оштећеног о околности, која кривично дело чини злочином, не може дати потпун доказ, пошто питање: које је кривично дело извршио оптужени, да ли злочин или преступ, не може се доказати само исказом повређеног.

Наша целокупна судска пракса стоји на супротном гледишту, јер сматра да се само исказом повређеног или оштећеног може доказати и она околност која једно дело тек чини злочином, кад оптужени кривицу признаје или је иначе доказана; она, дакле, и те околности убраја у отежавајуће, те би по њој оптужени у другом примеру одговарао за опасну крађу. Овакво схватање нема ослоња у закону. Закон није хтео исказу повређеног или оштећеног да да толику доказу

снагу, већ је сматрао да је и то довољно, што се само тим исказом може утврдити, у оскудици других доказа, постојање дела и отежавајуће околности, која утичу да оптужени, који кривицу признаје или је иначе доказана, буде строже кажњен, а не чак и то, да је оптужени учинио и једно теже дело.

б) Количина кривичним делом причињене штете у готовом новцу или у другим проценимим предметима може се доказивати сведошвом оштећеног или онога, у кога су се налазиле ствари на којима је штета учињена (т. 2 § 230). Ако н. пр. оштећени изјави да му је украђено 50 динара, а оптужени признаје да је украо свега 2 динара, то ће он, без обзира на своје признање, бити осуђен за крађу 50 динара која је преступ само на основу исказа оштећеног. У овом случају ће, дакле, питање, које је кривично дело, да ли преступ или преступ, извршио оптужени, бити решено само исказом оштећеног, пошто се на крају т. 1 § 230 наређује, да се то питање може доказати исказом оштећеног само у случају под 2 § 230, т. ј. кад је реч о количини делом причињене штете.

II. Други изузетак садржи т. 3 § 230.

По овом изузетку, кад се има да докаже каква околност кривичног дела које оптужени признаје, довољан је и исказ једног сведока којим би се потврђивала она околност коју оптужени, признајући дело, наводи, н. пр. наводи околност да је из отворене собе украо, па ту околност потврђује и један сведок, онда је ова једна сведошва потпун доказ о тој околности, да је крађа извршена из отворене собе.

III. Трећи изузетак садржи т. 4 § 230.

У случају кад се кривично дело повишава, или у случају продуженог кривичног дела могу се поједини случаји понављања или делови продужавања доказати и сведошвом једног сведока, кад најмање има три сведока, од којих сваки за себе одвојено потврђује по једно продужавање или понављање, само ако њихови искази једно другом не противрече, и ако осведочена понављања или продужавања стоје једно с другим у вези. Н. пр. А се одлучи да од Б украде три цака жита. Данас украде један, и ту крађу посведочи сведок В

Сутра украде други и то посведочи сведок Г. После неколико дана украде и трећи њак и то сведочи сведок Д. У овом би случају, дакле, било потпуно доказано, да је А извршио све три крађе, јер за свако продужење има по један сведок, а њих има три, чије сведочење не противрече једна другој и осведочена продужења стоје међу собом у вези.

Противречност у сведочењима може се замислити само у случају, кад о једном понављању или продужавању сведоче два сведока. Таква би противречност н. пр. била ако би у наведеном примеру први сведок В био у исто време и сведок друге крађе и сведочио би да је А другу крађу извршио из затвореног амбара, док сведок Г, који такође сведочи о другој крађи, каже да амбар није био затворен. У оваком случају не би могло бити ни речи о доказу кривиче оптуженог А ни за једну од крађа, јер се сведоцима В и Г због њихове противречности односно друге крађе не може веровати, и онда остаје само прва и трећа с два сведока, а закон тражи најмање три.

Да се са по једним сведоком добије потпун доказ, закон тражи још и то, да „осведочене околности“, т. ј. понављања или продужавања „једна с другом у вези стоје“. Питање је сад: у чему се састоји та веза? Одговор на ово питање је прост, кад је реч о продуженом кривичном делу. Та се веза код продуженог кривичног дела огледа у истоветности радње, у истоветности предмета који се вређа и у једној решимости виновника. Међутим код кривичних дела, која се понављају, нема такве међусобне везе, јер је свако од њих самостално и независно кривично дело. Та кривична дела преставаљају хомогени реални стипцај, код кога је само то заједничко, што су сва исте врсте и што долазе од истог лица. Из овога изилази да нема разлога законском наређењу по коме је за свако такво понављање довољан по један сведок па да се узме да је кривица оптуженог за ова понављања доказана.

У Аустрији је т. 4 § 270, којој у свему одговара т. 4 § 230 нашег поступка, протумачена тако, да се и код понављаних кривичних дела свако понављање може доказати с поједним сведоком, разуме се, кад има најмање три по-

нављања, јер је нађено да је довољна само и та веза, што сва понављања долазе од истог лица, па макар била различита лица и различити предмети повређени. Тако н. пр. ако се А реши те једне ноћи украде из амбара В њак жита, и то посведочи један сведок, после неког времена из коша В украде њак кукуруза, и то посведочи други сведок, и опет после извесног времена украде из куће Г један њак жита, и то посведочи трећи сведок, то се има узети да постоји потпун доказ за све три крађе, ма да свака од ових крађа представља засебну и самосталну крађу. Како је т. 4 § 230 нашег законика веран превод т. 4 § 270 аустријског, то би се имало узети да се и по нашем закону има ова на исти начин решити. Међутим наша је пракса другаче решила ово питање. По њој се само код продуженог кривичног дела могу поједини делови доказати са по једним сведоком, али не и у случају кад се дело понавља према разним лицима и према разним правним добрима. Овакав случај наша пракса сматра као реалан стипцај и тражи да за свако дело има по два сведока, па да се узме да је свако од њих доказано. Овако је схватање сасвим правилно, јер се из т. 4 § 270 види, да законодавац тражи јачу везу између појединих понављања; он тражи да сва понављања поред тога што долазе од једног лица, буду управљена и противу једног лица и једног предмета.

IV.* Као *четврти изузетак* треба овде поменути и случајеве из другог и трећег одељка § 239.

По другом одељку § 239, кад више околности сачињавају један основ подозрења, узима се да је тај основ подозрења потпуно доказан, ако сваку од околности посведочава по један и то различит сведок, н. пр. један сведок сведочи да је оптуженог видео на месту извршеног дела; други сведочи да га је видео да се отуд враћа кући, трећи сведочи да га је баш у времену извршења дела тражио код куће и да га није нашао. Ове три околности дају основ подозрења: да је оптужени био на месту извршења дела, и свака од тих околности сматра се потпуно доказаном с по једним сведоком.

F (најмање 3)

По трећем одељку § 239, кад противу оптуженог има више основа подозрења по што закон тражи, узме се да је сваки основ потпуно доказан, ако за сваки од њих има по један и то различит сведок.

§ 37.

Сведоџба саучесника.¹⁾

Правило је, да сведоџба саучесника нема доказне вредности. Противу тога, да сведоџба саучесника може имати потпуну доказну вредност, износи се, на првом месту, то, да саучесник има интереса да кривицу натуре коме другом; за тим, његовој се сведоџби не може веровати ни стога, што је укажан учешћем у кривичном делу, па се не може ни претпоставити, да ће бити честит и да ће хтећи казати истину. Искуство, даље, показује и то, да има лица која кад виде да их казна неизбежно има постићи, гледају да људу и друга лица и означавају и невине као учеснике да тиме или отклоне сумњу са правих учесника, или да отежају и замрсе истрагу, и да на тај начин олакшају себи положај.²⁾ Али, ако би законодавац по овоме узео, да је исказ саучесника увек без икакве доказне вредности, он би се у многим случајевима лишио јединог могућег средства за доказ кривице, кад других доказа нема. Сем тога, сви ови основи, који саучесника чине сумњивим, могу и не постојати; може сведоџба саучесника по свему бити потпуно истинита. Из свега изилази, да је ова сведоџба сумњива, и да од тога, да ли основи, који је чине сумњивом, постоје или не, и зависи, хоће ли она вредети као сведоџба способног сведока или ће бити без икакве вредности.

Сви законодавци сматрају саучесника сумњивим сведоком, само што законодавства с теоријом слободног судијског

¹⁾ Kitzl, Beweislehre 248 и даље; Mittermaier, Beweislehre 328 и даље; Ruff, Commentar II 112 и даље;

²⁾ Mittermaier, Beweislehre 229.

уверења остављају судији да он слободно оцени, да ли су основи за сумњу отпали или не, па, према томе, од њега само и зависи, хоће ли таквој сведоџби придати доказну вредност или не. Законодавства с теоријом законских принудних доказа, међутим, сведоџби саучесника дају потпуну доказну вредност само под извесним унапред тачно одређеним претпоставкама, које закон предвиђа.

Како наш законик спада у старе, то је и он у § 231 побројао претпоставке, под којима се сведоџба саучесника има узети за потпун доказ. Те претпоставке јесу ове:

а) Да два саучесника, који су заједнички извршили дело с овим, кога терете, признају за себе, и да једногласно терете онога који своју кривицу не признаје.

Кад саучесници, теретећи трећег, признају своју кривицу, онда је тиме отпала сумња, да ће терећењем нешто добити. Искази саучесника морају бити једногласни, т. ј. морају се међу собом слагати. То слагање треба да се тиче важних околности, а не и безначајних детаља.

Исказ два саучесника биће доказ противу трећег, ако су они с овим у друштву извршили кривично дело. Израз „у друштву“ не треба разумети тако, као да су сви учесници морали радити на самом извршењу саме главне радње, т. ј. на остварењу бића кривичног дела, већ под тим треба разумети сваку врсту учешћа. Према томе могу два саучесника, који су извршили једно убиство, теретити трећег као подстрекача за то убиство; тако исто могу двојица теретити трећег, да су га подстрекли на убиство, које је овај са њиховим знањем извршио.

Сведоџбе саучесника могу бити потпун доказ, противу трећег само за оно дело које су они признали. Ако, дакле, два саучесника изјаве да су се с трећим, који своју кривицу не признаје, споразумели да изврше крађу, па је тај без њиховог знања и воље употребио силу при узимању ствари то ће ипак и он бити осуђен за крађу а не за разбојништво, јер она двојица не признају разбојништво за себе.

б) Да су два саучесника, који су кривицу за себе признали, своје сведоџбе на главном претресу у очима казали ономе кога терете. Ако се, према овоме, суочење не може учинити

на главном претресу, и, пр. због смрти једног од саучесника, то не може бити речи о предности терећења. Из овога излази и то, да је недовољно суочење извршено само у генералној истрази, нити читање протокола суочења на главном претресу. Основ са кога суочење има да буде баш на главном претресу јесте то, што казивање у очи на главном претресу треба да буде пробни камен за истинитост исказа саучесникових, јер они треба то терећење јавно да понове пред судијама, странкама и слушаоцима.

в) Сведоци саучесника морају бити снабдевене овима захтевима потребним за важност способног сведока, које предвиђа § 229, сем захтева да буду заклетни (§ 231 т. а).

г) Саучесници се морају слагати и с обзиром на таква питања, која се односе на *нарочите околности*, које стоје у вези са заједнички извршеним кривичним делом, али за која (питања) пре њиховог саслушања нису могли предвидети да ће бити питани (§ 231 т. б). Да би се, дакле, видело, да ли се искази саучесника слажу, па, према томе, да ли су и истинити, морају се њима постављати многа питања. Али се та питања не смеју односити само на главне околности кривичног дела, и, пр. на оруђе којим је убиство извршено, на украђене предмете, јер су они лако могли предвидети, да ће о томе бити питани, па су се могли споразумети. Саучесници се морају питати и о незнатним околностима, које им изгледају безначајне, да о њима неће бити питани, па стога се о њима нису ни споразумевали, и, пр. како изгледа оруђе, како су дошли до оруђа, како су они међу собом поделили покрађене ствари и т. д. Ако се искази њихови о оваквим околностима слажу, онда је то знак да су истинити.

д) Искази саучесника о околностима, које им се стављају на терет, морају се и другим доказима потврђивати, тако да ничега нема, по чему би се могло закључити на њихов ранији договор о томе, или по чему би се могло посумњати у истинитост њиховог исказа (§ 231 т. в). Није, дакле, довољно да саучесници признају за себе кривицу и да се њихови искази слажу, него се тражи, да то њихово признање буде и другим доказима поткрепљено. На тај се начин добија још већа вероватноћа да су њихови искази одиста истинити, и,

пр. два саучесника изјаве да су с трећим, који не признаје, убили А на тај начин, што је један на њега пуцао, а за тим су сва тројица леш однели на једно место и закопали. Ако се сад увиђајем нађе леш, а лекарским мишљењем на основу секције нађе да је смрт наступила услед повреде нанесене пушчаним арном, онда се тим доказима потврђују искази саучесника, и пре ће се узети за истините.

Није довољно да се само отежавајуће околности, које против саучесника постоје, поткрепљују другим доказима или основима, већ је за доказну вредност њихових исказа потребно, да има и таквих околности, којима се њихови искази и у свему другом поткрепљују (§ 231 т. з).

ГЛАВА ПЕТА

ИСПРАВЕ¹⁾

§ 38.

Појам и подела исправе.

1. Исправом у најширем смислу зове се сваки мртав предмет, на кога се може извести да једна чињеница постоји. Под исправом у ширем смислу, међутим, разумемо мртве предмете које је човек начинио, и из којих се може извести да је таква чињеница истинита. И најзад, под исправом у ужем смислу разумемо писмено које је кадро уверити судију о извесности или каквој чињенице која је предмет доказа и која је важна за решење кривично-правног спора.

Исправе у најширем и ширем смислу нису самостална доказна средства ни с погледом на њихов садржај ни с погледом на форму у којој се употребљавају. До онога, што оне показују, може судија доћи само на тај начин што ће их својим чулима опазити, т. ј. увиђајем, те се стога оне јављају или као увиђај или као индиције. Међутим, по садржају свом, ни исправе у ужем смислу нису самостална доказна средства, већ долазе у коју од других врста доказа. Јер исправа у ужем смислу, о којој ћемо само и говорити, може:

а) садржати у себи чињенице које улазе у биће или corpus delicti једног кривичног дела, н. пр. увредљиво писмо,

¹⁾ Jentz, Das öster. Criminalrecht IV 97; Kitta, Thatbestand 254; Mittermaier, Beweislehre 378; Ruff, Commentar II 115; Zachariæ, Handbuch II 447; Kriés, Lehrbuch 412; Birkeneyer, Lehrbuch 459.

лажни тестамент и т. д. Исправа се овде јавља као предмет на коме је или помоћу кога је извршено једно кривично дело, дакле, као предмет увиђаја; или

✓ б) може у себи садржати вештачко мишљење; или
 ✓ в) може у себи садржати признање оптуженог; или
 ✓ г) може у себи садржати сведоцбу сведока; или
 ✓ д) може у себи, најзад, садржати чињенице из којих се даје извести закључак или да једно кривично дело постоји, или да је извесно лице учинилац једног кривичног дела, н. пр. подозрива преписка, вансудско признање и др. У овом случају се исправа по свом садржају јавља као индиц или основ подозрења.

Из свега овога изилази, да су исправе по садржају свом или предмет увиђаја или писмени облик у коме се јављају остала доказна средства, а само по својој спољашњој — писменој — форми сматрају се као самостална доказна средства, те се само стога о њима засебно говори.

Кад се ма који доказ изнесе у писменој форми пред судију, н. пр. протоко увиђаја, писмена лекарска сведоцба и др., то он не дејствује непосредно већ посредно. Из овога изилази, да ће се у толико мање моћи употребити један доказ у писменој форми у колико је више поступак организован на начелу усмености и непосредности. Ту је доказ у писменој форми изузетак, јер се допушта само онда, кад се не може непосредно да добије. Инквизитореки поступак био је организован на начелу писмености и посредности, стога су исправе, т. ј. докази у писменој форми, биле главно доказно средство. У реформираном поступку је то другаче. Ту за главни претрес вреди начело усмености и непосредности, те се и сви докази имају изнети непосредно, изузев случајеве које закон предвиђа. И по нашем поступку је главни претрес усмен и непосредан, само ипак не у оној мери у којој је он то у новијим законодавствима, јер даје потпуну вредност доказима у писменој форми и у оним случајевима, у којима то реформирана законодавства не допуштају. Генерална истрага и прелазни поступак, међутим, организовани су на начелу писмености и посредности, те је стога и доказ у писменој форми допуштен.

По својој садржини не одстоји писмено као доказно средство (већ об форми)

II. Од различитих подела исправа довољно је поменути ове две као најважније:

1. Све су исправе или такве, да су унапред, приликом њиховог прављења, одређене да послуже као доказ, н. пр. судски протоколи, писмено направљени уговор и т. д; или су такве, које служе као доказ, али нису унапред одређене за то, н. пр. приватна писма, белџинци и т. д. Ова подела нема практичног значаја за кривични поступак.

2. Од већег је практичног значаја подела на *јавне* и *приватне* исправе. Јавне су исправе оне, које издају надлежне власти, или и чиновник, у границама своје дужности и у законом прописаној форми (§ 234). Док су приватне исправе оне, које издају приватна лица, због чега им се и не даје јаван карактер, па макар их издао и чиновник, само не као службено већ као приватно лице.

§ 39.

Поступак код исправа.

Ако се хоће да прибави доказ исправама, онда поступак, којим се то има да постигне, делимо на три саставна дела и то: *прво*, треба *добавити* исправу, која има да послужи као доказ; *друго*, треба *утврдити истинитост* те исправе; и *треће*, треба *испотребити* исправу, а после свега овога долази оцена садржаја исправе као доказа.

1. Добављање исправе.

Да би се исправом могло нешто доказати, мора она, на првом месту, бити у рукама иследника и суда. Ако се исправа налази у рукама трећег, настаје питање, у колико је овај дужан да изда исправу у циљу доказа? У интересу проналажења истине законодавац је установио дужност издавања исправа, што се јасно види из § 83. По том закону има се принудити на издавање овај, који исправе неће да изда, а сигурно се зна да се код њега налазе. Сасвим је све-

једно, да ли се исправа налази код власти или код приватних лица. Чак су и поштански авијациони дужни на захтев иследне власти узакити и издати писма и телеграме, које сакривљени пише или који њему долазе (§ 84). Пре употребе принудних средстава, има се од лица, код кога се исправе налазе, тражити да их драговољно изда; остане ли то без успеха, онда се има приступити претресу као ореству за добављање предмета потребних у поступку, па ако се ни на тај начин тражене исправе не добаве, а извесно се зна да се налазе код тога лица, тек тада се има на издавање принудити. Принудно средство је овде исто које и према сведоку који неће да сведочи, т. ј. притвор до шест недеља (§ 83).

Да би добављена исправа могла послужити као доказ, мора она још и с погледом на облик и садржај испунити извесне захтеве¹.

1. Односно облика исправа мора а) у оригиналу бити поднета, јер је код простог преписа немогуће оценити праву особину исправе, а сем тога, услед потврдених грешака, може се одговорати оригиналу. По правилу не треба примити ни јавне исправе у овереном препису, а нарочито не онда кад која од странака тражи исправу у оригиналу. Из овога се, опет, не може извести да препис исправе увек нема доказне вредности. Под претпоставком да се препис слаже с оригиналом, може садржај преписа бити од исте доказне вредности као и садржај оригинала. б) Добављена исправа треба да буде у целини. Ако су делови исправе исцелени или одвојени, да се не могу добавити, то та непотпуност може исправи или сасвим или делимиче одузети доказну снагу, што ће зависити од тога, да ли се на исцеленом или одвојеном делу налазила каква важна чињеница. Разуме се, да ће и исправа, која није у целини, имати потпуну доказну снагу, ако су њени исцелени делови без важности. в) Исправа не сме садржати недодуштена преиспитувања као: препртавања, радирања, дометања, по којима би се могло посумњати да је права исправа фалсификована. Према томе, неће овако препртавање или додавање бити знак да је исправа фалсифико-

¹ Mittermayer, Beweislehre 335; Ruff, Commentar II 119; Kiths, Thatbestand 374.

vana, то неће бити н. пр. кад је онај, који је писао приватно писмо, сам прецртавао, радирао или поправљао. Кад је радирање или поправљање недопуштено, па неко ипак то учини, онда оно може исправи одузети доказну снагу само тада, ако се баш тај радирани или поправљани део односи на важне чињенице.

2. Односно садржине добављена исправа мора бити а) јасна. Али и нејасне исправе могу послужити као индици или основ подозрења, по само такве, код којих се баш из те нејасности може да изведе закључак да је издавач те исправе извршио или учествовао у извршењу каквог кривичног дела, као н. пр. нејасна сумњива преписка кад је реч о кривичном делу веленадаје. б) Исправа не сме садржати противречја у толико, у колико се због њих не може да зна, шта се хтело рећи исправом.

II. Доказивање истинитости исправе.

Погодба за доказну снагу исправе јесте њена истинитост, под којом разумемо околност, да она одговара онако, како је поднета, долази од онога, који је означен као њен издавач. Кад је реч о доказивању истинитости исправе, закон разликује исправе на јавне и приватне.

1. Јавне исправе. Код јавних исправа није потребан нарочити поступак ради доказивања њихове истинитости, јер се из извесних законских захтева, које јавна исправа мора у себи садржати, изводи да је истинита. Тако н. пр. ако је исправа написана у законом прописаној форми, ако је снабдевена печатом и потребним потписима, онда постоји законска претпоставка да је и истинита. Код ових исправа, дакле, потребно је само извршити увиђај о томе, да ли и оне садрже све законске захтеве, и ако то стоји, онда, без икаквог даљег доказивања истинитости, јавне се исправе по § 234 сматрају као потпуни доказ о ономе о чему гласе. Само код исправа које су туђинске власти издале потребан је извесан поступак да би се утврдило, да је поднета исправа издата у форми коју прописује закон земље у којој је издата, или да се утврди да су потписи на њој истинити, или да је из-

дата од надлежне власти. Овај поступак се свршава у Министарству Спољних Послова.

Ма да постоји законска претпоставка, да су јавне исправе истините, ипак то никако не значи, да је противу њих искључен противдоказ. И противу њихове вероватноће и истинитости може се војевати, а ова ће по § 234 бити уздрмана:

а) ако се издавач из службене радње, којом је издао исправу, има надати каквој користи или се имао бојати какве штете; или

б) ако би иначе противу истинитости какве исправе било основане сумње.

Према томе, странке имају права да војују противу истинитости јавне исправе изnoseћи ма који од ових основа, а на њих има и суд по службеној дужности да пази. Не да се поставити опште правило, по коме би се имало ценити, да ли је један основ у стању да истинитост исправе доведе у сумњу или не. Због многостручности основа све је то остављено слободној оцени суда, и ако суд нађе да изнети основ у конкретном случају доводи истинитост исправе у сумњу, таква исправа неће имати доказне вредности све док та сумња не буде отклоњена.

Исто вреди и за протоколе иследних власти и за судске протоколе, т. ј. и они су по другом одељку § 234 јавне исправе, и потпуни су доказ о ономе, што је у њима записано, сем ако иследник или судија, с погледом на ту радњу коју је вршио и која је забележена у протоко, не би требао бити искључен по службеној дужности, или ако иначе противу вероватности или истинитости тих протокола не би било основане сумње. Таква сумња постојала би нарочито тада, кад протоко не би био начињен на онај начин и у оној форми, коју закон прописује, н. пр. кад сваки табак не би био потписан од стране окривљеног, кад испиту не би присуствовала два грађанина и т. д.

Различите су од јавних исправа сведоштво појединих службеника или чиновника о службеном раду, или о околностима које су се за време подеђења или претреса судског појавиле. Ове сведоштво по § 235 у свему се изједначавају са сведоштвама других сведока.

јавне су исправе оне које издају органе државне власти у кругу своје надлежности

2. Приватне исправе. Код приватних исправа мора се истинитост потпуно доказати, ако се њима ма шта хоће да докаже. Истинитост приватне исправе утврђује се:

а) Признањем (*reognition*) онога, који се сматра као издавач. Пошто та изјава садржи у себи признање, то оно мора бити судско; вансудско признање створило би вероватноћу а не и извесност о истинитости исправе, те би служило само као ближи основ подозрења. Као год што се љутање не сматра за признање, тако се исто из љутања не може извести ни истинитост исправе.

Ако се исправа делимично призна, онда се за истинито сматра само оно што је признато, а непризнато има се нарочито доказивати. Према овоме, ако окривљени призна само истинитост потписа на каквој исправи, то се самим тим из тога не може извести да и садржај исправе од њега долази или да је исти њему познат, јер је могуће да је окривљени потписао празну хартију или да му је подметут један акт који је он држао за други акт. У таквом случају суд, по одељку другом § 233, мора да испитује истинитост основа које окривљени наводи за своје незнање или за то да садржај није његов, и према свему, по свом налажењу, има да оцени хоће ли и колико ће веровати наведеним основима окривљеног, а од те одлуке суда зависи постојање или непостојање истинитости исправе.

б) Сведоцима сведока, који су при издавању исправе били присутни, на били они потписани на самој исправи или не.

в) Вештачењем или срањивањем рукописа. Да би се срањивањем могла утврдити истинитост исправе, потребно је паћи несумњиви рукопис онога за кога се држи да је издавач исправе и то из времена из кога је и исправа са којом се има вршити срањивање. Ако нема таквог рукописа, онда треба обазриво тражити, да он што напише пред иследником или судом, и с тим рукописом онда вршити срањивање. За вештаке треба бирати добре познаваоце разних рукописа као: архиваре, учитеље писања и др. Хоће ли и колико ће вештачко мишљење о срањивању рукописа служити као доказ о истинитости исправе, зависи од оцене суда. Закон у

првом одељку § 233 наређује, да то суд реши „према другим околностима“. То значи, да вештачко мишљење само за себе, без других околности из којих би се такође изводила истинитост, не би било у стању да створи извесност, већ само вероватноћу. По том вештачком мишљењу и по другим околностима суд има да оцењује: хоће ли узети исправу за истиниту или не.

III. Употреба исправе.

Тек кад је истинитост исправе утврђена, може се она употребити као доказ. Ова се употреба по правилу састоји у прочитавању исправе, т. ј. исправа која треба да послужи као доказ има се прочитати на главном претресу: §§ 184, 185, 192, 205, 207. Прочитавањем се суду доставља до знања садржај исправе из кога суд према доказним правилима има да цени истинитост или неистинитост чињенице, која се исправом доказује; прочитавањем се исто тако и странкама доставља до знања садржај исправе, да би ове могле дати своје изјаве, на евентуално и војевати противу исправе. И начело јавности захтева, да се исправе на претресу прочитају, јер би било противно овом основном начелу, кад би судије из приватног читања сазнали садржај исправе. Цела се исправа не мора прочитати, већ само онај део којим се хоће нешто да докаже. Прочитавање врши председник суда или који од чланова суда, а то може да учини чак и деловођа, али никако странке. Како се прочитавањем добија доказ, то се она у протоко претреса мора назначити.

Сем прочитавањем, исправа се у неким случајевима може употребити као доказ још и простим показивањем на увиђај. На тај начин ће се исправа употребити онда, кад се доказ нема да добије из самог садржаја, већ из постојања (екзистенције) или особине исправе. У овом случају исправа је само предмет увиђаја и. пр. да се утврди постојање валсициката менице, потребно је показати ту меницу на увиђај, ту се, дакле, гледањем или увиђањем а не прочитавањем употребљава исправа као доказ.

Оцена доказне снаге исправе. — 3232

Кад је истинита исправа на овај начин употребљена, онда остаје да се оцени њено дејство у поступку, т. ј. да се види какву и колику доказну снагу она има.

За оцену овога меродаван је садржај исправе. По садржају свом, као што је раније речено (§ 33 I), исправе нису самостално доказно средство, већ долазе у коју од других врста доказа. Исправа, дакле, или садржи у себи биће каквог кривичног дела које се увиђајем може да приметити, или признање, или сведошбу сведока, или вештачка мишљења, или каква основ подозрења.

1. Исправа или писмено може у себи садржати биће — *corpus delicti* — каквог кривичног дела или само поједина његова обележја, као н. пр. нашквилна, изазивање ил какав злочин или преступ, прављење лажних и недопуштено преправљање правих исправа и др. (§ 232 први одељак). Исправа се овде јавља као предмет на коме је или помоћу кога је извршено једно кривично дело. Доказ о постојању кривичног дела које се налази у исправи добија се увиђајем са или без вештака. Исправа је, дакле, овде само предмет увиђаја, а не и доказ о постојању кривичног дела. Доказ о томе, да ли н. пр. постоји кривично дело прављење лажне исправе, јесте увиђај који суд учини над исправом, а не сама исправа. У толико је погрешан први одељак §-а 232, у коме се вели да „исправа... може служити за доказ казнивог дела“, јер, као што видимо, исправа је само предмет увиђаја, а увиђај са или без вештака је доказ о постојању кривичног дела. То је наређење погрешно још и у томе, што се доказ о бићу кривичног дела исправама доводи у зависност од доказа кривице оптуженог, што „исправа или писмено може служити за доказ казнивог дела, у колико је доказано, да оно од оптуженог произилази.“ Јер једно кривично дело може постојати без обзира на то, да ли је кривац познат или не. И у случају кад се не зна ко је исправу издао, ако она у себи садржи кривично дело, увиђај ће бити доказ о постојању тога дела¹.

¹) Ruff, Commentar II 116

2. Исправа може у себи да садржи признање окривљеног. У том случају признање се има ценити по свима правилима која за признање вреде. Писмено које у себи садржи нпречно признање сматра се само као ближи основ подозрења из т. I § 123, који тек у друштву с другим основима може дати потпун доказ против оптуженог (други одељак § 232). Међутим, над протоко саслушања, који је испитан у законској форми ничинио, садржи признање окривљеног, онда то признање служи као потпун доказ. Ако оптужени на главном претресу пориче, онда се до признања долази прочитавањем протокола саслушања у коме се налази његово раније признање.

3. Исправа може садржати и сведошбу сведока. Та ће се сведошба оцењивати по свима правилима која важе за сведошбу сведока. Ако приватна исправа, н. пр. писмо, садржи вансудску сведошбу, онда она може послужити само као удаљенији основ подозрења а никако као доказ. Јер закон даје доказну снагу сведошби само тако, ако је учињена пред испитником или судом, и ако је на њу положена заклетва. Из тога, што наш закон (т. 7 § 229) не тражи да сведошба мора бити дата усмено на главном претресу, нити да ће се јавне исправе које у себи садрже сведошбу дати у генералној истрази или у прелазном поступку, имати прочитати на главном претресу, и у том случају ће писмена сведошба предети као и усмена на главном претресу. Писмена сведошба изузетно ће се употребити за доказ у овим случајевима: а) кад се краљица и наследник престола саслушају у двору или месту пребивања према § 115; б) ако је раније испитани сведок умро, или душевно оболео, или је толико болестан да на претрес не може доћи, или се не зна где је или би се на њега морало дуго чекати (§ 184 први одељак); в) кад се сведок на главном претресу не сећа неких околности онда ће му се прочитати његов ранији испит о томе; г) кад оптужени признаје дело, суд може наредити да се само прочитају сведошбе ових сведока, који не посведочавају признање оптуженог.

4. Исправа може садржати вештачко мишљење, и оно се има оцењивати по правилима о вештачењу. На главном

претресу вештаци дају своје мишљење усмено. Хоће ли вештак у генералној истрази моћи дати мишљење писмено, зависи од оцене иследника. Лекарске сведочење о узроку смрти и о телесним повредама узимају се за потпун доказ и у писменој форми.

5. Исправа, најзад, може садржати какав индициј или основ подозрења, т. ј. чињеницу која стоји у вези с кривичним делом и окривљеним и по којој се може закључити да је окривљени извршио кривично дело, н. пр. писмо које садржи признање окривљеног, или сумњива пренисна између двојице која се односи н. пр. на кривично дело великогађе и т. д.

ГЛАВА ШЕСТА

САСТАВНИ ДОКАЗ ИЛИ ДОКАЗ ОСНОВИМА ПОДОЗРЕЊА

§ 41.

Појам и значај доказа основима подозрења.

1. Саставни доказ јесте такав доказ, који се добија из основа подозрења или индиција. Отуд му и име саставни доказ. Основи подозрења или индиције јесу, опет, такве доказане истините чињенице, из којих се може извести закључак да је једна друга чињеница, која има да се докаже, истинита или неистинита, јер оне прве с овом другом стоје у тесној логичкој вези. Н. пр. код А су нађене покрађене ствари; из ове познате, доказане, истините чињенице суд може извести закључак да је А извршио ту крађу. До оваког закључка може се доћи стого, што здрав разум и искуство не само допуштају него и упућују на такав логички закључак, јер она прва истинита чињеница: код А су нађене покрађене ствари, стоји у тесној логичкој вези с овом другом: А је извршио ту крађу, која је и предмет доказа; ова је друга, дакле, изводи из оне прве, или она прва доказ је за ову другу. Основ подозрења или индиција је овде чињеница: код А су нађене покрађене ствари. Према овоме, да би једна чињеница могла бити основ подозрења, потребно је двоје, 1) да је та чињеница истинита или доказана. Оно је сасвим појмљиво, јер ако из једне чињенице треба да се изведе истинитост друге, онда то може да буде само тако, ако је доказано да прва несумњиво постоји. 2) На другом месту

§ 22 ст. 6

§ 236-39

#

№ индициј

22*

ова чињеница: извршена крађа
 друга : ко је извршио крађу / вероватноћа је
 да је она, кад она су нађене покрађене ствари.

потребно је, да та чињеница буде таква, да се из ње даје известити закључак за истинитост друге чињенице која је предмет доказа.

Доказ основима подозрења, према свему, почива на закључку, који се из доказане чињенице изводи на другу која је предмет доказа. За тај закључак потребне су две премисе: горња и доња. У горњу премису овога закључка улази једно правило које почива на законима разума или искуства, н. пр. да је притежалац покрађених ствари понајчешће сам извршио крађу. У доњу премису закључка улази једна доказана, истинита чињеница такве врсте, која се горњом премисом претпоставља; у нашем примеру то би била чињеница, да су код оптуженог нађене покрађене ствари. Ова је чињеница, као што је раније речено, основ подозрења или индиција. Кад се сад овај основ подозрења подведе под горњу премису, онда долазимо до закључка, да је оптужени учинио крађу, а то је оно што је требало доказати, т. ј. што је thema probandi. Несумњиво је, дакле, да су и основи подозрења доказно средство, којим се може да утврди истинитост једне важне чињенице¹⁾.

Доказ основима подозрења зове се још и посредни доказ, јер се код њега непосредним доказним средствима најпре утирђује истинитост основа подозрења, и тек од тога основа подозрења, извођењем закључка, долази се до истинитости оне чињенице, која има да се докаже (раније с. 125, 126).

Противно новим законодавствима, наш је законодавац, као и сви старији, дао дефиницију основа подозрења у § 118. По томе наређењу „основ је подозрења свака ова околност која намећу извесног лица и казнимог дела стоји у тако тесној свези да се, непристрасно судећи, по њој као вероватно узети може, да је исто лице учинило казнимо дело или учествовало у казнимом делу, за које се обавиљује“. И по овој дефиницији је јасно, да је основ подозрења доказана околност т. ј. чињеница, из које се извођењем закључка може да дође до друге чињенице која има да се докаже, овде до

¹⁾ Противно овоме тврде Lowe и v. Kries. Последњи (Lehrbuch 333) сматра да је логичка погрешка називати основе подозрења доказним средством, јер су и они предмет доказа.

кривичне одговорности оптуженог, јер та доказана околност с кривичном одговорности оптуженог стоји у тесној логичкој вези.

Основ подозрења је околност или чињеница која не улази у биће кривичног дела, већ стоји ван њега. Сем тога, основ подозрења по правилу не даје онај степен извесности који ми зовемо доказом, већ само један незнатнији степен вероватноће, који се означава као подозрење, сумња, вероватноћа. И у § 118 каже се, да је основ подозрења околност, по којој се као вероватно узети може, да је оптужени учинио кривично дело. Због свега овога важи за сва законодавства, вако с теоријом законских принудних доказа тако и с теоријом слободног уверења, правило да један основ подозрења не може дати доказ, јер се из тако усамљеног могу разни закључци изводити, већ да је потребно да дођу или да се стекну више њих па да се добије доказ, т. ј. да се чињеница која је предмет доказа узме доказаном. Стога се овакав доказ и зове доказ основима подозрења или саставни доказ.

II. Питање о значају и вредности доказа основима подозрења било је једно од најспоријих питања у Кривичном Поступку. Тај је спор свршен и оно за данашњу науку и за нова законодавства нема више вредности. Но ми ћемо ипак додирнути ово питање из два разлога: прво због његове историјске вредности, и друго стога, што је оно за наш законик још и данас од значаја.

Колики значај има доказ основима подозрења поглавито зависи од организације самог Кривичног Поступка, т. ј. од тога да ли је Кривични Поступак организован на оптужном или на инквизиторском начелу. Много већи значај има он у оптужном него ли у инквизиторском поступку.

У инквизиторском поступку средњег века све до краја XVIII столећа доказ основима подозрења по својој вредности изостајао је иза непосредних доказа, нарочито иза признања и сведочења сведока. То се огледало у томе, што се осуда на казну није могла изрећи само по основима подозрења, па ма их колико било на броју. Из овога опет не треба извести, да су основи подозрења били без икаквог значаја. Они су били од значаја у толико, што се на основу

них mogla otvoriti istraga, narediti pritvor и, нарочито, тортура. Како је тортура готово увек доводила до признања, то се није ни осетила толика потреба да се и само по основима подозрења изриче осуда за све време док је употреба тортуре била допуштена.

С увидањем тортуре, као законског средства за добијање признања, осетила се велика празнина у законодавству. Природни или непосредни докази били су недовољни, а на основима подозрења није се могла засновати никаква осуда, те је услед тога правни поредак био јако доведен у питање. Излаз овоме морао се тражити, и у прво време нашао се у томе, што се и даље остало при забрани изрицања редовне казне, а допустило се изрицање *изванредне* казне, кад противу оптуженога има само основа подозрења. Но и ово је остало само као привремено решење овога питања.

Почетком прошлога столећа и у теорији и у пракси отворила се једна од највећих дискусија о доказу основима подозрења. У главном су била два питања око којих се водило најглавнији спор: 1) да ли основи подозрења могу дати ону извесност која је у поступку потребна за осуду, или боље: да ли се они у опште могу уврстити у ред доказа? и 2) да ли доказ основима подозрења треба да има исту доказну снагу као и непосредни докази?

Мишљења су по овим питањима била јако подељена. Докле су једни давали негативан одговор на оба питања, докле су други потврђивали прво а одрицали друго питање, а трећи су опет потврђивали оба питања. Противници доказа основима подозрења, међу којима је било и врло угледних криминалиста (Abegg), замерали су му што је непоуздан. Непоузданост се састојала у томе, што се *извесност*, која се тражи у Кривичном Поступку, по њиховом мишљењу, може добити само на основу чулног опажања, дакле само непосредним доказима, а никако и основима подозрења, јер они дају само вероватноћу а не и извесност. Они веле, да основ подозрења почива на претпоставкама, које могу бити и лажне, те стога, ма колико основа подозрења било, они могу дати само увећану вероватноћу, која није довољна основница за доказ. — Браниоцима доказа основима подозрења

није било тешко доказати погрешност оваквог мишљења. Кад се има на уму, да је извесност такав степен уверења, у коме ова основи, који су судији познати, говоре да је нека чињеница истинита тако, да би непаметно било узети противно за истинито (раније с. 13), онда је јасно да се и основима подозрења може доћи до извесности. Сем тога, не само основи подозрења, већ и непосредни докази почивају на претпоставкама; и код њих судија до извесности долази путем закључка, судија и. пр. верује признању стога, што претпоставља да је истина оно што је оптужени признао. Најзад, погрешно је сваки основ подозрења сматрати као нешто потпуно изоловано тако, да кад један представља само вероватноћу, онда да и више њих морају то исто значити. Напротив, основи подозрења не даду се један од другог одвајати, те стога више њих заједно вероватноћу могу да доведу до извесности.

Докле је односно првог питања већина била мишљења да се и основи подозрења могу уврстити у ред доказа, докле је односно другог питања било обрнуто т. ј. већина је била мишљења да се доказ основима подозрења не може изједначити у доказној снази с непосредним доказима. И ако се основима подозрења признавала доказна снага, ипак се држало, да је истина, добијена на основу непосредних доказа, поузданија од истине добијене посредним доказом. Последница оваког схватања била је та, да су законодавци забрањивали изрицање најтежих казни, смртне казне и вечитог лишења слободе, само по основима подозрења. Ово разликовање доказне снаге посредних од непосредних доказа још је и појмљиво у законодавствима с теоријом законских принудних доказа, јер је по њиховим доказним правилима лако могуће, да се и код невиног, несрећним стицајем прилика, нађе довољан број основа подозрења за осуду, и што се услед тога може десити да невин буде осуђен на смртну казну која се не да поправити.

Као год што је постојала велика разлика у мишљењима у теорији, тако су се исто у томе јако разликовала и законодавства. Тако је и. пр. пруски кривични поступак и даље остао при томе, да се по основима подозрења може изрећи

само изванредна а не и редовна казна. Саксонски (1838), хановерански (1832), аустријски (1803 и 1853), виртенбершки (1843), баденски (1845) и други, опет, допуштали су изрицање редовне казне. Сви су готово закони забрањивали изрицање смртне казне, а неки и казне вечитог лишења слободе. Они су се међу собом разликовали још и у томе, што су неки допуштали да се основима подозрења може доказати и биће кривичног дела и привична одговорност оптуженог, а неки само кривичну одговорност оптуженог. Сви су покушавали да законским путем регулишу доказ основима подозрења, као што је био случај и с осталим доказима. Тако су једни изречно набрајали све основе подозрења, а други су их наводили само примера ради; дељени су у различите групе, и, најзад, одређиван је број који је био потребан за образовање доказа.

Овакав је положај и значај доказа у законодавствима с теоријом законских принудних доказа. Међутим у реформираним законодавствима он добија други значај. Данас више ни наука ни законодавства не сматрају раније постављена питања за спорна. С увођењем теорије слободног судијског уверења, употреба доказа основима подозрења није могла више ничим бити ограничена, јер је несумњиво да и основи подозрења могу створити код судије уверење о истинитости једне чињенице. Вероватноћа коју показује један основ подозрења стицајем више основа, може да се неће све више и више тако, да се може преобратити у извесност. Тако и, пр. ако је утврђено да је А претио Б-у убиством, то, ако Б буде и убијен, биће само вероватно да је А убица. Али ако се поред убијеног нађе пож А-ов, и ако се нађе на његовом оделу крв човечија, то више неће бити само вероватно него извесно да је он извршио то убиство.

Последица оваког схватања доказа основима подозрења јесте, да се непосредни докази више не истичу над посредним. И ако непосредно опажање оштите боље може да увери, него ли закључак из једне опажене на другу неопажену чињеницу, и ако се непосредни доказ увек мора на првом месту узети кад га има, ипак из тога не треба никако извести, да је посредни доказ, т. ј. доказ основима подозрења оштите,

непоузданији и мање вредности. И непосредни као и посредни доказ може бити са разних узрока непоуздан, те стога сву пажњу и код једног и код другог треба обратити на то, да се отклони опасност која прети њиховој поузданости. Главно је то, да и посредни као и непосредни доказ може да створи код судије чврсто уверење о истинитости какве важне чињенице, те се стога свака казна, па и смртна, може изрећи по основима подозрења.

Наш законик о привичном поступку уредио је питање о доказу основима подозрења онако исто као и његов изворник, аустријски законик од 1853, који спада у старије законике са теоријом законских доказа. И он увршћује основе подозрења у ред доказа, али им не даје исти значај који и непосредним доказима, јер се смртна казна по § 243 не може ни у ком случају изрећи на основу саставног доказа, већ само на основу непосредних доказа: признања и сведочења сведока. Како је у детаљима наш законик уредио питање о доказу основима подозрења, видеће се из даљег излагања.

§ 42.

Подела основа подозрења.

Основа подозрења су различите, и, према томе, могу се делити у разне групе. За теорију слободног судијског уверења та је подела без значаја, те је стога реформирана законодавства и не чине. Она у опште не постављају никаква законска правила о основима подозрења, јер би се то противило систему слободног оцењивања доказа. По овом систему мора се оставити судији, да он сам слободно оцењује да ли је једна чињеница таква да се из ње може извести закључак на другу чињеницу који је предмет доказа, т. ј. да ли се једна чињеница може узети за основ подозрења. При томе се мора оставити судији да он сам одређује шта има да употреби за горњу премису. Стога реформирана законодавства нити кажу шта је основ подозрења, нити их набрајају, нити их деле, нити постављају правила по којима се на основу њих има добити доказ.

Другачије је то по теорији законских принудних доказа. Она све ово уређује законским путем. Она законски поставља правне претпоставке (*praesumptiones iuris*) које принуђавају судију да узме као утврђене апстрактне закључке које је закон извео, и онда га даље принуђава да у конкретном случају и сам изводи исти закључак, чим дође до какве чињенице која се даје подвести под онај апстрактни закључак. Закон, дакле, унапред одређује шта се има узети као основ подозрења и колика му је доказна вредност, те стога и подела основа подозрења по овој доказној теорији има своје практичне вредности.

Основи подозрења у главном могу бити: ¹⁾

1. Непосредни и посредни. Ако се из основа подозрења непосредно може извести закључак на истинитост или неистинитост чињенице која је предмет доказа, онда је то непосредни основ подозрења. Ако се, међутим, из основа подозрења најпре изводи закључак на другу чињеницу која је опет основ подозрења за чињеницу која је предмет доказа, онда је онај први основ посредни основ подозрења. Тако би н. пр. био посредан основ подозрења, кад би се по трагу од ногу, нађених на месту учињеног дела, изводила кривична одговорност једног лица. Јер из облика трага прво се изводи закључак, да је онај, чији је траг, био на месту учињеног дела, а из тога опет даље да је он и учинио кривично дело. Нађени отisci стога једног лица на месту учињеног дела, дакле, јесу посредни основ подозрења. Ако би, међутим, два сведока сведочили, да су једно одређено лице видели на месту учињеног дела, онда би то био непосредни основ подозрења. Лако је видети да су посредни основи слабији од непосредних основа подозрења.

2. Основи, који претходе делу (*indicia antecedentia*), н. пр. набављање оружја; који праге дело (*ind. coexistentia, concurrentia*), н. пр. оптужени је био на месту учињеног дела; који иду за делом (*ind. subsequentia*), н. пр. код оптуженог су нађене покрађене ствари. Овој подели је нарочити значај

¹⁾ Mittermaier, Beweislehre 418—419; Ruff, Commentar I 236—238; Glaser, Lehre vom Beweis 119 и даље.

придавао Фајербах, који је унео и у баварски казњени закон, али је ипак за то она без значаја и без вредности, јер један основ који прати дело не мора бити јачи од основа који претходи делу. Сем тога, и сама је подела произвољна, јер што је у једном случају основ који прати дело, то у другом случају може он бити основ који иде за делом. Наш законик не предвиђа ову поделу основа подозрења.

3. Оптужујући и одбранбени основи подозрења. Ова је подела учињена према томе, да ли један основ подозрења има да служи за доказ виности или за доказ невиности. Оптужујући основи подозрења могу се односити или на биће кривичног дела, или на кривичну одговорност оптуженог (§ 118), или и на једно и на друго, као што се то види из § 119, у коме се вели, да околности једнога лица, из којих се даје извести постојање још непронађеног кривичног дела које је оно извршило, јесу једновремено основи подозрења како за проналажење тога непознатог дела, тако и за утврђивање кривичне одговорности тога лица. Оптужујући основи подозрења могу се односити и на отежанне околности. — Одбранбени основи односе се или на чињенице са којих се кажњивост искључује или смањује, или на то, да не постоје чињенице које служе за доказ виности, то би н. пр. била чињеница из које се даје видети, да је осумњачени у премину извршења дела био на ком другом месту.

Од ове поделе треба разликовати поделу на главне основе подозрења и на противоснове. Противоснови су такве чињенице, из којих се даје извести противно ономе, што се извело из једне друге чињенице која већ постоји. Противоснов је у највише случајева одбранбени основ, али то не мора да буде, јер и оптужујући основ подозрења може у једном случају служити као противоснов.

4. Општи и посебни основи подозрења (*indicia communia et propria*). Општи су основи подозрења они који се могу применити код свих или бар код већине кривичних дела, а посебни су они, који се могу применити само код извесне врсте кривичних дела. Ову је поделу усвојио и наш законодавац. У § 121 предвиђени су примера ради општи, а у § 122 по-

себни основи подозрења, који се могу употребити само у кривичним случајевима поменутих у томе параграфу.

Подела на опште и посебне основе подозрења има још и један други значај. По том другом значају, општи су основи подозрења оне чињенице, које показују наклоност вршењу кривичних дела, али које не показују одређену везу између оптуженог и баш онога кривичног дела које је предмет извињања. То су основи које предвиђа § 238 под 2. А посебни су основи подозрења такве чињенице, које у поједином случају стоје у таквој вези с делом и оптуженим, да се може извести закључак да је то дело оптужени извршио или да је у њему учествовао.

5. Основи подозрења које је закон изречно побројао и које није побројао. Ову је поделу предвидео и наш законик, јер и по њему може бити и других основа подозрења сем оних у законнику побројаних. То се види из §§ 121 и 122 у којима се „примера ради“ наводе основи подозрења, као и из § 238 под 6 где се вели „... или њима подобних основа подозрења“. Према овоме, судија може узети за основ подозрења и сваку другу чињеницу, коју закон није предвидео, само ако с чињеницом која је предмет доказа стоји у тако тесној логичкој вези да се из прве даје извести закључак на истинитост или неистинитост друге. Ова је подела без практичног значаја, јер у доказној свизи између основа подозрења које је закон предвидео и које није предвидео нема никакве разлике.^{*)}

6. Ближи и удаљенији основи подозрења (*indicia proxima* и *ind. remota*). Ова је подела учињена према степену јачине логичке везе која постоји између основа подозрења и чињенице која је предмет доказа. Према томе, ближи су основи подозрења они, који показују јачу ову логичку везу, а удаљенији они, из којих се даје извести слабија логичка веза. Оваку је поделу учинио и наш законодавац што се види из § 120, само што се он није задржао на тој општој одредби, него је, да би показао пут у одређивању ближих и удаљенијих основа подозрења, наводио примере и за једне и за друге. Тако је у §§ 121, 122 и 123 навео примера ради ближе а у §§ 125 и 126 удаљеније основе подозрења. Међутим овако

у напред законско одређивање ближих и удаљенијих основа подозрења неоправдано је, јер је немогуће поставити једну сталну границу између једних и других и казати за један основ подозрења да ће у свима конкретним случајевима бити ближи, па по томе и јачи, а за други да ће увек бити удаљенији па онда и слабији. Мора се оставити судији, да он у сваком конкретном случају оцењује јачину логичке везе између основа подозрења и предмета доказа, па да према томе одређује и доказну вредност сваком основу подозрења, као што су то учинила законодавства с теоријом слободног судијског уверења. Јачина ове логичке везе или закључка опет, у првом реду зависи од поузданости горње премисе. У колико је правило, узето за горњу премису, више засновано на законима мишљења, у колико се оно наше искуством потврђује као тачно и у колико је мање оно у примени показало изузетке, у толико ће и јачи бити основ подозрења који на том правилу почива. Сем тога, јачина основа подозрења зависи још и од тога, да ли се он у конкретном случају што потпуније може подвести под горњу премису или не.

7. Прави и неправни основи подозрења. Основи подозрења о којима је до сад било речи јесу прави основи. Међутим у основе подозрења рачунају се и непотпуни непосредни докази и то¹⁾ вансудско признање или непотпуно признање; ²⁾ исказ једног заклетог или два незаклета сведока; ³⁾ исказ једног сакривца који за себе кривцу признаје и терети другог с којим је суочен, или исказ више сакриваца, који нису суочени; ⁴⁾ исказ повређеног или оштећеног на самртном часу (§ 123). Ови се основи подозрења зову неправни стога, што се не могу да подведу под појам правих основа подозрења, јер се код њих до чињенице која је предмет доказа не долази извођењем закључка из друге чињенице, већ они непосредно потврђују оно што има да се докаже. Законодавац је хтео, дакле, у основе подозрења да уврсти све што се може употребити за доказ, али што не може да да потпун доказ. Прави основи подозрења могли би се још назвати основи у ужем, а неправни основи у ширем смислу. *h. cfr. 361 и сл.*

*) Једне је закон максимално побројао а друге је само навео примера ради.

Da se opravda!

Ближи општи основи подозрења.

У § 121 закон је навео ближе опште основе подозрења, т. ј. такве који су заједнички свима или већини кривичних дела. То навео је примера ради, што значи да ближних општих основа подозрења може бити сем наведених у § 121. Да би се што боље видело у чему се састоје ти основи подозрења, навешћу сваки понаособ¹⁾ с малим објашњењем.¹⁾

1. Прва тачка §-а 121 садржи три основа подозрења, који се састоје у томе, што се из својине или државине оруђа или средстава, којима је кривично дело извршено или је могло бити учињено, закључује, да је власник или притежалац у исто време и учинилац тога дела. Први је од ова три основа подозрења непосредан, а друга два су посредна.

а) Први основ налази се у првој реченици т. 1. § 121, и састоји се у томе, што се из својине или државине оруђа или средстава којима је кривично дело извршено, непосредно закључује да је притежалац извршио то дело. Закон тражи да је неко само имао таква оруђа или средства што значи да се овде државина има разумети у обичном и најширем смислу, т. ј. држалац не мора имати воље да оруђе држи као своје. Државина мора постојати у време учињеног дела, што значи баш за време, или мало пре, или мало по делу јер се из тога изводи да је имао и за време учињеног дела. Али ако би се доказало, да је држалац дошао до оруђа мало после по извршењу дела, или да је напустио државину мало пре извршења, то се не би могао допустити закључак, да је он у време учињеног дела имао оруђа или средства. Та оруђа или средства по каквоћи или особинама морају се показати да су она она којима је кривично дело извршено. Овамо долазе како оруђа, којима се дело непосредно извршује, н. пр. нож, отров и др., тако и оруђа којима се олакшава извршење, н. пр. мердевине којима се дозов послужи за извршење крађе.

¹⁾ За објашњење ових основа подозрења види: *Kitts, Beweislehre* 305 и даље; *Ruff, Commentar* I 241 и даље, јер је § 121 нашег законика веран превод § 138 аустралијског поступка од 1853.

б) Други основ подозрења, у другој реченици ове тачке, састоји се у томе, да је неко оруђа или средства, која могу послужити за извршење дотичног дела, имао, начинио, набавио, или наручио, или се трудио да набави, а, међутим, су ова њему по његовом позиву непотребна или је необично да се виде код људи његовог положаја. Овај основ подозрења је посредан стога, што се најпре закључује, да је кривично дело извршено оруђима и средствима које уопште могу послужити за извршење, а из овога се даље изводи закључак, да је онај, који је таква оруђа имао, начинио и т. д., сам истим и извршио кривично дело.

За постојање овога основа подозрења није довољно само то, да је неко оруђа или средства, подобна за извршење тога дела, имао, начинио и т. д., већ уз то мора доћи још и то, да су она притежаоцу по његовом позиву излишна, или да су необична код људи његовог положаја. Та излишност и необичност баш упућује на закључак да је притежалац до тих оруђа дошао ради извршења дела. Тако н, пр. ако би сељак набавио опрему за обијање насе, или распрскавајуће материје, или матрице за хартије од вредности, то би се у таквом случају узело да постоји овај основ подозрења, јер су ова оруђа сељаку по његовом позиву излишна а и необична су за сељаке. Али се за једно извршено убиство тај основ не би могао извести из тога, што је један сељак набавио пушку, т. ј. оруђе које може послужити за извршење убиства, јер пушка сељаку није излишна нити је необично да је он има.

Последњи захтев за постојање овога основа подозрења јесте, да је неко таква оруђа или средства имао, начинио, набавио или наручио и трудио се да их набави. Разуме се, да прављење или набављање оруђа даје јачи основ него кад се до њих дошло на неки други начин. И из тога, што се неко трудио, т. ј. покушао да набави средства, добијамо овај основ подозрења, јер у таквом случају из тога покушаја изводимо закључак, да их је одиста и добио, а из овога даље, да је извршио кривично дело. По себи се разуме да оно прављење, добављање, и т. д. мора бити у време извршења дела.

в) Трећи основ подозрења, у трећој реченици ове тачке, састоји се у томе, да се код једног лица, или у његовом обиталишту или на месту које је он определио за чување, нађу оруђа или средстава која могу служити за извршење кривичног дела. Разлика између овога и претходног основа подозрења састоји се у томе, што се по претходном не тражи да та оруђа и средства морају бити нађена код једног лица, у његовом обиталишту и т. д., као што се то тражи по овоме основу, али се, омет, код овога не тражи да је то лице оруђа нађена код њега начинило, набавило или наручило и набавити трудило се, јер се из простог налажења оруђа или средстава закључује државина, а из тога даље да су то оруђа којима је извршено кривично дело.

Под изразом „код њега“ треба разумети, да се оруђе мора налазити у непосредној близини једног лица, а не баш и код њега самог. Под местом одређеним за чување предмета не треба разумети такво место, које је једно лице одредило само за чување тих оруђа, него и за чување других ствари.

2. Основ подозрења из т. 2 § 121 налази се у садржају писана или писмена. Кад се из садржаја каквог писма или писмена, на природног смисла његовог, а из везе с осталим околностима мора извести закључак, да је онај који је писао, учествовао у извршењу каквог кривичног дела, онда је такво писмено основ подозрења. Под „писменим садржајем“ треба разумети једно писмо сумњивог садржаја. Подозриви писмени садржај значи, да се из писмена јасно не види да је његов аутор учинилац кривичног дела, већ да се то изводи из садржаја и смисла писмена у вези с осталим околностима. Ако би писмо или писмено садржало признање, то би био основ подозрења из т. 1 § 123. Речи његовом руком написана треба тако разумети, да овамо долазе и писмена која извесно лице није баш својом руком писало, него их је други по његовој изречној вољи писао.

3. Трећа тачка § 121 садржи два основа подозрења. Први се састоји у томе, што се из покушаја да се неко наведе на извршење каквог злочина или преступа, који је одиста и извршен, изводи закључак да га је наговарач извршио, ако

наговарање није успело, или да је он подстрекач ако је наговарање успело. Други основ подозрења састоји се у томе, што се из тражења савета и навета о средствима за извршење злочина или преступа изводи закључак, да је тај имао намере да изврши то дело, а из тога омет, да га је он и извршио.

4. Основ подозрења из т. 4 § 121 састоји се у томе, што се из намере за извршењем кривичног дела изводи закључак на стварно извршење, т. ј. кад неко покаже намеру да хоће да изврши једно кривично дело, па се оно и изврши, онда из тога закључујемо да је он то дело и извршио. Намера да се изврши какво кривично дело изводи се: а) из претње, или из усмених или писмених изјава, да се исто хоће да изврши. Претња и изјава мора имати за предмет оно кривично дело, које је одиста и извршено. Даље, претња и изјава мора бити учињена на такав начин, да о озбиљности и садржају њиховом не може бити сумње. Намера да се хоће да изврши једно кривично дело изводи се б) још и из претње каквим злом, подобним злу које је ването повређеном или оштећеном, и, пр. из претње телесном повредом код извршеног убиства. Само у овом случају онај који прети, сем овога, морао је обележити и јаку мржњу противу повређеног. По себи се разуме, да претња или изјава мора претходити делу, а доказна снага овога основа подозрења зависи од размака времена између претње и извршења.

5. Основ подозрења из т. 5 § 121 састоји се у томе, што се из сличности једног лица с другим, које је повређени или који сведок описао као учиниоца, изводи закључак да је то лице учинилац кривичног дела. Јер је велика реткоост да су два разна лица слична у свима на и у особеним знацима, те је стога оправдан закључак, да онај, који је у свему описан као и учинилац, у ствари и јесте учинилац. Повређени или сведок мора учиниоца кривичног дела да опише по стасу, одећу, оружју или другим особеним знацима. Особени знаци односе се и на стас, одећу и оружје и у опште на све остало што учиниоца нарочито разликује од осталих људи. Према томе, не би било довољно, кад би повређени казао, да је учинилац средњег раста, смеђе косе и

у селачком одећу, јер то нису *особени* знаци по којима би се једно лице могло разликовати од осталих. Из тога, што повређени или сведок има да опише учиниоца, излази, да су они морали опазити само извршење кривичног дела. Према томе, не би било основа подозрења ако је сведок описао једно лице које је видео у непосредној близини места на коме је крађа извршена, и ако би оптужени у свему био сличан томе описаном лицу, ипак тај исказ сведока не би био основ подозрења против њега, јер није видео крађу, па онда није видео ни учиниоца крађе. Опис, дат од стране повређеног или сведока, мора се глатко slagати с лицем, противу кога постоји сумња да је извршило дело. Треба тражити да повређени и сведок познаду осумњавено лице кад им се покаже¹⁾.

6. Основ подозрења из т. 6 § 121 састоји се у томе, што се из покушаја или из упражњавања која се односе на извршено или подобна кривична дела изводи закључак, да је онај, који је те покушаје или упражњавања чинио, одица и учинилац кривичног дела које се догодило. И овај се основ подозрења изводи из *намере* да се изврши једно кривично дело, а та се намера опет огледа у покушајима и упражњавањима. Под покушајем не треба овде разумети покушај у смислу казненог законика, већ у опште сваку радњу, којом се тражи могућност за извршење једног кривичног дела. Докле се радње у којима се неко вежбао ради извршења кривичног дела морају односити или на само извршено кривично дело или на њему подобна, т. ј. истог рода кривична дела, дотле се покушај мора односити само на оно кривично дело које је касније извршено.

¹⁾ У нашој будућој пракси било је спорно питање: да ли казњено повређеног или сведок као основ подозрења из т. 5 § 121 и сила има је ово усмљено и као једно од осталих других основа против оптуженога лица? И ако овако просто и јасно питање није могло из по чему бити спорно, ипак је Касациони Суд о њему морао доносити начелну одлуку. По тој начелној одлуци, од 9 децембра 1905 Бр. 11426, исказ повређеног и сам за себе може послужити као ближи основ подозрења из т. 5 § 121. — Ову начелну одлуку прати и једно одвојено изјашњење, да које се, кад га не би било, због његове неопређености, не би могло веровати да доказ од судије Касационог Суда.

По себи се разуме, да исказ оштећеног не може дати овај основ подозрења.

7. Седма тачка § 121 садржи четири основа подозрења, који се састоје у томе, што се из *присуства* једног лица на месту извршеног дела у времену извршења закључује, да је то лице и извршило кривично дело. Први од тих основа је непосредни, јер се непосредним доказима утврђује да је једно лице било на месту извршења дела. Под *местом извршења дела* не треба разумети увек баш саму ону тачку на којој је дело извршено, већ и најближу околину. Тако и, пр. ако је дело извршено у соби или башти, и једно лице у времену извршења било у соби или башти, то се има узети да овај основ подозрења постоји и ако оно није било баш на оном месту на коме је дело извршено. Односно времена закон каже, да ја неко у *времену извршења дела* био на месту. Под тим не треба разумети само онај момент у коме је дело извршено, већ може бити или мало пре или мало после тога момента, па да ипак постоји овај основ подозрења. Колико пре или колико после извршења дела треба да је осумњачени виђен, зависи од нахођења судије.

До овога основа подозрења може се доћи и посредним путем, т. ј. извођењем закључка и *то прво* из тога, што је на месту нађена каква ствар, коју је једно лице у време извршеног дела притежавало. Не тражи се, дакле, да је нађена ствар томе лицу припадала, већ је довољно да је он њу само имао. За постојање овога основа подозрења није довољно само то, што је неко био на месту учињеног дела или што је на томе месту нађена каква његова ствар, него се уз то тражи још, да се никаква други основ с вероватношћу не може узети о томе, зашто је он био на томе месту или зашто је његова ствар ту нађена. Према томе, ако се као вероватно утврди, да је неко у време извршења дела био на месту извршења сасвим у некој другој намери, или да је неко трећи његову ствар донео на место извршења дела, то се ни у једном од та два случаја не може узети, да је заснован овај основ подозрења.

Да је неко био на месту извршеног дела у време извршења, па по томе да је он и извршио дело, изводи се, *на другом месту*, из тога, што се он на месту учињеног дела, или близу истог мало пре, или одмах по учињеном делу,

преобучен, вребајући, или скривен нашо; и на трећем месту на тога, што је неко на оном месту и у оно време нађен или виђен да ради оно, што се друкчије не би могло објаснити, него да је или хтео учинити или да је учинио какво кривично дело, н. пр. ако је неко виђен да ускоче у место где је крађа извршена, или ако отуд бежи с украћеним предметима.

8. Основ подозрења из т. 8 § 121 састоји се у томе, што се из државине ствари које припадају оштећеном, или из државине предмета злочина и преступа изводи закључак да је притежалац тих ствари или предмета учинилац кривичног дела. Сасвим је свеједно, да ли су ствари биле баш својина оштећеног или не, да ли су се налазиле баш код самог оштећеног или на ком другом месту где их је он оставио. Под предметима злочина или преступа треба разумети оне предмете, који су постали саом кажњивом радњом н. пр. лажне хартије од вредности, лажни новци и др.

9. Основ подозрења из т. 9 § 121 састоји се у томе, што се из знакова кривичног дела, који су нађени на једном лицу, н. пр. повреди, или на његовим стварима или одећу, н. пр. траг од крви, изводи закључак, да је то лице и учинилац кривичног дела. Није потребно да су ствари, на којима има знакова кривичног дела, и нађене код осумњиченог лица, н. пр. шенир попрсван крвљу који је олтуженом пао с главе у трчању. Што се тиче насиља, од кога су проишли знаци кривичног дела, то је сасвим свеједно да ли је то насиље дошло услед отпора повређеног или оштећеног, или услед каквог случаја, или каквом радњом самог виновника.

10. Кад неко по завршеном кривичном делу, или чим се за исто овапало, побегне или се сакрије, а не би било никаквог другог узрока који би оправдавао тај његов поступак, као н. пр. да је то због дугова учинио, то се из тога закључује, да је побегао или да се крије из страха да га не нађу, а из овога, опет, да је он учинилац кривичног дела. Под бегством се разуме удаљење од места пребивања на тајан начин или под лажним изговором, а под прикривањем, опет, разуме се остајање у месту пребивања али на такав

начин, да га не може нико видети, наузев, разуме се, његових блиских сродника.

11. Основ подозрења из т. 11 § 121 састоји се у томе, што се из осујећавања истраге изводи закључак да је онај, који истрагу осујећава, извршио кривично дело, јер по праву онај, који кривично дело није извршио, нема узрока то да чини. Истрага се може осујетити уништавањем, уклањањем или прикривањем трагова или знакова кривичног дела, н. пр. трагова од крви, леша, или другим чим, н. пр. подмињавањем сведока. Само ни у ком случају не сме постојати други који узрок са кога је једно лице предузимало радње којима је истрага осујећена. За овај основ подозрења није потребно, да је неко и успео у осујећењу истраге, већ је довољно да је се трудио, т. ј. да је само и покушао.

2. 7. 1922

§ 44.

Близи посебни основи подозрења

Као год што је закон примера ради навео опште ближе основе подозрења, исто тако само примера ради наводи посебне ближе основе подозрења, т. ј. такве који се стварају због нарочите особине појединих кривичних дела, те стога не могу ни послужити као основи за сва кривична дела. Посебно се разуме, да се код ових кривичних дела, сем њихових посебних, могу употребити и други општи основи подозрења. Закон у § 122, примера ради, наводи посебне основе подозрења за три разне врсте кривичних дела, које ћемо редом разгледати.¹⁾

А. Посебни основи подозрења за кривична дела: велеиздаје, нарушења јавног мира и побуне (§ 122 под а):

1. Као посебни близи основ подозрења за ова кривична дела закон у т. 1 под а § 122 помиње: а) исмена спомена подозревог садржаја, б) подозриве тајне састанке, и в) примање тајних доклада.

¹⁾ Kitzle Beweislehre 343—361; Raif, Commentar I 247—252.

а) Под „писменим спошењем“ разуме се преписка између два лица. Према томе писање само једног писма не би се могло узети за преписку, па не би могло ни да заснује овај основ подозрења. Ни тада се не може засновати овај основ подозрења противу једнога лица, кад је на његову адресу дошло више писама, јер она могу доћи без његовог знања и воље, само ако он није ни на једно одговорно. — Та преписка мора бити сумњивог садржаја, па да се заснује овај основ подозрења. За писмо се каже да је сумњивог садржаја онда, кад смисао његов доста јасно упућује на какву радњу која се односи на једно од поменутих кривичних дела (велеиздају, нарушење јавног мира и побуну), или кад је његов смисао сумњив, обмотан неком мистичном тамом, и допушта различита тумачења, која се могу односити на поменута кривична дела.

б) Под „подозривим састанцима“ треба разумети такве састанке, чији је циљ сумњив или сасвим непознат. Састанци су тајни онда, кад се одвијају од јавности и кад је приступ трећим лицима забрањен, н. пр. ноћу, у закључаном простору и др. Ти састанци, дакле, морају бити и подозриви и тајни.

в) Тајни поклони морају бити такви да се не могу другаче објаснити него да имају везе с поменутих кривичних делима. Јер, баш из тога, што се не могу на други начин објаснити, закључује се, да су дати у намери, да се лице коме су учињени задобије за извршење кривичног дела.

Али, да би писмена преписка подозривог садржаја, подозриви тајни састанци и примање тајних поклона могли створити основ подозрења за једно од поменутих кривичних дела, потребно је уз то да дође још нешто. Закон тражи, да је та преписка вођена и да су ти састанци били с лицем, противу кога је подобан злочин доказан, или противу кога постоје основи подозрења због подобног злочина, или с лицем које припада каквој дружини опасној по државу. Исто тако и тајни поклони морају бити примљени од оваквих лица. То значи, да подозрива преписка, подозриви тајни састанци и тајни поклони нису у стању сами за себе, без овога, да заснују основ подозрења за ова кривична дела. Јер, баш из

тога, што је неко с таквим лицем стајао у преписци, које се по природи ових кривичних дела морало старати да задобије учеснике, закључује се, да је садржај писма намerno двосмислен и нејасан, да би се прикрио његов прави смисао, да су, дакле, та писма имала за предмет поменута кривична дела. Тако се исто из подозривих тајних састанака с оваким лицем изводи закључак, да су се они односили на поменута кривична дела; а и тајни поклони примљени од таквог лица не дају се другаче објаснити, него да су примљени у циљу сумњивог споразума.

Подозрива преписка и тајни састанци с оваким лицем, као и примање тајних поклона од оваког лица, морало је постојати у време, у које је то лице већ било извршило подобно кривично дело, или кад је противу њега већ постојало правних основа подозрења због подобног кривичног дела, или кад је оно већ припадало једној дружини опасној по државу. Под друштвом опасним по државу треба разумети такво друштво, чији је циљ управљен на извршење кривичних дела велеиздаје, нарушење јавног мира и побуну. Сасвим је свеједно, да ли је лице, које се с другим лицем упушта у овакву преписку, или долази на тајне подозриве састанке, или од кога прима тајне поклоне, — да ли је, дакле, знало или не, да је ово друго лице било извршило које подобно дело, или да противу њега постоје основи подозрења, или да је оно у друштву опасном по државу.

2. Као други посебни ближи основ подозрења за поменута кривична дела у т. 2 под а § 122 наводи тајним путем и у већој количини набављено оружје. Пошто је оружје у већој количини подобно, и у многим случајевима неопходно оруђе за извршење нарочито велеиздаје и побуне, то се из тајног набављања истог изводи закључак, да постоји намера за извршењем једног од тих кривичних дела, па, онда, да је онај, који је оружје набављао, и извршио. Израз „набављено“ садржи у себи како непосредно прављење оружја, тако и добавање на други начин.

Б. Посебни основи подозрења за кривична дела: убиство деце, побацивање и одбацивање деце (§ 122 под б).

Код ових кривичних дела из порођаја или побачаја, који се мало пре десно, и ако утробног плода нема, изводи се закључак на постојање једног од ових кривичних дела. За означавање овога основа подозрења потребно је двоје: прво, да је порођај правно обилазан. Он се доказује или вештачким мишљењем, или на који други начин, н. пр. признањем или сведожбама сведока. Друго, потребно је да утробног плода нема. Ако се касније нађе телесни плод, то више нема овог посебног основа подозрења, али може да постоји општи основ подозрења из т. 11 § 121.

В. Посебни ближи основи подозрења за кривична дела из користољубља (§ 122 под а.).

За ова кривична дела закон помиње три основа подозрења:

1. Први од ових основа подозрења састоји се у прекомерној трошењу (т. 1 под в § 122). Кад неко троши више него што допушта његово имовно стање, онда се на тога допушта закључак, да је он до тих средстава дошао каквим злочинном или преступном. Овдј ће се основ узети, разуме се, онда, кад то лице није у стању да објасни откуд му средства за трошење. Ти велики трошкови морају бити чињени по извршеном кривичном делу из користољубља, а без значаја је то, да ли су они чињени одмах по извршеном делу или касније, јер је познато, да се учинилац често на дуже време уздржава од трошења да би отклонно сумњу са себе.

2. Други основ подозрења састоји се у томе, што кад је неко ствари, подобне предметима извршеног кривичног дела, тајно или на подозрив начин, или много нижом ценом од њихове правне вредности отуђивао или тражио да их отуђи, онда се из тога изводи закључак, да је тај и учинилац једног од кривичних дела из користољубља (т. 2 под в § 122).

За овај основ подозрења потребно је, дакле, ово: прво, ствари морају личити предметима кривичног дела, т. ј. морају изгледати као те ствари. Ако би се доказало да су те ствари баш сами предмети кривичног дела, то противу продавца не би стојао овај основ подозрења већ основ из т. 8 § 121. Друго, продаја или тражење продајетих ствари мора бити учињено или тајно или на подозрив начин, или много нижом ценом

од њихове правне вредности. Кад је продаја учињена тајно или на подозрив начин, онда може бити и по правој предности, а ако није тајно онда мора бити много испод њихове правне вредности.

Како се овај основ подозрења заснива на сличности продатих ствари са предметима злочина, то треба тржити још и то, да те ствари по својој вредности или особености не одговарају ономе ко их је продао, н. пр. кад један сиromaх продаје скупоцен прстен.

3. Закон је у т. 3 под в § 122 нарочито издвојио и истакао новце, који су код неког нађени или које је тај издавао, па се они према множини или каквоћи са онима који су кривичним делом одузети или присвојени, тако подударају, да се о вероватношћу мора држати да су исти. Из овога се изводи закључак, да је тај, код кога су ти новци нађени или ко их је издавао, до истих дошао извршењем каквог злочина или преступа из користољубља. Није потребно, да се број нађеног или издатог новца потпуно слаже с бројем новца, који је био предмет кривичног дела, јер је учинилац неке могао издати или изгубити, па да се о томе ништа не зна.

§ 45.

Непотпуни непосредни докази као ближи основи подозрења.⁴⁾

Кад је било речи о подели доказа (раније § 42 под 7), видели смо да закон рачуна у основе подозрења и непосредне непотпуне доказе. За разлику од правих они се зову неправи основи подозрења, јер код њих није реч о закључку из једне на другу чињеницу, већ се чињеница, чија је истинитост у питању, непосредно утврђује тим непотпуним доказима. Ако је н. пр. доказано да је оптужени био на месту учињеног дела, онда ми из тога изводимо закључак да је оптужени извршио дело; међутим, ако један сведок посведочава да је оптужени извршио кривично дело, онда се његова кривица

⁴⁾ Kitzka, Beweislehre 361—371; Ruff, Commentar 225—256.

утврђује непосредно. Закон је ове непосредне доказе убројао у основе подозрења због своје непотпуности, т. ј. стога, што они сами за себе не могу дати потпун доказ. Због овога се они још зову и основи подозрења у ширем смислу. И ако закон каже, да и непосредни непотпуни докази служе као ближи основи подозрења, ипак се они од осталих ближих основа разликују у доказној снази. Закон непотпуним непосредним доказима даје полудоказну снагу, сматра их као полудоказе, те су, према томе, јачи од осталих ближих основа подозрења. Ови су основи подозрења набројани таксативно, а не примера ради; према томе, у непотпуне непосредне доказе, по § 123, долазе само ови докази:

1. У т. 1 § 123 помиње се као основ подозрења с полудоказном снагом усмено или писмено признање, које нема све услове признања по закону за потпун доказ. Овамо нарочито долази вансудско признање, т. ј. признање које није учињено пред надлежном иследном или судском влашћу. Разуме се, да вансудско признање мора одговарати свима осталим законским захтевима, па да може послужити као основ подозрења. Као вансудско признање закон истиче хвалење, т. ј. кад се неко пред другим хвалио да је извршио кривично дело, и таквом хвалењу даје полудоказну снагу, кад се оно покаже вероватним. Ако се ово хвалење, које садржи признање, односи на околности познате само ономе који је извршио дело, онда се оно сматра нарочито вероватним. Основ подозрења може бити и судско признање које у свему не одговара законским условима, само ако је вероватно. Вероватно ће такво признање бити онда, кад се ни по личности онога ко признаје, ни по садржају признања, ни по другим околностима не јавља основана сумња противу његове истинитости.

2. По т. 2 § 123 основ подозрења образује сведоштво једног сведока, која има све услове за важност једне сведоштво по § 229, али само тако, да се она односи на извршење кривичног дела од извесног лица, т. ј. сведок је морао сам непосредно видети извршење кривичног дела и једно лице означити за учиниоца. Исто тако две неаклиете сведоштво, ако одговарају свима осталим законским условима за важност сведоштво, образују основ подозрења. Заклетва је могла изо-

стати или стога, што је стварно било немогуће сведока заклетв. и. пр. ако је умро, или што је правно то би било немогуће, и. пр. сведок је био испод 16 година.

3. Као основ подозрења закон у т. 3 § 123 узима и исказ повређеног или оштећеног, којим пред смрт означава једно лице за учиниоца, а пре тога се није могао саслушати ни заклетв.

Закон, дакле, потпуно изједначава исказ повређеног, и. пр. онога коме је нанета смртоносна повреда, с исказом оштећеног, и. пр. онога који је крађом претрпео штету. — Изјава повређеног или оштећеног мора бити учињена пред смрт. Изјави пред смрт се даје већа доказна вредност стога, што по правилу сваки у том тренутку говори истину и боји се лажи; тада се и покварени људи труде да буду што исправнији. Та изјава може бити или писмена или усмена.

Без значаја је то, да ли је смрт последица кажњиве радње или је последица каквог другог узрока. — Закон, даље, тражи, да је повређени или оштећени опредељено означао једно лице за учиниоца. То значи, да је повређени или оштећени морао сам својим чулима непосредно опазити како извршење кривичног дела, тако и кривца, јер само тако може тачно и опредељено да означа једно лице за учиниоца. Из овога изилази да овога основа не би било, кад би повређени или оштећени по околностима или знацима изводио да је једно лице учинилац. Ако се утврди да је повређени или оштећени могао бити саслушан од иследника или суда, али да је он то намерно омео или пропустио, то ни изјава, коју би он учинио пред смрт, не би могла образovati овај основ подозрења.

4. Четврти и последњи ближи основ подозрења с полудоказном снагом јесте исказ саучесника који своју кривицу признаје и терети другог (т. 4 § 123). Да би исказ саучесника могао дати овај основ, мора он одговарати свима захтевима постављеним у § 231. — дакле, мора бити и суочен с оним кога терети. Ако више саучесника (најмање два), који своју кривицу признају и терете другог, нису суочени с оним кога терете, онда њихови искази вреде само као ближи основ подозрења. И њихови искази морају одговарати свима захте-

вима на § 231, изузеи захтева о суочењу. Који су то захтеви, видели смо над је било речи о сведоци саучесника (раније § 37).

У нашој судској пракси, нарочито раније, спорно је питање: да ли један саучесник мора и на главном претресу теретити другога саучесника и с овим се суочити, па тек тада да његов исказ вреди као основ подозрења из т. 4 § 123?

Често су се дешавали случајеви, да један саучесник у генералној истрази за себе призна кривицу и терети другога, али да на главном претресу пориче како своје признање тако и терећење другог, те су стога неки судови узимали да се у таким случајевима исказ саучесника може узети за основ подозрења из т. 4 § 123, док су други узимали да не може. Па и општа седница Касационог Суда у року од годину и по дана донела је по овом питању две сасвим различите одлуке. Одлука од 14 новембра 1884 бр. 3217 гласила је, да исказ саучесника не може вредети као основ подозрења из т. 4 § 123

1. Ако терећење и суочење није поновљено и на главном претресу, а одлука од 19 марта 1886 бр. 649 гласила је да то може бити.¹⁾ Другу одлуку општа седница Касационог Суда образлагала тиме, што се § 231 у т. а позива на т. 7 § 229, по којој је довољно да је то терећење учињено и пред истражном влашћу у генералној истрази.

И ако би се позивањем на т. а § 231, која наређује да исказ саучесника мора имати иста својства која и сведоци сведока поменута у § 229 т. 1, 2, 3, 6 и 7, а т. 7 овога законског наређења допушта да је твдодба сведока учињена или на главном претресу или у генералној истрази, — и ако би се, дакле, из овога могло заступати овако гледиште, које је заузела општа седница, инак је такво мишљење логрешно и противно закону. Јер, кад став први §-а 231 стоји у противречности с т. а тога истог параграфа, па се у ставу првом и јасним и недвосмисленим речима утарђује да ће исказ саучесников вредети ако овај другога терети на главном претресу, а у т. а § 231 се само упуђује на други закон, у овом случају на т. 7 § 229, и из тога упуђивања се изводи да саучесник не мора на главном претресу теретити другога, онда

¹⁾ Право за 1886 с. 343—347.

је несумњиво да ће став први имати преваге над т. а § 231. Сем тога, основ законском наређењу, да исказ и суочење саучесника буде на главном претресу јесте још и тај, што казивање у очи на главном претресу треба да буде пробни камен за истинитост тога исказа. То ће увек бити случај, кад саучесник на претресу свечано, пред судијама, странкама, слушаоцима отворено понови терећење, па чак и после разних управљених питања на њега. Ако се ово не би тражило, онда не би било разлике између сведоцие способног сведока и сведоцие саучесника, кога закон сматра сумњивим па и неспособним сведоком. Забуна не може доћи ни отуда, што § 123 т. 4 не предвиђа да терећење и суочење има бити на главном претресу, јер је ово могло и изостати, кад та тачка тражи постојање свих претпоставака из § 231. Несумњиво је, према овоме, да саучесник, који за себе кривицу признаје и другога терети, мора то овоме и у очи да каже на главном претресу, па да се његов исказ узме за основ подозрења из т. 4 § 123¹⁾.

§ 46.

Какви морају бити основи подозрења, па да се могу узети за доказ?²⁾

Да се основима подозрења може пошто доказати, морају они бити:

1. доказани или истинити.

Говорећи о појму основа подозрења (раније § 41 I), видели смо, да једна чињеница може бити основ подозрења само тако ако је испуњено ово двоје: а) ако је та чињеница доказана или истинита, и б) ако стоји у тесној логичној вези с чињеницом која је предмет доказа, т. ј. ако је таква да се

¹⁾ Овако је исто претумачена и т. 5 § 146 аустрајског поступка, одакле је узета т. 4 § 123 нашег поступка, јер се и тамо каже да исказ саучесника мора имати својства 1-а 271, коме у свему одговара наш § 231. Rulf Commentar II 114.

²⁾ Kitzka, Beweislehre 400—416, 372—381; Mittermaier, Beweislehre 462; Rulf, Commentar II 135—14 * 128—130.

3. IV. 1922

из не*даје извести закључак на истинитост друге чињенице. Несумњиво је, да је истинитост основа подозрења један од најбитнијих услова за његову важност, стога је од значаја питање: како и чиме се доказује истинитост основа подозрења?

И ако нам закон не даје сасвим јасан одговор, јер у првом одељку § 239 наређује само то, да основи подозрења „треба да су доказани“, а не вели и на који начин, — ипак се има узети да се питање о истинитости основа подозрења мора оцењивати према свима прописима о доказима. Према томе, поједини основ подозрења може се, на првом месту, доказивати непосредним доказним средствима. Али, сем тога, основи подозрења, као и свака друга кривично-правно важна чињеница, могу се још доказивати и посредним путем или основима подозрења. Да ово може бити, види се из другог одељка § 239, у коме се говори о случају, кад би више збића или околности тек једна с другом сачињавале основ подозрења; дакле, кад се из више доказаних чињеница закључком долази до једне чињенице, која је опет само основ подозрења у односу према оној чињеници која је предмет доказа. Тако н. пр. основ подозрења: да је оптужени био на месту извршеног дела, изводи се отуд, што је он непосредно пре извршења виђен да се унутро месту извршења, а тим што је непосредно по извршењу дела виђен да иде од места извршења, као и отуд што су на месту извршења нађене његове стопе или траг. Или тај исти основ подозрења изводи се, из тога, што је на месту извршења нађена марама оптуженог и траг од његових ногу. Овде сад може да настане даље питање: како се имају доказивати те околности које образују или које доказују један основ подозрења? Могу ли се и оне доказивати опет околностима или само непосредним доказима? Закон не даје одговор на ово питање, али се у посредном доказивању не сме ићи у бесконачност, т. ј. основи или околности које дају и доказују један основ подозрења не могу се више доказивати посредним већ само непосредним доказним средствима. Тако н. пр. да марама, нађена на месту извршеног дела, припада оптуженом, не може се доказивати околностима, већ непосредним доказима.

Основи подозрења по правилу и у првом реду треба да буду доказани непосредним доказним средствима, и тек у недостатку ових посредним путем т. ј. околностима или основима. Кад се основ подозрења доказује непосредним доказима, сида за ове важе сва правила која је закон за њих поставио. Ако се, према томе, основ подозрења треба да докаже сведоцима, то су за потпуи доказ тога основа потребне бар две сагласне сведоче са свима погодбама из § 229. Од овога правила § 239 чини два важна изузетка, по којима је и само једна сведочба довољна па да се узме да је основ подозрења доказан. Ти су изузетци:

а) Кад више околности тек једна с другом у друштву чине основ подозрења, кад се, дакле, основ подозрења доказује опет основима подозрења, онда се свака од тих околности има узети доказаном ако их посведочи по један и то различит сведок, па онда и основ подозрења који се добија стицајем више таквих околности (§ 239 други одељак). Оваких околности мора бити најмање две. Овде је важно да сведоци буду различита лица и не једно. Ако би, према томе, један сведок посведочавао више околности, које заједно дају основ подозрења, то се том једном сведочбом не би ни те околности ни основ подозрења сматрали доказаним. Тако н. пр. ако би један сведок посведочио да је видео оптуженог где иде к месту на коме је извршено убиство; за тим ако исти сведок сведочи и то да је оптуженог видео како се враћа од места на коме је убиство извршено, то се основ подозрења: да је оптужени у времену извршења дала био на месту на коме је дело извршено, не би могао узети доказаним стога, што један сведок посведочава обадве околности које дају поменути основ подозрења, али би се он сматрао доказаним кад би обадве околности посведочавала два разна сведока. — Да више околности могу дати један основ подозрења, потребно је да се оне међу собом подударају и да једна другу допуњују и поткрепљују.

б) Сведочба једног сведока довољна је за доказ једног основа подозрења, кад противу оптуженог постоји већи број основа подозрења него што то закон (§§ 237, 238) тражи, па би сваки основ подозрења од по једног и то различитог

сведока био осведочен (§ 239 трећи одељак). Сведодбе ових сведока морају имати све услове који се траже за вредност једне сведодбе (§§ 229, 230, 231). Ако и, пр. закон тражи три основа подозрења за потпун доказ, а противу оптуженог има четири или више, то се сва четири основа подозрења имају узети доказаним, ако сваки од њих утврђује по један и то различит сведок.

а) Трећи изузетак јесте основ подозрења на т. 5 § 121. За доказ тога основа подозрења довољна је сведодба једног сведока или исказ повређеног.

Кад је реч о доказивању основа подозрења, онда је потребно дотаћи се још једног питања. То питање јесте: да ли се више основа подозрења могу доказати једним истим доказним средством, или се сваки од њих мора утврђивати засебним и различитим доказним средствима?

На овоме се питању морам задржати више по што оно само по себи изискује због његовог рђавог решења од стране Касационог Суда.

Поводом једног конкретног случаја Апелационог и Касационог Суда су се разишли у гледиштима односно овога питања, јер докле је Апелациони Суд налазио да се једним доказним средством може доказати више основа подозрења, дотле је Касациони Суд и у својој општој седници од 3 јануара 1906 тврдио обратном.¹⁾ Касациони Суд је своју одлуку о томе, да се једним доказним средством (у конкретном случају признањем) не може доказивати више основа подозрења базирао на другом одељку § 237 налазећи, да би се другача одлука противила наведеном закону. Мотивишући оваку одлуку, Касациони Суд је даље резонувао: „да се признање извесних околности од стране оптуженог не можеapati на више делова и од сваког појединог дела стварати докази о засебним основима подозрења него се оно може само једанпут ставити на терет оптуженом за једну од околности које га терете.“

Очигледно је, да је овако мишљење Касационог Суда у свему погрешно. То је, у осталом, и Апелациони Суд у сво-

¹⁾ Бранич год. XII, 513.

јим противречозима потпуно и јасно доказало, да је необјашњиво, како је после тога Касациони Суд у општој седници могао остати при првом мишљењу.

Нетачно је то, да је доказивање више основа подозрења једним доказним средством противно другом одељку § 237, јер ово законско наређење никакве везе нема с доказивањем истинитости основа подозрења. Оно само говори о томе, каква треба да буде основ подозрења на да се узме за доказ. На име, оно наређује, да сваки основ подозрења мора у себи садржати наречиту околност, т. ј. да мора почивати на својој засебној чињеници, и да се, према томе, једна околност или чињеница може само једанпут узети у обзир и да она због својих разних односа не може дати више основа подозрења (о овоме више даље под 3). Од овога је сасвим одвојено и различито питање, чиме и како се може доказивати основ подозрења. О томе говори § 239, и ми смо раније видели да се основи подозрења могу доказати свима доказним средствима. Већ из тога, што закон није забрањивао, да се једним доказним средством доказује више основа подозрења, даје се извести да је то допуштено. Сем тога, не види се ниједан разлог, зашто да два основа подозрења не треба узети доказаним једним доказним средством, кад сваки од њих, свм за себе узет, и јесте и сматра се да је доказан. Необјашњиво је, дакле, зашто и, пр. над оптужени признаје да је био на месту извршеног дела (т. 7. § 121) и да је имао оруђе којим је извршено кривично дело (т. 1 § 121), — зашто да и овај други основ подозрења није доказан признањем. Или зашто два сведока који су посведочили оба сад поменута основа подозрења сматрати сумњивим кад је реч о другом основу подозрења, зашто и тај други основ не узети за доказан тим двома сведодбама. Јер, кад се узме да је признање или да су сведодбе сведока испуниле све услове за њихову вредност, онда се ове морају узети за пуноважне у оба случаја. Кад се признањем или двома сведодбама утврђују два основа подозрења, онда је сасвим јасно, да се једна иста околност или чињеница не узима два пута у обзир. Ту су две разне чињенице које дају два основа подозрења, а једно је само доказно средство којим се њихова истинитост

доказује. — Најзад, овде не може бити ни речи о неком цепању признања или сведорбе сведока, као што то вели Касациони Суд, јер кад оптужени признаје две различите околности онда ту има два самостална признања а не делони једнога. Не треба да доводи у забуну то, што више признања долази од једног лица, па онда сва та поједина признања сматрати као делове једног. По тој логици, кад би оптужени признавао два различита кривична дела, не би се могло узети да је и друго дело доказано признањем. Колико би овако извођење било апсурдно, није потребно даље доказивати. — На свега, дакле, јасно изилази, да се једним доказним средством може доказивати више основа подозрења.¹⁾

2. У вези са захтевом, да основи подозрења морају бити доказани, стоји и захтев, да они не смеју бити обеснажени нити у сумњу доведени ни одбраном оптуженог, ни супротним искуством или другим околностима које би оптуженог оправдале (§ 239 одељак први, последња реченица). Према томе, ако и, пр. оптужени наведе основане разлоге са којих је у време учињеног дела био на месту његовог извршења, то ће основ подозрења из т. 7 § 121 изгубити доказну снагу. Основ подозрења ће, дакле, отпасти увек, кад одбрана оптуженог доведе у сумњу везу, која мора постојати између основа подозрења и чињенице која је предмет доказа. Стога је потребно да оптужени буде саслушан о сваком основу подозрења. — Из тога, што закон говори још и о супротном искуству и другим околностима које би оптуженог оправдале, изилази да је суд и по званичној дужности позван да истражује све оно што би један основ подозрења могло обеснажити, и да све то подвргне својој оцени. Под супротним искуством и другим околностима, које би оптуженог оправдале, треба разумети такве околности које су управљене противу основа подозрења, и услед којих би, ако се докажу, они последњи изгубили своју доказну снагу.

3. Сваки основ подозрења мора бити такав, да у себи садржи једну нарочиту околност или постојатељство²⁾ како

¹⁾ Овако мишљење заступају: Kitha, Beweislehre 411 прим. 4; Ruff, Commentar II 139.

то каже закон у другом одељку § 237. То значи да сваки основ подозрења мора почивати на засебној чињеници. Из овога, опет, изилази, да се једна околност или чињеница може само једанпут узети у обзир, и да она, због својих разних односа, не може дати више основа подозрења. Стога се у другом одељку §-а 237 и каже, да се све у §§ 121 до 123 закључно под једним истим бројем означене околности сматрају за један основ подозрења.

Ми смо видели (раније § 43) да поједина бројеви ових параграфа садрже више основа подозрења; тако и, пр. т. 1 § 121 садржи три, т. 3 садржи два основа подозрења и т. д. Ако се сад и, пр. докажу два основа подозрења из т. 1 § 121 и то: 1) да је оптужени у време извршења дела имао оно исто оруђе којим је дело извршено, и 2) да је начинио оруђе које може послужити за извршење кривичног дела, то се, поред свега тога, може узети само један основ подозрења, јер обадва долазе под исти број §-а 121. Више основа подозрења истог броја такви су, да сви долазе од једне исте околности, те се стога само један и може узети у обзир, па ма који од њих. У наведеном примеру код обадва основа подозрења добијамо исти закључак, који се изводи из исте околности или чињенице: да је оптужени имао оруђе, које је погодно за извршење кривичног дела.

Али не само да се основи подозрења који долазе под један исти број имају сматрати за један основ подозрења, већ и од више основа подозрења из разних бројева има се узети само један а не сви у случају, кад ти основи подозрења имају један извор, кад, дакле, сви у себи садрже исту околност, т. ј. кад сви произилазе од исте чињенице или околности. Ту се потпуно примењује наређење другог одељка § 237, да се једна чињеница или околност може узети само једанпут у обзир. Често се дешава, да и једна иста чињеница или околност представља разне односе тако, да сваки од тих односа даје засебан основ подозрења. У таквом случају закон забрањује да се узме више основа подозрења стога, што сви они имају исту основицу, што сви почињу на истој чињеници. Захтев, по коме сваки основ подозрења мора у себи садржати нарочиту и засебну чињеницу,

потпуно је оправдан, јер се на тај начин отклања опасност, да се из исте околности добије више основа подозрења, и да се тако врло лако дође до потребног броја основа подозрења за доказ кривике оптуженог.

Ово ће се још јасније видети из примера. Докаже се, да је оптужени у време извршења дела имао онај исти нож којим је дело извршено, што је основ подозрења из т. 1 § 121; за тим, да је тај нож нађен на месту на коме је дело извршено, што чини основ подозрења из т. 7. § 121; и најзад, да је тај нож попрскан крвљу, што чини основ подозрења из т. 9 § 121. Овде, према другом одељку § 237, постоји један основ подозрења и то из т. 1 § 121 а не три, јер сви садрже у себи исту чињеницу или околност и то: својину ножа. Јер, кад би се узело да овде има три основа подозрења, онда би једна и иста чињеница или околност: својина ножа, била узета три пута у обзир, и она би дала три основа подозрења, што је противно другом одељку § 237. Међутим, могло би се узети, да постоје три основа подозрења у случају, кад би место ножа на месту извршеног дела била нађена која друга ствар оптуженог, н. пр. марама, и кад не би крвљу био попрскан нож већ друга ствар, н. пр. кошуља оптуженог. Овде постоје три разне чињенице или околности: својина ножа, својина марама и својина кошуље, од којих се свака само једаред узима у обзир.

Овако се исто има узети да постоји један основ подозрења и у овом примеру. Ако су код оптуженог нађени предмети кривичног дела (основ подозрења из т. 8 § 121); за тим, ако је оптужени очевидно веће трошкове чинио но што му стање допушта (основ подозрења из т. 1. под в. § 122.), и ако је он ствари, подобне предметима учињеног дела тајно или много нижом ценом од њихове праве вредности продавао (основ подозрење из т. 2 под в. § 122), — то се има узети да постоји само један а не три основа подозрења, јер би се у противном једна околност или чињеница: да је оптужени имао предмете кривичног дела, три пута узела у обзир.

Правило, да сваки основ подозрења мора у себи садржати нарочиту околност, односи се само на праве основе подозрења из §§ 121 и 122, а не и на непотпуно непосредне

доказе из § 123, које је закон изједначио с основима подозрења. Према томе, може се на основу једне заклето сведочења (т. 2 § 123) и исказа једног саучесника (т. 4 § 123) добити потпуно доказ и ако искази обојице имају за предмет исту чињеницу: извршење кривичног дела од стране оптуженог.¹⁾

§ 47.

Шта се може доказати основима подозрења?

Односно питања, шта се може доказати основима подозрења, у многоме се разликују реформирана од старих законодавстава. Јер, докле прва не праве никакву разлику између доказа о бићу или постојању кривичног дела (*actus delicti*) и доказа о виновности или кривизи оптуженог, докле су друга постављала велику разлику између ова два доказа. Та се разлика састојала у томе, што су стара законодавства допуштала да се основима подозрења може доказати само виновност или кривица оптуженог, а никако и биће кривичног дела.

Још глосатори су наглашавали, да треба најпре доказати објективно биће кривичног дела, и да је то погодба за почињање кривичне истраге. Из овога се после развило двоје: прво, да је доказ о бићу кривичног дела требао бити нађен у генералној истрази, а доказ о виновности или кривизи оптуженог у специјалној истрази, из чега је онет изишло, да се доказивање кривике оптуженог допуштало тек пошто је постојање дела било потпуно доказано. Друго, тражило се, да се биће кривичног дела доказује само судским увиђајем или вештачењем, а не признањем или основима подозрења. Кривица оптуженог могла је бити доказана основима подозрења, али не и биће кривичног дела.²⁾

На овоме су гледишту стајала сва законодавства с теоријом законских принудних доказа, па је стајао и изворник

¹⁾ Ruff, Commentar, II 130.

²⁾ Glasser, Beiträge 80.

нашег законика. Аустријски законик о кривичном поступку од 1853 изречним наређењима не допушта, да се биће кривичног дела доказује правим основима подозрења. Само се кривица оптуженог по њему може доказати правим основима подозрења и то пошто је биће кривичног дела већ доказано непосредним доказима или саставом непотпуних непосредних доказа. Дакле, само у колико се непотпуни непосредни докази сматрају као основи подозрења, у толико се њима може доказати и биће кривичног дела и кривица оптуженог. Ово се јасно види из §§ 278 и 279.¹⁾

У § 278 говори се о доказу неправим основима подозрења, т. ј. непотпуним непосредним доказима: ту се вели, да се свака чињеница или околност, дакле и биће кривичног дела, може доказати непотпуним непосредним доказима. Међутим § 279 говори само о кривци оптуженог, и наређује да се ова под извесним условима може доказати правим основима подозрења. При од тих услова јесте, да је биће кривичног дела потпуно доказано. Јасно је, дакле, да изворник нашег законика, прво, не допушта доказивање бића кривичног дела правим основима подозрења, и друго, да доказивање кривце оптуженог правим основима подозрења допушта тек пошто је биће кривичног дела потпуно доказано.

Реформирана законодавства и наука о кривичном поступку односно овог питања стоје на сасвим супротном гледишту. Она и²⁾ даде, да је неоснован захтев, по коме се само кривица оптуженог може доказати правим основима подозрења. Она не праве никакву разлику између доказа о бићу

¹⁾ Пријам гласи: „Свака чињеница (околност) може се и тада узети за правно доказану, кад за њу има два од непотпуних непосредних доказа, побројаних у § 136, који се међу собом подударају.“ А други гласи: „Кривица оптуженог који пориче своје кривично дело, може се саставом више основа подозрења узети за правно доказану само тада, ако и ове три погодбе заједно наступе: 1. мора бити дело са свима околностима, које начинијају његову кривичност, правно доказано; 2. против оптуженог мора постојати потребан број правних основа подозрења побројаних у § 138—140 али њима подобних; 3. основа подозрења, околности и односи, нађени у истрази, морају показивати тесну и јасну везу између кривичног дела и оптуженог тако, да се по природном и обичном току догађаја мора узети да је он дело извршио.“

кривичног дела и доказа о кривци оптуженог; према томе, допуштају да се и једно и друго доказује и правим основима подозрења. Ово је гледиште у свему тачно. Јер има доста кривичних дела код којих се не може одвајати доказ о бићу кривичног дела од доказа о кривци оптуженог. Тако је н. пр. код кривичних дела кривоклетства, бигамије, родоскривљења, банкротства и др. с доказом о делу уједно дат и доказ о кривци оптуженог, или се докази међу собом тако изукрштају, да се једним доказом доказује и једно и друго. Основима подозрења може се доказати биће кривичног дела, како у случају кад кривично дело оставља за собом трагове, тако и у случају кад оно не оставља никакве трагове, н. пр. увреда. Опасно би било по правни поредак, кад се не би могло основима подозрења доказивати биће кривичног дела, јер би места кривична дела остала не утврђена, а то се не сме допустити. Из примера, који Митермајер наводи, несумњиво се види, да је биће кривичног дела убиства доказано основима подозрења. Пример гласи: А се возио с Б у чамцу преко реке. Сведоци су чули да се А пре уласка у чамца повише свађао с Б, али се Б ипак умирно ушао у чамца. Они су видели с обале, како је А, јако раздражен, ударио Б, а затим извукао и нож. Магла, која се наједаред појавила, спречила је, да сведоци виде шта је одмах затим било; они изјављују, како им изгледа да су приметили, да је А избацио Б из чамца. Утврђено је, међутим, да је А сам у чамцу дошао на другу обалу. Извесно је и то, да је у чамцу био велики камен кад је А с Б пошао с обале; камена у чамцу није било, кад је А дошао на другу обалу. Пошто леш Б-ов није нађен, то је вероватно да је А везао камен за Б и бацио га у воду.¹⁾ У овом случају главна чињеница, убиство Б од стране А, није доказана непосредним доказима, него се сматра истинитом услед ствцаја свих ових околности или основа подозрења. Кад би закон забрањивао, да се биће кривичног дела доказује основима подозрења, онда би овај случај морао остати неизвиђен.

Али, и ако је сасвим правилно, да не треба правити никакву разлику између доказа о бићу кривичног дела и до-

¹⁾ Ralf, Commentar II 125.

каза о кривци оптуженог, ипак се о тој разлици донекле мора водити рачуна. Ако је у питању кривично дело које према својој природи и према околностима оставља за собом трагове који се увиђајем или вештачењем даду утврдити, онда се они на тај начин имају опазити и констатовати. Непоузданијем доказном средству треба прибећи само онда, ако поузданијег нема, и то о великом обазривошћу. Према томе, основима подозрења се може доказати биће кривичног дела само у случају, кад за то нема поузданијих доказа.

Овде се може догађи још и питање о томе, да ли се у једном случају биће кривичног дела и кривца оптуженог може доказати истим основима подозрења? И ако су старија законодавства ово забрањивала, данас се као несумњиво узима, да се обоје може доказати истим основима подозрења. Било би неосновано, нелогично и бесмислено, кад би се узело да један доказ, који је по себи довољан да докаже једну чињеницу, довољан само за то, што је њиме већ доказана једна друга чињеница. Сем тога, има случајева код којих се не да одвојити доказ о бићу кривичног дела од доказа о кривци оптуженог.

Настаје сад питање: како је све ово по нашем законнику о кривичном поступку?

Како је глава XVII нашег законика, у којој се говори о доказима, превод главе XI аустријског законика од 1853, то би се већ по томе имало узети, да се и по нашем законнику не може правим основима подозрења доказивати биће кривичног дела, као што то узима и Д. Радовић,¹⁾ а донекле и судска пракса. Али наш законик није ово питање онако јасно регулисао, као што је то учинио његов изворник, те су отуд настала и супротна мишљења. Та нејасност долази отуда, што је наш законодавац врло рђаво израдио § 236, који треба да регулише ово питање. Јер, § 236 нашег законика садржи у себи и § 278 и § 279 аустријског, који смо раније навели, и који, као што смо видели, предвиђају две сасвим различите ствари. Тачка 1 § 236 нашег законика одговара §-у 278 аустријског, и т. 2 §-а 236 одговара §-у 279

¹⁾ Д. Радовић, Теорија Кривичног Поступка 301.

аустријског, јер се у њој говори о доказивању правим основима подозрења. Па ако се узме, да т. 1 и 2 §-а 236 нашег законика у свему одговарају §§-има 278 и 279 аустријског, онда се по нашем законнику не би могло узети, да се правим основима подозрења може доказивати биће кривичног дела, јер, по томе, т. 2 §-а 236, која предвиђа доказ правим основима подозрења, тичала би се само доказа кривце оптуженог а не и постојања дела. Али та нејасност не долази само отуд, што је законодавац у једно законско уређење, § 236, ставио две сасвим различите ствари, него и отуд, што их је ставио тако, да стварају забуну и допуштају различито тумачење. На првом месту, став први §-а 236 који је заједнички и тачки 1 и 2 гласи: „саставом околности или основа подозрења узима се дело да је доказано:“ и онда наводи т. 1-у која говори о доказу непотпуним непосредним доказима, а за тим т. 2-у која предвиђа доказ правим основима подозрења. На овога се даје извести, да се и правим основима подозрења може доказати биће кривичног дела. На другом месту, и сама т. 2 §-а 236 није јасна, јер први став те тачке са ставом под а стоји у противречности. Став први т. 2 гласи: „у случају кад оптужени пориче дело, може се оно саставом више основа подозрења који противу тога постоје, као доказано сматрати, кад се при том и следеће три околности скупа подударају“, а прва од тих околности, које се траже, јесте: „да је само дело са свима околностима доказано.“

Сва ова збрка и нејасност, међутим, објашњива је. Она долази услед незнања и неразумевња законодавца. Законодавац није уочио разлику између §-а 278 и §-а 279 аустријског законика, те их је стога спојио уједно. Сем тога, он је рђаво превео § 279 аустријског законика, што се одмах види из његовог уређења с т. 2 §-а 236 нашег закона. Али баш та нејасност, по моме мишљењу, има да послужи као разлог са кога се и правим основима подозрења може доказати биће кривичног дела. Наш законодавац није онако јасно изразио своју вољу, као што је то учинио аустријски, т. ј. он није изречно забрањено да се биће кривичног дела доказује и правим основима подозрења. Шта више, као што смо видели, из § 236 даје се извести да он то баш допушта.

до знања да
у истом ставу
састав одговара

јер се противречност између првог става т. 2 § 236 и става под а исте тачке има решити у прилог првог става. Те стога, код нејасности закона, за такве случајеве треба судска пракса да буде закон, а ова опет треба да се ствара на основу принципа постављених у науци. Из свега, дакле, изилази, да и у нас не треба забрањивати, да се правим основима подозрења доказује биће кривичног дела. Разуме се, да то треба допустити у случајевима у којима нема поузданијег доказног оштећа, па и тада треба бити врло опрезан. Ма да је наша судска пракса односно овога питања колебаљива, ипак се може рећи да се она већ дефинитивно држи овога гледишта, што потврђују и две одлуке оштећене седнице Касационог Суда, и то једна од 17 марта 1899 бр. 7390, а друга од 18 марта 1903 бр. 7420.¹⁾

После свега овога има се узети као несумњиво, да се истим основима подозрења може доказати и биће кривичног дела и кривица оптуженог. *(постојање дела и кривице)*

§ 48.

Како се образује доказ основних подозрења или саставни доказ?

За образовање доказа основима подозрења, па било да се њиме доказује биће кривичног дела било кривица оптуженог, потребно је:

1) Општа седница Касационог Суда, усвајајући противречне првостепеног суда, нашла је да је и биће кривичног дела браколомства из § 196 к. з. и кривица оптуженог доказана овим трама основима подозрења: 1) исказом једног сведока очевидна — т. 2 § 123; 2) признањем обојих оптужених пред једним сведоком да живе у блуду — т. 1 § 123, и 3) тиме, што су по исказу два сведока виђени у таквим односима (грљену, љубљену), да се у земљи с горњим основима не може друкчије замислити него да су живели у блуду — т. 7 § 121 кр. и. Ова је одлука мотивисана тиме, што се у првом стабу §-а 236 вели: „саставом околности или основа подозрења узима се дело да је доказано...“ Сем тога, да се дело из § 196 к. з. може у толико про доказати основима подозрења, што је оно из оне категорије, чије се постојање не може доказивати јачим и бољим доказима, па да не би било нецелесходно

а) Да постоји потребан број год оних у §§ 121 до 123 побројаних или њима подобних основа подозрења. Закон није оставио судији, да он сам по овом нахођењу у сваком конкретном случају одређује колико му основа подозрења треба, па да узме дело или кривицу оптуженог доказаном, већ је унапред прописао број и квалитет, који мора бити дат па да сматра једно или друго доказаним. У томе и лежи једна од главних разлика између законодавстава с теоријом слободног судијског уверења и законодавстава с теоријом законских принудних доказа. За образовање саставног доказа могу се употребити и други основи подозрења сем оних набројаних у §§ 121 и 122, само ако су исте доказне јачине, јер је то набрајање примера ради § 236 т. 2 под б). Што се тиче основа подозрења из § 123, то се сем њих ниједан више не може употребити, јер је њихово набрајање таксативно.

б) Да тај потребан број основа подозрења, околности и односа, који су истратом доказани, показују тако тесну логичку везу између дела и оптуженог, да се по природном и обичном току догађаја мора узети да је оптужени дело учинио, ако се саставним доказом хоће да докаже кривица оптуженог. А ако се њиме хоће да докаже постојање дела, то се основи подозрења, околности, и односи морају међусобно тако поткрепљивати и допуњавати да се из њих мора извести закључак да је једно одређено кривично дело извршено. *(Гр. да је само дело свима околностима доказано)*

в) Ако се основима подозрења треба да докаже тамо кривица оптуженог, онда је пре тога потребно да је биће или постојање кривичног дела са свима околностима које га чине кажњивим правно доказано (§ 236 т. 2 под а). Ово је сасвим појмљиво, јер да неко може бити осуђен на казну, мора бити извршено једно кривично дело, које је претпоставка казни. Мора бити доказано тачно и какво је кривично

одузети му доказно средство: основи подозрења, и оставити га само непосредним доказима. (Бранић (1899) 467.)

По другој одлуци кривичног дела околности на §-а 206 крив. зак. доказано је овим основима подозрења: 1) исказом приватне тужитељице — т. 3 § 123. 2) заноским признањем из т. 1 § 123, и 3) тиме што је оптужени био на месту учиненог дела — т. 7 § 121 крив. пост. (Глас Права (1903) 1059).

т. ј. јерма основних подозрења не може се доћи доказ.
379

§ 236 к. з. 429 б.)

§ 236 к. з. 429 б.)

дело извршено: да ли је злочин, преступ или истуц. Под околностима, које дело чине кажњивим, треба разумети битне елементе који дело чине злочином, преступом или истуцом једне врсте или рода. — Овде се може поновити раније речено да биће кривичног дела, које има бити доказано пре кривице оптуженог, може бити доказано како непосредним доказним средствима, тако и основима подозрења који су различити од оних, којима се доказује кривица оптуженог. Ако су основи подозрења исти за обоје, онда се њима једновремено доказује и биће кривичног дела и кривица оптуженог.

После овога, као и свега раније реченог о основима подозрења, истиче се важно питање: колико је основа подозрења потребно за образовање саставног доказа?

Још раније (§ 41 Г) је речено, да основ подозрења не даје онај степен извесности који зовемо доказом, већ само један степен вероватноће који се означава као подозрење, сумња, вероватноћа. Па како се, према томе, једним основом подозрења не може да утврди материјална истина, на којој се мора заснивати свака судска пресуда, то за сва законодавства вреди правило, да један основ подозрења не може дати доказ, јер, ма какав он био, могу се из њега изводити разни закључци. Стога је потребно да дођу или да се стекну више њих, који узајамним дејством дају потпун доказ.

Закон у првом одељку §-а 237 поставио је правило, по коме се за образовање саставног доказа тражи три основа подозрења. Какви ти основи подозрења морају бити, речено је раније у § 46. Разуме се да ти основи подозрења морају бити од оних из §§ 121 до 123 или њима подобних.

Од овога правила закон је учинио ове изузетке:

А. Два основа подозрења из § 123, који се подударују, довољни су да образују саставни доказ (§ 236 т. 1 и § 238 т. а).

Закон је овај изузетак учинио стога, што основе подозрења из § 123, који су непотпуни непосредни докази, сматра јачим од правих основа подозрења из §§ 121 и 122, јер се из оних (§ 123) непосредно добија истинитост чињеница, које су предмет доказа.

Б. И два права основа подозрења из §§ 121 и 122 ^{имају значај за доказ} довољна су да образују саставни доказ, ако уз њих дође још и једна од следећих двеју околности:¹⁾

Г. Ако се докаже да не постоји оно, што би оптужени противу основа подозрења наводио, дакле ако је његов одговор лажан (§ 238 т. б под 1).

Из речи „да не постоји оно што би оптужени противу основа подозрења изводио“, јасно се види, да за постојање ове околности није довољно просто порицање чињенице која заснива основ подозрења, него оптужени мора да наведе такође чињенице, које би, да су доказане, обеснажиле изнети основ подозрења против њега. Узмимо, да противу оптуженог стоји основ подозрења из т. 7 § 121; да је у време извршења дела био на месту на коме је дело извршено. Ако оптужени, да би обеснажио тај основ подозрења, наведе да је у то време био на ком другом месту, и ако се докаже да је тај његов навод неистинит, то би се имало узети да постоји околност из §-а 238 т. б под 1, т. ј. лажна одбрана оптуженог. У овом случају узме се, да је лажна одбрана оптуженог доказана, ако је он н. пр. навео сведоке за доказ да се у времену извршења дела налазио на ком другом месту, а ти би сведоци били потврдили да је то неистина. Не би се, дакле, могло узети да је одбрана оптуженог лажна, кад он само тврди да је био на другом месту не наводећи ништа за доказ тога свог тврђења, јер би се то узело, као да је просто порицао да је био на месту на коме је дело извршено. Не би се могло узети да је лажна одбрана оптуженог доказана ни у случају, кад би сведоци на које се он позвао изјавили, да не знају или да се не сећају, да ли је оптужени у то време био на месту које он наводи. Ова околност о два права основа подозрења из § 221 или § 122 дају саставни доказ.

Разлог са кога је законодавац усвојио да се поред доказане лажне одбране са два права основа подозрења може добити саставни доказ лежи у томе, што и сама лаж оптуженог чини основ подозрења, јер се из ње изводи закључак на кривицу овога ко лаже, пошто невин по правилу нема разлога да лаже. Разуме се, да и од овога правила има изу-

¹⁾ Kitzl, Beweislehre 381—400; Ruff, Commentar II 131—135.

зетака, те је стога потребно бити обазрив при оцени ове околности.

2. Ако се независно од наведених основа подозрења, послијењем или на претресу докаже, да је оптужени такво лице, за које се по његовом начину живота, његовим односима, по његовој нарави или склоности к подобним делима, дано може држати, да је такво дело учинило (§ 238 т. б под 2).

Из речи „независно од наведених основа подозрења“ јасно се види, да се ова околност (склоност оптуженог за извршење подобних дела) не може изводити из основа подозрења који противу оптуженог постоје, већ из сасвим других околности. То значи, да се и овде има применити други оделак §-а 237, т. ј. да се једна иста чињеница не може једновремено употребити и као основ подозрења из §§ 121 или 122 и као ова околност из § 238 т. б под 2. Тако и, пр. ако је доказано да противу оптуженог стоје основи подозрења из т. 3 и 4 § 121, то се из њих не би могло извести да постоји и ова околност о којој је сад реч, т. ј. да је он по његовом начину живота, његовим односима и т. д., да је, дакле, склоп за извршење кривичног дела за које се оптужује. Та околност мора бити заснована на другим чињеницама, независним од оних на којима почивају она два основа подозрења.

Закон се није задовољио само тиме, да уопште упути на начин живота, на односе, на нарав оптуженог као на моменте из којих би се дала извести околност за вршењем кривичног дела које је предмет тужбе или подобних дела, него је навео, примера ради, и околности из којих се ово може извести. Те околности јесу: *(каромито, не facta probant)*:

а) Ако је оптужени пре тога због подобног злочинства суђен, па није оправдан, или је због подобног у предстојећем случају за крива нађен (§ 238 т. б под 2 а).

Овде се, дакле, тражи, да је оптужени пре истраге која је сад у питању због подобног злочинства суђен, и да није оправдан. „Да није оправдан“ значи, да је или пресудом осуђен или да је ослобођен из недостатка довољних доказа. Овде је закон реч „злочинство“ употребљено у смислу речи „кривично дело“, те под тим треба разумети и злочин и преступ. То раније кривично дело мора са садашњим бити подобно.

— Узмеће се да ова околност постоји и онда, кад се кривично дело, које је оптужени раније учинио, једновремено суди с доцнијим кривичним делом, па он буде осуђен због ранијег дела, које с доцнијим такође мора бити бар подобно. Уамимо и, пр. да је једно лице учинило крађу и после извесног времена утају, и да су оба ова кривична дела једновремено пронађена, па, према томе, да су и предмет једне тужбе. Ако сад оптужени призна крађу а утају не призна, али противу њега за утају има два основа подозрења из § 121 или § 122, то се из тога, што је у истом суђењу нађен за кривог због подобног кривичног дела, изводи да постоји склоност за вршењем таквих кривичних дела, те се из тога узима да постоји околност из § 238 т. б под 2. која с она два основа подозрења даје саставни доказ. То значе речи: „или је због подобног у предстојећем случају за крива нађен“. Као што се види, овде се тражи да је оптужени за раније дело „за крива нађен“, а не само да није „оправдан“, према томе он мора бити осуђен а не и ослобођен из недостатка доказа.

б) Ако се оптужени дружно и у особеном поверењу живео с једним или више њих, који су му познати као злочинци или иначе као рђави људи (§ 238 т. б под 2 б).

в) Ако при кривичним делима, извршеним из користољубља, оптужени не би могао доказати откуда му онолико за живот, према ономе што троши (§ 238 т. б 2 в).

В. И један основ подозрења из § 123, т. ј. један од непосредних непотпуних доказа довољан је да образује саставни доказ, али само тако, ако уз тај основ подозрења дође и једна од околности из §-а 238 т. б под 1 или 2, о којима је детаљно говорено сад под В. 1 и 2.

Потребно је дотаћи се овде једног спорног питања у нас, а то је: да ли један основ подозрења из §-а 123, као непотпуно непосредни доказ, с једним основом подозрења из § 121 или § 122 може образовати саставни доказ?

Ово је питање одлуком опште седнице Касационог Суда од 14 јуна 1904 бр. 6353 решено негативно. Таква је одлука, по моме мишљењу, погрешна, те стога хоћу о њој више да проговорим.¹⁾

¹⁾ Архив кн. 1 св. 6 стр. 556.

Handwritten signature or mark.

У једном конкретном случају првостепени и Апелациони Суд нађу да је криваца оптуженог за убиство потпуно доказана основима подозрења из § 121 т. 4 и § 123 т. 3. Касациони Суд је најпре у одлуци на после и у општој седници нашао да је то погрешно стога, што закон „не предвиђа и такав случај, да само два основа подозрења, од којих је један из § 121 а други из § 123 кривичног поступка, без и једне околности, могу сачињавати потпун саставни доказ.“

Апелациони Суд је остао при својем мишљењу, и разлоге за исто изнео је у својим противразлозима. Наглашећи, да су ти разлози у свему основани, ја љу их овде изнети и као своје разлоге. Апелациони Суд вели: „кад закон тражи и напоси извесне погодбе као мињимум нечега, он тим самим овлашћује нас, да се тиме користимо, ако бисмо имали што и преко тих погодба. Тражећи за осуду оптуженога три основа подозрења или бар један непотпун начин доказа с околношћу из § 238 кривичног поступка, закон је тиме дао доказну скаду, на којој се дају изређати сви доказни основи по предности њиховој као доказ за кривицу. На тој скали стоји, дакле, на врху: три основа; при дну: један непотпун начин доказа и околност, или два основа од оних у § 121 и 122 и околност, или један основ од оних у § 121 и 122 и две околности; према чему мора бити, као законом допуштено, у средини: два непотпуна начина доказа или један непотпун начин доказа и један основ подозрења (121 и 122 кривичног поступка). Дајући право судији, да оптуженога огласи кривим по једном непотпуном начину доказа и једној околности, законодавац тим самим овлашћује га, да то исто учини и по два непотпуна начина доказа, или по једном непотпуном начину доказа и једном основу подозрења из § 121 и 122 кривичног поступка, јер је то несумњиво много јачи, бољи и поузданији доказ. То је тако јасно да законодавац није сматрао за потребно да нарочито то каже.“

Свако другачије решење овога питања очигледно би било погрешно. Нелогично и бесмислено би било, не моћи узети да постоји потпун доказ кад је дато више но што то закон тражи, јер је несумњиво да је основ подозрења из § 121 или 122 јачи од околности из § 238. Нелогично је узети,

да је кривица оптуженог доказана једним основом подозрења из § 123 и и. пр. том околношћу што се оптужени дружио с једним лицем, које је познато као злочинац, а не узети да је доказана тим истим основом подозрења из § 123 и, рецимо, основом подозрења: што је код њега нађен нож којим је убиство извршено — т. 1 § 121. Закон се не може тумачити онако, како Касациони Суд у овом случају мисли. Из тога, што закон то изречно не предвиђа, не може се никакo узети, да је он то забрањено. Па кад је уз то још и сакским природно и логички, да тако буде, онда апсолутно ништа не стоји на путу да се на горе постављено питање да потврдан одговор.

Г. Најзад од правила, да је за саставни доказ потребно три основа подозрења, постоји и овај изузетак. По последњем оделку §-а 238 довољан је и само један основ подозрења од оних из §§ 121 и 122 или њима подобних, ако се поред тога основа подозрења појаве и обиде околности наведене под Б 1 и 2, које предвиђа § 238 у т. б под 1 и 2, т. ј. ако се поред основа подозрења докаже да је одбрана оптуженог важна и ако се из начина његовог живота, њихових односа и т. д. може држати да је такво дело учинио.

24 маја 1922
 Вишегласног Уставног
 25-1-1922
 Матица Рингеловић
 У оцемачу
 Трајковић
 Георгиј
 24 маја 1922
 Вишегласног Уставног
 25-1-1922
 Матица Рингеловић
 У оцемачу
 Трајковић
 Георгиј

ERRATA

СТРАНА	ВРСТА	МЕСТО	ТРЕБА
9	7 озго,	мора	порају
16	15 оздо,	доказаном	доказном
29	17 озго,	поступак	поступак
33	14 озго,	квасиче	квасиче
34	7 оздо,	по	под
38	10 озго,	рационални	рационални
54	3 оздо,	закон	закон и
70	8 озго,	душино	душино
71	16 озго,	доказ	доказ
71	примедба	Промисли	Промисли
74	4 оздо,	гласно	гласно
75	15 озго,	истиност	истинитост
80	7 оздо,	била	била је
84	7 озго,	доказана	доказна
84	23 озго,	доказани	доказна
84	19 оздо,	доказани	доказна
93	7 озго,	тедашње	тадашње
93	11 озго,	сведочи	сведочи
94	примедба	1725	1825
97	2 озго,	прописне	прописане
99	17 озго,	поодреша	поодреша
100	7 озго,	односно	односно
101	18 оздо,	поступка	поступка
105	1 оздо,	какавону	какавону
106	15 оздо,	заступања	заступања
109	12 озго,	забрањују	забрањује
111	16 озго,	које	која
111	6 оздо,	онде	онде
111	2 оздо,	донесена	донесена
125	11 озго,	невесност	невесност
129	1 озго,	нелове	нелове
135	1 озго,	забрањени	забрањена
136	4 озго,	следа	следа
158	1 озго,	Ал	Ал
163	11 озго,	који	које
164	14 оздо,	кривичном	кривичном
167	17 оздо,	судије	судају
207	16 озго,	§ 18	§ 19
232	6 озго,	законодаваца	законодавца
237	17 озго,	истит	истит
239	9 озго,	противречен	противречан
242	18 озго,	одговорно	одговорно
265	3 оздо,	признање	признање