

*Др Драгиша Дракић, доцент
Правног факултета у Новом Саду*

ПРАВНО-ТЕОРИЈСКА РАЗМАТРАЊА О ПОЈЕДИНИМ АСПЕКТИМА ВРШЕЊА СУДСКЕ ВЛАСТИ У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА¹

Сажетак: У раду се са правно-теоријског аспекта разматра проблематика која се односи на најбитније аспекте вршења судске власти у кривичним стварима, на који начин се освећљава и природа вршења судске функције у кривичном процесу.

Након уводних разматрања о појму суда уопште, као и појму кривичног суда, аутор у првом делу свој научног рада анализира, а потом и даје критички осврт на претпоставке правилног и законитог вршења судске власти од стране кривичног судије.

У централном делу рада аутор разматра две суштинске судијске делатности од којих зависи доношење законитог и праведне одлуке у кривичном процесу - утврђивање чињеница и примену права. Када је у питању утврђивање чињеница, исти закључује да је то најсложенији и најодговорнији посао које судија врши у кривичном процесу, коју тврди у потпуности дејствено образлаже убедљивом аргументацијом. Након тога, аутор прелази на питања мање комплексну разраду појаве коју називамо примена права, при чему нагласак ставља на онај сегмент који се уобичајено назива примена права у ужем смислу.

На крају изводи закључак, да „приликом доношења одлуке, без обзира на то да ли се та одлука односи на утврђивање чињеница или на примену права, личног судије, као одлучујућа инстанца, никада не би смела бити

¹ Рад је настао као резултат научног ангажовања на пројекту Правног факултета у Новом Саду под називом „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србије)“ у 2011. години.

искључена, јер судство је чувар истинској права а није извршилац простиој легалитету“.

Кључне речи: суд, кривични процесуал, судска власт, утврђивање чињеница, примена права, правно-теоријски аспекти.

Да би се разумела природа судијске функције у кривичним стварима потребно је да се претходно одреди појам суда уопште, а потом и појам кривичног суда². Најпре треба истаћи да су се именица „суд“, као и глагол „судити“, све до седамнаестог века користили искључиво као термини правног језика³, дакле били су део искључиво правног језичког света и живота, а тек након тога попримили су шире језичко значење. Израз „суд“ један је од ретких изворно правничких израза, који је временом добио шире садржинско значење и стекао „преимућство“ општег важења и у другим областима друштвеног живота и деловања⁴. Уобичајено је у савременој правној литератури да се судови дефинишу као самостални и независни државни органи који врше судску власт⁵. У кривично-процесном смислу суд би се могао дефинисати као процесни субјект који врши судску власт у кривичном поступку. Вршење овакве власти подразумева „право истраживања, расправљања и пресуђивања“⁶, у чега је укључено и право изрицања кривичних санкција⁷.

² Иако у нашем систему правосуђа не постоји „кривични суд“ као посебан суд, у раду ћемо ипак користити овај израз за означавање оног дела иначе јединственог суда којем је поверено вршење предмета у кривичним стварима.

³ Видети нпр., *Речник филозофских појмова* (превод са немачког) – основали Ф.Кирхнер и К.Михаелис, Београд, 2004, стр.605.

⁴ С тим у вези, данас је опште прихваћено, без обзира на то о којој области друштвеног живота се ради, да је „суђење, процес мишљења чији је резултат суд – мисао“. О систему суда и процесу суђења уопште видети, М.Аћимовић, *Филозофија мишљења*, Нови Сад, 2007, стр.219-227.

⁵ Судови се често једноставније дефинишу и као „државни органи који врше судску власт“; Видети нпр. Б.Старовић, Р.Кеча, *Грађанско процесно право*, Нови Сад, 1995, стр.37. Дуго после Другог светског рата судови су се у процесној литератури код нас, а под утицајем законске идеолошко-политички оптерећене терминологије, дефинисали као „самостални и независни органи друштвене заједнице“. Видети нпр. Т.Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, друго издање, Београд, 1971, стр.90. Такође, о врсти кривичних судова и поступака који су они спроводили у дугом временском периоду историјског развоја римског права занимљиво би било видети, Т.Моммсен, *Römisches Strafrecht*, Graz, 1955, s.135-336.

⁶ Тако, М.Грубач, *Кривично процесно право – увод и општи део*, Београд, 2004, стр.77.

⁷ С тим у вези, напред поменути аутор помало непромишљено тврди да вршење судске власти у кривичним стварима безусловно подразумева и „право изрицања кривичних санкција кривично одговорним учиниоцима кривичних дела“. Видети, М.Грубач, *ibid*. Као што је познато, кривичне санкције, како у нашем, тако и у великом броју страних кривичних права, могу се

Узимајући у обзир чињеницу да су кривичне санкције најрепресивније државне присилне мере, не треба посебно наглашавати колики је значај кривичних судова и интерес друштва у погледу њиховог ефикасног и правилог функционисања. Стање у кривичним судовима као репрезентима државне институционалне власти кажњавања за најтеже деликте показатељ је стања у правној држави уопште.

Напред поменута дефиниција кривичног суда међутим још нам не даје одговор на питање шта суд заиста ради у кривичном поступку, у чему се фактички састоји судијска активност. С тим у вези, судијска активност у кривичном поступку, коју смо напред описали као „истраживање, расправљање и пресуђивање“, може се поједностављено описати и свести на две делатности – утврђивање чињеница и примену права. Дакле, суд „истражује, расправља и пресуђује“ на тај начин што утврђује чињенице и примењује право на тако утврђене чињенице у кривичном поступку. Као производ примене права јавља се судска одлука.

У даљем тексту покушаћемо да у најопштијем одредимо и разграничимо односне судијске делатности, без претензије да улазимо у појединости ове иначе веома комплексне проблематике⁸ која улази у област компетенције пре свега опште теорије права, а којој ћемо свакако посветити нарочиту пажњу у будућим научним радовима. Наш задатак је дакле да у општим цртама разјаснимо оне судијске активности путем којих се од опште норме кривичног закона долази до појединачне норме неке судске пресуде. Односне активности су самосвојне природе. Као такве, оне се разликују од делатности других државних службеника, али и других делатника. Због тога су неки аутори без претеривања и могли изјавити „да је судовање у својој укупности само за себе држава“⁹.

С тим у вези, да би беспрекорно вршили своју државну службу, која је посебно осетљива, деликатна и одговорна када је у питању суђење у кривичним стварима, судије би морале поседовати следеће карактеристике: *свезнање*, како у погледу важећег права, тако и у погледу онога што се догодило; *ненадмашну њамеј*, која је способна да све што се догодило просуђује у светлу важећег права; као и *савршену личну њраведносћ*, која и хоће да о свему суди праведно¹⁰. Било би добро када би судије још у тренутку избора поседо-

изрећи и неурачунљивим, дакле кривично неодговорним учиниоцима противправних дела која су у закону предвиђена као кривична, тако да вршење судске власти у кривичним стварима несумњиво обухвата и *изрицање кривичних санкција кривично неодговорним учиниоцима*.

⁸ У овом раду нећемо се детаљније бавити проблематиком тумачења (кривично)правне норме, јер то није предмет нашег научног интересовања у истом.

⁹ E. von Hippel, *Richterstellung und Richtergesetz*, in: *Mechanisches und moralisches Rechtsdenken*, Meisenheim am Glan, 1959, s.435.

¹⁰ Тако, О.Хефе, *Правда – филозофски увод* (превод са немачког), Нови Сад, 2008, стр.56.

вали ове карактеристике. Томе се и законодавац свакако нада, те прописује да „за судију може бити изабран држављанин Републике Србије који испуњава опште услове за рад у државним органима, који је завршио правни факултет, положио правосудни испит и који је стручан, оспособљен и достојан судијске функције“¹¹. *Стручносћ* за законодавца „подразумева поседовање теоријског и практичног знања потребног за обављање судијске функције“¹², *оспособљеносћ* се своди на „вештине које омогућавају ефикасну примену специфичних правничких знања у решавању судских предмета“¹³, док *достојности* претпоставља „моралне особине које судија треба да поседује и понашање у складу са тим особинама“¹⁴. Колики значај законодавац придаје последњем услову за избор види се из тога што исти чак прецизира које моралне особине судија треба да поседује да би био „достојан“¹⁵.

Ипак, често се догађа да судије не обављају беспрекорно своју службу, јер по правилу нису *свезнајуће*, по *јамеји ненадмашне* и *ајсолујно јраведне*, а ређе – да лоше извршавају своје задатке, јер нису *стручни*, *оспособљени* односно *достојни* за обављање судијске функције. Ако нас ово прво не чуди јер смо свесни ограничености и несавршености људске природе¹⁶, не може да нас не зачуди следећа појава - да се за судије бирају, односно не разрешавају судијске функције¹⁷, стручно-морално унапред дисквалифику-

¹¹ Члан 43 Закона о судијама, „Службени гласник РС“ бр. 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009 и 101/2010.

¹² Члан 45 став 2 Закона.

¹³ Члан 45 став 3 Закона.

¹⁴ Члан 45 став 4 Закона.

¹⁵ Видети, члан 45 став 5 Закона. С тим у вези, законско прецизирање „достојности“ за вршење судијске функције, навођењем моралних особина које судија мора поседовати, бесмислено је најмање из два разлога. Као прво, законодавац нормира нешто што је практички нецелиходно и суштински немогуће дефинисати правним прописом, а што је предмет научног проучавања у првом реду етике, а у ширем контексту и психологије. Као друго, законодавчево набрајање само одређених моралних особина наводи на помисао да судији за ваљано вршење судијске функције друге, ненабројане морално-етичке карактеристике личности и нису неопходно потребне, као и на закључак да је морално-етичка димензија личности нешто што се може квантификовати, математички измерити за потребе избора судија, као и вештачки раздвојити на своје саставне делове да би се констатовало да ли судија поседује и које од законом тражених моралних особина. Стога би овај став односног члана Закона о судијама требало изоставити.

¹⁶ С тим у вези, „судије нису кинеским зидом одвојене од осталих људи. Оне су под утицајем духовне климе генерације којој припадају и деле карактеристична веровања, па и предрасуде доба у којем живе. Судије такође нису аутомати и бића без страсти која приликом тумачења налазе у праву оно што је постојано и непроменљиво већ га истовремено и стварају. Судије неизбежно читавају у своје одлуке, кад год то сматрају оправданим, своју личну филозофију и погледе“. Видети, К.Чавошки, *Право као умеће слободе – ојлед о владавини јрава*, Београд, 2005, стр.96,97.

¹⁷ О самом поступку именовања односно разрешења судија код нас видети нпр. В.Ђурђић, *Именовање и разрешење судија*, Законодавни и институционални оквир незави-

ване односно накнадно дискредитоване особе¹⁸. Ипак, то питање излази из домена правне терије и улази у домен политике и етике, те се нећемо упустати у предметну расправу. Дакле, ако је оно прво – идеал, којем у избору судија и вршењу судијске функције увек треба тежити премда га је тешко достићи, за државу је обавеза да спречи другу напред наведену појаву која у ширем контексту улази и у област социјалне патологије.

С тим у вези, стручна оспособљеност судија и њихов морални дигнитет нарочито су важни у кривичним предметима, где се одлучује о најважнијим правним добрима појединца и заједнице. Док је морално-етичка подобност судије „оборива природна претпоставка“ правилног вршења судијске функције¹⁹, која се може изразити и описати етичко-психолошким категоријама²⁰, и која се у пракси по правилу своди на доказивање нечије моралне неподобности када је већ нанета несагледива штета појединцима и друштву као целини, стручна оспособљеност је емпиријски сазнатљива категорија. Тако, може се рећи да је неко стручан и оспособљен за вршење судијске функције када познаје релевантне правне прописе из одговарајуће области, њихово досадашње тумачење²¹, као и владајућа схватања у правној науци по тим питањима. Ипак, ова „општа правна знања“, која се по правилу стичу завршетком правног факултета који поседује традицију и кредибилитет за образовање правничког кадра, као и полагањем правосудног испита, морају још бити допуњена и „посебним правним знањима“. Ова знања подразумевају вештину да се конкретан случај који је предмет

сног судства у Републици Србији, Ниш, 2009; такође видети, Т. Лукић, *Избори и разрешење судија према њиховој правном решењу СРЈ*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1-3/2000-2001.

¹⁸ С тим у вези, о последњим дешавањима код нас у погледу општег (ре)избора односно (не)избора судија видети нпр. Т.Маринковић, *О уставности ојшине реизбора судија*, Анали Правног факултета у Београду, бр.1/2009, стр.283-290. Сличне појаве дешавале су се и раније на нашим просторима. Видети нпр., Г. Дракић, *Правни њоложај судија за време шестојануарској режима краља Александра*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр.2/2010, стр.253-262.

¹⁹ Посредно то тврди и Бељански када каже да „ојшине култура, осећај моралне одговорности, образовање и интелигенција и даље су за судију предуслови за правно и правично суђење“. Видети, С.Бељански, *Психолошки аспекти истине у кривичном њосијуку*, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр.6, Нови Сад, 1987, стр.15.

²⁰ С тим у вези, Јеринг је рекао да је судији „потребна чврстина воље и морална храброст да се право оствари без ометања било каквим обзирима, мржњом или пријатељством, сажалењем или страхом од људи; то је особина праведности у субјективном смислу“. Тако, Р. фон Јеринг, *Циљ у њраву* (превод са немачког), Београд - Подгорица - Сремски Карловци - Нови Сад, 1998, стр.177.

²¹ С тим у вези, позната је латинска изрека: *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* – познавати законе не значи држати се њихових речи, него смисла. Видети нпр. И.Клајн – М.Шипка, *Сћрани изрази и изреке*, друго издање, Нови Сад, 2008, стр.258.

суђења просуђује у светлу општег, то јест да се доведу у међусобну везу чињенично стање које је предмет суђења у кривичном поступку са одговарајућим одредбама материјалног и процесног кривичног права. А ова вештина стиче се по правилу одговарајућом правосудном праксом, наравно уз претпоставку поседовања напред поменутих „општих правних знања“. Коначно, у судијски занат спада и способност за утврђивање чињеница. Квалитетно вршење овог дела судијског позива не зависи толико од напред наведених правних знања, већ у првом реду од животног искуства, познавања правила логике, као и поседовања одговарајућих знања из домена неких неправних дисциплина.

Међутим, ни поседовање свих напред поменутих знања и вештина још није гаранција да ће судија у конкретном случају правилно утврдити чињенице, односно на утврђене чињенице правилно применити право. Наиме, они су само неопходна претпоставка²², али не и гарант, његовог законитог и правилног рада. Јер, сваки случај суђења у кривичним стварима има своје посебности и „прича је за себе“. Такође, судија нема исту мотивацију и једнак афинитет за разрешавање проблематике у сваком предмету. Стога је он у обавези да у сваком конкретном случају уложи највећи напор, пажњу и енергију, како би посао привео крају на задовољавајући начин. Да су на крају, не само могуће, већ и неминовне грешке – свима је познато. Ипак, оне се у кривичним поступцима морају свести на најмању могућу меру, јер је кривично право најрепресивнија грана права којом се у највећој мери одузимају или ограничавају права и слободе људи. Стога кривични поступак нема само правни значај, већ је и од највећег етичког, културалног, политичког и опште људског значаја²³. Како судијска одлука у кривичном поступку умногоме „обликује људске судбине“²⁴, свака судијска грешка може бити погубна. Нарочито ако се узме у обзир да се при-

²² Поред ових „персоналних“ претпоставки, за квалитетно обављење судијске функције и вршења судске власти уопште значајне су свакако и „правно - државне“ претпоставке, од којих су најважније оне којима се обезбеђује независност суда и судија. С тим у вези, што се тиче персоналне независности судија, „потребно је истаћи да се судија у вршењу судијске функције може само онда осећати независним када је сигуран да му вршење судијске функције неће бити извор личних проблема“ – Н. Henkel, *Strafverfahrensrecht*, Stuttgart und Köln, 1953, s.146. О „историјату“ принципа судске независности и о значењу односног принципа у савременом праву и држави видети детаљно, К. Peters, *Strafprozess*, Karlsruhe, 1952, s.86-90. У новијој литератури о независности судија као претпоставци „примене права у ширем смислу“ видети, М.Шкулић, *Суд као субјект тумачења казненоправне норме*, Тумачење казненоправне норме и адекватност њене примене, Београд, 2009, стр.96-98. Такође видети, З.Радиојевић, *Међународни стандарди независног судства*, Законодавни и институционални оквир независног судства у Републици Србији, Ниш, 2009.

²³ Тако, К. Peters, *ibid*, s.3.

²⁴ Н. Henkel, *ibid*, s.141.

чињена штета проузрокована грешком више не може надокнадити и ситуација вратити у пређашње стање.

Суд започиње своју активност у кривичном поступку тиме што утврђује чињенице. Чињенице се утврђују извођењем доказа, које суд цени по свом слободном уверењу²⁵. Дакле, утврђивање чињеница је први задатак кривичног суда. Оно претходи примени права. Шта више, од правилног утврђивања чињеница у кривичном поступку зависи и правилна примена права, а самим тим и доношење законите и правилне судске одлуке. Но, независно од тога, искуство говори да је овај сегмент судијске делатности „најсложенији, најтежи и најодговорнији“, а самим тим и „најбитнији за суђење“²⁶. Поставља се питање, због чега је тако?

Пре одговора на ово питање потребно је разјаснити једно претходно: које чињенице суд утврђује у кривичном поступку? Он утврђује све чињенице на које непосредно упућују правни прописи који се требају применити конкретном приликом, било да је реч о прописима материјалног или процесног кривичног права, изузев оних чињеница које се због своје очигледности или ноторности не доказују²⁷. Ове чињенице се уобичајено у кривично-процесној литератури називају правно релевантним или одлучним чињеницама²⁸. Тако, у материјално релевантне чињенице спадају оне чињенице које представљају обележја општег односно посебног појма кривичног дела, затим чињенице које чине основе за искључење противправности и кривице, као и оне од којих зависи одмеравање казне. С друге

²⁵ Видети члан 18 став 1 ЗКП-а – *Законик о кривичном поступку*, „Службени лист СРЈ“, бр.70/2001 и 68/2002 и „Службени гласник РС“, бр.58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон, 72/2009 и 76/2010. С тим у вези, „иако су сами докази и начин њиховог извођења прецизно прописани, орган који изводи доказивање, односно који доказима утврђује чињенице да би применио норму, ужива слободу да самостално цени доказну вредност изведених доказа и да призна њихову тачност само када стекне чврсто убеђење да су они тачни“ – Р.Лукић, *Теорија државе и права*, друга књига, треће издање, Београд, 1958, стр.202.

²⁶ Т.Васиљевић, *Размишљања о стичућем усавршавању судија*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр.3, Београд, 1968, стр.367. Ипак, велики број аутора неоправдано потцењује значај утврђивања чињеница у кривичном поступку. Тако, неки од њих на пример тврде да се „целокупна судијска активност своди на примену права, или се заснива на њој“ – Е.Schmidt, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Teil II, Göttingen, 1957, s.68. Ипак, не треба изгубити из вида да поједини аутори под јединствени израз „примена права“ подводе и процес утврђивања чињеничног стања. У циљу појмовне јасноће ово би свакако требало избегавати.

²⁷ Другим речима, „доказивање обухвата све чињенице за које суд сматра да су важне за правилно пресуђење, изузев оних чињеница које се због своје очигледности или ноторности не доказују“. Тако, С.Бркић, *Кривично процесно право II*, Нови Сад, 2010, стр.118,119.

²⁸ Б.Златарић, М.Дамашка, *Рјечник кривичног права и поступка*, Загреб, 1966, стр.247.

стране, процесно релевантне чињенице могу бити оне које представљају процесне претпоставке и процесне сметње од којих непосредно или посредно зависи судска одлука, као и чињенице на којима се темељи одлука о трошковима кривичног поступка односно одлука о имовинскоправном захтеву²⁹. Поред напред наведених, некада се у кривичном поступку морају утврдити и чињенице, које се у кривично-процесној литератури називају индицијама, а на основу којих се логички и према животном искуству може донети закључак о постојању правно релевантних чињеница. Такође, понекад се утврђују и тзв. помоћне чињенице, које служе проверавању доказа као извора сазнања о правно релевантним чињеницама или индицијама³⁰.

Несумњиво је да од свих набројаних правно релевантних чињеница највећи значај имају чињенице од којих зависи постојање односно искључење постојања општег појма кривичног дела, као и чињенице које представљају елементе законског описа кривичног дела које је предмет суђења у кривичном поступку, премда се и неправилност у утврђивању било које друге правно релевантне чињенице може у већој или мањој мери такође негативно одразити на доношење законите и правилне судске одлуке.

Да се сада вратимо на претходно питање, због чега је утврђивање чињеница у кривичном поступку најсложенији и деликатнији посао за суд, и то у много већој мери него што је то случај у другим судским поступцима. С тим у вези, постоји више разлога који иду у прилог оваквом ставу.

Као прво, у кривичном поступку утврђује се по правилу велики број, по свом карактеру и природи, најразноврснијих чињеница, од којих се неке у другим судским поступцима уопште и не утврђују³¹.

Такође, често се догађа да учесници поступка, а нарочито окривљени, руковођени својим властитим интересима, не сарађују са судом, већ шта више пружају отпор утврђивању стварног стања ствари, до чега опет не долази у већини других правних поступака³².

Суштински проблем међутим огледа се у томе што вршење оног дела судијске функције која се односи на утврђивање чињеница не зависи од тога колико судија добро познаје материјално и процесно кривично право. Наиме, тачно је да суд може, на основу релевантних одредаба кривичног права, по правилу без већих тешкоћа доћи до закључка о томе које кривич-

²⁹ Тако, М.Грубича, *Чињенично стање у кривичном поступку*, друго издање, Загреб, 1980, стр.54.

³⁰ О индицијама и тзв. помоћним чињеницама видети детаљније, V.Bayer, *Jugoslaven-sko krivično procesno pravo* (knjiga druga) – *Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, друго издање, Загреб, стр.5-8.

³¹ На пример, то су чињенице које се односе на личност окривљеног.

³² Тако, М.Грубач, *ibid*, стр.272.

ноправно релевантне чињенице мора да утврди у конкретном кривичном поступку, док му процесно право по правилу пружа информације о начину, форми и месту њиховог утврђивања³³. Ипак, у потпуности изван области регулације кривичног права остаје одговор на питање, да ли чињеница постоји или не постоји и са којом конкретном садржином постоји³⁴. Ово не треба да чуди, јер „кривични процес не темељи се само на правним правилима, већ и на психолошким, медицинским, техничким, физичким, хемијским и другим датостима“³⁵, тако да би судија требало да поседује барем основна знања из ових, али и неких других, како некривичноправних, тако и неправних дисциплина уопште. Ипак, ваљано утврђивање чињеница у кривичном поступку у првом реду зависи од његовог животног искуства и познавања правила логике, као и способности да се ова правила у погодном тренутку на исправан начин употребе. Свакако не треба занемарити значај судијине интуиције, као и способности за конструктивно мишљење. Дакле, судија се приликом утврђивања чињеница у конкретном кривичном поступку користи апаратом логике и мишљења, уз значајну „подршку“ животног искуства и интуиције, као и елементарних знања из неких некривичних дисциплина. Успех у доказивању мало зависи, или чак уопште не зависи, од познавања права. У томе се огледа невоља судија приликом утврђивања чињеница и сва тежина и одговорност судијског позива.

Коначно, отежавајућа околност која стоји на путу правилном утврђивању чињеница састоји се и у томе, што судија ретко када има могућност да непосредним сопственим опажањем констатује правно релевантне чињенице у кривичном поступку. Када је у питању криминални догађај, као најважнија правно релевантна чињеница поводом које и због које се уосталом покреће и води сваки кривични поступак, судија никада непосредним опажањем не сазнаје чињенице као елементе његовог законског описа. Наиме, пошто се кривично дело десило у прошлости, судија до сазнања о односним чињеницама долази посредно, преко других извора информација о њима. Како сваки субјект у кривичном поступку и у вези са поступком има сопствену „слику о делу“, која се темељи на његовом мишљењу да се нешто десило и веровању да

³³ Другим речима, да би се чињеница која је предмет суђења трансформисала у доказну чињеницу, на којој се једино може засновати судска одлука, неопходно је да је извориште информације о односној чињеници – законом прописани доказни извор (нпр. сведок, вештак итд.), употребљен на начин и у поступку како је то законом прописано (нпр. начин и процес саслушања сведока и вештака итд.). Изузетно, то могу бити и други доказни извори, под условом да они сами, као и начин њиховог прибављања односно употребе, нису у супротности са правним поретком у целини, основним начелима поступка и потврђеним међународним уговором.

³⁴ Тако и Т.Васиљевић, *Размишљања о стичућем усавршавању судија*, *ibid.*

³⁵ К. Peters, *Strafprozess*, *ibid.*, s.237.

се баш тако догодило, често имамо ситуацију да судија пред собом има више различитих, а некад и сасвим супротстављених реченичних исказа који осликавају предметно дешавање. Да невоља буде већа, неки од њих не одговарају стварности онога што се заиста догодило. У таквој ситуацији судија има задатак да поднети и прикупљени материјал међусобно доведе у везу, селектира и усклади, како би изградио сопствено мишљење о криминалном дешавању из прошлости. У вршењу тог посла његово једино оруђе за рад је напред помешана „неправна апаратура“. На крају би своје мишљење требало да опише речима, при чему би опис морао верно да осликава кривичноправно релевантну стварност извршеног дела. А колико је труда и напора потребно да би се дошло до овог циља, не треба посебно наглашавати. Ако је за неку утеху, уколико судија у погледу поједине чињенице има дилему, да ли се она десила или није и са каквом садржином се појавила, њему тада на располагању стоји кривичнопроцесно начело *in dubio pro reo*³⁶ - чињеницу ће репродуковати онако како је то повољније за окривљеног³⁷. Ипак, ово начело служи превентивном избегавању могућности да се окривљени доведе у неповољнију ситуацију него што то објективно заслужује, а не - долажењу до истине у погледу неке чињенице³⁸. Стога оно судији несумњиво практично олакшава суђење, али му не помаже у „проналажењу“ чињеничног стања из прошлости које је предмет суђења. Да би испунио овај задатак, судија ће очигледно морати да се ослони искључиво на сопствене снаге.

Судија у судској одлуци мора образложити на који начин је дошао до одређеног чињеничног стања. Ово његово расуђивање, које је уграђено у пресуду или решење, не би могли назвати, по узору на Перелмана – „правним расуђивањем“³⁹. То би пре било „лаичко расуђивање“ о чињеницама из области права. О превалентно „правном расуђивању“ би се могло говорити у вези са наредним судијским кораком.

Утврђивању чињеница дакле следује примена права. То је други корак за судију који се у пракси одвија у једном временско-смисленом континуитету са утврђивањем чињеница. Изразу „примена права“ могло би се прида-

³⁶ У питању је старо процесно правило. Поједини аутори тврде да га је познавало и Римско кривично право. Тако, К. Peters, *ibid*, s.240.

³⁷ Наш Законик о кривичном поступку у члану 18 став 3 односно начело дефинише на следећи начин: „Када постоји сумња у погледу одлучних чињеница које чине обележје кривичног дела или од којих зависи примена неке друге одредбе Кривичног законика, суд ће у пресуди или решењу које одговара пресуди одлучити у корист окривљеног“.

³⁸ Напротив, судија је „капитулирао пред истином“ оног тренутка када је, примењујући начело *in dubio pro reo*, признао у кривичном поступку да не зна да ли нека правно релевантна чињеница постоји, односно са каквом садржином постоји.

³⁹ Видети, Х.Перелман, *Право, морал и филозофија*, Београд, 1983, стр.95.

ти уже и шире значење. У ширем смислу, под тим подразумевамо, поред примене права у ужем смислу, још и мишљење суда у погледу тога који кривично-правни прописи се имају применити на укупно чињенично стање које је утврђено у одређеном кривичном поступку, на чега се логички надовезује и знање суда у погледу садржине и смисла односних кривично-правних прописа. У ужем смислу, под применом права подразумевамо непосредно довођење у везу и поређење чињеничног стања из протумачене кривично-правне норме и чињеничног стања из стварности које би се под исту могло подвести, као и непосредна примена кривичног права која томе следи и која проузрокује одговарајућа кривичноправна дејства⁴⁰. Премда без оног првог свакако не би било ни „примене права у ужем смислу“, ми ћемо у раду акценат ставити на процес примене права у ужем смислу⁴¹.

Пре него што размотримо овај сегмент примене права хтели бисмо најпре нешто да кажемо о односу правне норме неког правног прописа и чињеница на које се та норма има применити. У теорији права уобичајено је да се садржина правне норме означава термином „чињенично стање“, док се истим термином означава и оно што се десило у стварности а што се може подвести под односну норму, с тим што се даљим језичким прецизирањима даје до знања о чему је реч. Ми ћемо ово друго, због терминолошког разликовања, назвати „стање ствари“. С тим у вези, „чињенично стање“ састоји се из апстрактно типизирајућих смислених садржаја правних прописа, који се односе на „стања ствари“ која је законодавац себи представио као могућа, а под која може да се припише неко конкретно стање ствари⁴². „Смислени садржаји закона су у својој смисленој и циљној општости обликовани, или типизирани, или неспецифично апстрактно у односу на могућа стања ствари“⁴³. С друге стране, „стање ствари“ састоји се из циљно кохерентног конкретног људског понашања у простору и времену које се може подвести под апстрактни садржај одређене правне норме, односно под њено „чињенично стање“. Док је дакле „чињенично стање“ генерално-апстрактно, „стање ствари“ је индивидуално-конкретно. Они се у својој међусобној смисленој и циљној повезаности налазе у односу рода и врсте, општег и индивидуалног, то јест – типичног и специјалног.

⁴⁰ У „општој“ теоријскоправној литератури нешто се другачије, формално-терминолошки, описује поступак примене правне норме. Видети нпр. Д.Митровић, *Увод у право*, Београд, 2010, стр.352-356.

⁴¹ „Примена права у ширем смислу“ представља специфичну проблематику која свакако заслужује да јој се посвети одговарајућа пажња у посебном научном раду.

⁴² G.Winkler, *Raum und Recht – Dogmatische und theoretische Perspektiven eines empirisch – rationalen Rechtsdenkens*, Forschungen aus Staat und Recht 120, Wien – New York, 1999, s.139.

⁴³ G.Winkler, *ibid*.

У вези са претходно реченим, судија је у обавези да „на основу одређеног повода односно понашања адресата права, од мноштва чињеница и података културно-социјалне стварности у простору и времену, одреди садржину и обим једног индивидуално-конкретног стања ствари у контексту садржине и обима одређеног генерално-апстрактног чињеничног стања из правних прописа, да би могао донети закључак да ли постоји кореспонденција или дискрепанција међу њима⁴⁴. Уколико се приликом овог довођења у везу двају ентитета дође до закључка да међу њима постоји кореспонденција, може се рећи да се конкретно чињенично стање односно, како смо га назвали, „стање ствари“ може подвести или, другачије речено, субсумирати под генерално-апстрактно чињенично стање правне норме⁴⁵. И обрнуто. Другим речима, код „примене права у ужем смислу“ долази до „посредовања двају светова: света свакодневне стварности, са његовим правно релевантним животним чињеничним околностима, и света права, са његовим нормама које садрже неко требање“⁴⁶. Полазећи од тога да је примена права структурално уграђена у само право, јер се смисао и функција позитивног права испољава и остварује у првом реду процесом његове примене, Артур Кауфман је указао на то да је право – „прикладност требања и бивства“⁴⁷. До ове прикладности у кривичном праву долази када се може закључити да се апстрактно-појмовно чињенично стање кривичноправне норме материјализовало, конкретизовало у неком животном стању ствари, тако да међу њима постоји подударност, као својеврсна уједначеност⁴⁸ у односу типично-општег и специјално-конкретног. Другим речима, ова уједначеност категоријално различитих ентитета до нивоа њихове адекватности по смислу успостављена је када је „норма са емпиријом а случај са нормативношћу обогачени на тај начин да једно другом „одговарају“, „пристају“⁴⁹. Тако, да би један животни догађај – пуцање Петра на Павла из пиштоља, што је на први поглед проузроковало смрт овог другог, било квалификовано као кривично дело убиства потребно је да се пуцање из пиштоља у кривичном поступку квалификује као радња

⁴⁴ G.Winkler, *ibid*, s.140.

⁴⁵ С тим у вези, ову *моћ суђења* која субсумира оно што је посебно под оно што је опште Кант би назвао *одредбеном*. С друге стране, моћ суђења, која треба да нађе оно што је опште на основу нечега што је као посебно дато, могла би се, према његовом мишљењу, означити као *рефлексивна*. Видети, И.Кант, *Критика моћи суђења* (превод са немачког), Београд, 1975, стр.69.

⁴⁶ А.Кауфман, *О језичности и појмовности права*, Право и разумевање права (превод са немачког), Београд – Ваљево, 1998, стр.14.

⁴⁷ А.Кaufmann, *Analogie und "Natur der Sache"*. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Turus, 2. Auflage, 1982, s.18. Извор преузет из, А.Кауфман, *ibid*.

⁴⁸ У том контексту овде би било погрешно употребити израз „изједначеност“.

⁴⁹ А.Кауфман, *О проблему правнонаучног сазнања*, Право и разумевање права (превод са немачког), Београд – Ваљево, 1998, стр.161.

извршења односног кривичног дела. Да би то био случај потребно је да се докаже да до смрти не би дошло да није било пуцања, као и да је Петар радњу предузео и последицу проузроковао са умишљајем, а најмање из нехата. Дакле, уколико између пуцања Петра и смрти Павла не постоји узрочна веза, или ако она постоји, међутим Петар није проузроковао Павлову смрт, ни са умишљајем, ни из нехата, нема кривичног дела убиства, јер се фактичка ситуација не може „прекрити“ законском сликом. Видели смо како се стручно-језички појмови закона⁵⁰ морају „отворити“ према стварности, док се стварност мора „заоденути“ законским терминима. Другим речима, ако се законски појмови могу конкретизовати у својој животној стварности, док се животна стварност може нормативно „заоденути“, а да међу њима постоји однос адекватности по смислу, тада се може рећи да је дошло до примене права у ужем, правом смислу. Или, како је Винклер рекао: „До кореспонденције стања ствари и чињеничног стања у логичком закључку супсумције може само онда доћи када се апстрактни појмови чињеничног стања и конкретни релевантни појмови чињеница стања ствари односе на истоврсне реалне садржаје – с једне стране, општи и апстрактни појмови могућих чињеница из чињеничног стања, а с друге стране, индивидуални и конкретни појмови стварних чињеница стања ствари, као једно појмовно схватљиво, смислено и сврховито јединство културално – социјалне стварности“⁵¹.

Ипак, ситуација није тако једноставна као што то на прво поглед изгледа. Наиме, некада се дешава да судија не зна да ли се неко животно дешавање може уопште подвести под правну норму, а чешће се догађа да исти није сигуран да ли се одређено дешавање може подвести под једну или другу норму, односно један или други законски појам у оквиру исте норме. Ово последње Карл Штос својевремено је сликовито назвао „диференцијалном дијагнозом“⁵². Разлог односне појаве може једноставно лежати у чињеници да је поступак супсумције веома сложен и понекад га је тешко довести до краја на задовољавајући начин. Тај разлог може бити и чињеница да су закони у техници описивања нужно апстрактни, високо-генерализирајући⁵³, а поједини законски прописи понекад и неодређе-

⁵⁰ С тим у вези, односни појмови могу се поделити на две групе: правно релевантне појмове и истинске, праве правне појмове. Видети о томе детаљније, G.Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3. Auflage, Göttingen, 1965, s.10,11.

⁵¹ G.Winkler, *Raum und Recht – Dogmatische und theoretische Perspektiven eines empirisch – rationalen Rechtsdenkens*, ibid, s.145.

⁵² C.Stooss, *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, Zweite Auflage, Wien und Leipzig, 1913, s.75.

⁵³ С тим у вези, „маколико тежили за прецизношћу правног језика, ипак он никада не може бити до краја прецизан. Стога остаје велика улога тумачења права као оног средства помоћу кога се утврђује тачно значење појединих језичких израза које употребљава правник при стварању правне норме“. – Р.Лукић, *Методологија права*, Београд, 1979, стр.217.

ни⁵⁴, док је утврђено чињенично стање на које треба применити право каткад веома комплексно или нејасно. У првој ситуацији позитивно право најпре треба „протумачити“⁵⁵, јер норма или систем норми које би требало применити остављају отвореним више могућности, док је у другој ситуацији чињенично стање потребно разјаснити.

Дакле, иако је с једне стране судија везан законом и не може поступати противно закону, нити може стварати ново право у ужем смислу те речи, он ипак, с друге стране, није ни аутомат који представља, као код Монтескјеа, „уста која изговарају речи закона“, односно код Јеринга - „оживљен закон који је у његовој личности стекао језик“⁵⁶. Како је закону потребно тумачење⁵⁷, он несумњиво има и стваралачку улогу. Додуше, судија је у његовој интерпретацији дужан да примењује опште прихваћене методе тумачења. Своју обавезност ова правила црпе из снаге њихове уверљивости, која им даје легитимитет на опште важење⁵⁸. Поред тога, тумачење у кривичном праву има и одређених специфичности у односу на општа правила тумачења⁵⁹. Нека од ових правила, као што је захтев за стриктним поштовањем начела законитости, као и доследним поштовањем принципа правне државе, праведности, сразмерности, хуманости и кривице, потом забраном аналогije на штету окривљеног⁶⁰, вођење рачуна о фрагментарности кривичноправне заштите, захтев да одредбе посебног дела треба тумачити тако да буду у складу са одредбама општег дела кривичног права, као и да неодређена законска обележја и генералне клаузуле треба што уже тумачити⁶¹, умањују

⁵⁴ О томе видети нпр. Х.Келзен, *Чиста теорија права* (превод са немачког), Београд, 1998, стр.62,63.

⁵⁵ О томе зашто је праву потребно тумачење видети детаљније нпр., Г.Вукадиновић, *Теорија државе и права II*, Нови Сад, 2006, стр.196,197.

⁵⁶ Р. фон Јеринг, *Циљ у праву*, *ibid*, стр.173.

⁵⁷ Поједини аутори ово критикују и тврде да „његове речи не треба тумачити, већ једино правилно применити. То јест, сходно њиховој употреби од стране компетентних корисника језика“. В.Грасник, *Онтолоџија versus реџорика – et vice versa*, Право и разумевање права (превод са немачког), Сремски Карловци – Нови Сад, 2001, стр.185.

⁵⁸ Слично, Б.Ристивојевић, *Тумачење кривичноправне норме према обиму: проширујуће и сужавајуће тумачење*, Тумачење казненоправне норме и адекватност њене примене, Београд, 2009, стр.188.

⁵⁹ Ипак, ове специфичности не оправдавају издвајање, из опште методологије, посебне методологије тумачења која би важила само за кривично право. Тако, F.Bydlinski, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, Wien, 2005, s.7-9. Преузето из: З.Стојановић, *Кривичноправна доктрина и њен значај у тумачењу правне норме*, Тумачење казненоправне норме и адекватност њене примене, Београд, 2009, стр.14.

⁶⁰ О томе видети детаљније нпр., В.Ђурђић, *Аналогија и тумачење казненоправне норме*, Тумачење казненоправне норме и адекватност њене примене, Београд, 2009, стр.137-178.

⁶¹ Видети о томе више, Ф.Бачић, *Кривично правосуђе и уставност и законитост*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр.4, Београд, 1987, стр.20. Још де-

креативну и стваралачку улогу кривичног судије у односу на судије у неким другим судским поступцима. Ипак, како се примена опште прихваћених метода тумачења заснива у првом реду на законитостима опште и правне логике, које судији несумњиво остављају велику слободу одлучивања, а напред поменуте специфичности тумачења у кривичном праву више усмеравају него што одузимају судији односну слободу у изналажењу правог смисла кривичноправне норме, креативна и стваралачка улога кривичног судија тиме се свакако не може довести у питање. Уосталом, не би се могао оспорити став, да је свако тумачење које превазилази констатовање прописа и његовог дословног текста више него пука примена права – оно је налажење права, или боље рећи, „покушај сазнања исправног права“⁶². Предњи закључак о стваралачкој улози судије биће још аргументованији уколико се вратимо на претходно разматрање и анализу улоге кривичног судије и методолошких поступака које исти примењује приликом утврђивања чињеница и њиховог субсумирања под право. Овде је судији, поред опште и правне логике, свакако потребно много више. Не треба заборавити ни социјално-етичке вредности и криминално-политичке потребе о којима судија такође води рачуна, нарочито приликом примене права у ужем смислу. У доношење одлука, које се надовезује на примену права уопште, једнако је уграђена, чешће у мањој а некада у већој мери, и лична етика⁶³ судија, њихов осећај за правду и праведност. Колико год то на први поглед апсурдно звучало, управо је тако захваљујући природи права. С тим у вези, правни филозоф Коинг својевремено је изјавио да „дејство важећег правног поретка на судију одговара утицају етичке традиције на осећај појединца“⁶⁴. Наиме, право садржи у својим правилима етичко искуство многих генерација. У њему су ускладиштена решења за одређене ситуације социјалног живота, која су људи вековима држали за исправна. Зато правна правила нису само логичке премисе за правничке дедукције, већ се њима преносе и етичка искуства. „Отуда општење са правом врши једно префињено, култивирајуће дејство на морални осећај правника“⁶⁵. И управо због тога законодавац не може, чак и ако би то желео, забранити обрнут процес – утицај

таљније, З.Стојановић, *Кривичноправна доктрина и њен значај у тумачењу правне норме*, *ibid*, стр.11-29.

⁶² Армин Кауфман. Цитирано према: А.Кауфман, *О проблему правнонаучног сазнања*, *ibid*, стр.161.

⁶³ Када овде кажемо „етика“ мислимо свакако и на „морал“ судије. С тим у вези, док нам морал само казује шта је у складу са моралом а шта му се противи, етика покушава да објасни из којих разлога се једно држи за морално, а друго за неморално. Тако, *Grundfragen der Ethik* (Hrsg. U.Wiesing), in: *Ethik in der Medizin*, 2.Auflage, Stuttgart, 2004, s.21.

⁶⁴ Н.Коинг, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1950, s.249.

⁶⁵ Н.Коинг, *ibid*, s.249,250.

личне етике⁶⁶ судије појединца на примену права, кроз његову интуитивну одлуку која извире из његовог осећаја за правду, а самим тим и за право. Ипак, то не значи да би судија могао спроводити у поступку неку своју „личну, само њему иманентну етику“, која би се лако могла трансформисати у самовољу. Напротив, он у своју одлуку, као „спољашњу манифестацију права“⁶⁷, по правилу може уградити само етику која, непосредно или посредно, извире из закона којем је он подређен⁶⁸. Из тога следи да се у примени права у ширем смислу требамо чувати и друге крајности – позивања на неко право „које је више од самог закона“, као што је „природно право“⁶⁹, „божанско право“ или неко треће наводно „право“. Сетимо се само судског тумачења „у национал-социјалистичком духу“⁷⁰. Дакле, у примени права, а под изговором наведеног избегавања крутог правно-позитивистичког размишљања, судије не би смели спроводити неку личну, само њима иманентну етику, нити би смели да се позивају на неке универзалне вредности које су тобоже изнад самог позитивног права. Јер, прво поступање лако се може преобратити у личну самовољу судија, а друго у самовољу неког идеолошко-манипулативног апарата моћи, чији би репрезенти били судије. А заједнички именитељ и једне и друге појаве је обесправљеност грађана, која би се тада, да невоља буде већа, спроводила под плаштом „права“ и, изнад свега, „правде“.

На основу свега што смо напред рекли може се закључити да, ако се судијама заиста хоће обезбедити правосудна власт која гарантује поштовање принципа правне државе, од судија се не сме очекивати и захтевати да

⁶⁶ С тим у вези, о савести као елементу моралности индивидуе видети, М.Трајковић, *Морал у бесјугу политике*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр.2, Нови Сад, 2010, стр.187-192.

⁶⁷ Тако, Л.Ј.Петражицки, *Теорија права и морала* (превод са руског), Београд - Подгорица - Сремски Карловци - Нови Сад, 1999, стр.458.

⁶⁸ Тако и Н.Соињ, *ibid*, s.252. Изузетак представљају ситуације у којима је „етика“ која извире из закона, са данашње тачке гледишта измењених прилика, за решавање појединог случаја неприкладна, јер је „превазиђена и застарела“. Тада приликом одлучивања може доћи у сукоб лична етика судије, која одговара духовним потребама неког друштва данас, и „превазиђена“ и зато „неприкладна етика важећег закона“. Ова ситуација међутим може се разрешити у корист оне прве етике, јер позитивно право није затворено, за свагда непроменљиви систем. Оно се налази у једном „осцилирајућем покрету“ и стању латентне промене. Одвојено од тога је и питање, како разрешити проблем „правних празнина“. Ипак, како ова питања нису предмет нашег рада, нећемо се детаљније бавити њима.

⁶⁹ Овде мислимо на „природно право“ као производу тзв. природног стања. О двојструком смислу израза природно право видети, Г.В.Ф.Хегел, *Енциклопедија филозофских знаоси* (превод са немачког), Сарајево, 1965, стр.410.

⁷⁰ С тим у вези, о национал-социјалистичком слому етике људског достојанства уопште видети, В.Ђурђић, М.Трајковић, *Људско достојанство као основа човекове природе*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр.1, Нови Сад, 2000, стр.37-42.

буду консеквентни спроводитељи правног позитивизма. Овде би чисто формално правно-државно размишљање донело више штете, него користи. Штавише, њега је на садашњем ступњу (правне) свести немогуће доследно спровести. Приликом доношења одлуке у кривичном поступку, без обзира на то да ли се та одлука тиче утврђивања чињеница или примене права, личност судије, као одлучујућа инстанца⁷¹, никада не би смела, нити може, бити искључена⁷². Она се улива у одлуку и њу носи⁷³. Јер, „судство је чувар истинског права, а није извршилац простог легалитета“⁷⁴. Ипак, потребно је чувати се и друге напред наведене крајности, како се ово „истинско право“ не би трансформисало у својеврсно неправо.

Када је у питању судска одлука којом се у поступку коначно решава кривична ствар, можемо ићи и даље те тврдити, да она чак представља појединачну правну норму којом се конкретизује општа или апстрактна правна норма. Сходно томе, доношење овакве одлуке од стране суда може се означити као „продужавање процеса стварања права из општега у посебно“⁷⁵.

Ипак, судска одлука не доноси се себе ради, већ да би се оживотворила кроз своје извршење. Примени права дакле следи његово (из)вршење. С тим у вези, потребно је нагласити да је понекад и коначној и извршној судској одлуци потребно тумачење. У таквој ситуацији дакле тумачењу опште норме и примени права у ужем смислу, као резултат чега се јавља појединачна норма – судска одлука, следује тумачење те појединачне норме.

Тако се у динамици правног живота процеси стварања права и његове примене сукцесивно смењују, почев од делатности законодавца на плану стварања генерално-апстрактног права, преко комплексне делатности суда у циљу његове практичне примене, која се по правилу окончава доношењем правноснажне и извршне судске одлуке – што, како смо видели, није ништа друго до својеврсни наставак процеса стварања права „из општег у посебно“, којој се на крају „удахњује живот“ њеним тумачењем и извршењем. А у овом целокупном процесу суд неоспорно заузима централно место.

⁷¹ У кривичном поступку према малолетницима личност судије још више долази до изражаја него у општем кривичном поступку. Штавише, он је овде централна и доминантна фигура, од које у првом реду зависи да ли ће се остварити специфични циљеви ове врсте судског поступка. Иначе, у стручној литератури судија за малолетнике често се квалификује, узимајући у обзир природу послова које врши, као „судија и васпитач“. Видети о томе више, Р.А.Албрехт, *Jugendstrafrecht*, 3. Auflage, München, 2000, s.296,297.

⁷² Јер, како се сликовито изразио Петерс, одлука није само „истицање закона“. Видети, К.Петерс, *Strafprozess*, *ibid*, s.92.

⁷³ К.Енгиш. Овај еминентни аутор, надовезујући се на претходну мисао, истиче да управо „на томе почива одговорност и част, невоља и понос правника“. Видети, К.Engisch, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, München, 1963, s.22.

⁷⁴ E. von Hippel, *Richterstellung und Richtergesetz*, *ibid*, s.433.

⁷⁵ Х.Келзен, *Чиста теорија права*, *ibid*, стр.55.

*Dragiša Drakić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Legal Theory Considerations into Individual Aspects of Judicial Prerogatives in Criminal Matter⁷⁶

Abstract

This article examines from the legal theory standpoints, problems relating to the most important aspects of exercising judicial prerogatives in criminal matter, which sheds lights on the nature of exercise of judicial function in criminal procedure.

Following introductory thoughts on the notion of the court in general and on the notion of the criminal court, in particular, the author, in the first part of the article, analyzes and later offers a critical review on preconditions for the exercise of judicial powers by the criminal judge that are both correct and legally sound.

In the central part of the article the author looks at two crucial activities of the judge upon which rendering of a legally sound and just decision in criminal procedure depends on – the determination of facts and application of the law. As for the process of determining facts, the author concludes that this is the most complex and the most responsible activity the judge undertakes in the criminal proceedings. The author supports this statement with in-detail explanation and convincing argumentation. In the next part of the article, the author offers analysis of nothing less complex notion of the application of the law, with particular emphasis on the segment of that activity often referred to as the application of the law in the narrow sense of the word.

At the end, the author concludes that “when rendering a decision, regardless of whether on determining facts or on the application of the law, the personality of the judge, as a decision maker, should never be excluded, since judiciary is a keeper of a true law and is not the executioner of legality”.

Key words: court, criminal procedure, judicial prerogatives, determination of facts, application of the law, legal theory aspects.

⁷⁶ This article is a result of scholarly work done on the project of the Novi Sad Faculty of Law titled “Theoretical and Practical Problems in Creating and Applying the Law (EU and Serbia)”.