

ТЕХНИЧКИ ИЛИ КОНВЕНЦИСКИ ПРОБЛЕМИ ВО ЗАКОНОТ ЗА КРИВИЧНАТА ПОСТАПКА

1.02 Прегледна научна статија

УДК 343.13(497.7):341.24

Апстракт

Во трудот, авторот критички ги анализира одредбите од Законот за кривичната постапка што го уредуваат пропаѓањето на гаранцијата, дисциплинските овластувања на Судот, постапувањето по сторено кривично дело на главната расправа и повторувањето на постапката на штета на осудениот. Тој укажува на причините поради кои тие не се на иста бранова должина со Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи и стандардите што ги поставува Европскиот суд за човекови права. Петнаесет години од неговото донесување, Законот за кривичната постапка е доволно зрел за промени. Со конкретните предлози и заклучоци што се дадени во трудот, но и со самиот труд, авторот сака да поттикне дебата што ќе резултира со неопходните и долгоочекувани законски корекции што се неопходни за подобрување на македонската кривична постапка.

Клучни зборови: *пропаѓање на гаранцијата, дисциплински овластувања на Судот, кривично дело сторено на главна расправа, повторување на постапката на штета на осудениот, Закон за кривичната постапка, ЕКЧП, ЕСЧП, Устав.*

1. Вовед

Една од темелните вредности на уставниот поредок на Република Северна Македонија² е почитувањето на општоприфатените норми на меѓународното право.³ Македонија, како членка на Советот на Европа, ги ратификувала Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи и протоколите 1, 4, 6, 7, 11, 12, 13, 14, 14 bis, 15 и 16.⁴ Меѓународните договори што се

¹ Адвокат во Адвокатско друштво ТРПЕНОСКИ – Скопје.

² Натаму РСМ или Македонија.

³ Чл. 8 ст. 1 ал. 11 од Устав на РСМ („Службен весник на РМ“ бр. 52/91, 1/92, 31/98, 91/01, 84/03, 107/05, 3/09, 49/11 и 6/19) – натаму Уставот.

⁴ Натаму ЕКЧП или Конвенцијата; Види Закон за ратификација на Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи и на Првиот протокол, Протоколот број 4, Протоколот број 6, Протоколот број 7 и Протоколот број 11 кон Конвенцијата („Службен весник на РМ“ 11/1997), Закон за ратификација на Протоколот број 12 кон Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи („Службен весник на РМ“ бр. 30/2004), Закон за ратификација на Протоколот број 13 кон Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи, во врска со укинувањето на

ратификувани во согласност со Уставот се дел од внатрешниот правен поредок и не може да се менуваат со закон (чл. 118 од Уставот). Оттаму, сè додека РСМ е членка на Советот на Европа, за неа меродавни ќе бидат ЕКЧП и одлуките на Европскиот суд за човекови права.⁵ Во таа насока, во смисла на чл. 8 ст. 1 ал. 11 и чл. 118 од Уставот, уставна обврска на законодавецот е да го усогласи Законот за кривичната постапка⁶ со барањата што произлегуваат од Конвенцијата до степен до кој јуриспруденцијата на ЕСЧП може да има импликации врз конкретните кривични постапки на кои се применува овој закон. Во светлина на ова, целото македонско право треба да се толкува во согласност со правните стандарди создадени од ЕСЧП во неговата судска практика, бидејќи таа со сопствена суверена одлука (законите за ратификација) префрли дел од својата судска јурисдикција на ЕСЧП.

Македонија, како една од шесте рамноправни републики, беше дел од Југославија од 1944 г. до осамостојувањето во 1991 г. Карактеристично за овој период беше тоа што кривичното процесно законодавство беше исклучиво сојузна материја и се уредуваше со федералните закони за кривична постапка, без оглед на тоа што републиките имаа свои уставни и кривични законици.⁷ Во Југославија, до дисолуцијата на федерацијата беа донесени три кривични процесни закони во 1948, 1953 и во 1977 г., а во Македонија, по осамостојувањето, уште два од 1997 и 2010 г.⁸ Долго време костурот на кривичната постапка беше законот од 1953 г. со измените и дополнувањата од 1967 г., кои ја правеа основата и на подоцнежните закони од 1977 и 1997 г. Затоа може да се каже дека во 2010 г. е заменета постапката што во Македонија со помали промени се практикуваше повеќе од 40 години.⁹

Со ЗКП целосно е променет концептот на дотогашната, во суштина, инквизиторска постапка, дизајнирана како службена истрага на Судот.¹⁰ Промената сама по себе не е спорна, зашто одговорноста за изборот на нормативната рамка во делот на кривичното материјално и процесно право ја има Собранието (чл. 68 од Уставот). Преку законите, тоа најопшто ја дефинира криминалната политика на државата за спречување и сузбивање на криминалот.

смртната казна во сите околности („Службен весник на РМ“ бр. 30/2004), Закон за ратификација на Протоколот број 14 кон Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи за измена на контролниот механизам на Конвенцијата („Службен весник на РМ“ бр. 30/2005), Закон за ратификација на Протоколот број 14 bis кон Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи („Службен весник на РМ“ бр. 41/2010), Закон за ратификација на Протоколот број 15 за измена на Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи („Службен весник на РМ“ бр. 45/2016) и Закон за ратификација на Протоколот број 16 кон Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи („Службен весник на РСМ“ бр. 66/2023).

⁵ Натаму ЕСЧП или Судот.

⁶ Закон за кривичната постапка („Службен весник на РМ“ бр. 150/10, 100/12, 142/16 и 198/18) – натаму ЗКП.

⁷ Трпеноски, Леонид, „Привилегираните сведоци и нивното непречено право на премислување“, МРКПК год. 30, бр. 1-2, (2023), Скопје, стр. 4–5.

⁸ Закон о кривичном поступку (СЛ ФНРЈ 97/48) – натаму ЗКП/48; Законик за кривичната постапка (СЛ ФНРЈ 40/53, 52/59, 30/62, 12/65, 23/67 и 54/70) – натаму ЗКП/53; Закон за кривичната постапка (СЛ СФРЈ 4/77, 14/85, 74/87, 57/89 и 3/90) – натаму ЗКП/77; Закон за кривичната постапка („Службен весник на РМ“ бр. 15/97, 44/02, 74/04, 83/08, 67/09 и 51/11) – натаму ЗКП/97.

⁹ Спореди ЗКП/53, ЗИД/67 на ЗКП/53, ЗКП/77 и ЗКП/97 со ЗКП.

¹⁰ Калајчиев, Гордан, и Лажетик Бужаровска, Гордана, „Стручен осврт врз системот на казнена постапка воведен со Законот за кривичната постапка од 2010 година“, Агенција „Академик“, Скопје, 2011, стр. 11, 13.

Нашиот Уставен суд пишал: „Нема сомнение дека законодавецот има уставно овластување да ги уредува општествените односи, односно да ги определува правата и обврските на граѓаните.“¹¹ Тоа значи дека исклучиво Собранието има надлежност да го избере законодавниот модел на кривичната постапка, па и да ја замени претходната мешовита постапка што имаше изразени инквизициски елементи со сегашната, која е поблиска до акузаторниот модел. Секако, обврската на законодавецот при уредувањето на општествените односи е да ги почитува барањата поставени во Уставот и во ратификуваните меѓународни документи за човекови права.

Меѓународниот пакт за граѓански и политички права и ЕКЧП се исто така интегрален дел на правниот поредок во РСМ, а штом не може да се сменат со закон, имаат повисока правна сила од законите што ги носи македонското Собрание.¹² Нашите судови мора да го толкуваат домашното право во духот и во смислата на Конвенцијата, а се обврзани и со интерпретациите содржани во одлуките на ЕСЧП.¹³ Вака гледано, судските прецеденти како извор на правото не само што не се табу-тема, туку веќе се и дел од нашиот правен систем. Оттука, јуриспруденцијата на ЕСЧП е од исклучително значење за развојот на македонското законодавство бидејќи претставува основа за препознавање системски проблеми што произлегуваат од лоши законски решенија и практики на домашните органи.¹⁴ Имено, ако Судот „утврди дека одредена практика кај одредена држава е во спротивност со Конвенцијата, ќе биде многу тешко за друга држава да тврди дека истата таква практика што се одвива во неа не претставува повреда на нејзините обврски од чл. 1“.¹⁵

Тоа би значело дека одлуките на ЕСЧП, освен што имаат огромно значење за нашиот правен поредок, несомнено ќе ги диктираат и промените во психологијата на учесниците во казнените

¹¹ УСРСМ, У. бр.113/2022-1, 21.3.2023 г.

¹² Кај македонските конституционалисти постои несогласност во однос на тоа дали тие имаат предност пред уставните норми [Шкарик, Светомир/Силјановска-Давкова, Гордана, Уставно право (Второ, дополнето и изменето издание), Култура Скопје, 2009, стр. 37] или Уставот воспоставува супрематија над меѓународните договори [Тренеска-Дескоска, Рената, Конституционализмот и човековите права, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, 2006, стр. 246.]. Моето мислење е дека оваа расправа има повеќе теоретска отколку практична вредност, бидејќи примената на одлуките на ЕСЧП е безусловна. Ако ЕСЧП најде повреда на некое конвенциско право, а притоа проблемот е и во Уставот, државата бездруго ќе мора да го промени или текстот или толкувањето на Уставот за да осуети исти такви идни одлуки. Така, на пр., во Council of Bars & Law Societies of Europe: The Voice of European legal profession, The European Court of Human Rights Question & Answers for Lawyers, Brussels, 2018, стр. 18, 21, се посочени неколку држави (Ерменија, Грција, Унгарија, Словачка и Турција) што го промениле сопствениот Устав за да може да одговорот на барањата на ЕСЧП или како што таму е наведено со цел „да дадат полн ефект на одлуките на Судот“.

¹³ Чл. 98 ст. 2 и чл. 118 од Уставот; чл. 2 ст. 1 и чл. 18 ст. 5 и 6 од Законот за судовите („Службен весник на РМ“ бр. 58/06, 62/06, 35/08, 150/10, 83/18 и 198/18 и „Службен весник на РСМ“ бр. 96/19); Арнаудовски, Љупчо/Тумановски, Драган, Независно судство: зборник на документи: II дел, „2-ри Август С“, Штип, 2000, стр. 170; Бужаровска, Гордана/Цаца Николовска, Маргарита/Мифтари, Агим/Нича, Јани, Прирачник за примена на мерката притвор, Здружение на судиите на Република Македонија, Скопје, 2009, стр. 23; Караманди, Љубица, Принципот на прецедент во правниот систем на Република Македонија, Стручно списание „Правник“ број 249, Здружение на правници на Република Македонија, 2013, стр. 49; Крстическа, Оља, Принципот *ne bis in idem* во казнено право, Бато & Дивајн, Скопје, 2016, стр. 232–233; Правно мислење од 29.6.2007 г. на Одделот за казниви дела на ВСПМ во Збирка на судски одлуки 2004–2014 Книга XI, Врховен суд на Република Македонија, 2015, стр. 35–37.

¹⁴ Брезоска-Јовановска, Елена, Еднаквоста како основно право – со посебен осврт на практиката на Европскиот суд за човекови права во однос на заштита од дискриминација, Фондација Институт отворено општество – Македонија, Скопје, 2011, стр. 93.

¹⁵ Грир, Стивен, Европска конвенција за човекови права: постигања, проблеми и изгледи, Просветно дело АД Скопје, Скопје, 2009, стр. 280.

процеси, зашто она што го налага Судот ќе биде неопходниот минимум под кој нашата држава не смее да падне. За ова е значајно и нивното директно и непосредно дејство со оглед на тоа да биде предвидено и повторување на кривичната постапка во корист на осудениот ако со одлука на ЕСЧП се утврди повреда на човековите слободи и права во постапката (чл. 449 ст. 1 т. 6 од ЗКП), па за очекување е да се претпостави дека во повторената постапка, нашите судови ќе ги почитуваат гледиштата на ЕСЧП.

Уште во преамбулата на Уставот, како едни од целите за неговото донесување се посочуваат намерата да се воспостави и да се зацврсти владеењето на правото и да се гарантираат човековите права и граѓанските слободи. Првата, третата, шестата и единаесеттата темелна вредност на уставниот поредок се основните слободи и права на човекот и граѓанинот признаени со меѓународното право и утврдени со Уставот, владеењето на правото, правната заштита на сопственоста и почитувањето на општоприфатените норми на меѓународното право. Ако Уставот, како прва, основна, највисока норма во пирамидата на правниот поредок појаснува што е целта, односно каква треба да биде во практиката нашата држава, тогаш темелните вредности се јадрото, нуклеусот. Нив може да ги согледаме како основна, сушта цел, а сè друго како метод, средство или начин за нивно остварување, што значи дека сите правни акти, почнувајќи од највисокиот, па до најнискиот, и сите материјални дејства на тие што се должни да ги применуваат овие акти мора да бидат во хармонија со нив.

Доктрината пишува: „Владеењето на правото вклучува внатрешна моралност на правото, супрематија на правото, еднаквост пред законот, гарантирање на човековите права, а го исклучува арбитражното владеење.“¹⁶ Сè кажува дека нашиот Устав „тргнува од човекот и граѓанинот и неговите слободи и права, како темел на демократскиот политички систем“,¹⁷ „владеењето на правото се заснова врз неколку постулати: прво, примарно значење на човековите слободи и права; второ, постоење ограничена државна власт; трето, поделба на власта на законодавна, извршна и судска; четврто, постоење независно судство и петто, правна сигурност на човекот и граѓанинот“,¹⁸ и, конечно, „законот е истовремено гарант за човековите слободи и права и заштитник од злоупотребите на власта“.¹⁹

Законот за кривичната постапка „е еден од најважните правни прописи во едно демократско општество засновано врз владеење на правото и заштита на човековите права. Преку кривичните процесни закони, државата обезбедува соодветна законска рамка за гонење и казнување на сторителите на кривични дела“.²⁰

¹⁶ Тренеска-Дескоска, 2006, стр. 38.

¹⁷ Шкарик/Силјановска-Давкова, 2009, стр. 173; Шкарик, Светомир, Уставно право – осмо издание, Култура Скопје, 2015 стр. 225.

¹⁸ Шкарик/Силјановска-Давкова, 2009, стр. 321; Шкарик, 2015, стр. 407.

¹⁹ Kambovski, Vlado, Legitimitet i pravičnost kao osnovna načela kaznenog prava, стр. 707 во Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i univerzalne vrednosti, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, uredio Slobodan Perović, br. 9, 2005.

²⁰ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluku U-I-448/2009, U-I-602/2009, U-I-1710/2009, U-I-18153/2009, U-I-5813/2010, U-I-2871/2011, 19.7.2012 g., § 10. [Натаму за оваа одлука USRH U-I-448/2009, 19.7.2012.]

Нашиот Устав, за разлика од некои други уставни на европските држави, не му даде уставен ранг на правото на правична постапка. Но, тоа не значи дека уставно е дозволено законодавецот да нормира неправична постапка. Тоа значи дека независно што Уставот не го предвидува изречно ова право, тоа бездруго е препознаено, опфатено и заштитено преку барањата од првата, третата и единаесеттата темелна вредност на нашиот уставен поредок, чл. 6 од ЕКЧП, чл. 2, 3, 6 и 10 од Законот за судовите и чл. 1, 5, 415 и 465 од ЗКП.

Во продолжение ќе анализирам неколку законски одредби што според начинот на тоа како се уредени, тие се проблематични од конвенциска гледна точка.

2. Пропаѓање на гаранцијата

Гаранцијата како процесен институт и мерка за обезбедување присуство на обвинетиот во постапката е позната уште одамна во нашето казнено процесно право.²¹

Според сите постари закони, таа претставуваше заменска мерка на притворот кога тој беше определен или допрва требаше да се определи поради страв дека обвинетиот ќе побегне. Според ЗКП, гаранцијата повеќе не е мерка за замена на притворот, а проширена е и можноста за нејзина примена. Така, Судот може, на предлог на странките, да определи гаранција против лице за кое е донесена наредба за спроведување истражна постапка ако оцени дека постои основано сомневање дека сторило кривично дело и кога постојат околности што (1) укажуваат на опасност од бегство или (2) го оправдуваат стравот дека обвинетиот ќе го повтори или ќе го доврши кривичното дело или ќе го стори кривичното дело со кое се заканува.

Генерално, ова е во согласност со стојалиштата што доминираат во современото кривично процесно право. Како процесна мерка за обезбедување присуство на обвинетиот, притворот треба да се применува рестриktivно, само во исклучителни случаи. Треба да се инсистира на примена на поблаги мерки со кои еднакво успешно ќе се обезбеди присуството на обвинетиот во постапката, но без одземање на неговата слобода. Една од најсоодветните мерки е токму гаранцијата. Ваквиот пристап за супсидијарниот карактер на притворот е инспириран од решението содржано во чл. 5 ст. 3 од ЕКЧП, кое забранува превентивното лишување од слобода да претставува некакво општо правило.

Гаранцијата нуди широки можности за примена и во секој конкретен случај би требало судијата прво да процени дали има услови за определување гаранција, а потоа да одлучува за мерката притвор. Таа може да се определи спрема осомничен што е на слобода или е во притвор. И кај двата се смета дека гаранцијата ќе биде доволна за тој да не побегне, односно да не го повтори порано стореното дело, да не го доврши започнатото или да не го стори кривичното дело со кое се заканува. Гаранција може обвинетиот да даде лично за себе или за него може да даде некое друго лице. Таа, по правило, се состои во полагање готови пари, хартии од вредност, скапоцености или други подвижни предмети од

²¹ Чл. 137-139 од ЗКП/48, чл. 177-180 од ЗКП/53, чл. 186-189 од ЗКП/77, чл. 179-182 од ЗКП/97, чл. 150-156 од ЗКП.

поголема вредност што лесно може да се претворат во пари или во ставање хипотека за износот на гаранцијата на недвижни добра на лицето што дава гаранција (чл. 150 од ЗКП).

Дотука нема конвенциски проблем со законското решение.

Независно дали гаранцијата е вистинска (депонирање готови пари, хартии од вредност, скапоцености, подвижни предмети или хипотека) или лична (ветување дека еден или повеќе граѓани ќе го платат утврдениот износ на гаранцијата), таа се дава во случај на бегство, повторување, довршување или сторување на делото со кое се заканува обвинетиот. Значи, ЗКП точно определил за што третото лице гарантира со свој имот. Меѓутоа, според чл. 153 ст. 1, положената гаранција ќе пропадне и на обвинетиот ќе му се определи притвор ако: (1) не дојде на уредно доставената покана и за тоа не го оправда изостанокот, (2) побегне и (3) го повтори или го доврши кривичното дело или го стори кривичното дело со кое се заканува.

Проблемот овде е тоа што гаранцијата може да пропадне и поради причина за која никој не гарантирал. Така, ако таа се определува против лицето за кое постои основано сомневање дека сторило кривично дело и кога постојат околности што (1) укажуваат на опасност од бегство или (2) го оправдуваат стравот дека обвинетиот ќе го повтори или ќе го доврши кривичното дело или ќе го стори кривичното дело со кое се заканува (чл. 150), може да пропадне, освен во претходните два случаја, и ако (3) не дојде на уредно доставената покана и за тоа не го оправда изостанокот (чл. 153).

Меѓутоа, недоаѓањето на расправа не е исто што и бегство. Бегството секогаш е со умисла, а недоаѓањето може да биде резултат и на небрежност.

Така, ако обвинетиот побегне, го повтори стореното кривично дело, го доврши започнатото или го стори делото со кое се заканува, свесно го прави она што ветил дека нема да го направи. Или, поинаку кажано, тој или друг за него гарантирал дека ќе се однесува на еден начин, а овој намерно постапил спротивно на тоа за кое биле дадени гаранции. Во ваква ситуација, оправдано е да пропадне гаранцијата, на обвинетиот да му се определи притвор, а вредноста на положената гаранција да се внесе како приход на буџетот.

Меѓутоа, недоаѓањето на уредно доставената покана и неоправдувањето на изостанокот може да биде последица на невнимание. За ваков обвинет не може со сигурност да се каже дека се крие или дека побегнал и затоа пропаѓањето на гаранцијата не е соодветно решение. За него со сигурност може да се каже само дека бил неодговорен. За таков обвинет може да се размисли дали гаранцијата сè уште е правилна мерка за обезбедување на присуството. Ако се процени дека не е, треба да му се определи друга посоодветна мерка (пр. притвор), потоа да се укине гаранцијата и да се врати на лицето што ја дало. Постојното законско решение не е вакво, зашто надоврзува исти штетни последици, како на намерно и умислено, така и на невнимателно и небрежно однесување, што секако не е во ред.

Според ЗКП, лицето гарантира за едно (чл. 150 ст. 1, 2 и 4), но гаранцијата може да пропадне и поради нешто друго (чл. 153 ст. 1 ал. 1). Тоа не било уредено така во ниеден од постарите закони. Според нив, обвинетиот што треба да се стави или е веќе ставен во притвор само поради страв дека ќе

побегне може да се остави на слобода, односно може да се пушти на слобода ако тој лично или некој друг даде гаранција за него дека до крајот на кривичната постапка нема да побегне, а самиот обвинет вети дека нема да се крие и дека нема без одобрение да го напушти своето престојувалиште.²²

Гаранцијата пропаѓала ако обвинетиот побегнел, односно ако се случело она за што всушност се гарантирало дека нема да се случи.²³ Но, не пропаѓала поради причина за која никој не гарантирал. Што е сосема логично. Така, ако обвинетиот не дојдел на уредна покана и не го оправдал изостанокот, ако се подготвувал за бегство или ако против него, откако бил оставен на слобода, се појавила некоја друга законска основа за притвор, тој ќе бил ставен во притвор и покрај дадената гаранција. Во ваков случај, гаранцијата се укинувала (но, не пропаѓала), положениот паричен износ, скапоцености, хартии од вредност или други подвижни предмети се враќале, а хипотеката се симнувала.²⁴

Сега не е така. Според чл. 153 ст. 1 ал. 1, ако обвинетиот не дојде на уредно доставената покана и не го оправда изостанокот, положената гаранција ќе пропадне и на обвинетиот ќе му се определи притвор. Многу често, ако не и вообичаено, гаранција дава трето лице, со оглед на тоа дека обвинетиот во повеќето од случаите претходно е лишен од слобода. При постојното законско решение, третото лице доведено во заблуда од самиот ЗКП може да го изгуби својот имот поради причина за која не ни гарантирало. Конвенциски е неприфатливо кумулативно (1) да му се определи притвор на обвинетиот и (2) да се наплати гаранцијата во корист на државата во ситуација кога обвинетиот не ја прекршил гаранцијата. Тоа е значајна разлика во однос на другите две алинеи од чл. 153 (ако побегне или ако го повтори или го доврши кривичното дело, односно го стори делото со кое се заканува). На овој начин, наплатата на гаранцијата, всушност, се претвора во казна за оној што ја дал без да се исполнат условите за кои гарантирал. Законското решение од чл. 153 ст. 1 ал. 1 е во судир со уставната гаранција на правото на сопственост од чл. 30 од Уставот и заштитата што ЕКЧП ѝ ја дава на сопственоста со чл. 1 ст. 1 од Протоколот 1 кон ЕКЧП. Тоа не е во согласност ниту со чл. 8 ст. 1 ал. 1, 3, 6 и 11 од Уставот, зашто ги подрива едни од најзначајните темелни вредности врз кои се заснова уставниот поредок, какви што се заштитата на основните слободи и права на човекот и граѓанинот, владеењето на правото, правната заштита на сопственоста и почитувањето на општоприфатените норми на меѓународното право.

3. Дисциплински овластувања на Судот

ЗКП му дал повеќе дисциплински овластувања на Судот. Нивната цел е да се обезбеди непречено одвивање на постапката, да се одржи редот во судницата, да се заштити достоинството на Судот и на другите учесници во постапката. Овие овластувања се насочени кон различни субјекти,

²² Чл. 137 од ЗКП/48, чл. 177 од ЗКП/53, чл. 186 од ЗКП/77 и чл. 179 од ЗКП/97.

²³ Чл. 138 ст. 3 од ЗКП/48, чл. 178 ст. 3 од ЗКП/53, чл. 187 ст. 3 од ЗКП/77 и чл. 180 ст. 3 од ЗКП/97.

²⁴ Чл. 139 ст. 1 и 2 од ЗКП/48, чл. 179 ст. 1 и 2 од ЗКП/53, чл. 188 ст. 1 и 2 од ЗКП/77 и чл. 181 ст. 1 и 2 од ЗКП/97.

вклучувајќи ги странките, нивните застапници, сведоците, вештаците, па дури и лицата задолжени за достава.²⁵

Може да се каже дека за првпат од 1948 г., кога беше донесен првиот процесен закон, токму во последниот од 2010 г. има формална еднаквост помеѓу јавниот обвинител и адвокатот во поглед на можноста Судот да им изрече дисциплинска казна.²⁶ Сите претходни закони го ставаа обвинителот во повластена положба зашто Судот немаше овластување нему да му изрече дисциплинска санкција поради нарушување на редот и дисциплината во Судот. Иста повреда на дисциплината различно се третираше од гледна точка на тоа кој ја имал направено, иако иста повреда бара ист третман. Тоа не е во ред, бидејќи нема основ обвинителот, поради тоа што е орган надлежен за гонење, да биде повластен, зашто токму поради тоа, тој треба да покаже најдисциплиниран однос. Ако неговата работа е да гони за грешките на другите, нема причина тој да биде заштитен поради сопствените грешки.

„Во дополнително на независните и непристрасни судии и обвинители, адвокатите претставуваат трет основен столб за одржување на владеењето на правото во демократското општество и обезбедување ефикасна заштита на човековите права.“²⁷ Адвокатурата, исто како и обвинителството, има свој Кодекс на однесување што треба да го почитува секој член на таа фела. Претпоставка е дека секој се однесува во согласност со морално-етичките норми на својата професија, па нема потреба адвокатската професија законски да се обележи како поподложна на неетички и недисциплиниран однос. Во цела низа одредби, ЗКП предвидува во еднаква мера дисциплински казни и мерки како за јавниот обвинител, така и за бранителот.

Сепак, состојбата не е доведена во рамнотежа, зашто и натаму постои дискриминација на адвокатите во споредба со јавните обвинители, иако за тоа нема никакво оправдување. Сè уште постои

²⁵ Така, Судот може: а) парично да го казни учесникот во постапката што го навредува Судот или лицата што учествуваат во постапката (чл. 88), б) да ги предупреди лицата што присуствуваат на главната расправа да се однесуваат пристойно и да не ја нарушуваат работата на Судот (чл. 360), в) да ги опомене лицата што го нарушуваат редот или не се придржуваат на наредбите од претседателот на советот за одржување на редот на главната расправа (чл. 361), г) да го отстрани обвинетиот од судницата на пократок или подолг рок, за определено или за сето време додека трае доказната постапка или комплетно од заседанието (чл. 361), д) да ги отстрани од судницата приватниот тужител или неговиот законски застапник (чл. 361), е) на бранителот, полномошникот или јавниот обвинител да им го ускрати правото да застапуваат на расправата, а неа да ја прекине или да ја одложи до ангажирање друг бранител, полномошник, односно до определување друго лице што ќе го застапува обвинителниот акт (чл. 361), е) парично да го казни сведокот за нејавување на поканата или одбивањето да сведочи (чл. 224, 368), ж) парично да го казни вештакот за нејавување на поканата, одбивањето да вештачи или ако не постапи во рокот определен во наредбата (чл. 237, 368), з) да го предупреди или парично да го казни учесникот во постапката или кое било друго лице што му се заканува, го навредува или ја доведува во прашање безбедноста на сведокот (чл. 386), с) парично да го казни лицето задолжено за доставување (пошта, судски доставувач, правно лице со посебни овластувања) што нема да го изврши доставувањето или несовесно ќе го изврши и со тоа ќе предизвика одолжување на постапката (чл. 127), и) да ги задолжи обвинетиот, оштетениот, приватниот тужител, бранителот, законскиот застапник, полномошникот, сведокот, вештакот, преведувачот, толкувачот и стручното лице да ги поднесат трошоците за нивното доведување, за одложувањето на главната расправа и другите трошоци на постапката што ги причиниле по сопствена вина (чл. 104).

²⁶ Спореди чл. 200 и 201 од ЗКП/48, чл. 278 од ЗКП/53, чл. 295 од ЗКП/77, чл. 287 од ЗКП/97 и чл. 361 од ЗКП.

²⁷ Professional Training Series No. 9 – Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers - Chapter 4 * Independence and Impartiality of Judges, Prosecutors and Lawyers, Office of the High Commissioner for Human Rights in cooperation with the International Bar Association, United Nations, New York and Geneva, 2003, стр. 150.

системски утврдена нерамноправност или, со други зборови, од конвенциска гледна точка, проблем е нееднаквиот третман во целосно исти ситуации.

Според чл. 361, на јавниот обвинител, бранителот и полномошникот, кој го нарушува редот или не се придржува на наредбите од претседателот на советот за одржување на редот, претседателот на советот може да им ги изрече следниве дисциплински мерки: (1) да ги опомене, (2) да ги отстрани од судницата, (3) парично да ги казни, (4) за претходното да ги извести основниот јавен обвинител, односно Адвокатската комора. Покрај нив, ако главната расправа се прекине или се одложи како резултат на таквиот недисциплиниран однос, на бранителот, односно полномошникот Судот ќе му нареди да ги плати трошоците што настанале од прекинот или одложувањето (чл. 361 ст. 3), но законот не предвидува вакво задолжение за обвинителот (чл. 361 ст. 5).

Не е праведно исти ситуации да се третираат различно. Прекината или одложена расправа од иста причина (нарушување на редот од јавниот обвинител или адвокатот) не повлекува исти последици, зашто Судот ќе го задолжи адвокатот (не и обвинителот) со трошоците што настанале од прекинот или одложувањето.

Сличен недостаток имаат законските решенија од чл. 364 ст. 1 и чл. 366. Првата одредба е насловена „Недоаѓање на тужителот на главната расправа“, а втората „Недоаѓање на бранителот на главна расправа“. Според првата, ако на главната расправа не дојде јавниот обвинител, кој е уредно повикан, а не го извести Судот за причините за својата спреченост, ќе се казни со парична казна (чл. 364), додека, пак, според втората, ако на главната расправа не дојде бранителот, кој е уредно повикан, а не го извести Судот за причините на спреченост, ќе се задолжи да ги поднесе трошоците што настанале поради одложувањето (чл. 366).

Овие два члена пропишуваат што ќе се случи ако, уредно повикани, јавниот обвинител и бранителот не дојдат на главната расправа. Тие не може да трпат негативни последици ако биле неуредно повикани. Но, ако биле повикани, не дошле на расправата и не го оправдале своето отсуство, сосема оправдано е законот да му даде на располагање на Судот одредени дисциплински механизми. Право да ги дефинира тие механизми има законодавецот. Меѓутоа, при нивното уредување за тоа да биде уставно и конвенциски оправдано, мора да појде од правилото дека иста ситуација се третира исто. Наспроти тоа, иста ситуација во горните две одредби законодавецот решил да ја третира различно. Тоа значи дека не е спорно овластувањето на законодавецот да му довери на Судот дисциплински овластувања и да реши какви ќе бидат тие. Но, не треба решението да биде арбитрарно (дадено „од ракав“), ниту дискриминаторско. Значи, ист дисциплински прекршок заслужува иста санкција, па, според тоа, или за двајцата, и за јавниот обвинител и за бранителот, тоа треба да биде парична казна (како во чл. 364), или и за двајцата треба да биде задолжение да ги надоместат трошоците за расправата одложена по нивна вина (како во чл. 366). Но, не смее за едниот да биде предвидена една мерка, а за другиот друга.

Поради истите причини, проблематичен е и чл. 104 ст. 1 од ЗКП насловен како „Поднесување трошоци настанати по сопствена вина“. И овде правната логика поради која се критикува одредбата е слична како и во однос на претходните. Бранителот и полномошникот не може да бидат доведени. Во однос на нив, очигледно се мисли на трошоците за одложувањето на главната расправа и другите трошоци на постапката што ги причиниле по сопствена вина. Но, такви трошоци не се предвидени за јавниот обвинител.

„...Владеењето на правото е повеќе од само барање да се постапува во согласност со законот, бидејќи вклучува и барања што се однесуваат на содржината на законот. Во оваа смисла, во правниот поредок заснован врз владеење на правото, законите мора да бидат општи и еднакви за сите, а последиците да бидат извесни за оние на кои ќе се применува законот. Правните последици мора да бидат соодветни на легитимните очекувања на странките во секој конкретен случај во кој законот директно се применува на нив... Во областа на кривично-процесното законодавство, првенствено се работи за барање достапност, одреденост и предвидливост на казнено процесните норми.“²⁸

Нема оправдување во однос на тоа, без оглед на исходот, законодавецот да воведува обврска бранителот и полномошникот да ги поднесуваат трошоците за одложувањето на главната расправа и другите трошоци на постапката што ги причиниле по сопствена вина, без притоа таква обврска истовремено да предвиди и за јавниот обвинител. Главната расправа може да се одложи и по вина на јавниот обвинител. Практиката дури и познава голем број случаи што со години се одложувале само поради тоа што јавниот обвинител отсутствувал од многу закажани (порано) претреси, (сега) расправи.

Преку дисциплинските механизми, ЗКП му овозможил на Судот ефективно да управува со постапката, да ја санкционира секоја злоупотреба или непочитување на редот и да го обезбеди присуството на сите релевантни учесници, со што се придонесува за ефикасно и навремено судење. Оттука, самите овластувања не се спорни, впрочем, Судот мора да има на располагање методи и средства со кои ќе се избори со тие што ги нарушуваат редот и дисциплината во постапката.

Меѓутоа, спорно е на кој начин е номотехнички уредено тоа. Правото да не се биде дискриминиран (чл. 14 од ЕКЧП) е повредено кога 1) различно се третираат лица во аналогни ситуации без да постои објективна и разумна оправданост и 2) кога нема различно да се третираат лицата чии ситуации се значително различни.²⁹ Разликата од која поаѓа законодавецот не е во видот на дисциплинската повреда, туку единствено во фактот што ја сторил. Едниот е обвинител, другиот адвокат и само поради таа причина санкциите се различни. Бидејќи ситуацијата е совршено споредлива, таа разлика во односот, вградена во чл. 361, чл. 364, чл. 366 и чл. 104 од ЗКП, е неконзистентна и неоправдана, односно повлекува третман заснован врз дискриминација, кој е спорен од аспект на чл. 9 од Уставот и чл. 14 од ЕКЧП.

²⁸ USRH U-I-448/2009, 19.7.2012, § 11.

²⁹ Thlimmenos v. Greece, A. no. 34369/97, 6.4.2000, § 43.

4. Недозволено мешање на својството на субјектите

Целта на кривичната постапка е законито да се обезбедат докази за кривичното дело и неговиот сторител со цел во една правично спроведена постапка да се утврди основаноста на обвинението, така што никој што е невин да не биде осуден, а на сторителот на кривичното дело да му се изрече соодветната кривична санкција. Ова подразбира дека постапката се води за минат и целосно истражен настан. Но, може да се случи некој во текот на судењето да стори ново кривично дело, при што тој некој може да биде обвинетиот или некое друго лице.

Чл. 362 ст. 2 и 4 регулира како треба да постапи Судот кога некој ќе стори кривично дело на главната расправа. Во овој дел, ЗКП не отстапува од решенијата што ги познавале старите закони.³⁰ Но, тоа само по себе не е гаранција дека решението е во ред.

Според законското решение, ако обвинителот, бранителот, сведокот, оштетениот, вештакот, полномошникот, преведувачот, толкувачот или лице што како јавност присуствува на расправата стори кривично дело на главната расправа, Судот може: (1) да ја прекине главната расправа и по усно обвинение на тужителот да суди веднаш за стореното кривично дело, (2) за стореното дело да суди по завршувањето на започнатата главна расправа или (3) ако не е можно веднаш да му се суди на сторителот на кривичното дело за кое се гони по службена должност, за тоа ќе се извести надлежниот јавен обвинител со цел натамошна постапка.

Во првите два случаја би имале недозволено мешање на својствата на субјектите.

Судијата може да биде оштетен со кривичното дело сторено на главната расправа. Во чл. 33 ст. 1 т. 1, ЗКП изречно забранува судија или судија – поротник што е оштетен со кривичното дело да врши судиска должност. „За да може да ја оствари правдата, човекот мора да се откаже од правото да определи што е, всушност, правдата во оние нешта што за него имаат најголема важност.“³¹

Судијата, записничарот и другите присутни пред кои било сторено кривичното дело на расправата се сведоци очевидци, без оглед дали некој од нив бил или не бил оштетен. Ако по усно обвинение од тужителот, било веднаш, било по завршувањето на расправата, за другото дело суди оној пред кого се одиграл настанот, тогаш тој, освен сведок, станува и судија за истиот настан. ЗКП изречно го забранува спојувањето на својствата, било кога станува збор за судија или судија – поротник (чл. 33 ст. 1 т. 4, чл. 357 ст. 2), било за лице присутно на расправата како записничар, преведувач, толкувач, стручно или вешто лице (чл. 38 ст. 2, чл. 238 ст. 3), или како бранител (чл. 73 ст. 2).

За да се обезбедат правата на одбраната, обвинетиот мора да има право да се соочи со сведоците против себе (чл. 6 ст. 3 г. од ЕКЧП и чл. 70 ст. 1 ал. 7 од ЗКП). Ако сведок на настанот, односно на обвинението е судијата што го суди случајот, тогаш обвинетиот нема да може да го испита и на таков

³⁰ Чл. 203-204 од ЗКП/48, чл. 280, 317 од ЗКП/53, чл. 297, 338 од ЗКП/77 и чл. 289, 330 од ЗКП/97.

³¹ Берк, Едмунд, Темната страна на револуцијата, Фондација Институт отворено општество – Македонија, Скопје, 2010, стр. 39-40.

начин ќе му се ограничи правото на правична постапка пред непристрасен суд (чл. 6 од ЕКЧП, чл. 5 од ЗКП, чл. 6 ст. 2 од Законот за судовите).

Судијата или судијата – поротник, веднаш штом ќе дознае дека постои некоја од причините за изземање од чл. 33 ст. 1, должен е да ја прекине секоја работа врз тој предмет, а постапката задолжително се прекинува (чл. 34, чл. 36 ст. 3, чл. 37). Учеството на главна расправа на судија или судија – поротник што морал да се из земе претставува апсолутно суштествена повреда на одредбите на кривичната постапка (чл. 415 ст. 1 т. 2).

Ако не се спроведува доказна постапка за делото сторено на главна расправа, туку веднаш се пресуди како дело сторено *in flagranti*, тогаш обвинетиот се лишува од постапка, иако Уставот, меѓународните акти и законите му гарантираат право правично и јавно, во разумен рок, пред независен и непристрасен со закон воспоставен суд да бидат разгледани и утврдени основаноста на какви било кривични обвиненија против него со почитување на минималните гаранции од чл. 6 ст. 3 од ЕКЧП.

Правото на правично судење, освен што е значајно самото по себе, битно е за одбрана на другите основни права, а владеењето на правото (наведено во преамбулата на ЕКЧП и централно за нејзината визија) не може да постои без правично судење,³² односно правото на правично судење се наоѓа во центарот помеѓу правата на одбраната и гаранцијата за владеење на правото.³³

Гаранциите од чл. 6 ст. 3 од ЕКЧП се минимален стандард што во секоја постапка мора да се почитува,³⁴ долен праг за заштита на обвинетиот во спорот со обвинителот што не смее да се снижи, а притоа битно да не се наруши рамнотежата помеѓу странките и правната сигурност.³⁵ Тоа се јасно оцртани, конкретни гаранции во рамките на аморфната одредба, кои ако не се почитувани, го прават судењето неправично, а секоја натамошна дискусија излишна.³⁶

Тоа значи дека одредбите што го лишуваат обвинетиот од правично судење пред независен и непристрасен суд, во кое ќе има право да биде детално известен за природата и причините на обвинението, во кое ќе се смета за невин до осудата, во кое ќе му се дадат неопходно време и услови за подготвување на одбраната, ќе му се овозможи да ги сослуша или да бара сослушување на сведоците на обвинението и ќе му се обезбеди повикување и сослушување на сведоците на одбраната под исти услови како тие на обвинението, се во конфликт со владеењето на правото како највисока правна вредност на демократските либерални општества, какво што е и нашето според Уставот.

³² Schabas, William A., The European Convention on Human Right: A Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2015, стр. 265.

³³ Trechsel, Stefan, Human rights in criminal proceedings, Oxford University press, Oxford, 2005, стр. 84.

³⁴ Kalajdžiev, Gordan, Pravični postupak, стр. 834 во Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i univerzalne vrednosti, Udruženje pravника Srbije, Beograd, uredio Slobodan Perović, br. 9, 2005; Škulić, Milan, Dejstvo odluka i gledišta nekin međunarodnih tela na krivičnoprocesni system Republike Srbije, стр. 741 во Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i humana budućnost, Udruženje pravника Srbije, Beograd, uredio Slobodan Perović, br. 9, 2006.

³⁵ Krapac, Davor, Kazneno procesno pravo Prva knjiga: Institucije V. Izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2012, стр. 170–171; Слично и Матовски, Никола, Казнено процесно право: општ дел, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, „Втори Август С“ ДООЕЛ – Штип, Скопје, 2003, стр. 137.

³⁶ Trechsel, 2005, стр. 86.

Слична е критиката и во однос на чл. 393 ст. 2 од ЗКП. Според оваа одредба, на која упатува и чл. 362 ст. 1, ако обвинетиот во текот на главната расправа во заседанието стори кривично дело или ако во текот на главната расправа се открие некое порано сторено кривично дело на обвинетиот, советот, по правило, по обвинение на овластениот тужител, кое може да биде и усно изнесено, ќе ја прошири главната расправа и на тоа дело. Против тоа обвинение не е дозволен приговор.

Приговорите на оваа одредба се исти како и тие изнесени погоре. За правната оценка, никаква улога не игра разликата во субјектот што сторил ново дело на главната расправа, без оглед дали тоа е обвинителот, бранителот, сведокот, оштетениот, вештакот, полномошникот, преведувачот, толкувачот или лице што како јавност присуствува на расправата, како што бара чл. 362 ст. 2, односно обвинетиот според чл. 393 ст. 2.

Суштината е во фузијата на својствата судија и оштетен или судија и сведок очевидец во едно лице, која не е дозволена. Станува збор за функционален дефект на постапката што треба да се реши.

Во оваа смисла, ЕСЧП посочил: „Мешањето на улогите помеѓу тужител, сведок, обвинител и судија очигледно може да поттикне објективно оправдани стравувања во однос на усогласеноста на постапката со начелото дека никој не треба да биде судија во својата кауза и, следствено, во однос на непристрасноста на советот.“³⁷

Оттука, да заклучам, чл. 362 ст. 2 и 4 и чл. 393 ст. 2 од ЗКП се косат со чл. 8 ст. 1 ал. 1, 3 и 11 од Уставот и чл. 6 од ЕКЧП. За споредба, и Уставниот суд на Хрватска оценил дека исти вакви одредби во хрватскиот ЗКП се неуставни, спротивни на чл. 6 од ЕКЧП и на правното становиште на ЕСЧП изразено во предметот *Kyprianou v. Cyprus, A. no. 73791/01, 15.12.2005*.³⁸

³⁷ *Kyprianou v. Cyprus, A. no. 73791/01, 15.12.2005, § 127*. Големият совет на ЕСЧП во неколку точки од одлуката посочил: § 118 – Судот на почетокот повторува дека е од фундаментално значење во едно демократско општество судовите да инспирираат доверба во јавноста и, пред сè, што се однесува до кривичната постапка, на обвинетиот... За таа цел, членот 6 бара трибуналот што е во неговиот опсег да биде непристрасен... § 121 – Анализата на судската практика на Судот открива две можни ситуации во кои се поставува прашањето за недостиг на судска непристрасност. Првиот е функционален по природа: каде што личното однесување на судијата воопшто не е оспорувано, но каде што, на пример, извршувањето различни функции во рамките на судскиот процес од страна на исто лице... или хиерархиски или други врски со друг актер во постапката... објективно ги оправдуваат сомневањата за непристрасноста на трибуналот, кој на тој начин не го исполнува стандардот на Конвенцијата според објективниот тест... Вториот е од лична природа и произлегува од однесувањето на судиите во даден случај... § 123 – Апликантот тврдеше дека, во конкретните околности на неговиот случај, фактот што истите судии на Судот во однос на кои тој наводно извршил непочитување го суделе, го осудиле и го казнилe, покренало објективно оправдани сомнежи за непристрасноста на тој суд... § 124 – Судот забележува дека оваа жалба е насочена кон функционален дефект во релевантната постапка... § 127 – Овој случај е поврзан со непочитување кон Судот, насочен кон судиите лично. Тие биле директен предмет на критиките на апликантот за начинот на кој тие ја воделе постапката. Истите судии потоа донесоа одлука за кривично гонење, го судеа спорното прашање што произлезе од однесувањето на апликантот, ја утврдија неговата вина и изрекоа санкција, во овој случај казна затвор. Во таква ситуација, мешањето на улогите помеѓу тужител, сведок, обвинител и судија очигледно може да поттикне објективно оправдани стравувања во однос на усогласеноста на постапката со начелото дека никој не треба да биде судија во својата кауза и, следствено, во однос на непристрасноста на советот... § 128 – Според тоа, Судот утврди дека, врз основа на фактите на случајот и со оглед на функционалниот недостаток што го идентификувал, непристрасноста на Судот можела се стави под знак прашање. На тој начин, стравувањата на апликантот во овој поглед може да се сметаат за објективно оправдани и дека Судот соодветно не го исполнил бараниот стандард од Конвенцијата според објективниот тест... § 135 – Во светлината на горенаведеното и откако ги испита фактите на случајот и според објективните и субјективните тестови содржани во неговата судска практика, Судот утврди дека Судот во Лимасол не бил непристрасен во смисла на членот 6 став 1 од Конвенцијата.

³⁸ USRH U-I-448/2009, 19.7.2012, § 197-200, 206-209.

5. Повторување на постапката на штета на осудениот

Според чл. 450, кривичната постапка во исклучителни случаи може да се повтори на штета на осудениот ако пресудата со која се одбива обвинението е донесена поради стварна ненадлежност на Судот, а јавниот обвинител покренал постапка пред надлежен суд и притоа побарал повторување на постапката. Вака конципирана, одредбата не ги задоволува стандардите на ЕСЧП за прецизност и предвидливост на законите. Имено, кога овој Суд испитува дали е повредено некое право од Конвенцијата, посочува какви треба да бидат законите, па пишува:

„Законот затоа мора да биде соодветно достапен и предвидлив, што значи да биде формулиран доволно прецизно за да му овозможи на поединецот – ако е потребно и со соодветен совет – да го регулира своето однесување. Со цел домашниот закон да ги исполни овие услови, мора да овозможи соодветна правна заштита против арбитрарност и затоа мора доволно јасно да ги посочи опсегот на дискреционо одлучување доверен на надлежните власти и начинот на неговото користење.“³⁹

„Што се однесува до барањето за предвидливост, Судот повтори дека едно правило е 'предвидливо' доколку тоа е формулирано со доволна прецизност со цел да му се овозможи на секој поединец – ако е потребно со соодветен совет – да го регулира своето однесување... Судот го повторил своето мислење дека изразот 'во согласност со законот' не се однесува само на домашното законодавство, туку, исто така, се однесува и на квалитетот на 'законот', кој треба да биде компатибилен со владеењето на правото, што експлицитно се наведува во преамбулата на Конвенцијата.“⁴⁰

Спорната одредба дозволува повторување правосилно завршена постапка на штета на осудениот. Онака како што е срочена, создава два проблеми од конвенциска гледна точка. Првиот проблем е тоа што употребениот правен стандард создава несигурност и нееднаквост, а вториот е тоа што нема рок по истекот на кој нема да може да се бара повторување на постапката.

Имено, кривичната постапка окончана со пресуда со која обвинението се одбива поради стварна ненадлежност на Судот може да се повтори на штета на осудениот само во исклучителни случаи. Ова значи дека не би било законски оправдано Судот да прифати повторување постапка во однос на секој обвинет за кого така завршила постапката и за кого јавното обвинителство ќе поднесе барање за повторување, туку само во исклучителни случаи.

Законодавецот поблиску не определил кои се тие исклучителни случаи и какви треба да се за да бидат исклучителни. Непрецизно дефинираниот текст на одредбата не ја исклучува можноста некој суд во Македонија да го уважи барањето за повторување на постапката, а друг, при исти околности, да не го прифати. Тоа значи дека непрецизната одредба е подобна да создаде неконзистентна, а со тоа и несигурна практика.

За друга ситуација во однос на неодредените правни поими, Уставниот суд на Хрватска пишал:

„...Неодредените правни поими 'важни причини' и 'сложеноста на предметот' не може да послужат како критериум за оваа дистинкција, тоа треба јасно и прецизно да биде наведено во самиот закон. Бидејќи тоа не е така, оцената за тоа дали се исполнети законските претпоставки (формирани во нејасните правни термини 'важни причини' и

³⁹ S. and Marper v. the United Kingdom, A. nos. 30562/04 and 30566/04, 4.12.2008, § 95.

⁴⁰ Rotaru v. Romania, A. no. 28341/95, 4.5.2000, § 55.

‘сложеноста на предметот’) е целосно оставена на дискреционото право на судијата во секој конкретен (поединечен) случај. Ваквата уреденост никогаш не може да гарантира изедначеност на судската практика. Таа предизвикува правна непредвидливост, правна неизвесност, а со тоа и правна несигурност.⁴¹

За процената на неодредениот правен поим „во исклучителни случаи“ не се поставени никакви нормативни граници. Со оглед на тоа што ЗКП дозволил вонреден правен лек на штета на обвинетиот, нужно морал да посочи поблиски критериуми од кои би се воделе судовите при оцената за тоа дали во конкретниот предмет постојат или не постојат исклучителните околности што се потребни за да се повтори постапката. Не е важно дали таква околност би била кривичното дело да биде сторено на штета на ранливо лице (исклучителна околност од аспект на жртвите споменати во чл. 54 и 232 од ЗКП), дали таква околност би била поради сторено кривично дело против човечноста и меѓународното право (исклучителна околност од аспект на тежината на злосторството и последиците), дали ќе се употреби генерална клаузула за дело за кое е предвидена минимална казна затвор од 5 години (исклучителна околност од аспект на пропишаната санкција). Важно е наместо аморфниот поим, да има опишлив и сигурен критериум според кој ќе може да се водат судовите.

Во научни или стручни трудови може да укажеме на непрецизноста на одредбата и на последиците што може да ги предизвика, а работата на законодавецот е да ја нормира правилно. Но, вака како што е формулирана, не е подобна да му овозможи на поединецот соодветна правна заштита против арбитрарност, зашто, во еден случај, еден суд може една околност да ја оцени како исклучителна и доволна за да дозволи повторување на постапката, а друг суд како неисклучителна и, со тоа, недоволна. Опсегот на дискреционото одлучување не е доволно ограничен, квалитетот на одредбата е таков што не може да се предвиди што ќе биде, а што нема да биде е исклучително, така што сè заедно остава простор за произволност и правна несигурност кај граѓаните. Во тој контекст, правната норма формулирана на начинот на кој е направено во чл. 450 од ЗКП не ги исполнува условите за законите што произлегуваат од владеењето на правото, особено барањата за правна сигурност, правна извесност и правна предвидливост. Во самата нејзина структура се вградени непропорционалност и скриена арбитрарност.

Второ, не е определен објективен рок што би почнал да тече од правосилноста на одбивателната одлука (или субјективен од денот на приемот на одлуката) и по истекот на кој не ќе може да се бара повторување на постапката.

Ова, исто така, создава правна несигурност и nelaгодност кај граѓанинот. Кога би постоел рок, како по примерот на посебниот процесен рок од чл. 58 ст. 1 од ЗКП, би се обезбедила правна предвидливост до кога ќе може во ваква ситуација да се бара повторување на постапката, што, од своја страна, би придонело за правната сигурност.

Барањето од чл. 6 ст. 1 од ЕКЧП во разумен рок да бидат разгледани и утврдени основаноста на какви било кривични обвиненија против некого не значи овластување еднаш, па и со години да се

⁴¹ USRH U-I-448/2009, 19.7.2012, § 170.1.

води постапка против обвинетиот, таа да заврши со пресуда со која се одбива обвинението поради стварна ненадлежност на Судот и потоа лицето да чека и да стравува дали уште еднаш ќе му биде поднесено обвинение за истото дело за да му се суди по вторпат.

Можноста да му се поднесе истото обвинение сега пред надлежен суд, размислувањето и чекањето тоа да се стори без да постои преклузивен рок што би се сметал од датумот на правосилноста на одбивателната одлука може да се сфати како нехуман третман спрема лице за кое важи пресумпцијата на невиност што е гарантирана со чл. 13 ст. 1 од Уставот, чл. 6 ст. 2 од Конвенцијата и чл. 2 ст. 1 од ЗКП. Зашто секој е невин сè додека неговата вина не биде утврдена со правосилна судска одлука. А, нехуманото однесување е забрането со чл. 11 од Уставот и чл. 3 од ЕКЧП. Оваа можност за арбитрарност не е на иста фреквенција со правично замислената постапка, која мора да биде идентична за сите. Уште позначајно е тоа што е во спротивност со правните принципи на предвидливост и сигурност на законите. Таквото уредување не може да гарантира изедначеност на судската практика, предизвикува правна непредвидливост, правна неизвесност, а со тоа и правна несигурност.

Според мислењето на Баер, прописите треба да осигурат единство на правниот поредок, а тоа единство е потребно да се осигури во два правци: 1) сите прописи да претставуваат единствена смислена целина во која нема противречности, односно сите прописи од некој закон да бидат во меѓусебна согласност, а сите прописи од понизок ранг да се во согласност со прописите од повисок ранг, и 2) потребно е да се осигури единствено толкување на правните прописи, во смисла дека не може да постои единство на правниот поредок ако различни државни органи што применуваат некој правен пропис, него го толкуваат различно.⁴²

Нашиот Уставен суд предпочил:

„...Законските норми... мора да бидат јасни, недвосмислени и предвидливи и да не оставаат простор за различно толкување што би можело да доведе до нејаснотии и различна примена во исти ситуации. Впрочем, барањето за јасност и прецизност е едно од основните елементи на принципот на владеењето на правото како темелна вредност на уставниот поредок од членот 8 став 1 алинеја 3 од Уставот.“⁴³

„Преку владеењето на правото, како темелна вредност на Уставниот поредок на Република Северна Македонија, се обезбедува примена на правните норми, и во конкретни случаи и таа примена претставува механизам што ги исклучува самоволието и арбитрарноста, односно обезбедува супремација на правото преку почитување на начелото на уставност и законитост, како и слободите и правата на човекот и граѓанинот. Правната сигурност на граѓаните, исто така, е основа за функционирање на владеењето на правото. Владеењето на правото е основа и гаранција за остварување на сите останати темелни вредности на нашиот уставен поредок.“⁴⁴

„...Принципот на правна сигурност, кој произлегува од темелната вредност од членот 8 став 1 алинеја 3 од Уставот, подразбира дека во правниот поредок треба да бидат пропишани јасни и прецизни норми што ќе ја гарантираат легитимноста на одлуките.“⁴⁵

⁴² Bayer, Vladimir, *Jugoslovensko krivično procesno pravo*, Knjiga prva, Osmo izdanje, Uvod u teoriju krivičnog procesnog prava, Narodne novine Zagreb, 1988, стр. 94.

⁴³ УСРСМ, У. бр. 113/2022-1, 21.3.2023 г.

⁴⁴ УСРСМ, У. бр. 148/2021-1 и У. бр. 15/2022-1, 13.7.2022 г.

⁴⁵ УСРСМ, У. бр. 125/2022, 27.9.2023 г.

Оттаму, може да заклучиме дека Уставот и ЕКЧП ја промовираат законитоста, а ја забрануваат арбитрарноста. Низ призмата на претходново може да констатираме дека анализираната одредба противречи на барањата за правна предвидливост и сигурност на законот и на владеењето на правото, кое како темелна вредност на нашиот уставен поредок се гарантира со Уставот. Таа е во колизија со правото на правично судење во разумен рок, со обврската за хуман третман на луѓето, со барањето за почитување на основните слободи и права на човекот и граѓанинот и на општоприфатените норми на меѓународното право, односно во колизија со чл. 8 ст. 1 ал. 1, 3 и 11 и чл. 11 од Уставот, како и со чл. 3 и чл. 6 ст. 1 од ЕКЧП.

6. Заклучок

Напишаното од Уставниот суд на Хрватска во една од најзначајните одлуки што го тангираат хрватското кривично процесно право е применливо и кај нас.

„Од уставна гледна точка, единствена обврска на законодавецот при уредувањето на казненоправните институти е да ги почитува барањата што му ги поставува Уставот, особено оние што произлегуваат од начелата на владеењето на правото и оние што штитат одредени уставни добра и вредности. Со други зборови, нивното уредување секогаш мора да биде такво што ќе обезбеди постигнување на легитимните цели на кривичната постапка, правна сигурност на објективниот правен поредок, определеност, пристапност, предвидливост и правна извесност на казнено-процесните норми, почитување на правата на обвинетиот и оштетениот (жртва), гарантирани со Уставот, и процесна еднаквост на положбата на странките во кривичната постапка во Република Хрватска во согласност со барањата што произлегуваат од владеењето на правото, највисоките вредности на уставниот поредок на Република Хрватска, што е основа за толкување на Уставот.“⁴⁶

Одредбите од ЗКП што го уредуваат пропаѓањето на гаранцијата, дисциплинските овластувања на Судот, постапувањето во однос на кривично дело сторено на главната расправа и повторувањето на постапката на штета на осудениот, онака како што се конципирани, не се на иста бранова должина со ЕКЧП и со стандардите што ги поставува ЕСЧП.

Решението што го уредува пропаѓањето на гаранцијата е во судир со уставните гаранции од чл. 8 ст. 1 ал. 1, 3, 6 и 11 и чл. 30 од Уставот и заштитата што ЕКЧП ѝ ја дава на сопственоста со чл. 1 ст. 1 од Протоколот 1 кон ЕКЧП. Одредени сегменти од законските решенија во однос на дисциплинските овластувања на Судот се спорни од аспект на чл. 9 од Уставот и чл. 14 од ЕКЧП. Одредбите што го дефинираат судското постапување во однос на кривично дело сторено на главната расправа се косат со чл. 8 ст. 1 ал. 1, 3 и 11 од Уставот и чл. 6 од ЕКЧП. Одредбата за повторувањето на постапката на штета на осудениот противречи на барањата за правна предвидливост и сигурност на законот и на владеењето на правото, и е во колизија со чл. 8 ст. 1 ал. 1, 3 и 11 и чл. 11 од Уставот, како и со чл. 3 и чл. 6 ст. 1 од ЕКЧП.

Петнаесет години од донесувањето и дванаесет години од почетокот на примената се сосема доволни за да се заклучи дека ЗКП, во основата, е добро осмислен и конструиран закон. Меѓутоа, како и со секој закон, и тој има недостатоци што се забележуваат при неговата секојдневна примена. Во

⁴⁶ USRH U-I-448/2009, 19.7.2012, § 10.

овој труд беа посочени некои од нив со идеја да се поттикне дебата што ќе заврши со неопходните и очекувани законски корекции во насока на подобрување на македонската кривична постапка.

TECHNICAL OR CONVENTION-BASED PROBLEMS IN THE LAW ON CRIMINAL PROCEDURE

Summary

In the paper, the author critically analyzes the provisions of the Criminal Procedure Law that regulate the failure of the guarantee, the disciplinary powers of the court, the court options when a crime is committed at the main hearing, and the repetition of the procedure to the detriment of the convicted person. He points out the reasons why they are not on the same wavelength with the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the standards set by the European Court of Human Rights. Fifteen years after its adoption, the Criminal Procedure Law is ripe for change. With the specific proposals and conclusions that he provides in the paper, but also with the paper itself, the author wants to stimulate a debate that will result in the necessary and long-awaited legal amendments necessary for the improvement of Macedonian criminal procedure.

Key words: *guarantee failure, disciplinary powers of the court, criminal offence committed at the main hearing, repeating the procedure to the detriment of the convicted, Law on Criminal Procedure, ECHR, ECtHR, Constitution.*

⁴⁷ Attorney at law in Law firm TRPENOSKI Skopje.