

Д-р Гордана Лажетик – Бужаровска, редовен професор¹
Д-р Лазар Нанев, вонреден професор²
Д-р Олга Кошевалиска, доцент³

ВЕШТАЧЕЊЕТО И „ЕДНАКВОСТА НА ОРУЖЈАТА“

"Justice must not only be done: it must also be seen to be done"
Delcourt v. Belgium,
Judgment, 17 January 1970

1.02 Прегледна научна статија
УДК:343:148:340.114(497.7)

Апстракт

Принципот на еднаквост на оружјата е суштински елемент на концептот на правично судење во рамките на значењето на член 6 од ЕКЧП како минимален услов за непристрасна и конзистентна постапка. На секоја странка во постапката мора да ѝ биде дадена можност да го презентира својот предмет, под услови што не го ставаат во понеповолна положба *vis-à-vis* неговиот противник или противници и сите аргументи или забелешки што имаат за цел да го советуваат или да влијаат врз судот, треба да бидат доставени до двете страни во постапката. ЕСЧП има воведено двостепен пристап за утврдување на повреда на начелото на еднаквост на оружјата. Почетна точка е да се воспостави вистински недостаток на процедурална или институционална рамнотежа, а потоа да се проценат последиците на нееднаквост кон правичноста на целата постапка.

Како што е наведено во судската пракса на ЕСЧП, разбирливо е дека доколку се појават сомнежи, особено кај обвинетиот за неутралноста на вештакот во случаи кога неговиот / нејзиниот извештај всушност го поттикнува донесувањето на обвинителен акт. Таквите ставови може да имаат одредена важност, но не се одлучувачки. Што претставува одлучувачки елемент, е дали тие сомнежи може да бидат објективно оправдани? Постои повреда на рамнотежата на принципот на оружје, кога се укажува на тоа дека мислењето доставено од страна на експерт е повеќе слично на доказите против жалителот и не претставува "неутрално" и "независно" стручно мислење.

Целта на овој труд е да го елаборира вистинското место на вештаците и техничките советници во кривичната постапка во контекст на принципот на еднаквост на оружјата и понатаму да прикаже недоследности во примената на одредбите од овие видови на докази во пракса. Авторите на овој труд направија напор да претстават дека, општо земено, во пракса, примената на овие одредби или е злоупотребена или нивната примена не е одобрена од страна на надлежните органи. Се посочува дека вештаците не се резервирани само за страната на обвинителството и дека алтернативно стручно мислење, исто така треба поеднакво да се користи од страна на одбраната.

Клучни зборови: еднаквост на оружјата, баланс на правата, правично судење, контрадикторност, експертско мислење, алтернативно експертско испитување.

¹ Редовен професор, Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, gordana2206@gmail.com.

² Насловен вонреден професор, Правен Факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ Штип, lazar.nanev@ugd.edu.mk.

³ Доцент, Правен Факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ Штип, olga.gurkova@ugd.edu.mk.

Воведни напомени

Примената на новиот Закон за кривичната постапка⁴ создаде дилеми во однос на прашањето дали одбраната може да го користи вештачењето како доказно средство во текот на кривичната постапка и дали има процесни можности за оспорување на вештачењето. Аргументите кои се изнесуваат во прилог на тезата дека одбраната не може да го ползува вештачењето во подготовка и презентирање на сопствената теорија на случајот се базираат врз рестриктивното толкување на одредбата од ЗКП каде што е регулирано дека вештачењето се определува со писмена наредба. Оттука, бидејќи бранителот не може да издаде наредба, одбраната во листата на докази не може да предложи докази со кои би „атакувала“ на доказната вредност на вештачењето што обвинителството го изготвило во прилог на обвинувањето. Неможноста од ползување на вештачењето како доказно средство од страна на одбраната е резултат од отсуство на формалниот услов за определување вештачење. Наспроти ваквото толкување, се истакнува дека во ниту една одредба од ЗКП не е ограничено одбраната да прибавува докази заради оспорување на стручни и технички прашања врзани за релевантните факти, туку, напротив, во основните права на обвинетиот е регулирано дека обвинетиот мора да има доволно време и можности за подготвување на својата одбрана, а особено да има увид во списите и да биде запознаен со доказите против него и во негова корист. Воедно, во основните права на обвинетиот е регулирано дека тој мора да има можност да се изјасни за фактите и доказите што го товарат и да ги изнесе сите факти и докази што му одат во прилог. Оттука, јасно произлегува дека не е исклучено одбраната да приложи доказ(и) чија цел ќе биде вештачењето изготвено по наредба на јавниот обвинител да биде оспорено и да се намали неговата доказна вредност. Сосема е погрешна практиката во некои судови, каде што вештачењето што го предложила одбраната било одбивано како незаконит доказ со образложение дека не било изработено врз основа на наредба од надлежен орган, наместо да биде третирано како алтернативно експертско мислење. Судот е должен да обезбеди еднаквост на оружјата во кривичната постапка каде што одбраната по дефиниција е инфериорна како во институционална, така и во кадровска и материјална положба, во однос на обвинителството како државен орган. Судот не смее да дозволи повреда на Европската конвенција за човекови права во однос на принципот на еднаквост на оружјата со рестриктивно толкување на одредбите од ЗКП. Во оваа смисла, не постапуваат спротивно на ЗКП судиите кои што го прифаќаат вештачењето предложено од одбраната, а со цел за оспорување на вештачењето од обвинителството. Од друга страна, судијата правилно постапува и во оние случаи на издавање пресуда со казнен налог, каде што предлогот од обвинителството бил доставен без приложено вештачење, но по поднесен приговор од одбраната во прилог на којшто било содржано вештачење, судијата му овозможил на обвинителот да изготви и достави вештачење. Во овој контекст ќе мораме да се согласиме со латинската максима дека практиката односно искуството ги корегира законите.⁵ Ваквиот приод овозможува нивно правилно толкување и разбирање.

Судот мора да води сметка за етаблираното конвенциско право кое особено инсистира на гаранциите што ги има одбраната во однос на правичното судење. Ова, особено ако ефектот од толкувањето на одредбите води кон правилно утврдување на

⁴ Службен весник на РМ, бр. 150/2010 година.

⁵ Legum corrector usus, Titus Livius.

(не)постоењето односно (не)вистинитоста на правно релевантните факти како основ за донесување законита и правична пресуда. Во контекст на претходно изнесеното, се чини потребно да се укаже на смислата и импактот од принципот за еднаквост на оружјата, како еден од аспектите на концептот за правично судење во смисла на членот 6 од ЕКЧП, којшто подразбира “правичен баланс“ помеѓу страните. Согласно овој принцип, секоја страна треба да добие разумна можност да го презентира својот случај под услови кои не ја ставаат во понеповолна положба наспроти спротивната страна. Еднаквоста на оружјата и овозможува на одбраната да има доволно време но и можности да го подготви и изнесе случајот пред судот, да предлага докази во своја полза и да ги оспорува доказите на спротивната странка и преку нагласена процедурална правичност да доведе до ублажување на фактичката нееднаквост што во кривичната постапка постои помеѓу обвинителството, едновремено државен орган и странка во постапката, и одбраната. Поаѓајќи од определбата дека секој обвинет има право на правично судење, кое опфаќа поголем број гаранции, еднаквоста на оружјата претставува суштински елемент на концептот за правично судење и минимален праг за определена постапка да биде оценета како непристрасна и конзистентна.

2. Еднаквост на оружјата

2.1. Општи карактеристики

Корените на овој принцип се среќаваат кај христијанскиот теолог и филозоф, Св. Августин, кој го формулирал како *audi alteram partem*,⁶ односно *audiatur et altera pars*,⁷ а бил поддржан и од страна на римскиот филозоф Сенека.⁸ Настојувајќи да ја испитаат идејата врз која се потпира овој принцип во стара Грција и Рим, постојат интерпретации дека овој принцип има двојни цели: правдина и мудрост. Само владеењето на правото може да овозможи правично судење.⁹ Што се однесува до правото на еднаков и ефикасен пристап до судот, неопходно е да се слушнат обете странки во случајот, бидејќи во спротивно постапувањето не може да се оцени како правично во однос на странката што немала можност да се произнесе, како и идејата дека треба да се слушнат обете страни во еден случај, затоа што во спротивно може да се направи грешка, односно да се донесе одлука со која ќе се онеправа некоја од странките.¹⁰

Модерниот концептуален развиток на принципот на правично судење, како темел на процедуралната праведност, е присутен во најзначајните меѓународни инструменти за човековите права.¹¹ Иако принципот за еднаквост на оружјата не е конкретно дефиниран односно споменат во нив, тој е широко прифатено како основен елемент на правото на

⁶ Hear the other party! Listen to both sides! - Слушни ја другата странка! Ислушај ги обете странки!

⁷ Let us hear the opposite side! Let the other side also have a hearing! - Да се слушне спротивната странка! Овозможете и на другата страна да има судење!

⁸ Според Сенека, дури и на обвинетиот за предавство на државата треба да му се овозможи судење и да му се дозволи да се произнесе, *cum nec proditores inauditi pereant*, Seneca the Elder, *Controversiae*, exc. 6. 10.

⁹ Elise Groulx, “Equality of arms”: Challenges confronting the legal profession in the emerging international criminal justice system, Oxford University Comparative Law Forum, (2006) Oxford U. Comp. L. Forum 3, p. 2, <http://ouclf.iuscomp.org/articles/groulx.shtml>.

¹⁰ Daan Asser, *Audi et Alteram Partem: a Limit to Judicial Activity*, in: A.D.E. Lewis and D.J. Ibbetson (eds.), *The Roman Law Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 211-2; Kelly, John M., “Audi Alteram Partem; Note”, 1964, Natural Law Forum, Paper 84, http://scholarship.law.nd.edu/nd_naturallaw_forum/84.

¹¹ Universal Declaration of Human Rights, Article 10; International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), Article 14; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), Article 6.

правично судење и мерило преку кое може да се изрази потребната процедурална правичност во една кривична постапка.

Еднаквоста на оружјата има клучна улога во јуриспруденцијата на Европскиот суд за човекови права (ЕСЧП). Европската комисија за првпат зазема став во однос на еднаквоста на оружјата во 1959¹² и 1963¹³ година, а ЕСЧП во 1968 година.¹⁴ Во 1970 година ЕСЧП со терминот „еднаквост“ (*equity*) го определил етимолошкото значење на „*aequitas*“. Според ЕСЧП судењето засновано на принципот „*per a contrario*” се смета дека нема да биде правично (*equitable*) ако се спроведува во услови во кои е веројатно дека една од странките ќе биде ставена во неправична положба.¹⁵ Во истовреме, се укажува на фактот дека овој принцип нема општа природа ниту апсолутен карактер, па со оглед на фактичката институционална нееднаквост на странките потребно е да се обезбеди разумна процедурална еднаквост и важно е ниту една од странките да не се наоѓа во привилегирана положба во текот на судењето.¹⁶ Во контекст на споменатата неизбежна нееднаквост меѓу странките во кривичната постапка, треба да се обезбедат соодветни гаранции за обвинетото лице со цел да се овозможи одбраната да биде изедначена со позицијата на обвинителството како државен орган.

Терминот „еднаквост на оружјата“ наоѓа широка примена и покрај укажувањето на француската доктрина дека вордингот на овој принцип треба да се замени со „баланс на правата на странките“ (“*équilibre des droits des parties*”).¹⁷

Принципот за еднаквост на оружјата е исклучително важен бидејќи имплицира придржување кон правата на одбраната и кон потребата за контрадикторна расправа. ЕСЧП потсетува дека доказите мора да бидат изведени јавно преку контрадикторна расправа. Со оглед на фактот што контрадикторноста е тесно поврзана со еднаквоста на оружјата, се наметнува обврска за судијата секој релевантен аспект за крајниот исход на случајот да биде предмет на контрадикторна дебата помеѓу странките.¹⁸

Овој принцип особено добива во значење во кривичната постапка во чијашто природа е вткаена нееднаквост на обвинителството и обвинетиот.¹⁹ Со цел да се оствари правична рамнотежа помеѓу странките, на секоја странка треба да и биде дадена разумна можност да го претстави својот случај под услови што не го ставаат во понеповолна положба *vis-à-vis* неговиот противник и сите аргументи односно забелешки чијашто цел е

¹² *Szwabowicz v. Sweden*, App. No. 172/56, 434/58 and 911/60, 30 June 1959, 2 ECHR YB, p. 355.

¹³ *Ofner and Hopfinger v. Austria*, App. No. 524/59 and 617/59, report of 23 November 1962, Yearbook Volume 6, 1963, p. 680; *Pataki and Dunshirn v. Austria*, App. No. 596/59 and 789/60, report of 28 March 1963, Yearbook Volume 6, 1963, p. 718.

¹⁴ *Neumeister v. Austria*, App. No. 1936/63, Judgment of 27 June 1968, Series A, No. 8.

¹⁵ *Delcourt v. Belgium*, App. No. 2689/65, Judgment of 7 January 1970, para. 18.

¹⁶ Tosin Osasona “Equality of Arms” and its effect on the quality of justice at the ICC, A Contrario International Criminal Law, Reflections and Commentary on Global Justice Issues, April 10, 2014, available at: <http://acontrarioicl.com/2014/04/10/equality-of-arms-and-its-effect-on-the-quality-of-justice-at-the-icc/>; *Hentrich v. France*, Decision from 22 September 1994, para. 7-8.

¹⁷ M. Jean-Pierre Dintilhac, L'égalité des armes dans les enceinte judiciaires, available online at http://www.courdecassation.fr/_rapport/rapport03/etudes&doc/7-etude-M-Dintilhac.htm, цитирано според Elisa Toma, The principle of equality of arms – part of the right to a fair trial, <http://www.internationallawreview.eu/fisiere/pdf/06-Elisa-Toma.pdf>.

¹⁸ Elisa Toma, The principle of equality of arms – part of the right to a fair trial, <http://www.internationallawreview.eu/fisiere/pdf/06-Elisa-Toma.pdf>.

¹⁹ P. Van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2nd Ed., 1990, p. 319.

да се влијае врз одлуката на судот, треба да бидат доставени до обете странки.²⁰ ЕСЧП прифатил пристап во два чекори (*two-steps approach*) за утврдување на повреда на еднаквоста на оружјата. Првин се утврдува недостигот од процедурален или институционален баланс помеѓу правата на странките, а потоа се оценуваат последиците од утврдениот дисбаланс спрема правичноста на целата постапка. Во спротивно, ако имало недостатоци поради кои балансот превагнал во полза на обвинителството, но тоа само по себе не е доволно целата постапка да се оцени како неправична, утврдениот дисбаланс на правата нема да претставува кршење на еднаквоста на оружјата.²¹

2.2. Алтернативно експертско мислење

Принципот за еднаквост на оружјата има подеднакво дејство и во граѓанските и во кривичните постапки. Богата е практиката на ЕСЧП во однос на повреда на еднаквоста на оружјата кога се во прашање вештаците и вештачењата, нивното определување, дозволување и испитување односно нивното учество во постапката.

Според судот, не се почитува еднаквоста на оружјата во случаите кога било одбиено барањето на обвинетиот за презентирање алтернативно експертско мислење. Со оглед на тоа што на обвинетиот не му било овозможено да го оспори вештото мислење кое го истакнало како доказ јавниот обвинител, ЕСЧП оценил дека обвинетиот бил лишен од можноста да изнесе аргументи во своја одбрана под истите услови како и обвинителството. ЕСЧП констатирал повреда на еднаквоста на оружјата во неколку случаи поврзани за предлозите што странките ги поднеле: кога националниот суд во исти околности ги усвојува доказните предлози на едната, а ги одбива доказните предлози на другата странка;²² кога воопшто не ги разгледува доказните предлози на едната странка;²³ кога на едната страна не и ги доставува наодите и мислењата на вештакот, кои веќе и ги доставил на другата странка;²⁴ кога на едната странка и дозволува директно испитување на сведоците и вештаците, а на другата странка не, иако за тоа единствено е овластен самиот суд,²⁵ кога судот не дава еднаков пристап на странките до доказите;²⁶ и конечно кога судот манифестира нееднаквиот третман на техничките сведоци.²⁷

²⁰ Stefania Negri, *Equality Of Arms - Guiding Light Of Empty Shell*, available at: http://books.google.mk/books?id=6K9MHONs9KcC&pg=PA13&lpg=PA13&dq=stefania+negri+equality+of+arms+guiding+light+of+empty+shell&source=bl&ots=n1DZu5k6rP&sig=Rxuc17nTzUcLlCOU8WuGCJ5Pzsg&hl=en&sa=X&ei=YVmEVNSNennygPj6oDwDg&redir_esc=y#v=onepage&q=stefania%20negri%20equality%20of%20arms%20-%20guiding%20light%20of%20mpty%20shell&f=false; *Neumeister v. Austria*, App. No. 1936/63, Judgment of 27 June 1968, Series A, No. 8, para. 22; *Delcourt v Belgium* (1970) 1 EHRR 355, para. 28; *Monnell v UK* (1988) 10 EHRR 205, para. 62; *Isgro v Italy*, 21 February 1991, Series A, Vol. 194, para. 31; *Borgers v Belgium*, 30 October 1991, Series A, Vol. 214, para. 24; *Ankerl v. Switzerland*, 23 October 1996, Reports 1996-V, pp. 1567-68, para. 38; *Nideröst-Huber v. Switzerland*, 18 February 1997, Reports 1997-I, p. 107-08, para. 23; *Kress v. France* [GC], no. 39594/98, para. 72, ECHR 2001-VI; *Barberà v. Spain*, (1988) 11 EHRR 360, para. 18.

²¹ *Kremzow v. Austria*, App. No. 12350/86, Judgment of 21 September 1993, para. 75; *GB v. France*, App. No. 44069/98, Judgment of 2 October 2001, para. 64-70; *Ernst and others v. Belgium*, App. No. 33400/96, Judgment of 15 July 2003, para. 61.

²² *Albert and Le Compte v. Belgium*, Series A., no.58/1983.

²³ *Dombo Beheer v. Netherlands* Series A, no.274/1993.

²⁴ *Ruiz Mateos v. Spain*, Series A, no. 262/1993.

²⁵ *Hentrich v. France*, Series A, no. 296A/1994.

²⁶ *Foucher v France*, judgment of 18 Mar 1997, Reports 1997-II, 452, (1998) 25 EHRR 234, paras 26–38; *Bendenoun v France*, judgment of 24 Feb 1994, Series A no 284, (1994) 18 EHRR 54, paras 49–53; *Mialhe v France* (no 2), judgment of 26 Sept 1996, Reports 1996-IV, 1319, (1997) 23 EHRR 491, paras 38 and 44; *McMicheal v United Kingdom*, judgment of 24 Feb 1995, Series A no 307-B, (1995) 20 EHRR 205; *Vermeulen v Belgium*,

ЕСЧП пред повеќе од 40 години утврдил дека постои повреда на принципот за рамноправност на процесните странки во случај кога за вештак било назначено истото лице врз основа на чијшто извештај било преземено кривичното гонење. Всушност се работело за вештачење преземено во текот на предистражната постапка.²⁸

Неутралноста на вештаците е прашање на коешто особено му посветува внимание ЕСЧП во своите пресуди. Сомнежот во неутралноста на вештаците го загрозува принципот на еднаквост на оружјата.²⁹

Во најпознатиот случај против Македонија по овој основ, Стоименов против РМ,³⁰ ЕСЧП констатирал повреда на принципот на еднаквост на оружјата поради фактот што вештото мислење обезбедено од Управата за крим.техника при МВР бил единствениот извештај кој постоел во врска со квалитетот на катранот и основниот доказ врз кој се засновале обвинението и пресудата против обвинетиот, а на одбраната не ѝ било овозможено да поднесе приватно вешто мислење ниту ѝ бил обезбеден пристап до питите од афионскиот катран кои биле предмет на вештачење.³¹ Проблемот со неутралноста на вештите лица се апострофира со оглед на фактот што вештачењето било спроведено на барање на МВР, а не на барање од судот. На овој начин Управата за крим.техника при МВР која го спровела вештачењето нема статус на „експерт определен од страна на судот“.³²

Разбирливо е дека кај обвинетиот може да се јави сомнеж во врска на неутралноста на експертите кога всушност извештајот на експертот бил основа за поднесување на кривична пријава.³³ Сепак, сомнежот *per se* ниту е доволен, ниту е одлучувачки. Одлучувачко е дали сомнежот може да се оцени како објективно оправдан (*objective justification*).³⁴

Сомнежот не бил објективно оправдан во случај кога вештакот бил вработен во ист институт односно лабораторија каде што работел и вештакот врз чиешто вештачење се засновало обвинението.³⁵ Во овој случај, ЕСЧП заклучил дека судски назначениот вештак не може да се смета за сведок против обвинетиот, заради непостоењето сомнежи во неговата непристрасност. Ваквиот заклучок ЕСЧП го темели врз фактот што одбраната

judgment of 20 Feb 1996, Reports 1996-I, 224, (2001) 32 EHRR 15, para 33, Подетално види во: Sarah J Summers (2007): Fair Trials The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights, Hart Publishing, 16C Worcester Place, стр.105.

²⁷ Boenisch v Austria, judgment of 6 May 1985, Series A no 92, (1987) 9 EHRR 191, paras 31–35; Brandstetter v Austria, judgment of 28 Aug 1991, Series A no 211, (1993) 15 EHRR 378, para 45; Dombo Beeher BV v Netherlands, judgment of 27 Oct 1993, Series A no 274, (1994) 18 EHRR 213, paras 30–35, Подетално види во Summers (2007): Fair Trials The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights, Hart Publishing, 16C Worcester Place, стр. 103.

²⁸ Bönisch v. Austria, Series A, no.11/1970

²⁹ д-р Мирјана Лазарова Трајковска, Значењето на судската практика на Европскиот суд за човекови права за владеењето на правото во Република Македонија, Европско право, број 1/2013, стр. 11-21, стр. 16.

³⁰ Стоименов против РМ, Жалба бр. 17995/02, <http://www.pravda.gov.mk/txt/presudi/mak/stojmenovmak.htm>.

³¹ Стоименов против РМ, ст. 38.

³² Стоименов против РМ, ст. 39.

³³ Bonisch v. Austria, Пресуда од 6 мај 1985, серија А, бр.92, ст. 32.

³⁴ Brandstetter v Austria, Пресуда од 28 август 1991, серија А, бр. 211, ст. 44.

³⁵ Ова особено и поради фактот што сомнежот од страна на одбраната не бил изразен при определување на вештакот туку дури откако тој го изготвил вештачењето кое не одело во полза на одбраната, Brandstetter v Austria, Пресуда од 28 август 1991, серија А, бр. 211, ст. 44.

истакнала приговор на назначувањето на судскиот вештак дури откако тој го изготвил извештајот што не одел во нејзина полза.³⁶

Но, сомнежот се покажал како објективно оправдан во случајот на Стоименов против РМ, бидејќи со оглед на посебните околности на случајот мислењето поднесено од страна на Управата за крим.техника при МВР е поблизу до доказите кои говорат против одбраната и не може да се смета за “непристрасно“ и “независно“ стручно мислење.³⁷ Од овие причини ЕСЧП оценил дека поради нарушен баланс на правата помеѓу странките, одбраната не добила разумна можност да го презентира својот случај под услови кои не ја ставаат во понеповолна положба наспроти спротивната страна, односно дека одбраната била лишена од можноста да изнесе аргументи во своја одбрана под истите услови како и обвинителството.³⁸

3. Вештачењето како доказно средство според ЗКП

Вештачењето е едно од доказните средства кои им стојат на располагање на странките заради утврдување на релевантноста на факти што немаат правничка природа.³⁹ Предмет на вештачење може да бидат траги што се подигнати од лице место (*locus delicti*), факти поврзани со моментот на сторување на кривичното дело (*tempore criminis*), но и факти кои може да се појават во текот на кривичната постапка (*per procedendi*), а коишто многу често се поврзани со душевната состојба во којашто може да западне обвинетиот. Предмет на вештачењето може да бидат предмети, супстанции, како и списи, но вештачењето може да се однесува на определени психосоматски состојби на обвинетиот, како и на повредите односно последиците што поради кривичното дело ги претрпел оштетениот односно жртвата. Во рамките на казнената правда значително се зголемува бројот на нови форензички техники и значењето на научните докази станува исклучително комплексно прашање.⁴⁰

Формален услов за определување на вештачењето е писмена наредба од органот што ја води постапката, а материјален услов е изборот на вештак во конкретен случај. Вештак е процесно незаинтересирано лице, што поседува сертификат и е запишано во регистарот на вештаци. Правилниот избор на вештак според природата и спецификите на спорните факти е особено значаен. Притоа, треба да се води сметка за аспектите поврзани со: правната способност (постоење основи за изземање; правни пречки да биде вештак лице што не може да биде сослушано како сведок, лице ослободено од должноста за вештачење или лице кое е веќе испитано како сведок); стручната способност (вид и степен на стручна подготовка и знаење; поседување лиценца; заведување во регистарот на вештаци); здравствената способност (телесното и психичкото здравје на вештакот), како и моралната способност (поседување квалитети како што се етичност, професионалност,

³⁶Brandstetter v Austria, Series A., no. 211/1991.

³⁷ Стоименов против РМ, ст. 40 и 42.

³⁸ Слично како и во Gorraiz Lizarraga and others v. Spain, бр. 62543/00, ст. 56.

³⁹ Criminal Procedure, A Worldwide Study, Second Edition, (ed. Craig M. Bradley), Carolina Academic Press, North Carolina, 2007; Prof. d-r Tihomir Vasiljević/Prof. d-r Momčilo Grubač, Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2005; проф. д-р Никола Матовски, проф. д-р Гордана Лажетиќ – Бужаровска и проф. д-р Гордан Калајџиќ, Казнено процесно право, Второ изменето и дополнето издание, Академик, Скопје, 2011, стр. 207-218; Dr. Snežana Soković, Veštačenje kao dokaz u krivičnom postupku, Kragujevac, 1997; Милан Шкулиќ, Кривично процесно право, Друго изменето и допуњено издање, Београд, 2010; Davor Krapac, Kazнено процесно право, Prva knjiga: Institucije, IV izmenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne Novine, Zagreb, 2010.

⁴⁰ Restricted group of experts on scientific evidence (PC-R-PS), www.coe.int/cdspd.

честност и непристрасност). Вештакот успешно ја извршил својата задача кога дал одговор на поставените прашања содржани во наредбата, а поврзани со тоа што тој го видел или забележал работејќи врз предметот на вештачењето.

Доколку докажувањето на еден факт се заснова врз забележување од некое лице, тоа треба лично да се испита на главната расправа. Од ова произлегува дека по својата природа *искасот на вештакот* подлежи на оцена како и секој друг вербален доказ, во случај кога е тој испитуван пред судот, односно предмет на оцена е доставениот *наод и мислење* на вештакот, којшто не е оспоруван од странките и ниту една од нив не побарала повикување заради испитување на вештакот. Имено, согласно одредбата од член 387 ст. 3 од ЗКП, ако некоја од странките бара вештото лице да се испита на главната расправа, писмениот наод и мислење ќе бидат прифатени како доказан материјал само ако вештото лице кое го изработило наодот и мислењето дало свој исказ на главната расправа и била дадена можност да биде вкрстено испрашано. Во контекст на ова, ако не се испита вештакот, наодот и мислењето не може да биде доказ врз кој ќе се заснова пресудата.

Определувањето вештачење е пропишано како истражно дејствие и како доказно средство. Во текот на истражната постапка, согласно со одредбата од чл. 295 ст. 1 од ЗКП, јавниот обвинител може, помеѓу останатите истражни дејствија, да определи и вештачење. Вештачењето може да се преземе и пред поведување на истражната постапка доколку постои опасност од одлагање, според чл. 295, ст. 2 од ЗКП.

Поаѓајќи од правниот принцип според кој она што не е забрането е дозволено, вештачењето е доказно средство што ѝ стои на располагање на одбраната, но се реализира преку овластувањата на техничкиот советник. Ваквиот заклучок се аргументира во контекст на неколку одредби од ЗКП. Имено, во однос на правата што ги има обвинетиот во чл. 70 од ЗКП, на воопштен и афирмативен начин, усогласен со гаранциите на одбраната според Европската конвенција за човековите права, е пропишано дека обвинетиот мора да има доволно време и можности за подготвување на својата одбрана, како и дека треба да му се овозможи да се изјасни за фактите и доказите што го товарат и да ги изнесе сите факти и докази што му одат во прилог. За да ги оствари овие права, обвинетиот може да ги користи сите процесни можности и доказни средства. Во рамките на дејствијата на одбраната, чл. 305 од ЗКП, обвинетиот и неговиот бранител може во текот на претходната постапка да му даваат предлози на јавниот обвинител за преземање определени истражни дејствија, во коишто може да биде вброено и вештачењето.

Одбраната може и сама да пронаоѓа и собира докази во текот на целата постапка, а дејствијата се извршуваат од страна на бранителот, овластен приватен детектив или технички советник. Во овој контекст, улогата на техничките советници заслужува особено внимание. Одредбите во однос на техничките советници (чл. 244 и 245 од ЗКП) се поместени во делот од ЗКП што се однесува на вештачењето како доказно средство. Ова зборува за правната природа и функцијата што тие треба да ја остваруваат. Стручната подготовка, правните и материјалните услови што мора да ги исполнува техничкиот советник (лиценца, регистар на вештаци) се идентични со оние на вештакот. Во прилог на ова зборува одредбата дека за технички советник не може да биде именувано лице кое не може да биде вештак според одредбата на чл. 238 од ЗКП.

Странките имаат право да именуваат по најмногу двајца технички советници од регистарот на вештаци. Улогата на техничкиот советник е тој да ѝ помогне на странката во собирање на податоци за стручни прашања или за оспорување на вештачењето. Со цел да се обезбеди еднаквост на оружјата и обвинетиот да не биде лишен од можноста да изнесе аргументи во своја одбрана под истите услови како и обвинителството, последниот

предлог за измени и дополнувања на ЗКП⁴¹ содржи одредба според која техничкиот советник има можност да изработи наод и мислење кое би се предложило како доказ во постапката и би претставувало противтежа на вештачењето кое е извршено со наредба од страна на јавниот обвинител. На овој начин ќе се озакоени можноста за прибавување и предлагање на алтернативно експертско мислење со цел за оспорување на околностите наведени во наодот и мислењето на вештакот.

Но, поаѓајќи од одредбата дека обете странки може да именуваат технички советници, произлегува дека техничкиот советник на едната странка ќе служи за оспорување односно намалување на доказната сила на наодот и мислењето што го дал техничкиот советник на спротивната странка.

Се јавуваат проблеми во практиката во однос на прашањето за ангажирање на техничкиот сведок од страна на одбраната, и тоа не само од финансиски аспект,⁴² туку и од причини на колегијалност. Проблем се јавува поради недоволниот број вештаци од определена област кои би се јавиле како технички советник на одбраната, па одбраната не е секогаш во можност ефективно да го оспори вештачењето од обвинителството. Но, на жалост, не отсуствуваат примери во практиката каде што вештакот одбива да биде ангажиран како технички советник, најчесто од причини на колегијалност со вештакот, особено ако кај него постои стравување дека вештакот би бил изложен на критики поради изработено вештачење кое не е направено доследно со правилата на струката и науката.

Техничките советници може да присуствуваат при вештачењето и на вештите лица да им даваат предлози или да ставаат забелешки во однос на вештачењето. Со оглед на различниот момент во кој одбраната ќе се вклучи во постапувањето, ЗКП предвидува две можности:

- техничките советници да присуствуваат при вештачењето и на вештите лица да им даваат предлози или да ставаат забелешки во однос на вештачењето (одредба што би се применила кога одбраната се вклучила во постапувањето во порана фаза пред завршување на истражната постапка и ќе биде известена за тајмингот кога ќе се врши вештачењето),
- да ги разгледаат наодот и мислењето или да побараат од органот што ја води постапката да бидат овластени да го прегледаат лицето или да го разгледаат предметот односно местото што се предмет на вештачење (во случај кога техничките советници се именувани откако завршило вештачењето, што ќе биде многу почест случај во практиката).

Идејата на законодавецот била да се воедначат вештакот и техничкиот советник и во однос на нивното испитување во текот на главната расправа, што може да се заклучи од чл. 387 од ЗКП. Имено, сите одредби што се однесуваат на испитувањето на вештакот соодветно се применуваат и за испитување на техничкиот советник: пред испитувањето техничкиот советник ќе биде опоменат од судот за должноста да го изнесе мислењето на јасен начин и согласно струката, по закана за гонење во случај на давање лажен исказ;

⁴¹ Што е сеуште во работна верзија во Министерството за правда на РМ, со дата од 02.03.2015 година.

⁴² Во оваа смисла Petra van Kampe вели: одбраната ниту ги има човечките ресурси ниту финансиите секогаш да може да ангажира технички сведоци и приватни детективи и да спроведува приватни истраги кои можат да бидат долготрајни и оттука екстремно скапи. Види во: J.F. Nijboer, W.J.J.M. Sprangers (eds.): *Confronting Expert Evidence under the European Convention*, in *Harmonisation in Forensic Expertise An inquiry into the desirability of and opportunities for international standards*, Tella Thesis, стр.183;

давање заклетва пред испитувањето; ако техничкиот советник дал наод и мислење и некоја странка бара тој да биде испитан на главната расправа, нема да може наодот и мислењето да бидат основ за засновање пресуда ако техничкиот советник не даде исказ.

Од одредбите произлегува дека обвинителството наместо со писмена наредба да определи вештачење, може да именува технички советник и да го предложи како доказ. Впрочем, останува на обвинителството да одлучи во која форма ќе обезбеди стручен наод и мислење, преку наредба за вештачење или преку именување технички советник.

Во прилог на материјалната воедначеност на вештакот и техничкиот советник, може да се наведе одредбата од чл. 394 ст. 2 од ЗКП, каде што е регулирано дека, судот може по предлог од странките или по службена должност да определи ново вештачење, кое ќе има за цел да се отстранат противречностите во наодите и мислењата на вешти или стручни лица. Од оваа одредба произлегува дека новото вештачење (супервештачењето) судот може да го определи со наредба кога постојат контрадикторни наоди и мислења помеѓу вештак и технички советник односно помеѓу наоди и мислења изготвени од технички советници именувани од странките.

4. Заклучок

Во контрадикторна постапка мора да се овозможи одбраната да презентира алтернативен аргумент во однос на технички или стручен доказ, без оглед на тоа дали со ова дејствие ќе ги негира наводните факти или пак ќе понуди друга верзија на настаните. Одбраната може да поднесе алтернативно експертно мислење во форма на вештачење изготвено од вештак ангажиран од страна на одбраната како технички советник. Судот не смее да го прогласи таквиот доказ за противзаконит, ниту смее да спречи негово изведување како доказ, раководејќи се од фактот што на неговото изготвување не претходела писмена наредба од органот што ја води постапката.

Рестриктивното толкување на одредбите од ЗКП води кон повреда на еднаквоста на оружјата и ја доведува одбраната во неповолна положба наспроти обвинителството. Контрадикторноста не може да се оствари без можност за аргументирано оспорување на изнесеното експертско мислење на иницијатива на обвинителството. Имајќи го предвид фактот што пресудите во голема мера се засноваат токму врз спроведените вештачења во однос на релевантните факти за кои тие се определени, се засилува впечатокот дека тенденцијата за монополизирање на вештачењето како доказно средство достапно само на обвинителството мора да се напушти.

Неконзистентната примена на одредбите, во еден дел, произлегува до поинаквата поставеност на доказите во кривичната постапка. Наспроти претходниот систем, каде што сите докази беа докази на судот, без оглед на нивниот предлагач, во новиот концепт на кривична постапка, доказот е врзан за странката што го предложила, а судот воопшто нема доказна иницијатива, освен во исклучителни случаи. Во новиот систем на казнено-процесно право, вештакот престана да биде помошник на судот, а преку можноста за ангажирање вештаци како технички советници, тие прераснаа во помошници на странките, во подготовка на случајот.

Во одлуките каде што судот го прогласил вештачењето доставено од одбраната за незаконит доказ, сосема е изгубена од вид функцијата на техничките советници кои се, всушност, вештаци на одбраната само со поинакво процесно својство. Од аспект на доказната вредност на она што тие го изнеле во наодот и мислењето односно во исказот даден на главната расправа, не постои суштинска разлика помеѓу вештаците и техничките

советници ниту во однос на стручната подготовка, ниту во однос на сертификатот за вештаци, ниту во однос на нивно евидентирање во регистарот на вештаците. Единствената процесна разлика лежи во формалниот начин за нивното вклучување во доказните средства – вештак со наредба, технички советник со именување.

Формалните ограничувања не би требало да предизвикаат последици во смисла на материјалните можности за прибирање односно за оспорување на доказите со што директно се прекршуваат гаранциите што за одбраната произлегуваат од принципот на еднаквост на оружјата.

Користена литература:

van Dijk, P.& van Hoof, G.J.H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2nd Ed., 1990

Vasiljević, Tihomir/Grubač, Momčilo, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Beograd, 2005;

Groulx Elise, “*Equality of arms*”: *Challenges confronting the legal profession in the emerging international criminal justice system*, Oxford University Comparative Law Forum, (2006) Oxford U. Comp. L. Forum 3, <http://ouclf.iuscomp.org/articles/groulx.shtml>.

Daan Asser, *Audi et Alteram Partem: a Limit to Judicial Activity*, in: A.D.E. Lewis and D.J. Ibbetson (eds.), *The Roman Law Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994;

Davor Krapac, *Kazнено procesno pravo, Prva knjiga: Institucije, IV izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Narodne Novine, Zagreb, 2010.

Dintilhac, M. Jean-Pierre, *L'égalité des armes dans les enceinte judiciaires*, available online at <http://www.courdecassation.fr/rapport/rapport03/etudes&doc/7-etude-M-Dintilhac.htm>

Kelly, John M., “*Audi Alteram Partem; Note*”, 1964, *Natural Law Forum*, Paper 84, http://scholarship.law.nd.edu/nd_naturallaw_forum/84.

Лазарова Трајковска, Мирјана *Значењето на судската практика на Европскиот суд за човекови права за владеењето на правото во Република Македонија*, *Европско право*, број 1/2013, стр. 11-21.

Матовски, Никола, Лажетиќ – Бужаровска, Гордана и Калајџиев, Гордан, *Казнено процесно право, Второ изменето и дополнето издание*, Академик, Скопје, 2011, стр. 207-218;

Negri, Stefania *Equality Of Arms - Guiding Light Of Empty Shell*, available at: http://books.google.mk/books?id=6K9MHONs9KcC&pg=PA13&lpg=PA13&dq=stefania+negri+equality+of+arms+guiding+light+of+empty+shell&source=bl&ots=n1DZu5k6rP&sig=RxucI7nTzUcLLcOU8WuGCJ5Pzsg&hl=en&sa=X&ei=YVmEVNSNennygPj6oDwDg&redir_esc=y#v=onepage&q=stefania%20negri%20equality%20of%20arms%20-%20guiding%20light%20of%20mpty%20shell&f=false

Osasona, Tosin “*Equality of Arms*” and its effect on the quality of justice at the ICC, *A Contrario International Criminal Law, Reflections and Commentary on Global Justice Issues*, April 10, 2014, available at: <http://acontrarioicl.com/2014/04/10/equality-of-arms-and-its-effect-on-the-quality-of-justice-at-the-icc/>;

Seneca the Elder, *Controversiae*, exc. 6. 10.

Soković, Snežana, Veštačenje kao dokaz u krivičnom postupku, Kragujevac, 1997;

Summers, Sarah J, Fair Trials The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights, Hart Publishing, 16C Worcester Place, 2007;

Toma, Elisa, The principle of equality of arms – part of the right to a fair trial, <http://www.internationallawreview.eu/fisiere/pdf/06-Elisa-Toma.pdf>.

Confronting Expert Evidence under the European Convention, J.F. Nijboer, W.J.J.M. Sprangers (eds.): in Harmonisation in Forensic Expertise An inquiry into the desirability of and opportunities for international standards, Tella Thesis;

Criminal Procedure, A Worldwide Study, Second Edition, (ed. Craig M. Bradley), Carolina Academic Press, North Carolina, 2007;

Шкулић, Милан Кривично процесно право, Друго измењено и допуњено издање, Београд, 2010;

Случаи од ЕСЧП:

Albert and Le Compte v. Belgium, Series A., no.58/1983.

Ankerl v. Switzerlan, 23 October 1996, Reports 1996-V, pp. 1567-68, para. 38;

Barberà v. Spain, (1988) 11 EHRR 360, para. 18.

Bendenoun v France, judgment of 24 Feb 1994, Series A no 284, (1994) 18 EHRR 54, paras 49–53;

Boenisch v Austria, judgment of 6 May 1985, Series A no 92, (1987) 9 EHRR 191, paras 31–35;

Borgers v Belgium, 30 October 1991, Series A, Vol. 214, para. 24;

Brandstetter v Austria, judgment of 28 Aug 1991, Series A no 211, (1993) 15 EHRR 378, para 45;

Delcourt v. Belgium, App. No. 2689/65, Judgment of 7 January 1970, para. 18.

Dombo Beeher BV v Netherlands, judgment of 27 Oct 1993, Series A no 274, (1994) 18 EHRR 213, paras 30–35;

Ernst and others v. Belgium, App. No. 33400/96, Judgment of 15 July 2003, para. 61.

Foucher v France, judgment of 18 Mar 1997, Reports 1997-II, 452, (1998) 25 EHRR 234, paras 26–38;

GB v. France, App. No. 44069/98, Judgment of 2 October 2001, para. 64-70;

Gorraiz Lizarraga and others v. Spain, бр. 62543/00, стр. 56.

Hentrich v. France, Decision from 22 September 1994, para. 7-8.

Isgro v Italy, 21 February 1991, Series A, Vol. 194, para. 31

Kremzow v. Austria, App. No. 12350/86, Judgment of 21 September 1993, para. 75;

Kress v. France [GC], no. 39594/98, para. 72, ECHR 2001-VI;

McMicheal v United Kingdom, judgment of 24 Feb 1995, Series A no 307-B, (1995) 20 EHRR 205;

Mialhe v France (no 2), judgment of 26 Sept 1996, Reports 1996-IV, 1319, (1997) 23 EHRR 491, paras 38 and 44;

Monnell v UK (1988) 10 EHRR 205, para. 62;

Neumeister v. Austria, App. No. [1936/63](#), Judgment of 27 June 1968, Series A, No. 8.

Nideröst-Huber v. Switzerland, 18 February 1997, Reports 1997-I, p. 107-08, para. 23;

Ofner and Hopfinger v. Austria, App. No. 524/59 and 617/59, report of 23 November 1962, Yearbook Volume 6, 1963, p. 680;

Pataki and Dunshirn v. Austria, App. No. 596/59 and 789/60, report of 28 March 1963, Yearbook Volume 6, 1963, p. 718.

Ruiz Mateos v. Spain, Series A, no. 262/1993.

Стоименов против РМ, Жалба бр. 17995/02, <http://www.pravda.gov.mk/txt/presudi/mak/stojmenovmak.htm>.

Szwabowicz v. Sweden, App. No. 172/56, 434/58 and 911/60, 30 June 1959, 2 ECHR YB, p. 355.

Vermeulen v Belgium, judgment of 20 Feb 1996, Reports 1996-I, 224, (2001) 32 EHRR 15, para 33;

Professor Gordana Lazetic Buzarovska, PhD⁴³
Associate Professor Lazar Nanev, PhD⁴⁴
Assistant Professor Olga Koshevaliska, PhD⁴⁵

EXPERT EVIDENCE AND „EQUALITY OF ARMS“

"Justice must not only be done: it must also be seen to be done"
Delcourt v. Belgium,
Judgment, 17 January 1970

1.02 Review article
UDK: 343:148:340.114(497.7)

Summary

The principle of equality of arms is an essential element of the fair trial concept within the meaning of Article 6 of the ECHR and minimum threshold for impartial and consistent proceeding. Each party must be afforded a reasonable opportunity to present its case under conditions that do not place him at a disadvantage vis-à-vis his opponent or opponents and every arguments or observations intended to advise or influence a court, should be communicated to both parties. The ECtHR have accepted a two-step approach for establishing a violation of equality of arms. Starting point is to establish actual lack of procedural or institutional balance and then to assess the consequences of the inequality toward the fairness of the whole proceedings.

As stated in the ECtHR's case-law, it is easily understandable that doubts should arise, especially in the mind of an accused, as to the neutrality of an expert when it was his/her report that in fact prompted the bringing of a prosecution. Such apprehensions may have a certain importance, but are not decisive. What is decisive is whether the doubts raised by appearances can be held objectively justified. There is a violation of equality of arms principle when appearances suggest that the opinion submitted by the expert was more akin to evidence against the applicant used by the prosecuting authorities rather than a "neutral" and "independent" expert opinion.

The purpose of this article is to elaborate the real position of the experts and expert witnesses in the criminal proceedings in the context of equality of arms and furthermore to show the inconsistencies in the application of the provisions of these types of evidences in practice. Authors made a modest effort to show that, generally in practice, the application of these provisions is either misused or their application has not been approved by the competent authorities. It is indicated that expert witnesses are not reserved only for the prosecution, but alternative expert opinion should be equally used by the defense, as well.

⁴³ Full time Professor at the University of "Ss. Cyril and Methodius", Law Faculty "Iustinianus Primus" in Skopje.

⁴⁴ Associate Professor at the University of University of "Goce Delchev", Law Faculty.

⁴⁵ Assistant Professor at the University of University of "Goce Delchev", Law Faculty.

Keywords: equality of arms; balances of rights; fair trial; contradictory; expert opinion; alternative expert examination;