

## ДАЛИ ИМА БАЛАНС ВО ИСТРАГАТА, ПРИ ПРОМЕНАТА НА ПРАВНАТА КВАЛИФИКАЦИЈА И КАЈ АНОНИМНИТЕ СВЕДОЦИ

1.02 Прегледна научна статија  
УДК: 343.1:340.113]:343.143.037(497.7)

### Апстракт

Во воведот на трудот авторот укажува на суштинското значење од постоењето на баланс помеѓу ефективноста на кривичниот прогон и ефективната одбрана како услов за правична постапка и реализација на правото на правично судење на секој обвинет. Во трудот критички се опсервира зададената тема па во таа насока авторот, колку што дозволува просторот, посочува три битни сегменти во кои согласно уреденото во новиот закон за кривична постапка го нема потребниот баланс помеѓу прогонот и одбраната. Еден од нив е истрагата која е битна затоа што таму се најголемите промени споредено со тоа како било претходно, а резултатите од неа имаат суштинско влијание врз текот на постапката, потоа овластувањето кое судот го има за промена на правната квалификација бидејќи тоа негативно влијае врз неговата објективност, непристрасност и функцијата на гарант на законитоста и правичноста во постапката и анонимноста на заштитениот сведок од причина што таа значи класично ограничување на базично право на одбраната токму во постапките во кои предмет на опсервација се најтешките дела и во кои одбранбените права се најбитни. Во таа насока трудот посочува на што се базира заклучокот за постоење на дисбаланс кај овие три сегменти и предлага начин на кој тој треба да се надмине, а во насока на подобрување на постоечката состојба во делот што се анализира.

**Клучни зборови:** правична постапка, баланс, истрага, правна квалификација, анонимен сведок.

### 1. Вовед

Здружението за кривично право и криминологија во рамките на проектот „Зајакнување на улогата на одбраната во кривичната постапка во Република Македонија“ одвои посебен број од македонската ревија за казнено право и криминологија на една вистина значајна тема насловена како „Нов ЗКП – правичен баланс меѓу ефективноста на кривичниот прогон и ефективната одбрана“. Значајна бидејќи без постоење на правичен баланс, кој подразбира состојба на рамноправност на странките во кривичната постапка или еднаквост на нивните можности, не може ни да се зборува за правична постапка.

Модерната кривична постапка треба да претставува телеолошки заокружен систем на правила со основна цел никој невин да не биде осуден, а на виновникот да му се изрече соодветната кривична санкција. Оттука, целта на кривичната постапка, ако го парафразирам Бојлке е реализација на легитимното право на државата да гони и казнува за секој кривично-правен настан, но само ако до тоа се дојде преку правилна и праведна одлука во материјално-правна смисла по пат на функционална кривична правда<sup>2</sup>. Оттука кривичната постапка ќе ја оствари својата цел само ако обезбеди правичен баланс помеѓу ефективноста на кривичниот прогон и ефективната одбрана.

Тужителот на една страна и одбраната (обвинет и бранител) на друга страна имаат по две функции во постапката. Во првата каде обвинителството е орган на прогонот, тој има драстична предност во однос на обвинетиот кој е објект кон кој е насочен таквиот прогон бидејќи неспорен факт е дека има далеку поголеми можности за градење на својот случај со оглед на тоа дека ги користи човечките потенцијали, технички и финансиски ресурси на државните институции како што се полицијата, управата за јавни приходи, финансиската полиција, управата за финансиско разузнавање, царината, разните инспекциски служби на републичко или локално ниво, воената полиција и сл. Државното обвинителство до својот

<sup>1</sup> Адвокат во Адвокатско друштво ТРПЕНОСКИ Скопје.

<sup>2</sup> Бојлке, Вернер, Закон за кривична постапка, Датапонс ДООЕЛ Скопје, Скопје, 2009, стр.4.

случај, значи во неговото градење, пред тој воопшто да дојде на суд може да користи огромни потенцијали и ресурси за негова и сопствена подготовка, што ретко ќе биде така со другата страна. Доволно е да се видат само овластувањата кои ги има МВР според Законот за полиција или оние од чл.276-281 од ЗКП, тие на другите претходно наброени органи, потоа спектарот на посебните истражни мерки со кои може да се обезбедуваат податоци и докази за успешно водење на кривична постапка од чл.252 од ЗКП, па да се сфати предноста на обвинителството во однос на другата страна.

Сосема нормална е ваквата негова позиција со самиот факт што тој не е само една од странките во кривичната постапка, туку и државен орган надлежен за гонење, а со новиот закон и за истражување на кривични дела и нивните сторители. Што значи дека се оправдани механизмите кои може да ги користи овој орган од аспект на двојството на неговите функции. Меѓутоа, во ваква ситуација кога одбраната, со чесен исклучок на побогатите и помоќните обвинети, финансиски, технички и кадровно, е немоќна да парира на таквиот голем потенцијал на државното обвинителство, за очекување е дека и можностите за градење на својот случај ќе се далеку помали и понесоодветни од оние на другиот процесен субјект. Тоа и отворено се признава „од аспект на правичниот натпревар помеѓу странките, гледано нормативно, современата казнена постапка има асиметрична форма и само условно може да се зборува за „еднаквост на оружјето“, бидејќи странките имаат квалитативно и квантитативно поинакви права и ресурси“<sup>3</sup>. Еднаквоста на оружјето е општоприфатен стандард во одлуките на ЕСЧП и е еден од елементите на поширокиот концепт на правично судење. Тој бара на секоја од странките да им биде дадена разумна можност да го претстават својот случај според условите кои не го ставаат во суштинска неповолна положба *vis-à-vis* неговиот противник<sup>4</sup>. Крапац ќе рече целта на казненото процесно право е да изгради правична постапка како спор на рамноправни странки<sup>5</sup>.

Во таква позиција легитимно е да се постави прашањето „кој е случајот што ќе го претставува одбраната?“ затоа што дури и невин обвинет кој нема финансиски можности, тешко дека може својата теорија на случај да ја претстави и поткрепи со потребниот фонд на докази, кои би ја поткопале теоријата на обвинителството заснована на доказен материјал обезбеден со, условно кажано, неограничени ресурси. Од друга страна и јас се сложувам дека не е дозволиво, ниту може на одбраната да ѝ се овозможат сите оние оперативно-технички можности кои ги има тужителот. Посебно што тие во најголем број, како што се посебните истражни мерки се преземаат додека сè уште не е довршено кривичното дело, а заради негово откривање, или ако е довршено заради откривање на неговите сторители и другите учесници. Одбраната настапува многу подоцна, што прави, *inter alia*, да има и реално помалку време за подготовка на својот случај.

Значи во стварност во еден добар дел од постапката нема баланс, странките се во нееднакви позиции, владее нееднаквост, условите за работа се нееднакви што тешко може да се надомести ако отпосле на одбраната формално ѝ се даде само можност еднакво под еднакви услови да го претстави својот случај, бидејќи статусниот дуализам на тужителот (орган и странка) му дава предност при поставување и докажување на својата верзија на настанот. Токму затоа кај втората функција во која и тужителот и обвинетиот се странки, обвинетиот е тој којшто заедно со бранителот треба да има предност неопходна за да се анулира подобра стартна позиција на тужителот. За се обезбеди баланс треба прво да се препознае различноста и фактот дека странките се стартно нееднакви за потоа да се најде начин како правичната постапка да ја анулира ваквата фактичка нееднаквост со афирмативни

<sup>3</sup> Калајџиев, Гордан, Правична постапка, Докторска дисертација, Правен факултет „Јустинијан Први - Скопје“, Скопје, 2004, стр.161 (натаму Калајџиев, Правична постапка).

<sup>4</sup> АТАНАСОВ против РМ, А.22745/06, ст.29; ЛАЗОРОСКИ против РМ, А.4922/04, ст.70; НАСТЕСКА против РМ, А.23152/05, ст.27; СТОИМЕНОВ против РМ, А.17995/02, ст.41; види и кај Drenški Lasan, Višnja/ Novak, Jasna/ Valković, Laura, Pravni i praktični problemi dobre obrane okrivljenika, HLJKPP broj 2/2009, Zagreb, str.539.

<sup>5</sup> Крапац, Davor, Kazneno procesno pravo Prva knjiga: Institucije V. Izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2012, str.419 (натаму Крапац, Institucije).

мерки за обвинетиот како процесна странка. Тречсел „заклучува дека е очигледно дека обвинителството секогаш има предност пред осомнениот“<sup>6</sup>, а еден од начините да се компензира таквата нееднаквост е со нееднакви процесни оружја во нејзина полза<sup>7</sup>. Сосема јасно е дека овој вид на нееднаквост е прифатлив и сосема одговара на барањето на Роулс „сите нееднаквости да бидат оправдани од оние кои се во најлоша позиција“<sup>8</sup>, што значи дури и да има таква таа да не биде на штета на оној кој е во најлоша позиција во постапката, т.е. обвинетиот, кое впрочем како генерален став се потврдува преку општоприфатениот принцип за одлучување на начин поповолен за обвинетиот (*in dubio pro reo*) како законски прифатено правно-логичко помагало за утврдување на (не)постоење на недоволно докажани правно релевантни факти<sup>9</sup>.

Токму затоа за обвинетиот да има еднакви шанси да го претстави својот случај треба стартната нееднаквост некако да се надмине преку стандардите на правичната постапка, кои поради тоа и не би требало да бидат подложни на ограничување. Со читање на најзначајните меѓународни акти за човековите права може да се заклучи дека замислата на нивните создавачи е да претстават листа на човекови слободи и права кои секој човек, секаде треба да ги ужива<sup>10</sup>. Во врска со кривичната постапка нивната цел е да осигурат калеидоскоп на минимални права без кои постапката не би можела да се нарекува правична, минимален стандард кој мора да се почитува во секоја постапка<sup>11</sup>. Одредбите во овие акти кажуваат дека тоа се минималните права<sup>12</sup>, а не оптималните кои треба да ги има секој обвинет за да може објективно да ја подготви својата одбрана и да се брани од обвинението што му се става на товар. Правичноста и таксативно наброените права се во однос од општо кон посебно, што не мора да значи дека кога сите поединечни права се обезбедени како краен резултат секогаш се добива правична постапка, затоа што тоа е минимумот кој нема да е секогаш доволен. Ако минимумот не е исполнет нема правична постапка, но неговото исполнување не ја прави истата по автоматизам таква. Во сите поважни меѓународни документи се гарантира еднакво

---

<sup>6</sup> Trechsel, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, New York, Oxford University Press, 2005, str.223 цитирано кај Пажчиќ, Matko, *Pravo okrivljenika na uvid u spis predmeta tijekom prethodnog kaznenog postupka u правним системима неких европских држава и пракси Европског суда за људска права*, HLJKPP број 1/2010, Zagreb, str.35.

<sup>7</sup> Крапас, Davor, *Меѓународно казнено процесно право* Oris поступка пред меѓународним казнените судовима, *Narodne novine*, Zagreb, 2012, str.200 (натаму Крапас, Меѓународно).

<sup>8</sup> Роулс, Џон, *Теорија на праведноста*, Издавачка куќа СЛОВО Скопје, 2002, стр.285.

<sup>9</sup> види чл.4 од ЗКП.

<sup>10</sup> Во оваа насока двата основни фактори кои го придвижуваат процесот на универзализација на казнено-правните решенија и на прифаќање на нужноста од постоење на супранационални, когентни норми и стандарди се криминалот и кривичното на меѓународно рамниште на универзално признатите, природни и неповредливи човекови слободи и права - Камбовски, Владо, *Казнено – правната реформа пред предизвиците на XXI век*, Bato & Divajn, Скопје, 2002, стр.219.

<sup>11</sup> види: Kalajdziev, Gordan, *Pravični postupak*, *Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i univerzalne vrednosti*, Udruženje правника Србије, Beograd, 2005, str.834; Škulić, Milan, *Dejstvo odluka i gledišta nekin меѓународних тела на кривичнопроцесни систем Републике Србије*, *Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i humana budućnost*, Udruženje правника Србије, Beograd, 2006, str.741.

<sup>12</sup> (1) на правично и јавно судење, (2) на судење пред независен и непристрасен суд востановен со закон, (3) да му биде судено во разумен рок (без големо задоцнување), (4) да се претпоставува дека е невин сè додека не се докаже неговата вина, (5) да биде известен во најкраток рок (веднаш) на јазикот што го разбира во подробности (детално) за природата и причините на обвинението подигнато против него, (6) да му се обезбедат (да располага со) потребното време и услови (олеснувања) неопходни за подготвување (подигнување) на својата одбрана, (7) на слободен избор на бранител, (8) слободно да општи со бранителот што самиот ќе го избере, (9) да присуствува на расправата, (10) самиот да се брани, (11) ако интересите на правдата тоа го бараат да му се додели бранител по службена должност бесплатно ако нема можност да го плати, (12) да ги сослуша и пред него да бидат сослушани сведоците на обвинението, (13) да му се обезбеди присуство, повикување (приведување) и сослушување на сведоците на одбраната под исти услови како и тие на обвинението, (14) да ги сослуша и пред него да бидат сослушани вештите лица, (15) да не биде присилен да сведочи против самиот себе (привилегија од самообвинување), (16) на бесплатен преведувач (толкувач) и (17) на преиспитување на пресудата од повисок суд - види во чл.10 и 11 од УДЧП; чл.14 од МПГПП; чл.6 од ЕКЧП; чл.2 од Протоколот 7 кон ЕКЧП; чл.8 од АКЧП и чл.7 и 26 од АПЧП.

право на праведно (правично) судење, кое Крапац и Матовски го нарекуваат стожерно начело, што значи основно право во модерната кривична постапка<sup>13</sup>.

Посочените се нарекуваат минимални права бидејќи претставуваат „долна граница, минимум гаранции за заштита на обвинетиот во спорот со државата, односно со државната полиција, со државниот обвинител и со судот, која не смее да се намали, бидејќи, во спротивно, не би постоела ниту приближна рамнотежа помеѓу обвинетиот и државниот репресивен апарат во кривичната постапка“<sup>14</sup>. „Правичноста се однесува на конструкцијата на постапката која на процесните учесници мора да им гарантира еднакви можности за влијание на нејзиниот исход“<sup>15</sup> посебно што „зборот правичност потекнува од латинскиот „*aequus*“, што значи рамнотежа; овие два термини се еквивалентни“<sup>16</sup>. Оттука ако на правичноста се гледа како на живо начело и се толкува во светло на актуелните услови и ситуации, што е еден од пристапите на ЕСЧП во толкувањето на Конвенцијата<sup>17</sup>, постапката ќе биде правична токму тогаш кога во неа ќе има рамноправност помеѓу странките или правичен баланс меѓу ефективност на кривичниот прогон и ефективната одбрана.

„За да се утврди вистината во кривичната постапка, потребно е да се обезбедат оптимални институционални претпоставки за соочување на двете спротивставени тези – обвинението и одбраната. Следствено, воспоставувањето на нормативна рамка за остварување на процесна рамноправност на странките е *conditio sine qua non* за успешна реализација на задачата на кривичната постапка“<sup>18</sup>. „Процесната рамноправност на обвинетиот мора да опстане и во постапката иницирана со правните лекови. За таа цел, законодавецот предвидува некои повластици за обвинетиот во однос на спротивната кривичнопроцесна странка... *favor defensionis* (предност на одбраната)... *Ratio legis* на правилата кои спаѓаат во *favor defensionis* е да ја урамнотежи процесната положба на обвинетиот во однос на почетната правна и фактичка нееднаквост меѓу кривичнопроцесните странки“<sup>19</sup>.

Во таа насока хипотезата претставена во насловот на темата<sup>20</sup> треба да се провери за да се види дали начинот како во одредени делови е уредена македонската кривична постапка ја проблематизира од аспект на рамноправноста како сегмент на правичноста. Пристапот на еден труд не треба да биде апологетски, бидејќи од таков труд нема никаква полза, туку критички да се опсервира зададениот проблем во насока на подобрување на постоечката состојба во делот што се анализира, па затоа колку што дозволува просторот, во овој труд ќе бидат посочени три битни сегменти во кои сеуште го нема потребниот баланс помеѓу прогонот и одбраната.

<sup>13</sup> За Камбовски принципот на правичност е темелен принцип на казненото право воопшто, а правото на правично и непристрасно судење „се појавува како сублимат на процесните гаранции за основните човекови права и подразбира постапување од страна на судот со целосно респектирање на правата на обвинетиот“ - Камбовски, Владо, Меѓународно казнено право, Просветно дело, 1998, стр.48 и 328.

<sup>14</sup> Матовски, Никола, Казнено процесно право: општ дел, Правен факултет „Јустинијан Први - Скопје“ и „Втори Август С“ ДООЕЛ - Штип, Скопје, 2003, стр.137; Матовски, Никола/ Бужаровска-Лажетик, Гордана/ Калајчиев, Гордан, Казнено процесно право, Правен факултет „Јустинијан Први - Скопје“, Скопје, 2009, стр.67 (натаму Матовски и др., Казнено); Pavlović, Šime, Poznavanje i primjenjivost ustavnih i konvencijskih načela o pravičnom postupku kao *conditio sine qua non* dobre obrane, HLJKPP broj 2/2009, Zagreb, str.562.

<sup>15</sup> Матовски, 2003, op. cit., стр.133; Матовски и др., Казнено, op. cit., стр.63.

<sup>16</sup> Vincent, J.; Guinchard, S., Procédure civile, Dalloz, Paris, 2003., str.496, цитирано кај Ivičević Karas, Elizabeta, Načelo jednakosti oružja kao konstitutivni element prava na pravični kazneni postupak iz članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2007, str.763 (натаму Ivičević, Načelo).

<sup>17</sup> Во случајот „Tугер v UK“ Судот изјави дека Конвенцијата претставува „жив инструмент кој... мора да се толкува во светлина на сегашните услови - види кај Харис, Дејвид/ О'Бојл, Мајкл/ Варбрик, Колин, Право на европската конвенција за човекови права, Просветно дело АД Скопје, Скопје, 2009, стр.6; види и Лич, Филип, Поднесување на предмет пред Европскиот суд за човекови права, Табернакул, Скопје, 2010, стр.164.

<sup>18</sup> Knežević, Saša, Povlastica povezanosti u krivičnom postupku, Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i univerzalne vrednosti, Udruženje pravника Srbije, Beograd, 2005, str.991.

<sup>19</sup> Knežević, Saša, Zabрана *reformatio in peius* u krivičnom postupku, Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i humana budućnost, Udruženje pravника Srbije, Beograd, 2006, str.899.

<sup>20</sup> Нов ЗКП – правичен баланс меѓу ефективност на кривичниот прогон и ефективната одбрана.

## 2. Дали има баланс во истрагата

Новиот закон за кривична постапка означува пресвртница во македонската кривично-правна процедура, бидејќи воведува низа драматично поинакви решенија споредено со претходно преку кои се обидува да го истисне инквизиторниот елемент кој во голема мера беше присутен во досегашната мешовита постапка.

Најголема новост има кај истрагата, па ако таа досега започнуваше со решение на судот кога истиот ќе се убедеше дека постои основано сомнение дека лицето против кое таа се бара сторило кривично дело, по новиот закон тоа се прави со наредба на јавниот обвинител против која обвинетиот нема можност на судска заштита<sup>21</sup>. Старото решение се оправдуваше со тезата дека судот е независен и непристрасен орган кој како објективен истражувач ќе прибира докази како на товар така и во полза на обвинетиот, а бидејќи не е странка нема да биде заинтересиран за исходот на постапката. Дел од теоријата прифаќаше дека една од целите на замена на судската со обвинителска истрага беше да се избегне прикриената, латентна пристрасност на истражниот судија во корист на оптужбата<sup>22</sup>, за кој признаваше дека не е непристрасен, ниту истовремено ако отворено или прикриено ја преземе функцијата на кривичен прогон може рамноправно да се грижи за одбраната на осомничениот<sup>23</sup>. Практиката ги демантира оние кои се залагаа за негово задржување<sup>24</sup>, бидејќи се утврди дека судот со оглед на амбивалентноста на задачата која му беше дадена (да прибира докази и на товар и во полза) не само што не успеваше во тоа, туку во пракса со право се гледаше како противник на одбраната. Противник затоа што лицето на истрагата беше судот, тој го испитуваше обвинетиот, тој ги сослушуваше сведоците, ги изведуваше другите докази, а во насока на проверка односно поткрепа на барањето за истрага. Некои го нарекуваа и сојузник на обвинителството кој не може непристрасно и доследно да ја игра заштитната функција по однос на основните човекови слободи и права<sup>25</sup>.

Така иако од пред 67 години и од сосема други причини, испаѓа дека ЗКП/48 застапувал пореалистично гледиште, какво што сега се воведува, дека тужителот е тој кој треба да истражува. Идеалистичкото гледање кое за волја на вистината своевремено ја демократизира кривичната постапка првенствено ставено да го штити обвинетиот, во пракса се претвори во свој антипод, па наместо еден противник, му обезбеди уште еден посилен авторитет против кого требаше да се бори. Тоа најмногу се гледа преку притворот и посебните истражни мерки кои судот прелесно ги определуваше, не ги образложуваше, често ги користеше како начин за побрзо спроведување на истрагата.

Мое гледиште е дека ако судот беше на ниво на својата задача претходното решение вистина требаше да го заштити обвинетиот повеќе отколку сега, меѓутоа очигледно психолошкиот товар на таквата двојна функција е ненадминлив, особено што „судот – оптоварен со обврската целосно да го расчисти случајот – објективно не беше во позиција на непристрасен одлучувач“<sup>26</sup> ме прави поборник на новото, па сметам дека напуштањето на тој

<sup>21</sup> чл.292 од ЗКП; исто и во Германија види Бојлке, *op. cit.*, стр.208.

<sup>22</sup> Krapac, Davor, *Reforma mjesovitog kaznenog postupka: potpuna zamjena procesnog modela ili preinaka prethodnog postupka u stranacki oblikovano postupanje?*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu posvecen prof. dr. sc. Franji Bačiću, 2007, str.188.

<sup>23</sup> Pavisic, Berislav, *Europski sustavi kaznene istrage na pocetku treceg milenja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu posvecen prof. dr. sc. Franji Bačiću, 2007, str.335.

<sup>24</sup> Матовски, Никола, *Моделот на истрагата (судски или тужителски)*, Зборник на трудови на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје посветен на проф. д-р Фрањо Бачиќ, 2007, стр.99-110.

<sup>25</sup> Калајџиев и др., *Правичното судење и еднаквоста на оружјето во новиот Закон за кривична постапка*, стр.4.

<sup>26</sup> Калајџиев, Гордан/ Бужаровска- Лажетик, Гордана, *Закон за кривична постапка со стручен осврт врз системот на казнена постапка воведен со законот за кривичната постапка од 2010 година*, Агенција „Академик“, Скопје, 2011, стр.12.

инквизиторен елемент за сметка на воведувањето чист акузаторен преку тужителска истрага, како сегмент на либералниот модел на кривична постапка, е подобро решение<sup>27</sup>.

Затоа новиот начин на уредување на истрагата, ако се земат предвид и последните причини, е подобар па „судијата на истрагата станува гарант за заштита на правата и слободите, станува „неутрален трет“ во конфликтот на двете странки и престанува да биде „противник“ на обвинетиот“<sup>28</sup>, со едно големо „ако“, ако судот сега биде на ниво на својата задача и ако објективно одлучува за правата и слободите согласно стандардите и правилата на ЗКП и ЕКЧП, на кои подоцна ќе се осврнам. Целосно на место е ова „ако“, затоа што промената на името од истражен судија во судија на претходната постапка по автоматизам нема да го направи заштитник на слободите и правата, без да дојде до промена на неговиот психолошки профил. Не е спорно дека „улогата на судот во демократската правна држава е ситуирана на линијата на признавање на идејата на правда, како водечка идеја на казненото право, од една страна, и, од друга страна, на истакнување на заштитата на човековите слободи и права како негова основна функција“ и дека „принципот на заштита на човековите права е раководно начело особено во казнената постапка“ а „во редот на неприкосновените меѓународни стандарди влегува барањето за почитување на правото на обвинетиот на фер и непристрасно судење, на одбрана, на почитување на пресумпцијата на невиност“<sup>29</sup>. Меѓутоа ако оној кој се викал истражен судија требало да ги штити слободите и правата, но не го правел, преименувањето нема да го направи поправеден или подемократичен, ниту ќе му даде подобар сенс за таа работа бидејќи „правната природа на одделни институти и поими не може да се измени со менување на етикетата“<sup>30</sup>.

Според Пајчиќ „Амодио истакнува како во пракса се покажало дека новата доминантна улога на јавниот обвинител сосема го потиснала судијата од претходната постапка. Се покажало дека судиите почнале себеси да се доживуваат како бележници и дека скоро секогаш се согласуваат со барањата кои ги поставува јавното обвинителство не разгледувајќи ја доволно критички основата за нивните барања“<sup>31</sup>. Што значи, без промена на психологијата, воведувањето на делумно тајна, неконтрадикторна и писмена тужителска истрага ќе даде резултати многу поблиски со инквизиторната истрага од *ancien régime*, наместо да стане истрага на модерна акузаторна постапка. Факт е дека новиот *dominus litis* на истрагата е јавниот обвинител, факт е дека таа може до самиот крај да се спроведе без осомничениот да знае за неа, што значи ако судијата на претходната постапка како и досега прифаќа предлози за посебни истражни мерки, притвор и сл. како судија на истрагата, новото законско решение ќе биде блиску со средновековната инквизиторска истрага со тоа што сега истражниот затвор ќе се вика притвор, а мачењето ќе биде заменето со тие посебни мерки. Поради тоа и француските реформи кои доведуваат до слабеење на улогата на судот со истовремено јакнење на процесната позиција на обвинителот во однос на осомничениот, го поставуваат барањето во казнената постапка да мора да постои рамнотежа помеѓу правата на странките, гарантирана со чл.1 ст.1 од францускиот законик за кривична постапка... посебно што државното обвинителство како хиерархиски подредено на извршната власт и под нејзин надзор не може да биде независно, а како странка чија основна задача е да започнува казнен прогон по природа не може да биде непристрасно<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> спротивно Матовски, Никола, Казнено процесно право: посебен дел, Правен факултет „Јустинијан Први - Скопје“ и „Втори Август С“ ДООЕЛ - Штип, Скопје, 2004, стр.40.

<sup>28</sup> Klier, Darko/ Pajić, Lazo, Subjekti u kaznenom postupku - nova pozicija tužitelja, HLJKPP broj 2/2008, Zagreb, str.782.

<sup>29</sup> Камбовски, 1998, op. cit., стр.48 и 330.

<sup>30</sup> Камбовски, 2002, op. cit., стр.137.

<sup>31</sup> Amodio, Ennio, The Accusatorial System Lost and Regained: Reforming Criminal Procedure in Italy, American Journal of Comparative Law, Vol. 52., 2004., str.492-493, цитирано кај Пајчиќ, Matko, Otkrivanje informacija i dokaza između stranaka u kaznenom postupku, HLJKPP broj 1/2009, Zagreb, str.85.

<sup>32</sup> Ivičević Karas, Elizabeta, O reformama suvremenog francuskog kaznenog postupka iz aspekta jačanja procesne uloge državnog odvjetništva, HLJKPP broj 1/2010, Zagreb, str.115 i 124.

Во новиот ЗКП за да постои баланс недостасува овластување какво што имаат судовите во Хрватска<sup>33</sup> или Австрија<sup>34</sup>, каде исто така постои обвинителска истрага, но судот може на барање на осомничениот да донесе одлука за нејзино запирање. Дефинитивно пропуст е и непостоењето на судска контрола врз одлуката за спроведување на истрага, за кое нешто, мора да се признае, не постои општоприфатен европски стандард. „...Европскиот суд изречно не воспоставил право на обвинетиот на судска заштита од одлуката за започнување и водење на истрага во рамките на националниот казненоправен поредок...“<sup>35</sup>. Кај нас не е предвидена судска контрола на оценката на обвинителот околу сомнението при поведување на истрагата како и во Германија<sup>36</sup> и првично во Хрватска<sup>37</sup>, иако сомневањето според досегашните закони од 1953 до 2013 г. беше проверливо и подложно на двостепена контрола<sup>38</sup>.

Ако обвинетиот не биде испитан на почетокот, ако против него не бидат определени посебни мерки за негово обезбедување или истражни дејствија како претресот тој до самиот крај може да не знае дека е под истрага. Факт е дека истражувањето е мешање во неговиот живот, но тој ако не знае нема да може да приговори против тоа. Дури и ако знае, прашање е колку поплаката до вишиот обвинител<sup>39</sup> е ефективно правно средство против долг, непотребна или неправилно водена истрага. Поради ова, сметам дека во новиот закон е воведено чисто инквизиторно решение, кое овозможува во одредени случаи, се до самиот крај осомничениот да не знае дека бил под истрага.

Основно во новата истрага е како судот ќе се постави во новиот однос на улоги, па ако биде како што бараат меѓународните и домашните правни акти, добро ќе се покаже воведувањето на јавно-обвинителска истрага и нејзиниот пандан одбраната да може да презема свои „истражни“ дејствија<sup>40</sup>. Тука се големите реални можности на тужителот, но како што кажав претходно тој како орган на прогонот треба да ги има бидејќи основно за секој човек е да биде безбеден и некој да го штити од сторителите на кривичните дела. Со новиот начин на спроведување на истрагата обвинетиот како субјект се става во порамноправна позиција со тужителот како друг субјект, што системски е подобро решение. Како во тој систем ќе се снајдат учесниците е друго прашање, но ако досега обвинетиот доживуваше дека има два противници во истрагата, тоа сега ќе биде еден, при што и самиот ќе има право да спроведува своја истрага. Добро е тоа што бранителот за потребите на

<sup>33</sup> Novosel, Dragan, Pajčić, Matko, Državni odvjetnik kao gospodar novog prethodnog kaznenog postupka, HLJKPP broj 2/2009, Zagreb, str.457.

<sup>34</sup> Schmoller, Kurt, Aktualno stanje austrijskih kaznenoprocenih reformi, HLJKPP broj 1/2004, Zagreb, str.249.

<sup>35</sup> Đurđević, Zlata, Sudska kontrola državnoodvjetničkog kaznenog progona i istrage: poredbenopravni i ustavni aspekt, HLJKPP broj 1/2010, Zagreb, str.10.

<sup>36</sup> Ibid, str.11.

<sup>37</sup> Novosel i dr., op. cit., str.448.

<sup>38</sup> Законодавецот во Хрватска со новиот закон од 2008 г. не воспоставил таква контрола, но затоа пак нивниот Уставен суд категорично, во пресудата со која укинал 43 одредби на тој закон, навел - „законодавецот има уставна обврска да пропише правно средство против незаконскиот (арбитраен) казнен прогон и истрага и така да му осигури на секое лице за кое постои основано сомнение... дека извршило казнено дело, судска заштита против таквиот прогон односно истрага... Значи законодавецот е должен да пропише обврска дека лицето мора веднаш да биде известено дека е осомничено и од тој момент да конституира делотворно правно средство за заштита против незаконит (арбитраен) прогон. Од тој момент на тоа лице се протегаат и поедини процесни гаранции од казниот дел на членот 29 од Уставот и членот 6 од Конвенцијата „во мерка во која е веројатно дека честоста на судењето ќе биде сериозно нарушена со почетното пропуштање да се почитуваат неговите одредби“ (пресуда *Куралиќ против Хрватска*, 2009, § 44)... Заради тоа Уставниот суд му одредува позитивна уставна обврска на законодавецот, во согласност со претходно утврдените правни ставови да: - во случаите кога не се спроведува истрага го одреди моментот во кој лицето добива статус на осомничен, како и обврска за известување на лицето за тој факт, - во нормативната структура на претходната постапка да вгради механизам на делотворна судска заштита против незаконски (арбитраен) казнен прогон и истрага од моментот кога лицето е известено дека има статус на осомничен“ - *Odлука U-I-448/2009, U-I-602/2009, U-I-1710/2009, U-I-18153/2009, U-I-5813/2010, U-I-2871/2011, Ustavni sud Republike Hrvatske, 19.07.2012 g., str.24, 27 i 28.*

<sup>39</sup> чл.301 од ЗКП.

<sup>40</sup> исто и во Германија види кај Бојлке, op. cit., стр.111.

одбраната може реално да спроведува своја истрага<sup>41</sup>, но ограничувањата кои ги поставил законот може негативно да се одразат во пракса. Рокот за одговор од субјектите од кои се бара доказ во случај на притвор е во ред, но другиот рок од 30 дена е предолг и реално ограничувачки за ефикасна истрага на одбраната<sup>42</sup>.

Новините во истрагата, го наведуваат Сламков да каже дека „Воведувањето приватна истрага - истрага на одбраната е најзначајниот механизам за постигнување на еднаквоста меѓу двете страни во фазата на истрагата“<sup>43</sup>. Но, не смее така поедноставено да се гледаат работите бидејќи од аспект на еднаквоста реален проблем може да се јави во случаите кога обвинетиот не се известува за истрагата сè до нејзината крајна фаза. Пример за можна ситуација е обвинителот во истрагата да презел увид заради утврдување или разјаснување на некој факт<sup>44</sup>. Во таков случај расправниот суд за (не)постоењето на фактите кои со свое лично забележување ги утврдил ЈО може да се увери единствено со читање на записникот за увид<sup>45</sup>. Поради тоа ЈО треба да има обврска да ја извести одбраната за датумот кога ќе се врши увидот, со тоа што нејзиното неприсуство нема да е пречка и без неа да се спроведе увидот. Но, ако имало причини обвинетиот да не биде информиран за истрагата, истите за очекување е дека ќе постојат и тогаш кога ќе се врши увид, па него никој нема да го извести во каков случај одбраната ќе нема гаранција дека констатираното во записникот за увид е навистина она што било забележано на лице место.

Не смее да се одбегне, а да не се каже дека ако порано бранителот имал право на увид во списите уште пред донесување на решение за спроведување на истрага, значи од самиот почеток кога и обвинетиот уште го немал тоа право за себе, новиот закон овозможува одбраната во многу случаи дури пред самиот крај на истрагата да добие право на увид во списите и доказите собрани во истрагата<sup>46</sup>. Ова рестриктивно решение според кое моментот кога ќе може да се врши увид е пролонгиран до многу доцна, ќе резултира во пракса со ограничување на правото на обвинетиот на доволно време и можности за подготвување на својата одбрана гарантирано со чл.6 од ЕКЧП и чл.70 од ЗКП<sup>47</sup>. Одбраната е едно од основните права во постапката, а обвинетиот ќе може навистина да се брани, или да ја подготвува својата одбрана ако знае за што се товари и кои се доказите против него. Затоа и правото на увид во списите од предметот се смета како јадро, основа на правата на одбраната во кривичната постапка. Хрватското право овозможува на обвинетиот увид во списите од предметот на обвинителството веднаш по неговото прво испитување, а можноста тужителот да го попречи ова право преку овластувањето да го одложи испитувањето до крајот на истрагата, го решило на начин што осомничениот секако добива право на увид во списите најдоцна 30 дена од поднесување на кривичната пријава или преземањето на некое доказно

---

<sup>41</sup> Да бара податоци и известувања од државни органи, од органите на единиците на локалната самоуправа, од правни и физички лица што вршат јавни овластувања и од други правни лица и да бара да му се достават документи, списи и известувања - чл.311 од ЗКП; во согласност и со Basic Principles on the Role of Lawyers, United Nations, 1990, art.21.

<sup>42</sup> Треба да се каже дека ова не е новина зашто и со измените од 2004 г. на последниот ЗКП за одбраната беше дадена можност да бара податоци од државни органи, да бара да и се достават документи, списи, известувања, да прибавува мислења од вешти лица. Со оваа погодност, теоретски монополот на државните органи во спроведување на истражните дејствија беше малку начнат, за целосно да биде укинат со примената на новиот закон. Но, убаво замисленото право со оглед да немаше заштита преку казнени механизми беше *lex imperfecta* и буквално мртво слово на хартија, така што немаше некоја практична вредност и покрај неговото огромно теоретско значење.

<sup>43</sup> Сламков, Горѓи, Казнено процесно право, Прв приватен универзитет Европски универзитет Скопје - Република Македонија Скопје, Скопје, 2009, стр.247.

<sup>44</sup> чл.233 од ЗКП.

<sup>45</sup> Крапас, Institucije, op. cit., str.429.

<sup>46</sup> Спореди чл.69 и 124 од ЗКП/97 со чл.302 од ЗКП/10.

<sup>47</sup> Слично и во Хрватска види кај Pajčić, Matko, Otkrivanje informacija i dokaza između stranaka u kaznenom postupku, HLJKPP broj 1/2009, Zagreb, str.96; Đurđević, Zlata, Suvremeni razvoj hrvatskog kaznenog procesnog prava s posebnim osvrtom na novelu ZKP iz 2011, HLJKPP br.2/2011, Zagreb, str.335-336.



дејствие спрема него<sup>48</sup>. Нашиот нов закон го гарантира правото на увид<sup>49</sup>, меѓутоа не дефинира (1) дали може да се одложи, а ако може (2) не прецизира точни рокови до кога, што секако е слабост поради можноста праксата различно да го толкува. Крајот на истрагата, за кога јасно е предвидена должноста на обвинителот да го запознае обвинетиот со доказите прибавени во истражната постапка<sup>50</sup>, е секако многу рестриктивно решение.

Затоа сметам дека *de lege ferenda* нашиот законодавец треба да ја пополни оваа правна празнина со прецизна и јасна временска рамка, која не смее да биде крајот на истрагата. Во спротивно нееднаквоста помеѓу двете странки, создадена како резултат што едната ќе ги знае списите и ќе може навремено да се подготви за идната постапка, а другата не, па нема со време да спроведе своја суштинска истрага, може да претставува такво ограничување кое во многу случаи тешко дека ќе може да се надомести во подоцнежниот тек на постапката.

Секако посебен проблем во однос на правото да се подготви суштинска одбрана претставува овластувањето на обвинителот да тактизира со известување на обвинетиот за тековната истрага против него. Законот дозволува истрагата да трае до 18 месеци<sup>51</sup>, а во таков случај доцната информација во голем обем може да ја ограничи можноста за подготовка на квалитетна одбрана. Сведоците после толку време нема да се сеќаваат на сите подробности, а општо познато е дека и најмал детаљ може да направи огромна разлика. Тоа што македонското обвинителство нема обврска како во некои други држави на почеток на истрагата или најдоцна 1 месец од нејзиниот почеток да му достави на осомничениот налог со кој ќе го извести за тековната постапка против него, го става во многу посупериорна позиција наспроти одбраната, со оглед дека ќе ги прибира доказите веднаш по настанот, кога сеќавањата кај сите се свежи, за разлика од одбраната, која своето право на сопствена истрага ќе го прави многу подоцна. Оттука, законската можност на одбраната да спроведува своја истрага сама по себе не ја става на исто рамниште со обвинителството, како што истакнуваат некои, бидејќи, супстанцијално, квалитетот на подоцнежната истрага со „бајати“ информации секако нема да е ист со оној на претходно поведената. Еден од поставените стандарди на ЕСЧП за ефикасна државна истрага кој го посочува Ѓурѓевиќ „итност на истрагата – истрагата мора да биде иницирана веднаш и да биде спроведена со разумна експедитивност како би се постигнала најдобра количина и квалитет на достапните докази“<sup>52</sup> нема причина да не е применлив и на истрагата на одбраната.

Кај нас ограничување како во хрватскиот закон нема, што значи, иако на прв поглед делува, како овој елемент да внесува рамноправност помеѓу странките во истрагата, кога ќе се подразмисли малку, тоа на суштински план не е така.

Пред завршување на истрагата ЈО согласно чл.302 од ЗКП е должен на осомничениот и бранителот да им достави известување за нејзиното завршување, а ако тоа не го сторил претходно, е должен да го испита осомничениот<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Tripalo, Dražen/ Đurđević, Zlata, Predlaganje dokaza, HLJKPP broj 2/2011, Zagreb, str.476-477.

<sup>49</sup> чл.70, 79 и 302 од ЗКП.

<sup>50</sup> чл.302 од ЗКП.

<sup>51</sup> чл.301 од ЗКП.

<sup>52</sup> Đurđević, 2013, op. cit., str.12-13; понатаму на стр.69 таа продолжува: „Ограничувањето на правото на известување значи дека против некоја личност се води тајна истрага и дека за тоа време ѝ се ограничуваат сите минимални права. Со оглед дека станува збор за многу големо ограничување на темелните права на одбраната, работната група поставила многу рестриктивни услови за ограничување на тие права. Ограничувањето е можно само во времетраење до месец дена ако би дошло до загрозување на животот или телото или имотот од големи размери и за тесен каталог на тешки кривични дела“.

<sup>53</sup> Известувањето содржи краток опис на кривичното дело, правната квалификација, со назначување дека сите списи од спроведената истражна постапка се дадени на чување во архивата на јавното обвинителство и дека осомничениот и неговиот бранител имаат право да ги прегледуваат списите и доказите и да составуваат препис, што значи тоа би бил моментот, во случаите кога ќе нема мерки за обезбедување на присуство или истражни дејствија на кои има право да присуствува одбраната, во кој осомничениот би дознал за истрагата која се водела против него. Известувањето содржи поука дека осомничениот има право во рок од 15 дена од приемот на известувањето да поднесе исправи, или други докази, списи од дејствијата на одбраната, или да бара од ЈО да собере определени докази. ЈО е должен да го запознае обвинетиот со доказите што во истражната постапка ги

Во случај кога ЈО по барање на осомничениот или неговиот бранител собира определени докази, должен е тоа да го заврши во рок од 30 дена. Кога лицето кое може да даде известувања корисни за одбраната не сака да ги даде, бранителот може да побара од ЈО да го повика лицето да го испита<sup>54</sup>. Негативноста е што на ваков начин се разоткрива процесната стратегија на одбраната која поради ова во наредните фази на постапката тешко дека ќе биде успешна<sup>55</sup>.

Според чл.303 ЈО е должен да поднесе обвинение или да ја запре истрагата во рок од 15 дена, а кај делата на организиран криминал до 30 дена. Според посочените одредби ЈО треба да ѝ остави 15 дена на одбраната да ги прегледа списите и доказите и да состави препис, после што во наредните 15 дена треба да поднесе обвинение, или после 30 дена од известувањето до одбраната тој е должен да поднесе обвинение. Ова значи дека рокот од 30 дена во кој субјектите треба да одговорат на барање на бранителот, за да овој после има право од судијата на претходната постапка да бара да им нареди да ги достават податоците, нема да биде ниту поминат кога обвинението ќе биде подготвено и поднесено во суд. Со тоа се релативизира истрагата на одбраната, бидејќи временски премногу се ограничува, што значи се оневозможува квалитетна одбранбена истрага, кога можеби обвинителската траела повеќе месеци.

Во чл.311 недостасува рок во кој судијата мора да постапи по барањето на одбраната, што може да доведе до ситуација обвинетиот да прими обвинителен акт на кој треба да даде приговор или да предложи свои докази, а тој нема такви бидејќи неговата истрага објективно не можела да даде резултати. Ќе се сложиме дека нема никаква поента наредбата на судијата на претходната постапка кога веќе обвинението ќе биде поднесено и одбраната ќе нема никаква можност да ги користи доказите кои мисли дека постојат и дека ќе се обезбедат во нејзината истрага во постапката на испитување на ОА пред судијата или советот за негова оценка. На ваков начин иако се дава значајно право обвинетиот да се заштити од неосновани обвиненија тоа се релативизира со прекратките рокови за обезбедување на докази битни за оспорување на тоа обвинение.

Друг ограничувачки елемент може да биде и тоа што одбраната ќе треба да се убедува со судијата во потребата од бараните докази во ситуација кога тој не го знае кривичното дело за кое било постапувано, правната квалификација и доказите собрани од обвинителството, не ја знае одбраната која обвинетиот ќе ја претстави на главната расправа, па прашањето е од каде тој ќе биде во можност да одлучи дали оправдано се бараат доказите од субјектите или не. Едноставно судот не го знае концептот на одбраната и може да одбие битен предлог. Сето ова покажува дека иако е добро тоа што *de lege lata* се воведени истражни дејствија на одбраната како пандан на истрагата на обвинителството, краткиот рок за нивно спроведување често ќе доведува до неможност за нивно користење во пракса. Во оваа насока сметам дека *de lege ferenda* треба да биде продолжен рокот за одбраната од чл.302 ст.4 за реално да се овозможи во овој период преземање на истражни дејствија од нејзина страна во пракса.

Записникот за исказот на сведокот даден пред ЈО во претходна постапка под одредени околности предвидени во чл.388 може со одлука на судот да се изведе како доказ. Секако треба со посебна внимателност да се пристапи кон оцената на овие искази бидејќи при нивното сослушување присуствувала само едната страна, а одбраната никогаш немала можност вкрстено да ги испраша. Проблемот кај претходниот исклучок е што не се опфатени изјавите собрани во рамки на дејствијата на одбраната. Тоа значи дека тие *ex lege* се исклучени, иако нема никаква оправдана причина поради која не би можеле да изведат како доказ ако лицето кое дало изјава пред бранителот подоцна починало, душевно заболело или

---

прибавил против него, како и да му ги открие доказите за кои дознал, а кои можат да бидат од полза за одбраната.

<sup>54</sup> чл.307 од ЗКП.

<sup>55</sup> Novak Jelenič, M., Posegi v človekove pravice in osnutek ZKP-1, Pravna praksa, br.16-17/2008, Prilog, цитирано кај Karakaš, Aleksander, Reforma slovenskog Zakona o kaznenom postupku – pomicanja do pomaka, HLJKPP broj 2/2010, Zagreb, str.952.

останало недостапно. Очигледна е дискриминацијата што ја прави законот, која секако не е легитимна, бидејќи на тужителот му дава предност наспроти одбраната во иста ситуација, иако и обвинителот и адвокатот при постапувањето се раководат од законите и етичките кодекси на својата професија.

Постоечкото законско решение не ја разрешува ни можната ситуацијата - што доколку сведок кој пример починал, душевно заболел или не може да се најде, дал исказ пред ЈО и изјава пред бранителот, а тие две се контрадикторни во битните елементи. Како на таков исказ чија веродостојност е доведена во прашање може да се базира пресуда. Веројатно по одлука на судот не би требало да се изведе записникот од исказот како доказ во постапката, но останува праксата попрецизно да го дефинира тоа. Меѓутоа и овде битно ќе биде од која позиција судот ќе поаѓа. Во секој случај духот на законот претпоставува еднаквост пред судот, или барем наклонетост кон одбраната во оценка на доказите (презумпција на невиност, *in dubio pro reo*) кое треба да е негов водич во разрешување на вакви гранични ситуации за тоа на каде ќе се приклони и на што ќе му даде предност, дали на заштита на слободата и правата на обвинетото лице (*due process*) или на острицата на копјето во борбата со криминалот (*crime control*).

### **3. Дали се губи балансот при промена на правната квалификација од судот**

Одбраната покрај анализа и одбрана од фактичката состојба претставена од тужителот, вклучува елементи на анализа и одбрана и од правната квалификација изнесена од него. Според начелото на акузаторност тој е оној кој гони и оној кој одлучува за што да се гони, па штом е така, при постоење на акузаторно начело за гонење нелогично е инквизиционото овластување изречно дадено на судот скоро во сите закони<sup>56</sup> да може да ја менува правната квалификација, па материјалниот опис на настанот даден од тужителот да го супсумира спротивно на ставот на тужителот под друга правна квалификација. Правејќи така (1) во однос на видот на делото се става во улога на тужител и одлучува место него што ќе биде предмет на пресудата, независно од обвинението и (2) го анулира правото на одбрана од таквата квалификација кое законот му го дава на обвинетиот и неговиот процесен помошник. Фактички спротивно на барањата кои ги поставува презумпцијата на невиност, судот погрешно дадената правна квалификација ја нивелира за да одговара на фактичкиот опис на настанот за да може потоа да го осуди обвинетиот, кој инаку би требало да го ослободи. Значи во однос на видот на делото судијата се става во положба и на обвинувач за кое дело од кривичниот законик да стане збор и на судија бидејќи после прифаќа дека делото кое тој го поставил за конкретниот опис е правилно, со што се доведува под знак прашање и неговата објективност во предметот<sup>57</sup>. Можеби претходно кај мешовитата постапка и не беше толку очигледно, но не е јасно како сега овој силен инквизиторен елемент, буквално на штета на обвинетиот, се оправдува со внесувањето на силните акузаторни елементи во новиот ЗКП<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> чл.325 од ЗКП/53, чл.346 од ЗКП 4/77, чл.338 од ЗКП/97 и чл.398 од ЗКП/10.

<sup>57</sup> Во прилог на оваа логика – Врховниот суд на Канада го опишал концептот на судска „непристрасност“ како „состојба на умот или став на судот во однос на прашањата или странките во конкретен случај“ – цитирано во 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, str. 119.

<sup>58</sup> Крапац ваквото овластување на судот поедноставено го оправдува на следниов начин - судската пресуда е вид на силногизам (логички заклучок) во кој горната премиса (*praemissa major*) е апстрактната материјална кривично-правна норма, додека долната премиса (*praemissa minor*) е фактичката состојба која ја утврдил, а заклучокот (*conclusio*) е изреката на пресудата. За да биде заклучокот правилен и вистинит, мора да следи од правилни и вистинити премиси. Значи судот правилно мора да ја утврди фактичката состојба (долна премиса) на неа правилно да го примени правото (горна премиса) за да донесе точна одлука (заклучок). Крапац ја оправдува дадената можност судот да ја промени правната квалификација, со фактот што тој ја познава правната норма, знае да ја протолкува на правилен начин (*iura novit curia*) и поради тоа не е врзан за наводите на странките. Поради тоа заклучува дека не е врзан за предлогот на тужителот за правната оценка на делото, но не ја спори ни пропишаната забрана судот да го осуди обвинетиот за потешко дело. За долната премиса пак е врзан во субјективна и објективна смисла за обвинителниот акт согласно акузаторното начело – види Крапас, Institucije, op. cit., str.281 i 282.

Околу таквата можност има неколку спорни моменти, а заклучокот на Крапац, иако изгледа убедливо, не е докрај затворен по принципите на топиката. Ако акузаторното начело го ограничува судот, со волјата на обвинителот, да суди само за оној настан и против она лице содржани во актот, зошто не е ограничен со истата таа волја и во однос на видот на делото за кое треба да суди. Крајно, ако оправдувањето за промена на правната квалификација е тоа што го познава правото, тогаш нема потреба во ОА ни да се посочуваат одредбите на КЗ кои ЈО предлага да се применат. Следно, ако оправдуваме нешто според законите на логиката треба да видиме дали тие докрај тоа го прават. Еден од позначајните аргументи на дијалектичката логика е дотолку повеќе (*argumentum a fortiori*), а според него ако ЈО, независно од волјата на судот, има законско овластување да одлучи дали ќе гони некое лице и за кој фактички настан, дотолку повеќе мора да има во делот за кое дело тоа ќе го прави. Истото е уште појасно преку неговиот подвид од повеќе кон помалку (*argumentum a maiore ad minus*) според кој ако обвинителот има право на повеќе, значи да одлучи дали воопшто некого да го гони или не, односно како да го опише настанот за кој ќе гони во смисла колку квалификаторни елементи ќе му даде, дотолку има право да одлучи за кое кривично дело сака да гони. Промената на правната квалификација од судот покрај што се судира со акузаторното начело, се судира и со овие аргументи на правната топика. Тужителот е оној кој е стручен и овластен од државата да проценува дали, против кого и за што ќе гони, а судот треба да одлучува, па ако настанот не може да се подведе под правната квалификација дадена од тужителот треба да донесе ослободителна одлука, а не преку нејзина промена да ѝ помага на едната страна.

Исто така, ако е во ред оправдувањето со фактот што судот го знае правото, тогаш нема основ забраната да го осуди обвинетиот за потешко дело, ако навистина настанот одговара токму за такво дело. Значи оправдувањето ако е во ред, ја побива забраната со која се сложува Крапац, а штом го следиме акузаторниот модел во поглед на истрагата и обвинувањето тогаш тоа треба докрај да го правиме бидејќи „Јурисдикциите од обичајното право го ставаат акцентот врз „злосторството“ како што е карактеризирано од обвинителот во обвинителниот акт. Ова значи дека правната карактеризација од некое обвинение е обврзувачка во текот на судењето; на крајот на краиштата обвинетиот ја подига одбраната против злосторството за кое е обвинет. Еден исклучок, меѓутоа, е дека судот може, без надополнување, да донесе пресуда за помалото вклучено злосторство“<sup>59</sup>.

Што значи, укажувањето дека судот го знае правото (*iura novit curia*) за да се оправда промената на правната квалификација од негова страна, ја изместува расправата од централната работа, дека според акузаторното начело нема предмет без обвинение, што подразбира дека обвинението не е само теорија за настанот, туку точно изразена волја на овластениот орган кого и за што да го гони. Со оглед да судот не е таков орган, ниту има по дефиниција такви надлежности, тој треба да се држи во границите на зададеното, да суди за настанот, а не да го менува за да може да донесе осудителна пресуда. Така на една страна би имале два обвинители од кои едниот ќе треба и да пресуди, наспроти одбраната. А судијата треба „да биде трето лице... надвор од какви било односи со субјектите на обвинението и одбраната, за да може објективно да одлучи во спорот што се води меѓу нив“<sup>60</sup>.

Проблемот со новата квалификација е уште поголем бидејќи во таков случај одбраната ќе има можност дури во жалбена постапка да каже што има по неа, со што го губи правото да спори во два степени по однос на исклучително битен елемент. Со тоа паѓа и едно од оправдувањата на Бајер за субјективниот и објективниот идентитет на обвинението со пресудата „причината... е многу значајна. При донесување на пресудата судот мора да биде врзан со обвинението, бидејќи обвинетиот има можност за одбрана само за делото за кое е обвинет. Кога судот би можел да го осуди обвинетиот за дело за кое не е обвинет, не би било

<sup>59</sup> Крајер, Роберт/ Фриман, Хакан/ Робинсон, Дерил/ Вилмсхерст, Елизабет, Вовед во меѓународно кривично право и кривична процедура, И. П. Табернакул, Скопје, 2010, стр.400.

<sup>60</sup> Матовски, Никола, Улогата на бранителот во кривичната постапка, Македонска книга, Скопје, 1981, стр.20.

спроведено уставното начело дека никој кој е достапен на суд не може да биде казнет ако не му е дадена можност да се брани пред судот кој му суди<sup>61</sup>.

A de facto по однос на новата квалификација одбраната немала воведен, завршен, ниту каков и да било збор, не можела да предлага ни докази со кои евентуално би ја побила бидејќи постапката се водела по друга квалификација за која различни факти биле релевантни. Токму за поголемиот проблем кој се јавува поради можноста од промена на правната квалификација сосема на место е мислењето на судијата Жупанчич со кое се согласувам во целост<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Bayer, Vladimir, *Jugoslovensko krivično procesno pravo*, Knjiga prva, Osmo izdanje, Uvod u teoriju krivičnog procesnog prava, Narodne novine Zagreb, Zagreb, 1988, str.179; слично и Матовски, Никола, *Казнено процесно право: посебен дел*, Правен факултет „Јустинијан Први - Скопје“ и „Втори Август С“ ДООЕЛ - Штип, Скопје, 2004, стр.78.

<sup>62</sup> „In abstracto може да се каже дека изборот на нормата (*la qualification du cas*) во однос на која треба да се разгледува парадигмата од факти, јасно *определува* кои факти ќе се сметаат за правно релевантни, а кои нема. Различниот избор на правната карактеризација доведува до појавувањето на различни факти на површина, или пак барем до различно толкување на истите факти. Дури и една екстремна Хобсова позиција е од овој аспект издржана, односно, не постојат правно релевантни факти освен доколку не постои претходна правна норма (во кривичното право) според која таквите факти ќе добијат правна релевантност. Да цитирам еден пример, убивањето на работодавачката опишано од Достоевски во неговиот роман „Злосторство и казна“ може да се нарече само „убиство“ поради тоа што постоела претходно уредена норма во материјалното кривично право што таквото однесување го опишувало и казнувало како „убиство“.

Во државите со континентален правен систем, според формулата *iura novit curia*, кривичните судови обично не се обврзани од правната карактеризација на фактите што ги изнесува обвинителот. Обвинителството ги изведува доказите од одредена шема на факти (минат настан) и ја предлага правната категоризација што според него најдобро го опишува настанот. Одбраната обично ќе се обиде *maa* правна категоризација да ја отфрли. Судот ќе се реши за едно од двете понуди – или ќе најде своја категоризација.

Па така, фер е да се каже дека оваа дијалектика функционира преку заемното претворање на фактите во избор на норма, а изборот на норма во избор на релевантните факти. А која норма ќе биде првично избрана зависи од примарната перцепција на фактите. Потоа и обратно, перцепцијата на релевантните факти може од друга страна, пак, да го определи изборот на (различна) норма. Оваа ментална јамка честопати ќе се повторува по неколку пати за да се дојде до оптималната карактеризација на шемата од факти. Овој ментален процес е стихиен, односно обично не се отсликува во конечното образложение (основите) на пресудата. Но и покрај тоа, тој е реален и одлучувачки. Првиот обид на правна карактеризација ја нуди полицијата; потоа ја коригира обвинителството, на неа реагира одбраната и потоа таа се прифаќа или отфрла од страна на судечкиот и апелациониот суд согласно принципот *iura novit curia*.

Така, сите три страни се обидуваат да ја најдат правната категоризација што најадекватно ја опишува дадената шема од факти. Ова дури може да се обопшти и дотаму што може да речеме дека во сите правни образложенија – без оглед на степенот на судско одлучување – победник е оној којшто најубедливо ќе изнесе најконцизна и инаку соодветна правна карактеризација. Доколку може да се каже дека исходот од оваа ментална вежба е објективно предодреден и не подлежи на арбитрарни преференции од страна на судиите, има смисла да се зборува за владеештото на правото (наспроти превласта на судиите).

Во секој случај, правното образложение на апелационо ниво, во иста мера како и на првостепениот суд, се занимава со вклучувањето на потврдените факти во одбраната правна норма. Поинаква правна карактеризација на апелационо ниво, со други зборови, ќе значи дека сите факти освен тие што дотогаш биле одлучувачки ќе добијат правна релевантност.

Точно е дека на апелационо ниво таквите „факти“ поверојатно претставуваат разни процесни повреди. Овде, во Европскиот суд за човекови права, продолжуваме да потенцираме дека ние не сме суд од четврт степен и дека не сакаме да постапуваме по факти што подлежат на водечкиот принцип на непосредност на судењето. Но сепак, една нова главна премиса во правна смисла секогаш ќе бара нови елементи да ја состават помалку важната премиса, односно некој вид на факти.

Оваа дијалектичка интеракција помеѓу изборот на главната премиса (нормата) и перцепцијата на помалку важната премиса, односно определувањето на одредени факти како правно (и)релевантни, претставува антиномија. Нормите се создаваат да го управуваат однесувањето. Затоа мора да се различни и издвоени од фактите. Антиномијата потекнува од фактот дека изборот на факти што треба да станат правно релевантни зависи од изборот на правната норма, и обратно. Со други зборови, заради тоа што едноставно не постојат независни факти во светот што чекаат правната норма да се примени на нив, исходот е спојување на фактите и правото. На крај, не може да се рече дека нормите и фактите се различни и одвоени. Од милионите „факти“ што претставувале неопходни услови за појавата на засегнатиот настан, само неколку ќе излезат на виделина и ќе се задржат како правно релевантни. Сепак, тие излегуваат на виделина и се задржуваат само затоа што сме одбрале конкретна правна норма на која сакаме да ги подведеме.

Очигледно проблемот не е така едноставен, бидејќи одбраната првпат во втор степен ќе спори за тоа, но не со оној кој обвинува, туку со судот, значи наспроти себе за фактичката состојба ќе го има обвинителот, а за правната квалификација првостепениот суд. Дефинитивно баланс тука неоправдано нема. А, да не забораваме дека според чл.6 ст.3 (б) од Конвенцијата „Секој има право да биде информиран за делата кои наводно ги извршил („причината за обвинението“) и исто така за правната квалификација на делата кои се во прашање („природата“ на обвинението). Секој има право да биде информиран за каква било промена во обвинението“<sup>63</sup>, бидејќи според ЕСЧП „при секоја преквалификација на делото во текот на расправата обвинетиот мора да има соодветна можност да ја реорганизира својата одбрана“<sup>64,65</sup>.

Понатаму, тоа што обвинителниот предлог не мора да содржи законски назив на кривичното дело и правна квалификација<sup>66</sup>, остава судот нив да ги избере во зависност од фактичката состојба утврдена од доказите, што исто така претпоставува нееднаквост, бидејќи судот во суштина на ваков начин врши функција која требало да остане кај ЈО и *de facto* се става на негова страна. Ова нешто, за жал, не е коригирано во новиот закон, иако сега овие постапки ќе се водат за поголем број на дела за кои е предвидена казна до 5 г. затвор, наместо претходно 3 г.

Ваквата предвиденост не оди ниту на линија на ставот на Крапац кој признава дека постои фактичка нееднаквост во положбата помеѓу тужбата и одбраната, па бара, заради нејзино отклонување, целосно овозможување на правата на одбраната, а постапката пред судот да се води на начин така што „фактичката нееднаквост на процесните учесници што повеќе да се намалува со соодветен начин на постапување во корист на „послабиот“<sup>67</sup>.

---

Во оваа ментална вежба се јавува една дополнителна компликација. Одбраната норма (карактеризацијата на предметот) не претставува само еден став од еден член во кривичниот законик. Потребна е комбинација од неколку норми за соодветно да се опфати шемата од факти. Прашањата од типот на кривична одговорност (од *општиот* дел од кривичниот законик) се комбинираат со изборот на конкретно обвинение (во *посебниот* дел од кривичниот законик) – без да зборуваме за потребното отсуство на афирмативна одбрана (лудило, нужност, погрешни факти, итн.).

Со други зборови, главната премиса секогаш претставува *комбинација* од различни одредби од кривичниот законик. Со ова уште поочигледно е дека строгоста на принципот на легалитет *не е* како што обично се разбира еднодимензионално подведување на очигледна шема од факти во очигледна, единствена и исклучива норма. Изборот на комбинација од норми со коишто најдобро се опишува шемата од факти сам по себе претставува сложена ментална вежба во која, исто како и во партија шах, се разгледуваат различни комбинации пред да се направи конечниот избор.

Во овој контекст, едноставно е неиздржано да се тврди дека „фактите“ може лесно да се одвојат од „правото“ - *HERMI v. Италија*, А.18114/02, прилог (б) издвоено мислење на судијата Жупанчич.

<sup>63</sup> Гротриан, Ендрју, Член 6 од Европската конвенција за човекови права: право на правично судење, Просветно дело АД Скопје, Скопје, 2008, стр.63.

<sup>64</sup> *Pélissier and Sassi v. France* (25 March 1999, para.62) цитирано во *Fair trial in criminal cases*, Council of Europe, str.30.

<sup>65</sup> Комисијата утврдила прекршување во случајот *Chichlian and Ekindjian против Франција* каде обвинувањето било преквалификувано во суштинска смисла. Апликантите биле ослободени за прекршок за странски валути обвинети според став од релевантен национален закон, но тогаш биле осудени за прекршок по друг став. Комисијата одлучила дека материјалните факти постојано им биле познати на апликантите, но немало докази дека апликантите биле информирани од релевантните власти за предлогот да се преквалификува прекршокот пред жалбената постапка... Неопходно е прекршокот за кој едно лице е осудено да е оној за кој тој е обвинет. Во случајот *Pelissier and Sassi против Франција* обвинетите биле обвинети само за криминален стечај, но биле осудени за помагање за извршување криминален стечај. Судот одлучил дека заради тоа што елементите на двата прекршоци се разликувале, тоа претставувало повреда на Конвенцијата - види *Mole, Nuala/ Harby, Catharina*, Правото на правично судење – Водич за имплементација на Член 6 од Европската конвенција за човекови права – Прирачници за човекови права, бр.3, Совет на Европа, 2001, стр.52 и 53.

<sup>66</sup> чл.471 од ЗКП.

<sup>67</sup> Крапац, *Institucije*, op. cit., str.151.

Впрочем, не само суштината за која беше укажано погоре, туку и формата го потврдува отстапувањето од принципот на акузаторност, кога во пресудата во уводот стои она кривично дело за кое е обвинет, а во изреката друго кривично дело за кое судот го осудил<sup>68</sup>.

Оттука, постоечките проблеми кои постојат со можноста за промена на правната квалификација *de lege ferenda* може да се разрешат на едноставен начин доколку по примерот на англо-американската постапка се воведат можност за алтернативно поставени обвиненија (*alternative indictment*), кои ги нема во римско-германската континентална традиција. Со воен термин кажано почесно е да се има време и можност во старт да се постави одбраната од два напади истовремено, отколку таквиот напад да го затече од зад грб, но не од оној кој е дојден на боиштето да напаѓа, туку од оној кој треба да биде непристрасен и објективен, кој е тука да гледа и да се грижи битката да се води фер согласно однапред поставените правила и така да пресуди кој бил подобар во неа.

Друг проблем првично од технички карактер, а потоа и од аспект на еднаквоста на странките ќе се јави ако со одлука на судот по жалба е укината пресудата со која првостепениот суд ја изменил правната квалификација за делото што било предмет на обвинение. Имено првостепениот суд на кого предметот му е вратен заради повторно судење за основа ќе го земе поранешниот обвинителен акт со старата правна квалификација, за која јасно ставил претходно до знаење дека не одговара на неговото правно сфаќање. Сега ЈО ќе има две можности да остане на првобитното стојалиште чекајќи судот преку промена пак да направи корекција и да застане на негова страна или да го измени правното сфаќање на кое нешто му укажал судот во укинатата одлука. И во двата случаи балансот е загубен.

Интересно прашање кое се поставува при укинување на првостепената одлука е дали ако во новата постапка постапува истиот судија кој претходно го осудил обвинетиот, нема повреда на субјективните елементи за непристрасноста. Имено, презумпцијата на невиност бара судот да не ја почне расправата со однапред формирано мислење дека обвинетиот сторил кривично дело, туку со претпоставка дека тој е невин. Но, дали судија кој претходно еднаш, иако неправосилно, го осудил обвинетиот, притоа и се потрудил совесно на добар и разбирлив начин да ја образложи писмено таквата своја одлука, може да биде интимно уверен во невиноста на обвинетиот. Јасно е дека не, независно какви насоки му дал повисокиот суд. Тој може и ќе направи се за нив да ги испочитува, но факт е дека кога ќе ги цени доказите и кога повторно ќе носи нова одлука ќе биде под влијание на својот претходно изграден став. Никој не може да оспори дека кај него нема да постои предубедување, предрасуда дека обвинетиот е виновен. При ваква ситуација не ќе е ли подобро новата постапка да се одвива пред нов расправен совет, кој не бил под влијание на еднаш веќе создадена оценка за настанот и обвинетиот, независно дали на крај таа ќе испадне точна или погрешна. На ваков начин сметам дека, независно во чија полза била поранешната одлука, нема да има негативни приговори поради веќе формирано мислење и став.

#### **4. Дали анонимниот сведок го нарушува балансот помеѓу прогонот и одбраната**

Едно од основните права на секој обвинет гарантирано со чл.6 ст.3 (г) од ЕКЧП, чл.14 ст.3 (д) од МПГПП и чл.70 ал.3 и 7 од ЗКП е правото да ги сослуша и пред него да бидат сослушани сведоците на обвинението. Меѓународните акти во кои се дефинирани ваквите минимални права не познаваат нивно ограничување, освен во услови на војна или друга исклучителна општа опасност која го загрозува животот на нацијата<sup>69</sup>. Така ако правото на слобода и безбедност, на почитување на приватниот и семејниот живот, на слободата на мислење, совест и вера, на слобода на изразување, на слобода на собирање и здружување, на слобода на движење познаваат одредени исклучоци и редица на ограничувања, такво нешто кај правото на правична судска постапка нема, освен можноста за ограничување на јавноста

<sup>68</sup> чл.408 од ЗКП.

<sup>69</sup> Види чл.29 и 30 од УДЧП; чл.4 и 5 од МПГПП; чл.15 и 17 од ЕКЧП; чл.27 од АКЧП.

во определени таксативно наброени случаи<sup>70</sup>. Според Крапац ова право спаѓа во „релативно заштитените дерогабилни права (оние кои смеат да бидат дерогирани во вонредна состојба, под претпоставките од чл.15 ст.1. од Конвенцијата, но можат да се ограничат со различен степен во склад со рестриктивните клаузули кои Конвенцијата ги врзува со поедино такво право)<sup>71</sup>. Чл.18 од ЕКЧП е јасен кога потенцира дека дозволените ограничувања за слободите и правата од Конвенцијата може да се применуваат за оние цели за кои се предвидени, па штом е така тогаш правото на правична постапка не познава никакво друго ограничување освен неговиот сегмент – јавност на судењето. Државата нема право да презема мерки и активности со кои се уриваат овие права, ниту можност да воведува поголеми ограничувања од оние предвидени со овие акти, а такви со нив освен на правото на јавно судење под одредени услови и на бесплатен службен бранител не се предвидени. Корф зазема идентичен став во врска со чл.9 и 14 од МПГПП па наведува „одредбите ги одразуваат *минималните* стандарди што треба да се почитуваат во сите околности, во сите земји, без разлика на нивниот систем... правото на слобода и безбедност на личноста (слобода од произволно апсење) и правото на фер судење може да бидат дерогирани во време на војна или друга вонредна состојба што го загрозува животот на нацијата“<sup>72</sup>. Ќе се согласиме дека општа опасност во време на мир не постои и дека државата според тоа реално нема никакво овластување, за некои свои повисоки цели, да ги ограничи овие права кои не се од неа доделени, туку вродени права кои секој човек ги стекнал со самото раѓање. Токму ваквиот јадрен концепт на најбитните меѓународно правни документи се заснова на постулатите на либералната филозофија на природното право, во кое еднаквоста е еден од сегментите на правдата и правичноста. Значи во услови на ваква уреденост, државата не смее да ги загрози овие права на одбраната, пример дури ни заради поефикасно спроведување на криминалната политика, откривањето и гонењето на криминалот и казнувањето на криминалците.

Од друга страна има случаи во кои има ограничување на некои од правата на обвинетиот. Тоа дефинитивно претставува нарушување на баланот помеѓу странките во постапката, затоа што позицијата на едната странка во одреден дел, или за одредено дејствие во постапката е драстично различна од онаа на другата. Такви случаи во кои најчесто се ограничуваат делумно правата на одбраната се оние каде има потреба од заштита на правата на другите лица во постапката, сведоци, соработници на правдата, прикриени агенти, жртви и сл., и тоа тогаш кога постои веројатна опасност од нивна повреда. Оттука ЕСЧП иако признава дека чл.6 од Конвенцијата не бара да се земат предвид интересите на сведоците и жртвите повикани да сведочат, постои можност од ризик по нивните права, па интересите на одбраната треба да се урамнотежат со интересите на сведоците и жртвите<sup>73</sup>.

Но, не секој обвинет е и вистинскиот сторител или виновник за кривичното дело, а легитимни цели, како оправдани околности за ограничување на правото на правична постапка во ЕКЧП се наведени исклучиво по однос на правото на јавност, а не и нејзините други сегменти. За горните отстапки Калајџиев убаво забележал „При балансирање на правата на обвинетиот наспроти интересите на државата, редовно погрешно се претпоставува дека државата е таа што секогаш ги претставува интересите на општествената заедница. Иако државата тоа неспорно го прави за низа одредени интереси, други од нив, подобро ги претставува обвинетиот. Во казнената постапка државата не секогаш е единствениот субјект што го претставува интересот на граѓаните. Така, иако јавноста е заинтересирана за општество во кое ќе се почитува јавниот поредок, заштитено со примена на правото, може да се тврди

<sup>70</sup> Види чл.5, 8, 9, 10, 11 од ЕКЧП; чл.9, 12, 18, 19, 21, 22 од МПГПП; чл.7, 12, 13, 15, 16, 22 од АКЧП; чл.6, 11, 12 од АПЧП.

<sup>71</sup> Крапац, Davor, *Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2010, str.1215.

<sup>72</sup> Korff, Douwe, *international standards in criminal procedure with particular reference to the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights and the overview of the requirements of the UN Convention Against Torture*, London Metropolitan University, London, 2003, str.9.

<sup>73</sup> Калајџиев, *Правична постапка*, стр.270.



дека таа јавност има дури поголем интерес за општество во кое ќе се почитуваат човековите права и слободи. Овој интерес што се јавува како непосредно ограничување на оној претходниот, најдобро е претставен од обвинетиот, поради што треба да биде одмерен во негова корист при балансирањето на неговите права наспроти интересот на државата за примена на правото...<sup>74</sup>.

Бужаровска посочува дека при примена на институтот за заштита на сведоци мора да се води сметка за почитување на гаранциите врзани за правото на одбрана во постапката. Укажува дека од јуриспруденцијата на ЕСПЧ произлегува дека во текот на постапката мора истовремено да се почитуваат правата на одбраната наспроти барањата за целосна анонимност на сведоците, неприсуство на обвинетиот во судница додека сведокот дава исказ, тајност на идентитетот на сведокот и сл. Потврдува дека мора да се почитува чл.6 од ЕКЧП во текот на постапката еднаквоста на оружјето (equality of arms) како неопходен предуслов за фер и правична постапка<sup>75</sup>, но залагањето за промени во процесната материја кои би овозможиле исклучување на странечката јавност или можност обвинетиот да се отстрани од главниот претрес и ограничувањето на правото на увид во списите на бранителот во постапки во кои има загорзени сведоци не одат на таа линија<sup>76</sup>. Факт е дека таков е ставот и на други автори кои бараат да се балансираат интересите за спречување на криминалот, потребата на жртвата или сведокот и гаранциите на правото за правично судење<sup>77</sup>.

Но, што е во суштина балансирањето. Имаме право А на обвинетиот и право Б на сведокот. Ако некое од нив треба да се ограничи, поддржувачите на идејата за балансирање најчесто се на став дека треба да се ограничи правото на обвинетиот (А) вкрстено и непосредно да го испраша сведокот за сметка на правото на сведокот (Б) на слобода, сигурност и живот, посебно кога и интересот на општеството (В) поради тежината на стореното дело (Г) бара да се гони сторителот. Значи на една страна е А, а на друга Б, В и Г и во една ваква констелација на односите многу јасно е што секогаш ќе претегне. Притоа се заборава дека токму тежината на делото (Г) кое се опсервира во постапката бара обезбедување на заштита преку поголеми права во неа (А) бидејќи често кај вакви предмети има брзо јавно осудување и веќе изграден став пред и да почне постапката. Така во „*Craxi v Italy* Судот изјавил дека во определени случаи злонамерна медиумска кампања може негативно да влијае врз правичноста на судењето преку формирање на јавното мислење и консеквентно и на мислењето на поротниците повикани да одлучуваат за вината на обвинетиот<sup>78</sup>, што е кобно по презумпцијата на невиност, а токму интересот на општеството (В) е вистинскиот виновник да се казни и тоа толку колку што заслужува, што пак бара почитување на правата (А). Посебно што „член 6 бара, без разлика на тоа дали дошло до балансирање, поголема тежина да им се даде на правата, а не на конкурентните јавни интереси<sup>79</sup>.

Значи пак доаѓаме на почетокот, за да заклучиме дека најдобро е постапката да обезбеди реализација на двете права (А и Б), без ниту едно да се ограничи. Тоа кај заштитените сведоци би било со обезбедување на сите други процесни и вонпроцесни мерки за заштита, а не и со нивна анонимност, бидејќи „особено контроверзна мерка е употребата на анонимни сведоци, односно сведоци чиј идентитет не им е познат и на двете страни. Остро

<sup>74</sup> Ibid, стр.391 и 392.

<sup>75</sup> Bužarovska, Gordana Lažetić, Procesna i vanprocesna zaštita svedoka u makedonskom kaznenom pravu, Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i univerzalne vrednosti, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2005, str.78o.

<sup>76</sup> Ibid, стр.783.

<sup>77</sup> Ваџановиќ, Oliver, Zaštita svedoka, saradnika pravde i žrtava u makedonskom krivičnom zakonodavstvu, str.1165; Илиќ, Goran/ Majić, Miodrag, Vanprocesna zaštita učesnika u krivičnom postupku, str.953; Rakočević, Velimir, Zaštita svjedoka u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i međunarodni standardi, str.1123, сите претходни цитирани од Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i humana budućnost, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2006.

<sup>78</sup> Харис и др., op. cit., стр.265-266.

<sup>79</sup> Грир, Стивен, Европска конвенција за човекови права: постигања, проблеми и изгледи, Просветно дело АД Скопје, Скопје, 2009, стр.253.

беше критикувана една рана одлука за овозможување на оваа практика во МКТЈ, особено од застапниците на антагонистичките процедури, а потоа повеќе не беше повторена<sup>80</sup>. Околу таквиот став на мнозинството, забележливо е издвоеното мислење на судијата Стивен од споменатиот случај пред МКТЈ кој истакнал „дека Статутот во споменатиот чл.20<sup>81</sup> бара „целосно почитување на правата на обвинетиот (*full respect*)“, додека за заштита на жртвите и сведоците се користи изразот „соодветна грижа (*due regard*)“. Од ова се заклучува дека барањата за обезбедување на правото на правично судење на обвинетиот треба да имаат предност пред мерките за заштита на жртвите и сведоците. Главното мислење кое мнозинството на судии го зазелo во тој случај значително е разлишано со едно сведочење во тој случај. Имено, утврдено е дека заштитениот сведок Л., чиј идентитет не бил откриен во текот на постапката, дал лажен исказ. Иако неговиот исказ бил исклучен од доказниот материјал, тој случај го разлиша уверувањето во оправданоста на таквите мерки, додека одбраната зазела став дека тоа бил голем пропуст на обвинителството соодветно да ја тестира вистинитоста на доказите кои се насочени против обвинетиот... Против тој сведок (Драган Опачиќ) е покрената постапка заради давање на лажен исказ<sup>82</sup>.

Во начело сум против анонимноста на сведоците, но дури и да се прифати кај жртвите на делото или во исклучителни случаи кај прикриените агенти и сведоците, тоа да се стори со соработниците на правдата, па за нивна сметка да се дадат компензации на товар на одбраната, кога се знае дека практично го трампаат својот исказ за да избегнат осуда е класично нарушување на правичноста. Општо познато е дека за да стане соработник на правдата (покајник, крунски сведок) треба да даде значајни информации, притоа не е исклучено за свои дела да набедува други, што значи кај овој тип на сведоци не само што не треба да се ограничат гаранциите на одбраната, туку за да се открие евентуално такво нешто тие треба да се зголемат. Тоа се лица кои го разменуваат својот исказ за да не бидат гонети (чл.44 од ЗКП) за она за кое што ќе сведочат против другите, за да им се преквалификува делото во прекршок, во полесно кривично дело или привилегиран облик на основното, да им се намали казната и сл. Компаративните искуства покажуваат дека токму овие лица најмногу се вклучуваат во програмите за заштита на сведоци<sup>83</sup>.

Да не бидам сфатен погрешно, овде проблемот е исклучиво кај анонимноста на сведоците, а не и другите процесни или вонпроцесни механизми за нивна заштита кои се сосема прифатливи од аспект на еднаквоста на странките и правичноста на постапката во целина. Можност да се из земе сведокот нема како со другите учесници во постапката, што е повеќе од логично, но затоа мора да се знае неговиот идентитет за да може да се укаже на мотивираноста да не ја зборува вистината. Овде нерамноправноста е во тоа што тужителот ги знае тие сведоци, а одбраната со оглед да се анонимни за неа (*faceless witness*) не може да ја оспори нивната веродостојност, кредибилитет, ниту ќе може да ги испраша според правилата на вкрстено испрашување, притоа мислам да може да ја види непосредно реакцијата на сведоците на поставените прашања<sup>84</sup> која секако е битен сигнал дека прашањата одат во права насока. Како одбраната би ја испитала способноста на сведокот сетилно да ги забележи настаните, потоа да ги фиксира во својата меморија, да го репродуцира така зачуваното, кога не може прашањата за вакво нешто однапред да се напишат писмено, туку едно од друго произлегуваат од секој претходен одговор на сведокот во текот на интензивното

<sup>80</sup> Крајер и др., *op. cit.*, стр.387.

<sup>81</sup> чл.20 (1) од Статутот на МКТЈ - Судскиот совет треба да обезбеди судењето да е фер и експедитивно и постапките да се водат во согласност со правилата на процедурата и доказите, со целосно почитување на правата на обвинетиот и соодветна грижа за заштита на жртвите и сведоците, исто чл.19 од Статутот на МКТР и чл.64 од Статутот на МКС.

<sup>82</sup> Pajčić, Matko, Ugroženi svjedoci u kaznenom postupku, HLJKPP broj 1/2005, Zagreb, str.55.

<sup>83</sup> Bajović, Vanja, Položaj i zaštita svedoka saradnika, Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i humana budućnost, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2006, str.1184.

<sup>84</sup> цртите на лицето и промените настанати под влијание на поставените прашања, гестикациите, мимиките, тонот, бојата на гласот, психолошката состојба, нервоза, страв, потење, збунетот, смиреност, ладнокрвност, обоеност на лицето, колебливост, сигурност и сл.

распрашување. Секако дека претходна верификациона постапка е потребна во која судот ќе испита дали има потреба од анонимност на сведокот<sup>85</sup>, неговата веродостојност и изворот на сознанијата за она за коешто треба да сведочи, но прашањето е колку таа може да биде навистина од корист, кога одбраната не знае за кого се работи, па не може да го оспори неговиот кредибилитет, кое нешто по правило се врши со вкрстено испитување на познат сведок.

„Хендикепот предизвикан од анонимноста на сведокот е значителен... Непознавањето на идентитетот на сведокот ја прави тешка процената дали сведокот е сигурен, дали постојат елементи кои го оправдуваат сомнежот за пристрасност, анимозитет, омраза или други мотиви за лага. Особено не е можно да се утврди дали постојат врски со осомничениот, со жртвата или со друг сведок. Уште повеќе, кај сведок очевидец, не ќе може да се процени дали жртвата навистина можела да го види она што тврди дека го видела, криењето на идентитетот може, во исто време, да го спречи прецизното одредување на местото од кое сведокот го посматрал извршувањето на делото. Уште повеќе, анонимноста по правило резултира со криење на физичкиот изглед на сведокот. Така одбраната нема да биде во можност во целост да го посматра неговото однесување за време на сведочењето“<sup>86</sup>. Добро е што се признава дека таа треба да биде само крајна мера, бидејќи никако не смееме да се фатиме во замката на инквизиторната постапка од Средниот век, па во желбата за казнување на виновникот по секоја цена, да ги жртвуваме правата на одбрана на обвинетиот<sup>87</sup>.

Надмоќта која ја има тужителот како орган наспроти обвинетиот како објект, мора да ја компензираме со зголемување на правата на одбраната како субјект споредено со неговите. Впрочем такви одредби кои оправдуваат ваков начин на размислување веќе има во ЗКП: (1) презумпцијата на невиност со нејзините две правила претпоставка дека обвинетиот е невин и товарот на докажување е на страната на обвинителството, а со тоа и ризикот од недокажаноста на фактичката состојба и вината (*actore non probante, reus absolvitur*), (2) *in dubio pro reo* (секој сомнеж околу докажаноста на релевантните факти е во полза на обвинетиот), (3) *reformatio in peius* (не може да се измени одлуката на штета на обвинетиот ако само тој се жалел), (4) *favor defensionis* (погодности за одбраната), (5) *beneficium cohaesionis* (погодности од здружувањето), (6) проширеното дејство на жалбата, (7) *restitutio in integrum*, (8) должноста јавниот обвинител да го запознае обвинетиот со доказите прибавени или за кои дознал во истражната постапка без контраобврска за другата страна<sup>88</sup>. Значи законот знае за повеќе такви мерки, но немал храброст јасно, *expressis verbis*, да го поучи судот дека мора да е неутрален, а во одредени посебни нужни случаи и наклонет кон одбраната. Тоа не значи да ослободува обвинети, во таков случај би бил пристрасен, туку да биде свесен дека ако тужителот при сите можности кои ги има како орган за докажување и претставување на случај тоа неубедливо го направил, можеби обвинетиот не е виновен. Тој не смее да му помага на тужителот, туку *stricto sensu* да ги почитува претпоставената невиност и ризикот од недокажаност на случајот од тужителот, да внимава сомнежот околу докажаноста на релевантните факти да биде во полза на обвинетиот, заедно со сите погодности за одбраната (*favor defensionis*), зошто такви за обвинителството како странка не се ни предвидени.

Поради тоа секое ограничување на правата на одбраната мора да биде буквално *ultima ratio* во точно определени исклучиви случаи, а никако пракса. За споредба би предочил дека и во постапките пред меѓународните трибунали кога жртвите треба да сведочат, а постои опасност од одмазда поради нивното сведочење треба да им се овозможи вонпроцесна и/или процесна заштита, „но на начин кој на обвинетиот секогаш мора да му остави можност да го

<sup>85</sup> Rakočević, op. cit., str.1126-1127; Bačanović, op. cit., str.1166.

<sup>86</sup> Trechsel, Stefan, Human Rights in Criminal Proceedings, New York, Oxford University Press, 2005, str.318 цитирано кај Tripalo, Dražen/ Đurđević, Zlata, Predlaganje dokaza, HLJKPP broj 2/2011, Zagreb, str.481.

<sup>87</sup> Крапас, Institucije, op. cit., str.17.

<sup>88</sup> Спореди чл.302 ст.5 со чл.310 од ЗКП, исто во Италија (без контраобврска), но поинаку во Англија (со взаемна идентична обврска) види кај Rajčić, 2009, op. cit., str.73 i 94.

дознае идентитет на заштитениот сведок и содржината на неговиот исказ како би можел да го подвргне на противиспитување<sup>89</sup>. За разлика од ЕСЧП кој дозволува анонимизирање на сведоци во определени исклучителни ситуации, Комитетот за човекови права на ОН е против таквата пракса „користење на сведочење на анонимни сведоци на судење се смета недозволиво, заради тоа што тоа би претставувало кршење на правото на обвинетиот да ги испитува сведоците предложени против него“<sup>90</sup>.

Впрочем стравот на одбраната од ограничување на нејзините права кај анонимните сведоци не е без основ, посебно кога таква резерва кон нив има и законодавецот воведувајќи ограничување во духот на негативната легална теорија за доказите<sup>91</sup>, односно ЕСЧП во повеќе свои одлуки<sup>92</sup>.

„Во британскиот национален случај *R v Davis*, Домот на лордовите оценил дека преземањето на специјални аранжмани за заштита на сведоци кои стравувале од одмазда за заштита на нивната анонимност како услов за да сведочат на суд, било спротивност на одамна воспоставеното право на конфронтација на оние кои обвинуваат“<sup>93, 94</sup>.

ЕСЧП во случајот Саиди против Франција во кој апликантот бил осуден за трговија на дрога врз основа на гласини од страна на три анонимни сведоци сметал дека чл.6 ст.3 (г) бил прекршен па во таа насока навел „Судот е свесен за огромните потешкотии во борбата против трговијата со дрога, посебно во делот на собирање и презентирање на докази, како и за штетите кои ги предизвикува дрогата во општеството, но такви размислувања не можат да ги оправдаат ограничувањата на правата на одбраната на секој против кого е покрената кривична постапка“. Во случајот Костовски против Холандија смета дека „Ако одбраната не го знае идентитетот на лицето за кое бара да го испита, може да ѝ бидат ускратени одредени поединости кои би ѝ овозможиле да прикаже дека тој има предрасуди, е непријателски расположен или несигурен. Сведочењето или други изјави кои го инкриминираат обвинетиот можеби се неистинити или погрешни, а одбраната нема да биде во можност да го прикаже тоа, ако нема информации кои би и дозволиле да ја тестира веродостојноста на сведокот или да се сомнева во неговиот кредибилитет. Опасностите поврзани со оваа ситуација се очигледни“<sup>95</sup>.

Процесните права и гаранции за обвинетиот се повеќе од неопходни, секое нивно ограничување е погрешно решение, бидејќи колку и да изгледаат како пречка во утврдување на вистината, видовме со какви механизми располага државата па „секогаш постојат и други

<sup>89</sup> Rohan, C. M., *Rules Governing the Presentation of Testimonial Evidence*, 2010 str.526, цитирано кај Крпач, *Меѓународно*, op. cit., str.189, vidi i str.245 fusnota 112.

<sup>90</sup> *Lawyers Committee for Human Rights*, op. cit., str.19.

<sup>91</sup> чл.231 и чл.400 од ЗКП.

<sup>92</sup> Бужаровска, Гордана/ Ре, Дејвид/ Карнавак, Мајкл Г., *Вкрстено испитување; Прирачник за практичари*, ОБСЕ, Скопје, 2010, стр.69-70; Гротриан, op. cit., стр.75; Харис и др., op. cit., стр.323.

<sup>93</sup> Харис и др., op. cit., стр.326.

<sup>94</sup> Во таа одлука лордот Бингам „во еден благороден обид да ги заштити начелата на праведно судење, сметаше дека е неопходно да го цитира Апелациониот суд на Нов Зеланд во *R v Pomus Hughes* [1986] 2 NZLR 129, каде Richardson J забележа (стр.147): „Јасно е дека обвинетиот нема гаранции за вистинска и целосна одбрана од обвинение ако не му се дадени доволно информации за неговиот обвинувач за да може да одлучи за испитување на тоа дали треба да се оспори неговиот кредибилитет... Ќе се најдеме на лизгав терен како општество ако врз наводно балансирање на интересите на Државата против оние на обвинетиот поединец, судовите со судска одлука би дозволиле ограничувања во тоа одбраната да покрене прашања релевантни за едно суштинско прашање во судењето. Денес барањето е дека не треба да се даде името на сведокот: утре, по таа иста логика, ќе биде дека мора да се елиминира ризикот од физичка идентификација на сведокот во интерес на правдата во откривањето и прогонот на кривични дела, било со тоа што ќе дозволиме сведок да сведочи анонимно, на пример од зад екран, во кој случај неговото држење нема да може да се набљудува, или со отстранување на обвинетиот од судот, или обете. Правото да се конфронтира спротивставен сведок е основно за секое цивилизирано сфаќање на праведно судење. Тоа мора да го вклучува правото одбраната да го утврди вистинскиот идентитет на обвинувачот ако е засегнат кредибилитетот“ цитирано во *AL-KHAWAJA and TAHERI v. Обединетото Кралство*, A.26766/05 и A.22228/06, стр.149 и 150 од македонскиот превод.

<sup>95</sup> Mole и др., op. cit., стр.61 и 62.

начини, средства и инструменти со кои можат да се утврдат решавачките факти<sup>96</sup>. Тоа посебно е видливо кај сведоците кои обилно се користат во скоро секоја постапка, а за кои одредени теоретичари со право истакнуваат дека се најнесигурни доказни средства. „Денес е создаден сигурен и доволно проучен заклучок, дека исказот на сведок поради грешките во перцепцијата, сеќавањето и репродукцијата, поради евентуалната небрежност или поради недоволната упатеност на судијата во неговата оценка е сосема несигурно и опасно средство<sup>97</sup>. Потврда на ова се резултатите од експериментот на професорот Гарднер од универзитетот во Калифорнија<sup>98</sup>. Сличен експеримент спровел и познатиот теоретичар Франц фон Лист на Правниот факултет во Берлин во којшто резултатите исто така покажале голем степен на неверодостојност на исказите на сведоците со она што реално се случило<sup>99</sup>. Од поновите студии треба да се спомене таа на американската професорка Ненси Комбс во 2010 г. за изведувањето на доказот со сведочење пред интернационалните трибунали за Руанда, Сиера Леоне и Источен Тимор во која дошла до загрижувачки емпириски резултати за веродостојноста на овој најзначаен доказ на кој се темелеле пресудите пред тие судови „дека повеќе од 50% од сведоците во сите тие случаи на расправите дале различен исказ од претходните изјави и искази“<sup>100</sup>.

Кога исказот на сведоците е ваков и тогаш кога тие не се лично заинтересирани за исходот на постапката (примерот на професорот Гарднер), дотолку понесигурни се во другите ситуации (соработници на правдата, жртви, анонимни сведоци) кога за нив може да има значење нејзина разрешница во определена насока. ЕСЧП посочува „Искусствата покажуваат дека веродостојноста на доказите, вклучувајќи доказ кој се чини несоборлив и уверлив, може да изгледа мошне различна кога ќе се подвргне на длабоко испитување. Опасностите својствени за дозволувањето на изведување на непроверен доказ по слушање се уште поголеми ако тој доказ е единствениот или одлучувачкиот доказ против обвинетиот. Што се однесува на втората причина, обвинетиот не смее да се стави во ситуација каде е ефективно лишен од вистинска шанса да се одбрани така што нема да биде во состојба да го оспори случајот против себе. Судската постапка мора да осигура дека правата по Член 6 на

<sup>96</sup> Матовски, 2003, *op. cit.*, стр.131; Матовски и др., Казнено, *op. cit.*, стр.57.

<sup>97</sup> Vasiljević, Tihomir, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ, Savremena administracija*, Beograd, 1981, str.367, цитирано кај Сулејманов, *op. cit.*, стр.256.

<sup>98</sup> Во него учествувале вкупно 34 лица – студенти на право, јавни обвинители и еден судија на врховен суд. Бил стручно воден со образовани лица кои го изучуваат или го изучиле кривичното процесно право, значи со лица чии забележувања требало да дадат натпросечен успех. Експериментот се одвивал на едно предавање во предавална кога влегла една жена, се упатила кон катедрата и фингирала напад врз професорот Гарднер, кој потоа ја изнесол од предавалната додека таа викала: „Ќе видите што ќе ви сторам“. Сите 34 лица биле сослушани веднаш по овој настан по однос на личниот опис на напаѓачот па (1) вистинската висина ја погодиле 2 лица, (2) возраста само 4 лица, распонот на годините во изјавата кај сите лица бил 20 години, (3) косата правилно ја опишале 19 лица, 9 изјавиле дека не се сеќаваат, а 6 дале сосема погрешни податоци, (4) општиот изглед на лицето ни едно лице, 13 лица ја ускратиле изјавата, а сите останати дале погрешен опис, (5) бојата на очите едно лице, 30 не можеле да ги опишат, а 3 дале неточни податоци, (6) шапката приближно ја опишале 10 лица, 9 не ја виделе, а 15 дале погрешен опис, (7) фустанот не можел да го опише ниту еден, (8) кондуриите, се работело за две различни, ниту едно лице, 25 не можеле да дадат никаков опис, а останатите 9 дале погрешен, (9) ракавиците точно ги опишале 3 лица, 18 не ги виделе, а 13 дале неточен опис, (10) ташната точно ја опишале 2 лица, не ја забележале 18 лица, а погрешно ја опишале 14, (11) оружјето обичен отворач за пиво ни едно лице, 14 не го виделе, 13 виделе движење со раката, а 7 дале погрешен одговор, (12) вистинската боја на косата ниту едно лице, (13) настанот траел 17 секунди, а според изјавите на присутните од 5 до 120 секунди, (14) на прашање дали би можеле да го идентификуваат лицето доколку повторно би го виделе 1 одговорил позитивно, 31 негативно, а 2 се двоумеле, (15) по шест седмици извршен е обид за препознавање меѓу 6 други жени па од сите 34 само 3 успешно ја идентификувале, од кои само 1 бил целосно сигурен - Marković Tomislav, *Savremena tehnika istraživanja krivičnih dela (Kriminalistika)*, Narodne novine, Zagreb, 1977, str.474-475 цитиран кај Сулејманов, Зоран, *Кривично процесно право, Графохартија*, Скопје, 2002, стр.255-256.

<sup>99</sup> Bayer, Vladimir, *Jugoslavensko krivično procesno pravo, Knjiga druga, Četvrto izdanje, Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, Pravni fakultet u Zagrebu, 1986, str.177-178.

<sup>100</sup> Combs, N. A., *Fact-Finding Without Facts*, 2010, str.105, цитирано кај Крпач, *Međunarodno, op. cit.*, str.190-191.

обвинетиот не се неприфатливо ограничени дека тој или таа ќе бидат и понатаму во состојба ефективно да учествуваат во постапката<sup>101</sup>.

Судиите Шајо и Каракаш во заедничкото делумно издвоено и делумно согласно мислење ќе истакнат „Треба да се нагласи дека Член 6 §§ 1 и 3 (d) егзистира во контекст на вродената нерамнотежа на моќ меѓу обвинетиот и Државата. Силата двигател зад Член 6 е премисата дека интересот на правдата нема правилно да го заштити обвинетиот од опасноста од неправедно судење и неправилна осуда. Бидејќи обвинителската власт е подложна на злоупотреба како и на бирократски притисок да издвои и да казни починител, одбраната не треба непримерно да е попречена во оспорување на наводите на Државата. Понекогаш се вели дека правата на обвинетите мораат да се „балансираат“ наспроти јавниот интерес при делењето правда, а особено наспроти правата на жртвите и сведоците согласно Конвенцијата. Но заштитата на правата на одбраната, вклучувајќи го правото да ги испрашува сведоците на спротивставената страна, е веќе вградено како фундаментално за праведно судење при делењето правда, пред таквите размисли. Кога Конвенцијата ги издвои правата од став 3, тоа значеше дека овие основни права на одбраната се неопходни како противтежа на доминантната моќ на обвинителството, во интерес на праведноста. Да се балансираат овие права по втор пат против интересот на правосудството, како што се обиде тоа да го стори Владата во *Al-Khawaja* и *Tahery*, значи да им се даде на обвинителството и интересот на правосудството (имено да се казни) очигледна предност. Овој Суд никогаш не сметал дека „Член 6(3)(d) е едноставно илустрација на прашања кои треба да се земат предвид при разгледување дали е одржано праведно судење“, како што тврди Waller LJ, во прегледот на прецедентното право на Стразбур во *R protiv Sellick* [2005] EWCA Crim 651<sup>102</sup>.

Поради тоа, сум на став дека решенијата со кои се анулираат или драстично ограничуваат некои од минималните гаранции за обезбедување на правична постапка дефинирани во чл.6 ст.3 од ЕКЧП не биле во план на составувачите на Конвенцијата и не може да се оправдаат преку ниту една нејзина одредба. Така наместо да се анонимизира некој сведок подобро е да се одржи расправата *in camera* со ограничување на јавноста како сегмент од правото на правично судење, кое нешто е овозможено со одредбите на Конвенцијата, а ќе биде во согласност и со Препораката П (96) 8<sup>103</sup>.

Крајно ако веќе мора да има анонимност на некој сведок заради заштита на неговиот или на неговите најблиски живот или слобода, таа да биде *ultima ratio* по претходна верификациона постапка која нема да биде само формалност и која ќе обезбеди рамнотежа помеѓу потребите на кривичната правда, правото на чесно судење и правата на странките<sup>104</sup>, бидејќи како што кажал Врховниот судија Скалија „Да се откажеме од соочување бидејќи сведочењето е очигледно веродостојно е слично како и да се откажеме од судење пред порота бидејќи обвинетиот е очигледно виновен“<sup>105</sup>.

Кривичното право многу често во историјата се користело за гонење на политичките противници, непослушници, борци за слобода, едноставно кажано опоненти на власта. Монтираните политички процеси постојат веројатно откако постојат државата и казненото судство и не е реткост во борбата со нив да се злоупотреби казнената постапка заради

<sup>101</sup> AL-KHAWAJA and TAHERI v. Обединетото кралство, А.26766/05 и А.22228/06, дел (б) Приговори кон правилото за единствен или одлучувачки, стр.108 од македонскиот превод.

<sup>102</sup> AL-KHAWAJA and TAHERI v. Обединетото кралство, А.26766/05 и А.22228/06, стр.137.

<sup>103</sup> Секој одговор на криминалот мора да биде потврда на основните принципи на демократските држави преку владеење на правото и предмет на врвната цел за гарантирање на почитувањето на човековите права. Поради ова, колку и да е сериозна состојбата во општеството во однос на криминалот, сите мерки кои имаат за цел да се справат со оваа состојба кои не ги земаат предвид демократските вредности, човековите права и владеењето на правото се недопуштени - Препорака П (96) 8 на Комитетот на министри на земјите членки за политиката за криминалот во Европа во време на промени, Совет на Европа, 1996, чл.1 и 2.

<sup>104</sup> Препорака П (2005) 9 на Комитетот на министри до земјите членки за заштита на сведоците и соработниците на правдата, Совет на Европа, 2005, чл.16, 19, 20 и 21.

<sup>105</sup> Crawford против Вашингтон, 541 U.C. 36, 62 (2004) цитиран во AL-KHAWAJA and TAHERI v. Обединетото кралство, А.26766/05 и А.22228/06, стр.142.

одржување на привид на законитост... во кои без ни еден конкретен доказ вината на еден обвинет се докажува со „признание“ и исказ на друг обвинет<sup>106</sup>.

Каде е разликата помеѓу сообвинет или обвинет од друг спор со крунски сведок (соработник на правдата), првите се надеваат дека ќе добијат поблаг третман ако зборуваат, а вториот тоа однапред го знае. Па сега кој има повеќе интерес да зборува во полза на апаратот за гонење. „Исклучувањето на јавноста во секој случај во кој е применета посебна истражна мерка, наводно заради заштита на класифицираните информации, е изигрување на контролата на јавноста во овие процеси, во кои реално постои голем ризик дека се политички „монтирани“<sup>107</sup>. Судијата Лукаидес, во делумното издвоено мислење кон кое се придружуваат и судиите Зупанчич и Спилман ќе посочи „Јас сум цврсто убеден дека судските постапки за примена на кривичното право, во однос на било кое дело, од страна на моќната држава против поединци бараат, повеќе од која било друга судска постапка, строга усогласеност со условите предвидени во член 6 од Конвенцијата со цел да се заштити обвинетото лице од „спроведување на правдата во тајност, без јавна контрола“<sup>108</sup>.

Полициско-обвинителскиот апарат е навистина моќна и застрашувачка структура за гонење, која судот мора да најде начин да ја ограничува и држи во границите на дозволеното. Наместо тоа, кај нас, ноторен факт е дека на поврзаната судско-обвинителска супкултура<sup>109</sup> адвокатот само ѝ пречи. Но, не смее да биде така и во иднина, а тие граници на дозволено се правата на одбраната од кои не смее да се отстапува, за никаков привид на некакви поголеми цели, а посебно не во постапките за организиран криминал каде тоа најчесто се прави. Токму постапките каде што може да се изрече највисока казна се оние во кои не смееме да отстапиме од ниту едно право, од ниту една гаранција и треба да се бориме да спречиме „ерозија на стандардната правна заштита во прогонот на кривичните дела кои воспоставениот поредок ги сметал за најголема закана“<sup>110</sup>. Впрочем таков е ставот и на Комитетот за човекови права на ОН „кога ќе се дојде до случаи во кои може да се изрече најстрога казна, „обврската на државите членки е строго да ги почитуваат сите гаранции за фер судење утврдени во член 14 од Пактот, **без исклучок**“<sup>111</sup>.

Оттука, ако ЕСЧП е доследен на своите ставови кои ги има дадено кога зборува за некои права на обвинетиот (како она против самоинкриминирање) „Јавниот интерес не може да биде оправдување на мерките кои ја негираат самата суштина на одбранбените права на апликантот“<sup>112</sup> тогаш не би смеел да дозволи целосна анонимност на некој сведок, жртва, соработник или агент бидејќи еден од условите за остварување на суштината на вкрстеното испрашување е познавањето на идентитетот на сведокот заради евентуална можна дискредитација. Коректноста налага да се посочи и поинакво мислење, и да се каже дека Уставниот суд на Република Хрватска во можеби најважната одлука која го засега нивното процесно право „рекол дека за категоријата на кривични дела кои ги нарекол т.н. „дела кои му се закануваат на организираниот живот во заедницата“ се допуштени битно поголеми ограничувања на правата на одбраната како и други права при преземање на доказни дејствија“<sup>113</sup>.

<sup>106</sup> Cvitanović, Miljenko, Sudski procesi u SSSR od 1936. do 1938.: tzv. čistke kao zloporaba kaznenog postupka, HLJKPP broj 2/2004, Zagreb, str.1027 i 1039.

<sup>107</sup> Калајџијев, За борбата со организираниот криминал и правната држава, стр.4.

<sup>108</sup> JUSSILA v. Финска, А.73053/01, стр.20.

<sup>109</sup> Спрема адвокатурата постоел неправилен став бидејќи таа била третирана како установа што пречи, а не што служи за правилно функционирање на правосудството - Матовски, 1981, op. cit, стр.103.

<sup>110</sup> Damaška, 2013, op. cit., str.200.

<sup>111</sup> Professional Training Series No. 9 – Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers -Chapter 7 \* The Right to a Fair Trial: Part II – From Trial to Final Judgement, Office of the High Commissioner for Human Rights in cooperation with the International Bar Association, United Nations, New York and Geneva, 2003, str.255.

<sup>112</sup> BYKOV v. Русија, А.4378/02, стр.93.

<sup>113</sup> Đurđević, Zlata, Osvrt na rezultate rada radne skupine Ministarstva pravosuđa za usklađivanje Zakona o kaznenom postupku s Ustavom Republike Hrvatske, HLJKPP broj 1/2013, Zagreb, str.29.

Лично не го делам последново мислење. Сметам дека за таквите дела оправдано е воведувањето на посебните истражни мерки и ограничувањето на слободите и правата во мера нужна за пронаоѓање на сторителите, собирање на доказите и сл., меѓутоа штом државата гони некого за такво дело, да му се ограничат правата на одбраната само заради карактерот на делото не е во ред. Токму карактерот на делото оправдувал поинтрузивни методи за откривање и фаќање на сторителите, па ограничувањето и на одбранбените права значи двојно ограничување, еднаш на слободите и правата во текот на откривањето и истражувањето, а потоа и можноста за квалитетна одбрана во текот на судењето. Вака доаѓаме до една парадоксална ситуација, за сторителите на полесни кривични дела за кои законски е предвидена максимална казна затвор до 5 г. применуваме скратена постапка без примена на сите гаранции бидејќи неразумно би било за поедноставен предмет да биде поинаку, за најтешките исто така сега од други причини, па останува отворено прашањето за кои предмети треба да ги применуваме сите гаранции.

### 5.Заклучок

Крапац признава дека целта на реформите кои во денешно време се прават во новите демократски држави, а под влијание на меѓународното право за човекови права и промените во државниот и уставноправниот поредок, е да се уреди казнената постапка на таков начин што поединецот во неа ќе има положба на рамноправен процесен противник на државата<sup>114</sup>. Гротриан ќе каже „Судот во поглед на „проминентното место“ констатира дека, правото на правично судење кое е дел од демократските општества, нема да биде усогласено со намените и целите на членот доколку се толкува ограничено... членот 6 се опишува како член кој го зазема „најзначајното место“ во Конвенцијата и за него се вели дека членот 6 ги одразува фундаменталните-основните начела на владеење на правото“<sup>115</sup>.

Мора да признаеме дека согласно владејачката либерално-правна теорија во демократските општества за најтешките дела и за тие највиновни сторители кои не покажале каење по стореното или милост во вршењето на делото, не покажале ништо човечко во себе или во своето дело заради кое би требало да ги поштедиме, ние пак не смееме да ги погубиме, зашто современа тенденција во правото воопшто, е дека секој човечки живот е неприкосновен, дури и на такви нелуѓе, кои не покажале внимание или милост кон нечиј друг неприкосновен живот, слободи или права. Значи по спроведена постапка можеби во лицето на сите луѓе тие заслужиле смртна казна која судот не може да ја определи. Сега ако судот по спроведена постапка не смее да определи нешто за што секој смета дека виновниот сторител го заслужил, нема никаква оправданост да му се одземе правото на правично спроведување на постапката во која ќе се утврди што точно направил и заслужил. Оттука, барањето за еднакви процесни права и воопшто за еднаквост на странките во постапката не треба да вџашува, посебно не во овој период на јуснатурализам. Посебно не, кога и на најголемиот криминалец во Европа на територијата на примена на ЕКЧП му се гарантира правото на живот со оглед дека е укината смртната казна, ништо побезобразно нема да е барањето на неговиот бранител да му се дадат еднакви реални можности да го претстави сопствениот случај, за да се види дали и која казна ја заслужува.

Казната која се надоврзува на правична постапка треба да биде вредносно точно одмерена според стореното и според вината. Но, постапката треба да биде вредносно неутрална, еднаква, рамноправна и правична. Таа треба да биде таква и за најситниот криминалец и за најголемиот злосторник, зашто секој преку казната ќе си го добие заслуженото. Правата на одбраната во постапката никако не смее да се ограничуваат, бидејќи тужителот како орган има предност во прибирањето на доказите, па ограничувањето на правата на одбраната, но не и на неговите, би му дала втора дополнителна предност. Постапката мора да гарантира правичен баланс помеѓу ефективноста на кривичниот прогон и

<sup>114</sup> Крапац, Institucije, op. cit., str.19-20.

<sup>115</sup> Гротриан, op. cit., стр.6-7.



ефективната одбрана, бидејќи таа не е онаа која треба да казнува, тоа не е нејзината цел, целта е преку неа да се утврди дали некој треба и колку треба да се казни. Ако и постапката се гледа како казна тогаш има недозволиво двојно казнување за едно дело. Во таа насока мој став е дека не само што не треба да се намалуваат процесните гаранции на обвинетите во најсложените случаи, туку токму во нив тие треба да се зголемат.

## Библиографија

### а) Монографии

1. Bayer, Vladimir, Jugoslavensko krivično procesno pravo, Knjiga druga, Četvrto izdanje, Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku, Pravni fakultet u Zagrebu, 1986.
2. Bayer, Vladimir, Jugoslavensko krivično procesno pravo, Knjiga prva, Osmo izdanje, Uvod u teoriju krivičnog procesnog prava, Narodne novine Zagreb, Zagreb, 1988.
3. Korff, Douwe, international standards in criminal procedure with particular reference to the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights and the overview of the requirements of the UN Convention Against Torture, London Metropolitan University, London, 2003.
4. Krapac, Davor, Kazнено процесно право Prva knjiga: Institucije V. Izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2012.
5. Krapac, Davor, Međunarodno kazнено процесно право Oris postupka pred međunarodnim kaznenim sudovima, Narodne novine, Zagreb, 2012.
6. Lawyers Committee for Human Rights, What Is A Fair Trial? A Basic Guide to Legal Standards and Practice, New York, 2000.
7. Mole, Nuala/ Harby, Catharina, Правото на правично судење – Водич за имплементација на Член 6 од Европската конвенција за човекови права – Прирачници за човекови права, бр.3, Совет на Европа, 2001.
8. Fair trial in criminal cases, Council of Europe.
9. Бојлке, Вернер, Закон за кривична постапка, Датапонс ДООЕЛ Скопје, 2009.
10. Бужаровска-Лажетиќ, Гордана/ Калајџиев, Гордан/ Мисоски, Бобан/ Илиќ, Дивна, Компаративно Казнено процесно право, Агенција за интелектуални услуги АКАДЕМИК ДООЕЛ - Скопје“, Скопје, 2011.
11. Бужаровска, Гордана/ Ре, Дејвид/ Карнакас, Мајкл Г., Вкрстено испитување; Прирачник за практичари, ОБСЕ, Скопје, 2010.
12. Грир, Стивен, Европска конвенција за човекови права: постигања, проблеми и изгледи, Просветно дело АД Скопје, Скопје, 2009.
13. Гротриан, Ендрју, Член 6 од Европската конвенција за човекови права: право на правично судење, Просветно дело АД Скопје, Скопје, 2008.
14. Калајџиев, Гордан/ Бужаровска- Лажетиќ, Гордана, Закон за кривична постапка со стручен осврт врз системот на казнена постапка воведен со законот за кривичната постапка од 2010 година, Агенција „Академик“, Скопје, 2011.
15. Калајџиев, Гордан, Правична постапка, Докторска дисертација, Правен факултет „Јустинијан Први - Скопје“, Скопје, 2004.
16. Камбовски, Владо, Казнено – правната реформа пред предизвиците на XXI век, Bato & Divajn, Скопје, 2002.
17. Камбовски, Владо, Меѓународно казнено право, Просветно дело, 1998.
18. Крајер, Роберт/ Фриман, Хакан/ Робинсон, Дерил/ Вилмсхерст, Елизабет, Вовед во меѓународно кривично право и кривична процедура, И. П. Табернакул, Скопје, 2010.
19. Лич, Филип, Поднесување на предмет пред Европскиот суд за човекови права, Табернакул, Скопје, 2010.
20. Матовски, Никола, Казнено процесно право: општ дел, Правен факултет „Јустинијан Први - Скопје“ и „Втори Август С“ ДООЕЛ - Штип, Скопје, 2003.
21. Матовски, Никола, Казнено процесно право: посебен дел, Правен факултет „Јустинијан Први - Скопје“ и „Втори Август С“ ДООЕЛ - Штип, Скопје, 2004.
22. Матовски, Никола, Улогата на бранителот во кривичната постапка, Македонска книга Скопје, Скопје, 1981.
23. Матовски, Никола/ Бужаровска-Лажетиќ, Гордана/ Калајџиев, Гордан, Казнено процесно право, Правен факултет „Јустинијан Први - Скопје“, Скопје, 2009.
24. Роулс, Џон, Теорија на праведноста, Издавачка куќа СЛОВО Скопје, 2002.
25. Сламков, Горѓи, Казнено процесно право, Прв приватен универзитет Европски универзитет Скопје - Република Македонија Скопје, Скопје, 2009.
26. Сулејманов, Зоран, Кривично процесно право, Графохартија, Скопје, 2002.
27. Харис, Дејвид/ О'Бојл, Мајкл/ Варбрик, Колин, Право на европската конвенција за човекови права, Просветно дело АД Скопје, Скопје, 2009.

### б) Статии

1. Vajović, Vanja, Položaj i zaštita svedoka saradnika, Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i humana budućnost, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2006, str.1177-1189.

2. Bačanović, Oliver, Zaštita svedoka, saradnika pravde i žrtava u makedonskom krivičnom zakonodavstvu, Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i humana budućnost, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2006, str.1163-1175.
3. Bužarovska, Gordana Lažetić, Procesna i vanprocesna zaštita svedoka u makedonskom kaznenom pravu, Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i univerzalne vrednosti, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2005, str.779-789.
4. Cvitanović, Miljenko, Sudski procesi u SSSR od 1936. do 1938.: tzv. čistke kao zlouporaba kaznenog postupka, HLJKPP broj 2/2004, Zagreb, str.1027-1123.
5. Damaška, Mirjan, Potraga za pravičnim postupkom u doba inkvizitorne procedure, HLJKPP broj 1/2013, Zagreb, str.167-202.
6. Damaška, Mirjan, Prigovori jednoj preširokoj dokaznoj zabrani, HLJKPP broj 2/2009, Zagreb, str.845-855.
7. Drenški Lasan, Višnja/ Novak, Jasna/ Valković, Laura, Pravni i praktični problemi dobre obrane okrivljenika, HLJKPP broj 2/2009, Zagreb, str.521-541.
8. Đurđević, Zlata, Osvrt na rezultate rada radne skupine Ministarstva pravosuđa za usklađivanje Zakona o kaznenom postupku s Ustavom Republike Hrvatske, HLJKPP broj 1/2013, Zagreb, str.3-100.
9. Đurđević, Zlata, Sudska kontrola državnoodvjetničkog kaznenog progona i istrage: poredbenopravni i ustavni aspekt, HLJKPP broj 1/2010, Zagreb, str.7-24.
10. Đurđević, Zlata, Suvremeni razvoj hrvatskog kaznenog procesnog prava s posebnim osvrtom na novelu ZKP iz 2011, HLJKPP broj 2/2011, Zagreb, str.311-357.
11. Ivičević Karas, Elizabeta, Načelo jednakosti oružja kao konstitutivni element prava na pravični kazneni postupak iz članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2007, str.761-788.
12. Ivičević Karas, Elizabeta, O reformama suvremenog francuskog kaznenog postupka iz aspekta jačanja procesne uloge državnog odvjetništva, HLJKPP broj 1/2010, Zagreb, str.109-124.
13. Ilić, Goran/ Majić, Miodrag, Vanprocesna zaštita učesnika u krivičnom postupku, Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i humana budućnost, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2006, str.939-954.
14. Kalajdžiev, Gordan, Pravični postupak, Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i univerzalne vrednosti, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2005, str.829-835.
15. Karakaš, Aleksander, Reforma slovenskog Zakona o kaznenom postupku – pomicanja do pomaka, HLJKPP broj 2/2010, Zagreb, str.941-958.
16. Klier, Darko/ Pajić, Lazo, Subjekti u kaznenom postupku - nova pozicija tužitelja, HLJKPP broj 2/2008, Zagreb, str.775-796.
17. Knežević, Saša, Povlastica povezanosti u krivičnom postupku, Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i univerzalne vrednosti, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2005, str.991-1002.
18. Knežević, Saša, Zabrana *reformatio in peius* u krivičnom postupku, Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i humana budućnost, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2006, str.899-909.
19. Krapac, Davor, Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2010, str.1207-1240.
20. Krapac, Davor, Reforma mjesovitog kaznenog postupka: potpuna zamjena procesnog modela ili preinaka prethodnog postupka u stranacki oblikovano postupanje?, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu posvećen prof. dr. sc. Franji Bačiću, 2007, str.177-198.
21. Novosel, Dragan, Pajčić, Matko, Državni odvjetnik kao gospodar novog prethodnog kaznenog postupka, HLJKPP broj 2/2009, Zagreb, str.427-474.
22. Pajčić, Matko, Otkrivanje informacija i dokaza između stranaka u kaznenom postupku, HLJKPP broj 1/2009, Zagreb, str.61-98.
23. Pajčić, Matko, Pravo okrivljenika na uvid u spis predmeta tijekom prethodnog kaznenog postupka u pravnim sustavima nekih europskih država i praksi Europskog suda za ljudska prava, HLJKPP broj 1/2010, Zagreb, str.25-52.
24. Pajčić, Matko, Ugroženi svjedoci u kaznenom postupku, HLJKPP broj 1/2005, Zagreb, str.33-62.
25. Pašić, Berislav, Europski sustavi kaznene istrage na početku trećeg milenja, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu posvećen prof. dr. sc. Franji Bačiću, 2007, str.321-340.
26. Pavišić, Berislav, Novi hrvatski Zakon o kaznenom postupku, HLJKPP broj 2/2008, Zagreb, str.489-602.
27. Pavlović, Šime, Poznavanje i primjenjivost ustavnih i konvencijskih načela o pravičnom postupku kao *condicio sine qua non* dobre obrane, HLJKPP broj 2/2009, Zagreb, str.543-571.
28. 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, str.113-158, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training9chapter4en.pdf>.
29. Professional Training Series No. 9 – Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers - Chapter 7 \* The Right to a Fair Trial: Part II – From Trial to Final Judgement, Office of the High Commissioner for Human Rights in cooperation with the International Bar

Association, United Nations, New York and Geneva, 2003, str.251-313, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training9chapter7em.pdf>.

30. Rakočević, Velimir, *Zaštita svjedoka u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i međunarodni standardi*, Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i humana budućnost, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2006, str.1117-1131.
31. Schmoller, Kurt, *Aktualno stanje austrijskih kaznenoprocenih reformi*, HLJKPP broj 1/2004, Zagreb, str.241-257.
32. Tripalo, Dražen/ Đurđević, Zlata, *Predlaganje dokaza*, HLJKPP broj 2/2011, Zagreb, str.471-487.
33. Škulić, Milan, *Dejstvo odluka i gledišta nekin međunarodnih tela na krivičnoprocesni system Republike Srbije*, Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu - tematski broj - Pravo i humana budućnost, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2006, str.731-756.
34. Калајџиев, Гордан, *Елементи на концептот на правично судење кои не се експлицитно споменати во членот 6 од Европската конвенција за човекови права*.
35. Калајџиев, Гордан, *За борбата со организираниот криминал и правната држава*, Фондација отворено општество Македонија, Скопје, стр.1-8.
36. Калајџиев, Гордан, *Меѓународните стандарди за човековите права – рамка за компаративното казнено процесно право*.
37. Калајџиев, Гордан/ Тумановски, Драган/ Илиќ, Дивна, *Правичното судење и еднаквоста на оружјето во новиот Закон за кривична постапка*, МРКПК бр.1, Скопје, 2009.
38. Матовски, Никола, *Моделот на истрагата (судски или тужителски)*, Зборник на трудови на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје посветен на проф. д-р Фрањо Бачиќ, 2007, стр.99-110.

#### **в) Меѓународни правни акти и документи**

1. American Convention on Human Rights, signed at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San Jose, Costa Rica, 1969 (Американска конвенција за човекови права - АКЧП).
2. African Charter on Human and Peoples' Rights, Adopted by the eighteenth Assembly of Heads of State and Government member of the African States members of the Organization of African Unity, Nairobi, Kenya, 1981 (Африканска повелба за човекови права – АПЧП).
3. Basic Principles on the Role of Lawyers, United Nations, 1990.
4. International Covenant for Civil and Political Rights, United Nations, 1966 (Меѓународен пакт за граѓански и политички права – МППП).
5. The Convention for The Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, Rome, 1950 (Европска конвенција за заштита на човековите права и основните слободи – ЕКЧП).
6. Protocol 7 to the Convention for The Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, 1984 (Протокол 7 на ЕКЧП).
7. Rome Statute of the International Criminal Court, adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, 1998 (Римски статут на Меѓународниот кривичен суд – Статут МКС).
8. Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, adopted by Security Council of United Nations, New York, 1994, as applicable (as adopted 08.11.1994 and last amended 16.12.2009) (Статут на Меѓународниот кривичен трибунал за Руанда – Статут МКТР).
9. Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, adopted by Security Council of United Nations, New York, 1993, as applicable (as adopted 25.05.1993 and last amended 07.07.2009) (Статут на Меѓународниот кривичен трибунал за поранешна Југославија – Статут МКТЈ).
10. Universal Declaration for Human Rights, United Nations, 1948 (Универзална декларација за човековите права – УДЧП).
11. Препорака П (96) 8 на Комитетот на министри на земјите членки за политиката за криминалот во Европа во време на промени, Совет на Европа, 1996.
12. Препорака П (2005) 9 на Комитетот на министри до земјите членки за заштита на сведоците и соработниците на правдата, Совет на Европа, 2005.

#### **г) Домашни правни прописи**

1. Закон за кривичната постапка, (Сл. весник на РМ, бр.150/10, 100/12).
2. Закон за кривичната постапка, (Сл. весник на РМ, бр.15/97, 44/02, 74/04, 83/08, 67/09, 51/11).
3. Законик за кривичната постапка, (Сл. лист ФНРЈ 40/53, 52/59, 30/62, 12/65, 23/67, 54/70).
4. Закон за кривичната постапка (Сл. лист ФНРЈ 4/77, 14/85, 74/87, 57/89, 3/90).

#### **д) Јуриспруденција**

1. AL-KHAWAJA and TANHERI v. Обединетото Кралство, А.26766/05 и А.22228/06
2. ВУКОВ v. Русија, А.4378/02.
3. HERMI v. Италија, А.18114/02.
4. JUSSILA v. Финска, А.73053/01.
5. MCKAY v. Обединетото кралство А.543/03.

6. АТАНАСОВ против Република Македонија, А.22745/06.
7. ЛАЗОРОСКИ против Република Македонија, А.4922/04.
8. НАСТЕСКА против Република Македонија, А.23152/05.
9. СТОИМЕНОВ против Република Македонија, А.17995/02.
10. 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, Ustavni sud Republike Hrvatske, 19.07.2012 g.

**IS THERE A BALANCE THROUGH INVESTIGATION, IN THE CHANGE OF LEGAL QUALIFICATION AND WITH ANONYMOUS WITNESSES**

**1.02 Review Article**  
**UDK: 343.1:340.113]:343.143.037(497.7)**

**Summary**

In the introduction of the article the author indicates the essential meaning of the existence of a balance between the effectiveness of criminal prosecution and effective defense as a condition for a fair hearing and a realization of the right to a fair trial for every defendant. In this article the given topic is critically observed and in that direction, the author addresses three important segments in which according to the new Law on criminal procedure the balance between the prosecution and defense is lacking. The first segment points the investigation, which is very important since it includes the major changes compared with the previous state, and the results from the investigation have substantial impact on the future course of action, then the authorization of the court to change the legal qualification as it would negatively affect on its objectivity, impartiality and function of guaranty of legality and fairness of the proceedings and final the anonymity of protected witness especially for the reason that it limits the basic right of defense exactly in proceedings in which the subject of observation are the most difficult cases and in which defense rights are the most important. In that context the paper points to the conclusion based on the existence of an imbalance in these three segments and provides a way in which this can be overcome towards improvement of the existing situation in the area that is analyzed.

**Key words:** fair trial, balance, investigation, legal qualification, anonymous witness.

---

<sup>116</sup> Attorney at law in Law firm TRPENOSKI Skopje.