



УДРУЖЕЊЕ ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА
И ЗАМЕНИКА ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА СРБИЈЕ

NOVI ZAKONIK O KRIVIČNOM POSTUPKU SRBIJE

KAKO JE PROPALA REFORMA ŠTA DA SE RADI?

prof. dr Milan Škulić
dr Goran Ilić



Stabilitätspakt für Südosteuropa
Gefördert durch Deutschland
Stability Pact for South Eastern Europe
Sponsored by Germany

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT E.V.



NOVI ZAKONIK O KRIVIČNOM POSTUPKU SRBIJE

**KAKO JE PROPALA REFORMA
ŠTA DA SE RADI**

Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ)
je podržala štampanje ove knjige, a gledišta sadržana u
knjizi ne podrazumevaju nužno i stav IRZ-a

dr Milan Škulić,

redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu
i predsednik Udruženja pravnika Srbije

dr Goran Ilić,

zamenik republičkog javnog tužioca i predsednik Udruženja
javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije

NOVI ZAKONIK O KRIVIČNOM POSTUPKU SRBIJE

KAKO JE PROPALA REFORMA

ŠTA DA SE RADI?

izdavač:

Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije

priprema za štampu:

Miroslav Krstić

dizajn naslovne strane:

Petar Andrić

tiraž:

600

štampa:

ATC, Beograd

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

343.13(497.11)(094.5)

343.20(497.11)

ШКУЛИЋ, Милан, 1968-

Novi zakonik o krivičnom postupku Srbije
: kako je propala reforma : šta da se radi? /
Milan Škulić, Goran Ilić. - Beograd :
Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih
tužilaca Srbije, 2012 (Beograd : ATC). - 185
str. ; 25 cm

Tiraž 500. - Str. 5-6: Uvodna reč / Stefan
Pürner, Marina Matić. - Str. 7-10: Ubrzanje
postupka nasuprot načela istine / Jirgen Den.
- Napomene i bibliografske reference uz
tekst.

ISBN 978-86-87259-32-4

1. Илић, Горан, 1963- [аутор]

а) Кривични поступак - Србија - Законски
прописи б) Кривично законодавство - Србија
COBISS.SR-ID 194614284

dr Milan Škulić, dr Goran Ilić

**NOVI ZAKONIK O KRIVIČNOM
POSTUPKU SRBIJE**

KAKO JE PROPALA REFORMA

ŠTA DA SE RADI ?

Udruženje javnih tužilaca i zamenika
javnih tužilaca Republike Srbije
Beograd, 2012.

UVODNA REČ

Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) (Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju, registrovano udruženje, skraćeno IRZ), koja u 2012. godini slavi jubilej dvadesetogodišnjeg postojanja, u ime nemačke savezne vlade podržava partnerske države u transformaciji njihovog pravnosudnog sistema. Od 2000. godine ona je kao sastavni deo nemačkog angažmana u okviru Pakta stabilnosti za jugoistočnu Evropu aktivna u Srbiji, gde već više od decenije podržava reformu zakonodavstva i pravosuđa u tesnoj saradnji sa relevantnim državnim institucijama i aktivnim članovima građanskog društva.

Jedan od ključnih izazova u reformi pravosudnog sistema i zakonodavstva je i reforma krivičnog postupka. IRZ je na zahtev Ministarstva pravde, a kroz Tvining projekat Evropske unije još od 2005. godine podržavao izradu novog Zakonika o krivičnom postupku, kojim bi se u krivično procesno zakonodavstvo Srbije uvela tzv. „tužilačka istraga“. U septembru 2011. godine Narodna skupština Republike Srbije usvojila je novi Zakonik o krivičnom postupku kojim se na sasvim novi način uređuje pre svega uloga javnog tužioca u krivičnom postupku, uvodi se novi koncept istrage, nova konstrukcija glavnog pretresa, itd. Imajući na umu značaj i svobuhvatnost promena koje su uvedene novim Zakonikom o krivičnom postupku, koji će tužilaštva i sudovi opšte nadležnosti početi da primenjuju od 2013. godine, IRZ je smatrao da je potrebno podržati izdavanje publikacije koja će analizirati sve izazove sa kojima će se praktičari susresti u njegovoj primeni, kao i koje su izmene zakonodavstva još neophodne kako bi novi Zakonik u potpunosti zaživeo.

Reforma krivičnog postupka je veoma značajna jer treba da objedini poštovanje opšteprihvaćenih standarda zaštite ljudskih prava, pristupa pravdi ali i efikasnog krivičnog postupka, kao i zaštitu žrtava krivičnih dela. Imajući na umu složenost navedenih opšteprihvaćenih standarda, kao i potrebu da svi budu ispoštovani, nameće se zaključak da je postupak reforme krivičnog procesnog zakonodavstva u jednoj zemlji veoma zahtevan. Nadamo se da će

ova publikacija predstavljati skroman doprinos u pravcu pripreme za primenu novog Zakonika o krivičnom postupku i da će ukazati na izazove sa kojima će se javni tužioci i sudije susretati u praksi.

Konačno, zahvaljujemo se svima koji su doprineli stvaranju ove publikacije. To su, kao prvo, autori, odnosno predsednik Udruženja tužilaca i zamenik Republičkog javnog tužioca dr. Goran Ilić, profesor dr. Milan Škulić, Pravni fakultet u Beogradu i penzionisani generalni javni tužilac Jirgen Den (Jürgen Dehn), a s druge strane Udruženje tužilaca, dugogodišnji partner u projektima IRZ. Posebno se zahvaljujemo Nemačkom saveznom ministarstvu pravde i Ministarstvu spoljnih poslova na pružanju podrške radu IRZ u celini, a naročito na pružanju podrške radu u Srbiji koji se finansira iz sredstava Pakta za stabilnost.

Advokat

dr Stefan Pürner

Rukovodilac oblasti „Središna jugoistočna Evropa” (Bosna i Hercegovina, Makedonija, Crna Gora i Srbija)

Magistar

Marina Matić

Pravni savetnik

Beograd, septembar 2012. godine

Ubrzanje postupka nasuprot načela istine

Premda mi nije namera da novi srpski Zakonik o krivičnom postupku od 28.09.2011. godine podvrgavam generalnoj kritici, osvrnuo bih se ipak na nekoliko tačaka zbog kojih se stiče utisak da je zakonodavac u svojoj nameri da na efikasniji način zakonski oblikuje krivični postupak izašao iz zadatih okvira. Jedno od osnovnih načela kontinentalno-evropskog krivičnog postupka, a to je da po službenoj dužnosti utvrdi istinu u odnosu na događaj koji se istražuje, ovde je svesno ili nesvesno zanemareno.

Ovde bih posebno razmotrio tri teme. Prilikom čitanja ovog Zakonika prvo mi je upao u oči **član 88** koji reguliše **priznanje okrivljenog**. Ovaj član predviđa da se u slučaju da postoji priznanje okrivljenog dalja istraga vodi samo ukoliko postoji opravdana sumnja u istinitost priznanja, ili ukoliko je priznanje nepotpuno, protivrečno ili nejasno i u suprotnosti sa ostalim dokazima.

Zadatak savremenih krivičnopravnih istražnih postupaka jeste rasvetljavanje činjeničnog stanja. Priznanje okrivljenog može da dovede do potpunog rasvetljavanja činjeničnog stanja, ali i ne mora. Čak i u slučaju da ne postoje sumnje u verodostojnost i tačnost priznanja, odnosno čak i da se ne uočavaju suprotnosti priznanja u odnosu na ostale dokaze, priznanje može da bude netačno i lažno. Zbog toga ono dolazi u obzir kao jedini dokaz samo u slučaju manjih delikata. U svim ostalim slučajevima ono mora da bude potkrepljeno drugim dokazima, naročito materijalnim. U slučaju teških krivičnih dela istraga se potpuno opravdano nastavlja i nakon priznanja, sve dok se drugim dokazima ne obezbedi potvrda priznanja. Tako je npr. u svim slučajevima, u kojima imamo krivično delo ubistva, pa čak i kad se radi o „jasnom“ deliktu ove vrste u kojem imamo priznanje učinioca, ne znači da će se odustati od obdukcije. Priznanja mogu naknadno da se povuku ili obore, ali obdukcija ne može da se naknadno obavi. U svakom slučaju, trebalo bi da se smatra pravilom da se od prikupljanja ostalih dokaza odustaje samo ukoliko postoji

priznanje za koje se smatra da će biti dovoljno za zaokruženu i potpunu ocenu krivičnog dela, pa tako i za odmeravanje kazne. Kod odmeravanja kazne u obzir se uzimaju i posledice krivičnog dela koje i onako u većini slučajeva moraju da se utvrđuju nezavisno od priznanja.

Zbog toga se čini da je član 88 ostatak jedne prohujale epohe u kojoj se potpisano priznanje u pisanoj formi smatralo sigurnom osnovom za presuđivanje.

Sa daleko ozbiljnijim načelnim nedoumicama suočavamo se u slučaju člana 313 koji reguliše **sporazum o priznanju krivičnog dela** između javnog tužioca i okrivljenog, sporazum koji je širom sveta poznat pod američkim terminom „*plea bargaining*“. Ovde je srpski zakonodavac stvorio novi oblik okončanja postupka konsenzusom. Time ovde, kao i u drugim evropskim državama, do izražaja dolazi nastojanje da se „dogovorenim“ i, samim tim, najbržim mogućim postupanjem očuvaju nedovoljni resursi na strani pravosudnih organa. No, u okviru ovakvih zakonskih regulativa moguće su različite formulacije i oblici. Način formulisanja koji je odabrao srpski zakonodavac daje, međutim, razloga za zabrinutost i za primedbe koje slede.

Okončanje postupka konsenzusom premešta se u područje prethodnog postupka i pripremnog postupka, i stavlja se u nadležnost javnog tužilaštva. Nije propisano na koji način i po kojim pravilima se odvija postupak postizanja sporazuma. Tako npr. jedino član 86 stav 3 sadrži upozorenje da u postupku dobijanja priznanja pitanja postavljena u okviru saslušanja ne smeju sadržati obmanu, niti se zasnivati na pretpostavci da je okrivljeni priznao nešto što nije priznao i ne smeju predstavljati navođenje na odgovor. Ne isključuje se, međutim, mogućnost da se legalno upotrebe sredstva pritiska. Nisu sve pretnje koje okrivljenom deluju kao preterane i osetno neugodne same po sebi nedopuštene. U SAD u okviru *plea bargaining*-a dopuštena je upotreba zakonitih procesnih opcija kao sredstvo pritiska. U tom smislu u praksi je naročito relevantan tzv. ciljani *overcharging*, koji označava upozoravanje na težinu krivičnih dela koja će da budu predmet optužbe, a koja je preterana sa aspekta vrste i težine krivičnog dela, a posebno pretnja podizanjem optužbe za delikte za čije izvršenje je zaprećena smrtna kazna. Za razliku od nemačke regulative, srpsko rešenje očigledno ne isključuje ni mogućnost trgovine pitanjem krivične odgovornosti (član 314). Put ka dobijanju priznanja koje je, kao i u Nemačkoj, osnov za sporazum (član 314 stav 2) nije javan. Obaveze obaveštavanja i vođenja zapisnika nisu predviđene. U američkom pravu zapisnik (record) mora da pokaže da kod postizanja *plea bargaining*-a nije bilo manjkavosti u pogledu volje. Srpska regulativa predviđa da se u pisanoj formi

zavede jedino ishod čiji je neophodan i nužan sadržaj regulisan u članu 314. Ostaje nejasno na koji način i do kojih detalja se u sporazum unosi priznanje okrivljenog. Tu su, izgleda, dovoljne formalne fraze.

Na ovom mestu moramo, dakle, da konstatujemo da postizanje sporazuma između tužilaštva i okrivljenog ne podleže javnosti, pa, samim tim, ni javnoj kontroli. Preostaje pitanje da li će ovaj nedostatak javnosti eventualno kasnije biti kompenzovan na sudu, kada sud bude obrađivao *plea bargaining*. Odgovor je nedvosmislen: neće.

Shodno članu 315 stav 3 sud ceni i odlučuje o sporazumu na ročištu koje se održava bez prisustva javnosti. Sporazum na taj način ne podleže nikakvoj javnoj kontroli. Javnost postupka je, međutim, jedan od temeljnih principa Evropske konvencije o ljudskim pravima od 4. 11. 1950. godine. Javnost je temeljni preduslov za pravičan postupak (*fair trial*), što je Evropski sud za ljudska prava potvrdio u svojim brojnim odlukama. Naravno, ne možemo da prenebregnemo činjenicu da ne mogu baš svi detalji istražnog postupka da se učine dostupnim javnosti na ročištu u skladu sa članom 315. Međutim, ročište kao takvo trebalo bi da bude otvoreno za javnost.

Ostaje nejasno i to u kojem obimu sud na pomenutom ročištu raspravlja o meritumu. Shodno članu 317 br. 1 sud prihvata sporazum između ostalog i ukoliko je okrivljeni „svesno i dobrovoljno“ priznao krivično delo, odnosno krivična dela koja su predmet optužnice. Istovremeno sud mora da ispita da li postoje dokazi koji su u suprotnosti sa priznanjem (član 317 br. 3). Pri tome apsolutno nema pomena o sadržaju i obimu ove obaveze suda da ispita priznanje, kao ni o tome da li se na ovo ispitivanje od strane suda primenjuju propisi koji se odnose na glavni pretres.

Pošto je cilj *plea bargaining*-a da ubrza postupak, ima mesta za bojazan da se neće preterano ekstenzivno pristupati detaljnoj proverbi verodostojnosti priznanja. Meni lično je takođe nejasno na koji će način sud da stekne utisak o drugim dokazima iz člana 317 br. 3. Da li će biti dovoljno da se baci pogled u akta, ili će to da se desi u okviru usmenog pretresa? Da li važi postupak po neformalnim dokazima ili dokazima pune vrednosti?

Na kraju, ne možemo a da ne primetimo da nije predviđeno da se na sudu raspravlja o kazni koja je dogovorena u okviru sporazuma: ukoliko se ta kazna kreće unutar zakonskog okvira, onda, utisak je, sud mora da je prihvatiti. To bi čak moglo da navede na zaključak da je sud ovde sveden na ulogu notara. Kazna, koja je rezultat dogovora i kao takva ne podleže kontroli od strane javnosti i sudije, dobija pukim prihvatanjem od strane suda jednu vrstu „potvrde kvaliteta“. S druge strane, javni tužilac zbog svoje uloge koju ima

kod utvrđivanja kazne dobija moć koja ga po tom pitanju gotovo izjednačava sa sudijom.

Odricanje od prava na žalbu, koje u članu 314 br. 5 predviđa nova srpska zakonska regulativa, i to kao sastavni deo sporazuma, ne bi uopšte trebalo da bude moguće u sporazumu. Štaviše, pravosnažnost bi trebalo da nastupi tek po isteku „uobičajenih“ rokova za ulaganje žalbe. Moralo bi da se okrivljenom ostavi ovo vreme za razmišljanje koje bi ga sprečilo da se ishitreno i pod utiskom trenutnog olakšanja odrekne prava na žalbu.

Iste nedoumice odnose se i na sporazum vezan za spremnost na svedočenje osuđenog saradnika (član 320 .).

Veoma čudno deluje sporazum o svedočenju pravosnažno osuđenih lica koja mogu da sebi obezbede oslobođenje od kazne ukoliko se druga okrivljena lica osude na osnovu njihovog svedočenja (član 327.).

Ostaje nam da se nadamo da će sudijama iz Srbije poći za rukom da se izbore sa veoma specifičnim problemima koji u okviru glavnog pretresa prate ovakve svedoke. Kao objektivni posmatrači sa strane možemo samo da sumnjamo u to da će pritisak kriminala u Srbiji biti toliki da će naterati državu da posegne za ovim sredstvima.

I, na kraju, osvrnimo se kritički na još jednu tačku, a to je **uloga javnog tužioca na ročištima i pretresima pred sudom (član 345, član 393).**

Formulacija iz člana 349, a po kojoj javni tužilac navodi dokaze koji potkrepljuju optužnicu, navodi na pretpostavku da se na taj način uvodi načelo po kojem strane u postupku rukovode postupkom. Strane u postupku odgovorne su za dokaze optužbe (javni tužilac) i dokaze odbrane (okrivljeni, branilac). Šta je, međutim, sa dokazima koje u suštini slabe optužbu i zapravo oslobađaju okrivljenog? Javni tužilac je dužan da u okviru istražnog postupka prikupi i ovakve dokaze, član 6 stav 4. Kao strana u postupku u okviru glavnog pretresa on ne mora da ih navodi, pošto takvi dokazi slabe i ne potkrepljuju optužbu. Time javni tužilac dolazi u konflikt sa svojom obavezom da bude objektivan, a koja proizlazi iz člana 6. I ne samo to – postoji i opasnost da će nova uloga tužilaštva kao strane u postupku pomeriti i fokus istrage. Način postupanja tužilaštva mogao bi, sve u svemu, da izgubi na objektivnosti, te da utvrđivanje istine ode u drugi plan u odnosu na efikasnost postupka i pritisak da se postupak uspešno okonča.

NOVI ZAKONIK O KRIVIČNOM
POSTUPKU SRBIJE

KAKO JE PROPALA REFORMA

ŠTA DA SE RADI ?

PREDGOVOR

Knjiga posvećena kritičkoj analizi novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine plod je zajedničkog rada dva autora, koji su se ovom pitanju posvetili sa željom da stručnoj, naučnoj i široj srpskoj, ali i međunarodnoj javnosti skrenu pažnju na čitav niz vrlo ozbiljnih propusta učinjenih u novom zakoniku o krivičnom postupku Srbije, za koji njegovi glavni autori ističu da je moderan, te da će biti doprinos efikasnijoj krivičnoj proceduri u praksi. Već te konstatacije veoma su sumnjive i same po sebi ukazuju na nedostatak argumenata u odbrani neodbranljivog.

Atribut „moderan” deluje čudno kada se radi o važnom zakonskom tekstu, a naročito ako se u vidu ima to da danas u Evropi mnoge uređene pravne države imaju slične zakone koji potiču iz 19. veka, pri čemu njihovi prosečni krivični postupci traju nekoliko puta kraće nego što je to, po pravilu, slučaj u Srbiji.

Efikasnost krivičnog postupka ne može se apriorno poistovetiti s brzinom, a brz krivični postupak koji nije pravičan ne može biti ideal države koja je demokratska i bar elementarno teži da bude država koja se odlikuje vladavinom prava.

Nije bilo lako potrošiti tako mnogo energije na kritiku jednog sasvim novog zakonika; pre se moglo očekivati pisanje komentara koji bi olakšali njegovu primenu. Kritici je, po logici stvari, mesto u fazi stvaranja nacrtu zakonskog teksta i njegove radne verzije. Tada kritika može da ostvari svoju punu svrhu.

Autori ove knjige smatraju da je tekst novog Zakonika o krivičnom postupku loš, pa se kao jedino što nam preostaje nameće njegovo argumentovano kritikovanje, u nadi da do potpune primene Zakonika u ovom obliku nikad neće doći, te da će biti ili bitno modifikovan ili stavljen van snage.

Autori knjige se profesionalno bave krivičnim procesnim pravom, koje posmatraju iz različite optike – jedan, kao profesor krivičnog procesnog prava, više je orijentisan ka doktrinarnom pristupu, dok je drugi, kao nosilac jav-

notužilačke funkcije, više usredsređen na praktične aspekte, a kako se radi i o predsedniku Udruženja javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, on je, po logici stvari, primarno posvećen uočavanju problema koji novim normativnim rešenjima nastaju i usložnjavaju se usled kolizije određenih praktičnih, ali i konceptijskih mehanizama, sadržanih u novom ZKP-u Srbije, s normama kojima se reguliše položaj javnog tužilaštva u pravnom sistemu zemlje.

Rigidna organizacija javnog tužilaštva u Srbiji direktno je suprotstavljena novoj ulozi javnog tužioca u krivičnom postupku, gde se od njega, pored ostalog, očekuje i da nepristrasno vodi istragu, pri čemu, usled delovanja stroge hijerarhije u sadašnjoj javnotužilačkoj organizaciji, postaje realno da će, onda i ako novi ZKP zaživi, sve istrage formalno voditi jedan jedini subjekt – republički javni tužilac. Ovo već, samo po sebi, nije dobro rešenje, naročito u kontekstu sada već poprilično turbulentnih društvenih okolnosti u Srbiji, a posebno s obzirom na sve pravne, socijalne, pa i socijalno-psihološke posledice opšteg izbora ili reizbora svih nosilaca pravosudnih funkcija u zemlji.

Naime, vođenje istrage, kao i određeni oblici sudske nadležnosti u javnotužilačkoj istrazi, po logici stvari, podrazumevaju ne samo visok nivo stručnih pravnih znanja, već i odgovarajuću stabilnost i sigurnost u profesionalni status, što je, iz razumljivih razloga, u ovom trenutku dovedeno u pitanje. Stoga i s obzirom na to da nije sporno da čak ni najbolja zakonska rešenja ne mogu dati dovoljno dobar efekat u praksi kada odgovarajući socijalni i pravni ambijent nije povoljan, a ovde se, pri tom, radi i o ekstremno lošim normativnim rešenjima novog zakonika, sasvim je jasno da je izabran potpuno pogrešan trenutak za prelazak sa sudske na javnotužilačku istragu.

Knjiga je posvećena kako kritičkoj analizi osnovnih konceptijskih rešenja novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije, tako i kritičkom razmatranju niza sasvim konkretnih rešenja koja su loša sa čisto pravnotehničkog stanovišta. U konceptijskom smislu, posebno se nameće potreba da se pažnja usredsredi na sledeća pitanja:

1) *istragu* koja je poverena javnom tužiocu, ali sa elementima tzv. paralelne istrage, što će je ne samo učiniti manje efikasnom, već to predstavlja još jedan primer direktnog favorizovanja relativno malog broja izuzetno bogatih okrivljenih, poput „tajkuna” koji su se obogatili sumnjivim privatizacijama, „narko-bosova” i sl;

2) organizaciju *glavnog pretresa*, koja je sada čisto adverzijalna, što ne samo da je potpuno stranoj našoj dosadašnjoj krivičnoprocesnoj tradiciji, stečenim znanjima i iskustvima, već očigledno odudara od rešenja prihvaćenih u većini kontinentalno-evropskih zemalja, koje su do sada Srbiji tradicionalno

služile kao uzor u izgradnji pravnog sistema, a što će u praksi, takođe, dovesti do ogromnih nepravdičnosti u odnosu na „sudbinu” većine tipičnih okrivljenih;

3) potpuno *eliminisanje načela istine* u krivičnom postupku, koji se sada ustrojava kao klasična „parnica” i gde se sud čini maksimalno dokazno pasivnim, što ne samo da je sasvim atipično za kontinentalnu Evropu, te nepravdično, već je i nemoralno.

Kako iz ovih osnovnih konceptijskih karakteristika novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije tako i iz neurednosti u radu, pa i nedovoljne pravničke kompetencije iz kojih je proizišao novi ZKP, proistekle su i brojne pravnotehničke omaške, loša, sasvim pogrešna ili veoma sumnjiva normativna rešenja, na koja se takođe skreće pažnja u tekstu ove knjige. Njeni autori ističu da postoje i druge odredbe Zakonika koje zaslužuju opravdanu kritiku, ali se njihovo komentarisanje ostavlja za neku drugu priliku, što će, nadamo se, iskoristiti i drugi budući pisci tekstova posvećenih analizi Zakonika o krivičnom postupku Srbije.

Kako bi se već na prvi pogled olakšalo uviđanje obima krupnih grešaka u novom zakoniku, autori su, uz osnovni tekst knjige, posvećen produbljenijim analizama, priložili i jednu posebnu vrstu sumarnog teksta, svrstanog u odgovarajuću tabelu, u okviru koje se najpre navodi konkretna zakonska odredba koja se smatra neadekvatnom, kratko obrazlaže zašto se ona smatra lošom, te potom daje i predlog, koji se svodi bilo na brisanje takve odredbe iz Zakonika ili na njenu modifikaciju, kojom bi se popravila.

Autori se nadaju da će ovaj tekst doprineti da u Srbiji brzo sazri svest o potrebi da se novi Zakonik o krivičnom postupku odbaci. Greške su brojne, pa je najbolje priznati grešku i takav „produkt” ili potpuno anulirati ili ga bitno modifikovati. Autori ove knjige ubeđeni su da naopaka osnovna koncepcija novog Zakonika o krivičnom postupku, kao i broj teških konkretnih pravnotehničkih i suštinskih grešaka, nalažu potpuno stavljanje van snage tog veoma lošeg zakonskog teksta, ali bi određeni pozitivan korak mogao biti načinjen makar i određenim modifikacijama Zakonika, koje bi ga, koliko je to moguće, popravile.

Istina je da *svi zakoni vrede koliko vrede ljudi koji ih primenjuju*, kao što je to još davno primetio čuveni Enriko Feri, ali veoma loše zakone ne mogu popraviti ni najbolji ljudi, već tada, nažalost, postoji opasnost da njihova primena pokvari i one što ih primenjuju.

Takođe, još uvek je aktuelna misao – *dura lex sed lex*. Strog zakon je još uvek zakon i mora se primenjivati. I loš zakon jeste zakon i on se, dok je zakon, mora primenjivati. Ali s kakvim posledicama i po koju cenu? Autori

se nadaju da ova knjiga može poslužiti i za bolju primenu uopšte veoma lošeg zakona, ako do takve primene, ipak i nažalost, dođe u punom obimu.

Kritika novog zakonika, ma koliko oštra bila, stoga je potpuno opravdana i u stvari predstavlja samo objektivno ogledalo u kojem se mogu videti rezultati rada njegovih tvoraca.

Ova knjiga u osnovi predstavlja novu verziju prethodnog izdanja pod naslovom „Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – reforma u stilu jedan korak napred, dva koraka nazad“. Radi se u najvećoj meri o drugom izdanju te knjige, uz određene izmene i dopune.

S jedne strane, u izvesnoj meri je promenjena sistematika, kao i donekle, način kritički intoniranog izlaganja (koji je ublažen na nekim mestima u knjizi), dok su s druge strane, unete i određene dopune, jer svaka nova i iole produbljena analiza novog Zakonika o krivičnom postupku, pruža nažalost, obilje prilika za uočavanje njegovih ozbiljnih mana i očigledno slabih tačaka, te stoga uvek predstavlja novi racionalni povod za oštru kritiku tog veoma lošeg zakonskog teksta.

Naslov knjige je promenjen, kako zbog želje da se ukaže na donekle drugačiji sadržaj ove nove monografije, tako i mnogo više, sa intencijom da bitan deo novog naslova (*Šta da se radi ?*), posluži kao odgovarajući stimulanis zakonodavcu da hitno reaguje, tako što bi za početak odložio celovitu primenu novog Zakonika o krivičnom postupku, a potom ga stavio van snage, te omogućio dalju primenu Zakonika iz 2001. godine, uz mogućnost za kasnije eventualno donošenje potpuno novog Zakonika, koji bi bio usklađen kako sa savremenim krivičnoprocesnim tendencijama, tako sa normativnim rešenjima koja su duboko ukorenjena u našoj krivičnoprocesnoj tradiciji, te proverena u praksi.

I uz predgovor ove knjige se umesno može navesti konstatacija koju smo koristili i u prethodnom izdanju: *Od činjenja greške gore je jedino uporno istrajavanje na njoj...*

U Beogradu, aprila 2011. godine

Autori

dr Milan Škulić

redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u
Beogradu i predsednik Udruženja pravnika Srbije

Kritička analiza nekih odredbi novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine

1. Uvodna razmatranja

Ovaj kritički osvrt primarno se tiče novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine, koji se – uz fokusiranje na njegove osnovne karakteristike, poput novog koncepta istrage, nove konstrukcije glavnog pretresa, odustajanja od nekih klasičnih krivičnoprocesnih načela kao što je slučaj s principom istine itd – u tekstu pažljivo kritički analizira, te se ukazuje na osnovne mane, loše odredbe, ili neke manje upadljive slabe tačke novih zakonskih rešenja.

Uvereni smo da zasluženno stroga kritika novog i veoma lošeg Zakonika o krivičnom postupku može biti od koristi kako za buduću praksu primene Zakonika tako i u pogledu njegovih narednih izmena i dopuna,¹ to jest buduću

¹ Ovo je u skladu i sa više puta javno istaknutim stavom pojedinih najviših predstavnika srpskog pravosuđa, koji su javno u sredstvima javnog informisanja isticali da će „rani” početak primene novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije u postupcima za krivična dela organizovanog kriminala i druga posebno teška krivična dela biti prilika kako za „testiranje” novih zakonskih rešenja, tako i za uočavanje potrebe da se određena normativna rešenja u budućnosti menjaju, i to, kako je ponekad isticano – u hodu.

Već i ovakav stav predstavlja još jedan pokazatelj stepena „kvaliteta” novog Zakonika o krivičnom postupku, te „vere” koju u njega imaju sami oni što bi trebalo da ga primenjuju. On je, pored toga, još jedna ilustracija pogrešnog pristupa koji se ogleda u stvaranju mogućnosti da se u istoj zemlji u okviru istog pravnog sistema u isto vreme primenjuju dva bitno različita Zakonika o krivičnom postupku, što će se još posebno komentarisati u daljem tekstu, a što subjekte onih krivičnih postupaka, koji se već sada odvijaju prema novim zakonskim pravilima, pretvara u svojevrsne zamorčiče, to jest „pokusne kuniće”.

sudbinu ovog zakonika – zbog čega dobar deo našeg teksta ima značaj i odgovarajućih predloga u smislu *de lege ferenda*, pa se nadamo da će tako biti od koristi i našem zakonodavcu.²

Kako načelno nismo protiv javnotužilačke istrage, već smo se, na protiv, još odranije zalagali za prelazak na takav tip istrage, kao i istovremeno uvođenje niza novih instituta u srpski krivični postupak, čime bi se on modifikovao u pravcu stvaranja uslova da bude efikasniji, ali nikako ne nauštrb pravičnosti i, svakako, ne uz grubo poistovećivanje brzine krivičnog postupka i njegove efikasnosti, u jednom delu ovog teksta odgovarajuću pažnju poklonićemo i analiziranju određenih odredbi Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2006. godine, koji, iako je formalno stupio na snagu, nikad nije primenjen u punom obimu. To činimo jer smatramo da je taj zakonik bio daleko bolji od Zakonika iz 2011. godine. Ne samo da je u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2006. godine javnotužilačka istraga bila znatno adekvatnije uređena nego u ZKP-u iz 2011. godine, već je ZKP/2006 uveo niz veoma dobro koncipiranih novina u srpski krivičnoprocesni ambijent, poput jedne umerenije varijante sporazuma o priznavanju krivice, koja uzima u obzir i interese oštećenog, uz razvijanje određenih formi sumarnih postupaka, davanje većih mogućnosti za postupanje prema načelu oportuniteta krivičnog gonjenja, uvođenje postupka posredovanja između oštećenog i okrivljenog u pogledu lakših krivičnih dela itd. Sve prethodno navedeno, kao i čitav niz drugih dobrih rešenja Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2006. godine, bez obzira i na određene slabosti tog zakonskog teksta, čini ga veoma interesantnim za teorijsku analizu, iz koje, po našem mišljenju, proizlazi i zaključak da je ZKP/2006. bio daleko bolje rešenje nego ono što je ostvareno (naj)novi(ji)m zakonikom o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine.

2 Ovde je od značaja i da daleko najveći broj profesora krivičnog procesnog prava u Srbiji, odnosno uopšte, većina srpske krivičnopravne teorije, iznosi veoma oštre kritike novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine, odnosno teksta Nacrta tog zakonika, iz kojeg su potom i proizišle njegove odredbe koje se argumentovano kritikuju. U tom se pogledu ističu sledeći autori i njihovi radovi, objavljeni u *Reviji za krivično pravo i kriminologiju*, kao i u *Arhivu za pravne i društvene nauke*: Vojislav Đurđić, „Redefinisanje klasičnih procesnih pojmova u prednacrta Zakonika o krivičnom postupku Srbiji iz 2010”, Stanko Bejatović, „Radna verzija Nacrta Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije i tužilački model istrage”, Snežana Brkić, „Kritički osvrt na Prvu glavu Radne verzije Nacrta ZKP Srbije od 14. 9. 2010. godine”. I drugi autori u Srbiji, naravno, manje ili više oštro kritikovali su novi ZKP iz 2011. godine, odnosno Nacrt iz kojeg je on proizašao, a neki od tih radova i stavova citiraju se i u ovom tekstu.

Iako je ovaj tekst načelno usredsređen na obrazloženu kritičku analizu novog Zakonika o krivičnom postupku, koji argumentovano smatramo dramatično lošim novim osnovnim izvorom našeg krivičnog procesnog prava (za sada je još uvek u ograničenoj primeni, samo u pogledu krivičnih dela organizovanog kriminala i drugih tzv. posebno teških krivičnih dela), te nezavisno od našeg osnovnog stava da je velika šteta za pravni sistem Srbije što je tako loš zakonski tekst, kako u pravnotehničkom smislu tako i u temeljnom konceptijskom pogledu, postao segment pozitivnog prava Srbije – smatramo da veliki broj stavova iznetih u ovom tekstu može predstavljati i odgovarajući doprinos primeni tog zakonika u praksi. Naime, kako se to detaljnije objašnjava u nizu slučajeva u ovom tekstu, određeni broj normi novog Zakonika o krivičnom postupku nije sasvim jasan, te se čini da u praksi može delovati prilično zbunjujuće, ali s obzirom na to da se novi ZKP delimično već primenjuje, kritička analiza nekih njegovih nedovoljno jasnih odredbi može doprijeti da se one, bez obzira na njihove evidentne mane, ipak primene na koliko je moguće adekvatan način.

U tekstu će u određenoj meri biti poklonjena pažnja i nekim rešenjima koja su bila prisutna u Nacrtu tog Zakonika, a od kojih se kasnije odustalo, poput, na primer, instituta „branioca u pripravnosti“, ili načina definisanja različitih stepena sumnje, veoma čudne odredbe o „rodnoj ravnopravnosti“ itd.

Tekst ove kritičke analize, koji se tiče čisto normativnog sadržaja novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine, često ne prati sasvim i dosledno zakonski tekst, u smislu redosleda članova. Do toga dolazi iz dva osnovna razloga:

S jedne strane, takav je pristup izraz načelne orijentacije autora da prvo i posebno istaknu najkrupnije konceptijske nedostatke novog Zakonika o krivičnom postupku – poput eliminisanja načela istine u krivičnom postupku, elemenata tzv. paralelne istrage u sistemu javno-tužilačke istrage, te potpuno adverzijalne konstrukcije glavnog pretresa – a da se tek potom osvrnu na čitav niz drugih suštinskih i pravnotehničkih manjkavosti teksta Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011.

S druge strane, do toga dolazi i zbog ideje autora da i drugim pitanjima, osim već objašnjenih konceptijskih problema, poklone veću pažnju i na njih usmere „širi snop kritike“, bez obzira na njihov redosled u okviru zakonske sistematizacije.

Da bi se čitaocu ipak olakšalo snalaženje u kritici konkretnog zakonskog teksta, ali i u cilju odgovarajućeg racionalnog i preglednog „rezimiranja“ kritičkih zapažanja, u aneksu osnovnog teksta data je jedna pregledna tabe-

la, gde se, shodno samom zakonskom redosledu, to jest sistematici Zakonika (članovi, stavovi i tačke), prikazuju osnovne kritičke analize, i to tako što se prvo navodi odredba koja se kritikuje, potom – objašnjava razlog kritike, tj. argumentuje se zašto se takva odredba smatra lošom ili neadekvatnom, da bi se, konačno, izložio i pristup *de lege ferenda*, tako što se objašnjava da li je, prema stavu autora ove knjige, potrebno da se konkretna odredba briše iz zakonskog teksta, odnosno da se modifikuje na odgovarajući način.

2. Cilj reformisanja krivičnog postupka Srbije – da li se teži samo i isključivo bržem krivičnom postupku, ili je cilj *pravičan* krivični postupak

U praksi se, a naročito kada određene političke figure laički ocenjuju krivični postupak, tj. njegovu konstrukciju i aktuelna zakonska rešenja – ili pak kada se radi o konkretnim slučajevima, što je naročito opasno – efikasnost poistovećuje s brzinom krivičnog postupka, a ponekad čak i s njegovim konačnim ishodom. Tako je, na primer, za neke svaki iole duži krivični postupak automatski neefikasan, dok je za druge, što predstavlja primer naopakog pogleda na cilj KP, osnovni pokazatelj da je krivični postupak neefikasan to što on u nedovoljnoj meri rezultira pravnosnažnim osuđujućim presudama.

Naravno da krivični postupak ne sme da traje predugo, ali se brzina, sama po sebi, ne sme ni apriorno, mehanički i krajnje uprošćeno poistovećivati sa efikasnošću KP. *Brz* i *efikasan* krivični postupak nisu isto.

Brzina postupka je relativna kategorija. Važno je da KP ne traje više nego što je to objektivno potrebno, a njegovo trajanje u svakom konkretnom slučaju stvar je faktičkih i jedinstvenih okolnosti. Koliko će konkretni postupak trajati, zavisi od niza faktora, poput složenosti dokaznog materijala, broja optuženih, eventualnih promena u sastavu sudskog veća, koje su nekada neizbežne, i čitavog niza drugih elemenata koji određeni slučaj čine manje ili više složenim, ili naprotiv, relativno jednostavnim...

Konačno, neko dovoljno ciničan mogao bi vrlo lako formulisati određena krajnje „efikasna“ normativna rešenja kojima bi se krivični postupak maksimalno ubrzao. Na primer, bilo bi dovoljno da se ukine žalba protiv presude, što bi, naravno, bilo i protivustavno,³ ili čak da se uvede „preki sud“ kao

3 Doduše, na tragu ovakvog rezonovanja je i svojevrsna „osakaćenost“ razloga za žalbu protiv presude drugostepenog suda, što je uvedeno novelama ZKP-a iz 2009. godine a što je zadržano i u ZKP-u iz 2011. godine. Za razliku od nekada postojećih više razloga za žalbu protiv presude drugostepenog suda, sada je (od novela ZKP-a iz 2009. godine) takav redovni

pravilo... Naravno, to nije moguće u demokratskoj pravnoj državi, ali država koja se odlikuje vladavinom prava mora razvijati i svest da brzina postupka, a naročito krivičnog postupka, koji je, po definiciji, izuzetno značajan za ljudska prava i slobode, sama po sebi nije cilj radi čijeg se ostvarenja mogu i smeju koristiti baš sva sredstva.

3. Da li je Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. „napravljen” za nekakve „nove i bolje ljude” kao aktere novog tipa krivične procedure

Ovaj međunaslov, svakako, ima ironičan prizvuk, ali se ovde ipak ne radi samo o ironiji. U stvari, uopšte i nije daleko od istine da je novi ZKP *revolucionaran*, ako pod revolucijom podrazumevamo „radikalni raskid” s našom dosadašnjom krivičnoprocesnom tradicijom i svojevrsno postavljanje krivičnog postupka sa nogu na glavu. Međutim, nije svaka revolucija opravdana i u stvari najčešće nije, niti je sve novo uvek i po automatizmu bolje od starog, ranije postojećeg, dobro proverenog i decenijama ustaljenog.

Radikalni zahvati često deluju primamljivo. Ipak, takvi zahvati su po definiciji skopčani s velikim opasnostima i mogućnošću teških promašaja, kao što će to, po svemu sudeći, biti slučaj i sa Zakonikom o krivičnom postupku iz 2011. godine. Centralnu rolu u stvaranju ZKP iz 2011. očigledno

pravni lek moguće uložiti samo ako se radi o slučaju preinačenja nagore u drugostepenom postupku, i to isključivo ukoliko je nagore za okrivljenog (pogoršanje položaja okrivljenog) *promenjena vrsta presude*, tako što je, umesto oslobađajuće, donesena osuđujuća presuda. U praksi *ovo može biti prilično nepravilno* i suštinski nelogično, ako je, na primer, u prvostepenom postupku izrečena mera upozorenja, tj. sudska opomena ili uslovna osuda, a zatim ta sudska odluka od strane drugostepenog suda preinačena u osuđujuću presudu kojom je izrečena безусловna kazna zatvora.

Takođe, nije logično da se žalba u trećem stepenu ne može uložiti protiv presude drugostepenog suda, koja je donesena pošto je drugostepeni sud održao pretres, jer je prvostepena presuda već jedanput bila ukinuta. Ovo je nelogično, jer se tu, praktično, radi o sasvim novoj (ukoliko je u pitanju potpuno drugačije činjenično stanje utvrđeno u drugostepenom postupku), ili makar bitno novoj odluci (kada se samo delimično promeni činjenično stanje izvođenjem dokaza od strane drugostepenog suda na pretresu koji je sam održao), pa bi postojanje mogućnosti za žalbu u trećem stepenu, svakako, imalo puno opravdanje. Protiv presude drugostepenog suda dozvoljena je žalba sudu koji odlučuje u trećem stepenu samo u jednom slučaju, koji se odnosi na odgovarajuću *promenu vrste presude* – ako je drugostepeni sud preinačio prvostepenu presudu kojom je optuženi oslobođen od optužbe i izrekao presudu kojom se optuženi oglašava krivim (član 463).

su imali pisci Predgovora.⁴ Stavovima autora novog zakonika i dalje ćemo u tekstu poklanjati adekvatnu pažnju, a u ovom delu našeg osvrtu na novi ZKP fokusiraćemo se na njihov načelni stav prema potrebi „stvaranja” novih „kadrova”, koji će primeniti sveže pripravljeni ZKP. Taj stav autora spomenutog predgovora, koji u osnovi predstavlja ideju o potrebi adekvatne promene krvne slike našeg pravosuđa, obiluje čudnim konstatacijama, frazama i formulacijama, takođe veoma radikalno intoniranim.

Upotrebljeni izrazi i način razmišljanja u Predgovoru zakonika kao da u nekim elementima skoro asociraju na intenciju svojevrsnog „socijalno-psihološkog inženjeringa” u odnosu na naše buduće pravosuđe, što ne samo da je potpuno besmisleno, te poprilično bizarno, već je, ipak i na sreću, sasvim nerealno – ali u svakom slučaju zaslužuje odgovarajući osvrt.

Autori Predgovora iznose sledeću, *veoma interesantnu konstataciju*: „Primena novog zakonika neće biti laka, i to ne zbog njegove strukture ili nerazgovetnosti njegovog sadržaja,⁵ već zbog vrste pravnog obrazovanja, stečenih navika, nedostatka kadrova, a ponajpre zbog sociopsihološkog fenomena koji bismo mogli nazvati nedostatkom kulture nepristrasnosti. Uloga Pravosudne akademije i Advokatske akademije biće presudna u nastojanju da se nadoknadi nedostatak potrebnih znanja i veština. Odgovarajuće inovacije treba očekivati i u stručnoj literaturi i u programima pravnih fakulteta i pravosudnih ispita.”⁶

Ako sumarno analiziramo ovih nekoliko „zanimljivih rečenica”, možemo da zaključimo kako glavni autori teksta novog Zakonika o krivičnom postupku, onima koji će Zakonik primenjivati, obećavaju da primena Zakonika „neće biti laka”.

Nagoveštavajući određene teškoće u snalaženju u novom normativnom ambijentu, te autori Zakonika tvrde da je tekst razgovetan i dobro strukturisan (doduše to čine na pomalo neobičan način, tako što navode da teškoća neće biti zbog nerazgovetnosti i strukture Zakonika), ali da će ipak osnovni problem u Srbiji nastati zbog izvesnog „sociopsihološkog fenomena”.

4 Glavni autor Predgovora je, sudeći po redosledu autora na koricama teksta i naslovnoj stranici, bio dr Slobodan Beljanski, advokat iz Novog Sada, a njegovi saradnici u pisanju bili su prof. dr Goran P. Ilić i dr Miodrag Majić, sudija Apelacionog suda u Beogradu.

5 Možda cenjeni autori pre misle na „nerazumljivost”, nego *nerazgovetnost* sadržaja. Naime, nerazgovetnost se na primer, u životu, nekada može rešiti radom sa logopedom, dok je problem sa nerazumljivošću znatno komplikovaniji...

6 Vidi: S. Beljanski, G. P. Ilić i M. Majić, „Zakonik o krivičnom postupku” (predgovor), *Službeni glasnik*, Beograd, 2011, str. 63.

Slažemo se da primena novog Zakonika o krivičnom postupku neće biti laka, što je, po našem mišljenju, nužna posledica kako poprilično nekvalitetnog teksta Zakonika i čitavog niza poprilično neuobičajenih, komplikovanih, konfuznih i često veoma nejasnih procesnih rešenja, tako i u njemu prisutnih normativnih rešenja i mehanizama kojima se radikalno i načelno raskida s našom do sada dominantnom krivičnoprocesnom tradicijom, koja se jasno ogledala u dosadašnjem pripadanju našeg krivičnoprocesnog sistema evropsko-kontinentalnoj pravnoj kulturi.

Novi ZKP već sada u pogledu krivičnih postupaka, čiji su predmet krivična dela organizovanog kriminala i druga tzv. posebno teška krivična dela, primenjuje nekoliko desetina profesionalaca, isto kao što se taj ZKP primenjuje na određeni broj okrivljenih, koji nije mali. Za nepunih godinu dana trebalo bi da se svi krivični postupci u Srbiji odvijaju prema novom zakoniku, što znači da će ukupno više od hiljadu nosilaca pravosudnih funkcija (javnih tužilaca i sudija), više hiljada policajaca i nekoliko hiljada advokata u Srbiji postupati po sasvim novom zakoniku, a **presudnu ulogu** odigraće Pravosudna akademija, koja godišnje školuje tridesetak budućih nosilaca pravosudnih funkcija – pri čemu treba imati u vidu da neće svi biti krivičari – kao i Advokatska akademija, koja još nije ni osnovana!?

Dakle, po projektovanom redovnom tempu Pravosudne akademije, ona bi, za nekih pola veka, mogla da „iškoluje” sve novopečene nosioce pravosudnih funkcija koji će biti spremni za primenu novog zakonika, a kada je reč o Advokatskoj akademiji, ako i kada ta ustanova zaživi, trebaće joj verovatno oko 150 godina, odnosno koja decenija manje ili više, dok je veoma teško praviti još i iole preciznu računicu za policajce.

S druge strane, ne treba zaboraviti ni da novi ZKP, što će se posebno objašnjavati u daljem tekstu, izvođenje dokaza primarno poverava samim strankama, što u praksi može biti i veoma složeno, kao, na primer, kada se radi o unakrsnom i direktnom ispitivanju svedoka na glavnom pretresu, a stranke su ovlašćeni tužilac i okrivljeni. Dakle, okrivljeni će onda kada nema stručnu pomoć – a to će biti u velikom broju slučajeva, jer je kao i do sada obavezna stručna odbrana predviđena samo za relativno teža krivična dela – morati sam da ispituje svedoke i uopšte izvodi „svoje dokaze”, potpuno ravnopravno protivnoj stranci u vidu javnog tužioca, koji je diplomirani pravnik s položenim pravosudnim ispitom. Radi se o veoma „pravičnom” zakonskom rešenju, zar ne?

4. Da li je Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. segment „hoda” Srbije ka članstvu u Evropskoj uniji?

U Predgovoru Zakonika o krivičnom postupku Srbije se, između ostalog, navodi: „Kao članici Saveta Evrope i državi koja očekuje kandidaturu za članstvo u Evropskoj uniji, Republici Srbiji bio je potreban moderan krivičnoprocesni zakonik koji bi osigurao delotvorno učešće okrivljenog, raspravnu strukturu postupka, jednakost oružja na glavnom pretresu i, po mogućnosti, u ranijim fazama postupka i poseban položaj oštećenog.”⁷

Neverovatno je da se tako važan zakon, kao što je to Zakonik o krivičnom postupku, povezuje sa „očekivanjem kandidature za članstvo u EU”, čime se *čisto pravno pitanje* na izuzetno prizeman način neposredno povezuje sa jednim *dominantno političkim pitanjem*, i to pitanjem koje je izrečeno u jednom pretežno dnevnopolitičkom kontekstu, što jasno ukazuje na svest onih što su najodgovorniji za pisanje tog zakonskog teksta.

S druge strane, govori se o svojevrsnom „doprinosu” novog „modernog” Zakonika o krivičnom postupku, približavanju Srbije Evropskoj uniji, a ne kaže se da su adverzijalno konstruisani krivični postupci još uvek (a to je, naravno, po našem mišljenju veoma dobro) sasvim retki u Evropskoj uniji, tj. praktično ih nema u državama tzv. stare Evrope, poput Nemačke, Austrije, Francuske itd, a tipični su za „mlade EU države”, kao što je to, na primer, Rumunija, odnosno uskoro i Hrvatska, a isto važi i za „dugogodišnjeg EU kandidata” Makedoniju, kao i za BiH, koja još uvek nije ni „oficijelni EU kandidat”.

Jedina država koja spada u relativno razvijeniji deo EU, a koja ima izrazito adverzijalno konstruisan krivični postupak jeste Italija, ali kao što ćemo to, pored ostalog, objašnjavati dalje u tekstu, italijansko krivično pravosuđe u okvirima EU ni u kom slučaju ne spada u nekakav „vrh” u pogledu kvaliteta, a naročito efikasnosti, pa ni brzine, dok je, s druge strane, sam italijanski krivični postupak u celosti daleko bolje uređen nego što je to postignuto s novim zakonikom o krivičnom postupku Srbije.

Republici Srbiji je *bio potreban moderan krivičnoprocesni zakonik*, kažu autori Predgovora. To je neverovatno bleđa konstatacija i vrlo jeftina fraza, jer reč „moderan” zaista ništa ne znači kada se radi o Zakoniku o krivičnom postupku, a već sama, tako rutinska i besmislena upotreba te reči očigledno ukazuje na popriličnu zbrku u mislima.

7 S. Beljanski, G. P. Ilić i M. Majić, op. cit, str. 9.

Zar je moderan Zakonik o krivičnom postupku onaj što obezbeđuje „raspravnu strukturu postupka” ili „delotvorno učešće okrivljenog” itd, kada je sve to već, na način daleko adekvatniji nego u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine, postojalo kako u našem ZKP-u iz 2001. godine tako i u drugim našim znatno starijim zakon(ic)ima o krivičnom postupku.

Tzv. raspravna struktura postupka, odnosno ostvarivanje načela kontradiktornosti na glavnom pretresu, ni u kom slučaju ne podrazumeva da glavni pretres treba da bude potpuno adverzijalno konstruisan uz maksimalno pasiviziranje suda, kao što je to učinjeno u novom zakoniku, a po uzoru na američki krivični postupak, ali, naravno, bez porote koja postoji u tom postupku, te uz omogućavanje da se na takvom glavnom pretresu sasvim široko koriste dokazi koje su u prethodnim fazama postupka prikupili nesudski organi, tj. javni tužilac i policija, a što sve apsolutno nije moguće ni u SAD. Dakle, forsira se na pogrešan način načelo raspravnosti, a istovremeno se poprilično degradira načelo neposrednosti. To je zaista veoma *moderno*.

Autori predgovora govore o nekom „posebnom položaju oštećenog” u novom zakoniku o krivičnom postupku. Položaj oštećenog je u tom zakoniku poseban samo utoliko što on sada ima daleko manje prava nego što ih je imao ranije, u skladu sa Zakonikom o krivičnom postupku iz 2001. godine. To se, pored ostalog, ogleda i u redukovanim mogućnostima oštećenog da stekne svojstvo supsidijarnog tužioca, kao i u tome što više ne može svojom žalbom da pobija sporazum o priznavanju krivice koji su zaključili javni tužilac i okrivljeni, kao što je to oštećeni mogao prema odredbama Zakonika iz 2001. godine noveliranim 2009. godine.

5. Reformisanje krivičnog postupka Srbije – dileme, zablude, otužne „igre bez granica” i osnovne konceptijske greške Zakonika o krivičnom postupku iz 2011.

Reformisanje krivičnog postupka Srbije sve više dobija grotesknu formu „igara bez granica“. U SFRJ se primenjivao veoma solidan ZKP, koji je više puta menjan, ali bez modifikacije osnovnih konceptualnih mehanizama, a na temelju tog zakonskog teksta, koji je, prema osnovnom konceptu, utemeljen na Zakoniku o sudskom krivičnom postupku Kraljevine Jugoslavije, ustrojen je i Zakonik o krivičnom postupku iz 2001. godine, koji je više puta noveliran, a poslednji put prilično obimno, u septembru 2009. godine.

U Srbiji je 2006. godine bio usvojen i potpuno novi Zakonik o krivičnom postupku, čija je osnovna odlika bila uvođenje javnotužilačke istrage,

kao i niza procesnih mehanizama usmerenih u pravcu kreiranja uslova za brže odvijanje krivičnog postupka, stvaranje većeg broja mogućnosti određivanju pritvora itd, a pošto je u dva navrata odlagana primena tog zakonika, u pogledu kojeg je njegov već startni *vacatio legis*, osim u odnosu na nekoliko važnih odredbi, bio utvrđen na godinu dana, taj moderni zakonik je potpuno stavljen van snage, sa obrazloženjem da nisu stvoreni uslovi za njegovu primenu.

Nije sporno da je Zakonik o krivičnom postupku iz 2006. godine, pored čitavog niza dobrih rešenja, sadržavao i neka ne sasvim adekvatna ili nedovoljno dobra normativna rešenja, zbog čega je već bio pripremljen i jedan zakonski predlog o njegovom noveliranju, koji bi ga znatno poboljšao. Međutim, taj ZKP je konceptualno bio veoma dobar i, što je posebno važno, postigao je odličan balans između zahteva za inovacijom tipa istrage i uopšte promenama u krivičnoj proceduri kojima se omogućava brže i efikasnije vođenje krivičnog postupka i potrebe da se očuvaju već tradicionalna i provereno dobra rešenja naše krivične procedure, kao što je to posebno slučaj sa organizacijom glavnog pretresa, te formulisanjem utvrđivanja istine kao cilja krivičnog postupka.

Zakonikom o krivičnom postupku iz 2006. godine prvi put je u Srbiji uvedena javnotužilačka istraga, i to na veoma razuman način, bez štetnih preterivanja, kakvim se već *prima facie* odlikuje pristup ovome u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine.

Istraga se u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2006. godine odlikovala davanjem značajnih ovlašćenja i istražnom sudiji u toj istrazi koju on, inače, nije vodio, i koja se pokretala odlukom javnog tužioca, a pre svega u odnosu na mogućnost odlučivanja o žalbi protiv rešenja o sprovođenju istrage koje donosi javni tužilac, te u pogledu donošenja odluka o merama procesne prinude kao što je pritvor, kao i u odnosu na određene dokazne radnje (tzv. hitne sudske radnje, koje bi se vršile u slučaju postojanja opasnosti da dokazne radnje ne bi mogle da se ponove na glavnom pretresu, zbog, recimo, smrti svedoka ili oštećenog i sl.), u pogledu kojih je javni tužilac mogao zahtevati angažman istražnog sudije.

Međutim, ipak ne treba mnogo žaliti što ZKP iz 2006. godine nije u celosti primenjen, jer zaista nisu stvoreni svi potrebni uslovi za njegovu adekvatnu primenu, pre svega zato što javna tužilaštva nisu ni kadrovski ni tehnički bila spremna da na sebe preuzmu teret vođenja istrage, dok je, s druge strane, taj zakonik bio izložen teškim napadima od strane dela stručne javnosti i posebno advokature, što je, po pravilu, činjeno bez jakih argumenata i više u vidu propagande i paušalnih, neobrazloženih ili veoma slabo obrazloženih

kritika. Takva atmosfera jednostavno nije bila pogodna za primenu ovog zakonika, pa i zbog toga nije loše što do njegove potpune primene nikada nije došlo.

Interesantno je da se kod nas ponekad čuju i sasvim neargumentovane tvrdnje da su neke promene u pozitivnom ZKP-u iz 2001. godine, koje se, što argumentovano što neargumentovano kritikuju, proizišle iz korišćenja rešenja sadržanih u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2006. godine. To uglavnom nije tačno. Doduše, neka rešenja iz tog zakonika su korišćena, poput onih veoma pozitivnih, kao što je mogućnost proširenja određenih ograničenja lične slobode, kao efikasne zamene za pritvor kao svakako najrepresivnije mere procesne prinude, te mogućnost kombinovanja takvih mera sa jemstvom itd..

S druge strane, ne treba zaboraviti da su, prema odredbama Zakonika iz 2006, postojala *tri vanredna pravna leka*, a da je u stvari i *četvrti* nekada postojeći vanredni pravni lek – zahtev za ispitivanje zakonitosti pravnosnažne presude, bio u najvećem delu sadržan u okviru zahteva za zaštitu zakonitosti, te da je taj, od strane Advokatske komore mnogo napadan Zakonik, što je uglavnom činjeno paušalno i bez jakih argumenata, omogućavao ulaganje žalbe protiv presude drugostepenog suda u čak *četiri slučaja*. Takva je žalba bila moguća, kako iz svih onih razloga koji su i inače (pre poslednjih promena) bili osnov za žalbu u trećem stepenu, tako i *uvek* kada je drugostepeni sud nakon dva ukidanja prvostepene presude *sam svojom presudom odlučio o predmetu krivičnog postupka*.⁸

Određeni uticaj je ZKP iz 2006. godine ostvario i na ZKP iz 2011. godine, poput uvođenja termina „dokazne radnje“, odnosno „posebne dokazne radnje“, kao i u odnosu na sadržaj nekih od tih radnji u odnosu na mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog, u pogledu nekih elemenata sporazuma o priznavanju krivice itd, ali je generalno razlika između ova dva teksta veoma velika, a naročito u konceptualnom smislu, u pogledu kojih ZKP iz 2011. godine sadrži dve kapitalne anomalije, koje žestoko kontaminiraju i potpuno upropašćuju celokupan zakonski tekst. A to su:

- 1) **devaluacija načela istine**
- 2) **potpuno adverzijalna konstrukcija glavnog pretresa** uz drastično minimiziranje uloge krivičnog suda.⁹

8 Žalba protiv presude drugostepenog suda praktično je žestoko osakaćena novelama iz 2009. godine i drastičnim, te suštinski uglavnom neopravdanim, žestokim redukovanjem žalbenih razloga, a isto veoma loše rešenje sadrži i ZKP-a iz 2011. godine.

9 Više o tome: M. Škulić, „Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka i načelo istine u krivičnom postupku”, *Pravni život*, broj 9, Tom I, Beograd, 2010, str. 587 – 611.

Osnovna pitanja reforme krivičnog postupka Srbije svedena su na problematiku *tipa istrage i konstrukcije glavnog pretresa*, posebno u vezi sa ulogom suda u dokaznom postupku, te problematikom primarno stranačkog ili sudskog izvođenja dokaza – ali i na veoma važno pitanje *(ne)postojanja načela istine u krivičnom postupku*.

5.1. Besmislena i nemoralna devalvacija načela istine u novom zakoniku o krivičnom postupku Srbije

Istina je u Zakoniku o krivičnom postupku Srbije iz 2011. implicitno označena kao svojevrsni nepotrebnii luksuz u krivičnom postupku, jer se ne samo utvrđivanje istine, već čak ni težnja ka njoj od strane službenih aktera krivične procedure uopšte ne označava kao cilj krivičnog postupka.

Novim zakonikom o krivičnom postupku promovisana je dokazna pasivnost suda. Dokaze bi izvodile stranke, a uloga suda svela bi se na kontrolu ispravnosti dokaznog postupka. Stranke su formalno ravnopravne. Dakle, nasuprot javnom tužiocu, koji može računati na kompletnu logističku podršku državnog aparata čiji je deo, biće okrivljeni, kome može pomagati branilac. Naravno, ako okrivljeni ima finansijska sredstva da plati njegove usluge, ili ukoliko se radi o slučajevima obavezne stručne odbrane, kada okrivljenom branioca postavlja sud. Obavezna odbrana propisana je samo za teža krivična dela, tako da većina okrivljenih može, ali i ne mora imati branioca. Međutim, bogate okrivljene, poput, na primer, onih što se terete da su „narko-bosovi“, braniće „advokatske zvezde“. Oni će moći da imaju pravne timove, te da angažuju privatne detektive za prikupljanje dokaza.

Uzged, u ključnoj načelnoj odredbi Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine, koja se tiče izvođenja dokaza i tereta dokazivanja, napravljena je ozbiljna greška. Naime, u članu 15 stav 3 utvrđeno je da **sud izvodi dokaze na predlog stranaka**, iz čega bi proizišlo da dokaze ne izvode stranke, već to čini sud, ali samo po njihovom predlogu, kao što je slično bilo i u ZKP-u iz 2001. godine, odnosno u našem prethodnom tradicionalnom krivičnoprocesnom sistemu.

Međutim, čitavim nizom odredbi Zakonika promovisana je izrazita dokazna pasivnost suda, a izvođenje dokaza je ne samo primarno, već skoro isključivo povereno strankama, što je u potpunoj kontradiktornosti sa odredbom člana 15 stav 3. U istom članu zakonika, tj. već u narednom stavu člana 15, navodi se da sud može dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze ili **izuzetno sam odredi da se takvi dokazi izvedu**, ako oceni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni te da je to neophodno kako bi se predmet dokazivanja

svestrano raspravio. Dakle, čak se ni u ovoj odredbi *ne daje sudu mogućnost da sam izvede dokaze*, već samo da izda nalog da se dokazi izvedu. Očigledna je intencija da se sud – što je više moguće i po svaku cenu – *dokazno pasivizira*. Iako u Zakoniku nije sasvim jasno rečeno, ovo podrazumeva da bi takve dokaze morala izvesti određena stranka, odnosno lice koje potpomaže ostvarivanje stranačke funkcije, poput branioca kada je reč o okrivljenom. Odredba člana 15 stav 4 stoga je direktno i očigledno suprotstavljena odredbi člana 15 stav 3 Zakonika, što ni u kom slučaju ne predstavlja usamljen primer postojanja međusobno protivrečnih odredbi u novom zakoniku o krivičnom postupku Srbije.

Kakve su šanse okrivljenog koji nema branioca da bude uspešan u dokaznom „dvoboju“ s javnim tužiocem? I kada Brazil igra protiv Konga, oba fudbalska tima čine po 11 igrača. Da li to znači da su im jednake šanse za pobedu? Pa u Srbiji je svega 6,5 odsto stanovništva fakultetski obrazovano.

Kada znamo da je kod nas već decenijama na delu kriminalna politika „ribarska mreža kojom se hvataju male ribe, a koja propušta velike ribe“, zna se i kakav je obrazovni nivo prosečnog okrivljenog. Kako stvari stoje, ipak će u praksi, odnosno u velikom broju slučajeva, neke stranke biti malo ravnopravnije od drugih.

Tipičan adverzizalni krivični postupak kakav postoji u SAD *podrazumeva porotu*, sastavljenu od običnih građana, koja odlučuje ko je pobednik dokaznog dvoboja.¹⁰ Tek kada porota sastavljena od običnih građana optuženog oglasi krivim, sudija ga kažnjava. Ako ga porota oslobodi, posao sudije je završen. Ali optuženi u tom postupku uvek ima pravo da mu, ako sam nema sredstva, država o svom trošku obezbedi branioca. To u Srbiji nije slučaj.

S druge strane, ni u SAD nije sporno da kvalitet odbrane koju realizuju branioci postavljeni po službenoj dužnosti često nije na visokom nivou. Obrnuto, veoma bogati okrivljeni „kupuju“ vrhunske advokatske usluge. Setimo

¹⁰ Krivični postupak u SAD ustrojen je kao jedna vrsta „dokaznog stranačkog dvoboja“. Tužilac i okrivljeni, odnosno njegov branilac, jer je ekstremno retko da okrivljeni nema branioca, sopstvenim se argumentima tuku pred porotom sastavljenom od običnih građana, koja ceni ko je bio ubedljiviji. Sam sudija je relativno pasivan. Tek ako porota odluči da je okrivljeni kriv, sudija stupa na scenu izricanjem odgovarajuće kazne. Ako porota odluči da nema krivice, posao sudije je završen. Ovo je i pravnim laicima poznato iz beletristike i filмова. Ono što mnogi ne znaju jeste da je ovakvo „školsko“ suđenje u SAD *de facto* pravi *izuzetak*. Odvija se u manje od 10 odsto svih slučajeva. Skoro 90 procenata slučajeva okončava se na temelju priznanja okrivljenog, kada izostaje porotno suđenje, a sud samo izriče kaznu, uzimajući priznanje kao ozbiljnu olakšavajuću okolnost i rukovodeći se sporazumom tužioca i okrivljenog, ali bez formalne obaveze da izrekne kaznu koju su stranke predložile. Kada bi bilo nešto više suđenja pred porotom, pravosudni sistem SAD bi, svakako, doživeo kolaps.

se slučaja O`Džej Simpsona, koji je skoro „krvavih“ ruku optužen za ubistvo supruge i njenog ljubavnika,¹¹ ali je veštım advokatskim manevrisanjem izbegao osudu, da bi nedavno objavio knjigu pod naslovom „Šta ako sam ubio“, kojom faktički priznaje krivicu.¹² Pored toga, porotno suđenje u SAD je pravi izuzetak, jer se više od 90 odsto slučajeva sumarno rešava priznavanjem krivice, koje je u najvećem broju slučajeva „pogođeno“, tj. formalno ispregovaranu između državnog tužioca i odbrane.

U kontinentalnoj Evropi, sud je, po pravilu, suvereni i neprikosnoveni „gospodar“ dokaznog postupka, bez obzira na to što stranke raspolazu odgovarajućom dokaznom inicijativom, te u određenoj meri mogu učestvovati i u izvođenju dokaza. To je najtipičnije u Nemačkoj i u drugim državama čiji su nam pravni sistemi tradicionalno služili kao uzor. Slično je i u Austriji, koja je tipična i interesantna i po tome što je, takođe, odnedavno uvela sistem državnotužilačke istrage, ali, naravno, nije prihvatila i potpuno adverzijalnu konstrukciju glavnog pretresa, niti je u svom novom zakoniku o krivičnom postupku eliminisala načelo istine.¹³ Adverzijalni krivični postupci (za koje se ponekad navodi i da su primer svojevrsne „amerikanizacije“ krivičnih postupaka nekih evropskih država) sada postoje i u nekim kontinentalnim evropskim državama, na primer u Republici Srpskoj i uopšte, u nama susednoj BiH, mada tamo, i pored toga, postoji načelo istine u krivičnom postupku.¹⁴ Takav sistem postoji i u Italiji, ali tamo okrivljeni uvek mora imati advokata, što onda načelno omogućava kakvu-takvu formalnu jednakost optužbe i odbrane na glavnom pretresu koji je adverzijalno ustrojen, tj. svodi se na dokazni dvoboj dve stranke pred sudom koji je u dokaznom smislu pasivan, kao svojevrsnim „posmatračem“, čija je aktivnost tokom suđenja svedena na minimum.

Pretvaranje sudija u „stručni žiri“ koji će „bodovati“ uspešnost u dokazivanju tužioca i odbrane suštinski predstavlja potencijalno veoma nezgodan eksperiment. Možda se neke sudije tome raduju, rezonujući po sistemu „muko

11 Z.Erzincioğlu, *Forensic – the Crime Scene Investigations*, „Barnes & Nobles“, New York, 2004, str. 19.

12 On je čak kasnije u parničnom postupku (što je u SAD formalno moguće), oglasen krivim za ubistvo svoje bivše supruge i njenog ljubavnika, te mu je izrečena presuda kojom se obavezuje da plati visok novčani iznos naknade štete srodnicima svojih žrtava, što je O`Džej Simpson, zahvaljujući veštım pravnim „driblinzima“ svojih advokata u postupku izvršenja, do sada uspeo da izbegne.

13 Više o tome: S. Seiler, *Strafprozessrecht*, 10, überarbeitete Auflage, „Facultas. wuv“, Wien, 2009, str. 31 – 34.

14 Više o tome: Z. Jekić i M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2005, str. 291.

moja, pređi na drugoga“. Oni sada sebe vide kao „neutralne posmatrače“ stranačke utakmice. Ali suđenje nije utakmica, ili bar to ne bi trebalo da bude. Sudije ne treba da budu ni gledaoci ni navijači.

Pasivizacija suda može biti i veoma skupo rešenje. Ako bi sud bio tako drastično rasterećen, jer se i istraga poverava javnom tužiocu, onda se može pojaviti problem viška sudija, a manjka javnih tužilaca i sve to neposredno nakon sprovedenog opšteg izbora, tj. reizbora, koji je i inače opterećen nizom teških problema, a ceo „haotični“ postupak „preispitivanja već preispitanog“ otegao bi se u nedogled uz veoma ozbiljne probleme ne samo po pravosuđe već i po stabilnost celokupnog pravnog sistema Republike Srbije.

Istina, shodno novom zakoniku o krivičnom postupku Srbije, više nije cilj budućeg krivičnog postupka, već bi u tom postupku, kao i u svakoj klasičnoj građanskoj parnici, „pobeđivala“ stranka koja je uspešnija u dokaznom „duelu“.¹⁵

Istina ni inače nije nekakva „sveta krava“ u savremenom krivičnom postupku. Njoj se u tipičnom evropskom krivičnom postupku teži, ali ne po svaku cenu. Onda kada se istina ne može utvrditi, donosi se odluka u korist okrivljenog. Sada se istini neće čak ni težiti. Sud će jednostavno „vagati“ da li su verovatniji navodi optužbe ili argumenti odbrane, a da li je prava istina na jednoj ili drugoj strani, „pa ko će ga znati“. Svevišnji možda...

5.2. Eliminisanje suštinskih razlika između parničnog i krivičnog postupka kao posledica eliminisanja načela istine i prihvatanja adverzijalne koncepcije glavnog pretresa u novom zakoniku o krivičnom postupku

U većini zemalja kontinentalne Evrope, naročito kada se radi o klasičnim pravnim sistemima država tzv. stare Evrope, odnosno onih zemalja koje predstavljaju svojevrsno jezgro Evropske unije i čiji su pravni sistemi tradicionalno važili kao svojevrsni uzori za niz drugih evropskih zemalja, među kojima je i nekadašnja Jugoslavija, pa samim tim i države nastale na njenom tlu – postoje veoma značajne razlike između parničnog i krivičnog postupka.

¹⁵ Ako bi neko, koristeći *ctrl + find* funkciju na računaru, odnosno funkciju automatskog pretraživanja teksta u odnosu na određenu *ključnu reč*, pokušao da pronađe reč **istina** u inače prilično obimnom tekstu novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije, on u tome ne bi uspeo, osim kada se radi o zakletvi svedoka da će „govoriti istinu i da ništa neće prećutati“. Tvorci Zakonika su sistematski i skoro ostrašćeno iz zakonskog teksta, onda kada je reč o činjeničnom stanju, izbacili istinu ili čak bilo koju reč koja bi se mogla smatrati sinonimom za istinu.

Te se razlike prvenstveno ogledaju u pravilima dokazivanja i utvrđivanja činjeničnog stanja, odnosno primarno se odnose na domet i dejstvo određenih dokaznih načela, odnosno načela koja se odnose na cilj i svrhu procedure. Ta procesna načela su suštinski različita u postupku čiji je predmet određeno građanskopravno pitanje spornog karaktera, kao što je to u parničnom postupku i proceduri čiji je predmet tzv. *causa criminalis*, to jest krivično delo, to jest delo koje je protivpravno i zakonom propisano kao krivično delo, a što se rešava u krivičnom postupku.

Na primer, u nemačkoj krivičnoprocesnoj teoriji tradicionalno se ističe da u „civilnom”, tj. parničnom postupku, u kojem se, pre svega, odlučuje o „privatnim interesima”, važi princip dispozicije, što se ogleda u tome da parnične stranke same snose odgovornost za utvrđivanje činjenica koje bi bile podloga za odluku suda. To se svodi i na postojanje odgovarajućeg tereta dokazivanja, pa tako sud, shodno principima parničnog postupka, svoju presudu može zasnovati samo na onome što su stranke tvrdile, podvele pod određene dokaze, odnosno dokazale, pri čemu ono što je za stranke nesporno obavezuje i samog sudiju, u vezi s čim se ističe da generalno u parničnom postupku važi *načelo formalne istine*.¹⁶

Obrnuto, u nemačkoj teoriji krivičnog procesnog prava naglašava se da, suprotno parničnom postupku, u krivičnom postupku važi *načelo materijalne istine*, kao i princip istraživanja od strane suda, što označava da sam sud istražuje sadržinski aspekt predmeta krivičnog postupka („sam od sebe instruisan”), te pri tom, u ostvarenju tog zadatka i u odnosu na razjašnjenje stvari, nije vezan aktivnostima procesnih stranaka,¹⁷ što se posebno ogleda u tome da sud „istražuje istinu izvođenjem po službenoj dužnosti svih dokaza koji su od značaja za odlučivanje suda”.¹⁸

Za razliku od ovog prethodno opisanog klasičnog kontinentalno-evropskog pogleda na cilj krivičnog postupka i pravila izvođenja dokaza, odnosno oficijelnog sudskog utvrđivanja činjeničnog stanja u krivičnom postupku, u SAD se na ovo pitanje gleda sasvim drugačije, tako da je američki

16 C. Roxin und B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 2009, str. 78.

17 Ovo se posebno ilustruje karakterističnim primerom *nemogućnosti donošenja presude zbog izostanka u krivičnom postupku*, tj. pravilom po kojem, za razliku od parničnog postupka, gde nedolazak jedne uredno pozvane stranke na suđenje dovodi do presude zbog izostanka, odnosno ako se radi o tužiocu, smatra se da je samim nedolaskom na glavnu raspravu, on prećutno odustao od optužbe, takvih pravila nema u klasičnom kontinentalno-evropskom krivičnom postupku.

18 C. Roxin und B. Schünemann, *op. cit.*, str. 78.

krivični postupak veoma sličan parničnom postupku, što se svodi na konstruisanje „adverzijalnog postupka”, čija je osnovna osobenost da svaka stranka snosi teret dokazivanja svojih tvrdnji, a odluku o tome „ko je bio bolji u dokazivanju” donosi porota.¹⁹

Za klasične kontinentalno-evropske krivične postupke tipično je da sud teži utvrđivanju istine, koja je deklarirani cilj krivične procedure, ali pri tom uzima u obzir i odgovarajuću dokaznu inicijativu stranaka, što se ne čini bezuslovno, već samo kada sud oceni da se radi o adekvatnim dokaznim predlozima stranaka. Tako na primer u nemačkom krivičnom postupku sud *u cilju utvrđivanja istine* po službenoj dužnosti izvodi dokaze u pogledu svih činjenica i dokaznih sredstava, koji imaju značaja za donošenje odluke (§ 244 Abs. 2 StPO).²⁰

Potpuno suprotno prethodno navedenom primeru, odnosno citiranom zakonskom pravilu iz jednog klasičnog evropskog krivičnog procesnog sistema, koje jasno oslikava „klasičnu kontinentalno-evropsku koncepciju”, novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine veoma konsekventno eliminiše dejstvo načela istine u krivičnom postupku, te novu srpsku krivičnu proceduru čini izrazito sličnom klasičnom parničnom postupku, slično kao što je to u SAD. Ovde treba imati u vidu da je ova koncepcija u Srbiji još i dodatno izuzetno paradoksalna, kada se uzme u obzir da u nekim tipovima parničnih postupaka, suprotno opštem pravilu tog tipa sudske procedure, važi načelo istine, tj. od suda se, na temelju striktnih zakonskih propisa, zahteva da i mimo procesne inicijative stranaka, nevezano sa stranačkim dokaznim predlozima, po službenoj dužnosti utvrđuje istinu, kao što je to, na primer, slučaj u parničnim postupcima gde se rešava o pravima dece, odnosno onda kada su predmet parničnog postupka bračni i porodični odnosi.

6. Pitanje istrage kao „pitanje nad pitanjima“ ili „majka svih pitanja“ u reformi krivičnog postupka Srbije

Pitanje istrage se, s pravom ili ne, nametnulo kao centralno pitanje reforme našeg krivičnog postupka i ono se uglavnom svodi na dilemu sudska ili tužilačka istraga, odnosno „sudska istraga protiv tužilačke istrage”.²¹ Iako

¹⁹ Ibid, str. 79 – 80.

²⁰ Više o tome: L. Meyer-Goßner und J. Cierniak, Strafprozessordnung – Kommentar, „Verlag C. H. Beck“, München, 2009, str. 958 – 959.

²¹ Više o tome: S. Bejatović, „Radna verzija Nacrta Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije i tužilački model istrage”, *Revija za krivično pravo i kriminologiju* broj 2/2010, Beograd, 2010, str. 23 – 39.

autor ovog rada suštinski i načelno daje prednost javnotužilačkoj istrazi u odnosu na sudsku, nije moguće ne primetiti da je problem karaktera istrage ipak značajno prenaplašen u konceptu reforme krivičnog postupka Srbije.

Naime, pre započinjanja rada na reformisanju tipa krivične procedure, u okviru čega bi se promenila i nadležnost za vođenje istrage, bilo bi celishodno istražiti postojeću praksu, te utvrditi koja je faza krivičnog postupka zaista „najspornija“, odnosno šta je to što eventualno u konstrukciji naše pozitivne krivične procedure, uz analizu i svih ostalih relevantnih zakonskih mehanizama, doprinosi da postupak bude relativno spor ili nedovoljno „efikasan“ i sl.²²

Zakonik o krivičnom postupku iz 2006. godine, kojim je bitno promenjen karakter istrage kao faze krivičnog postupka, samo se delimično primenjivao (neka pravila o zaštiti svedoka, o odlaganju i prekidu glavnog pretresa, te o pauzi tokom glavnog pretresa), tako da do njegove celovite primene, pa ni u pogledu istrage u njemu koncipirane, nikada nije došlo, što je već objašnjeno u prethodnom tekstu.²³

Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine uvodi javnotužilačku istragu, ali to čini ne veoma čudan način, uz uvođenje elemenata tzv. stranačke istrage, a to ne samo da je suštinski nelogično i nepravično, već je u sadašnjem obliku izrazito neefikasno, što će se detaljnije objasniti u daljim izlaganjima.

22 Moralo bi se imati u vidu i da je „efikasnost“ krivičnog postupka suštinski ipak u velikoj meri relativnog karaktera, tako da nije sasvim izvesno koji bi to bili osnovni parametri za ocenjivanje da je određena konkretna krivična procedura (ne)efikasna, što smo objasnili u prethodnom tekstu.

23 Interesantno je da se kod nas ponekad čuju i sasvim neargumentovane tvrdnje da su neke promene u pozitivnom ZKP-u, koje su uvedene novelama iz septembra 2009. godine, a koje se, što donekle argumentovano, što sasvim neargumentovano kritikuju, proizišle iz korišćenja rešenja sadržanih u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2006. godine. To uglavnom nije tačno. Doduše, neka rešenja iz tog zakonika su korišćena, poput onih veoma pozitivnih, kao što je mogućnost proširenja određenih ograničenja lične slobode, kao efikasne zamene za pritvor, kao svakako najrepresivnije mere procesne prinude, mogućnost kombinovanja takvih mera sa jemstvom itd.. S druge strane, ne treba zaboraviti da su prema odredbama Zakonika iz 2006. postojala *tri vanredna pravna leka*, a da je u stvari i *četvrti* nekada postojeći vanredni pravni lek – zahtev za ispitivanje zakonitosti pravnosnažne presude – bio u najvećem delu sadržan u okviru zahteva za zaštitu zakonitosti, te da je taj, od strane Advokatske komore mnogo napadan Zakonik, što je uglavnom činjeno paušalno i bez jakih argumenata, omogućavao ulaganje žalbe protiv presude drugostepenog suda u čak *četiri slučaja*. Takva je žalba bila moguća kako iz svih onih razloga koji su i inače (pre poslednjih promena) bili osnov za žalbu u trećem stepenu, tako i *uvek* kada je drugostepeni sud nakon dva ukidanja prvostepene presude *sam svojom presudom odlučio o predmetu krivičnog postupka*.

Čini se da su tvorci ZKP-a iz 2011. bili suočeni s problemom koji su sami sebi nepotrebno stvorili, a koji se svodi na nerazumevanje da s jedne strane pitanje tipa istrage uopšte nije povezano s problematikom organizovanja glavnog pretresa, tako da krivični postupak koji se odlikuje tužilačkom istragom uopšte ne mora da ima adverzijalnu konstrukciju glavnog pretresa,²⁴ dok s druge strane, onda kada je glavni pretres organizovan adverzijalno, to ne podrazumeva da elementi adverzijalnosti moraju postojati i u istrazi, a naročito ne na način na koji su sadržani u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011 godine.

6.1. Osnovni elementi istrage prema Zakoniku o krivičnom postupku iz 2001. godine

Istraga je, prema još uvek (većim delom) pozitivnom krivičnom procesnom pravu Srbije, *sudski stadijum krivičnog postupka* koji vremenski prethodi podizanju optužnice i njenoj sudskoj kontroli.²⁵ Istraga i podizanje optužnice dva su stadijuma *prethodnog postupka*, koji se odvija pre glavnog pretresa, tj. suđenja u užem smislu.

Istraga se kao procesni stadijum u našem pozitivnom krivičnom postupku (ZKP Srbije iz 2001. godine) odlikuje sledećim osnovnim osobenostima: 1) *sudskog* je karaktera, što znači da istragu vodi i njen je osnovni akter istražni sudija, a samo u nekim izuzetnim slučajevima određene radnje u istrazi mogu vršiti drugi državni organi; 2) započinje na *formalan način*, tako što se na zahtev ovlašćenog tužioca donosi rešenje o sprovođenju istrage, a istraga se smatra započetom onda kada to rešenje postane pravnosnažno, tj. za njeno vođenje potrebno je da se ispune određeni materijalni (osnovana sumnja da je određeno lice učinilo krivično delo) i formalni uslovi (predlog tužioca i pravnosnažno rešenje istražnog sudije); 3) *nije obavezna* procesna faza,²⁶ jer

24 Obrnuto, u najtipičnijim adverzijalnim krivičnoprocesnim sistemima istraga je *policajska*, a većina radnji koje se u njoj preduzmu nema nikakav poseban dokazni značaj, već su istovetne radnjama koje se kod nas smatraju operativnim aktivnostima policije u pretkrivičnom postupku. Izuzetak je saslušanje osumnjičenog, kada njegova izjava, ako je izuzetak pod strogim zakonskim uslovima, ima dokazni značaj, a takođe, to važi i za pretresanje kada se ono vrši po naredbi suda, odnosno pod određenim uslovima i bez naredbe, što je sve veoma slično onome što je u sadašnjem krivičnom postupku Srbije karakteristično ne za istragu, već za pretkrivični postupak.

25 Više o tome: S. Bejatović, „Krivično procesno pravo”, *Službeni glasnik*, Beograd, 2008.

26 Zavisno od kazne propisane za krivično delo, istraga se samo u nekim slučajevima javlja kao *obavezna*, dok je u drugim ili samo moguća ili je potpuno isključena. Više o tome:

se pod određenim uslovima optužnica može podići i bez prethodnog vođenja istrage, što je moguće u dva procesna modaliteta: a) bezuslovno neposredno optuženje (prava neposredna optužnica), te b) uslovljeno neposredno optuženje (neprava neposredna optužnica); 4) *ciljno je usmerena* na prikupljanje relevantnih dokaza i podataka; 5) *oročenog je trajanja* iako je maksimalni rok protezanja istrage (šest meseci) u osnovi instruktivnog karaktera.²⁷

Materijalni uslov za sprovođenje istrage ogleda se u postojanju *osnovane sumnje* da je određeno lice učinilo krivično delo.²⁸ Istraga se ne može voditi protiv nepoznatog učinioца krivičnog dela (tzv. N. N. lice), već je neophodno da se osnovana sumnja odnosi ne samo na činjenicu da je učinjeno određeno krivično delo (*objektivni aspekt*) već i da je to krivično delo učinilo određeno lice, čiji je identitet poznat (*subjektivni aspekt*).

Svrha istrage je *funkcionalnog karaktera* u odnosu na određene *relevantne dokaze* i ima tri aspekta: 1) aspekt *dokazivosti optužbe* – prikupljanje dokaza i podataka koji su potrebni da bi se moglo odlučiti da li će se podići optužnica ili obustaviti postupak, 2) aspekt omogućavanja eventualnog delovanja *izuzetka u odnosu na načelo neposrednosti* – prikupljanje dokaza za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu ili bi njihovo izvođenje bilo otežano, te 3) aspekt *svrsishodnog delovanja* – prikupljanje drugih dokaza koji mogu biti od koristi za postupak, a čije se izvođenje, s obzirom na okolnosti slučaja, pokazuje celishodnim. Ispitivanje dokazivosti optužbe, odnosno prikupljanje dokaza koji su relevantni za odluku o podizanju optužnice ili obrnuto, o obustavljanju postupka, osnovni je i *obavezni cilj istrage*. Do izvođenja dokaza za koje postoji opasnost od nemogućnosti njihovog ponavljanja na glavnom pretresu, odnosno njihovog otežanog izvođenja, te do prikupljanja drugih dokaza na temelju celishodnosti, dolazi samo u nekim slučajevima.

Formalni uslovi za vođenje istrage se svode na: 1) postojanje odgovarajuće procesne inicijative da se istraga vodi (zahtev ovlašćenog tužioca), 2) usvajanje te procesne inicijative od odgovarajuće funkcionalnog oblika suda (rešenje o sprovođenju istrage koje ima svoj formalni obavezni sadržaj), te 3) poštovanje procesnih pravila koja se odnose na podnošenje zahteva javnog tužioca da se istraga sprovede i postupanje istražnog sudije, odnosno drugog

M. Grubač, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union i *Službeni glasnik*, Beograd, 2006, str. 378 – 379.

²⁷ Više o tome: M. Škulić, *Krivično procesno pravo – posebni deo*, Pravni fakultet i *Službeni glasnik*, Beograd, 2011, str. 29 – 38.

²⁸ Ibid, str. 167 - 170.

oblika sudske funkcionalne nadležnosti (vanraspravno veće) u vezi sa tim zahtevom, kao i povodom pravnog leka (žalbe) u odnosu na rešenje o sprovođenju istrage.

Istraga se sprovodi na *zahtev javnog tužioca*. Neophodnost postojanja takve formalne inicijative za sprovođenje istrage predstavlja vid delovanja načela akuzatornosti. Istražni sudija *ne može odbiti zahtev za sprovođenje istrage*. Ukoliko istražni sudija ima negativan stav prema takvom zahtevu, tj. ne složi se s njim jer smatra da nisu ispunjeni potrebni uslovi za vođenje istrage, odnosno krivičnog postupka uopšte (na primer, ako nalazi da delo u pogledu kojeg se istraga zahteva nije krivično delo, ili da postoje smetnje za krivično gonjenje itd.), on će zatražiti da o tome odluči vanraspravno veće. Taj oblik sudske funkcionalne nadležnosti u takvoj situaciji rešava o suprotstavljenim stavovima javnog tužioca, koji zahteva sprovođenje istrage, i istražnog sudije, koji se s takvim zahtevom ne slaže. Kao kad vanraspravno veće rešava povodom žalbe protiv rešenja o sprovođenju istrage, ono je, i u ovom slučaju, dužno da svoju odluku donese u roku od *48 časova*. Odlučujući o zahtevu za sprovođenje istrage, vanraspravno veće nije vezano za pravnu ocenu dela koju je naveo javni tužilac.²⁹

Za sudsku istragu se, po pravilu, ističe da ima određene prednosti, koje se mogu svesti na sledeće konstatacije: 1) ona je povoljna za okrivljenog jer je sud načelno nepristrastan i nezavisan, 2) ona je pravična jer se sud u istrazi ne rukovodi stranačkim interesom, niti je stranački „ostrашćen“, te 3) ona omogućava da se dokazi u njoj izvedeni jednostavnije i manje problematično koriste na glavnom pretresu, jer ih je izveo određeni funkcionalni oblik suda. U osnovi su ove principijelne konstatacije sasvim tačne, ali ne treba zaboraviti da nema idealnog sistema, pa stoga ni koncepcija koja bi načelno morala da daje dobre rezultate, iz mnogih objektivnih i subjektivnih razloga, ne mora u praksi sasvim adekvatno da funkcioniše. Ista načelna konstatacija važi i za sistem državno/javno tužilačke istrage, bilo da je u pitanju koncepcija Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2006. godine, bilo da se radi o sistemu istrage projektovanom Zakonikom o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine, koji, po našem mišljenju, ispoljava niz krupnih anomalija – što se posebno objašnjava dalje u tekstu – uz još i dodatni, prilično upadljiv problem da se istraga poverava javnom tužiocu u veoma loše odabranom „momentu“, kada, po svemu sudeći, u pravnom sistemu Srbije nisu stvoreni potrebni formalni i faktički uslovi za punu samostalnost javnog tužilaštva. Iz toga i proizlazi da-

²⁹ Više o tome: M. Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i *Službeni glasnik*, Beograd, 2011, str. 771.

leko veća mogućnost da javnotužilačka istraga ne bude dovoljno nezavisna, te da javni tužilac u praksi, po pravilu, ne bude nepristrastan tokom sprovođenja istrage, tj. konkretno, da ne obraća dovoljno pažnje na prikupljanje dokaza u prilog odbrane.

Najdosledniji zagovornik sudske istrage u našoj krivičnoprocesnoj teoriji, svakako, bio je profesor dr Đorđe Lazin,³⁰ koji je u mnogo navrata, kako u svojim naučnim i stručnim radovima tako i u usmenim diskusijama, vrlo ubedljivo obrazlagao dobre strane tog tipa istrage. Argumenti profesora Lazina su svojim kvalitetom i utemeljenošću uvek zasluživali posebno poštovanje, bez obzira na moguća načelna teorijska neslaganja, koja su uvek poželjna, kako u naučnoj tako u svakoj drugoj demokratskoj raspravi, jer bez valjanog suočavanja argumenata nije moguće ni iznaći najbolja zakonska rešenja.

6.2. Istraga prema ZKP-u iz 2006. godine i razlozi za tadašnje davanje prevage javnotužilačkoj istrazi u odnosu na sudsku istragu

Osnovni stadijumi krivičnog postupka po ZKP-u iz 2006. su bili: prethodna istraga, prethodni postupak (istraga, optužnica i preispitivanje optužnice) i glavni postupak (pripreme za glavni pretres, glavni pretres i presuda). Budući da istraga nije predviđena kao sudska, propisan je i određeni oblik obavezne sudske kontrole optužnice, ali uz zadržavanje prava na prigovor protiv optužnice.³¹ Naš postojeći krivični postupak, čini se, preterano je „rastegnut“ i neke faze krivičnog postupka nepotrebno se udvostručuju, što je često i posebno karakteristično za odnos pretkrivičnog postupka i istrage. Danas u svetu dominiraju krivični postupci kod kojih je istraga svrstana u nadležnost javnog (državnog) tužioca ili policije pod nadzorom tužioca.

Nedopustivo je i krajnje neracionalno da javni tužilac u mnogim situacijama deluje prosto kao neka automatizovana „transmisija“ između policije koja je „obavila svoj deo posla“ u pretkrivičnom postupku i suda pred kojim treba da se odvija krivični postupak, te da optužni akt javnog tužioca bude u osnovi samo „prepisana“ krivična prijava policije. Javni tužilac mora da ima

30 Više o tome: Đ. Lazin, „Sudska istraga – dileme i problemi“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, 2006, broj 2, str. 73 – 90; Đ. Lazin, „Pojednostavljenje sudske istrage u svetlu međunarodnih standarda i Zakonik o krivičnom postupku iz 2001. godine“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, broj 3, Beograd, 2006, str. 133 – 150.

31 Više o tome: N. Jovančević, „Optužnica i preispitivanje optužnice“, *Zbornik Udruženja za krivično pravo Srbije – Primena novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije*, naučni skup, Kopaonik, 2007, str. 115 – 130.

odgovorniju ulogu u istrazi i stadijumu koji istrazi prethodi (po sadašnjem rešenju – ZKP/2001. to je prekrivični postupak, odnosno predistražni postupak prema ZKP-u iz 2011.) i ta uloga ne sme biti svedena samo na izvestan deklarativan nivo. Praktično, prema konceptu ZKP-a iz 2006, prethodna istraga i istraga jesu *jedna spojena faza* u kojoj su povezani elementi sadašnjeg prekrivičnog postupka i istrage, čime se ceo postupak znatno ubrzava.

Ratio legis svrstavanja istrage u nadležnost javnog tužioca te prekida s dosadašnjom višedecenijskom tradicijom u našem krivičnom postupku, prema kojoj je istraga bila u nadležnosti suda, to jest istražnog sudije, prvenstveno se može temeljiti na sledećem:

1) Time se krivični postupak potencijalno značajno ubrzava, jer su u istrazi koja je poverena javnom tužiocu spojeni neki elementi nekadašnjeg prekrivičnog postupka (prethodna istraga) i sudske krivične istrage, što načelno omogućava brže rešavanje krivične stvari, odnosno brže stvaranje procesnih i faktičkih uslova za suđenje.

2) Na ovaj se način javni tužilac čini znatno aktivnijim već u procesu prikupljanja prvih dokaza, što mu omogućava da kasnije, ako se postupak nastavi pred sudom, bolje poznaje činjenične i pravne elemente krivične stvari koja je predmet postupka.

3) Konačno, tako se krivični sud rasterećuje u određenoj meri, te se više može fokusirati na svoju osnovnu funkciju, a to je presuđivanje krivične stvari, čime se ostvaruju i neki sasvim konkretni funkcionalno-organizacioni efekti, kao što je, na primer, prevladavanje potencijalnih kadrovskih problema, do kojih je dolazilo kada je istraga bila u isključivoj nadležnosti istražnog sudije, koji, potom, nije mogao biti član veća u istoj krivičnoj stvari (razlog za obavezno izuzeće), što je ponekad izazivalo probleme u sudovima s manjim brojem sudija.

4) Ovakvo rešenje ipak nije bilo radikalno, već bi se pre moglo označiti kao optimalno u našim uslovima, jer tipična tužilačka istraga (kao što je to slučaj u svim adverzizalnim krivičnim postupcima i mnogim evropskim postupcima, a u našem okruženju, npr, u Republici Srpskoj, odnosno u BiH, a onedavno u Hrvatskoj i Makedoniji),³² podrazumeva da ona bude ono što je

32 Idejama o potrebi uvođenja adverzizalnog krivičnog postupka, odnosno krivičnog postupka čija bi osnovna ili jedna od najdominantnijih odlika bila čisto stranačka organizacija glavnog pretresa, uz maksimalno dokazno pasiviziranje suda (koje su inače u vidu novog ZKP-a iz 2011. godine, najkonsekventnije i najdrastičnije, a pravnotehnički i koncepcijski ubedljivo najlošije sprovedene Srbiji), od Republika nekadašnje SFRJ, još uvek odolevaju Crna Gora i Slovenija. Slovenija ima sistem koji je veoma sličan onome koji je postojao i

sada kod nas prekrivični postupak, uz neke elemente iz sadašnje istrage, a da se, pri tom, optužnica uvek formalno potvrđuje.

Koncept zastupljen u ZKP-u iz 2006. godine predstavljao je *blažu formu tužilačke istrage*, koja se odlikuje time da postoji *prethodna istraga* u kojoj najznačajniju ulogu ima policija, ali javni tužilac vrši rukovodeću funkciju, koja se praktično vodi sve dok nije poznato ko je osumnjičeni, ali se određene radnje mogu vršiti i u odnosu na lice koje je postalo osumnjičeni, a da zatim *kao posebna faza postoji istraga*, u kojoj dominira tužilac, ali se takođe određeni *elementi prethodne istrage i istrage preplicu* i praktično čine jedan u osnovi zajednički međustadijum pre podnošenja optužnice.³³ Opravdanost razdvajanja dve suštinski *istražne faze* – prethodna istraga i istraga, zasnivala se i na različitim stepenima sumnje u odnosu na te stadijume, pa je tako prethodna istraga mogla biti vođenja dok postoje osnovi sumnje, dok bi se istraga vodila onda kada postoji osnovana sumnja.

S obzirom na predviđenu mogućnost da javni tužilac zatraži od istražnog sudije – koji je, shodno pravilima ZKP Srbije iz 2006. godine o(p)stajao kao oblik sudske funkcionalne nadležnosti, ali sa znatno manjim obimom posla u krivičnom postupku – da preduzme određenu istražnu (dokaznu) radnju, po zahtevu javnog tužioca i onda kada je to neophodno, može se smatrati da takav koncept istrage nije bio potpuno tužilački, odnosno (jedno)stranački, što, inače, odgovara i mnogim komparativnim krivičnoprocesnim, a pre svega kontinentalno-evropskim rešenjima. Ovakva mogućnost bi u našim uslovima bila posebno korisna, ne samo kada su u pitanju tzv. hitne istražne radnje (na primer, u nemačkom krivičnom postupku), već i u onom periodu neminovnog prilagođavanja javnog tužilaštva na svoju novu funkciju.

6.3. Da li je opravdana glorifikacija sudske istrage

Sudska istraga se može posmatrati i kao jedna vrsta *mimikrije*, kojom se policijski ili, ređe, tužilački dokazi „kamufiraju” u sudske dokaze. Iskustvo i statistička analiza jasno pokazuju da javni tužilac rutinski prihvata skoro svaku krivičnu prijavu podnetu od strane policije, i praktično, njen sadržaj samo

u nekadašnjoj Jugoslaviji i tamo istragu vodi istražni sudija, dok je Crna Gora donela novi ZKP, prema kojem istragu vodi državni tužilac, ali je zadržana klasična koncepcija glavnog pretresa tokom kojeg dokazno dominira sud, isto kao što u krivičnom postupku i dalje deluje klasično definisano načelo istine.

33 Više o tome: M. Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, „Službeni glasnik”, Beograd, 2007, str. 840 – 841.

„pretače“ u svoj optužni akt, a zatim, što je poseban pokazatelj neefikasnosti sudske istrage, istražni sudija prihvata skoro svaki zahtev javnog tužioca za sprovođenje istrage.

U manje od jednog procenta slučajeva istražni sudija izražava svoje *ne-slaganje sa zahtevom javnog tužioca*, pa to praktično znači da je istražni sudija pretvoren samo u neku vrstu *transmisije javnog tužioca*, koji je prethodno – transmisija policije, a što onda ima i veoma teške praktične posledice baš po kredibilitet dokaza iz istrage, jer se oni, bez većih problema, prihvataju na glavnom pretresu, budući da se radi o sudskim dokazima, ali se tako, u stvari, indirektno osnažuju dokazi iz policije.

Dakle, upravo je sudska istraga nešto što na mala vrata *uvodi policijske dokaze kao sudske dokaze*. Koncept istrage Zakonika o krivičnom postupku iz 2006. godine bio je daleko procesno *čistije* i u pravnom smislu *poštenije rešenje*, koje su stoga i prihvatile mnoge savremene i demokratske države, jer su tužilački dokazi ipak samo *dokazi stranke koja je u funkciji krivičnog gonjenja* i oni se kasnije moraju *dodatno sudski osnažiti*, ili obrnuto, devalvirati u krivičnom postupku. S druge strane, istražni sudija je ostajao i u novom konceptu, uvedenom Zakonikom iz 2006. godine, ali samo kao *sudska kontrola javnog tužioca*, jer je on mogao obustaviti istragu koju je započeo tužilac, kada prihvati žalbu okrivljenog ili njegovog branioca.

Pored toga, prema ZKP-u iz 2006, a tako je i u drugim sistemima javnotužilačke istrage, samo istražni sudija, odnosno sudija može doneti odluku o bilo kojem ograničenju prava okrivljenog, počev od ograničenja što proističu iz opštih ili posebnih dokaznih radnji, do onih koja se tiču mera za obezbeđenje prisustva okrivljenog, tj. pritvora, jemstva itd. Osim ovoga, kada se radi o dokazima za koje postoji opasnost da neće moći da se ponove na glavnom pretresu, njih može izvoditi istražni sudija na predlog javnog tužioca, što je slično i rešenjima u drugim državama koje imaju dominantno tužilačku istragu.

Postavlja se pitanje da li je osnovana kritika korišćenja dokaza iz istrage koja nije sudska na glavnom pretresu, kada baš sadašnji ZKP, koji mnogi kritičari ZKP-a iz 2006. godine glorifikuju, omogućava saslušanje osumnjičenog od strane policije i pri tom se taj iskaz može koristiti kao dokaz? Ovakva mogućnost postoji i prema ZKP-u iz 2006. godine, ali se njime uvodi dodatna zaštita, jer iskaz dat policiji, ako je ona sama obavila saslušanje, može biti dokaz samo ukoliko je snimljen i audio i video. Ponekad se u kritikama novog koncepta, to jest javnotužilačke istrage prema Zakoniku o krivičnom postupku iz 2006. godine, potpuno pogrešno razume koncept suđenja, jer se svi dokazi izvedeni u prethodnoj istrazi ili istrazi od strane javnog tužioca ili

policije, kojoj je to javni tužilac poverio, svakako moraju, po pravilu, izvoditi ponovo na glavnom pretresu, a pri tom nema razloga da po izuzetku oni ne mogu biti prihvaćeni kao takvi i od strane suda, jer je to slučaj i u svim drugim državama koje imaju tužilačku istragu, osim u većini država koje imaju anglosaksonski pravni sistem (a tamo je istraga, po pravilu, policijska), gde se, po pravilu i skoro bez izuzetka, svi dokazi moraju izvesti na samom suđenju. Međutim, porotno suđenje je sada i u SAD pravi izuzetak u praksi, jer se više od 90 odsto slučajeva završava samo izricanjem sankcije, a na bazi priznanja do kojeg je došlo na osnovu sporazuma sa tužiocem (*plea bargaining*), ili bez njega. Pa i kod nas sada, na primer, samo oko 14 odsto uviđaja vrši istražni sudija, što znači da oko 86 procenata zapisnika o uviđaju koji se koriste kao dokaz proističe iz policijskih uviđaja. Još je upečatljiviji primer pretresanje stana i lica, koje skoro bez izuzetka vrši policija. Kada još uzmemo u obzir mogućnost policije da saslušava osumnjičenog u prekrivičnom postupku, onda se jasno može uočiti koliko se zaista obilato *policijski dokazi* koriste i u našem sadašnjem krivičnom postupku.

Javni tužilac, naravno, jeste stranka u formalnom smislu, samim tim što vrši jednu od dve stranačke funkcije, a i sam ZKP ga striktno (kako onaj iz 2001. tako i ZKP iz 2006.), kao i svakog tužioca, tj. samim tim što je ovlašćeni tužilac, definiše kao stranku. Ali javni tužilac nije isključivo stranka, jer je on, pre svega, državni organ, pa je i to razlog što se njemu može poveriti istraga, te mu se nametnuti dužnost (kao što se to činilo i u ZKP-u iz 2006.) da s jednakom pažnjom ispituje i utvrđuje kako činjenice koje terete okrivljenog tako i one koje mu idu u prilog.³⁴ Isto ili veoma slično rešenje postoji i u dru-

34 Ovdje, naravno, treba imati u vidu i da je u vreme kada je pisan Nacrt Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2006. godine, iz kojeg je proistekao tadašnji ZKP u kojem je prvi put u novijoj istoriji Srbije istraga u krivičnom postupku poverena javnom tužiocu, postojalo čvrsto uverenje da će budući položaj javnog tužioca i javnog tužilaštva u Srbiji biti takav da će se njime maksimalno garantovati efektivna samostalnost javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, te mogućnost da oni u krivičnom postupku zaista deluju *funkcionalno nezavisno*, što je i osnovni faktički preduslov da istraga koju vodi javni tužilac bude nepristrasna. To znači da se javni tužilac tokom svoje istrage u praksi zaista s jednakom pažnjom usmerava kako na one dokaze koji potkrepljuju optužbu tako i na dokaze koji idu u prilog odbrani.

Sadašnji položaj javnog tužilaštva, naročito sistem vrlo stroge hijerarhije unutar javnotužilačke organizacije, i to uslovima prilično nestabilnog pravnog sistema, naročito usled uveliko prolongiranih teškoća nastalih zbog poprilično nespretno sprovedenog postupka opšteg izbora ili reizbora svih nosilaca pravosudnih funkcija, pa i javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, sam po sebi predstavlja ozbiljnu prepreku da većina istraga koju vode javni tužioci zaista bude nepristrasna u meri u kojoj je to realno neophodno, shodno zahtevima pravičnog krivičnog postupka.

gim kontinentalno-evropskim državama u kojima istragu vodi javni (državni) tužilac, kao što je to, na primer, slučaj u Nemačkoj, a to je i razlog što vodeći nemački krivičar profesor C. Roxin zaključuje da državni tužilac uopšte i nije klasična stranka u nemačkom krivičnom postupku,³⁵ već je neka vrsta (para) stranke. Pored toga, to je i razlog što se u mnogim pravnim sistemima javni tužilac smatra sastavnim delom pravosuđa, te da je *bliži sudskoj nego izvršnoj vlasti*, što je načelno veoma dobro rešenje.

Kada je reč opet o Nemačkoj, to je i razlog da u toj zemlji, tj. u nekim njenim pokrajinama (na primer, u Bavarskoj), po pravilu, mladi sudija mora određeno vreme da provede kao javni (državni) tužilac, tj. kao njegov zamenik i obrnuto, javni (državni) tužilac radi neko vreme kao sudija, što onda doprinosi boljoj kasnijoj saradnji i boljem uvidu u rad državnih organa koji su subjekti krivičnog postupka. Ovo nije u svim nemačkim pokrajinama formalno apsolutno obavezno, ali sudija, odnosno državni tužilac koji ne pristane na takvu „razmenu“, nema mnogo šansi da nakon toga napreduje u pravosudnoj hijerarhiji.

S druge strane, to nameće i obavezu države da u svom pravnom sistemu obezbedi maksimalne formalne garancije za funkcionalnu nezavisnost javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, a iz toga proizlazi i prethodno već istaknut problem (kojem će se posvetiti pažnja i dalje u tekstu), realnog nepostojanja dovoljno čvrstih garancija da će javni tužilac u Srbiji, u sadašnjem trenutku biti dovoljno nepristrastan prilikom vođenja istrage, koja mu se (na jedan pravnotehnički veoma loš način, a koncepcijski izuzetno slabo), poverava shodno Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine.

6.4. Procesna verodostojnost dokaza koji potiču iz istrage

Jedna od opcija u reformi našeg krivičnog postupka mogla bi biti i da istraga bude potpuno neformalna, a da samo po izuzetku dokazi iz istrage (kada ih je izveo sudija), mogu da se koriste na glavnom pretresu. Ovo rešenje bi verovatno bilo neadekvatno, jer bi dovelo do toga da se „istraga“ praktično vodi na glavnom pretresu, što bi onda naš krivični postupak toliko opteretilo da bi on verovatno brzo doživeo kolaps. U stvari, ovo bi rešenje samo preimenovalo sadašnji pretkrivični postupak u istragu, mada bi i ono bilo bolje od sadašnjeg (prema pravilima Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine), pretvaranja pretkrivičnog postupka u predistražni postupak, te uz omogućavanje (što se posebno kritikuje u daljem tekstu), da bez posebnih uslova

³⁵ C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*. „Verlag C. H. Beck“, München, 1997, str. 87 – 88.

praktično svaki nesudski dokaz iz tog stadijuma može potom da se koristi i na glavnom pretresu, uz mogućnost utemeljena presude na njemu.

Potpuno neformalni karakter istrage u našim uslovima bi verovatno mogao dovesti i do *neselektivnog optuživanja*, jer kako bi sud koji treba da potvrdi optužnicu uopšte i mogao realno da je procenjuje ako se ona ne bi zasnivala na dokazima, već samo na „podacima o dokazima”, koje bi potom tek trebalo izvoditi na glavnom pretresu.

Tužilačka priroda istrage ne podrazumeva apsolutno isključenje svih dokaza iz istrage na glavnom pretresu, jer bi to bilo apsurdno, a kao primer se posebno može istaći Italija, gde je to prvobitno bilo predviđeno, ali se potom od takvog rigidnog koncepta odustalo (posebno u vezi s postupkom čiji su predmet bila tzv. mafijaška krivična dela), pa tako sada i tamo postoje mogućnosti za određena ne baš preterano uska odstupanja od načela neposrednosti. Međutim, u tom pogledu ipak treba principijelno biti veoma oprezan, te voditi računa da se prema svom dokaznom kredibilitetu načelno nikada ne mogu potpuno izjednačiti dokazi koje je izveo sam sud, odnosno oni dokazi koji su izvedeni pred sudom i pod njegovom kontrolom, sa dokazima izvedenim bez sudske kontrole i od strane nesudskih organa.

Koncepcija Zakonika o krivičnom postupku iz 2006. godine načelno se zasnivala na stavu po kojem nije sporno da tužilački dokazi, tj. dokazi izvedeni od strane javnog tužioca, u principu nemaju isti dokazni kredibilitet kao sudski, ali se njima ipak ne sme odricati bilo kakva dokazna verodostojnost, jer je to, s jedne strane, apsurdno pošto se radi o državnom organu, dok s druge strane, danas i većina evropskih krivičnih procedura dopušta da državni tužilac prikuplja, pa i izvodi određene dokaze u istrazi, odnosno dopušta se da to pod određenim uslovima čini i policija. To uopšte nije sporno, na primer, ni u Nemačkoj, a tamo se samo utvrđuju zakonski uslovi pod kojima se takvi dokazi mogu koristiti na glavnom pretresu, uz pravljenje određene razlike da li dokazi potiču od policije ili državnog tužioca, ali se ni policijski dokazi ne isključuju apriorno, a kamoli državnotužilački. Međutim, ni tamo nije sporno da su sudski dokazi ipak načelno superiorniji od dokaza pribavljenih od strane nesudskih organa.

Zakonik iz 2006. godine, dajući mogućnost za izuzetno korišćenje dokaza izvedenih u istrazi na glavnom pretresu, pošao je od načelne ideje da to mora biti omogućeno kao izuzetak, a da će sud u svakom konkretnom slučaju ceniti verodostojnost pojedinih dokaza, te da će principijelno uvek davati prevagu sudskim dokazima. Da bi to bilo jasnije, a nakon određenih kritika stručne javnosti, predloženim izmenama i dopunama ovog zakonika uvedeni

su posebni dodatni limitirajući kriterijumi za mogućnost da se odluka suda zasniva na takvim dokazima.

S druge strane, veoma široka, praktično neograničena mogućnost korišćenja dokaza koje su u istrazi, odnosno predistražnom postupku, izveli nesudski organi, tj. policija i javni tužilac, koja je uvedena Zakonikom o krivičnom postupku iz 2011. godine (što ćemo posebno objasniti dalje u tekstu), jeste sasvim neopravdana i veoma problematična.

6.5. Odluka o sprovođenju istrage prema koncepciji Zakonika o krivičnom postupku iz 2006. godine

Istraga se prema ZKP-u iz 2006. pokreće *rešenjem o sprovođenju istrage*, koje bi donosio javni tužilac, a protiv kojeg bi bila dozvoljena žalba o kojoj bi rešavao sud u određenom funkcionalnom sastavu, tj. istražni sudija.

Možda površnji posmatrači Zakonika iz 2006. godine, baš zbog korišćenja termina „**istražni sudija**“, zaključuju da istraga u tom zakoniku nije čisto tužilačka, ali je takvo rezonovanje suštinski pogrešno, jer sudija u svakoj tužilačkoj istrazi mora postojati, makar za naređivanje da se preduzimaju posebne dokazne radnje (specijalne istražne tehnike), te zbog donošenja odluka o određenim merama procesne prinude – a kako će on biti označen u terminološkom smislu, nije suviše važno.

U srpskom jeziku u smislu značenja potpuno je istovetno kada se kaže „**istražni sudija**“ ili „**sudija istrage**“, ali je prisvojni genitiv u ovom drugom terminu za srpski jezik prilično neuobičajen i ne smatra se, po pravilu, odlikom dobrog stila, što u određenoj meri važi i za termin „**sudija za istragu**“. Određena razlika u ovom pogledu postoji, na primer, u nemačkom krivičnom postupku, ali je to posledica obeležja nemačkog jezika i pravne terminologije, koja je, na našu žalost, bogatija od naše, pa tako tamo „**Untersuchungsrichter**“ (doslovce – istražujući sudija), označava istražnog sudiju koji sadržinski vodi istragu u sistemu sudske istrage, tj. istražuje, dok je „**Ermittlungsrichter**“ sudija istrage, onaj koji vrši samo neke radnje u sistemu istrage koju vodi državni tužilac.

U većini sistema državnotužilačke istrage, ona se pokreće ili prvom radnjom nadležnog državnog organa, koja je istražnog karaktera, a bez donošenja bilo kakve formalne odluke ili odlukom (najčešće naredbom) protiv koje žalba nije dozvoljena. Takvo je rešenje, svakako, efikasnije i ubrzava postupak, ali ono potencijalno ima i neke slabe tačke, a može biti i veoma loše za osumnjičenog (u BiH je, na primer, bilo slučajeva da se istraga protiv određenog lica

vodi sedam-osam meseci, pa i duže, a da on o tome nema pojma), ali to nekada nije dobro ni za efikasnost istrage. Iako na prvi pogled deluje kao da to istragu čini efikasnijom, to nije uvek tako, jer bi ona tada potencijalno bila neselektivna i praktično bi se vodila po automatizmu u odnosu na sve što se krivično prijavi. Istraga se ne započinje naredbom ni u Nemačkoj, nego tamo započinje prvom radnjom koja se preduzme kada postoji određeni stepen sumnje da je učinjeno krivično delo, a formalno se to tek kasnije konstatuje određenim zaključkom („Beschluss“), koji se ne može pravno pobijati, mada čak i po tom pitanju postoji jedan habilitacioni rad u kojem se dokazuje da se i protiv te „odluke“ može uložiti žalba, ali da to ne bi imalo praktične svrhe.

Ako bi se istraga započinjala naredbom, protiv koje žalba ne bi bila dozvoljena, to bi onda, potencijalno, dovodilo i do nekih procesno čudnih situacija, pri čemu treba posebno imati u vidu i našu dosadašnju praksu, te neke već ustaljene rezone u sudskoj praksi. To bi, pre svega, bio slučaj kada je doneto *rešenje o određivanju pritvora*, protiv kojeg je žalba uvek dozvoljena. Stvar bi bila jednostavna ako bi se ta žalba odbila a rešenje potvrdilo, jer bi onda istraga u svakom slučaju dalje tekla svojim redovnim tokom. Isto bi bilo i ako bi se pritvor ukinuo zbog ocene vanraspravnog veća da ne postoji određeni razlog (pritvorski osnov), na kome se pobijano rešenje zasniva, ali bi do apsurdne situacije došlo ako bi vanraspravno veće konstatovalo da se rešenje o pritvoru ukida, jer uopšte nema *osnovane sumnje* da je lice učinilo krivično delo, a ne zaboravimo, osnovana sumnja je osnovni uslov za određivanje pritvora uz koji onda, kumulativno, mora postojati i još neki Zakonikom alternativno propisan pritvorski osnov.

Formalno mogu postojati osnovi sumnje, kao blaži stepen sumnje u odnosu na viši stepen sumnje – osnovanu sumnju, ali bi to u ovom primeru u praksi dovodilo do veoma nezgodnih situacija. Sve te „nezgodne situacije“ sada su sasvim moguće kada se radi o Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine, za koji je karakteristično da istraga u velikoj meri ima formalan karakter – što se čak odnosi i na predistražni postupak, koji je zamenio pretkrivični postupak – te se pokreće naredbom javnog tužioca protiv koje žalba nije dozvoljena.

6.6. Da li je „sadašnja” sudska „istraga“ (istraga po ZKP-u iz 2001. godine) zaista „prava“ istraga

Pitanje sadržano u ovom podnaslovu može zvučati besmisleno na prvi pogled, jer kako nešto uopšte i može da ne bude ono što je sadržano već u njegovom terminološkom određenju, a naš ZKP (iz 2001.) govori o „istrazi“, koju vodi istražni sudija. Ovo je pitanje, međutim, sasvim logično, jer se tu u stvari misli na to da li istražni sudija uopšte nešto istražuje, te šta on to, vodeći istragu, *sam i autonomno istražuje?*

U praksi, istražni sudija vrlo retko i u neznatnoj meri zaista ima *istraživačku funkciju*, jer su dokazi ili makar informacije koje bi trebalo uobličiti u dokaze već prikupljeni u pretkrivničnom postupku i u stvari, funkcija istražnog sudije u sudskoj istrazi svodi se na jednu vrstu prethodnog filtera u odnosu na ono što je učinjeno u pretkrivničnom postupku, pa on praktično ponavlja niz već obavljenih radnji, što je posebno tipično kada se radi o iskazima svedoka, jer se u istrazi tako, veoma često, saslušavaju kao svedoci lica koja su svoj iskaz prethodno dala u svojstvu građanina pred policijom.

Ovaj sistem nije u ovom delu baš toliko loš sa stanovišta efikasnosti postupka, kao što se na prvi pogled čini, jer se iskaz dat istražnom sudiji, kasnije bez većih formalnih problema, može koristiti kao dokaz u daljem toku postupka. Problem je, međutim, s drugim dokazima, koji u osnovi potiču iz pretkrivničnog postupka, a koji se ovako samo „provlače“ kroz istragu i praktično direktno upućuju na glavni pretres, gde onda mogu ostvarivati i direktan dokazni kredibilitet. Zato što je sudska istraga samo jedna vrsta prethodne provere optužbe (formalno sadržane u zahtevu za sprovođenje istrage), koja je, kao što smo prethodno objasnili, često sasvim rutinska, u našem sadašnjem sistemu prigovor protiv optužnice ne ostvaruje neku značajniju praktičnu svrhu, tj. uopšte, sudska kontrola optužnice izrazito je neefikasna.

S druge strane, čak i ako se istraga onako kako je ona ustrojena prema ZKP-u iz 2001. godine, što u našoj zemlji ima višedecenijsku tradiciju, shvati samo ili pretežno kao svojevrsni filter pred podnošenje optužbe za teža krivična dela (jer istrage nema u skraćenom postupku, gde se mogu vršiti samo određene istražne radnje pre podnošenja optužnog predloga, isto kao što u pogledu velikog broja krivičnog dela istraga nije obavezna faza krivičnog postupka, tj. moguće je neposredno optuženje), to nikako ne znači da takav koncept istrage nema određenu vrednost. Stoga bi se argumentovano mogao braniti i stav da tom sistemu istrage – s obzirom na stanje našeg sadašnjeg pravnog sistema – možda u ovom trenutku treba dati i izvesnu prednost u

odnosu na javnotužilački koncept istrage, bez obzira na to što se autor ovog teksta inače načelno zalaže za istragu koju će voditi javni tužilac.

Naime, kako javni tužioci nisu nezavisni, već samo „samostalni” u vršenju svojih funkcija, te kako je njihov ustavni i zakonski položaj načelno prilično slabiji u odnosu na takav položaj sudija, ni javnotužilačka istraga ne može biti dovoljno nepristrasna, sve dok se ustavni i zakonski položaj javnih tužilaca bitno ne poboljša. Ova konstatacija posebno dobija na težini kada se radi o sistemu javnotužilačke istrage zastupljene u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine. Naime, protiv odluke kojom javni tužilac pokreće istragu (naredba) *žalba nije dozvoljena*, tj. takva odluka već momentom donošenja postaje i pravnosnažna i izvršna, a u smislu člana 7 stav 1 tačka 1 ZKP/2011 smatra se da je tada pokrenut krivični postupak. Tada osumnjičeni stiče i procesno svojstvo okrivljenog (član 2 stav 1 tačka 1 ZKP/2011.). Sve se to dešava *bez ikakve sudske kontrole*,³⁶ što može biti veoma opasno u našim uslovima. Naročito ako u vidu imamo da – bez obzira na to što se, u smislu člana 10 stav 3 tačka 3 ZKP/2011, ograničenja određenih sloboda i prava koja nastupaju pokretanjem krivičnog postupka primenjuju od potvrđivanja optužnice – nastupa čitav niz faktički veoma negativnih posledica, odnosno može nastupiti čim lice stekne svojstvo okrivljenog. Naročito onda kada se protiv njega pokrene istraga. Tu pre svega mislimo na medijsko izveštavanje, koje se, nažalost (kako se to može lako uočiti u nizu upadljivih primera iz prakse), ponekad može svesti i na svojevrсни medijski linč. Stoga je, po našem mišljenju i iz ovih razloga, tj. pre svega radi zaštite ljudskih prava i sloboda, daleko bolji bio koncept istrage zastupljen u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2006.

36 Mehanizam iz člana 312 ZKP/2011, kojim se reguliše postupanje po prigovoru osumnjičenog i njegovog branioca o nepravilnostima tokom istrage, suštinski *nema značaj prave i efektivne sudske kontrole*, jer se takvim prigovorom praktično ne napada naredba o sprovođenju istrage, tj. nije moguće da se prigovor usmeri neposredno protiv naredbe, već se on podnosi kada se radi o odugovlačenju postupka, odnosno drugim nepravilnostima do kojih, po stavu osumnjičenog, odnosno branioca, dolazi tokom već pokrenute istrage.

Čak i ako bi osumnjičeni, odnosno njegov branilac šire tumačili pravo koje imaju u smislu člana 312 stav 1 ZKP/2011, te prigovor podneli direktno protiv naredbe o sprovođenju istrage, smatrajući da nema razloga da se istraga vodi, oni time ništa suštinski ne bi mogli da postignu. Takođe, sudija za prethodni postupak, koji se može aktivirati onda kada viši javni tužilac odbije prigovor odbrane – jer osumnjičeni i njegov branilac mogu sudiji podneti *pritužbu* protiv rešenja višeg javnog tužioca o odbijanju prigovora – ne može obustaviti istragu, već može samo naložiti „da se preduzmu mere za otklanjanje nepravilnosti”. To je prilično nejasna norma, jer ne samo da nije jasno kome se nalaže da preduzme takve mere (misli se verovatno na javnog tužioca koji vodi istragu), već se radi o potpuno instruktivnoj normi, jer nije propisana bilo kakva konsekvencija za slučaj ogлуšenja o takav nalog.

godine (kada je bilo omogućeno da se rešenje o sprovođenju istrage koje je doneo javni tužilac pobija žalbom o kojoj odlučuje istražni sudija) nego što je to slučaj sa načinom regulisanja istrage u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine, koji ne omogućava bilo kakvu efektivnu sudsku kontrolu u odnosu na odluku javnog tužioca kojom se pokreće istraga.

6.7. Koncept istrage u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine – elementi „paralelne istrage” i dokazna aktivnost odbrane tokom javnotužilačke istrage

Ako „tvrdokornim evropskim kontinentalcima“ – ili bar svima koji makar malo veruju u ustaljenu pravnu tradiciju kontinentalne Evrope, bez obzira na to što nije sporno da treba prihvatati i određene prikladne modele koji potiču iz anglosaksonskog prava (poput određene varijante sporazuma o priznanju krivice, nekih elemenata organizacije glavnog pretresa itd.) – moguća buduća adverzijalna konstrukcija glavnog pretresa deluje ne samo prilično neprivačno i egzotično ili pomalo „ekstravagantno“, to dostiže vrhunac s plasiranom idejom o mogućoj budućoj „paralelnoj“ istrazi. Nebitno je što se formalno u Zakoniku o krivičnom postupku ne koristi izraz „paralelna istraga“, niti se uopšte odbrani daje formalna mogućnost da „sprovodi istragu“, dovoljno je što se omogućava *istraživanje* odbrane tokom istrage koju vodi javni tužilac, pa da se konstatuje da to faktički predstavlja tzv. paralelnu istragu.³⁷ Šta bi to i čemu bilo i moglo biti paralelno?

Istrazi koju bi vodio javni tužilac bila bi paralelna „istraga” okrivljenog, odnosno njegovog branioca. Ponekad se navodi da tzv. paralelna istraga postoji u SAD i u drugim državama anglosaksonskog pravnog područja, ali to *nije tačno*. Tamo konkretno uopšte i nema bilo kakve zvanične, odnosno formalne istrage, već istragu u obliku onoga što je kod nas pretkrivični postupak sasvim neformalno vodi policija, a okrivljenom, ako uopšte i sazna da je pod istragom (jer istraga tamo nije javna) i kada sazna (a to će, po pravilu, biti slučaj tek kada ga saslušaju kao osumnjičenog), niko ne brani da, ako to može i ume, ili ima finansijskih sredstava za angažovanje privatnog detektiva, sam vodi neku sopstvenu „istragu“. Međutim, ništa iz te „istrage“ ne može

³⁷ Izraz „paralelna istraga” ni inače nije zakonskog karaktera, već se pretežno koristi u teorijsko-konceptualnom smislu, onda kada se pojedinim zakonima (što je u Evropi veoma retko, a tipičan primer je Italija, mada je i ona menjala svoja zakonska rešenja koja se u praksi pokazuju kao veoma neefikasna) omogućava odbrani da tokom državnotužilačke istrage, u određenom formalnom ili „poluformalnom” obliku pribavlja dokaze koji idu njoj u prilog.

da se koristi kao dokaz na suđenju, isto kao što, uostalom, ni bilo šta drugo iz policijske istrage, osim materijalnih dokaza, kao i iskaza osumnjičenog, može da se koristi na porotnom suđenju. I sad ni kod nas nema nikakvih zakonskih prepreka da se angažuje privatni detektiv, ali ništa što on učini nema nikakvu formalnu vrednost.

U našim bi uslovima ovakva koncepcija istrage, to jest formalizovanje tzv. paralelne istrage, zahtevalo vrlo komplikovanu procesnu regulativu. Na primer, bilo bi veoma teško rešiti pitanje javnosti u istrazi. Kako lica u funkciji odbrane mogu voditi svoju („paralelnu“) istragu kada ne znaju da se istraga uopšte vodi od strane javnog tužioca ili, ako to već znaju, šta mogu činiti kad ne znaju koje radnje vrši javni tužilac? Kakvim bi se mehanizmima moglo obezbediti da okrivljeni može saslušavati svedoke i kakvim bi ih merama on mogao „prinuditi“ da ispune svoje procesne dužnosti?

U novom zakoniku o krivičnom postupku, doduše, sada nije uveden potpuni formalni „paralelizam“ u istrazi, pa tako okrivljeni ne može formalno i zaista istovetno, kao što to može suprotna stranka odnosno javni tužilac, „da ispituje svoje svedoke“ tokom istrage koju protiv njega vodi javni tužilac, ali može da na odgovarajući način prikuplja njihove izjave. To je suštinski slično kao kada bi okrivljeni ispitivao svedoke, ali pri tom te izjave i ne predstavljaju formalne dokaze (slično kao kada su u pitanju izjave koje građani tokom tzv. informativnih razgovora daju policiji), pa i to ukazuje na besmislen *ratio legis* davanja takvih „prava“ okrivljenom. To će u praksi, na šta će biti detaljnije ukazano u ovom tekstu, biti ostvarivo samo ekstremno malom broju okrivljenih, odnosno onima koji spadaju u veoma bogate ljude kao što su to, na primer, „sumnjivi kapitalisti“ obogaćeni u procesu privatizacije, ili kada se radi o nekim specifičnim kategorijama okrivljenih koji poseduju odgovarajuću faktičku moć, poput, na primer, okrivljenih za krivična dela organizovanog kriminala, a naročito liderima kriminalnih organizacija i slično.

Kada bi okrivljeni imao i formalno pravo da ispituje svedoke, tokom svoje „paralelne istrage“ (što bi inače bila još ekstremnija varijanta nego što je to sadašnje rešenje u ZKP-u iz 2011. godine, a spominjala se čak i od strane nekih članova radne grupe kao mogućnost), teorijski bi se mogao konstruisati mehanizam posredne sudske prinude, gde bi se okrivljeni obraćao sudu, koji bi svedoku upućivao poziv i eventualno preduzimao potrebne mere procesne prinude. Međutim, uopšte nije teško zamisliti koliko bi to bilo neefikasno, a često bi takav način preduzimanja radnji, tj. prikupljanja „dokaza“ u „istrazi“ bio sasvim apsurdan. Takav tip istrage bi, pored toga, teško mogao da bude doprinos efikasnijem krivičnom postupku, već bi, verovatno, veoma brzo do-

veo do potpunog kolapsa naše krivične procedure, a to valjda nikome nije cilj. Takva bi istraga bila u praksi i *izrazito nepravična*, jer bi samo jedna izrazita manjina veoma bogatih okrivljenih bila u stanju da vodi „istragu“ angažovanjem privatnih istražitelja, a ostali bi imali samo „golo pravo“, što bi predstavljalo vrhunski cinizam.

Iako, kao što smo prethodno objasnili, ne može biti govora o bilo kakvoj zvaničnoj paralelnoj istrazi u SAD i u drugim državama anglosaksonskog pravnog sistema, određeni elementi takve istrage postoje u Italiji, ali to ne bi trebalo da bude uzor našem predlagачu i zakonodavcu, jer je taj sistem u toj zemlji izrazito neefikasan, prepun ozbiljnih kontradikcija,³⁸ a ne treba ni zaboraviti (što je kod nas već na prvi pogled nemoguće) da u Italiji okrivljeni u svakom slučaju, tj. uvek i bez obzira na zaprećenu kaznu za krivično delo koje je predmet postupka (dakle, čak i za najlakša krivična dela), mora imati branioca.

Javni tužilac je **stranka** u krivičnom postupku i ukoliko se on, shodno novom ZKP-u iz 2011. godine, kao državni organ više ne usmerava na oficijelno utvrđivanje istine (sadašnji član 17 ZKP/06),³⁹ nema nikakvih garancija da će istraga koju on vodi biti *ni iole nepristrasna*. Naime, zašto bi javni tužilac u praksi obraćao bilo kakvu pažnju na dokaze koji idu u prilog odbrani, bez obzira na to što ga Zakonik formalno obavezuje? To znači da onda kada istina više nije cilj krivičnog postupka, odredba člana 6 stav 4 ZKP/2011, po kojoj su javni tužilac i policija dužni da nepristrasno razjasne sumnju o krivičnom delu za koje sprovode službene radnje i da s jednakom pažnjom ispituju činjenice koje terete okrivljenog i one što mu idu u korist, postaje sasvim *relativizovana i obesmišljena*, te se svodi na floskulu koja će veoma teško biti poštovana u praksi.

U novom zakoniku o krivičnom postupku propisano je da osumnjičeni i njegov branilac (ako ga ima) mogu tokom istrage koju vodi javni tužilac samostalno prikupljati dokaze. Realno je da ovo „mogu“ u praksi bude shva-

38 Prosečan krivični postupak u Italiji spada među najduže krivične postupke u svetu, a Italija je i inače često loše prolazila u postupku pred Evropskim sudom za ljudska prava kada je reč o pravu na suđenje u razumnom roku.

39 Drugačije je u drugim evropskim kontinentalnim krivičnim postupcima, gde je istraga takođe svrstana u nadležnost državnog tužioca, ali je državni tužilac (dakle, ne ni samo sud) dužan da utvrđuje istinu i da s jednakom pažnjom prikuplja kako dokaze koji idu u prilog optužbi tako i one koji koriste odbrani. To je i razlog (što je objašnjeno u prethodnim segmentima ove knjige, kada je citiran i ugledni nemački autor prof. dr *Claus Roxin*) da se državni tužilac u nemačkom krivičnom postupku (slično kao i u drugim tipičnim evropsko-kontinentalnim krivičnim procedurama) uopšte i ne smatra klasičnom procesnom strankom.

ćeno kao „treba” ili čak „moraju”, a to će, svakako, dovesti do ogromnih problema i izrazitih nepravdičnosti, te se time na izvestan način potencijalno može povrediti i pretpostavka nevinosti. Naime, istraga koju bi okrivljeni vodio „paralelno” sa istragom javnog tužioca praktično bi se svela na „istraživanje” u korist odbrane, tj. nije jasno protiv koga bi se ona usmerila. To bi se moglo shvatiti i kao svojevrsna „dužnost” okrivljenog da dokazuje, odnosno „istražuje” *sopstvenu nevinost*.

6.7.1. Prikupljanje dokaza od strane odbrane tokom istrage javnog tužioca

Osumnjičeni i njegov branilac mogu samostalno prikupljati dokaze u korist odbrane (član 301). Radi se o normativnoj razradi teorijske koncepcije, o tzv. paralelnoj istrazi, bez obzira na to što se sam izraz „paralelna istraga” striktno ne spominje u Zakoniku o krivičnom postupku. Ne samo što je ta pravnotehnička normativna realizacija takve dubiozne koncepcije, što će biti posebno objašnjeno dalje u tekstu, sama po sebi poprilično nekvalitetna, nekonzistentna, te zasnovana na nerealnom početnom pristupu, već je i sama koncepcija paralelne istrage veoma sumnjiva i suštinski protivna osnovnoj procesnoj logici, po kojoj je primarna svrha istrage prikupljanje dokaza koji će neki početni stepen sumnje (sada je to „osnov sumnje”) pojačati u meri potrebnoj da se može ući u narednu procesnu fazu, tj. u procesni stadijum optuženja. Ili bi se, suprotno, moglo konstatovati da je potrebno obustaviti krivični postupak.. Samo u sudskoj istrazi, svrha istrage može biti i bitno proširena, kao što je to slučaj sa istragom koju vodi istražni sudija, što će se detaljnije objasniti dalje u tekstu.

Kakve su šanse osumnjičenog bez branioca, pa i onda kada ima branioca, da samostalno obezbeđuje dokaze? Kako bi, na primer, osumnjičeni saslušavao svedoke? Radi se o potpuno nerealnoj i poprilično besmislenoj normi. Konačno, šta to okrivljeni uopšte i istražuje, tj. prema kome je usmerena takva paralelna istraga kada za okrivljenog važi pretpostavka nevinosti?

Ovde treba posebno imati u vidu i **slučaj sa okrivljenim koji se nalazi u pritvoru**. Naime, i on bi, u skladu sa članom 301, imao *pravo da prikuplja dokaze*, a kako pritvoreni okrivljeni to svoje pravo može ostvariti kada se nalazi u pritvoru, a takođe s obzirom na to da se jedan broj razloga za pritvor baš i tiče opasnosti od *dokazne opstrukcije usled delovanja okrivljenog* koji bi bio na slobodi, kao kada je u pitanju određivanje pritvora zbog koluzione opasnosti, ili kada se radi o postojanju okolnosti koje ukazuju da će uništi-

ti, sakriti, izmeniti ili falsifikovati dokaze? Ovom pitanju ćemo još pokloniti pažnju kada budemo komentarisali stranačko ispitivanje svedoka, te nagoveštenu mogućnost pripreme svedoka koga kao svedoka predlaže konkretna stranka (direktno ispitivanje), a što je, pored ostalog, u određenoj kontradikciji sa postojanjem jednog od „klasičnih” razloga za pritvor, a to je postojanje osobitih okolnosti koje ukazuju da će okrivljeni ometati postupak uticanjem na svedoke, saučesnike ili prikrivače.

Ne samo što jedino veoma bogati okrivljeni mogu da prikupljaju dokaze u prilog svoje odbrane (a notorna je činjenica da danas ogromna većina građana Srbije živi veoma skromno, a mnogi spadaju u siromašne, pa čak i ekstremno siromašne), već je davanje formalne mogućnosti odbrani da samostalno prikuplja dokaze skopčano i s drugim potencijalno veoma ozbiljnim problemima, koji u perspektivi mogu da kompromituju ne samo organe krivičnog pravosuđa već i samu državu i njen pravni sistem.

Zamislimo samo kako bi se osećao prosečan građanin da od njega okrivljeni za krivično delo organizovanog kriminala, a medijski već eksponiran kao „opasan čovek“ (možda višestruki povratnik i sl.), ili, što bi bilo tipičnije, privatni „detektiv“, odnosno branilac takvog okrivljenog, „ljubazno ili manje učtivo“ zatraže izjavu ili „zamole” da uđu u privatne prostorije, odnosno da preuzimaju predmet i isprave koje mogu koristiti kao „pomoćni” materijal u toku ispitivanja svedoka ili provere verodostojnosti iskaza svedoka... Zar ne bi to mnogi građani doživeli kao svojevrsnu neprijatnost ili čak kao opasnost, odnosno u nekim situacijama skoro kao specifično „iznuđivanje iskaza“? Nije ovde samo u pitanju svojevrsna „privatizacija“ krivičnog postupka, odnosno unošenje elementa „privatne inicijative“ u istragu, već je takva, u osnovi „ekstravagantna“ mogućnost potencijalni izvor vrlo ozbiljnih problema.

Dalje se koncept „paralelne istrage“ detaljnije razrađuje u Zakoniku o krivičnom postupku tako što je propisano da ako osumnjičeni ili njegov branilac smatra da je potrebno preduzeti određenu dokaznu radnju, predložiće javnom tužiocu da je preduzme (član 302 stav 1).

Dakle, stranka se obraća protivnoj stranci koja bi trebalo da u njenu korist preduzme određene dokazne radnje. Ne zvuči baš realno i ostvarljivo, a ni pravično.

Ako javni tužilac odbije predlog osumnjičenog, odnosno njegovog branioca, ili o takvom predlogu ne odluči u roku od osam dana od dana podnošenja predloga, osumnjičeni ili njegov branilac može podneti predlog sudiji za prethodni postupak, koji odluku o tome donosi u roku od osam dana. Ako

sudija za prethodni postupak usvoji takav predlog, naložice javnom tužiocu da preduzme dokaznu radnju i odrediti mu za to rok.⁴⁰

Neverovatno je koliko se u novom ZKP-u promovira dokazna pasivnost suda. Sud se praktično na sve načine „drži po strani“ od izvođenja dokaza, kako „slučajno ne bi nepozvan zašao u taj isključivo *stranački zabran*“. Pa zar ne bi bilo mnogo logičnije da, kada u smislu člana 302 stav 3, sudija za prethodni postupak usvoji predlog osumnjičenog i njegovog branioca da se preduzme određena dokazna radnja, tu radnju tada izvede sam sudija za prethodni postupak, nego da on u takvoj situaciji to nalaže javnom tužiocu?

Kakve su šanse da javni tužilac koga sudija za prethodni postupak praktično „primorava“ na sprovođenje dokazne radnje, koju on prethodno nije želio da izvede, te je i formalno odbio predlog odbrane da se takva radnja preduzme, prilikom njenog vršenja postupka na kvalitetan način? To će, naravno, u praksi zavisiti i od ličnosti konkretnog javnog tužioca, njegove savesnosti i drugih, pretežno subjektivnih faktora, ali se i iz tog razloga načelno radi o veoma lošem rešenju, jer ne može zakonodavac takvo pitanje rešavati po „sistemu lepih želja“, tj. nadati se da će svaki konkretan javni tužilac dobronamerno prihvatiti nalog sudije za prethodni postupak i „dati sve od sebe“ da najbolje moguće sprovede dokaznu radnju, koju prethodno nije smatrao potrebnom, a na šta ga zatim, izdavanjem naloga, „primorava“ sudija za prethodni postupak.

Pored toga, zakonodavac nije rešio ni pitanje mogućeg oglušenja javnog tužioca o nalog sudije za prethodni postupak odnosno o rok koji mu je dat za preduzimanje konkretne dokazne radnje u smislu člana 302 stav 3. Radi se o instruktivnom roku, isto kao što ne postoji ni konkretan procesni mehanizam kojim bi sudija za prethodni postupak efektivno „primorao“ javnog tužioca da postupi po njegovom „dokaznom nalogu“, onda kada javni tužilac ne postupi

40 U poslednjoj verziji Nacrta novog ZKP-a bilo je još nekoliko drugih krajnje besmislenih odredbi, pa je tako bilo propisano sledeće: ako javni tužilac, i pored naloga sudije za prethodni postupak, ne preduzme dokaznu radnju u ostavljenom roku, tu radnju bi, na predlog osumnjičenog ili njegovog branioca, preduzeo sudija za prethodni postupak ili bi naložio organu policije da to uradi.

Dakle, u Nacrtu ZKP-a postojala je i jedna krajnje ekstremna varijanta: kada se javni tužilac ogluši o zahtev sudije za prethodni postupak, tj. onda kada u roku koji mu je sudija odredio za preduzimanje dokazne radnje u korist odbrane, takvu radnju ne preduzme, sudija za prethodni postupak može alternativno, takvu radnju: 1) sam preduzeti, ili 2) izdati nalog policiji da ona takvu radnju preduzme u korist odbrane. Ovo je bilo *neverovatno rešenje*, jer bi ono značilo da će *policija koja je podnela krivičnu prijavu vršiti radnje u korist odbrane u istrazi* čije je vođenje ona sama inicirala svojom krivičnom prijavom !!!

po njemu, ili drastično prekoračuje rok koji mu je za to dat u smislu člana 302 stav 3. Dakle, očigledno je u pitanju sasvim nerealna norma, čiji *ratio legis* pri tom uopšte nije jasan, osim što se i ovde može jasno uočiti skoro neverovatna upornost tvorca novog Zakonika o krivičnom postupku da nikako ne dopuste ni minimalnu samostalnu dokaznu aktivnost suda.

Osumnjičeni koji je saslušan i njegov branilac dužni su da odmah po svom samostalnom pribavljanju dokaza obaveste javnog tužioca o tome, te da mu pre završetka istrage omoguće razmatranje spisa i razgledanje predmeta koji služe kao dokaz (član 303 stav 3 ZKP/11). Ovo znači da osumnjičeni, koji može biti i nepismen, odnosno njegov branilac, koji uopšte ne mora biti advokat krivičar, moraju, odnosno mogu voditi neku vrstu svoje „istrage“, u vidu prikupljanja dokaza u prilog odbrane, te o njenim rezultatima obavestiti protivnu stranku, tj. javnog tužioca. Ovim se u formi navodne potpune stranačke ravnopravnosti, te uz pokušaj da se i sama istraga, protivno svojoj procesnoj logici, adverzijalno tj. stranački ustroji – praktično uvodi kategorija odgovarajuće „kooperativnosti“ odbrane u odnosu na javnog tužioca tokom istrage, koju on formalno vodi. Ipak je u pitanju „prazna“ norma, jer kakve bi konsekvencije snosila odbrana ako u istrazi na ovakav način ne bi *sarađivala* s javnim tužiocem, tj. pokazala kooperativnost u odnosu na suprotnu stranku?

Stav 3 člana 302 ZKP/2011. vrlo bi se lako mogao *donekle popraviti*, tako što bi se modifikovao na sledeći način:

Kada sudija za prethodni postupak usvoji predlog iz stava 2 ovog člana, on će preduzeti predloženu dokaznu radnju i o tome, uz dostavljanje zapisnika i drugih materijala o sprovedenoj dokaznoj radnji, obavestiti javnog tužioca.

6.7.2. Neravnopravan položaj odbrane u istrazi i „primoravanje“ odbrane na saradnju sa javnim tužiocem tokom istrage

Kao što je prethodno već objašnjeno, u Zakoniku se daju određene mogućnosti za prikupljanje dokaza i materijala u korist odbrane (član 301 ZKP/2011.), što ne samo da je loše formulisano u pravnotehničkom smislu (kakva je, na primer, razlika između „dokaza“ i „materijala“ u korist odbrane), već je i poprilično nerealno i eventualno može koristiti samo malom sloju veoma bogatih okrivljenih. Međutim, iako je navodna intencija zakonodavca da se u svim fazama postupka, pa i u istrazi, uvodi maksimalna „raspravnost“, već se u članu 303 ZKP/2011 može uočiti kome zakonodavac praktično „drži stranu“.

Prema članu 303 stav 1 ZKP/2011, javni tužilac je dužan da osumnjičenom koji je saslušan i njegovom braniocu omogući da *u roku koji je dovoljan*

za *pripremanje odbrane* razmotre spise i razgledaju predmete koji služe kao dokaz, a nakon toga (član 303 stav 2) javni tužilac poziva osumnjičenog i njegovog branioca da u *određenom roku* stave predlog za preduzimanje određenih dokaznih radnji. Potpuno je prepušteno slobodnoj volji javnog tužioca da odredi *primereni rok*, kako onaj za pripremanje odbrane (što je posebno osjetljivo) tako i rok za davanje dokaznih predloga. Na takvo određivanje roka od strane javnog tužioca odbrana nema mogućnost ulaganja žalbe, niti formalno može zahtevati produženje roka, što je sve suprotno suštinskim aspektima načela pravičnog vođenja krivičnog postupka i predstavlja očigledan primer neravnopravnog položaja subjekata koji vrše suprotstavljene stranačke funkcije.

Posebno je za odbranu neugodna, pa i potencijalno opasna odredba člana 303 stav 3 ZKP/2011, po kojoj su osumnjičeni koji je saslušan i njegov branilac dužni da po prikupljanju dokaza i materijala u korist odbrane obaveste javnog tužioca o tome i da mu pre završetka istrage omoguće razmatranje spisa i razgledanje predmeta koji služe kao dokaz. Dakle, od odbrane, odnosno od samog osumnjičenog i njegovog branioca, *oficijelno se zahteva da sarađuju s javnim tužiocem tokom istrage*. Radi se o besmislenoj normi, koja, doduše, neće imati većeg praktičnog značaja, jer nije predviđena neka posebna procesna sankcija za oglašavanje odbrane o sopstvenu „dužnost“ saradnje s javnim tužiocem. Međutim, ipak se ne radi o „benignoju“ odredbi, jer se može pretpostaviti da će javni tužilac odbijanje „saradnje“ eventualno faktički sankcionisati sopstvenom nefleksibilnošću u pogledu prethodno objašnjenih rokova za pripremanje odbrane i stavljanje dokaznih predloga odbrane tokom istrage (član 303 st. 1 i 2 ZKP/2011.).

6.7.3. Svrha istrage u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine

Kolika je konfuzija, pa i neuočavanje suštinskih distinktivnih elemenata javnotužilačke i sudske istrage, nažalost, postojala kod tvorca novog Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine, može se lako uočiti i analizom člana 295 stav 2 tog zakonika, u kojem se definiše svrha nove javnotužilačke istrage. Da bi ovo važno pitanje bilo bolje razjašnjeno, mora se poći od sumarne analize normativno uređene svrhe tipične sudske istrage.

Svrha sudske istrage, tj. one koja se vodi u skladu sa Zakonikom o krivičnom postupku iz 2001. godine (a tako je kod nas bilo već decenijama) jeste *funkcionalnog karaktera* u odnosu na određene *relevantne dokaze* i ima tri aspekta: 1) aspekt *dokazivosti optužbe* – prikupljanje dokaza i podataka koji

su potrebni da bi se moglo odlučiti da li će se podići optužnica ili obustaviti postupak, 2) aspekt omogućavanja eventualnog delovanja *izuzetka u odnosu na načelo neposrednosti* – prikupljanje dokaza za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu ili bi njihovo izvođenje bilo otežano, te 3) aspekt *svrsishodnog delovanja* – prikupljanje drugih dokaza koji mogu biti od koristi za postupak, a čije se izvođenje, s obzirom na okolnosti slučaja, pokazuje celishodnim.⁴¹

Kada je istraga javnotužilačka, nema nikakve svrhe, odnosno to bi bilo *i nelogično i nepravično*, da se kao njen cilj, osim prikupljanja dokaza koji su potrebni za odlučivanje da li će se podići optužnica ili obustaviti postupak, utvrđuju i *dokazi za koje postoji opasnost da neće moći da se ponove na glavnom pretresu*. To jest, to bi se moglo raditi i u javnotužilačkoj istrazi, a mi mislimo da bi to i trebalo da se čini, ali ne od strane javnog tužioca koji i inače vodi istragu, već bi takve radnje trebalo da preuzima sudija (bilo da se označi kao sudija za prethodni postupak, kao što je to učinjeno u ZKP-u Srbije iz 2011, ili kao sudija za istragu, kao što je to, na primer, u Crnoj Gori ili u Nemačkoj),⁴²

Potpuno suprotno jednostavnoj procesnoj logici da javni tužilac u istrazi koju sam vodi ne bi trebalo neposredno da prikuplja dokaze za koje je izvesno ili veoma verovatno da kasnije neće moći da se ponove na glavnom pretresu, ili bi to bilo skopčano s velikim teškoćama, već da bi to, onda kada takva situacija nastane, trebalo poveriti određenom obliku sudske funkcionalne nadležnosti – naš zakonodavac ovo pitanje rešava na loš način. S jedne strane, on svrhu nove javnotužilačke istrage definiše veoma slično kao što je to učinjeno i u ZKP-u iz 2001. godine, tj. kada se radi o sudskoj istrazi, a potom uopšte ne propisuje mogućnost da takve dokazne radnje, umesto javnog tužioca, od-

41 Više o tome: M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Službeni glasnik”, Beograd, 2011. str. 369.

42 Nemački izraz „Ermittlungsrichter” bi se najadekvatnije mogao prevesti na naš jezik kao „sudija za istragu”, ili eventualno kao „sudija istrage”. Kao što smo to već objašnjavali i u prethodnim segmentima knjige, u Nemačkoj postoji razlika između takvog sudije (*Ermittlungsrichter*) i tipičnog, odnosno klasičnog *istražnog sudije* (*Untersuchungsrichter*), koji inače i sada (što je u praksi veoma retko), može voditi istragu kada se radi o nekim specifičnim krivičnim delima protiv države, u pogledu kojih se vodi poseban krivični postupak pred nemačkim Saveznim sudom. Dakle, takav sudija istragu ne vodi, već samo potencijalno sprovodi određene tzv. hitne sudske radnje u državnotužilačkoj istrazi. Pored toga, ovaj oblik sudske funkcionalne nadležnosti u nemačkom krivičnom postupku odlučuje o određenim merama procesne prinude kao što je to pritvor, ili o preduzimanju određenih specijalnih istražnih radnji u pogledu krivičnih dela organizovanog kriminaliteta itd.

nosno po njegovom zahtevu (tu bi, naravno, došao u obzir i zahtev odbrane), preduzme odgovarajući funkcionalni oblik suda, a to bi u smislu novog zakonika pre svega mogao biti sudija za prethodni postupak.

Prema odredbi člana 295 stav 2 Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine, u istrazi se prikupljaju dokazi i podaci potrebni da bi se moglo odlučiti da li će se podići optužnica ili obustaviti postupak, dokazi koji su potrebni da se utvrdi identitet učinioca, dokazi za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu ili bi njihovo izvođenje bilo otežano, kao i drugi dokazi koji mogu biti od koristi za postupak, a čije se izvođenje, s obzirom na okolnosti slučaja, pokazuje celishodnim.

Svrha istrage je u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine definisana veoma široko, čak donekle i šire u odnosu na ZKP iz 2001. godine, što je potpuno suprotno prirodi javnotužilačke istrage. Odnosno, i tako bi se mogao formulirati cilj istrage, bez obzira na to što je vodi javni tužilac, ali samo ako bi se omogućilo da dokazne radnje čija svrha nije odlučivanje o podizanju optužnice ili obustavi postupka umesto javnog tužioca primarno izvodi sudija. Ovo se pre svega odnosi na dokazne radnje usmerene na dokaze za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu, ili bi njihovo izvođenje bilo otežano. Takvo logično rešenje je i inače tipično za mnoge druge države u Evropi, koje imaju državnotužilačku istragu, poput, na primer, Nemačke, Austrije, a u našem okruženju tako je u Republici Srpskoj, odnosno u BiH.

Koji je *ratio legis* tako lošeg zakonskog rešenja u pogledu svrhe istrage, a povezano s nadležnošću u istrazi, ili bolje rečeno takve nadobudne zadrtošti tvoraca novog Zakonika o krivičnom postupku – nije sasvim jednostavno odrediti, a moglo bi se dati nekoliko mogućih objašnjenja.

Moguće je da se prosto radi o *potpunom nerazumevanju* problema, te jednostavno neshvatanju da uopšte nije moguće, odnosno da je besmisleno istragu tako simplifikovano (što bi se reklo: „potezom pera“) prebaciti iz sudske u javnotužilačku nadležnost, a da pri tom sve bitno ostane manje-više kao što je bilo, tj. da javni tužilac vrši skoro sve ono što je nekada radio istražni sudija, po sistemu „brigo moja, pređi na drugoga“.

Sasvim drugačija priroda javnotužilačke i sudske funkcije, uz bitno različiti ustavni i zakonski položaj suda i javnog tužilaštva, onemogućavaju da sada javni tužilac sasvim jednostavno „supstituiše“ istražnog sudiju i vodi istragu potpuno isto ili veoma slično, kao što je to činio i istražni sudija i uz istovetni dokazni kredibilitet dokaznih radnji sprovedenih u istrazi. To je načelno tako, bez obzira na to što mi inače principijelno ne negiramo neop-

hodnost da javni tužilac u praksi deluje samostalno, odnosno funkcionalno nezavisno i što se on, kako smo prethodno objasnili, u tipičnim evropsko-kontinentalnim krivičnim procedurama i ne smatra klasičnom krivičnoprocesnom strankom, već se zbog toga što je državni (javni) tužilac primarno državni organ, zaključuje da on načelno može voditi istragu na nepristrastan način, te u svojoj istrazi poklanjati jednaku pažnju kako dokazima koji terete okrivljenog tako i onima što idu u prilog odbrani. Međutim, i pored toga, ni u jednom evropskom sistemu državnotužilačke istrage, dokazne (istražne) radnje koje je u istrazi sproveo državni (javni) tužilac načelno nemaju isti stepen dokaznog kredibiliteta u odnosu na one dokazne radnje koje je sproveo sud, niti je moguće da se u daljem toku krivičnog postupka sasvim jednostavno „koriste” dokazni rezultati radnji državnog (javnog) tužioca, poput čitanja zapisnika o prethodno sprovedenim radnjama.

Kao što ćemo to detaljnije objašnjavati dalje u tekstu i kao što je to i prethodno već istaknuto, u državama koje imaju najtipičnije adverzijalno konstruisane krivične postupke, poput Sjedinjenih Američkih Država (a gde je istraga pretežno policijska i sasvim neformalna, te suštinski veoma slična našem sadašnjem ili možda „nekadašnjem” pretkrivičnom postupku), uopšte nije moguće da se kao dokaz u formalnom krivičnom postupku, odnosno na samom suđenju, koristi bilo koji dokaz do kojeg je došao nesudski organ, bez obzira na to da li se radi o državnom tužiocu ili policiji, osim kada se radi o nespornim materijalnim dokazima, poput tragova i predmeta krivičnog dela.

Iskazi, kao tzv. lični dokazi u tipičnim adverzijalno konstruisanim krivičnim procedurama, kao što je to, na primer, u SAD, jednostavno nisu dopušteni kao dokazi na suđenju, ukoliko nemaju „sudski karakter”, pa tako, na primer, ako je izjavu u svojstvu „svedoka” policiji ili samom državnom tužiocu dao građanin, koji je potom preminuo pre početka suđenja, takav „dokaz” definitivno propada, odnosno nije moguće da čitanje izjave tog lica (on formalno i nije svedok), zameni njegov „živi” iskaz. Iskaz dat policiji, odnosno državnom tužiocu, ili bilo kojem drugom subjektu, odnosno organu koji nema karakter suda, jednostavno uopšte i nije dokaz.

Nije nemoguće ni da se radi o jednoj skoro ideološkoj ostrašćenosti i zaslepljenosti, po kojoj se uloga suda u istrazi **mora** svesti na „najnužniji minimum“. To se ogleda i u tome što zakonodavac nije ostavio mogućnost (koja bi bila sasvim logična, kao što je to objašnjeno u prethodnom tekstu) da onda kada sudija za prethodni postupak, pošto nije uspeo da „prinudi“ javnog tužioca na preduzimanje dokazne radnje u korist odbrane (član 302), takvu radnju sam preduzme. Time ne samo da bi konkretna dokazna radnja načelno ostva-

rivala viši stepen dokaznog kredibiliteta u krivičnom postupku, već bi to bilo i jedino logično rešenje. Naime, ne samo što „primoravanje“ javnog tužioca na radnju koju on prethodno nije smatrao potrebnom nije efikasno iz prostog razloga što je tada, po logici stvari, veoma teško, tj. nerealno očekivati neki veliki entuzijazam i posvećenost kod javnog tužioca, kao ni efikasnost i kvalitet u vršenju takve radnje, već i stoga što su kako rok za javnog tužioca u smislu člana 302 stav 3 tako i sama dužnost preduzimanja dokazne radnje, naložene od strane sudije za prethodni postupak, u osnovi instruktivnog karaktera.

Konačno, moguće je da se i ovde, tj. u pogledu ideje da se bez nekih posebnih iole ozbiljnih uslova svi nesudski dokazi koji potiču iz istrage, pa i iz predistražnog postupka, mogu sasvim jednostavno uvesti u sam krivični postupak, odnosno suđenje, uz mogućnost da se presuda zasniva na njima, radi o promovisanju ideje o „potrebi nad potrebama” ili „idealu nad idealima”, „cilju nad ciljevima” i sl, a to je da krivični postupak bude što je moguće efikasniji. Pri tom se efikasnost primarno i naglašeno poistovećuje sa *brzinom krivičnog postupka*, iako nesporno – *brzina i efikasnost nisu sinonimi*, a u konkretnom slučaju, normativno rešenje koje ovde analiziramo ni u kom slučaju neće doprineti ni brzini niti efikasnosti budućeg krivičnog postupka.

Moguće je da su tvorci Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. sasvim uprošćeno rezonovali da bi obraćanje javnog tužioca sudiji za prethodni postupak u pogledu izvođenja dokaza za koje postoji opasnost da neće moći da se ponove na glavnom pretresu odugovlačilo istragu, a samim tim i ceo krivični postupak, pri čemu su možda smatrali i da za tim nema neke posebne potrebe, jer se (što je takođe poprilično loše) u Zakoniku omogućava da se svi dokazi koje je javni tužilac izveo u istrazi mogu praktično bez posebnih problema i uslova koristiti i na glavnom pretresu, te se i presuda na njima može zasnovati. Radi se o potpuno pogrešnoj logici, koja je proizvela jedno veoma nepravilno zakonsko rešenje.

6.7.4. Poveravanje pojedinih dokaznih radnji tokom istrage koju vodi javni tužilac

U toku istrage javni tužilac može poveriti preduzimanje pojedinih dokaznih radnji javnom tužiocu koji postupa pred sudom na čijem području treba preduzeti te radnje, a ako je za područja više sudova određen jedan sud za pružanje pravne pomoći – javnom tužiocu koji postupa pred tim sudom (član 299 stav 1). Javni tužilac kome je povereno preduzimanje pojedinih dokaznih radnji preduzeće po potrebi i druge dokazne radnje koje sa ovim stoje u vezi

ili iz njih proističu (član 299 stav 2). Ako javni tužilac kome je povereno preduzimanje pojedinih dokaznih radnji nije za to nadležan, dostaviće predmet nadležnom javnom tužiocu i o tome obavestiti javnog tužioca koji mu je predmet dostavio (član 299 stav 3)

Javni tužilac može poveriti policiji izvršenje pojedinih dokaznih radnji u skladu sa odredbama Zakonika o krivičnom postupku (član 299 stav 4).

Dakle, u članu 299, koji se odnosi na poveravanje dokaznih radnji u toku javnotužilačke istrage, javni tužilac može takve radnje poveriti drugom javnom tužiocu ili policiji, a nije propisana i mogućnost da se takve radnje povere sudiji za prethodni postupak, ukoliko je verovatno da one neće moći da se ponove na glavnom pretresu.

Praktično svi zakoni(ci) o krivičnom postupku u kojima je istraga tužilačka omogućavaju da neke radnje vrši sud (tzv. hitne sudske radnje), onda kada postoji opasnost da one neće moći da se ponove na glavnom pretresu.

Ratio legis takvih zakonskih rešenja u većini država kontinentalne Evrope u kojima je istraga državnotužilačka (na primer, u Nemačkoj i Austriji, pa i u nama susednoj Crnoj Gori i BiH), jeste veoma racionalan i svodi se na logičan principijelan stav da su načelno radnje koje je sproveo sud uvek nešto višeg stepena dokaznog kredibiliteta nego one koje je sproveo javni (državni) tužilac.

Dakle, iako i radnje javnog (državnog) tužioca mogu pod određenim uslovima ostvarivati odgovarajuću dokaznu verodostojnost i na glavnom pretresu (na primer, čitanje zapisnika o iskazu svedoka koji je umro), to treba da bude *krajnje izuzetna mogućnost*, zbog čega se i propisuje da se određeni oblik sudske funkcionalne nadležnosti, zarad obezbeđenja dokaza u pogledu kojih postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu, može angažovati u državno(javno)tužilačkoj istrazi.

Takva racionalna rešenja, nažalost, nisu prihvaćena u novom zakoniku o krivičnom postupku Srbije, što je verovatno posledica načelnog stava tvoraca Zakonika da je potrebno maksimalno i po svaku cenu rasteretiti sud, a što veći teret svaliti na tužioca, uz, naravno, prethodno već objašnjenu naopak ideju da je moguće vrlo jednostavno („potezom pera“) istražnog sudiju zameniti javnim tužiocem, tj. lakonski omogućiti da skoro sve ono što je u sudskoj istrazi vršio istražni sudija sada u javnotužilačkoj istrazi preduzima javni tužilac.

Prethodno objašnjeni nedostaci člana 299 novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije mogli bi se ispraviti inkorporisanjem u taj član Zakonika tri nova stava, kojima bi se, kao što je to i inače svojstveno većini kontinental-

no-evropskih zakon(ik)a o krivičnom postupku, shodno kojima je istraga državno/javnotužilačka, da u određenim situacijama konkretne dokazne radnje sprovodi sudija.

To znači da bu se i u članu 299 ZKP/2011 na sledeći način mogla dodati **nova tri stava**:

Stranke i branilac mogu predložiti sudiji za prethodni postupak da ispita određenog svedoka, ako je verovatno da svedok zbog bolesti, starosti ili drugih važnih razloga neće moći da bude ispitan na glavnom pretresu.

Ako sudija za prethodni postupak usvoji predlog iz stava 5 ovog člana, on će omogućiti da ispitivanju svedoka prisustvuju stranke i branilac, kojima sudija za prethodni postupak dostavlja zapisnik o ispitivanju svedoka.

Ako se sudija za prethodni postupak ne složi sa predlogom iz stava 5 ovog člana, zatražiće da o tome odluku donese veće iz člana 21 stav 6 ovog zakonika.

7. Potpuno adverzijalna organizacija glavnog pretresa uz promovisanje izrazite dokazne pasivnosti suda u novom zakoniku o krivičnom postupku Srbije

Svaki savremeni krivični postupak zasniva se na načelu raspravnosti, što je, pre svega, karakteristično za osnovnu krivičnoprocesnu fazu – glavni pretres, odnosno *suđenje u užem smislu*. Zavisno od uloge koju na glavnom pretresu ima krivični sud, što se svodi na stepen njegove procesne, a pre svega dokazne aktivnosti, postoje dva osnovna tipa krivičnih postupaka u uporednopravnom smislu: 1) evropsko-kontinentalni i 2) adverzijalni, koji se tradicionalno, najčešće označava kao „anglosaksonski”.⁴³ U teorijskom smislu se ovde govori i o dva osnovna modela izvođenja dokaza. To su: 1) unilateralni metod, kod kojeg sud izvodi dokaze i 2) bilateralni metod, koji se odlikuje time da je prepušteno tužiocu i okrivljenom, tj. strankama da izvode dokaze, pri čemu su moguće i kombinacije tih metoda.⁴⁴

Ponekad se uprošćeno, što je posebno karakteristično za autore iz anglosaksonskih pravnih područja, kontinentalno-evropski sistem označava kao

43 Više o tome: M. Škulić, „Osnovi uporednog krivičnog procesnog prava i osnovni problemi reforme krivičnog postupka Srbije”, zbornik *Kaznena reakcija u Srbiji* (prir. prof. dr Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, str. 54 - 125.

44 Više o tome: M. Damaška, *Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2001., str. 13 – 19.

inkvizitorski, a anglosaksonski kao akuzatorski, ali takvo terminološko određenje u osnovi nije korektno, jer iako kontinentalno-evropski sistem sadrži određene inkvizitorske elemente, on u stvari predstavlja jedan mešoviti sistem, kao što ni brojni anglosaksonski sistemi više nisu čisto akuzatorskog tipa.

Većina država kontinentalne Evrope ima mešovite krivične postupka, sa izuzetkom Italije, koja je nakon poslednje reforme svog krivičnog procesnog zakonodavstva krivični postupak uredila pretežno na adverzijalnim osnovama. Obrnuto, većina država koje pripadaju tzv. engleskom govornom području, gde su najkarakterističniji Velika Britanija, odnosno pre svega Engleska i Vels, kao i SAD, imaju tipične adverzijalne krivične postupke.

Za kontinentalno-evropske krivične postupke karakteristično je da u istrazi postoje jaki inkvizitorski elementi, ali uz poštovanje prava na odbranu i u toj fazi krivičnog postupka. U ovom tipu postupka osnovne krivičnoprocesne funkcije strogo su odvojene, ali javni (državni) tužilac ipak nije prava, odnosno tipična stranka, jer je on, kao državni organ, dužan da, osim stranačkih interesa utemeljenih na funkciji optužbe, štiti i opšte interese, a pre svega interes koji proizlazi iz načela istine, pa shodno tome, na primer, mora osim dokaza koji terete okrivljenog prikupljati i dokaze u prilog njegovoj odbrani, odnosno mora ih imati u vidu. Pored toga, sam sud je dokazno izuzetno aktivan, on pravilu sam izvodi sve dokaze tokom suđenja, uz davanje manje ili veće dokazne uloge i samim strankama, a nije ograničen dokaznim predlozima stranaka, već ima pravo i dužnost sopstvene dokazne inicijative. Naš dosadašnji krivični postupak, odnosno krivični postupak ustrojen u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2001. godine, slično kao i, na primer, krivični postupci Nemačke i Francuske, ali i niza drugih evropskih država, pripada ovom tipu postupka.

Za anglosaksonske, odnosno adverzijalne (stranačke) tipove postupka karakteristično je da je sud u dokaznom smislu veoma pasivan, tako da je izvođenje dokaza u osnovi prepušteno strankama, dok se sud pretežno fokusira na procenu koja je stranka u „dokaznom dvoboju“ pred njim bila uspešnija. Suđenje počinje prezentiranjem dokaza optužbe, na koje odbrana u određenim procesnim formama odgovara, odnosno ima priliku da daje odgovor, da bi se potom izvodili dokazi odbrane, uz mogućnost da na njih odgovara tužilac, dok sud ima veoma ograničene mogućnosti tokom izvođenja dokaza. Saslušanje tokom suđenja stranačkog je karaktera, tako da određenog svedoka prvo sasluša stranka koja ga je pozvala (*examination-in-chief*), a zatim protivstranka (*cross-examination* – unakrsno saslušanje), a potom dolazi do ponovnog saslušanja svedoka od stranke koja ga je pozvala (*re-examination*).

U suštini, tipični adverzijalni krivični postupci veoma su slični parničnom postupku, odnosno građanskom postupku uopšte.

Načelo raspravnosti, ili princip kontradiktornosti, počiva na poznatom i već poslovičnom pravilu – *audiatur et altera pars*. Ovo pravilo, koje potiče još iz antičkih vremena, karakteristično je ne samo za krivični postupak, te druge sudske postupke, već i za čitav niz veoma raznovrsnih situacija u kojima je moguće, potrebno ili poželjno da se manifestuju različita mišljenja, različiti pogledi u odnosu na neki sporni predmet ili situaciju. Takvo pravilo je u osnovi i po svojoj definiciji imanentno liberalnom i demokratskom društvenom ambijentu.

Putem mogućnosti da se u svim fazama postupka „čuje“ i reč druge strane, odnosno da svaka krivičnoprocesna stranka ima mogućnost da u odgovarajućim procesnim formama iznosi svoje stavove kako u odnosu na krivični predmet tako i u odnosu na sva druga pitanja u krivičnom postupku, te posebno u pogledu formalno izraženih stavova suprotne stranke, iz čega istovremeno proizlazi obaveza za sud da omogući takvo raspravljanje krivične stvari, ostvaruje se i suštinska svrha krivične procedure – da se u svestranom raspravljanju o krivičnom predmetu, uz njegovo pretresanje, utvrde sve neophodne relevantne činjenice na temelju kojih se krivični predmet u krivičnom postupku i rešava. Kontradiktornost (od lat. *contra dicere* = protivrečiti) predstavlja mogućnost i pravo stranaka i obavezu suda da svakoj stranci obezbedi da se izjasni o svakom dokazu, činjenici i svakom predlogu suprotne stranke (teza – antiteza), te da izloži svoj stav i ponudi zaključak, iako konačan zaključak daje sud.⁴⁵

Po logici stvari, načelo kontradiktornosti izraženije je u adverzijalnom nego u tipičnom kontinentalno-evropskom krivičnom postupku, ali je to sa stanovišta uobičajenog tipičnog „evropskog“ pogleda na cilj krivičnog postupka sasvim opravdano, jer se strankama omogućava da sudu daju dokazne predloge, a danas je tendencija i da im se u velikoj meri prepušta i samo izvođenje dokaza koji idu njima u prilog, ali se istovremeno od suda zahteva da i sam, po svojoj sopstvenoj inicijativi i bez predloga stranke, izvodi sve dokaze koji su potrebni za potpuno i ispravno utvrđivanje činjeničnog stanja. Drugim rečima, tipične evropsko-kontinentalne krivične procedure dovode u sklad načelo raspravnosti i dokaznu angažovanost stranaka i načelo istine u krivičnom postupku, što je, po našem mišljenju, izuzetno dobro sa stanovišta ostvarivanja interesa elementarne pravičnosti. Od ovoga se potpuno odstupa

⁴⁵ B. Petrić, *Priručnik za primenu Zakona o krivičnom postupku*, NO „Poslovna politika“, Beograd, 1985, str. 14.

u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine, kojim se glavni pretres konstruiše na striktno adverzijalnim osnovama, uz izrazito minimiziranje dokazne uloge suda.

Prema članu 15 Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine, teret dokazivanja optužbe je na tužiocu, a sud izvodi dokaze na predlog stranaka. Prethodno je već objašnjeno, a u stvari, *sud skoro da uopšte i ne izvodi dokaze*, tako da se čini da je odredba člana 15 stav 3 ZKP/11, po kojoj sud „izvodi dokaze“ na predlog stranaka, po svemu sudeći, omaška tvoraca novog zakonika.

Sud može dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze, ili izuzetno sam odrediti da se takvi dokazi izvedu, ukoliko oceni da je to neophodno da bi se o važnim činjenicama otklonile protivrečnosti ili nejasnoće u dokazima koji su izvedeni. Sud može, po izuzetku, izvoditi dokaze i onda kada njih nisu predložile stranke, ali zašto bi sud to činio kada nema dužnost utvrđivanja istine?

U članu 15 stav 4 ZKP/11 čak se i ne određuje da će sud, onda kada se radi o bitnom dopunskom dokazu, u pogledu kojeg je on stranci dao nalog da ga predloži, a stranka to nije učinila, izvesti takav dokaz, već se navodi da sud tada „izuzetno“ može odrediti da se takvi dokazi izvedu, što znači da bi i tada te dokaze, u stvari, po pravilu izvodile same stranke, što je poprilično besmisleno, jer zašto bi stranka izvodila dokaz koji uopšte nije nameravala da predloži, te se čak i oglušila o „nalog“ suda da predloži njegovo izvođenje?!

Čudno je što sud primarno može dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze, umesto da uvek kada smatra da su takvi dokazi potrebni takve dokaze sam izvede, što bi bilo brže, jednostavnije i procesno znatno logičnije, ali bi takvo logično i razumno rešenje, istovremeno, bilo duboko protivno izvitoperenoj koncepciji po kojoj sud mora biti maksimalno dokazno pasiviziran. Radi se o potpuno besmislenom rešenju jer se u istom tom zakoniku, u kojem se forsira sloboda stranaka u dokazivanju i glavni pretres konstruiše adverzijalno, sada sudu daje uloga neke vrste „savetnika“ stranke, jer on stranci „nalaže“ da ona izvede dopunske dokaze, i ako se ta stranka „tvrdoglavo“ ogluši o *nalog* suda,⁴⁶ *sud može, ali ne mora* takve dokaze sam izvesti. Radi se o besmislenom normativnom rešenju.

Sam zakonodavac ne samo da kao pravilo uvodi stranačko izvođenje dokaza, već sud načelno bitno ograničava da i onda kada on sam izvodi odre-

46 Kakav je to *nalog koji nije obavezujući*? Radi se u stvari o *predlogu suda*, jer stranka takav sudski „nalog“ može ali ne mora uslišiti, pa je stoga to što je formalno označeno kao „nalog“, to jest „nalaganje“ u stvari samo *predlog*, tj. *predlaganje*, što je potpuno besmisleno, jer tako sud stranci samo predlaže da ona predloži dopunske dokaze, a ako stranka to odbije, sud može izuzetno sam odrediti da se takvi dokazi izvedu.

dene dokaze koje stranke nisu predložile to čini samo ako je potrebno otkloniti protivrečnosti ili nejasnoće u dokazima koji su izvedeni, a ne i radi utvrđivanja drugih činjenica, odnosno pokušaja boljeg razjašnjenja predmeta krivičnog postupka ili, u krajnjoj liniji, u cilju traganja za istinom. Ovo je ključna odredba Zakonika o krivičnom postupku,⁴⁷ kojom se, praktično, krajnje limitira aktivna uloga suda na glavnom pretresu. Ova odredba na maligan način teško „inficira“ i „truje“ ceo tekst Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine, a naročito dokazni postupak na glavnom pretresu. Time se, takođe, potpuno *devalvira formalno postojeća mogućnost pobijanja presude žalbom zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja*, jer kako stranka može napadati činjenično stanje kada je, s jedne strane, u prvoj liniji baš ona odgovorna za njegovo utvrđivanje, pošto je dokazivanje primarno u rukama samih stranaka, dok s druge strane, sud uopšte i nema dužnost ne samo utvrđivanja istine već čak ni težnje da se istini makar približi? Zar se stranka može žaliti zbog sopstvene dokazne neaktivnosti?

7.1. Osnovne osobenosti nove konstrukcije glavnog pretresa

Novi glavni pretres je zadržao niz i ranije postojećih osobenosti, od načina započinjanja, uloge predsednika veća i veća, osnovnog toka pretresa i sl., ali njegova organizacija se u nekim elementima bitno razlikuje od dosadašnje zakonske regulative, poput na primer, propisivanja da sud donosi rešenje o početku glavnog pretresa, pravila o izjašnjavanju optuženog, nakon čega mu se postavljaju pitanja itd..

Osnovne osobenosti novog glavnog pretresa se tiču kako same te centralne faze opšteg krivičnog postupka, tako i procesnih stadijuma koji tom stadijumu prethode, poput obavezne sudske kontrole optužnice, pripremnog ročišta, odnosno procesnih instituta koji omogućavaju sumarno/sumarnije okončanje krivičnog postupka, kao što je to slučaj sa sporazumom javnog tužioca i okrivljenog, kao oblicima „konsesualnog“ stranačkog rešenja, odnosno predloga rešenja predmeta krivičnog postupka. Stoga ćemo se osim na odredbe koje se neposredno tiču glavnog pretresa, ovde osvrnuti i na neke

47 Iz ovoga se i vidi suštinski problem sadržan u novom zakoniku, a to je njegovo *utemeljenje na pogrešnoj koncepciji*, koja ne samo da je potpuno strana našoj krivičnoprocesnoj tradiciji i shvatanjima ovog pitanja u klasičnoj kontinentalnoj Evropi, već je suštinski izrazito nehumana i duboko nepravična. Kada je sama koncepcija Zakonika suštinski pogrešna, onda takva *dubinska greška* podmuklo kvari i ostalo „tkivo“ zakonskog teksta, koje i kada samo po sebi nije loše, ili je čak sasvim adekvatno, objektivno ne može ostvariti pozitivan efekat.

odredbe kojima se regulišu pripremno ročište, dok će o sporazumima o priznanju krivičnog dela više reči biti u daljem tekstu.

7.2. Nekontradiktorni karakter postupka obavezne sudske kontrole optužnice

S obzirom da istraga više nije sudska, bilo je neophodno uvesti obaveznu kontrolu optužnice, tj. napustiti raniji sistem kontrole putem prigovora protiv optužnice, a samo supsidijarno, tj. onda kada prigovor protiv optužnice nije podnesen ili je odbačen kao neblagovremen, odnosno nedozvoljen i po zahtevu predsednika veća. Način, na koji je u novom Zakoniku o krivičnom postupku uređena obavezna sudska kontrola optužnice (tzv. sudski filter pre „ulaska” postupka u centralni stadijum), nije sasvim adekvatan.

Naime, preuzet je u osnovi angloamerički sistem kontrole optužnice po službenoj dužnosti, ali u tom postupku nema kontradiktornosti. Ovo predstavlja veliki suštinski nedostatak jer sud odlučuje samo na osnovu tužiočevih podataka što takvu kontrolu potencijalno čini sasvim rutinskom i verovatno će u budućoj praksi sud uvek prilično lako potvrđivati optužnice.

7.3. Pripremno ročište

Predsednik veća odmah posle prijema potvrđene optužnice i spisa predmeta započinje pripreme za glavni pretres (član 344 stav 1 ZKP/2011). Pripreme za glavni pretres obuhvataju održavanje pripremnog ročišta, određivanje glavnog pretresa i donošenje drugih odluka koje se odnose na upravljanje postupkom (član 344 stav 2 ZKP/2012).

Pripremno ročište ima za svrhu da preliminarno limitira „dokaznu slobodu“ stranaka, odnosno lica koja imaju pravo predlaganja dokaza, kako bi se dokazi koji bi trebalo da budu izvedeni na glavnom pretresu, „unapred najavili“ na ovom ročištu, te onemogućilo izvesno „taktiziranje“ (pre svega stranaka), u pogledu dokaznih predloga. Suštinski pripremno ročište po logici stvari veoma asocira na *parnični krivični postupak*, a njegovo uvođenje je jedna od upadljivih konsekvenci „adverzijalizacije“ našeg novog krivičnog postupka.

Na pripremnom ročištu se stranke izjašnjavaju o predmetu optužbe, obrazlažu se dokazi koji će biti izvedeni na glavnom pretresu i predlažu novi dokazi, utvrđuju se činjenična i pravna pitanja koja će biti predmet raspravljanja na glavnom pretresu, odlučuje se o sporazumu o priznanju krivičnog dela,

o pritvoru i o obustavi krivičnog postupka, kao i o drugim pitanjima za koja sud oceni da su od značaja za održavanje glavnog pretresa.

Nakon što je optuženog na pripremnom ročištu poučio o njegovim pravima i dužnostima, predsednik veća ga poziva da se izjasni o optužbi (član 349 stav 3 ZKP/2012). Ako optuženi osporava navode optužbe, predsednik veća će ga pozvati da se izjasni koji deo optužnice osporava i iz kojih razloga i upozoriće ga da će se na glavnom pretresu izvoditi samo dokazi u vezi sa osporenim delom optužnice (član 349 stav 4 ZKP/2012). Ovo predstavlja kako još jedan vid težnje ka maksimalnom i skoro „po svaku cenu” ubrzanju krivičnog postupka, te njegovoj izrazitoj „adverzijalizaciji”, uz istovremeno potpuno devalviranje načela istine, jer neosporeni deo optužbe praktično po automatizmu opstaje, pošto „prelaskom” tog procesnog „praga” u vidu pripremnog ročišta, prestaje mogućnost da se na glavnom pretresu dokazuje suprotno. Dakle, samo jedna neopreznost okrivljenog na pripremnog ročištu ga u kasnijem toku postupka može veoma skupo koštati, a okrivljeni pri tom, može biti bez branioca, može da bude polupismen i da nije ni svestan bilo toga šta u stvari, znači osporavanje navoda optužbe, bilo posledice neosporavanja optužbe po sistemu **sad ili nikad više**.

Prema članu 349 stav 4 ZKP/2011., ako optuženi osporava navode optužbe, predsednik veća će ga pozvati da se izjasni koji deo optužnice osporava i iz kojih razloga i upozoriće ga da će se na glavnom pretresu izvoditi samo dokazi u vezi sa osporenim delom optužnice. Ova odredba je veoma sporna sa aspekta pretpostavke nevinosti, a njen domet u praksi može biti izuzetno dalekosežan u pravcu stvaranja uslova za ispoljavanje drastičnih nepravilnosti u krivičnom postupku.

Umesto da tužilac pred sudom na glavnom pretresu dokazuje sve ono što navodi u optužnici, ovde se polazi od pretpostavke tačnosti optužnice, pa se dokazuje samo ono što optuženi osporava. Kako sud ni inače, nema dužnost utvrđivanja istine, sasvim je jasno kakva sudbina može da snađe okrivljenog koji ne bi bio dovoljno „snalažljiv“ na pripremnog ročištu. Optuženi koji nemaju branioca i koji ponekad ako su izrazito neuki (a zna se kakva je obrazovna struktura većine tipičnih okrivljenih u našim krivičnim postupcima), maltene ne znaju ni šta znači reč *osporavati*, se na ovaj način potencijalno dovode u veoma loš položaj, jer ako ništa ne osporavaju, to znači tužilac ništa ne mora ni da dokazuje i sam glavni pretres praktično postaje nepotreban, a osuda okrivljenog „zagarantovana“.

Pripremnog ročište se održava pred predsednikom veća, *bez prisustva javnosti*, a u pozivu za pripremnog ročište predsednik veća će upozoriti stranke

i oštećenog da se na pripremnom ročištu može održati glavni pretres. Naime, u skladu sa odredbom člana 350 stav 6 ZKP/2012, ako s obzirom na predložene dokaze, činjenice koje će biti predmet dokazivanja i pravna pitanja o kojima će se raspravljati, predsednik veća smatra da se u skladu sa odredbama Zakonika o krivičnom postupku može održati glavni pretres, on će nakon uzimanja izjava od stranaka doneti rešenje o održavanju glavnog pretresa. Krupna anomalija ovakvog zakonskog rešenja čiji je *ratio legis* ubrzanje krivičnog postupka, je što takav glavni pretres „iz trka“, praktično ne može biti održan javno, a javnost glavnog pretresa je i u skladu sa Ustavom pravilo, dok je isključenje javnosti izuzetak.

Naime, kako se pripremno ročište održava *bez prisustva javnosti*, onda kada takvo ročište *preraste u glavni pretres*, a to je moguće prema slobodnoj oceni predsednika veća, onda će po logici stvari, takav glavni pretres biti održan bez prisustva javnosti ili uz nekakvo „simuliranje“ javnosti, što bi se moglo desiti i onda, kada javnost na glavnom pretresu inače, formalno nije isključena.

7.4. Druge osobenosti glavnog pretresa u novom Zakoniku o krivičnom postupku

Osim prethodno već objašnjenih osobenosti nove organizacije glavnog pretresa i uopšte, novih pravila koja se odnose na taj centralni stadijum krivičnog postupka, postoje i druge odredbe novog Zakonika o krivičnom postupku koje se tiču glavnog pretresa, a koje zaslužuju da budu prokomentarisane. Ovom prilikom ćemo se osvrnuti samo na deo njih.

Predsednik veća može i bez predloga stranaka, branioca i oštećenog narediti pribavljanje novih dokaza za glavni pretres član 350 stav 2 u vezi sa članom 15 stav 4). Međutim, kako sud nema dužnost utvrđivanja istine, takva njegova „mogućnost“ da „naredi“ pribavljanje novih dokaza za glavni pretres je potpuno obesmišljena. Bilo bi bolje da ova zakonska odredba glasi: *Predsednik veća će i bez predloga stranaka, branioca optuženog i oštećenog narediti pribavljanje novih dokaza za glavni pretres, odnosno izvesti potrebne dokaze (član 15. st. 4 i 5).*

Prema odredbi člana 362 stav 1 ZKP/2011, glavni pretres je javan, a u stavu 2 istog člana uređuje se da glavnom pretresu mogu da prisustvuju lica koja „su starija od šesnaest godina”.⁴⁸ Sada je dakle, snižena starosna granica

⁴⁸ Inače, ovde zakonodavac koristi i jednu poprilično nezgrapnu formulaciju, koja nije uobičajena u našem zakonodavstvu kada je u pitanju bilo koja „starosna granica” pro-

za prisustvovanje glavnom pretresu, pa se to *ne odnosi samo na punoletna lica* kao što je to uređeno u članu 291 stav 2 Zakonika iz 2001. godine, već i na sve osobe koje imaju navršениh 16 godina. Nije jasan *ratio legis* ove promene, a ona u praksi može dovesti do određenih problema. Naime, kako obaveza posedovanja lične karte postoji tek u odnosu na lica koja imaju navršениh 18 godina života, veliki broj lica koja imaju 16 a nemaju 18 godina, spadaju u osobe koje ne poseduju ličnu kartu, a putnu ispravu mogu ali i ne moraju da imaju. Kako ta lica imaju bezuslovno pravo da prisustvuju glavnom pretresu koji se javno održava, a kao što je objašnjeno, nemaju zakonsku obavezu posedovanja ličnih dokumenata kojima bi se brzo i najjednostavnije moguće, mogao utvrditi njihov uzrast, u praksi se može pojaviti problem sa utvrđivanjem da li konkretna lica koja su već u *prima facia* smislu mlada, zaista imaju navršениh 16 godina života.

Prema odredbi člana 363 stav 2 tačka 8 ZKP/2011, predsednik veća daje nalog stranci da predloži dopunske dokaze, što predstavlja odraz prethodno već komentarisane kapitalne anomalije novog Zakonika, koji sud čini maksimalno dokazno pasivnim,⁴⁹ ali ovde postoji još jedan dodatni propust, jer bi sud takav nalog mogao i trebao da daje ne samo strankama, već i braniocu, onda kada optuženi ima branioca na glavnom pretresu.

O izvođenju dopunskih dokaza odlučuje veće u skladu sa članom 368 tačka 5, ukoliko oceni da je to neophodno da bi se otklonile protivrečnosti ili nejasnoće u izvedenim dokazima i da je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio. Ova odredba daje određene „šanse” da sud i mimo osnovne intencije zakonodavca eventualno „krene” u pravcu utvrđivanja istine, ali je šteta što je i ovde zakonodavac umesto da potrebu izvođenja dopunskih dokaza veže bilo za utvrđivanje istine, bilo makar, za stvaranje uslova da se utvrdi potpuno i tačno činjenično stanje (što je u stvari, samo sinonimski izraz za *istinu*), upotrebio „fluidno” određenje u vidu *neophodnosti svestranog raspravljanja predmeta dokazivanja*, odnosno otklanjanja

pisana normama, odnosno pravno relevantno određivanje uzrasta, poput na primer, starosne granice sposobnosti da se učini krivično delo ili podele na mlađe i starije maloletnike itd.. Naime, umesto da se koristi formulacija „lica starija od 16 godina”, bilo bi adekvatnije da se radi o „licima koja su navršila 16 godina” i sl.

49 U novom Zakoniku, zahvaljujući prethodno objašnjenom svojevrsnoj „**istinofobiji**” pisaca njegovog osnovnog teksta, tj. usled *izostavljanja načela istine iz krivičnog postupka*, nema više ni obaveze predsednika veća koja je bila jedna od njegovih najupadljivijih funkcija u kod nas decenijama važećim krivičnoprocesnim odredbama, a to je *dužnost predsednika veća da se stara za svestrano raspravljanje predmeta, pronalaženje istine* i otklanjanje svega što odugovlači krivični postupak, a ne služi razjašnjenju krivične stvari.

protivrečnosti. Svestrano raspravljanje predmeta dokazivanja samo po sebi ne znači ništa posebno, jer dokazivanje ovde nije ciljno definisano u smislu da služi utvrđivanju činjeničnog stanja određenog kvaliteta, bilo da se striktno govori o utvrđivanju istine, bilo da se takvo činjenično stanje označi kao potpuno i tačno. Pored toga, kao što smo to prethodno već objašnjavali, čudno je i nepraktično da se prvo uređuje mehanizam svojevrsnog „sugerisanja” stranaka da same predlože dopunske dokaze, pa tek onda sud u obliku funkcionalne nadležnosti pretresnog veća, može sam odlučiti da se ti dokazi izvedu, pri čemu se to ne uređuje na jedino logičan način da bi takve dokaze u toj situaciji, trebalo da izvede sam sud, a ne da samo odluči o njihovom izvođenju, koje bi po svemu sudeći, trebalo da potom, prepusti konkretnoj stranci.

Prema odredbi člana 378 stav 1 ZKP/2011, ako veće nije u punom sastavu, predsednik veća, a u njegovom odsustvu sudija član veća ili sudija koga predsednik suda odredi, saopštava da se glavni pretres neće održati. Ovakva norma uopšte i nije bila potrebna, jer je i inače, nizom odredbi regulisano da glavni pretres ne samo da ne može započeti, već se ne može ni kasnije održavati ako sud nije u punom sastavu, a ovako se na jedan pomalo nespretn način reguliše nešto što bi u praksi svakako, moralo da bude ekstremno retko. Potom se u stavu 2 člana 378 ZKP/2011, slično kao i do sada (član 302 ZKP iz 2001. godine), uređuje da predsednik veća otvara zasedanje i objavljuje predmet glavnog pretresa i sastav veća, ali se pre toga naglašava da on to čini *ako je veće u punom sastavu*, tj. u pravno-tehničkom smislu suprotno od postupanja regulisanog u članu 378 stav 1 ZKP/2011 - kada veće nije u punom sastavu. Ovo je takođe bilo potpuno nepotrebno, jer se na ovaj način pravno-tehnički praktično izjednačuju dve situacije, od kojih je jedna sasvim atipična i predstavlja neku vrstu „ekscesa” u postupku (veće koje nije u punom sastavu, dok je druga uobičajena i predstavlja redovan tok stvari (veće u punom sastavu).

Prema članu 385 stav 1 ZKP/2011, glavni pretres počinje donošenjem rešenja da se glavni pretres održi. Ovo predstavlja potpuno nepotrebno birokratsko formalizovanje započinanja glavnog pretresa (slično kao što je to kod nas do sada bilo uobičajeno u parnici) i to na način, koji je suprotan do sada uobičajenim krivičnoprocesnim pravilima, shodno kojima glavni pretres započinje čitanjem optužnice ili privatne tužbe (član 319 stav 1 Zakonika iz 2001.).⁵⁰

Odredbom člana 386 ZKP/2011, propisano je da osim u slučajevima posebno predviđenih u Zakoniku, predsednik veća može prekinuti glavni pretres zbog: 1) odmora; 2) isteka radnog vremena; 3) pribavljanja određenih doka-

⁵⁰ Više o tome: M.Škulić, Komentar Zakonika o krivičnom postupku, „Službeni glasnik”, Beograd, 2011., str. 952 – 953.

za u kratkom roku; 4) pripremanja optužbe ili odbrane; te 5) iz drugih opravdanih razloga. ZKP/2011. Prekid glavnog pretresa može trajati zbog odmora najduže dva časa u toku jednog radnog dana, zbog isteka radnog vremena do narednog radnog dana, a iz ostalih razloga najduže 15 dana. Ova odredba novog Zakonika je u osnovi adekvatna i omogućava efikasnije vođenje glavnog pretresa. Dobro je uređena maksimalna dužina trajanja prekida glavnog pretresa u zavisnosti od razloga za prekid.

Prema članu 373 stav 1 ZKP/2011, ako oštećeni kao tužilac ili privatni tužilac, odnosno njihov zakonski zastupnik ometaju red na glavnom pretresu, odnosno nastave da to čine i nakon izricanja kazne, veće ih može udaljiti, te im tada za dalji tok postupka obavezno postavlja punomoćnika. Iz ovoga proizlazi da ako oštećeni kao tužilac ili privatni tužilac nemaju sredstva da snose troškove svog stručnog zastupanja, dobijaju mogućnost da punomoćnika dobiju oficijelnog odlukom suda, ukoliko su se u sudnici ponašali neprikladno, što bi praktično značilo da se na takav način „nagrađuju“ zbog remećenja reda tokom glavnog pretresa.

U članu 393 ZKP/2011. se više izričito ne predviđa da se odbijanje optuženog da se izjasni o optužbi i odgovara na postavljena pitanja smatra poricanjem, što je pogrešno, ali će praksa verovatno tumačiti da u takvoj situaciji postoji „implicitno“ poricanje optuženog.

7.5. Protivustavni karakter odredbi novog Zakonika koje promovišu dokaznu pasivnost suda

Prema odredbi člana 32 stav 1 Ustava Republike Srbije (*pravo na pravično suđenje*), *svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i optužbama protiv njega.*

Dakle, ustavno je pravo građanina, tj. okrivljenog protiv kojeg se vodi krivični postupak da sud **raspravi** o osnovanosti sumnje, odnosno o optužbi protiv njega, a *ne da se o tome pred sudom raspravlja*, kao što je to u osnovi rešeno u novom Zakoniku o krivičnom postupku Srbije.

Stoga su **neustavne** sve ključne odredbe ovog Zakonika kojima je konstruisan striktno adverzijalni krivični postupak, odnosno dokazivanje primarno preneseno na stranke, a sud maksimalno isključen iz njega.

Prethodno objašnjena neustavnost se odnosi na striktno adverzijalnu konstrukciju glavnog pretresa, uz maksimalno limitiranje dokazne uloge suda,

koji tako suprotno odredbi člana 32 stav 1 Ustava Srbije, nema priliku da raspravi o optužbi, ali se čini da je protivustavna i koncepcija istrage u novom Zakoniku o krivičnom postupku. Naime, istraga je sada javno-tužilačka, te se pokreće naredbom, ali bez mogućnosti da sud u određenom funkcionalnom obliku (to bi u kontekstu novog ZKP-a, moga biti sudija za prethodni postupak), odluči o *osnovanosti sumnje* koja je bila razlog za pokretanje krivičnog postupka, a odredbom člana 32 stav 1 Ustava Republike Srbije, se između ostalog *svakom* garantuje da sud *raspravi* i o *osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka*. Ovo je posebno upadljivo u kontekstu nove zakonske regulative koja se odnosi na formalno određivanje trenutka kako započinjanja krivičnog postupka, tako i otpočinanja krivičnog gonjenja, što ne samo da se utvrđuje na pogrešan način, već se što je veoma čudno i teško se može logički objasniti, razlikuju momenat kada započinje krivičnog gonjenje, od trenutka kada počinje krivični postupak.⁵¹ Inače, u našoj teoriji je već zaključeno da način utvrđivanja trenutka započinjanja krivičnog postupka u novom Zakoniku o krivičnom postupku, u suprotnosti sa teorijskom definicijom krivičnog postupka, pa stoga, „istraga ne može biti faza krivičnog postupka u užem smislu, zato što bez suda i stranaka ne može biti procesnog odnosa, pa samim tim, ni krivičnog postupka.“⁵²

7.6. Drugačije regulisanje dokazivanja na glavnom pretresu u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima u odnosu na Ustav Srbije

Prema članu 6 stav 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama *svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu*

51 Posebno je upadljivo da se u novom Zakoniku na drugačiji način određuje momenat započinjanja krivičnog postupka, što znači da naš zakonodavac sada razlikuje *početak krivičnog gonjenja*, od *početka krivičnog postupka*, što istovremeno znači da je moguće da postoji krivično gonjenje, a da se ne vodi krivični postupak. Osnovno je pitanje; **kako može započeti krivično gonjenje, a da samim početkom krivičnog gonjenja, nije započeo krivični postupak ?** Iz ovog osnovnog pitanja, koje bi neko mogao shvatiti i kao čuvenu dilemu koja se tiče „starosti kokoške i jajeta“, proizlaze i druga pitanja, u pogledu kojih je veoma teško pronaći razuman odgovor tumačenjem nejasnih, nelogičnih, a često i izrazito protivrečnih odredbi novog Zakonika o krivičnom postupku.

52 V. Đurđić, Redefinisanje klasičnih procesnih pojmova u prednacrta Zakonika o krivičnom postupku Srbijiz iz 2010., Revija za krivično pravo i kriminologiju, broj 2/2010., Beograd, 2010., str. 5 – 6.

raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona.

U Evropskoj konvenciji se insistira na **raspravi pred sudom**, što se praktično svodi na promovisanje načela dokazne neposrednosti, koje se može ispoljiti u dva osnovna oblika, zavisno od zakonskih rešenja konkretne države: 1) adverzijalno – kada dokaze pred sudom izvode stranke, odnosno drugi subjekti koji imaju to pravo ili 2) sa dominantnom ulogom suda, koji tada sam neposredno izvodi dokaze.

U oba slučaja postoji *rasprava pred sudom*, a naravno, moguće su i određene *kombinacije*, kao što je to i inače, slučaj u mnogim uporedno-pravnim sistemima, kao kada na primer, dokaze izvode stranke, ali se sudu daje mogućnosti, pa i dužnost onda kada je to potrebno radi utvrđivanja istine, da i sam izvede potrebne dokaze, potpuno nezavisno od eventualne stranačke inicijative.

Dakle, relevantna odredba EKLjP, koja se tiče osnovnog elementa prava na pravično suđenje, je bitno drugačija nego prethodno navedena i citirana odredba Ustava Srbije (član 32 stav 1). Za razliku od Evropske konvencije koja dopušta i adverzijalni tip dokaznog postupka na glavnom pretresu, Ustav Srbije striktno uređuje *dominantno raspravljanje predmeta postupka od strane suda, a ne stranaka*. To znači da u našem krivičnom postupku, a u skladu sa članom 32 stav 1 Ustava Srbije, dokaze treba primarno da izvodi sud, a ne stranke pred sudom.

7.7. Pogrešno definisanje predmeta dokazivanja u Zakoniku o krivičnom postupku u kontekstu striktno adverzijalne konstrukcije glavnog pretresa uz nepostojanje načela istine

Prema članu 394 stav 2 ZKP/11, u dokaznom postupku izvode se dokazi o činjenicama koje su predmet dokazivanja, pri čemu se upućuje na član 83 st. 1 i 2 ZKP/11.⁵³ Predmet dokazivanja su dve vrste činjenica: 1) one koje čine obeležja krivičnog dela, ili od kojih zavisi primena neke druge odredbe krivič-

⁵³ U poslednjoj verziji Nacrta ZKP-a govorilo se o *činjenicama koje su važne za pravilno i zakonito presuđenje*, što je takođe bila *neverovatno prazna i gola fraza*. Kako sud uopšte nema dužnost utvrđivanja istinitog i potpunog činjeničnog stanja, on ne raspolaže ni bilo kakvim realnim parametrom u odnosu na činjenice koje se utvrđuju dokazima, pa tako sud nema ni na osnovu čega da određene činjenice smatra važnim za „pravilno i zakonito presuđenje”, a ova stvar nije nimalo popravljena novom formulacijom sadržanom u članu 394 stav 2.

nog zakona (član 83 stav 1 ZKP/11), te 2) činjenice od kojih zavisi primena odredaba krivičnog postupka (član 83 stav 2 ZKP/11).

Nije u osnovi zadatak zakonodavca da na ovakav način utvrđuje predmet dokazivanja, jer je to pretežno teorijsko pitanje. Kada zakonodavac navodi da su predmet dokazivanja činjenice „koje čine obeležje krivičnog dela“, on tu propušta da označi da li se radi o „elementima bića krivičnog dela“ ili „bitnim obeležjima“, ili uopšte bilo kom obeležju krivičnog dela. Moglo bi se smatrati da se, po logici stvari, radi o bitnim obeležjima krivičnog dela, tj. o onim činjeničnim elementima krivičnog dela koji, svakako, u smislu materijalnog krivičnog prava i shodno konkretnoj inkriminaciji, moraju postojati da bi se radilo konkretnom krivičnom delu. Takva formulacija ipak ne znači mnogo, jer se i inače radi o pitanju koje je predmet ocene aktera postupka, te slobodnog uverenja suda, ali je ono sada još i dodatno na veoma malignan način relativizovano, jer se u Zakoniku ne govori niti o potrebi utvrđivanja istine niti o potpunom i tačnom utvrđivanju činjeničnog stanja.

Bilo bi, svakako, najlogičnije da su **predmet dokazivanja u materijalnom smislu** one činjenice koje su potrebne za utvrđivanje istine. To znači da bi subjekti koji su u funkciji izvođenja dokaza morali izvesti dokaze neophodne za tačno i potpuno činjenično stanje. Takvi *dokazni akteri* bi bili: 1) stranke – ako bi izvođenje dokaza ostalo striktno stranačko, odnosno 2) sud – ukoliko bi, kao i do sada, on bio primarni dokazni akter ili makar ako bi supsidijarno bio dužan da sam izvede dokaze koji su potrebni, a koje prethodno nisu izvele stranke. Tek bi u takvom slučaju zaista imalo smisla dalje postojanje žalbenog razloga koji se tiče pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (član 440), o čemu detaljnije pišemo dalje u tekstu.

Dodatni problem je proizišao i iz odredbe kojom je strogo razdvojen predmet dokazivanja koji se tiče materijalnog krivičnog prava (član 83 stav 1 ZKP/11) – „činjenice koje čine obeležja krivičnog dela“ i krivičnog postupka (član 83 stav 2 ZKP/11) i „činjenice od kojih zavisi primena odredaba krivičnog postupka, jer je na taj način stvoren prazan prostor u pogledu činjenica koje nije jednostavno svrstati u jednu od ove dve sada zakonske kategorije. Na primer, gde spadaju činjenice koje se tiču dokazivanja (ne)postojanja alibija okrivljenog?

Iako sud može izvoditi određene dokaze i bez predloga stranaka, on nema nikakav poseban motiv da to čini, jer uopšte nema dužnost utvrđivanja istine u krivičnom postupku. Time je faktički ceo dokazni postupak na glavnom pretresu u njegovom sadržinskom smislu, tj. u odnosu na samo izvođenje dokaza, u osnovi poveren strankama, a uloga suda u tom postupku do

krajnjih granica besmisleno formalizovana. Kao što je već objašnjeno, većina okrivljenih bez branioca, po logici stvari, neće biti sposobna za uspešno dokazivanje i biće sasvim očigledno u naglašeno inferiornoj poziciji u odnosu na javnog tužioca, a sud pri tom nema nikakav poseban motiv da ostvaruje aktivniju dokaznu ulogu, niti za to raspolaže adekvatnim procesnim mehanizmima.

Dokazivanje za koje bi prvenstveno bile nadležne stranke na glavnom pretresu donekle bi imalo smisla jedino ako bi okrivljeni uvek, bez obzira na težinu krivičnog dela, morao imati branioca (kao što je to, na primer, slučaj u Italiji), ali bi se i onda postavilo pitanje da li je branilac u konkretnom slučaju advokat krivičar, kakvim iskustvom raspolaže i sl.⁵⁴

I kao što su u Orvelovoj *Životinjskoj farmi* „sve životinje ravnopravne, a neke malo ravnopravnije“, i prema Zakoniku o krivičnom postupku Srbije, *obe stranke su ravnopravne, a jedna malo ravnopravnija*.⁵⁵ To se može uočiti u čitavom nizu zakonskih odredbi, a naročito u pravilima koja se odnose na konstrukciju glavnog pretresa.

Pažnju zaslužuje i član 287 stav 2 ZKP-a (koji na prvi pogled nije direktno povezan sa glavnim pretresom), a shodno kojem dokazi koje je policija pribavila preduzimanjem dokaznih radnji (što će, po logici stvari, svakako biti u predistražnom postupku) – mogu biti korišćeni u daljem toku krivičnog

54 Ovo se ne rešava potencijalno neustavnom odredbom Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine (član 73 stav 2), po kojoj branilac u postupku za krivično delo za koje je propisana kazna zatvora od deset godina ili teža kazna može biti samo advokat sa najmanje pet godina advokatske prakse, odnosno advokat koji je najmanje pet godina vršio funkciju sudije, javnog tužioca ili zamenika javnog tužioca..

Kada se radi o izabranom braniocu, problematično je da se na ovakav način okrivljenom ograničava pravo izbora, dok je, s druge strane, cela koncepcija ovakve „selekcije“ advokata veoma dubiozna, jer godine prakse same po sebi nisu garancija kvaliteta konkretnog advokata ili nekadašnjeg sudije, odnosno javnog tužioca. Na primer, advokat može imati i više decenija prakse, ali *ne u krivičnim predmetima*, pa je onda takva njegova višedecenijska praksa potpuno irelevantna u smislu njegove osposobljenosti da bude branilac u krivičnom postupku, što isto važi i za bivšeg sudiju koji se isključivo bavio parnicom, odnosno nije uopšte postupao u krivičnim predmetima. Pa ni sama praksa u krivičnim predmetima nije sama po sebi garancija bilo čega, jer ta praksa može biti i izrazito neuspešna...

55 Ovde treba imati u vidu da ni javni tužilac nije dobro prošao u novom zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine, jer on sada ima strahovito povećane nadležnosti i znatno uvećan broj aktivnosti u krivičnom postupku. Javnom tužiocu je, shodno pravilima novog zakonika, poveren čitav niz radnji u predistražnom postupku (nekadašnji pretkrivični postupak), a broj tih radnji i skup ovlašćenja i dužnosti javnog tužioca daleko prevazilazi njegovu ulogu u sadašnjem pretkrivičnom postupku. Pored toga, javni tužilac, shodno novom zakoniku, *vodi istragu* (koja se pokreće naredbom, bez mogućnosti pobijanja pravnim lekom), podnosi optužnicu i *mora sam izvoditi dokaze na glavnom pretresu*..

postupka, što znači i na glavnom pretresu, ako su dokazne radnje sprovedene u skladu sa Zakonikom o krivičnom postupku.

Iako bi to u osnovi bilo besmisleno i svelo se na izuzetno grubo i drastično odstupanje od načela neposrednosti u njegovom objektivnom, tj. dokaznom aspektu, čini se da praktično *svaka dokazna radnja policije* iz predistražnog postupka (nekadašnji pretkrivični postupak) može bez posebnih uslovljavanja, posredstvom tzv. dokaznih transmisija, kao što je slučaj sa čitanjem zapisnika o ranije sprovedenih dokaznim radnjama – *ostvariti dokazni kredibilitet, čak i na samom glavnom pretresu*, i to u punom obimu, čak i bez uslova da se odluka suda ne može zasnivati samo na takvom (nesudskom) dokazu.

8. Druge značajne anomalije sadržane u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011.

Pored prethodno već objašnjenih krupnih konceptijskih grešaka, koje se pretežno odnose na devalvaciju načela istine i potpuno adverzijalno konstruisan krivični postupak, te niz pogrešnih rešenja povezanih sa ovim osnovnim konceptijskim dubiozama, ali i brojnih pravnotehničkih omaški sadržanih u Zakoniku o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine, ovaj tekst obiluje i drugim veoma ozbiljnim anomalijama, što ga sve ukupno poprilično devalvira.

8.1. Dokazivanje u novom zakoniku o krivičnom postupku

U članu 15 stav 1 ZKP/11 utvrđuje se da se dokazi prikupljaju i izvode u skladu sa Zakonikom o krivičnom postupku. Radi se o potpuno nepotrebnoj normi, jer kako bi se dokazi, u formalnom smislu, drukčije i mogli izvoditi i prikupljati. S druge strane, nije u pitanju ni sasvim precizno određenje, jer svaka dokazna radnja, po logici stvari, ima svoje formalno-normativne i sadržinske aspekte. Formalno-normativni aspekti se uređuju krivičnoprocesnim pravilima, dok se sadržinski aspekti uglavnom i pretežno ne regulišu, ili se bar detaljno ne regulišu pravilima krivičnog postupka. Na primer, kada se radi o prikupljanju dokaza, a u bitnoj meri i kada je u pitanju njihovo izvođenje, pravila ZKP-a se limitiraju na formalne uslove, a ne na samu sadržinu. Takođe, na primer, pravilima sprovođenja uviđaja i rekonstrukcije u sadržinskom smislu pretežno se bavi kriminalistika, a isto važi za ispitivanje svedoka, gde su značajna učenja sudske psihologije i sl. Izvođenje i prikupljanje dokaza ne

svodi se samo na formalni aspekt, koji mora biti u skladu sa Zakonikom o krivičnom postupku, već se primenjuju i druga pravila, poput, na primer, pravila odgovarajuće nauke i veštine kada se radi o veštačenjima. Uglavnom, nema posebne štete od odredbe člana 15 stav 1 ZKP/11, ali od te odredbe se ne može očekivati ni bilo kakva posebna korist.

8.2. Osnovno i unakrsno ispitivanje svedoka na glavnom pretresu

Pošto svedoka ispita stranka koja ga je „predložila”, tj. stranka „čiji je svedok”, istog svedoka ispituje suprotna stranka. Prilikom unakrsnog ispitivanja dopuštena su sugestivna pitanja koja nisu dozvoljena tokom osnovnog ispitivanja, što se od strane glavnih autora novog Zakonika o krivičnom postupku objašnjava na sledeći način: „Mogućnosti koje unakrsno ispitivanje pruža takođe su delom opravdane i načelom jednakosti oružja. Pretpostavlja se, naime, da je stranka koja je predložila ispitivanje lica upoznata sa sadržajem njegovog iskaza i da je u određenoj meri i učestvovala u njegovoj pripremi. Zbog toga se kao sredstvo procesne kompenzacije suprotnoj stranci daju šira ovlašćenja u osporavanju ovako pripremljenog iskaza.”⁵⁶

Dakle, pretpostavlja se da je stranka, a to je okrivljeni, kada je reč o odbrani, učestvovala u pripremi sadržaja iskaza svedoka, a pri tom, u istom zakoniku o krivičnom postupku, kao i ranije, egzistira jedan klasičan razlog za pritvor, a to je koluzionarna opasnost, to jest postojanje osobitih okolnosti da će okrivljeni *ometati postupak uticanjem na svedoke*, saučesnike ili prikrivače (član 211 stav 1 tačka 2 ZKP).

8.3. Kontradikcije između pravila o „stranačkom“ ispitivanju svedoka na glavnom pretresu i opštih pravila o dokaznoj radnji ispitivanja svedoka

Način na koji je u novom zakoniku o krivičnom postupku regulisana dokazna radnja ispitivanja svedoka nije sasvim adekvatan. Na primer, materijalni uslov za svedočenje definiše se (član 91) slično kao i do sada, tako što se određuje da je svedok lice za koje je verovatno da će dati obaveštenje o krivičnom delu, učiniocu ili o drugim činjenicama koje se utvrđuju u postupku, ali je nepotrebno izbegnut atribut „važna“ uz obaveštenja, što je pogrešno, jer bi sada proizišlo da bi svedok moglo biti lice koje može dati i sasvim nebitna

⁵⁶ S. Beljanski, G. P. Ilić i M. Majić, op. cit, str. 53.

obaveštenja. Pored toga, gledano striktno, pitanje je da li su i lica za koja je verovatno da mogu dati relevantna obaveštenja već samim tim svedoci, ili oni, što je znatno logičnije, svedoci postaju tek kada se kao takvi pojave u krivičnom postupku.

Problemi koji se tiču definisanja svedoka nisu preterano značajni i neće, svakako, dovesti do posebnih teškoća u praksi, što isto važi i za odredbu člana 92 stav 1, gde se potpuno nepotrebno utvrđuje *sposobnost svedočenja*, i to tako što se kaže da „svako lice koje može da prenese svoja saznanja ili opažanja u vezi s predmetom svedočenja ima sposobnost svedočenja“. To bi se, svakako, i inače moralo podrazumevati, tako da od ovakve definicije „sposobnosti svedočenja“ nema nikakve praktične koristi, a poseban je problem što se u odredbi, kao izdvojeni pojam, navodi „predmet svedočenja“, što nije zakonski termin. Iako ne bi trebalo da bude sporno šta spada u predmet svedočenja, ovo je dobar primer za pogrešan pristup u Zakoniku, kada pokušaj definisanja svega i svačega (poput definicija koje se tiču različitih stepena sumnje, izvesnosti, izraza „krivični zakon“ itd.), u stvari podrazumeva da će uvek biti sasvim pristojan broj izraza i pojmova koji se u samom zakoniku neće striktno definisati (niti je to objektivno moguće, a naročito ne i potrebno), ali će to onda dodatno, u svetlu generalne intencije stvaranja što više zakonskih definicija, poprilično „bosti oči“.

Ozbiljniji je problem što postoji značajna kontradikcija između određenih opštih pravila o ispitivanju svedoka (član 95) i pravila koja se tiču ispitivanja svedoka na glavnom pretresu.

Prema članu 98 stav 3 ZKP/2011, pitanja svedoku *ne smeju predstavljati navođenje na odgovor*, osim ako se ne radi o *unakrsnom ispitivanju na glavnom pretresu*. To znači da je intencija zakonodavca bila da se (kao i do sada) zabrane sugestivna pitanja svedoku, kao kada ga, na primer, ispituje javni tužilac u istrazi, ali i da se takva pitanja dopuste na glavnom pretresu kada je pitanju unakrsno ispitivanje, tj. kada svedoka ispituje stranka koja ga nije predložila.

Međutim, ovde postoje određene kontradikcije u samim pravilima koja se tiču unakrsnog ispitivanja svedoka na glavnom pretresu, gde se u članu 402 stav 7 navodi: „Prilikom ispitivanja svedoka, veštaka ili stručnog savetnika shodno se primenjuju odredbe člana 397. stav 4. i 5. i člana 398. stav 3. do 5. ovog zakona“. U članu 398. stav 3, navodi se: „Predsednik veća će zabraniti pitanje ili odgovor na već postavljeno pitanje ako je ono nedozvoljeno (član 86. stav 3.), ili se ne odnosi na predmet (...)“. A u članu 86. stav 3. se kaže: „Kad okrivljeni završi svoj iskaz (...) postaviće mu se pitanja (...) **i ne smeju predstavljati navođenje na odgovor.**“ Dakle, tu je tačka.

Pitanja ne smeju predstavljati navođenje na odgovor, što znači da se sugestivna pitanja ne dozvoljavaju ni po izuzetku, što je u direktnoj suprotnosti s prethodno citiranim članom koji ih, navodno, dozvoljava prilikom unakrsnog ispitivanja. Ovde će se, naravno, u praksi primenjivati određena „korisna gimnastika“, ali i to ukazuje na kvalitet teksta novog zakonika, te njegovu koherentnost i u ovom delu, a priča o čudnim situacijama koje nastaju, odnosno mogu nastati zbog preuzimanja modela stranačkog ispitivanja svedoka iz tipičnih adverzijalnih krivičnih procedura, ovde nije završena. Dalje u tekstu objasnićemo i nelogičnost da zakonopisci, po svemu sudeći, implicitno podrazumevaju da su svedoci koje stranke predlažu za ispitivanje na glavnom pretresu, praktično na odgovarajući način „pripremljeni“ od strane samih stranaka koje ih predlažu, pri čemu je jedan od razloga za određivanje pritvora okrivljenom (a ne zaboravimo, okrivljeni je stranka) i opasnost da će ometati postupak uticanjem na svedoke (član 211 stav 1 tačka 2).

8.4. „Stepenovanje sumnje” i elementi „pretpostavke krivice” i *prejudiciranja krivice* okrivljenog kao posledica loših definicija stepena sumnje

Član 2 Zakonika, koji sadrži „značenje izraza“, odnosno predstavlja *pojmovnik*, prema svom obimu, verovatno predstavlja *raretet u svetskim razmerama*. Radi se o članu koji ima dva stava, a prvi stav, u kome su sadržani osnovni zakonski pojmovi, ima čak 38 tačaka. U pitanju je neverovatna „gomila normi“, a sa stanovišta cilja člana 2, bilo bi, po svemu sudeći, sasvim dovoljno da se zadrži svega oko trećine njegove sadržine, dok je sve ostalo uglavnom „višak“.

Međutim, iako u životu uglavnom važi pravilo da „od viška glava ne boli“, ovde to nije slučaj, jer je dobar deo sadržaja člana 2 stav 1 izuzetno konfuznog karaktera i, kao što će se to detaljnije objasniti dalje u tekstu, čitav niz izraza, to jest pojmova ili definicija sadržanih u tim zakonskim odredbama, izuzetno je nekvalitetan i veoma sporan.

Ovom prilikom ćemo,⁵⁷ pre nego što prokomentarišemo konačna rešenja definisanja različitih stepena sumnje u pozitivnom Zakoniku o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine, posebno da se osvrnemo i na definicije koje

57 Kao što to i inače povremeno činimo u ovoj knjizi, i vraćanje na rešenja kakva su postojala u Nacrtu novog Zakonika o krivičnom postupku (bez obzira na to što ona ipak nisu sadržana u pozitivnom ZKP-u) opravdano je iz *edukativnih razloga*, tj. radi davanja primera *kako ne treba postupati*.

su bile sadržane u završnoj verziji Nacrta toga zakonika, a čija je osnovna karakteristika bila da su se temeljile na postojanju **pretpostavke krivice**, tj. bile su i formalno suprotne dejstvu pretpostavke nevinosti,⁵⁸ formulisane već u narednom članu 3 Zakonika.

Prema članu 2 tačka 17 Nacrta, osnov sumnje bio je definisan kao *pretpostavka* da je određeno lice učinilac krivičnog dela, zasnovana na okolnostima događaja i posrednim zaključcima o činjenicama (indicijama).⁵⁹

Prema članu 2 tačka 18 Nacrta, osnovana sumnja bila je utvrđena kao *pretpostavka* da je određeno lice učinilac krivičnog dela, zasnovana na okolnostima događaja i neposrednim zaključcima o činjenicama (dokazima).

Prema članu 2 tačka 19 Nacrta, opravdana sumnja bila je definisana kao potkrepljenost osnovane sumnje dokazima koji čine verovatnom pretpostavku da je određeno lice učinilac krivičnog dela i opravdavaju podizanje optužbe.

Ove kratke odredbe koje su se ticale definisanja tri različita stepena sumnje u krivičnom postupku bile su izuzetno problematične i predstavljaju sjajan primer neukosti njihovih pisaca.

Takve definicije stepena sumnje bile su u očiglednoj kontradikciji s pretpostavkom nevinosti sadržanom u članu 3 stav 1 Zakonika, shodno kojoj se svako smatra nevinim sve dok se njegova krivica za krivično delo ne utvrdi pravnosnažnom odlukom suda.

Ako se *pretpostavlja da je određeno lice učinilo krivično delo* član 2 tač. 17 - 19 Nacrta), onda to znači da se *pretpostavlja da je on kriv*, čime se derogira pretpostavka nevinosti, koja nije sadržana samo u Zakoniku o krivičnom postupku, već i u Ustavu i važnim međunarodnopravnim dokumentima.

Time što se svaki stepen sumnje, od najblažeg do najtežeg, određuje tako da je zasnovan na pretpostavci da je određeno lice učinilo krivično delo (praktično se radi o pretpostavci krivice), pri čemu se zahteva postojanje određenih „okolnosti“, odnosno „činjenica“ ili „dokaza“, na kojima se takva pret-

58 Više o tome: M. Škulić, „Modifikacije krivičnog zakonodavstva Srbije u vreme ekonomske krize – neke greške u srpskom KZ-u i katastrofalno loša koncepcija Nacrta Zakonika o krivičnom postupku Srbije“, zbornik: *Zaštita ljudskih prava i sloboda u vreme ekonomske krize*, Udruženje za međunarodno krivično pravo, urednik prof. dr Sreto Nogo, Beograd, 2011, str. 139 – 140.

59 Inače, dalje u tekstu Zakonika govori se o „osnovima sumnje“, a ne o „osnovu sumnje“. Na primer, istraga se pokreće protiv određenog lica za koje postoje „osnovi sumnje“, a ne „osnov sumnje“ da je učinilo krivično delo. Kakva je razlika između *osnova sumnje* (jednina), koji se definiše u članu 2 Zakonika, i *osnova sumnje* (množina), koji se spominju u mnogim odredbama Zakonika kao materijalni uslov za određene procesne radnje, odnosno vođenje predistražnog postupka, pa i same istrage – u stvari uopšte i nije jasno.

postavka zasniva – nepotrebno se ušlo u veoma složen problem. Vrlo je neuobičajeno za savremene zakon(ik)e o krivičnom postupku da uvode podelu na *indicije* i *neposredne dokaze*. To je pretežno bila odlika starih inkvizitorskih Zakonika o krivičnom postupku, ustrojenih na *formalnoj oceni dokaza*.

U savremenom krivičnom procesnom pravu *podela na indicije i dokaze*, odnosno posredne i neposredne dokaze, samo je teorijskog značaja, dok se u samim zakonima i u praksi to prepušta slobodnoj oceni suda, odnosno službenih aktera postupka i njihovom slobodnom uverenju.⁶⁰ Ovo je predstavljao primer popriličnog anahronizma u tekstu Nacrta, koji nije bio ni od kakve praktične važnosti, a u stvari, u praksi bi mogao da deluje isključivo zbunjujuće.

Kada se kaže da *osnov sumnje, osnovana sumnja*, odnosno *opravdana sumnja* **predstavljaju pretpostavku** da je određeno lice učinilo krivično delo, to znači da se time *pretpostavlja krivica*, jer je krivično delo ono delo koje je zakonom određeno kao krivično delo, koje je protivpravno i skrivljeno,⁶¹ pa ako se *pretpostavlja da je neko učinio krivično delo*,⁶² to znači da se pretpostavlja njegova *krivica*.

Bilo bi nešto bolje da su se tvorcii Nacrta makar ograničili na posredno eliminisanje pretpostavke *krivice* u svojim definicijama različitih stepena sumnje, pa da je rečeno da se radi o pretpostavci da je određeno lice učinilac dela koje je „zakonom određeno kao krivično delo i koje je protivpravno“, što bi onda, makar u formalnom smislu, moglo donekle otkloniti problem ulaženja u koliziju s dejstvom pretpostavke nevinosti.

Pored toga, *ako su već želeli da se „igraju“ definicijama u zakonskom tekstu, autori ovih izuzetno problematičnih odredbi mogli su da, umesto „termina“ pretpostavka, koriste izraz mogućnost te da tako, makar na formalan način, izbegnu konfrontaciju s pretpostavkom nevinosti*.

Tvorcii Nacrta Zakonika o krivičnom postupku su se po ovom pitanju ipak „**dozvali pameti**“ (bolje ikad, nego nikad), pa su u poslednjoj radnoj verziji Nacrta od 12. jula 2011. godina, koja je predata Ministarstvu prav-

60 Više o tome: M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, treće izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, str. 188 – 189.

61 Više o tome: Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2006, str. 52 – 53.

62 Pored ovoga, ako se svaki stepen sumnje vezuje za pretpostavku da je određeno lice učinilo krivično delo (kao što se to čini u članu 2 st. 17 – 19 Nacrta), to bi značilo i da nijedan od tih stepena sumnje ne može da se odnosi na neuračunljiva lica, jer njihova dela nisu krivična dela, već su u pitanju krivična dela koja su zakonom određena kao krivična dela i koja su protivpravna, ali su učinjena bez krivice.

de radi izrade konačnog teksta Nacrta, ipak eliminisali izraz „pretpostavka“, te ga (kao što je ovde sugerisano i kao što je autor ovog rada prethodno to već učinio u drugim tekstovima posvećenim kritičkoj analizi Nacrta ZKP-a), **zamenili adekvatnijim terminom – mogućnost**, čime su izbegli formalno i sasvim nepotrebno povređivanje pretpostavke nevinosti.

Međutim, u konačnoj verziji koja je postala pozitivni Zakonik o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine nestaje i izraz „mogućnost“ u definicijama različitih stepena sumnje, pa se sada ti različiti oblici sumnje određuju na sledeći način.

Osnov sumnje označava se kao „skup činjenica koje posredno ukazuju da je učinjeno krivično delo ili da je određeno lice učinilac krivičnog dela“.

Osnovana sumnja je definisana kao „skup činjenica koje neposredno ukazuju da je određeno lice učinilac krivičnog dela“.

Opravdana sumnja se utvrđuje kao „skup činjenica koje neposredno potkrepljuju osnovanu sumnju i opravdavaju podizanje optužbe“.

Iako se ovim definicijama sada formalno ne uvodi **pretpostavka krivice**, kao što je to učinjeno u prethodno objašnjenim verzijama tih definicija u Nacrtu novog ZKP-a, ni njima nije napravljen veći pomak, te se može smatrati da i one predstavljaju prilično grubo ogrešenje o pretpostavku nevinosti.

Pretpostavka nevinosti implicitno se krši time što je navedeno da određene činjenice (bez obzira na to da li posredno ili neposredno), *ukazuju* da je određeno lice *učinilac krivičnog dela*.

Kako se može „ukazivati“ da je neko učinilac krivičnog dela a da se on time u stvari striktno i ne označava kao učinilac? Time se on, u stvari, obeležava kao učinilac krivičnog dela. Kao što je prethodno objašnjeno, ovaj problem se mogao lako izbeći, samo da je upotrebljena reč „mogućnost“.

Naš zakonodavac sada, u svojim naopakim definicijama stepena sumnje, više ne koristi izraze kao što su „**posredni zaključci o činjenicama (indicije)**“ i „**neposredni zaključci o činjenicama (dokazi)**“. To predstavlja izvesni pomak, jer makar formalno naš novi Zakonik o krivičnom postupku ne uvodi takav tipičan relikv starih inkvizitorskih zakon(ik)a o krivičnom postupku, koji su poznavali formalnu podelu na posredne dokaze – indicije i „prave“, tj. neposredne dokaze, a što je inače potpuno besmisleno u savremenom krivičnom procesnom pravu, za koje je karakteristično delovanje načela slobodne ocene dokaza.

Međutim, podela na *indicije* i *neposredne dokaze* ipak je i formalno opstala u našem novom zakoniku o krivičnom postupku, i to na jedan pravno-tehnički veoma loš način.

Time što se osnov sumnje zasniva na činjenicama koje *posredno ukazuju* da je učinjeno krivično delo, odnosno da je određeno lice učinilac krivičnog dela, te činjenice se praktično tretiraju ne kao dokazi, već kao indicije, dok se implicitno samo činjenice koje neposredno ukazuju da je određeno lice učinilac krivičnog dela (osnovana sumnja) svrstavaju u dokaze. Ovakav rezon je suštinski potpuno pogrešan, jer se pitanje svrstavanja određene činjenice u dokaz, te davanje odgovarajućeg stepena dokaznog kredibiliteta konkretnoj činjenici, ne može na ovakav način rešiti zakonom, već sud u skladu s načelom slobodne ocene dokaza, te na temelju slobodnog uverenja, ceni da li su određene činjenice dokaz u konkretnom slučaju, te kakav stepen dokazne verodostojnosti imaju.

Prvi put se u naš krivični postupak uvodi i *treći stepen sumnje*, a to je *opravdana sumnja*, koja ne samo što je takođe (kao i prethodno definisana dva blaža stepena sumnje – osnov sumnje i osnovana sumnja), u tekstu Nacrta novog Zakonika o krivičnom postupku, predstavljala vid kršenja pretpostavke nevinosti, već je bila veoma nejasno definisana, jednom vrlo komplikovanim formulacijom da se tu radi o „potkrepljenosti osnovane sumnje dokazima koji čine verovatnom pretpostavku da je određeno lice učinilo krivično delo i opravdavaju podizanje optužbe“. Ova definicija je, pored ostalog, bila kontradiktorna prethodnoj definiciji osnovane sumnje i iz nje bi skoro moglo proizići da se sada pravi razlika u kvalitetu dokaza koji potkrepljuju osnovanu sumnju i onih iz kojih proizlazi opravdana sumnja.

Stvar u pogledu definisanja „opravdane sumnje“ nije bitno popravljena ni u konačnoj verziji teksta koji je postao pozitivni Zakonik o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine. Time što se označava da je opravdana sumnja skup činjenica koje neposredno potkrepljuju osnovanu sumnju nije uopšte napravljena bilo kakva relevantna razlika između činjenica koje neposredno ukazuju da je određeno lice učinilac krivičnog dela (a koje bi i inače morale postojati da bi se radilo o osnovanoj sumnji) i sada još nekih „dodatnih“ i „novih“ činjenica, koje treba dodatno da „neposredno potkrepe“ osnovanu sumnju. Drugim rečima, da „potkrepe“ činjenice iz kojih već proizlazi osnovana sumnja. Radi se o potpuno konfuznoj definiciji, koja ne postaje jasnija ni time što se još kumulativno dodaje da je potrebno da takve činjenice koje neposredno potkrepljuju osnovanu sumnju, pri tom, još i „opravdavaju podizanje optužbe“. Kako i čime one optužbu opravdavaju, zakonodavac ne navodi. To nije ni moguće navesti, jer se radi o nečemu što bi moralo biti rezultat slobodne ocene dokaza i slobodnog uverenja, a rezonovanje ovog tipa mora se zasnivati i na već ustaljenim stavovima sudske prakse, te uopšte prakse u krivičnom postupku.

Od ovakve definicije „opravdane sumnje”, sadržane u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine, ali i od druga dva zakonska stepena sumnje (osnov sumnje i osnovana sumnja), verovatno ne može biti nikakve praktične koristi, a štete bi ipak moglo da bude jer takav skup konfuznih rečenica, po svemu sudeći, može poprilično da zbuni neke aktere krivičnog postupka.

Da su ovakve definicije stepena sumnja izložene u nekom teorijskom radu, one bi mogle imati određenog rezona i donekle poslužiti kao izvesni orijentir praksi, kao što je to uobičajeno kada se radi o dokaznim pojmovima u krivičnom procesnom pravu, mada bi se i tada radilo o veoma nekvalitetnim definicijama. Ali kada se one (pa čak i u drastičnom vidu kršenja pretpostavke nevinosti) uvedu prvo u potencijalni zakonski tekst (Nacrt Zakonika), a potom, na nesreću, postanu i deo našeg pozitivnog krivičnog procesnog prava, onda je to grubo amatersko poigravanje s jednim izuzetno važnim izvorom prava u pravnoj državi.

8.5. Pogrešni naslovi u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. i neki primeri pogrešne sistematike

Dobro je što se u novom zakoniku svakom članu u zakonskom tekstu daje naslov. Time se postiže bolja preglednost i na takav način zakonski tekst postaje sistematičniji. Tako je bilo učinjeno i u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2006. godine, ali se čini da je to u tom zakonskom tekstu to izvedeno na bolji način.

Mogu se uočiti brojni primeri pogrešnih naslova pojedinih odredbi, tj. članova novog zakonika, poput sledećih primera: naslov iznad člana 23 – *Mesto izvršenja krivičnog dela* jeste pogrešan, jer nije reč o samom mestu izvršenja (ono se i inače određuje odredbama Krivičnog zakonika,⁶³ kao što je to učinjeno u članu 17 KZ),⁶⁴ već o glavnom kriterijumu za određivanje mesne nadležnosti. To znači da bi adekvatniji naslov ovog člana bio *Nadležnost prema mestu izvršenja krivičnog dela*.

Slično se može primetiti i u naslovima drugih članova, koji se tiču kriterijuma za određivanje mesta nadležnosti, kao što je to slučaj sa čl. 4-28 novog Zakonika o krivičnom postupku. Na primer, naslov iznad člana 27 glasi

63 Više o tome: Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, „Službeni glasnik”, Beograd, 2006, str. 82.

64 Naslov člana 17 Krivičnog zakonika (*Mesto izvršenja krivičnog dela*), identičan je naslovu člana 23 Zakonika o krivičnom postupku, što je, očigledno, nelogično i ukazuje na pogrešan pristup u Zakoniku o krivičnom postupku.

Krivična dela izvršena putem sredstava javnog informisanja, iako se, naravno, pri tom ne radi o tim krivičnim delima, već o *nadležnosti* u pogledu tih krivičnih dela.

Zakonodavac koristi i drugačiji naziv za jedan sadašnji sumarni tip krivičnog postupka. Upotrebljava se naziv *ročište za izricanje krivične sankcije* (čl. 512-518 ZKP/2011), za označavanje jednog od posebnih postupaka.

Ovaj je naziv neadekvatan, jer u osnovi asocira na anglosaksonsko ročište za izricanje sankcije, koje je u tom krivičnoprocesnom sistemu sastavni deo svakog postupka (*sudjenje pred porotom ili priznanje krivice na osnovu sporazuma + ročište za izricanje sankcije*).

Kod nas je reč o posebnom postupku koji se stoga ne može nazivati „ročištem”. Ispravniji je važeći naziv – postupak za kažnjavanje bez glavnog pretresa, odnosno mogao bi se koristiti naziv – „postupak izricanja krivične sankcije bez održavanja glavnog pretresa“.

Jedan od postupaka za preinačenje pravnosnažne presude (glava XXIII) jeste i postupak za izricanje jedinstvene kazne (čl. 552- 556 ZKP/2011). Po ovim odredbama, do preinačenja odluke o kazni može da dođe i pre nego što je presuda postala pravnosnažna, pa je pogrešno regulisanje tog postupka u ovoj glavi Zakonika.

Drugi deo glave XVI, koja se odnosi na istragu, obuhvata odredbe o sporazumima javnog tužioca i okrivljenog, što nije logično jer se ovi sporazumi na zaključuju samo tokom istrage.

8.6. Teret dokazivanja optužbe

U obrazlaganju razloga za donošenje novog Zakonika o krivičnom postupku, te značaja njegovih pojedinih odredbi, velika je pažnja ukazana formulaciji sadržanoj u članu 15 stav 2, po kojoj je teret dokazivanja optužbe na tužiocu. U suštini se ništa posebno ovim samo po sebi ne postiže, jer po logici stvari, uvek kada tužilac podnosi odgovarajući optužni akt, tj. kada realizuje svoju funkciju krivičnog gonjenja i praktično postupa u funkciji optužbe, on mora na odgovarajući način da potkrepi optužbu dokazima iz kojih proizlazi odgovarajući stepen sumnje. Tako je i u skladu sa Zakonikom o krivičnom postupku iz 2001. godine. Na primer, tužilac, kada podnese optužnicu, u njenom obrazloženju objašnjava postojanje dokaza iz kojih proizlazi osnovana sumnja da je okrivljeni učinio krivično delo koje je predmet optužbe, a slično je i kada se podnosi zahtev za sprovođenje istrage. U obe situacije postoji odgovarajuća sudska kontrola, pa tako ako istražni sudija zaključi da nema uslova

za vođenje istrage, odnosno da osnovana sumnja nije potkrepljena dokazima, izraziće svoje neslaganje i zatražiti odluku vanraspravnog veća.

Takođe, sudska kontrola optužnice prema mehanizmu Zakonika o krivičnom postupku iz 2001. godine (bilo onda kada je uložen prigovor okrivljenog ili njegovog branioca, bilo po zahtevu predsednika prvostepenog veća) omogućava obustavu krivičnog postupka ako tužilac nije svoju optužbu zasnovao na kredibilnim dokazima iz kojih bi proizišla osnovana sumnja da je okrivljeni učinio krivično delo. Iz ovoga proizlazi da i sada, tj. i prema Zakoniku o krivičnom postupku iz 2001. godine, tužilac mora da na odgovarajući način dokaže optužbu, odnosno da ukaže na dokaze iz kojih proizlazi osnovana sumnja da je okrivljeni učinio krivično delo, bez obzira na to što zakonodavac nije formalno propisao da tužilac snosi teret dokazivanja svoje optužbe.

Čini se da je u novom ZKP-u pomalo poistovećena *optužba sa utvrđivanjem činjeničnog stanja*. Optužba predstavlja odgovarajuće „terećenje” okrivljenog da je učinio krivično delo, što se čini na odgovarajućem stepenu sumnje, a to je kada se radi o Zakoniku iz 2001. godine osnovana sumnja, dok prema Zakoniku iz 2011. godine, može biti reč i o „osnovu sumnje”, kada je u pitanju istraga. Ali kako se istraga sada vodi na osnovu naredbe koja predstavlja odluku javnog tužioca, a ne optužni akt, to ovde nema mnogo značaja, tim pre što se odluka kojom se započinje istraga ne može pobijati pravnim lekom.

Optužni akt formalizuje optužbu, a kao što smo prethodno objasnili, tužilac uvek mora (a to je morao i prema ZKP-u iz 2001. godine) da optužni akt zasnuje na odgovarajućim dokazima, što u stvari znači da tužilac, svakako, snosi (i uvek je snosio) teret dokazivanja svoje optužbe kada se radi o postojanju osnovane sumnje da je okrivljeni učinio krivično delo ili, bolje rečeno, o postojanju odgovarajućeg stepena sumnje, jer sada zakonodavac uvodi i treći stepen sumnje, a to je „opravdana sumnja”.

Šta se to onda posebno novo i korisno postiže formulacijom iz člana 15 stav 2 ZKP/11? U osnovi ništa posebno, ali se daljom konkretizacijom načina izvođenja dokaza, koje je praktično skoro u potpunosti povereno strankama, uz potpunu pasivizaciju suda, konačni „dokazni ishod” postupka svodi na pitanje „pobede” u stranačkom „dvoboju” pred neutralnim i relativno pasivnim sudom.

Dakle, da je rečeno da tužilac snosi teret dokazivanja optužbe, te da je istovremeno za sud zadržana dužnost utvrđivanja potpunog i tačnog činjeničnog stanja, odnosno da je očuvano načelo istine u krivičnom postupku, stvorila bi se mnogo logičnija situacija koja bi više odgovarala i interesima pravičnog krivičnog postupka. Naime, tada bi tužilac, svakako, morao doka-

zno potkrepiti svoj optužni akt i svojim radnjama u postupku, pa i učešćem u izvođenju dokaza, odnosno samim izvođenjem „svojih” dokaza,⁶⁵ dokazivati svoju optužbu, ali bi i sam sud istovremeno težio da izvođenjem dokaza utvrđuje pravilno činjenično stanje, to jest da traga za istinom u krivičnom postupku.

Ni u kom slučaju nije isto dokazati optužbu i utvrditi činjenično stanje. **Jedno je dokazivanje optužbe, a drugo je utvrđivanje činjeničnog stanja.** Takođe, **nije isto dokazati optužbu i dokazati krivicu** okrivljenog.

Optužba se zasniva na određenom stepenu sumnje i nju bi tužilac morao da dokaže već svojim optužnim aktom, odnosno dokazima na kojima se optužni akt temelji, a krivica se može utvrditi tek kada ona proiziđe iz izvedenih dokaza, odnosno kada sud zaključi da je na glavnom pretresu dokazano da je optuženi učinio krivično delo koje je predmet optužbe.

8.7. Potpuno i štetno „labavljenje kočnica“ u pogledu sporazuma o priznanju krivice

U naš pravni sistem je novelama Zakonika o krivičnom postupku iz 2001. godine od septembra 2009. godine (po uzoru na odredbe sadržane u ZKP-u iz 2006. godine) uveden sporazum o priznanju krivice. To je zakonski mehanizam koji mnogi smatraju veoma kontroverznim. Da je bilo ko pre

65 Naime, nismo apriorno protiv *stranačkog izvođenja dokaza*, već smo striktno protiv toga da takvo izvođenje dokaza bude praktično *isključivo* (to je posebno važno kada se radi o okrivljenom bez branioca), što znači da, ako se već htelo da stranke budu dokazno aktivnije, te da se istovremeno sud „dokazno rastereti”, moglo se propisati da stranke i branilac primarno izvode dokaze, ali da se istovremeno omogući i da sud bude dokazno bitno aktivniji, jer bi bio dužan da izvede sve dokaze koje stranke prethodno nisu izvele, ili su to učinile na neadekvatan način, onda kada je to potrebno u cilju utvrđivanja potpunog i tačnog činjeničnog stanja.

Drugim rečima, bilo je moguće, ako se pošto-poto želelo pretežno stranačko izvođenje dokaza, da se čak uvede i pretežno adverzijalno konstruisan dokazni postupak, a da istovremeno u krivičnom postupku postoji i načelo istine, čime bi se omogućilo da onda kada su stranke faktički ravnopravne u smislu sposobnosti da kvalitetno izvedu dokaze, a naročito kada se radi o okrivljenom koji ima dobrog branioca, sud praktično prepusti izvođenje dokaza strankama, bez potrebe da se sam bitnije meša u dokazni postupak. Ali bi obrnuto, onda kada same stranke nisu dovoljno spremne da kvalitetno izvedu dokaze, a naročito kada okrivljeni uopšte nema branioca ili ima nedovoljno kvalitetnu stručnu odbranu, sam sud morao da preuzme aktivnu dokaznu ulogu, te pravilno, u cilju utvrđivanja, odnosno potpunog i istinitog činjeničnog stanja, to jest, drugim rečima, radi utvrđivanja istine – izvede sve potrebne dokaze i na njima zasnuje svoju presudu.

nekoliko decenija nekom javnom tužiocu predložio zaključenje sporazuma sa okrivljenim, čestiti tužilac bi verovatno posumnjao u pokušaj korupcije.

Slične mogućnosti postoje u većini savremenih država i mada je sporazum o priznanju krivice zaista potekao iz SAD,⁶⁶ on je danas u nekim svojim varijantama prihvaćen širom Evrope. Na primer, u Nemačkoj se on decenijama primenjivao, čak i bez ikakve formalne zakonske osnove. Ono što je već decenijama bilo prisutno u praksi, u Nemačkoj je tek avgusta 2009. godine pretočeno u zakonske odredbe.⁶⁷ Da li to predstavlja amerikanizaciju evropskih krivičnih postupaka? U suštini ne, iako uticaj rešenja iz uporednog prava, svakako, postoji, ali je to danas u savremenom svetu uobičajena pojava. Američka varijanta sporazuma o priznanju krivice, poznata kao *plea bargaining*, često se prevodi kao „negodba o priznanju krivice”. Sami Amerikanci radije govore o „ispregovaranoj krivici”.

Kao što smo već nagovestili, krivični postupak u SAD ustrojen je kao jedna vrsta „dokaznog stranačkog dvoboja”. Tužilac i okrivljeni se sopstvenim argumentima „tuku” pred porotom sastavljenom od običnih građana, koja cení ko je bio ubedljiviji. Sam sudija je relativno pasivan. Tek ako porota odluči da je okrivljeni kriv, sudija stupa na scenu izricanjem odgovarajuće kazne. Ako porota odluči da nema krivice, posao sudije je završen. Ovo je poznato i iz beletristike i filmova. Ono što mnogi ne znaju jeste da je ovakvo „školsko“ suđenje u SAD pravi izuzetak. Odvija se u manje od 10 odsto svih slučajeva. Skoro 90 odsto slučajeva okončava se na temelju priznanja okrivljenog, kada izostaje porotno suđenje, a sud samo izriče kaznu, uzimajući priznanje kao ozbiljnu olakšavajuću okolnost. Međutim, oko polovina priznanja nije plod sporazuma sa tužiocem, već okrivljeni priznaje pritešnjen dokazima i svestan da bi i bez priznanja bio oglašen krivim, ali da bi tada sledila daleko teža kazna, a tamo kazne nisu nimalo naivne. Kada bi bilo nešto više suđenja pred porotom, pravosudni sistem SAD bi doživeo kolaps.

Kada se američki tužilac sporazumeva sa okrivljenim, često je vrlo bitna „stavka“ spremnost okrivljenog da se pojavi kao svedok protiv drugih „ozbiljnih igrača”. Kad je pisac ovog teksta bio u poseti Ef-Bi-Aju u San Francisku, tamo je video da je veliki problem u tom gradu albanska mafija, za koju mu je rečeno da je vrlo tvrd orah jer se radi o novoj, veoma zatvorenoj grupaciji, u koju je skoro nemoguće prodreti. Potom je američki detektiv utešno objasnio da se to uvek dešava kada se pojave novi imigranti, te da s vremenom deluje

66 Više o tome: V. Bajović, *Sporazum o priznanju krivice – uporednopravni prikaz*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, str. 38.

67 Više o tome: H. Putzke und J. Scheinfeld, *Verlag C. H. Beck*, München, 2009, str. 21.

melting pot, neko od došljaka postane policajac i stvori se prilika da FBI dobije insajdera u kriminalnoj organizaciji. Našalio sam se i rekao da je to možda i prilika da kriminalci steknu insajdera u policiji. Dobio sam odgovor da je to, svakako, moguće, ali ne isuviše verovatno, jer se većina policajaca kao kuge plaši takve saradnje s kriminalcima, znajući da će kriminalac, ako „padne“, imati prilikom pregovora s tužiocem podatak o korumpiranom policajcu kao jaku kartu u rukavu. Spasavajući svoju kožu, on bi vrlo rado svedočio protiv „drugara u plavom“.

Sporazum se u sada, tj. još uvek važećem srpskom zakoniku o krivičnom postupku iz 2001. godine (a stupanjem na snagu novela iz septembra 2009. godine), zasniva na bitno drugačijoj koncepciji. Moguć je samo za krivična dela za koja je propisana kazna do 12 godina zatvora. Element sporazuma ne može biti obavezivanje okrivljenog da svedoči protiv drugog okrivljenog.

Kada se u SAD okrivljeni i tužilac „nagode“, oni kaznu samo predlažu. To ne obavezuje sud. Kazna može biti i teža od dogovorene, što se, po pravilu, i dešava. U Srbiji to neće biti moguće. Sud prihvata sporazum samo ako u prilog krivici osim priznanja postoje i drugi dokazi. Tada se prihvata i kazna o kojoj su se sporazumeli tužilac i okrivljeni. Protiv odluke kojom se prihvata sporazum, žalbu može da izjavi oštećeni i tek kada o toj žalbi reši vanraspravno veće suda, sporazum proizvodi pravno dejstvo. Stoga će okrivljeni i javni tužilac biti motivisani da vode računa i o interesima žrtve krivičnog dela, pre svega o obeštećenju, što je humano i pravično.

Ne treba očekivati čuda od sporazuma o priznanju krivice, ali bi on mogao doprineti efikasnijem krivičnom postupku. Nijedno zakonsko rešenje nije savršeno, pa ni ovo, jer savršenstvo nije ljudska osobina, ali ovaj sporazum u praksi može biti koristan. Suđenje ipak ne sme postati izuzetak, a krivični postupak ne sme se pretvarati u bilo koji oblik „prekog suda“. Kaznena politika ne sme biti „mreža u koju se hvataju sitne ribe, a kroz koju prolaze velike“, a sporazum je u osnovi namenjen „sitnim ribama“. Iako se kaže da je „pravda spora ali dostižna“, suđenja moraju biti brža, jer njihova preterana sporost uvek ohrabruje kriminalce.

Mnogo se prašine podiglo kada je jedna srpska folk zvezda sklopila sporazum s javnim tužiocem i, kako je to dobar deo javnosti doživeo, „pogodbom“ blage kazne „otkupila“ grehe. Bilo je tu i mnogo nerazumevanja, a često se komentarisalo i da mi sada imamo „američki“ sistem. Stvari stoje nešto drugačije. Takav sporazum u Srbiji, kao što je objašnjeno, sada postoji u jednoj prilično umerenoj varijanti. Stavka sporazuma ne može biti obavezivanje okrivljenog da svedoči protiv drugih okrivljenih, jer bi to moglo asocirati

na „kupovinu“ svedoka. Na primer, Dražen Erdemović je priznao da je u Srebrenici učestvovao u ubistvu oko 1.200 ljudi, a da je lično ubio oko 70 ljudi. Za taj zločin je, zahvaljujući svedočenju na koje se obavezao sporazumom, osuđen na svega pet godina zatvora.

Zakonikom o krivičnom postupku omogućava se sklapanje sporazuma u pogledu bilo kog krivičnog dela. To znači da će nagodba tužioca i okrivljenog biti moguća i za silovanje deteta, teška ubistva i slično. Nije dozvoljena ni žalba oštećenog protiv sporazuma. To je veoma loše rešenje, koje u kombinaciji sa ukidanjem dužnosti suda da utvrđuje istinu u krivičnom postupku može biti izrazito nepravično u praksi.

Od kada je DNK analiza postala rutinska metoda identifikacije, ne samo da je njeno korišćenje doprinelo velikom uspehu u dokazivanju krivičnih dela, već je njome u nekim državama naknadno dokazan niz sudskih zabluda. Pošto je nevinost jednog osuđenika na smrtnu kaznu nesporno utvrđena naknadno sprovedenom DNK analizom, guverner države Ilinoj je 2003. godine doneo odluku da se sve osude na smrtnu kaznu u toj državi preinače u kazne doživotnog zatvora, kada je dao i jednu legendarnu izjavu: *Našim pravnim sistemom krstari duh sudske zablude.*⁶⁸

*Do 2007. godine je skoro 200 osuđenika u SAD oslobođeno pošto je DNK analizom utvrđeno da su nevini.*⁶⁹ Neki od njih spadaju u onih famoznih 97 odsto koji se kod nas ističu kao pozitivan primer američkog sistema stranačke „nagodbe.“⁷⁰ Ti „jadnici“ su, iako zaista nevini, prethodno sami priznali zločine, što ih je potom koštalo godina provedenih iza rešetaka.

Šta nevinog čoveka može naterati da prizna krivično delo? Odmah pomislimo na razne zloupotrebe, a posebno na torturu, ali to ovde nije slučaj. Takva priznanja „iznuđuje“ sistem koji je klasično suđenje pretvorio u izuzetak. Onda kada cilj krivičnog postupka nije istina, već formalno rešavanje predmeta postupka, tada je priznanje zaista „kraljica dokaza“ i njegovim dobijanjem se sve rešava. To je tipično u anglosaksonskim postupcima, a poseb-

68 J. Benet (Ed.), *Crime Investigation*, „Parragon“, London, 2007, str. 92 – 93.

69 Ibidem.

70 Uzgred, radi se o **pogrešnom podatku**, koji su neki naši „pravosudni“ zvaničnici bezrezervno i veoma zdušno prihvatili, pa ga i više puta iznosili u javnosti. U prethodnom tekstu naveli smo nekoliko relevantnih američkih izvora (od kojih su neki objavljeni u knjigama koje je izdalo samo Ministarstvo pravde SAD), po kojem je taj procenat **oko 90 odsto** ili nešto više od 90 odsto, ali **nikako ne tih „famoznih“ 97 odsto**. Pored toga, ovde su, na izvestan način, ipak „sabrane babe i žabe“, jer se radi o svim deliktima uopšte, a ne samo o klasičnim krivičnim delima. Dakle, *u taj procenat ulaze i oni relativno sitniji delikti*, kao što su to prekršaji u našem pravnom sistemu.

no u SAD. Doduše, takvog sporazuma nema u Velikoj Britaniji iako je ona „kolevka“ američkog prava.

Veoma stroga kaznena politika u SAD načelno motiviše okrivljene da priznaju krivična dela i s tužiocem sklope sporazum, kojim sudu predlažu određenu kaznu. Ako se sud uveri da je priznanje istinito, drugi se dokazi ne izvode, već se suđenje svodi samo na kažnjavanje. Kako sud u SAD nije dužan da utvrđuje istinu, on u praksi, po pravilu, nema mnogo razloga da sumnja u priznanje. Obrnuto, ako nema priznanja, ide se pred porotu i tada, ako ona okrivljenog oglasi krivim, sledi višestruko teža kazna..

Strah od odluke porote može neke okrivljene da natera na priznanje, čak i onda kada su nevini, a naročito kada se radi o ranije već osuđivanima, koji znaju da će porotu teško ubediti u svoju nevinost. U samim SAD stoga se taj sistem često oštro kritikuje, ali on tamo funkcioniše, a svaka država sama bira zakonska rešenja koja najviše odgovaraju njenim potrebama.

U SAD svaki optuženi ima ustavno pravo na porotno suđenje, ali kada bi se to pravo samo malo više koristilo, sistem bi doživeo kolaps, jer je klasično suđenje veoma komplikovano i skupo. Zato u SAD sporazum o priznanju krivice ima takav značaj, ali ga baš zato u Srbiji, jer mi nemamo sistem porotnog suđenja, ne treba ni preterano favorizovati. Srbija uzor prvenstveno treba da traži u kontinentalnim evropskim zemljama, gde sporazum o priznanju krivice, i kada postoji, ne liči mnogo na svog „rođaka“ iz Amerike.

8.8. Sporazumi javnog tužioca i okrivljenog

Novi Zakonik o krivičnom postupku uvodi *tri vrste sporazuma javnog tužioca i okrivljenog*: 1) sporazum o priznanju krivičnog dela, 2) sporazum o svedočenju okrivljenog, kao i 3) sporazum o svedočenju osuđenog.

Prvi stranački sporazum samo je druga varijanta onoga što u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2001. godine, a u skladu sa novelama iz 2009. godine, predstavlja sporazum o priznanju krivice, dok su druga dva stranačka sporazuma varijante „zadobijanja kooperativnog svedoka, odnosno drugačije pravnotehničko regulisanje nekadašnjeg instituta svedoka saradnika.

8.8.1. Sporazum o priznanju krivičnog dela

Osnovna anomalija ovog sporazuma jeste što je on sada moguć u odnosu na *bilo koju vrstu krivičnog dela*, bez obzira na njegovu težinu, što znači da se takav sporazum, na primer, može zaključiti i sa okrivljenim koji je optužen za silovanje deteta, višestruko ubistvo itd.

Za razliku od nekadašnjeg zakonskog rešenja, tj. rešenja koje postoji u ZKP-u iz 2001. godine (uvedenog novelama iz 2009. godine), kada je sporazum o priznanju krivice bio moguć samo za krivična dela u pogledu kojih je propisana kazna zatvora do dvanaest godina, sada više nema takvog ograničenja. Takođe, sporazum o priznanju krivičnog dela više se ne može pobijati žalbom oštećenog, što takođe ne predstavlja doprinos poštovanju interesa oštećenog krivičnim delom, koji se ne mogu svesti samo na materijalnopравни aspekt, tj. pitanje imovinskopravnog zahteva, kao ni u pravičnom krivičnom postupku, odnosno njegovom pravičnom ishodu.

Obavezni element sporazuma o priznanju krivičnog dela (opis krivičnog dela, priznanje okrivljenog itd.) jeste, pored ostalog, i **sporazum o vrsti, meri ili rasponu kazne ili druge krivične sankcije** (član 314 stav 1 tačka 3). Iz ovoga bi proizašlo da se stranke mogu sporazumeti i *samo o rasponu kazne* u okviru zakonskog raspona kažnjavanja (na primer, kazna od dve do tri godine zatvora i sl.), a da se sudiji prepušta da u okviru „dogovorenog“ raspona izrekne konkretnu meru kazne određene vrste. Međutim, tako nešto nije usklađeno sa odredbom člana 317, po kojoj sud presudom prihvata sporazum kada utvrdi da su ispunjeni određeni uslovi, poput svesnog i dobrovoljnog priznanja krivičnog dela itd. Pri tom nije jasno kako sud može prihvatiti sporazum koji se u pogledu krivične sankcije odnosi samo na raspon kazne. Koja se kazna tada izriče u osuđujućoj presudi?

S druge strane, ako bi se smatralo da sud, u slučaju da se sporazum tiče samo raspona kazne, može potpuno slobodno izreći bilo koju meru kazne u okviru „dogovorenog raspona“, to bi bilo veoma nelogično, jer kako sud može izreći bilo koju kaznu, to jest odrediti meru određene vrste kazne, ako uopšte nije izvodio dokaze koji se tiču okolnosti koje su parametri za odmeravanje kazne.⁷¹

⁷¹ Tako nešto dozvoljeno je u SAD kao „kolevci“ *plea barging* sistema, gde to čak predstavlja pravilo, što znači da okrivljeni priznaje krivično delo, a tužilac sudu predlaže odgovarajuću krivičnu sankciju. Ali sud takvim predlogom nije formalno vezan, već kazna koju izrekne može biti i veća, što je u praksi pravilo. Međutim, u SAD se, pri tom i pored toga, uglavnom prilično precizno unapred može „proceniti“ koja će se kazna u varijanti „plus – minus“ izreći u konkretnom slučaju. Moguće je da je to američko rešenje poslužilo kao uzor našem zakonodavcu, koji je, međutim, zaboravio da takvo rešenje – koje može imati i određeni *ratio legis* iako je sporno da li bi okrivljeni tako rado rizikovao upuštanje u neizvesnost u pogledu sudske konkretizacije kazne „predložene“ u rasponu – na odgovarajući način uskladi s drugim zakonskim odredbama, te omogućiti sudu izvođenje dokaza potrebnih za odlučivanje o meri kazne, tj. utvrđivanje činjenica koje bi imale značaj olakšavajućih i otežavajućih okolnosti. Naime, u SAD se sud rukovodi veoma preciznim i skoro mehanički formulisanim

Ako se već želelo da postoji mogućnost da se stranke dogovore samo o rasponu kazne, a da se onda sudu prepusti da konačno, ukoliko prihvati sporazum, u okviru tog raspona izrekne konkretnu meru kazne, onda se moralo propisati da sud mora izvesti dokaze kojima utvrđuje činjenice od kojih zavisi mera kazne.

Načelno je veoma loše što je bitno pogoršan položaj oštećenog, koji se sada ne poziva na ročište za odlučivanje o sporazumu o priznanju krivičnog dela, ne može uložiti žalbu protiv rešenja kojim se prihvata sporazum, niti sudija ima dužnost da proverava da li je konkretan sporazum o priznanju krivičnog dela u interesu oštećenog, to jest da sporazumom prava oštećenog nisu povređena.

8.8.2. Sporazum o svedočenju okrivljenog – okrivljeni saradnik i sporazum o svedočenju osuđenog – osuđeni saradnik

Prema članu 327 stav 4 ZKP/2011, sporazum o svedočenju sačinjava se u pisanom obliku i podnosi sudu do završetka glavnog pretresa. Nije precizirano kog glavnog pretresa – onog koji se vodi protiv okrivljenog saradnika ili drugih saokrivljenih, što u praksi može dovesti do niza problema.

Takođe, pitanje je koliko su adekvatni termini *okrivljeni saradnik* i *osuđeni saradnik*, jer iako nije sporno da je „svedok saradnik“ neka vrsta procesnog hibrida koji u sebi spaja procesna svojstva kako svedoka, tako i okrivljenog (jer kako bi drugačije u odnosu na njega kada ne bi bio okrivljeni mogla da se donese presuda), te iako kod svedoka saradnika (shodno rešenju sadržanom u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2001. godine), pretežu procesna svojstva okrivljenog, naziv svedok saradnik, slično kao što u drugim postupcima postoje termini „krunski svedok“, a u teoriji se govori o „kooperativnim svedocima“, ne samo da je već postao sasvim uobičajen, već ima vrlo jasan rezon i u tome što je suština *iskaza* ovog lica u njegovom *svedočenju* u odnosu na druge pripadnike organizovane kriminalne grupe.

Čini se da bi stoga, bilo bolje da je zakonodavac imajući u vidu zaista „hibridno“ tj. procesno mešovito svojstvo ovog subjekta, koristio termine – „okrivljeni kao svedok saradnik“ i „osuđeni kao svedok saradnik“.

„smernicama“ o visini kazne za određena krivična dela i uz prisustvo određenih okolnosti (na primer, da li se radi o povratniku, koliko su teške posledice itd.) i tamo nije uopšte zakonski uređeno da se moraju izvesti dokazi od kojih zavisi vrsta krivične sankcije, odnosno mera kazne, dok je kod nas formalno nemoguće da sud izrekne određenu meru kazne (čak i u okviru prethodno *stranački utvrđenog raspona*), a da pre toga nije izveo i dokaze iz kojih će proizići činjenice od značaja za odmeravanje kazne.

8.9. Nekontradiktorni karakter postupka obavezne kontrole optužnice

S obzirom na to da istraga više nije sudska, bilo je neophodno uvesti obaveznu kontrolu optužnice, tj. napustiti raniji sistem kontrole putem prigovora protiv optužnice, samo supsidijarno, po zahtevu predsednika veća. Način na koji je to učinjeno u novom zakoniku o krivičnom postupku nije sasvim adekvatan.

Naime, preuzet je u osnovi angloamerički sistem kontrole optužnice po službenoj dužnosti, ali u tom postupku nema kontradiktornosti. Ovo predstavlja veliki suštinski nedostatak jer sud odlučuje samo na osnovu tužiočevih podataka, što takvu kontrolu potencijalno čini sasvim rutinskom, i sud će u praksi, verovatno, uvek veoma lako potvrđivati optužnice.

8.10. Neoslobađanje saokrivljenog ili osuđenog od dužnosti polaganja zakletve kada se ispituju kao svedoci

Prema članu 97 ZKP/2011 zakletvu ne polažu: 1) svedok koji u vreme „saslušanja“⁷² nije punoletan, kao i 2) onaj svedok koji zbog duševnog stanja ne može da shvati značaj zakletve.

Saokrivljeni ili osuđeni nisu navedeni među licima koja ne polažu zakletvu, što predstavlja grešku, jer te kategorije svedoka, po logici stvari, tj. zbog svoje uloge u aktuelnom ili završenom krivičnom postupku, koji se tiče onoga što je predmet njihovog svedočenja, ne bi trebalo da polažu zakletvu. Bez obzira na to što krivično delo davanja lažnog iskaza postoji nezavisno od toga da li je svedok položio zakletvu ili to nije učinio, ovim se na implicitan način potencira šira mogućnost da ova lica odgovaraju za davanje lažnog iskaza.

8.11. Nemogućnost odbrane da zahteva određivanje statusa zaštićenog svedoka

Prema članu 107 stav 1 ZKP/2011, sud može odrediti status zaštićenog svedoka tako što to alternativno čini: 1) po službenoj dužnosti, odnosno ofici-

⁷² Ovde zakonodavac pravi i *terminološku omašku*, jer se u odredbi člana 97 stav 1 tačka 1 govori o „saslušanju“ svedoka, kao što je to bio slučaj u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2001. godine (kao i u našim ranijim zakonima o krivičnom postupku), pre novela iz 2009. godine, kojima je uvedena promenjena terminologija, shodno kojoj se svedok **ispituje**. Ova greška sada još više bode oči jer se u novom zakoniku konsekventno uvodi adverzijalna konstrukcija glavnog pretresa, čije je jedno od osnovnih obeležja *stranačko ispitivanje svedoka*.

jelnim samoiniciranjem, 2) na zahtev javnog tužioca ili 3) po zahtevu samog svedoka.

Subjekti koji su u funkciji odbrane, tj. sam okrivljeni ili njegov branilac, ne mogu zahtevati da se određenom licu da svojstvo zaštićenog svedoka. To je suprotno načelu jednakosti stranaka. Ako su zakonodavci pošli od pretpostavke da je to nepotrebno, jer svedocima u postupku najčešće pretila opasnost od samog okrivljenog, zanemarili su mogućnost da svedok svedoči u korist jednog od saokrivljenih, a na štetu ostalih, pa se plaši davanja iskaza. U tom slučaju okrivljeni zavisi od dobre volje tužioca i suda.

8.12. (Pre)široka mogućnost pretresanja bez svedoka zbog „nedostupnosti“ držaoca stana

Prema članu 156 stav 3 ZKP/2011, pretresanju se može pristupiti bez predaje naredbe, upozorenja na branica/advokata i bez prisustva svedoka, ne samo kada se radi o „klasičnim razlozima“ za takav postupak, poput pretpostavljanja oružanog otpora, druge vrste nasilja itd, već i ako je držalac stana ili drugih prostorija nedostupan.

U pitanju je realno „kaučuk“ norma, čime se stvara veoma širok prostor za zloupotrebe, jer organ postupka, ukoliko je maliciozan (a zakonodavac ne sme apriorno pretpostaviti „dobronamernost“), može namerno da vrši pretresanje baš onda kada vlasnik, odnosno držalac stana izvesno nije u kući, odnosno u svojim prostorijama, tj. svakako je nedostupan, jer se, na primer, tačno zna da je u to vreme na službenom putu, odmoru i sl.

8.13. Pogrešno formulisana „nova“ bitna povreda odredaba krivičnog postupka

Prema članu 438 stav 1 tačka 1 novog Zakonika o krivičnom postupku, apsolutno bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji i ako *je nastupila zastarelost krivičnog gonjenja ili je gonjenje isključeno usled amnestije ili pomilovanja, ili je stvar već pravnosnažno presuđena, ili postoje druge okolnosti koje trajno isključuju krivično gonjenje.*

Radi se o neverovatnoj grešci. Naime, reč je o razlogu za donošenje odbijajuće presude, a ne o apsolutno bitnoj povredi odredaba krivičnog postupka.

Po načinu formulacije odredbe člana 438 stav 1 tačka 1 ZKP/2011, *svaki put kada bi sud doneo odbijajuću presudu, zbog postojanja trajne smetnje za krivično gonjenje (zastarelost, amnestija itd.), on bi time automatski načinio apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka.*

U važećem Zakoniku o krivičnom postupku, tj. ZKP-u iz 2001. godine (a tako je kod nas bilo decenijama), ta povreda ispravno je formulisana u okviru povreda krivičnog zakona. To znači da povreda postoji ako je krivični zakon povređen u pogledu pitanju da li ima okolnosti koje isključuju krivično gonjenje, a naročito da li je nastupila zastarelost krivičnog gonjenja ili je gonjenje isključeno usled amnestije ili pomilovanja, ili je stvar već pravno-snažno presuđena. Takva formulacija je jedino logična, jer tada povreda može postojati u *dva smera*, bilo da je sud, na primer, pogrešno konstatovao postojanje zastarelosti, odnosno druge trajne smetnje za krivično gonjenje (poput, obuhvaćenosti dela amnestijom, pomilovanjem itd.), bilo da je obrnuto, sud presudio u pogledu krivičnog dela koje je već zastarelo, odnosno u pogledu kojeg postoji druga trajna smetnja za krivično gonjenje.

Zastarelost, amnestija i pomilovanje regulisani su odredbama krivičnog zakonodavstva, tj. načelno pripadaju korpusu materijalnog krivičnog prava, bez obzira na to što takve činjenice u krivičnom postupku imaju značaj *trajnih smetnji za krivično gonjenje*, ali nezavisno od toga, formulacija kojom su ti razlozi, odnosno uopšte „druge okolnosti koje trajno isključuju krivično gonjenje“, svrstane u apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka, predstavlja izuzetno grubu, ne samo pravnotehničku, već i suštinsku grešku.

8.14. Određivanje trenutka započinjanja krivičnog gonjenja i momenta pokretanja krivičnog postupka

Odredbom člana 5 stav 2 ZKP-a utvrđeno je da krivično gonjenje započinje alternativno: 1) prvom radnjom javnog tužioca, ili ovlašćenih službenih lica policije na osnovu zahteva javnog tužioca, preduzetom u skladu sa ovim zakonikom radi provere osnova sumnje da je učinjeno krivično delo ili da je određeno lice učinilo krivično delo, odnosno 2) podnošenjem privatne tužbe. Određivanje započinjanja krivičnog gonjenja na ovakav način je veoma dubiozno i skopčano sa čitavim nizom problema.

U srpskoj teoriji već je zaključeno da je način utvrđivanja trenutka započinjanja krivičnog postupka u novom zakoniku o krivičnom postupku u suprotnosti s teorijskom definicijom krivičnog postupka, pa stoga „istraga ne može biti faza krivičnog postupka u užem smislu, zato što bez suda i stranaka ne može biti procesnog odnosa, pa samim tim ni krivičnog postupka“.⁷³

⁷³ V. Đurđić, „Redefinisanje klasičnih procesnih pojmova u prednacrtu Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2010, *Revija za krivično pravo i kriminologiju*, broj 2/2010, Beograd, 2010, str. 5 – 6.

Osnovno je pitanje **kako može započeti krivično gonjenje, a da samim početkom krivičnog gonjenja nije započeo krivični postupak?** Iz ovog osnovnog pitanja, koje bi neko mogao shvatiti i kao čuveni primer koji se tiče „starosti kokoške i jajeta“, proizlaze i druga pitanja, u pogledu kojih je veoma teško pronaći razuman odgovor tumačenjem nejasnih, nelogičnih, a često i izrazito protivrečnih odredbi Zakonika o krivičnom postupku iz 2011.

Posebno je upadljivo da se na drugačiji način određuje momenat započinjanja krivičnog postupka, što znači da naš zakonodavac sada razlikuje *početak krivičnog gonjenja* od *početka krivičnog postupka*, što istovremeno znači da je moguće da postoji krivično gonjenje a da se ne vodi krivični postupak.

Prema članu 7 ZKP-a, krivični postupak je pokrenut, odnosno treba ga smatrati pokrenutim, u sledećim alternativno propisanim situacijama: 1) donošenjem naredbe o sprovođenju istrage (član 296.); 2) potvrđivanjem optužnice kojoj nije prethodila istraga (član 341. stav 1.); 3) donošenjem rešenja o određivanju pritvora pre podnošenja optužnog predloga u skraćenom postupku (član 498. stav 2.); 4) određivanjem glavnog pretresa ili ročišta za izricanje krivične sankcije u skraćenom postupku (član 504. stav 1, član 514. stav 1. i član 515. stav 1.); te 5) određivanjem glavnog pretresa u postupku za izricanje mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja (član 523.).

U svim ovim situacijama *formalno je moguće da se pre započinjanja krivičnog postupka započne krivično gonjenje*, što ne samo da je besmisleno jer, po logici stvari, krivično gonjenje podrazumeva odvijanje krivičnog postupka zato što se ono jedino i može ostvarivati u okviru krivičnog postupka, već je i samo zakonsko rešenje kontradiktorno. Naime, čini se da je osnovna ideja zakonodavca bila da se krivično gonjenje ne započne čim se preduzme bilo koja procesna radnja, već onda kada postoji najniži stepen sumnje (osnovi sumnje) i to kada se radi o licu koje je tzv. N. N. lice, odnosno nepoznati „učinilac“ krivičnog dela, jer sve prethodno nabrojane varijante započinjanja krivičnog postupka (član 7 ZKP/2011.) podrazumevaju da postoji osumnjičeni, odnosno okrivljeni (donošenje naredbe o sprovođenju istrage, potvrđivanje neposredne optužnice itd.). Međutim, tu se postavljaju dva osnovna pitanja:

1) Ako krivično gonjenje po logici stvari podrazumeva postojanje lica koje se krivično goni, kako ono može započeti baš onda kada se radi o N. N. licu?

2) Ukoliko je stav zakonodavca da se krivično gonjenje prema odgovarajućoj „fikciji“ odvija u odnosu na „N. N. lice“,⁷⁴ dok postupak započinje onda

⁷⁴ Na primer, u nekim situacijama (poput požara, eksplozija itd.), nije jasno da li je određen događaj, odnosno njegova posledica proistekla iz krivičnog dela ili se radi o slučaju, odnosno višoj sili, pa se nakon preduzimanja određenih radnji proveravanja, koje mogu biti i

kada postoji poznati okrivljeni, zašto je onda, obrnuto od takvog stava, izričito propisano da krivično gonjenje započinje ne samo prvom radnjom proveravanja da je učinjeno krivično delo, već i onda kada je provera usmerena na pitanje da li je određeno lice učinilo krivično delo, a čak je propisano da se krivično gonjenje smatra započetim i momentom podnošenja privatne tužbe.

Nije bilo nikakve potrebe da se razdvaja momenat otpočinjanja krivičnog gonjenja od trenutka započinjanja krivičnog postupka, a moglo se, pre svega radi zaštite prava osumnjičenih u najranijim fazama postupka i odvojeno od pitanja limitiranja određenih njegovih prava zbog vođenja krivičnog postupka, odnosno ulaska postupka u pojedine procesne faze, propisati da krivični postupak započinje (što, po logici stvari, podrazumeva i početak krivičnog gonjenja), već prvom radnjom koju ovlašćeni državni organ vrši zbog postojanja osnova sumnje ili osnovane sumnje da je učinjeno krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, odnosno podnošenjem privatne tužbe kada je u pitanju krivično delo za koje se goni po privatnoj tužbi.

9. Neke greške i dileme u novom Zakoniku koje se odnose na posebne dokazne radnje

Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije usvaja implicitnu podelu dokaznih radnji na opšte i posebne dokazne radnje, kao što je to prvi put u našoj legislativi učinjeno u Zakoniku o krivičnom postupku Srbije iz 2006. godine.⁷⁵ Posebne dokazne radnje mogu se odrediti kada su kumulativno ispunjene dve pretpostavke, od kojih se jedan odnosi na *vrstu krivičnog dela*, a drugi na postojanje odgovarajućih *dokaznih teškoća*. To znači da istovremeno moraju egzistirati sledeća *dva uslova*: 1) potrebno je postojanje osnova sumnje da je lice na koje se takve radnje odnose, učinilo krivično delo koje spada u kategoriju krivičnih dela u pogledu kojih su moguće posebne dokazne radnje („posebno krivično delo”), te 2) neophodno je da se na drugi način ne mogu prikupiti dokazi za krivično gonjenje ili bi njihovo prikupljanje bilo znatno otežano. Posebne dokazne radnje se *izuzetno* mogu odrediti i prema licu za koje postoje osnovi sumnje da **priprema** neko od „posebnih” krivičnih dela,

dokaznog karaktera, poput, na primer, sprovođenja uviđaja, vršenja određenih veštačenja i sl, ocenjuje da li se radi o događaju koji je deliktanog ili nedeliktanog karaktera, pa je i stoga nelogično da se svakom takvom radnjom započinje krivično gonjenje, da bi se potom ispostavilo da je u pitanju viša sila, slučaj, zades i sl.

⁷⁵ Više o tome: M.Škulić, Komentar Zakonika o krivičnom postupku, „Službeni glasnik”, Beograd, 2007., str. 475 – 476.

ukoliko postoji neki od dva *alternativno* propisana razloga: 1) kada okolnosti slučaja ukazuju da se na drugi način krivično delo ne bi moglo otkriti, sprečiti ili dokazati ili 2) kada bi to izazvalo nesrazmerne teškoće ili veliku opasnost.

Ako je preduzimanjem posebnih dokaznih radnji prikupljen materijal o krivičnom delu ili „učiniocu”,⁷⁶ koji nije bio obuhvaćen odlukom o određivanju posebnih dokaznih radnji, takav materijal se može koristiti u postupku samo ako se odnosi na „posebno” krivično delo, tj. krivično delo (iz člana 162 Zakonika), koje i inače, spada u kategoriju krivičnih dela u pogledu kojih je i inače, moguće preduzimanje posebnih dokaznih radnji..

Predlog za određivanje posebnih dokaznih radnji, kao i odluka o tom predlogu beleže se u posebnom upisniku i čuvaju se zajedno sa materijalom o sprovođenju posebnih dokaznih radnji u posebnom omotu spisa sa naznakom “posebne dokazne radnje” i oznakom stepena tajnosti, u skladu sa propisima koji uređuju tajne podatke.

Podaci o predlaganju, odlučivanju i sprovođenju posebnih dokaznih radnji predstavljaju tajne podatke koja su kao takve dužna da čuvaju i druga lica koja ih u bilo kom svojstvu saznaju. Nesporno je da se dužnost čuvanja tajnih podataka koji se tiču posebnih dokaznih radnji u prvom redu odnosi na službene aktere krivičnog postupka (poput javnog tužioca i sudije za prethodni postupak, ali i policijskih i drugih organa koji neke od posebnih dokaznih radnji konkretno realizuju), kao i na ostale subjekte krivičnog postupka, ali zakonodavac takvu dužnost vrlo široko proteže i na sva druga lica koja u bilo kom svojstvu, što praktično znači na bilo koji drugi način, saznaju za takve podatke.

Pitanje je koliko se zaista može očekivati da tako vrlo široko određeni krug potencijalnih obveznika čuvanja tajne, zaista takve tajne podatke sačuva, a ovde se kao poseban problem postavlja i pitanje mogućih konsekvenci suprotnog postupanja, odnosno oglušenja o dužnost čuvanja tajne ove vrste. Naime, kada su u pitanju službeni akteri krivičnog postupka oni nesporno u ovoj situaciji imaju status službenog lica i nema velike dileme da bi u slučaju odavanja tajne oni po pravilu, zašli u kriminalnu zonu, tj. učinili odgovarajuće krivično delo. Međutim, kada su u pitanju druga lica koja nemaju neposredne veze sa aktuelnim krivičnim postupkom u okviru kojeg su određene konkretne posebne dokazne radnje (a radiće se po pravilu o stadijumu prethodne istrage) i koja su o tajnim podacima stekle saznanja „u bilo kom svojstvu”,

⁷⁶ Ovde zakonodavac pogrešno koristi termin „učinilac”, koji suštinski pripada korpusu materijalnog krivičnog prava, a u stvari, radi se o osumnjičenom, odnosno licu u pogledu kojeg je preduzimana konkretna posebna dokazna radnja.

onda nije uopšte izvesno koje bi konsekvence u pogledu njih mogle da nastupe ako bi takve „tajne” podatke, učinili „javnim”, a ukoliko bi se eventualno i moglo smatrati da bi oni tada čak mogli odgovarati za odgovarajuće krivično delo, tu bi se sasvim realno mogao pojaviti element neotklonjive, odnosno ne-skrivljene pravne zablude,⁷⁷ koja isključuje krivicu, pa samim tim i postojanje krivičnog dela.

Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije poznaje *dva vida* tajnog audio i video nadzora, s tim da za jedan od tih vidova (kao što se to detaljnije objašnjava u daljem tekstu), uopšte i nije izvesno da se može odnositi i na audio nadzor. Radi se o sledećim posebnim dokaznim radnjama: 1) tajni nadzor komunikacije i 2) tajno praćenje i snimanje.

Tajno praćenje i snimanje predstavlja poseban vid prikrivenog delovanja u odnosu na osumnjičenog, koje u nekim svojim aspektima, tj. onda kada se radi o *snimanju* ima istovremeno i obeležja tajnog video nadzora. Kao što ćemo to objasniti u daljem tekstu, sporno je da li se u okviru ove posebne dokazne radnje može sprovoditi i tajni audio nadzor. Iako se po svemu sudeći čini da su pisci teksta novog ZKP-a, odnosno nacрта iz kojeg je proistekao novi Zakonik, smatrali da bi ova radnja mogla da se proteže i na tajni audio nadzor, tako što bi pod snimanjem podrazumevalo kako *vizuelno*, snimanje u vidu pravljenja video i fotografskog materijala, tako i *tonsko snimanje*, odnosno beleženje razgovora osoba koje su objekt (meta) tajnog praćenja i snimanja, čini se da to nije sasvim izvesno, a odgovor na to važno pitanje će u krajnjoj liniji morati da pruži sudska praksa, a u jednom momentu verovatno i Ustavni sud.

Praćenje lica uopšte, a pre svega osumnjičenog, je inače, do sada, tj. do uvođenja te radnje u novi ZKP Srbije iz 2011. godine, smatrano jednom od klasičnih tzv. *operativnih radnji*.⁷⁸ Jedini mogući *ratio legis* za svrstavanje takve klasične operativne policijske radnje,⁷⁹ tj. radnje koja sama po sebi ne

⁷⁷ Prema članu 29 stav 1 KZ Srbije, nije krivično delo ono delo koje je učinjeno u neotklonjivoj pravnoj zabludi, a takva zabluda u skladu sa članom 29 stav 2 KZ Srbije, postoji ako učinilac nije bio dužan i nije mogao da zna da je njegovo delo zabranjeno.

⁷⁸ Više o tome: Ž. Aleksić i M. Škulić, *Kriminalistika*, sedmo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011., str. 33 – 37.

⁷⁹ U stvari, radi se samo pretežno i po pravilu, o „policijskoj” radnji, jer policija u praksi zaista i realizuje većinu praćenja, ali takvu radnju sprovode i drugi organi čija je delatnost slična policijskoj, kada se radi o određenim situacijama, odnosno određenim vrstama krivičnih dela, radi čijeg se razjašnjenja takva radnja preduzima, kao što je to na primer, slučaj sa tajnim praćenjima koje realizuju Bezbednosno-informativna agencija, te Vojno-bezbednosna agencija.

ostvaruje neki poseban dokazni kredibilitet, već služi pribavljanju relevantnih informacija za razjašnjenje krivičnog dela ili čak njegovo sprečavanje u veoma ranim fazama policijskog angažovanja (što znači u pretkrivičnom postupku prema našem decenijama važećem krivičnom procesnom zakonodavstvu, odnosno u predistražnom postupku prema pravilima Zakonika iz 2011. godine), bi mogao biti u povezivanju praćenja sa „snimanjem”, tj. omogućavanju da snimci napravljeni tokom praćenja mogu ostvarivati potreban dokazni kredibilitet u krivičnom postupku. Pitanje je da li je ovo bilo neophodno, jer bi se fotografije i video materijal napravljen tokom praćenja i inače mogli koristiti kao specifični materijalni dokazi, čak i ako bi praćenje i dalje bilo operativna a ne (posebna) dokazna radnja, u pogledu čega kod nas i sada već postoji i odgovarajuća praksa. Verovatno su tvorcii zakonskog teksta u stvari, pre svega mislili na tonske snimke koji bi se takođe mogli napraviti tokom vršenja ove posebne dokazne radnje, te su zbog toga tajno praćenje i formalno svrstali u dokaznu kategoriju, ali nije uopšte izvesno da iz zakonskog teksta, ako se on pažljivo i striktno analizira i tumači, uopšte proizlazi mogućnost da se pod snimanjem u ovom slučaju podrazumeva i tonsko snimanje, tj. *tajno snimanje razgovora* lica koja su pod ovim vidom nadzora.

Kada je ispunjen *opšti materijalni uslov* za preduzimanje posebnih dokaznih radnji na obrazloženi predlog javnog tužioca sud može odrediti tajno praćenje i snimanje osumnjičenog radi ostvarenja nekog od sledećih alternativno propisanih ciljeva: 1) otkrivanja kontakata ili komunikacije osumnjičenog na javnim mestima i mestima na kojima je pristup ograničen ili u prostorijama, osim u stanu; te 2) utvrđivanja istovetnosti lica ili lociranja lica ili stvari. Ovako definisani ciljevi tajnog praćenja i snimanja osumnjičenog predstavljaju *poseban i dodatni materijalni uslov* za određivanje ove posebne dokazne radnje.

Zakonodavac je, kada se radi o tajnom praćenju i snimanju u prostorijama koje nisu stanovi, regulisao i mogućnost ulaska u prostorije i postavljanje uređaja za snimanje, pri čemu se po logici stvari, misli na *tajni ulazak* i iako to nije striktno označeno u Zakoniku, jasno je da tu radnju mogu sprovesti samo subjekti kojima se i inače može poveriti neposredna realizacija ove posebne dokazne radnje, a to su ovlašćena službena lica policije ili pripadnici BIA-e, odnosno VBA-e. S druge strane, propust je zakonodavca što nije regulisao i *uklanjanje* uređaja za snimanje u prostorijama, jer ti uređaji ne bi smeli da u prostoriji ostanu neograničeno, samim tim što je trajanje ove posebne dokazne radnje (kao što je to prethodno već objašnjeno), limitirano određenim maksimalnim zakonskim rokovima. Ovako, tj. sa sadašnjim manjkom zakon-

ske regulative, proizlazi da je uređaj za tajno snimanje moguće tajno montirati u prostoriji i to na osnovu izričitog ovlašćenja u okviru naredbe sudije za prethodni postupak da se u prostoriju tajno uđe i izvrši montiranje uređaja, a da potom uopšte nije potrebno takav uređaj i demontirati, nakon što „istekne rok” trajanja posebne dokazne radnje. To znači da bi takav uređaj mogao da u prostoriji ostane „za sva vremena”, što je nedopustivo, čak i ukoliko bi se uređaj po prestanku trajanja posebne dokazne radnje, učinio neaktivnim, odnosno ne bi više faktički koristio.

Kao što je to već objašnjeno u prethodnom tekstu, nije sasvim jasno da li se pod „snimanjem” u okviru posebne dokazne radnje tajnog praćenja i snimanja, podrazumeva isključivo video, odnosno vizuelno snimanje, bilo u vidu pravljenja fotografskih snimaka, bilo u obliku snimaka video kamerom, odnosno drugim tehničkim oblicima video/foto snimanja, ili se tu može svrstati i tonsko snimanje.

Već smo prethodno objasnili da su zakonodavac, odnosno „pisci” teksta Nacrta iz kojeg je proizišao novi Zakonik o krivičnom postupku, verovatno smatrali da bi se u praksi izraz „snimanje” u ovom slučaju mogao, ili čak trebao protezati i na tonsko snimanje, ali iz striktnog tumačenja zakonskih normi u ovom slučaju, to uopšte nije sigurno i čak se čini da poprilično pretežu argumenti koji govore o nemogućnosti da se u okviru ove posebne dokazne radnje vrši i tonsko snimanje, bez obzira što inače, uopšte nije sporno postojanje *ratio legis*-a, prema kojem je u nekim situacijama veoma poželjno, odnosno potrebno audio snimati razgovore koji se obavljaju u prostorijama.

Moguće je na sledeći način opravdati mogućnost tonskog snimanja kada se radi tajnom praćenju i snimanju: 1) U prilog shvatanju prema kojem se izraz „snimanje” kada je u pitanju posebna dokazna radnja tajnog praćenja i snimanja, podrazumeva kako video/foto snimanje, tako i tonsko, tj. audio snimanje, bi se moglo istaći da termin *snimanje* faktički zaista može imati oba značenja, tj. odnositi se kako na video, tako i na audio snimak; 2) Takođe bi argument u ovom pravcu mogao da se traži i u zahtevima prakse, odnosno u jednom utilitarističkom pristupu, jer je nesporno da, naročito kada se radi o krivičnim delima organizovanog kriminala, zaista postoji velika potreba za tonskim snimanjem, tj. „prisluškivanjem” otvorenih i zatvorenih prostorija u cilju dokazivanja takvih inače i načelno, teško dokazivih krivičnih dela.

S druge strane, postoje i prilično jaki argumenti u prilog stavu da se pod „snimanjem”, kada je u pitanju posebna dokazna radnja tajnog praćenja i snimanja, može isključivo podrazumevati video/foto snimanje, a ne i tonsko snimanje, odnosno prisluškivanje razgovora koje vode osobe u odnosu

ne koje se ovakva posebna dokazna radnja sprovodi, bilo da se radi o prostori-rijama, bilo o otvorenom prostoru. Moguće je u tom pravcu istaći nekoliko argumenata, koji generalno počivaju na sledećoj osnovnoj postavci:

Kako su posebne dokazne radnje načelno jedna vrsta „ljutog leka za ljute rane” u smislu da se njima načelno vrlo ozbiljno limitiraju neka inače Ustavom zaštićena ljudska prava, poput pre svega, prava na privatnost kada je reč o tajnom audio i video nadzoru, sva zakonska pravila koja se tiču takvih radnji se principijelno moraju tumačiti veoma restriktivno. Svako iole ekstenzivnije tumačenje bi ovde bilo opasno i neprikladno.

Sledeći argumenti govore u prilog tome da u okviru posebne dokazne radnje tajnog praćenja i snimanja, nije moguće sprovoditi tonsko snimanje: 1) Cilj tajnog praćenja i snimanja je u zakonskom smislu otkrivanje kontakata ili komunikacije osumnjičenog na javnim mestima i mestima na kojima je pristup ograničen, ili u prostorijama, osim u stanu, odnosno utvrđivanje istovetnosti lica ili lociranje lica ili stvari i iz takvog cilja proizlazi da se primarno misli na vizuelno tajno praćenje, pa se samim tim radi o isključivo video, odnosno foto snimanju, kao praktičnom načinu i obliku registrovanja uočenog kontakta ili komunikacije između osumnjičenog i drugih lica (gde mogu spadati kako drugi osumnjičeni, tako i lica koja nemaju status osumnjičenog), odnosno radi se o video ili foto materijalu kojima se može utvrđivati istovetnost osumnjičenog, odnosno lociranje lica ili stvari; 2) Konačno, da je zakonodavac imao u vidu i mogućnost pravljenja tonskih snimaka u odnosu na lica na koja je usmereno tajno praćenje i snimanje, to bi se onda u Zakoniku striktno označilo, a kao što je prethodno objašnjeno, u ovom slučaju načelno ne dolazi u obzir ekstenzivno tumačenje zakonskih normi.

Kada je ispunjen opšti materijalni uslov za preduzimanje posebnih dokaznih radnji, sud može na obrazloženi predlog javnog tužioca odrediti: 1) simulovanu kupovinu, prodaju ili pružanje poslovnih usluga ili 2) simulovano davanje ili primanje mita. Iz ovoga proizilazi da u stvari, zakonski naslov ove posebne dokazne radnje i nije sasvim adekvatan, jer ne samo da se podmićivanje, odnosno davanje ili primanje mita, teško može smatrati „poslom”, već se u tom slučaju, u stvari radi o krivičnom delu. To znači da se simulovanjem u ovom obliku, praktično vrši radnja koja bi inače bila krivično delo, da se ne radi o aktivnosti u okviru posebne dokazne radnje, u pogledu koje je zakonodavac i formalno isključio protivpravnost.

Sprovođenje simulovanih poslova se određenim subjektima poverava primarno i bez posebnih uslova, dok se drugim subjektima ono može poveriti samo supsidijarno i pod određenim uslovima. Naredbu o sprovođenju simu-

lovanih poslova po pravilu, realizuje ovlašćeno lice nekog od alternativno određenih državnih organa: 1) policije, 2) Bezbednosno-informativne agencije ili 3) Vojnobezbednosne agencije. Supsidijarno i samo ako to zahtevaju posebne okolnosti slučaja, takvu naredbu može sprovesti i drugo ovlašćeno lice, pri čemu zakonodavac ni u *exempli causa* smislu ne navodi o kojem se licu može raditi. Nije sasvim jasan *ratio legis* ovakvog zakonskog pravila, niti je potpuno jasno koje sve kategorije lica mogu u ovom smislu, spadati u „drugo ovlašćeno lice”, što ćemo još posebno komentarisati, naročito u kontekstu mogućeg simulovanja podmićivanja, bilo u njegovom pasivnom (primanje mita), bilo u aktivno obliku (davanje mita).

Naša dosadašnja praksa je išla u pravcu izgradnje određenog faktičkog načina prevazilaženja nekada aktuelne pravne praznine, koja se ogledala u nemogućnosti da se formalno, tj. u skladu sa striktnom zakonskom regulativom, simuluje davanje mita, licu koje je mito zahtevalo. Takva praksa je decenijama ustaljena i ona je u suštini odgovarala racionalnim potrebama otkrivanja i dokazivanja krivičnog dela primanja mita, a da se pri tom, ipak ne prihvati teorijski i kriminalno-politički veoma sporno angažovanje „agenta provokatora”.

Naime, ako bi konkretni građanin nadležnim državnim organima, pre svega policiji ili javnom tužiocu, prijavio službeno ili odgovorno lice koje kod njega zahteva mito, tada bi se, onda kada se oceni da je takva prijava realna, organizovalo „davanje” mita, tako što bi građanin dao obeleženi novac, odnosno preduzeo radnju davanja mita, što bi se propratilo na odgovarajući način u cilju obezbeđenja dokaza, te najčešće bilo praćeno i lišavanjem slobode lica koje je takav „mito” primilo. U kasnijem toku postupka bi se građanin koji je „mito dao”, pozivao i ispitivao kao svedok, a naravno, ne bi se pozivao na odgovornost za krivično delo davanja mita, odnosno ne bi se tretirao kao lice koje se tereti za krivično delo davanja mita (osumnjičeni ili okrivljeni), jer on praktično nije ni dao „mito”, već je dao novac koji je obeležen i koji je predstavljao svojevrsni „mamac” za lice koje je mito zahtevalo. Radi se o nekoj vrsti „lažnog mita”, sa stanovišta „davaoca” i službenih aktera postupka koji bi takvu akciju realizovali, odnosno „mamca” za primaoca takvog mita. Naravno, nikome u praksi nije padalo na pamet ni da takvog „davaoca mita”, tretira kao učinioca krivičnog dela davanja mita, odnosno da koristi zakonsku mogućnost da se takvo lice smatra davaocem mita koje je krivično delo prijavilo pre nego što se za njega saznalo, što bi stvaralo samo mogućnost da to lice bude blaže kažnjeno ili potpuno oslobođeno od kazne, ali ne i da uopšte ne bude osuđeno za krivično delo davanja mita.

U krivičnopravnom smislu, ovde je suština u rezonovanju da umišljaj „davaoca mita” nije išao u pravcu da učini krivično delo primanja mita, već da se dokaže krivično delo primanja mita učinjeno od strane lica koje je mito zahtevalo. Ovo u formalnom smislu, pa ni u striktnom teorijskom krivičnopravnom pogledu nije sasvim idealno rešenje, jer su krivična dela primanja i davanja mita načelno komplementarna, te po pravilu ne može postojati primanje mita, a da istovremeno ne postoji i davanje mita. Takođe, ni ako se prihvati shvatanje da „davalac” u ovakvom primeru nije zaista dao mito, već samo svojevrsni „mamac” u vidu na primer, na odgovarajući način obeleženog novca, tada se može zaključiti da onda ni „primalac”, nije mogao mito primiti (kada *mita faktički i nema*), ali je jedno šire tumačenje ovog pitanja imalo određeni rezon, a naročito u kontekstu neprihvatanja agenta provokatora, tako da postoji čitav niz slučajeva koji je u praksi pravnosnažno rešen na ovakav način, tj. odgovarajući primaoci mita su pravnosnažno osuđeni za to krivično delo, dok su se lica koja su im zahtevani mito dala, u takvim krivičnim postupcima, pojavljivala isključivo kao svedoci.

S druge strane, do sada primenjivanja posebna dokazna radnja simulovanja pravnih poslova (u skladu sa Zakonikom o krivičnom postupku iz 2001. godine, sa novelama iz 2009. godine), u ovakvom slučaju nije bila primenjiva, jer se podmićivanje ni inače ne može smatrati „pravnim poslom”, pa ni „poslom” uopšte. Sada zakonodavac (doduše uz pogrešan naslov, jer se tu ipak ne radi o „poslu”), striktno u okviru posebne dokazne radnja simulovanja poslova, navodi i *simulovano podmićivanje* i to u oba njegova komplementarna vida; bilo simulovanje aktivnog podmićivanja – simulovano davanje mita, bilo simulovanje pasivnog podmićivanja – simulovano primanje mita.

Ovde bi trebalo imati u vidu da kada se simuluje bilo koji oblik krivičnog dela koje je *komplementarno*, onda onaj oblik dela koji se simuluje ne predstavlja krivično delo, jer nije protivpravan, što znači da kada se simuluje primanje mita, onda se to čini da bi se otkrilo i dokazalo davanje mita, isto kao što se obrnuto, simulacijom davanja mita, otkriva i dokazuje primanje mita.. U kontekstu prethodno objašnjene prakse, kao i sa stanovišta određene dokazne logike, bilo bi znatno logičnije, ako se već želi, odnosno smatra adekvatnim uvođenje i ovakvog oblika formalne simulacije (a već smo objasnili da je u tom pogledu već decenijama ovo pitanje rešavano faktičkim načinom, tj. svojevrsnom *de facto* simulacijom), da se omogućava jedino *simulovano davanje mita* u odnosu na lice koje je mito prethodno zahtevalo, a ne i *simulovano primanje mita*, jer takav oblik simulacije s jedne strane, potencijalno podrazumeva znatno veći rizik od zabranjenog podstrekivanja na krivično delo,

dok je s druge strane, po pravilu davanje mita u kriminalno-političkom smislu manje značajno.

10. Prenormiranost novog Zakonika o krivičnom postupku i drugi primeri nepotrebnog i pogrešnog definisanja, kao i česte upotrebe neadekvatnih termina

Tekst Nacrta Zakonika o krivičnom postupku pretrpan je normama, on je suviše obiman, što ponekad može imati i zbunjujući efekat. Doduše, to bi možda donekle mogao biti i kvalitet teksta, kada bi se radilo o valjanim odredbama, jer bi se onda moglo smatrati da je tako ostalo manje prostora za pravne praznine, nejasnoće i sl.

Međutim, ovde se radi o potpuno suprotnom efektu, jer kada postoji više loših normi, odnosno kada se radi o zakonskom tekstu koji sadrži mnogo veoma slabih (ponekad i očajno loših) normativnih rešenja, onda je to mnogo gore nego da neke norme uopšte ne postoje, tj. da neka pitanja uopšte nisu uređena u zakonu. Naročito je problematično unošenje odredbi koje su nejasne i protivrečne, a često i nepotrebne.

10.1. Nepotrebno definisanje organizovane kriminalne grupe

Kakva je svrha definisanja „organizovane kriminalne grupe“ u članu 2 tačka 32 Nacrta kada potpuno istovetnu definiciju sadrži Krivični zakonik u članu 112 stav,⁸⁰ a u Nacrtu ima i drugih sličnih primera. U članu 2 tačka 34 ZKP/2011, se primera radi, definiše se da je krivični zakon „Krivični zakonik i drugi zakon Republike Srbije u kojem su sadržane krivičnopravne odredbe“, što je apsurdno i nepotrebno definisanje jasnih pojmova.

10.2. Besmislenost definisanja izraza „izvesnost“

Potpuno je besmisleno definisanje izraza „izvesnost“ (član 2 tačka 20), što ne samo da predstavlja (poput objašnjenih primera sa stepenima sumnje)

⁸⁰ Definicija iz Krivičnog zakonika: „Organizovana kriminalna grupa je grupa od tri ili više lica, koja postoji određeno vreme i deluje sporazumno u cilju vršenja jednog ili više krivičnih dela za koja je propisana kazna zatvora od četiri godine ili teža kazna, radi neposrednog ili posrednog sticanja finansijske ili druge koristi.“ Možda bi sada pitanje u nekom kvizu moglo da bude: „Kažite koja je razlika između definisanja organizovane kriminalne grupe Krivičnom zakoniku i u Zakoniku o krivičnom postupku“.

primer daljeg grubog poigravanja sa zakonskim tekstom koji se nepotrebno opterećuje čisto teorijskim pojmovima, već je to i očigledan primer pogrešnog definisanja. Naime, kada se izvesnost objasni kao „zaključak o nesumnjivom postojanju ili nepostojanju činjenica, koji je zasnovan na objektivnim merilima rasuđivanja“, time ništa značajno nije rečeno, odnosno ono što je rečeno jeste pogrešno.

Ako je izvesnost istina (a reč istina se maksimalno izbegava u tekstu Nacrta),⁸¹ onda ona ne može, sama po sebi, biti zaključak, već se samo može raditi o zaključku da izvesnost postoji ili ne postoji, odnosno da je nešto istina ili da nije, ali u svakom slučaju i to je čisto teorijsko pitanje. Radi se o veoma slabo utemeljenoj teorijskoj floskuli, koja ni po čemu ne zaslužuje da se nađe u zakonskom tekstu.

Zar će bilo kome, a naročito sudijama i drugim službenim akterima krivičnog postupka, ovakva definicija izvesnosti sada konačno otvoriti oči, pa će oni, čitajući taj deo teksta Nacrta ZKP-a, odnosno samog pozitivnog ZKP-a (ako nekom nesrećom ovakav tekst ikad postane pozitivno pravo), konačno shvatiti šta je to izvesnost? Kako li se oni „siroti“ sada snalaze i kako su svih ovih decenija „preživeli“ a da im zakonski tekst nije lepo i jasno objasnio „šta je to izvesnost“?

10.3. Definisanje izraza „lišenje slobode“

Lišenje slobode se definiše kao *hapšenje*, zadržavanje, zabrana napuštanja stana, pritvor itd. Čemu služi ovakva definicija, pa kao da bez nje do sada nije bilo savršeno jasno da je pritvor oblik lišenja slobode?! Korišćenje izraza „hapšenje“, kako ovde tako i u drugim zakonskim odredbama, potpuno je besmisleno.

10.4. Izdvajanje nezakonitih dokaza na glavnom pretresu

Prema članu 407 ZKP/2011, odluku o izdvajanju nezakonitih dokaza donosi veće tek na glavnom pretresu, što je nelogično jer nezakoniti dokazi na

⁸¹ Zaista je neverovatno koliko je konsekventno i dosledno iz Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine eliminisana istina ne samo kao cilj krivičnog postupka, odnosno donošenja meritornih odluka u tom postupku, već i kao izraz koji bi se koristio u bilo kojoj odredbi ZKP-a. Ako bi se elektronski tekst novog zakonika automatski pretraživao (*Ctrl + find*), imenica *istina*, niti atribut „istinit“, ne bi se pronašli, osim kada se radi o zakletvi sve-doka da će govoriti istinu i da ništa neće prećutati.

ovaj način, svakako, stižu pred sudeće veće, što znači da bi odluku o njihovom izdavanju trebalo donositi u nekoj ranijoj fazi postupka.

10.5. Odluka o troškovima i žalba zbog odluke o troškovima krivičnog postupka

Prema članu 441 stav 4 ZKP/2011, odluka o troškovima krivičnog postupka može se pobijati ako je sud ovom odlukom povredio zakonske odredbe, kao i zbog toga što je sud pogrešno izrekao ili nije izrekao odluku o oslobađanju optuženog od dužnosti da u celosti ili delimično naknadi troškove krivičnog postupka. Ovo je pogrešno, jer bi osnov za žalbu trebalo da budu i druge nepravilnosti, a ne samo odluka vezana za snošenje troškova od strane optuženog

U pogledu troškova u novom zakoniku postoje i druge greške. Tako, prema članu 261 stav 6, troškove predistražnog postupka koji se odnose na nagradu i nužne izdatke branioca koga je odredila policija isplaćuje taj organ. Ovo je suprotno odredbi člana 76 ZKP/201, po kojoj branioca postavlja samo predsednik suda ili javnog tužioca. Čak i kada se radi o slučaju zadržavanja, branioca ne postavlja policija, već javni tužilac (čl. 294 ZKP/2011.).

10.6. Besmislena intencija favorizovanja „rodne ravnopravnosti“ u Nacrtu novog ZKP-a godine i zamena „rodnokorektne“ odredbe iz Nacrta novom nejasnom odredbom u konačnoj verziji Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine

Veoma je neobična bila odredba člana 2 stav 2 Nacrta, po kojoj „svi izrazi koji se koriste u gramatičkom muškom rodu podrazumevaju prirodni muški i ženski rod.“⁸² Iako je, nakon iznetih javnih kritika i nepovoljnih komentara, zakonodavac odustao od uvršćenja takve besmislene odredbe u konačan tekst Zakonika o krivičnom postupku, ona zaslužuje da joj se pokloni odgovarajuća pažnja, što se odnosi i na veoma nejasnu normu kojom je zamenjen nekadašnji stav 2 člana 2 iz Nacrta ZKP/11.

Dakle, u članu 2 stav 1 ZKP/11 se radilo o baš *svim izrazima*,⁸³ pa tako

⁸² Zanimljivo je da ovde nije bilo (doduše, hvala Bogu da toga nije bilo, jer je cela odredba potpuno besmislena) i logičkog reciprociteta, tako što bi se navelo i da svi izrazi koji se koriste u gramatičkom ženskom rodu podrazumevaju prirodni muški i ženski rod.

⁸³ Ovo bi donekle imalo smisla samo kada se radi o *licima*, kao što su to, na primer, sudija, tužilac, okrivljeni, oštećeni itd, ali to ni tada ne treba da bude stvar regulative Zakonika o krivičnom postupku, te ovakvo normiranje očigledno predstavlja primer one aktivnosti koju

kada se koristi „muška“ reč „postupak“, to bi značilo da postoji i takva „ženska“ reč, a da ne govorimo o terminima kao što su: „organ“, „jezik“, „zakon“, „zakonik“, „akt“, „ustav“ itd. Sve ove reči, podrazumeva se po tvorcima Nacrta, *moraju biti i u ženskom rodu !!!*

Formulacija sadržana u članu 2 stav 2 Nacrta možda je radovala neke naše strastvene „borkinje“ i borce za ljudska prava, a u okviru toga, naročito one što se energično zalažu za rodnu ravnopravnost. Ali ona je, zahvaljujući svojoj izrazitoj apsurdnosti i neverovatno visokom stepenu laičkog pogleda na stvaranje zakonskih normi, mogla samo veoma da rastuži sve koji smatraju da je Zakonik o krivičnom postupku suviše ozbiljan zakonski tekst da bi se dopustilo da bude poligon za poprilično neuko terminološko izživljavanje.

Apsurdna odredba člana 2 stav 2, koja se ticala „rodne ravnopravnosti“, a koja je postojala u završnoj verziji Nacrta novog Zakonika o krivičnom postupku, na sreću, nije postala deo samog teksta Zakonika usvojenog u Narodnoj skupštini, ali je zamenjena jednom potpuno nejasnom formulacijom, koja se odnosi na potpuno drugo pitanje. U toj se odredbi označava da onda kada se u odredbama Zakonika o krivičnom postupku navodi više organa postupka ovlašćenih za preduzimanje iste procesne radnje, ovlašćenje se odnosi samo na onaj organ postupka koji je u odgovarajućem delu postupka nadležan za preduzimanje takve radnje. Ova odredba, tj. u njoj sadržana formulacija, izuzetno je konfuzna i uopšte nije jasno kakva je njena svrha. Naime, ako je u Zakoniku jasno određeno koji je organ nadležan za konkretnu radnju, onda uopšte nema potrebe za takvom odredbom, a ukoliko to eventualno nije slučaj, ništa se posebno ne rešava odredbom člana 2 stav 2 Zakonika, tj. ona sama po sebi ne može da reši slučaj „sukoba ovlašćenja za preduzimanje iste procesne radnje“.

11. Institucija branioca u pripravnosti u Nacrtu Zakonika o krivičnom postupku kao vid potencijalnog grubog kršenja prava na odbranu

Branilac u pripravnosti bio je potpuno novi institut predviđen u Nacrtu Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine, koji je predstavljao vrlo loše normativno rešenje, koje nije imalo bilo kakvu podlogu u dotadašnjim rešenjima koja su se ticala položaja branioca u krivičnom postupku, te položaja okrivni narod objašnjava poslovicom po kojoj „besposlen pop i jariće krštava“. Mimo ovoga, bilo bi poprilično neuobičajeno, a možda nekome i smešno, govoriti, na primer, o „javnoj tužilji“ ili možda „javnoj tužiteljici“ i sl.

ljenog u vezi s problematikom stručne odbrane. Takvim normativnim rešenjem, da je ono zaista postalo deo našeg pozitivnog krivičnog procesnog prava, veoma bi se grubo kršili važni elementi prava na odbranu u krivičnom postupku, pa bi se ozbiljno zašlo u polje neustavnosti. Ova institucija iz Nacrta ZKP/2011 zasluži da bude kritički analizirana, bez obzira na to što, na svu sreću, ona ipak nije sadržana u konačnoj verziji novog Zakonika o krivičnom postupku.

Prema članu 77 stav 1 Nacrta Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine, bilo je predviđeno: ako okrivljeni, u pisanom obliku ili usmeno na zapisnik, izjavi organu postupka da odbija branioca postavljenog po službenoj dužnosti i da želi da se brani isključivo sam, predsednik suda može posebnim rešenjem odlučiti da, u zavisnosti od težine krivičnog dela, složenosti slučaja i svojstava okrivljenog, postavljeni branilac ostane branilac u pripravnosti, sa opštim i posebnim dužnostima, koje su propisane u Zakoniku. Ova odredba je verovatno uneta po uzoru na neke situacije nastale u postupku pred Haškim tribunalom,⁸⁴ ali njoj nije mesto u Zakoniku o krivičnom postupku i od nje u praksi teško da može biti neke koristi, dok bi, s druge strane, ona mogla imati i veoma negativni efekat.

Slično kao i do sada, u članu 75 Nacrta, propisuju se slučajevi obavezne stručne odbrane, gde se, kao što je uobičajeno, utvrđuje: ako okrivljeni (odno-

84 Potpuno je besmisleno da se u odnosu na ovu ustanovu koriste iskustva iz Haškog tribunala, jer se pred njim vode krivični postupci za veoma teška krivična dela iz kategorije krivičnih dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, za koja je, prema pravilima našeg krivičnog zakonodavstva, uglavnom propisana kazna od trideset do četrdeset godina zatvora. Kako pravilima Statuta tog tribunala nije propisana obavezna stručna odbrana, već je obrnuto, okrivljenom dato neopozivo pravo da se brani sam i lično, u nekim od postupaka pred tim tribunalom koristio se u praksi sličan mehanizam onome koji se sada predviđa u članu 77 Nacrta, ali to je, u samoj praksi Međunarodnog krivičnog tribunala za nekadašnju Jugoslaviju, bilo prilično kontroverzno.

Kako je u našem krivičnom postupku obavezna stručna odbrana propisana, pored ostalog, uvek kada je predmet krivičnog postupka krivično delo za koje je propisana kazna od preko deset godina zatvora (preko osam godina zatvora shodno novom ZKP-u iz 2011. godine), kakav je značaj da, onda kada se ne radi o slučaju obavezne odbrane, postoji branilac u pripravnosti? Naime, ukoliko je u pitanju neki od razloga za obaveznu stručnu odbranu, onda aktuelni branilac svakako mora da postoji i to bi, već samo po sebi, isključivalo mogućnost postavljanja branioca u pripravnosti. Međutim, čini se, što je veoma problematično, da je ideja u Nacrtu novog ZKP-a bila da branilac u pripravnosti u stvari *eliminiše obaveznu stručnu odbranu* u onom konkretnom slučaju u kojem je određen, za šta ne postoji nikakav valjan *ratio legis*, te je ipak dobro što ovo kontroverzno rešenje nije prihvaćeno u završnoj verziji koja je postala pozitivnopravni novi ZKP/2'011. Vidi više o braniocu u postupku pred Haškim tribunalom u: M. Škulić, *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*, Pravni fakultet u Beogradu i „Dosije”, Beograd, 2005, str. 110 – 115.

sno druga lica koja imaju to pravo), branioca ne izabere, njega postavlja predsednik suda po službenoj dužnosti. Međutim, odredbama člana 77 praktično se eliminiše odbrana po službenoj dužnosti, jer ako okrivljeni odbije branioca koji mu je postavljen, onda predsednik suda posebnim rešenjem *može* odlučiti da mu bude postavljen branilac u pripravnosti, tj. tada prethodno postavljeni branilac „ostaje u pripravnosti“. Dakle, to se *može, ali ne mora učiniti*, tako da je sasvim moguće da okrivljeni i za najteža krivična dela bude bez branioca u krivičnom postupku ukoliko odbije onoga koji mu je postavljen, a predsednik suda mu ne odredi branioca u pripravnosti, jer on to može, ali ne mora da učini.

Posebno je nezgodno što branilac u pripravnosti može biti isključivo prethodni branilac po službenoj dužnosti, a koga je okrivljeni već „odbio“, što u stvari podrazumeva da nije zadovoljan načinom na koji ga je branio, nije s njim ostvario neophodnu komunikaciju, nalazi se u određenoj koliziji s braniocem u odnosu na pravac odbrane i sl. I sada takav branilac treba tom istom okrivljenom da bude branilac u pripravnosti, ili je alternativa da okrivljeni uopšte nema branioca, pa i za najteža krivična dela, odnosno čak ako je nem, gluv, nesposoban da se sam brani itd.

Radi se o veoma lošem rešenju, koje ozbiljno narušava pravo na odbranu okrivljenog. U Nacrtu se uređuju određene posebne dužnosti branioca u pripravnosti, poput upoznavanja sa sadržajem izvedenih dokaznih radnji i tokom kojim se odvija glavni pretres itd. Dakle, okrivljeni je odbio postavljenog branioca jer je s njim, na primer, u ozbiljnom sukobu, ili čak smatra da on škodi interesima njegove odbrane, a onda ga predsednik suda ipak „zadržava“ tako što donosi rešenje kojim ovaj ostaje branilac u pripravnosti, koji potom može i dalje biti involviran u krivični postupak, te faktički i dalje uticati na procesnu sudbinu krivičnog predmeta, bez obzira na sukob sa okrivljenim, odnosno na intenciju okrivljenog da nema kontakt s tim braniocem.

U pogledu „branioca u pripravnosti“ postoje i druge značajne kontradikcije. Kako je objašnjeno, okrivljeni i za najteža krivična dela može ostati bez branioca, a tada su mogući i neki posebni problemi. Ako predsednik suda postavljenog branioca nije „zadržao“ kao branioca u pripravnosti, a okrivljeni sam ne želi da uloži žalbu protiv presude kojom mu je izrečena kazna od trideset do četrdeset godina zatvora, takva presuda neće biti pobijana žalbom, što nije pravično, jer se radi o svojevrsnoj kapitalnoj krivičnoj sankciji. Još je gore ako takav okrivljeni (što bi, s obzirom na težinu krivičnog dela, bilo realno, ali nije i obavezno), ima branioca u pripravnosti, jer takav branilac žalbu protiv presude može izjaviti samo *uz izričitu saglasnost okrivljenog* (član 78 stav 1 tačka 5 Nacrta), što znači da ako nema takve saglasnosti, žalba ne

može biti uložena, što je onda u kontradikciji sa članom 438 stav 6 Nacrta, po kojem branilac žalbu može izjaviti i bez posebnog ovlašćenja optuženog, ali ne i protiv njegove volje, osim ako je optuženom izrečena kazna zatvora od 30 do 40 godina.

11.1. Druge nelogičnosti koje se odnose na položaj branioca i odbrane uopšte u krivičnom postupku

Osim već prethodno objašnjenih odredbi nacrta novog Zakonika o krivičnom postupku, koje se tiču položaja branioca u krivičnom postupku (branilac u pripravnosti), a koje, srećom, ipak nisu postale deo naših pozitivno-pravnih propisa, čitav niz drugih odredbi novog zakonika, koje se odnose na branioca, a u širem smislu na procesnu funkciju odbrane u krivičnom postupku, veoma je sumnjivog kvaliteta, ili se čak svodi na dramatično pogoršanje uslova za kvalitetnu odbranu u krivičnoj proceduri.

11.1.1. Jedna stranka postavlja branioca drugoj stranci

Prema odredbi člana 76 stav 1 ZKP/2011, branioca po službenoj dužnosti okrivljenom postavlja javni tužilac, onda kada branilac ne bude izabran, ili u toku postupka okrivljeni ostane bez branioca. Nelogično je da jedna stranka u postupku postavlja branioca drugoj stranci!

Odredbom člana 76 stav 1 propisano je: kada u slučajevima postojanja nekog od razloga za obaveznu stručnu odbranu (član 74), branilac ne bude izabran ili u toku krivičnog postupka okrivljeni ostane bez branioca, javni tužilac ili predsednik suda pred kojim se vodi postupak rešenjem postavlja branioca po službenoj dužnosti za dalji tok postupka, po redosledu sa spiska advokata koji dostavlja nadležna advokatska komora. Iz upotrebene jezičke formulacije „javni tužilac ili predsednik suda pred kojim se vodi postupak“... čak bi moglo proizići da branioca okrivljenom mogu postaviti *ili javni tužilac ili predsednik suda*, tj. da se radi o *potpuno alternativno formulisanog nadležnosti*.

U stvari, jedino logično tumačenje člana 76 stav 1 jeste da javni tužilac branioca postavlja u nesudskim fazama krivičnog postupka, tj. tokom predistražnog postupka, odnosno u istrazi ili čak eventualno u stadijumu optuženja i pre angažovanja suda, a da kada započne čisto sudska faza postupka, to čini sud u odgovarajućem funkcionalnom obliku. Ali to nije striktno označeno u članu 76 stav 1, što predstavlja još jedan primer pravnotehničke nejasnoće novog Zakonika o krivičnom postupku. Iako ovo tumačenje ne može biti

sporno, ostaje kao veoma dubiozno rešenje mogućnost da javni tužilac uopšte postavlja branioca okrivljenom u bilo kojoj fazi postupka, pa i tokom predistražnog postupka kojim rukovodi, odnosno u toku istrage koju vodi, jer je nelogično da *jedna stranka postavlja branioca drugoj stranci*. Bilo bi daleko logičnije da u tim nesudskim fazama postupka, a to se prvenstveno odnosi na javnotužilačku istragu, branioca okrivljenom, onda kada se radi o obaveznoj odbrani (član 73) i pod opštim uslovima formulisanim u članu 76 stav 1 (branilac ne bude izabran itd.), postavlja sudija za prethodni postupak.

11.1.2. Opasna mogućnost da se branilac ispita kao svedok u pogledu onoga što mu je okrivljeni saopštio kao svom braniocu – potencijalno pretvaranje branioca u „islednika“

Branilac u skladu sa članom 93 stav 1 tačka 3 spada u kategoriju lica koja su *isključenja od dužnosti* svedočenja, kada se radi o onome što je okrivljeni konkretnom licu kao svom braniocu saopštio. U pitanju je norma čiji je *ratio legis* sasvim razumljiv. Međutim, prema odredbi člana 93 stav 2 ZKP/2011, stvara se čudna mogućnost da branilac ipak bude svedok, jer izuzetno od zabrane da se ispituju lica koja su isključena kao svedoci, „sud može na predlog okrivljenog ili njegovog branioca odlučiti da ispita lice koje je isključeno od dužnosti svedočenja. To znači da i sam branilac, na predlog okrivljenog ili „njegovog branioca“, može svedočiti o onome što mu je okrivljeni kao svom braniocu poverio.

Potpuno je besmisleno da branilac sam sebe predlaže kao svedoka, a da ne govorimo o čudnoj konstrukciji da se branilac, koji je inače isključen od dužnosti svedočenja, može ispitati kako na predlog okrivljenog tako i na predlog *branioca okrivljenog*, što bi, u stvari, značilo da ili branilac predlaže sam sebe kao svedoka ili da je u međuvremenu došlo do zamene branioca, pa onda novi branilac predlaže ranijeg kao svedoka, što je takođe potpuno besmisleno. Konačno, mogućnost da se branilac ispita kao svedok u pogledu onoga što mu je okrivljeni saopštio kao svom braniocu jeste i u očiglednoj suprotnosti sa članom 73 ZKP/2011.

Ovde je i pitanje da li onda kada je branilac ispitan kao svedok on potom i dalje ostaje branilac, ili dobija svojstvo svedoka, koje samo po sebi isključuje njegov status branioca u istom krivičnom postupku.

Kako je već objašnjeno, branilac se kao svedok može ispitati na predlog okrivljenog ili *njegovog branioca*. Dakle, ukoliko sam branilac predloži svoje svedočenje, nije potrebna saglasnost okrivljenog da se branilac ispita

u pogledu onoga što mu je okrivljeni saopštio kao svom braniocu. Moguće je da se okrivljeni posvađa s braniocem, i onda ovaj hoće da svedoči protiv njega, čime ne samo da se dovodi u pitanje načelo čuvanja advokatske tajne, već se široko otvaraju vrata za potencijalne teške zloupotrebe, te monstruoznu mogućnost *pretvaranja branioca u nekakve specifične „prikrivene islednike“*.

11.1.3. Dužnost branioca da organu postupka preda predmete koji mogu poslužiti kao dokaz

Prema članu 149 ZKP/2011, od dužnosti predaje predmeta oslobođeni su: 1) okrivljeni, te 2) lica koja su isključena od dužnosti svedočenja, ali ne sva takva lica, već samo ona koja bi iskazom povredila dužnost čuvanja tajnog podatka i lica koje bi iskazom povredilo dužnost čuvanja profesionalne tajne,⁸⁵ osim ako sud ne odredi drugačije.

Iz ovoga proizlazi da je branilac dužan da organu postupka (to će u ovom slučaju najčešće biti javni tužilac, jer će se primarno raditi o predistražnom postupku ili o istrazi), preda predmete koji mogu poslužiti kao dokaz. Radi se o veoma lošoj odredbi koja očigledno nije u skladu s načelom jednakosti stranaka, odnosno lica koja su u stranačkim funkcijama, kao što je to slučaj s braniocem, koji je u funkciji odbrane, iako formalno nema svojstvo stranke u krivičnom postupku. I ovom se odredbom, slično kao što to važi i za odredbu člana 93 stav 2 ZKP/2011, branilac pretvara u potencijalnog „saradnika“ organa krivičnog postupka, što znači primarno javnog tužioca, kada je reč o predistražnom postupku i istrazi, odnosno suda u sudskoj fazi postupka.

12. Dostavljanje pismena

Iako nije sporno da je potrebno uvesti efikasnije načine pozivanja i dostavljanja pismena, čini se da se u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine ozbiljno preteralo.

Ako se radi o licu kojima se pismeno neposredno dostavlja, a lice se ne zatekne tamo gde se dostavljanje ima izvršiti, pismeno se može predati punoletnom članu njegovog domaćinstva, koji je dužan da ga primi (član 243 stav 2).

⁸⁵ U članu 149 upućuje se na član 93 tač. 1 i 2, iz čega i proizlazi da se oslobođenje od dužnosti predaje predmeta *ne odnosi na branioca*, koji u skladu s članom 93 tačka 3 spada u kategoriju lica koja su oslobođena od dužnosti svedočenja, a što se (kao što je prethodno već objašnjeno) takođe relativizuje u novom zakoniku o krivičnom postupku.

Kako će se utvrđivati godine, odnosno *uzrast* člana domaćinstva, poseban je problem koji se ovde ne rešava, a besmisleno je uvoditi obavezu člana domaćinstva da primi pismeno kada istovremeno ne postoji bilo kakva konsekvencija za odbijanje člana domaćinstva da pismeno primi. Da li će mu se tada pismeno „gurati u ruke“ ili će se, možda, primeniti fizička sila?

Ako se član porodičnog domaćinstva ne zatekne u kući, pismeno će se predati *portiru, susedu ili predsedniku kućnog saveta*,⁸⁶ ako oni na to pristanu i time se smatra da je dostavljanje izvršeno (član 243 stav 2). Ovo je neverovatna odredba. Kada se zna koje su procesne konsekvencija obavljenog urednog dostavljanja, onda je zaista neverovatno da se i na ovakav način pismeno može uredno dostaviti. Pa, srpski komšijski odnosi ponekad su poprilično poremećeni i lako je zamisliti suseda koji će rado primiti pismeno koje se inače, lično dostavlja, a onda ga hladnokrvno uništiti, te svog zlosrećnog suseda izložiti određenim procesnim posledicama.

I naravno, tu je „konačno rešenje“, pa ako lice koje nije dužno da primi pismeno (portir, sused, predsednik kućnog saveta, kolega s radnog mesta) odbije da to učini, dostavljač ostavlja obaveštenje da će se pismeno istaći na oglasnoj tabli i, po mogućstvu, internet stranici organa postupka, a po proteku roka od osam dana od dana isticanja pismena smatra se da je dostavljanje izvršeno (član 243 stav 4). Efikasno, nema šta, ali je to istovremeno i toliko nizak standard za uredno dostavljanje da više priliči nekakvom sumarnom disciplinskom postupku u zemljoradničkoj zadruzi nego ozbiljnoj krivičnoj proceduri.

S obzirom na razradu čitavog niza novih načina dostavljanja pismena, dobro je da u Zakoniku nije predviđeno dostavljanje pismena i golubijom poštom.

13. Nepotrebno razdvajanje predistražnog postupka i istrage

Predistražni postupak je zamenio sadašnji pretkrivični postupak, ali je to u učinjeno na suštinski pogrešan način. Naime, i predistražni postupak, kao i istraga, vodi se kada postoji isti relativno nizak stepen sumnje, a to su osnovi sumnje, koji je, uzgred, veoma loše definisan u članu 2 tačka 17, a pri tom se istraga na tom nivou stepena sumnje može voditi kako protiv određenog lica, tj. onda kada postoji osumnjičeni, tako i protiv nepoznatog učinioca.

⁸⁶ Uzgred, ovde zakonodavac koristi i pogrešnu, tj. zastarelu terminologiju, jer prema pozitivnopravnim propisima, ne postoji „kućni savet“ niti „predsednik kućnog saveta“, već *skupština stanara* i *predsednik skupštine stanara*.

Kako se i predistražni postupak vodi na nivou postojanja osnova sumnje i kako se on, po pravilu, a posebno u nekim ranijim fazama i dok se krivično delo tek razjašnjava, vodi u odnosu na nepoznatog učinioca, jer njegova svrha, pored ostalog, i jeste otkrivanje osumnjičenog, koja je onda svrha omogućavanja da se istraga takođe može voditi protiv nepoznatog učinioca krivičnog dela, onda kada postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično delo? Ovde je takođe greška, što se ne označava da se mora raditi o krivičnom delu za koje se goni po službenoj dužnosti.

Bilo bi najcelishodnije, ako se već želi čist koncept javnotužilačke istrage, da uopšte ne postoje posebne odvojene faze predistražnog postupka, kao neke vrste supstituta sadašnjeg pretkrivičnog postupka i istrage, koju bi, umesto sadašnjeg istražnog sudije, vodio javni tužilac. Takva razdvojenost postoji i u nekim drugim krivičnim postupcima koji se odlikuju tužilačkom istragom. Tu je, na primer, karakteristična Crna Gora, u kojoj postoji izviđaj, koji zamenjuje nekadašnji pretkrivični postupak, i istraga, koja se vodi po naredbi državnog tužioca. Iako ni ovo nije idealno rešenje, ono je ipak bolje nego ono u novom ZKP-u Srbije, jer se u Crnoj Gori izviđaj vodi na nivou *osnova sumnje*, dok se istraga pokreće onda kada već postoji *osnovana sumnja*, kao ozbiljniji stepen sumnje, pa to onda predstavlja odgovarajuće opravdanje za razlikovanje ovih faza. Ako to formalno nije slučaj kada se radi o izviđaju, jeste suštinski, odnosno sadržinski kada je reč o istražnom postupku, jer obe zajedno predstavljaju njegov svojevrsan segment.⁸⁷

I Zakonik o krivičnom postupku iz 2006. godine poznao je dve istražne faze – a) prethodnu istragu, kao neku vrstu supstituta sadašnjem pretkrivičnom postupku i b) istragu poverenu javnom tužiocu, što je u tom zakoniku bilo opravdano iz dva razloga: 1) s obzirom na stepen sumnje kao materijalni uslov za vođenje ovih istražnih stadijuma, koji se razlikovao i koji je za prethodnu istragu predstavljao osnove sumnje, a za istragu se moralo raditi o osnovanoj sumnji, te 2) s obzirom na to da se istraga pokretala rešenjem javnog tužioca, protiv kojeg je bila dozvoljena žalba o kojoj je odlučivao istražni sudija.⁸⁸

U Nacrtu novog Zakonika o krivičnom postupku bilo je predviđeno da se istraga pokreće *zaključkom* nadležnog javnog tužioca (član 302 stav 1 Na-

87 Vidi više o tome: M. Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, Misija OEBS-a u Crnoj Gori i Ministarstvo pravde Crne Gore, Podgorica, 2009, str. 723 – 724.

88 Više o tome: M. Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2007, str. 759 – 760.

crta), protiv kojeg žalba nije dozvoljena. Čemu uopšte donošenje bilo koje odluke o sprovođenju istrage ako se već radi o odluci protiv koje žalba nije dozvoljena. Istraga bi se mogla smatrati pokrenutom već prvom radnjom koja ima istražni karakter.

Nije loše samo po sebi što se radilo o zaključku, mada dosad nije bilo uobičajeno da se u krivičnom postupku donose *zaključci*,⁸⁹ ali je to onda kontradiktorno pravilima koja se, na primer, odnose na finansijsku istragu, koja se vodi po naredbi javnog tužioca kada je u pitanju tzv. prošireno oduzimanje imovinske koristi. U poslednjoj verziji Nacrta od 12. jula 2011. godine ova odredba je promenjena. Istraga se sada pokreće *naredbom javnog tužioca*, čime se, ipak, ništa suštinski nije promenilo, osim što je (kao što smo prethodno objasnili) i do sada naredba bila odluka koja je bila karakterističnija za krivični postupak nego zaključak, koji se nikada nije donosio u našoj krivičnoj proceduri. Već smo prethodno objasnili da je načelno dubiozno utvrđivanje pravila po kojem se istraga pokreće odgovarajućom formalnom odlukom javnog tužioca (naredbom), a da protiv takve odluke žalba nije dozvoljena. Iz ove poslednje verzije Nacrta ZKP-a je i proizišlo prethodno, već detaljnije objašnjeno i argumentovano kritikovano zakonsko rešenje, po kojem se istraga pokreće naredbom javnog tužioca i protiv kojeg žalba nije dozvoljena.

Bilo bi daleko celishodnije da u našem budućem krivičnom postupku postoji *samo jedna istražna faza*, slično kao što je to, na primer, u Nemačkoj ili u Austriji, a gde je istraga u osnovi spoj elemenata našeg sadašnjeg pretkri-

89 Kao što smo to naveli u prethodnom tekstu, slično rešenje postoji u nemačkom krivičnom postupku (*Beschluss*), ali u Nemačkoj, za razliku od rešenja kakvo je zastupljeno u našem Nacrtu ZKP-a, postoji samo jedna „istražna faza“ – klasična istraga koja je poverena državnom tužiocu, a ne pravi se razdvajanje na *predistražni postupak* i *istragu*, kao što se to nerezonski čini u Nacrtu Zakonika o krivičnom postupku.

Kada je u ZKP-u iz 2006. godine, na prvi pogled slično, pravljenja razlika između *prethodne istrage* i *istrage*, to je bilo utemeljeno na dva osnovna razloga: 1) *različitosti stepena sumnje* – prethodna istraga se vodila na nivou osnova sumnje, a istraga onda kada je postojala osnovana sumnja, te 2) postojanju *prava na pravni lek* u odnosu na odluku o sprovođenju istrage – istraga se pokretala rešenjem javnog tužioca, protiv kojeg su okrivljeni i njegov branilac mogli izjaviti žalbu o kojoj je rešavao istražni sudija.

Stoga u ZKP-u iz 2006. godine nije ni bilo moguće da se istraga vodi protiv nepoznatog učinioca, a to nije bilo ni potrebno, jer bi u takvom slučaju dovoljno i adekvatno bilo da se vodi prethodna istraga. Kako se prema rešenju iz Nacrta ZKP-a i predistražni postupak i istraga vode na nivou istog stepena sumnje – osnova sumnje, i kako se istraga pokreće naredbom javnog tužioca protiv koje žalba nije dozvoljena, potpuno je nepotrebno, pa i besmisleno razdvajati predistražni postupak i istragu, isto kao što je nelogično, onda kada je već učinjeno takvo razdvajanje, da postoji mogućnost da se istraga vodi i protiv nepoznatog učinioca.

vičnog postupka, za koji je karakteristično da „prethodi krivičnom postupku i omogućava ga“⁹⁰ i formalne istrage, koju kod nas još uvek vodi istražni sudija, a koju u tim evropskim državama vodi državni tužilac.

Koliko je besmisleno **razdvajanje istražnih faza** na predistražni postupak i istragu, vidi se ne samo iz prethodno objašnjene činjenice da se obe ove faze vode na nivou istog (najnižeg) stepena sumnje, a to su *osnovi sumnje*, već i iz propisane mogućnosti javnog tužioca da naredbu za sprovođenje istrage donese kako u odnosu na poznatog osumnjičenog tako i u pogledu nepoznatog učinioca krivičnog dela. Ovo je potpuno nelogično, jer kakva je svrha vođenja formalne istrage protiv nepoznatog učinioca kada je i inače moguće voditi predistražni postupak, koji bi, po definiciji, prvenstveno bio fokusiran na razjašnjavanje krivičnih dela učinjenih od strane nepoznatih učinilaca, gde bi ključan element tog postupka „razjašnjavanja“ upravo i bio identifikovanje osumnjičenog, u pogledu kojeg bi se tek onda (ako bi se ostalo pri ovom veoma lošem konceptu postojanja dve „istražno orijentisane faze“ – predistražnog postupka i istrage) donosila naredba o sprovođenju istrage.

14. Iznošenje odbrane okrivljenog u optužnici

Prema članu 332 stav 1 tačka 6 ZKP/2011, u svojoj optužnici tužilac treba da *iznese i odbranu okrivljenog*, što je nelogično sa aspekta stranačkog postupka. Pored toga, šta ako je tužilac oštećeni (supsidijarni tužilac)? Kako će ova kategorija tužilaca moći to da navede, jer oštećeni, kao tužilac, ne može voditi istragu? Još je ovo dubioznije kada se radi o privatnom tužiocu, jer se, prema članu 333 ZKP/2011, to pravilo odnosi i na privatnu tužbu.

15. Pogrešno utvrđivanje momenta podnošenja prigovora mesne nadležnosti u skraćenom postupku

Prema članu 504 stav 3 ZKP/2011, prigovor mesne nenadležnosti u skraćenom postupku može se podneti najkasnije do početka glavnog pretresa, što je kontradiktorno članu 496 ZKP/2011, kojim je predviđeno da se posle zakazivanja glavnog pretresa sud ne može oglasiti mesno nenadležnim, niti stranke mogu isticati prigovor mesne nenadležnosti.

⁹⁰ Više o tome: S. Brkić, *Krivično procesno pravo II*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2010, str. 9 – 10.

16. Žalba oštećenog protiv odluke o imovinskopravnom zahtevu

Prema članu 50 stav 10 ZKP/2011, oštećeni može da podnese žalbu protiv odluke o dosuđenom imovinskopravnom zahtevu, što je nelogično, jer oštećeni nema pravni interes da se žali na ovu odluku u krivičnom postupku.

Naime, sud ne može odbiti imovinskopravni zahtev, već ga dosuditi delimično ili u celosti, a ostatak uputiti na parnični postupak (čl. 258). To znači da bi žalba oštećenog protiv odluke o imovinskopravnom zahtevu u ovakvom slučaju, a po logici stvari, uvek bivala odbačena, odnosno ona sama po sebi nema nikakve svrhe.

17. Unošenje iskaza u zapisnik o glavnom pretresu

Prema članu 239 stav 3 ZKP/2011, iskazi optuženog, svedoka, veštaka ili drugog lica unose se u zapisnik (misli se po logici stvari, na zapisnik o glavnom pretresu), ako sadrže odstupanje ili dopunu njihovih ranijih iskaza i to tako da se prikaže njihova bitna sadržina.

Ova odredba imala je smisla u sistemu sudske istrage, ali je ona besmislena i pogrešna u sistemu javnotužilačke istrage. Reč je, naime, o ranijim iskazima datim javnom tužiocu u neunakrsnom ispitivanju. Po tome proizlazi da se presuda može zasnivati na iskazima zabeleženim u zapisnicima iz prethodnog postupka, tj. zapisnicima javnog tužioca i policije, a ne na sudskim zapisnicima.

18. Pogrešno definisan jedan od razloga za oslobađajuću presudu

Ako se utvrdi da delo koje se optuženom stavlja na teret nije krivično delo, oslobađajuća presuda donosi se samo ako *nema uslova za primenu mere bezbednosti* (član 423 ZKP/2011).

Iz ovoga bi proizišlo: ako ima uslova za primenu mere bezbednosti, podrazumeva se da se ne donosi oslobađajuća presuda. To je suprotno pravilima krivičnog materijalnog zakonodavstva, jer kada se radi o činjenju protivpravnog dela koje je zakonom propisano kao krivično delo u stanju neuračunljivosti, tada, budući da nema krivice kod učinioca, nema ni krivičnog dela, pa bi on u takvom slučaju morao biti oslobođen.

19. Pogrešno utvrđivanje momenta za ulaganje prigovora mesne nadležnosti u skraćenom postupku

Prema članu 504 stav 3 ZKP/2011, prigovor o mesnoj nenadležnosti u skraćenom postupku može se podneti najkasnije do početka glavnog pretresa, što je kontradiktorno članu 496 ZKP/2011, koji predviđa da se posle zakazivanja glavnog pretresa sud ne može oglasiti mesno nenadležnim, niti stranke mogu isticati prigovor o mesnoj nenadležnosti.

20. Opasnost (ne)osporavanja optužbe na pripremnom ročištu

Prema članu 349 stav 4 ZKP/2011, ako optuženi osporava navode optužbe, predsednik veća će ga pozvati da se izjasni koji deo optužnice osporava i iz kojih razloga, i upozoriće ga da će se na glavnom pretresu izvoditi samo dokazi u vezi sa osporenim delom optužnice. Ova odredba je veoma sporna sa aspekta pretpostavke nevinosti, a njen domet u praksi može biti izuzetno dalekosežan u pravcu stvaranja uslova za ispoljavanje drastičnih nepravdičnosti u krivičnom postupku.

Umesto da tužilac pred sudom na glavnom pretresu dokazuje sve ono što navodi u optužnici, ovde se polazi od pretpostavke tačnosti optužnice, pa se dokazuje samo ono što optuženi osporava. Kako sud ni inače nema dužnost utvrđivanja istine, sasvim je jasno kakva sudbina može da snađe okrivljenog koji ne bi bio dovoljno „snalažljiv“ na pripremnom ročištu.

Optuženi koji nemaju branioca i koji ponekad, ako su izrazito neuki (a zna se kakva je obrazovna struktura većine tipičnih okrivljenih u našim krivičnim postupcima), maltene ne znaju ni šta znači reč *osporavati*, na ovaj se način potencijalno dovode u veoma loš položaj, jer ako ništa ne osporavaju, to znači da tužilac ništa ne mora ni da dokazuje, i sam glavni pretres praktično postaje nepotreban, a osuda okrivljenog „zagarantovana“.

21. Udaljenje oštećenog kao tužioca ili privatnog tužioca iz sudnice zbog remećenja reda na glavnom pretresu uz obavezno postavljanje punomoćnika

Prema članu 373 stav 1, ako oštećeni kao tužilac ili privatni tužilac, odnosno njihov zakonski zastupnik ometaju red na glavnom pretresu, odnosno nastave da to čine i nakon izricanja kazne, veće ih može udaljiti, te im tada za dalji tok postupka obavezno postavlja punomoćnika.

Iz ovoga proizlazi: ako oštećeni kao tužilac ili privatni tužilac nemaju sredstva da snose troškove svog stručnog zastupanja, imaju mogućnost da punomoćnika dobiju oficijelnom odlukom suda, ukoliko su se u sudnici ponašali neprikladno, što bi praktično značilo da se na takav način „nagrađuju“ zbog remećenja reda tokom glavnog pretresa.

22. Odbijanje optuženog da se izjasni o optužbi

U članu 393 ZKP/2011. više se izričito ne predviđa da se odbijanje optuženog da se izjasni o optužbi i odgovara na postavljena pitanja smatra poricanjem, što je pogrešno, ali će praksa verovatno tumačiti da u takvoj situaciji postoji „implicitno“ poricanje optuženog.

23. Propuštanje da se nepostojanje predloga oštećenog za krivično gonjenje svrsta u bitne povrede odredaba krivičnog postupka

Prema članu 438 stav 1, tačka 7, bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji ako je sud povredio odredbe krivičnog postupka u pogledu postojanja optužbe ovlašćenog tužioca, odnosno odobrenja nadležnog organa. Greška je što se ovde izostavlja i *nepostojanje predloga* oštećenog kada se radi o krivičnim delima za koja se goni po predlogu oštećenog.

Iz ovoga bi moglo proizići i da se krivični postupak može voditi po optužbi javnog tužioca u pogledu krivičnog dela kod kojeg je za krivično gonjenje kao *conditio sine qua non* potreban predlog oštećenog (poput silovanja učinjenog prema bračnom drugu – član 186 KZ u vezi člana 174 KZ, ili krivičnog dela neovlašćenog otkrivanja tajne – čl. 141 KZ itd.), a da pri tom uopšte nema predloga oštećenog, te da se tada takav krivični postupak, mimo volje oštećenog, može završiti osuđujućom presudom. Ovo je potpuno suprotno koncepciji postojanja krivičnih dela za koja se goni po predlogu oštećenog, a koju je naš zakonodavac prihvatio kada je takvu kategoriju krivičnih dela uveo u materijalno krivično zakonodavstvo.⁹¹

91 *Ratio legis* postojanja ove vrste krivičnih dela je dvostruk: *S jedne strane*, tako se štite interesi oštećenog, koji sam svojom voljom odlučuje da li će doći do započinjanja i vođenja krivičnog postupka za krivično delo, kod kojeg je, mada se njime vređa i određeni javni interes, ipak primaran interes samog pasivnog subjekta krivičnog dela; *s druge strane*, time se omogućava da javna optužba ne deluje po svaku cenu u pogledu krivičnih dela, kod kojih javni interes nije izražen u znatnoj meri, te se time rasterećuje i krivično pravosuđe.

24. Nemogućnost saslušanja u ponovljenom postupku saučesnika okrivljenog koji je već osuđen

Prema članu 481 stav 2 ZKP/2011, u ponovljenom postupku *prema okrivljenom koji je osuđen u odsustvu*, saučesnik okrivljenog koji je već osuđen, se ne može saslušavati, niti se može suočiti sa okrivljenim, već se upoznavanje sa sadržinom iskaza osuđenog saučesnika obavlja u skladu sa članom 406 stav 1. tačka 5. Zakonika (uvid u iskaz), s tim da se presuda ne može isključivo ili u odlučujućoj meri zasnivati na takvom dokazu.

Na ovaj se način ponovo (kao i u nizu drugih objašnjenih situacija), nepotrebno odstupa od načela neposrednosti u objektivnom smislu, a sa aspekta pravičnosti, posebno je sporno ako se radi situaciji da se osuda zasnivala baš na takvom dokazu, odnosno ukoliko je saokrivljeni prebacivao krivicu na okrivljenog u bekstvu, što u praksi može da bude sasvim realno.

25. Indirektno korišćenje nesudskih dokaza na glavnom pretresu i mogućnost zasnivanja presude na takvim dokazima

Slično kao što je to uređeno i u pozitivnom Zakoniku o krivičnom postupku i u novom ZKP-u iz 2011. godine se propisuje nekoliko situacija kada se na glavnom pretresu mogu čitati zapisnici o ranije datim iskazima (član 406). Međutim, sada je to veoma problematično, jer se više po pravilu, ne radi o sudskim dokazima, već o dokazima koje je u istrazi prikupio javni tužilac.

Donekle je opravdano da se čitaju zapisnici kada se radi o objektivnoj nemogućnosti da se već ispitana lica ponovo ispituju, jer su umrla ili duševno obolela, ali je potpuno pogrešno da se ostavi mogućnost čitanja zapisnika i onda kada *svedok ili veštak bez zakonskog razloga neće da iskazuje na glavnom pretresu*.

Tužilačka istraga ima niz prednosti u odnosu na sudsku, ali ona ima i određene potencijalno ozbiljne mane, a osnovna mana je da se veoma restriktivno dokazi iz istrage mogu koristiti na glavnom pretresu, već je njihova osnovna funkcija da posluže kao *utemeljenje optužnice*, a onda se kasnije, svi dokazi po pravilu, moraju ponovi izvoditi na glavnom pretresu,⁹² što je poseb-

⁹² U vezi sa ovim, pogrešno je što se kao cilj istrage u Nacrtu (član 295 stav 3) određuje ne samo prikupljanje dokaza i podataka koji su potrebni za odlučivanje o tome da li će se podići optužnica ili obustaviti postupak itd, već i *dokaza za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu, ili bi njihovo izvođenje bilo otežano*... Ovakav cilj istraga može imati jedino kada je vodi istražni sudija, ili makar onda kada se radi o tužilačkoj istrazi,

no izraženo u adverzijalno konstruisanim krivičnim postupcima, kakav je i novi tip procedure uveden Zakonikom o krivičnom postupku iz 2011. godine.

Kada se uvede neki novi zakonski mehanizam i uopšte novo zakonsko rešenje (poput tužilačke istrage), onda se istovremeno moraju iskoristiti sve prednosti novine i podneti („istrpeti“) neke mane novog rešenja. Međutim, novim zakonikom se sada pokušava ostvarenje „nemoguće misije“: da istraga bude tužilačka, ali da istovremeno svi dokazi koje je javni tužilac, kao nesudski državni organ, prikupio putem čitanja zapisnika o datim izjavama, mogu da se koriste na glavnom pretresu, isto ili slično kao što je to činjeno i sa iskazima koji se daju istražnom sudiji, kada on u sudskoj istrazi ispituje svedoke ili veštake. Tako nešto načelno nije moguće, odnosno nije opravdano.

Praktično svi zakoni(ci) o krivičnom postupku u kojima je istraga tužilačka omogućavaju da neke radnje vrši sud (tzv. hitne sudske radnje), onda kada postoji opasnost da one neće moći da se ponove na glavnom pretresu, pa bi stoga bilo adekvatno kada bi se član 299 novog Zakonika o krivičnom postupku dopunio sa nekoliko novih odredbi, tj. na sledeći način:

„Stranke i branilac mogu predložiti sudiji za prethodni postupak da ispita određenog svedoka, ako je verovatno da svedok zbog bolesti, starosti ili drugih važnih razloga neće moći da bude ispitan na glavnom pretresu.

Ako sudija za prethodni postupak usvoji predlog iz stava 5 ovog člana, on će omogućiti da ispitivanju svedoka prisustvuju stranke i branilac, kojima sudija za prethodni postupak dostavlja zapisnik o ispitivanju svedoka.

Ako se sudija za prethodni postupak ne složi sa predlogom iz stava 5 ovog člana, zatražiće da o tome odluku donese veće iz člana 21 stav 6 ovog zakonika.“⁹³

26. Žalba protiv presude zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja

Isto kao i ranije, žalba protiv presude može se uložiti i ako titular prava na ulaganje redovnog pravnog leka smatra da postoji odgovarajuća „činjenična anomalija“ presude, što je u izrazitoj kontradikciji s načelnim odstupanjem

ali uz mogućnost da se u pogledu određenih dokaznih radnji (tzv. hitne sudske radnje) angažuje sudija (bilo sudija za istragu, kao što je to slučaj u Crnoj Gori, odnosno u Nemačkoj, gde se on označava kao „Ermittlungsrichter“, za razliku od istražnog sudije, koji bi bio „Untersuchungsrichter“, bilo sudija za prethodni postupak i sl.), što nije slučaj sa odredbama Nacrta.

93 Radi se o vanraspravnom veću, koje je sada, tj. u još uvek (bar delom) pozitivnom ZKP-u, regulisano u članu 24 stav 6.

od načela istine u krivičnom postupku, kao i drastičnim minimiziranjem dokazne uloge suda, odnosno funkcije suda u odnosu na utvrđivanje činjeničnog stanja na kojem se zasniva presuda koja se pobija žalbom.

Odredbom člana 440 Zakonika o krivičnom postupku utvrđeno je da se presuda može pobijati zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

Zatim se članom 440 stav 2 Zakonika utvrđuje da je činjenično stanje pogrešno utvrđeno kada je sud neku odlučnu činjenicu koja je predmet dokazivanja *pogrešno utvrdio*, a nepotpuno je utvrđeno kada neku odlučnu činjenicu koja je predmet dokazivanja *nije utvrdio*.

Dakle, u članu 440 stav 2 ZKP govori se o činjenicama koje je **sud pogrešno ili nepotpuno utvrdio**, iako je sud istovremeno praktično oslobođen dužnosti utvrđivanja činjeničnog stanja, isto kao što nema obavezu utvrđivanja istine u krivičnom postupku.

Kada se ovo dovede u vezu s ključnom „načelnom dokaznom odredbom” u Zakoniku o krivičnom postupku, sadržanom u članu 15 stav 3, po kojoj *sud izvodi dokaze na predlog stranaka*,⁹⁴ a da jedino ako oceni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni i da je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio, može dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze, odnosno *izuzetno* sam izvesti takve dokaze – nastaje potpuno i veoma teško objašnjiva konfuzija.

Žalbeni razlog iz člana 440 Zakonika o krivičnom postupku predstavlja klasičan osnov pobijanja presude zbog ogrešenja o načelo istine, jer šta je drugo „pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje” nego **neistinito činjenično stanje**, odnosno, drugim rečima, *neutvrđivanje istine u krivičnom postupku*.

Međutim, ne samo što sud nema dužnost da utvrđuje istinu u krivičnom postupku, kao što je to sada bio slučaj i kao što je u većini klasičnih kontinentalno-evropskih krivičnoprocesnih sistema, već sud u osnovi, čak i onda kada bi pokušao da nešto šire tumači odredbu člana 15 stav 4, tako što bi formulaciju o „neophodnosti izvođenja dokaza potrebnih da se predmet dokazivanja svestrano raspravi” koristio kao osnov za potpuno i istinito utvrđivanje činje-

94 Prethodno je već objašnjavano da je ova zakonska odredba u suštinskoj kontradikciji sa čitavim nizom drugih odredbi novog Zakonika o krivičnom postupku, a naročito s pravilima izvođenja dokaza na glavnom pretresu, kada sud samo izuzetno sam izvodi dokaze, dok dokaze primarno izvode same stranke pred sudom, što je posebno upadljivo kada se radi o ispitivanju svedoka, kao i o pravilima kojima se regulišu direktno i unakrsno ispitivanje svedoka.

ničnog stanja (pa eventualno i suprotno očiglednoj intenciji zakonodavca da potpuno potre načelo istine u krivičnom postupku) – ni tada ne bi uvek mogao lako i jednostavno da utiče na utvrđivanje činjeničnog stanja.

Naime, zakonodavac sudu ne daje ni dužnost ni mogućnost da on sam po automatizmu izvede potrebne dokaze, već mu primarno samo prepušta mogućnost „izdavanja naloga” stranci da ona predloži izvođenje takvih dokaza, a tek supsidijarno mu omogućava da sam preuzme dokaznu funkciju. Dakle, sud može u prvom redu sugerisati stranci da ona njemu predloži izvođenje dokaza, koje on smatra potrebnim za svestrano raspravljanje predmeta dokazivanja (što je poprilično apsurdno, kada se istina ni formalno ne utvrđuje kao cilj krivičnog postupka), a ako se stranka o takav predlog suda ogлуši, sam sud, samo izuzetno, takve dokaze može sam izvoditi, što će u praksi očigledno biti veoma retko, jer zašto bi sud u ovoj situaciji praktično bio „veći katolik od pape”.

Možda su tvorci novog Zakonika o krivičnom postupku smatrali da bez obzira na to što stranke primarno izvode dokaze na glavnom pretresu koji je striktno adverzijalno konstruisan, samo činjenično stanje na temelju tako izvedenih dokaza, kao i na osnovu dokaza koji su eventualno od strane samog suda izvedeni (što bi bilo samo krajnje izuzetno), ipak utvrđuje sud, pa da se stoga i žalba može temeljiti na razlogu kao što je pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, pod kojim se podrazumeva da je sud pogrešno ili nepotpuno utvrdio određene relevantne činjenice.

Ni ovim, tj. prethodno objašnjenim mogućim tumačenjem ne rešava se ovaj problem, jer kako sud načelno nema dužnost utvrđivanja istine u krivičnom postupku, pa čak ni težnje ka istini, on nije ni dužan da potpuno i tačno utvrđuje činjenično stanje (što je logični opozit pogrešnom ili nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju kao žalbenom razlogu), pa shodno tome stranka koja je sama bila dužna da izvodi „svoje” dokaze, te na odgovarajući način oponira „dokazima protivne stranke”, realno ne može postići uspeh utemeljenjem svoje žalbe na tvrdnji da je sud pogrešno ili nepotpuno utvrdio činjenično stanje. Naime, kako sud takvu dužnost nije ni imao, jer u našem novom krivičnom postupku ne deluje načelo istine, već je, naprotiv, stranka bila dužna da prezentira dokaze koji idu u prilog njenim tvrdnjama, stranka faktički ne može uspešno pobijati presudu zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, bez obzira na to što takav žalbeni osnov formalno egzistira u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine.

26.1. Određivanje sudije izvestioca u žalbenom postupku od strane predsednika suda

Prema članu 445 stav 1 sudiju izvestioca određuje predsednik suda. To je suprotno zahtevu da se obezbedi slučajni, tj. nenamešteni sudija i ovakva odredba ostavlja mogućnost za potencijalne zloupotrebe.

Loše je i što se može odrediti više izvestilaca. To je suprotno inokosnoj prirodi ovog oblika sudske funkcionalne nadležnosti koji treba da izvrši odgovarajuću analizu u žalbenom postupku, a u praksi može dovesti do problema u pogledu koordinacije više izvestilaca, konzistentnosti njihovih referata, razilaženja u stavovima i sl.

26.2. Radikalno smanjenje angažovanja suda u žalbenom postupku po službenoj dužnosti

Veoma je umanjeno ovlašćenje, odnosno dužnost suda da ispituje presudu po službenoj dužnosti, i on to, po pravilu, čini samo u okviru žalbenih navoda (čl. 451).

Po službenoj dužnosti se u drugostepenom postupku ispituje samo odluka o krivičnoj sankciji, i to jedino ako je žalba izjavljena u korist optuženog, dok se presude donete u skraćenom postupku uopšte ne ispituju po službenoj dužnosti. Ovakvo rešenje veoma je nepravilno za optuženog, a posebno ako optuženi u krivičnom postupku nije imao branioca.

27. Pogrešno formulisan razlog za ulaganje zahteva za zaštitu zakonitosti zbog povrede ljudskog prava u postupku

Jedan od razloga za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti, prema pravilima novog Zakonika o krivičnom postupku, jeste to ako je povređeno ili uskraćeno ljudsko pravo i sloboda okrivljenog ili drugog učesnika u postupku, pravo koje je zajemčeno Ustavom ili Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i dodatnim protokolima, a to je utvrđeno odlukom Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava (član 485 stav 1 tačka 3 ZKP/2011.). Zahtev zasnovan na takvom razlogu može se podneti u roku od tri meseca od dana kada je licu čije je ljudsko pravo povređeno, odnosno zajemčeno pravo ili sloboda uskraćeni, dostavljena odluka Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava (član 485 stav 3 ZKP/2011.).

Sasvim je u redu što se odluka Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava utvrđuje kao jedan od razlog za ulaganje zahteva za zaštitu zakonitosti, ali je pogrešno što je ona u pravnotehničkom smislu formulisana poput *apsolutno bitnih povreda* odredaba krivičnog postupka, a ne kao *relativno bitna povreda* odredaba krivičnog postupka, što bi jedino bilo logično.

Naime, prema sadašnjem zakonskom rešenju (ZKP iz 2001. godine), koje je uvedeno novelama iz 2009. godine, postoji slično formulisan razlog za ulaganje vanrednih pravnih lekova, ali je njegova formulacija bitno drugačija. Odluka relevantnog međunarodnog suda, kojom su utvrđene povrede određenih prava okrivljenog u krivičnom postupku koji je rezultirao pravnosnažnom osuđujućom presudom sada *nema automatsko kasaciono dejstvo*. To znači da učinjene povrede prava osuđenog u krivičnom postupku, koje su takvim odlukama, tj. odlukama međunarodnog suda utvrđene, imaju značaj koji je formalno i pravnotehnički izjednačen sa značajem *relativno bitnih povreda* odredaba krivičnog postupka.

Odredbe koje se odnose na ponavljanje krivičnog postupka shodno se primenjuju i kad je podnesen zahtev za izmenu pravnosnažne sudske odluke zbog povrede prava osuđenog u krivičnom postupku, koja je utvrđena odlukom međunarodnog suda, u skladu s potvrđenim međunarodnim ugovorom, a povreda je bila od uticaja na zakonito i pravilno donošenje presude (član 414 ZKP/2001.). Ovde je, dakle, potrebno da se kumulativno ispune sledeći uslovi: 1) *postojanje formalne odluke određenog međunarodnog sudskog autoriteta* – da je odlukom određenog međunarodnog suda nastalog ratifikovanim međunarodnim ugovorom utvrđeno da su u toku krivičnog postupka kršena osnovna ljudska prava i osnovne slobode, te 2) *postojanje kauzaliteta između učinjene povrede i donesene sudske odluke* – da je sudska odluka zasnovana na takvom kršenju.

Razlog za ponavljanje krivičnog postupka sličan onome koji postoji u našem zakoniku o krivičnom postupku iz 2001. godine (od novela iz 2009. godine) egzistira u nemačkom krivičnom postupku, u kojem je, uzgred, za razliku od naše zemlje,⁹⁵ ponavljanje krivičnog postupka moguće kako u korist tako i na štetu okrivljenog. Bez obzira na to što je Nemačka rano pristupila Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, te omogućila da njene odredbe budu smatrane unutrašnjim pravom, koje se može

95 Uporedi: Đ. Lazin, Načelo *ne bis in idem* u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije, rad u zborniku sa međunarodnog naučnog skupa – „Krivično procesno zakonodavstvo u jugoistočnoj Evropi i standardi Evropske Unije i Saveta Evrope“, Beograd, 2006, str. 158–159.

direktno primenjivati u krivičnom postupku, to ipak nije proizvelo odgovarajuće praktične konsekvencije, sve dok nije došlo do određenih promena u nacionalnom pravnom sistemu. S jedne strane, povreda određenog prava iz Konvencije nije mogla u Nemačkoj da bude neposredni razlog za ustavnu žalbu,⁹⁶ a s druge strane, sve dok u nemačko krivično procesno pravo nije unesen poseban razlog za ponavljanje krivičnog postupka, koji se odnosi na odluku Evropskog suda za ljudska prava, bila je isključena i takva mogućnost.⁹⁷

Prema tački 6 § 359 Zakonika o krivičnom postupku Nemačke (StPO), jedan od razloga za ponavljanje krivičnog postupka postoji i kada Evropski sud za ljudska prava utvrdi povredu Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, ili njenih protokola, i kad je presuda zasnovana na toj povredi. Ovaj razlog može da dovede do ponavljanja krivičnog postupka samo u korist okrivljenog.⁹⁸ Pored toga, slično kao što bi to trebalo da važi i za naš novi krivični postupak, u nemačkoj praksi,⁹⁹ ali i u krivičnoprocesnoj teoriji, ističe se da ovako formulisan razlog za ponavljanje krivičnog postupka nikako ne znači da postoji *zakonska pretpostavka kauzaliteta* između određene povrede nekog procesnog osnovnog prava u smislu Evropske konvencije i pravnosnažne presude.¹⁰⁰ Naime, kako se to navodi u nemačkoj doktrini, za ponavljanje krivičnog postupka potrebno je ne samo da Evropski sud za ljudska prava utvrdi da je učinjena povreda određenog osnovnog prava, već i sledeći uslov – da je presuda, doneta u krivičnom postupku, zasnovana na toj povredi.¹⁰¹

Iz načina na koji je sada, u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine, formulisan razlog za ulaganje zahteva za zaštitu zakonitosti, proizišlo bi da svaka povreda zajemčenog ljudskog prava u krivičnom postupku koji je pravnosnažno okončan podrazumeva njeno automatsko ukidanje, odnosno ukidanje sudske odluke kojom je takav krivični postupak završen, čak i onda kada između učinjene povrede i zakonitosti odnosno pravilnosti presude nema nikakve kauzalne veze i kad je, sama po sebi, učinjena povreda ljudskog prava nepopravljiva u krivičnoprocesnom smislu. Naravno, odgovarajuća satisfakcija može biti data u obliku adekvatne novčane naknade, ali to ne predstavlja

96 BverfGE, 64, 135, 157.

97 G. Pfeiffer, (Hrsg), deo koji je pisao W. Schmidt, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5, neu bearbeitete Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 2003, str. 1864–1865.

98 G. Pfeiffer, (Hrsg), deo koji je pisao W. Schmidt, *op. cit.*, str. 1865.

99 OLG Stuttgart NStZ-RR 2000, 244.

100 G. Pfeiffer, (Hrsg), deo koji je pisao W. Schmidt, str. 1865.

101 Kleinknecht/Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen*, 44, neubearbeitete Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 1999, str. 1157.

krivičnoprocesnu reakciju. Na primer, okrivljenom je zbog dužeg trajanja pritvora u krivičnom postupku moglo biti povređeno pravo na slobodu, i ako se to utvrdi odlukom Evropskog suda za ljudska prava ili našeg ustavnog suda, okrivljeni će imati pravo na odgovarajuću novčanu satisfakciju. Ali zašto bi samo zbog toga morala biti ukidana pravnosnažna odluka našeg suda ako je, nezavisno od učinjene povrede ljudskog prava okrivljenog, takva presuda zasnovana na adekvatnim dokazima (može postojati i nesporno priznanje okrivljenog i sl.) i sama po sebi nije nezakonita. Osim toga, može se raditi o povredi prava drugih učesnika postupka, a ne o povredi prava okrivljenog, poput, na primer, povrede prava na privatnost oštećenog. Zašto bi onda takav razlog morao ili mogao dovesti do ukidanja presude, što bi za posledicu imalo da to, po logici stvari, primarno proizvodi negativne posledice po samog tog oštećenog.

dr Goran Ilić,

zamenik Republičkog javnog tužioca

i predsednik Udruženja tužilaca Srbije

Tužilaštvo sovjetsko, postupak američki

1. Uvod

Nedavno usvojeni Zakonik o krivičnom postupku¹ na potpuno nov način uređuje ulogu javnog tužioca u krivičnom postupku. Prava i dužnosti javnog tužioca su znatno proširena, pre svega, nadležnošću da sprovodi istragu i poveravanjem primarne dokazne inicijative.² Usvajanje novog Zakonika posledica je ideje o potrebi da se sudska istraga zameni tužilačkom i posledice smelog prihvatanja adversatornih ustanova u našem krivičnom postupku po uzoru na angloameričko pravo.³

Novi ZKP-a, bio je povod piscima Zakonika da na detaljan način urede procesni položaj javnog tužioca i njegov odnos sa drugim procesnim subjektima i drugim državnim organima. Uprkos trudu, za neke norme koje dotiču javno tužilaštvo moglo bi se reći da su nepotpune, za druge da su protivrečne, dok je jedna grupa normi teško primenjiva u praksi. Zakonik o krivičnom postupku, osim toga, nije uzeo u obzir rizike koje nosi ustavni i zakonski položaj javnog tužilaštva. Pisci Zakonika nisu imali u vidu da je samostalnost tužilaštva vitalno ugrožena ustavnim rešenjem prema kome javne tužioca na predlog Vlade bira Narodna skupština, kao i činjenicom da članove Državnog veća tužilaca bira Narodna skupština. Dakle, svedoci smo jednog sasvim protivurečnog procesa, sa jedne strane, tužilaštvo se Ustavom potčinjava izvršnoj vlasti, a sa druge strane, na tužilaštvo se u krivičnom postupku prenose ovlašćenja nezavisnog sudskog organa, istražnog sudije. Time se, uvereni

1 „Službeni glasnik RS”, br. 72/2011. U tekstu će se za taj ZKP koristiti odrednice novi, novousvojeni, novodoneti i sl.

2 Slobodan Beljanski, Goran P. Ilić i Miodrag Majić, *Zakonik o krivičnom postupku-predgovor*, Beograd, 2011, 16.

3 Močilo Grubač, *Nove ustanove i nova rešenja Zakonika o krivičnom postupku Srbije od 28. septembra 2011. godine*, Pravni zapisi, god. II, br. 2, Beograd, 2012, 468.

smo, dovodi u pitanje i objektivnost krivičnog postupka, posebno istrage u kojoj tužilac zauzima centralno mesto.

Osim, što nisu uzeli u obzir ustavnu poziciju javnog tužilaštva, tvorci Zakonika nisu imali u vidu ni činjenicu da je tužilaštvo organizovano po jednom tradicionalnom modelu, sa prekomernim centralizmom i praktično nesputanom hijerarhijom što u dobroj meri onemogućava prilagođavanje novoj procesnoj ulozi i umanjuje njegovu sposobnost da u punoj meri odgovori zadacima koji se pred njega postavljaju.

Poslednji, a moguće najvažniji prigovor koji bi trebalo izneti u uvodnom delu rada, tiče se neusklađenosti novog ZKP-a sa čl. 32. st. 1. Ustava Republike Srbije. Ustav u pomenutoj odredbi kaže da „svako ima pravo da nezavistan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka”. Prema novom Zakoniku o krivičnom postupku čl. 2. st. 2. tač. 14. „postupak” je predistražni i krivični postupak. Ako predistražni postupak ima karakter krivičnog postupka, onda tim pre, istraga koja nastupa nakon predistražnog postupka jeste krivični postupak. Istragu, naredbom za sprovođenje istrage pokreće i odustankom od gonjenja obustavlja javni tužilac koji je i organ postupka u fazi istrage (čl. 296. i 308. ZKP-a). Samim tim, javni tužilac u toku istrage samostalno raspravlja i odlučuje o sumnji koja je bila razlog za pokretanje postupka, što je protivno ustavnoj normi koja određuje da sud raspravlja o osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka. Kada se tome doda konstatacija da ne postoji niti jedan vid sudske kontrole odluke tužioca da pokrene ili obustavi istragu, zaključak da je koncept istrage po kome tužilac odlučuje o osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka protivan citiranoj ustavnoj normi je nepobitno tačan.

2. Kritika pojedinih rešenja u ZKP-u

U ovom delu rada izvršićemo kritičku analizu pojedinih odredaba najnovijeg ZKP-a, pre svega, odredaba koje se tiču javnog tužilaštva, ali i nekih normi koje se nisu neposredno povezane sa javnim tužilaštvom.

Analizu odredbi Zakonika o krivičnom postupku počecemo članom 2. U čl. 2. daje se značenje izraza korišćenih u Zakoniku, a tačkom 6. određuje se značenje izraza „javni tužilac”. Pod izrazom javni tužilac podrazumevaju se javni tužioci svih vrsta javnih tužilaštava, svi zamenici javnih tužilaca, kao i lica zakonom ovlašćena da ih zamenjuju. Članom 48. precizira se čl. 2. tač.

6. navođenjem lica ovlašćenih da zamenjuju javnog tužioca. Radnje u krivičnom postupku u ime javnog tužioca pored zamenika javnog tužioca mogu da preduzimaju i viši tužilački saradnik za krivična dela do osam godina zatvora i tužilački saradnik za krivična dela do pet godina zatvora. To znači da Zakonik o krivičnom postupku daje tužilačkim saradnicima status za ex lege punomoćnika javnog tužioca za krivični postupak. Norma sadržana u članu 48, međutim, direktno je suprotna čl. 159. st. 4. Ustava. U čl. 159. Ustav govori o unutrašnjem uređenju javnog tužilaštva, a u st. 4. navodi da javnog tužioca u vršenju funkcije zamenjuju zamenici javnog tužioca. Prema tome, Ustav limitira krug lica koja vrše javnotužilačku funkciju na javne tužioce i zamenike javnog tužioca. Zbog toga je uvođenje tužilačkih saradnika u krug lica koja vrše javnotužilačku funkciju u krivičnom postupku, direktno suprotno čl. 159. st. 4. Ustava.

Uvođenje tužilačkih saradnika u krug lica koja mogu da preduzimaju radnje u krivičnom postupku protivno je i Zakonu o javnom tužilaštvu. U čl. 11. Zakona koji daje značenje pojmova korišćenih u Zakonu stoji „javnotužilačka funkcija je funkcija javnog tužioca i zamenika javnog tužioca”.⁴ S obzirom na to da po Zakonu o javnom tužilaštvu, tužilački saradnici nisu posednici javnotužilačke funkcije, samim tim nisu ni posednici ovlašćenja javnog tužilaštva, jer ovlašćenja proizilaze iz funkcije. U situaciji kada imamo konkurenciju dva propisa i to Zakonika o krivičnom postupku i Zakona o javnom tužilaštvu primenjuje se drugi, jer je u pogledu organizacije javnog tužilaštva *lex specialis* i ima primat u odnosu na ZKP.

U vezi sa ovom temom trebalo bi kazati i to da bi poveravanje ovlašćenja tužilačkim saradnicima u krivičnom postupku u praksi stvorilo jednu neregularnu situaciju. Na takav zaključak upućuje analiza propisa o tužilaštvu i propisa koji regulišu položaj tužilačkih saradnika. Primera radi, ukoliko bi javni tužilac hteo da izvrši hijerarhijsku intervenciju u krivičnom predmetu dodeljenom tužilačkom saradniku to ne bi mogao učini u proceduri propisanoj Zakonom o javnom tužilaštvu, budući da Zakon ne poznaje obavezno uputstvo tužilačkom saradniku, već samo nižem tužiocu ili zameniku javnog tužioca. Ni podzakonski akti javnog tužilaštva ne uređuju subordinaciju između javnog tužioca, zamenika javnog tužioca i tužilačkog saradnika, kada saradnik preduzima radnje u krivičnom postupku. U takvoj situaciji javni tužilac bi mogao jedino da koristi propise koji uređuju položaj i ovlašćenja državnih službenika.

⁴ Uzgred i čl. 18. važećeg Pravilnika o upravi u javnim tužilaštvima („Službeni glasnik RS”, br. 110/2009. i 87/2010), kada govori o nosiocima javnotužilačke funkcije isključivo navodi javne tužioce i zamenike javnih tužilaca.

Već na početku teksta Zakonika uočavamo terminološku nedoslednost. Prema članu 15. st. 3. sud izvodi dokaze na predlog stanaka, dok odredbe Zakonika koje uređuju glavni pretres upućuju na sasvim drugačiji zaključak, da dokaze predlažu i po pravilu izvode stranke. Mada je ovde reč o terminološkoj nedoslednosti skoro je izvesno da ona može prouzrokovati nedoumice i praktične posledice u pogledu način izvođenja dokaza i zato bi je trebalo izmenom teksta Zakonika otkloniti.

Član 44. Zakonika nosi naziv dužnost postupanja po zahtevu javnog tužioca. U st. 3. ovog člana Zakonik o krivičnom postupku unosi novine u odnos tužilaštva i policije. Najnoviji Zakonik normira mogućnost tužioca da zahteva pokretanje disciplinskog postupka protiv policijskog službenika ili zaposlenog u drugom državnom organu, koji nije postupio po njegovom zahtevu. Premda, potpunije od prethodnog uređuje odnos tužilaštva i policije, Zakonik ne predstavlja zaokret u regulisanju odnosa ova dva organa. Pravo javnog tužioca da zahteva disciplinski postupak protiv policijskog službenika, koji nije udovoljio službenom zahtevu tužioca, ne uključuje mogućnost da tužilac učestvuje u samom disciplinskom postupku ili barem da bude obavešten o njegovom ishodu. Propisivanje ovlašćenja da učestvuje u disciplinskom postupku predstavljalo bi prirodni nastavak prava javnog tužioca da zahteva disciplinski postupak protiv nesavesnog policijskog službenika i zato bi ga trebalo izričito opisati.⁵

U čl. 51. ZKP-a reguliše se pravo na prigovor oštećenog u situaciji kada javni tužilac odbaci krivičnu prijavu, obustavi istragu ili odustane od krivičnog gonjenja do potvrđivanja optužnice. Oštećeni ima pravo da izjavi prigovor o kome odlučuje neposredno viši tužilac. O prigovoru, neposredno

⁵ Postoje sistemi u kojima se pribegava i radikalnijim rešenjima u cilju kontrole tužilaštva nad policijom. U nemalom broju zemalja u Evropi policija ili pojedine vrste policije se integrišu u tužilaštvo i tako se obezbeđuje potpuna kontrola tužilaštva nad policijom. Ovlašćenja tužilaštva nad policijom se u tim slučajevima ispoljavaju na različite načine. U Španiji postoje „organske” veze između tužilaštva i sudske policije koja je odgovorna tužilaštvu za sprovođenje istraga, otkrivanje i hapšenje počinilaca krivičnih dela, dok su u Belgiji delovi policije pripojeni kancelariji tužioca tako da je ta policija praktično deo tužilaštva. Pri svakom tužilaštvu u Italiji postoji odeljenje policije koje je funkcionalno potčinjeno starešini tužilaštva, a u Švajcarskoj tužilac je istovremeno Direktor policije „judiciaire”. Izvor izveštaj Saveta Evrope iz 2000 godine EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (SDPC) SYNTHESIS OF REPLIES TO A QUESTIONNAIRE ON THE STATUS AND ROLE OF PUBLIC PROSECUTION, koji se nalazi na internet adresi www.coe.int. Uzgred, trebalo bi kazati i to da Izveštaj sadrži i prikaze drugačijih odnosa tužilaštva i policije. U tekstu oni nisu analizirani, jer je namera bila da se potkrepi teza da postoje brojni modeli u kojima tužilaštvo ostvaruje potpunu hijerarhiju nad policijom.

viši tužilac odlučuje rešenjem protiv koga nije dozvoljena žalba ili prigovor. Ukoliko, usvoji prigovor oštećenog, neposredno viši javni tužilac će izdati obavezno uputstvo nadležnom javnom tužiocu da preduzme ili nastavi krivični progon. Radi razjašnjenja valja kazati da je prigovor nov institut nastao kao neka vrsta supstitucije za ukidanje prava oštećenog da preuzme gonjenje do potvrđivanja optužnice.

Odsustvo spoljašnje kontrole odluke javnog tužioca da ne otpočne ili nastavi krivični progon nije najbolje rešenje. Kada to kažemo imamo u vidu i prirodu unutrašnjeg uređenja javnog tužilaštva. Kruto hijerarhijsko ustrojstvo Javnog tužilaštva Srbije, kao i činjenica da su svi javni tužioci i sva javna tužilaštva deo jedinstvenog organizma praktično čine nemogućim objektivno preispitivanje odluke nižeg tužioca. Nadređeni javni tužilac, odlučuje o prigovoru oštećenog, a sve vreme ima hijerarhijsku vlast koja omogućava potpunu kontrolu rada nižeg javnog tužioca, pa i kontrolu njegovog rada, pre donošenja odluke da ne otpočne ili nastavi krivično progon. Ako je to tako, malo je verovatno da je će nadređeni javni tužilac nepristrasno preispitati odluke nižeg tužioca kada bi time, posredno, priznao svoj propust u vršenju hijerarhijskog nadzora.

Uvođenje prigovora oštećenog moralo bi da izazove promene u unutrašnjem funkcionisanju javnog tužilaštva i izmene Pravilnika o upravi u javnim tužilaštvima. Pravo postupajućeg tužioca iz čl. 51. Pravilnika da se traži razjašnjenje pravnih i drugih pitanja i davanje mišljenja i uputstava za postupanje u pojedinom predmetu od neposredno višeg tužioca, moralo bi da se uskladi sa ovlašćenjem tog tužioca da odlučuje o prigovoru oštećenog iz čl. 51. ZKP-a. Naime, ukoliko se niži tužilac, pre odluke da ne preduzme ili ne nastavi krivično gonjenje konsultovao sa neposredno višim tužiocem tada izjavljivanje prigovora oštećenog istom tužiocu koji je odobrio odluku nema nikakvog smisla.

Novousvojeni Zakonik o krivičnom postupku sadrži rešenje slično rešenju iz Zakona o krivičnom postupku SR Nemačke. Jedina bitna razlika je što Zakon SR Nemačke predviđa da oštećeni u slučaju negativne odluke nadređenog javnog tužioca može da zahteva odluku suda. Za odluku je nadležan Viši pokrajinski sud, koji je vlastan da odbaci predlog oštećenog ili ukoliko smatra da je predlog osnovan naloži tužilaštvu podizanje optužnice.⁶ Time što dopušta sudsku kontrolu nemački Zakon stvara uslove za objektivnije preispitivanje odluke tužilaštva. To je argument koji bi trebalo uzeti u obzir prilikom

3 Par. 172,174,175. StPO.

budućeg razmatranja zakonskog uređenja instituta prigovora oštećenog iz čl. 51. ZKP-a i još jednom razmisliti o opravdanosti sužavanja prava oštećenog na preuzimanje gonjenja na deo postupka nakon potvrđivanja optužnice.

Član 51. ZKP-a uvodi u javnotužilački sistem i jednu posebnu vrstu obaveznog uputstva, a to je uputstvo nadređenog javnog tužioca da se preduzme ili nastavi krivični progon. Zakon o javnom tužilaštvu ne poznaje takvu vrstu obaveznog uputstva tako da bi bilo logično da se izmenama Zakona o javnom tužilaštvu ta vrsta uputstva posebno normira.

Odustanak oštećenog od predloga za gonjenje regulisan je na istovetan način kao i u prethodnom Zakoniku o krivičnom postupku.⁷ Prema članu 54. oštećeni u svakoj fazi postupka do završetka glavnog pretresa može da povuče predlog za krivično gonjenje uz posledicu, gubitak prava na ponovno podnošenje predloga. Rešenje iz čl. 54. ZKP-a iz više razloga možemo označiti kao neodgovarajuće. Prvo, jer stvara uslove za protivciljno vršenje prava, time što oštećeni suprotno svrsi i nameni krivičnog progona u svako vreme može da povuče predlog za gonjenje i da to učini bez ikakvog ograničenja i uslovljavanja. Drugo, jer pravo da povuče predlog za gonjenje protivno prirodi funkcije i prirodi nadležnosti javnog tužioca, budući da stvara situaciju da javni tužilac krivični progon vrši pod raskidnim uslovom, odnosno do odluke oštećenog da povuče predlog za gonjenje. Izneta argumentacija ukazuje na neophodnost izmene člana 54. ZKP-a ukidanjem mogućnosti oštećenog da jednom dat predlog za gonjenje povuče.

Postavljeni punomoćnik je određen članom 59. Zakonika. To je advokat koga rešenjem predsednik suda postavlja da bi zastupao oštećenog kao tužioca ako je to u interesu postupka i ako oštećeni kao tužilac zbog imovinskih prilika ne može da snosi troškove zastupanja. Punomoćnik je, u suštini, zastupnik na osnovu punomoćja dobijenog od zastupanog lica (vlastodavca) tako da bez punomoćja nema ni punomoćnika. Zbog toga, smatramo da bi prikladnije bilo da se advokat koji se odlukom predsednika suda postavlja da zastupa oštećenog kao tužioca nazove postavljeni zastupnik, umesto logički neodrživog naziva postavljeni punomoćnik.

Član 76. predviđa da branioca po službenoj dužnosti u istrazi postavlja javni tužilac. Na čl. 76. nadvezuje se čl. 81. koji sadrži zajedničke norme o razrešenju branioca, bez obzira da li se radi o izbranom ili braniocu po službenoj dužnosti. Branioca razrešava sudija za prethodni postupak, sudija pojedinac, predsednik veća ili pretresno veće, stoji u čl. 81. ZKP-a. Dakle, razrešenje

⁷ Član 58. Zakonika o krivičnom postupku („Službeni list SRJ”, br. 70/2001).

branilaca po službenoj dužnosti poverava se sudskim organima, premda je postavljenje branioca po službenoj dužnosti nadležnosti javnog tužioca. Ovu protivurečnost bi trebalo otkloniti i predvideti da način razrešenja branilaca po službenoj dužnosti bude saglasan sa načinom njihovog postavljenja.

Novi Zakonik o krivičnom postupku uspostavlja složena pravila za saslušanje okrivljenog i ispitivanje svedoka, veštaka i stručnog savetnika. Osnovna pravila za saslušanje okrivljenog sadržana su u čl. 86. Zakonika, a za ispitivanje svedoka u čl. 98. Zakonika. Osnovna pravila za saslušanje okrivljenog iz čl. 86 sadrže niz zabrana. Okrivljenom se ne smeju postavljati pitanja zasnovana na obmani, pretpostavci da je nešto priznao što nije priznao i pitanja ne smeju da navode okrivljenog na konkretan odgovor. I čl. 98. zabranjuje pitanja iste vrste, ali tu zabranu ublažava rečima: „osim ako se radi o unakrsnom ispitivanju na glavnom pretresu”. „Osim” i „ako” upućuje na primenu razloga suprotnosti (*argumentum a contrario*), odnosno na to da sve te zabrane ne važe za unakrsno ispitivanje svedoka na glavnom pretresu. Prava logička zabuna, međutim, nastaje kada se pročita čl. 402. koji govori i o ispitivanju svedoka na glavnom pretresu. Stav 1. čl. 402. upućuje na shodnu primenu čl. 98. i na shodnu primenu 397. 4 i 5. i 398. 3. do 5. ZKP-a. U čl. 398. st. 3. stoji da će predsednik veća zabraniti nedozvoljeno pitanje (čl. 86. st. 3. ZKP-a). Kada se citirane norme uporedo tumače iz čl. 98. proizilazi da je dozvoljeno svedoka na glavnom pretresu unakrsno ispitivati postavljanjem sugestivnih i kaptioznih pitanja, dok iz 398. st. 3. na koji upućuje čl. 402. to nije dozvoljeno.

Ovlašćenja javnog tužioca u istrazi ponekad nisu usklađena sa njegovom funkcijom u toj fazi postupku. Kao primer za ovo tvrđenje mogle bi da posluže norme o novčanom kažnjavanju svedoka (čl. 101) i veštaka (čl. 115). Javni tužilac, iako organ postupka u istrazi u toj fazi postupka lišen je ovlašćenja da novčano kazni svedoka ili veštaka i uspostavi procesni autoritet narušen njihovim ponašanjem. Dodatnu zabunu izaziva i to što zakonodavac javnom tužiocu ne dozvoljava da novčano kazni svedoka i veštaka, premda mu poverava ovlašćenje da prema svedoku i veštaku primeni težu, meru procesne prisile, prinudno dovođenje. Iznete primedbe jasan su putokaz za izmenu čl. 101. i 115. ZKP-a u pravcu dodeljivanja ovlašćenja javnom tužiocu da novčano kazni svedoka i veštaka i uz obezbeđivanje sudske kontrole te odluke po žalbi svedoka ili veštaka.

U čl. 117. st. 3. novodonetog zakonika normira se pravo okrivljenog i njegovog branioca da izjave žalbu zbog toga što je javni tužilac u toku istrage odbio predlog za veštačenje. O žalbi odlučuje sudija za prethodni postupak

u roku od 48 časova. Do upoređivanja ove odredbe sa odredbama Zakonika o pokretanju istrage može se reći da je reč o nekoj vrsti očekivane zaštita prava okrivljenog u istrazi. Međutim, kada sudsku zaštitu za slučaj odbijanja predloga za veštačenje uporedite sa položajem okrivljenog u istrazi uočiće se jedna nelogičnost. Okrivljeni, sa jedne strane, nema na raspolaganju ni jedno pravno sredstvo protiv odluke o pokretanju istrage, ali zato ima pravo da u toku istrage zatraži sudsku zaštitu u slučaju da bude odbijen njegov predlog da se obavi veštačenje. Kada se tome doda da okrivljeni i odbrana imaju pravo na prigovor protiv nepravilnosti u toku istrage zaista, protivprirodno deluje odsutvo bilo kakvog pravnog sredstva protiv odluke da se istraga pokrene.⁸ U vezi sa pravnim sredstvom protiv odluke kojom javni tužilac pokreće istragu trebalo bi kazati da i neki strani zakonici ne dopuštaju posebno pravno sredstvo protiv takve odluke. Međutim, u pogledu jednog tako važnog pitanja koje u dobroj meri određuje položaj lica protiv koga se sprovodi istraga ne bi trebalo nekritički preuzimati rešenja iz inostranog zakonodavstva samo na osnovu argumenta autoriteta, da je to u skladu sa uporednim zakonodavstvom.⁹

U čl. 131. ZKP-a određivanje psihijatrijskog veštačenja vezuje se za sumnju da je isključena ili smanjena uračunljivost okrivljenog. Tu uočavamo terminološku neusklađenost sa Krivičnim zakonikom koji poznaje neuračunljivost i bitno smanjenu uračunljivost. Da bi psihijatrijska veštačenja pomogla utvrđivanju činjenica od značaja za ublažavanje kazne neophodno je izmeniti tekst čl. 131. ZKP i psihijatrijsko veštačenje vezati sa bitno smanjenu uračunljivost.¹⁰

5 Prilikom razmatranja ovog pitanja nije analizirano pitanje opravdanosti istovremenog postojanja i istrage i predistražnog postupka dve faze postupka sa istim stepenom sumnje-osnovima sumnje.

9 Takav pristup je prisutan i nekim okolnim državama. Primera radi, dr Tadija Bubalo-
lović u jednom svom radu o novom ZKP-u Hrvatske navodi da „osumnjičenik nema pravno
sredstvo protiv naloga o provođenju istrage”, a kao argument u prilog takvom rešenju kaže da
je to „sukladno inozemnim zakonima” Vidi: Tadija Bubalo-
lović, *Novi koncept i nova zakon-
ska rešenja u Zakonu o kaznenom postupku Hrvatske od 15.12.2008. godine*, Anali Pravnog
fakulteta Univerziteta u Zenici, br. 6. god. 3, Zenica, 2010, 22.

10 Osim terminološke neusklađenosti jezik Zakonika odlikuju i drugi jezički nedo-
staci. Nailazimo na brojne primere jezičke rogovatnosti. Tako recimo tačka 7. st. 1. člana 68.
počinje sa „mu se osigura dovoljno vremena” ili odredba tač. 4 člana 437. kaže da se žalba
izjavljuje zbog „odluke o krivičnim sankcijama i drugim odlukama”, umesto zbog odluke
o krivičnim sankcijama i zbog drugih odluka. Zatim, pojedine odredbe imaju karakter ko-
mentara, a ne pravnog pravila (npr. član 416. st 2). Zakonik koristi i difuzne izraze, odnosno
izraze kojima se sa sigurnošću ne može odrediti značenje. Presuda, se prema čl. 300. st. 2. ne
može isključivo i u odlučujućoj meri zasnivati na jednoj vrsti svedočenja. Na kraju kao prilog

Zakonik o krivičnom postupku reguliše posebne dokazne radnje i postupanje sa dokaznim materijalom prikupljenim primenom posebnih dokaznih radnji (čl. 163). Ako javni tužilac odluči da iz bilo kog razloga ne koristi materijal prikupljen posebnom dokaznom radnjom o tome obaveštava sudiju za prethodni postupak, koji donosi rešenje da se materijal uništi. Zakonik posebno uređuje uništavanje materijala do koga se došlo primenom mere tajnog nadzora. O donošenju rešenja da se uništi materijal prikupljen merom tajnog nadzora komunikacija sudija za prethodni postupak, uz određene uslove, može da obavesti lice prema kome je mera bila sprovedena (čl 163. st. 2). Novi Zakonik ostavlja mogućnost sudiji za prethodni postupak da obavesti lice koje je bilo predmet ove posebne dokazne radnje, dok je prethodni ZKP takvu mogućnost davao istražnom sudiji. U praksi, takvog obaveštavanja skoro da nije bilo, tako da lica prema kojima je vršen tajni nadzor komunikacija nisu imala saznanje o sprovedenom nadzoru. Rešenje iz prethodnog Zakonika, po kome je istražni sudija mogao ali nije i morao da obavesti lice prema kome je vršen tajni nadzor komunikacija, kao i praksa neobaveštavanja stvarali su utisak o učestalijem i ponekad neopravdanoj primeni ove mere. Da bi se takav utisak ubuduće izbegao trebalo bi propisati obavezu sudije za prethodni postupak da obavesti lice nad kojim je primenjivan tajni nadzor komunikacija o primeni mere. U prilog obaveznosti obaveštavanja može da posluži Zakon o krivičnom postupku SR Nemačke. Zakon u čl. 101.¹¹ obavezuje na obaveštavanje osobe protiv koje je mera sprovedena kao i obavezu obaveštavanja drugih učesnika u komunikaciji koja je bila nadzirana. U Zakonu SR Nemačke postavljaju se i druga ograničenja za određivanje i primenu mere nadzora komunikacija, a tiču se zaštite privatne sfere, koje bi, takođe, trebalo imati u vidu prilikom izmena Zakonika o krivičnom postupku.¹²

Osnovi za odbacivanje krivične prijave sadržani su u čl. 284. st. 1. ZKP-a. Jedan od osnova je nepostojanje osnova sumnje da je učinjeno krivično delo koje se goni po službenoj dužnosti (tač. 3). Po ovom osnovu krivična prijava će se odbaciti, ako činjenice sadržane u krivičnoj prijavi i priložima datim uz krivičnu prijavu ne potvrđuju postojanje osnova sumnje da je krivično delo izvršeno. Osnov sumnje, da je izvršeno krivično delo, ne postoji kada činjenice sadržane u krivičnoj prijavi i priložima ni posredno, ni neposredno ne

jezičkog nedostatka trebalo bi navesti slučajeve kada rubrum ne odgovara sadržini člana. Rubrum člana 495. glasi: „Odredbe zakonika koje se primenjuju”, premda se članom određuju krivična dela na koja će se primenjivati odredbe Zakonika o skraćenom postupku.

¹¹ Par. 101. StPO.

¹² Par. 100a, 100c. StPO.

ukazuju na to da je izvršeno krivično delo.¹³ Sa druge strane, krivična prijava može da bude odbačena, jer činjenice ne ukazuju da je izvršeno krivično delo i primenom osnova za odbacivanje krivične prijave iz tačke 1. istog člana (jer prijavljeno delo nije krivično delo koje se goni po službenoj dužnosti). Jedina razlika bi bila u argumentaciji. Prilikom odbacivanja krivične prijave zbog nepostojanja osnova sumnje javni tužilac bi se pozivao činjeničnu (recimo nema podataka ni dokaza da je lice teško telesno povređeno tako da ne postoji osnov sumnje da je izvršeno k.d. iz čl. 121. Teška telesna povreda), a kod odbacivanja primenom osnova iz tačke 1. na pravnu argumentaciju (primer nisu ostvareni svi elementi konkretnog pojma krivičnog dela, nije nastupila teška telesna povreda tako da nema krivičnog dela iz čl. 121. KZ-a).

Zakonodavac je mimo logike osnove sumnje isključivo vezao za krivično delo umesto da se osnovi sumnje odnose na prijavljeno lice. U tom slučaju bi propisivanje posebnog osnova faktičke prirode imalo smisla, jer bi se prijava odbacivala kada postoje osnovi sumnje da krivično delo izvršeno, ali ne postoji osnovi sumnje da je lice označeno u krivičnoj prijavi izvršilo krivično delo. Primer za to je kada je podneta krivična prijava za izvršenje krivičnog dela *Teška krađa* i u prijavi označen učinilac, pa se naknadno utvrdi da se prijavljeno lice u vreme izvršenja krivičnog dela nalazilo u inostranstvu, tako da uopšte nije moglo da izvrši krivično delo za koje je prijavljeno.

Ovlašćenja javnog tužioca regulisana su članom 285. novodonetog Zakonika o krivičnom postupku. Sadržina ovog člana je u priličnoj meri nejasna, a ovlašćenja javnog tužioca su nezgrapno regulisana. Evo i primera. U st. 1. ovog člana stoji da javni tužilac rukovodi predistražnim postupkom, a u stavu 2. da javni tužilac radi rukovođenja predistražnim postupkom preduzima potrebne radnje radi gonjenja učinilaca krivičnih dela. Iz sadržaja st. 1. i 2. člana 285. proizilazi da javni tužilac goni učinioce krivičnih dela da bi rukovodio predistražnim postupkom. A zapravo, logika je obrnuta, javnom tužiocu je povereno ovlašćenje da rukovodi predistražnim postupkom da bi mogao ostvari funkciju progona učinilaca krivičnih dela.¹⁴

Član 294. nosi naziv zadržavanje osumnjičenog. U stavu 1. tog člana javnom tužiocu se poverava ovlašćenje da izuzetno i radi saslušanja može da zadrži osumnjičenog ili uhapšenog i to najduže 48 časova. U narednom stavu navodi se da o zadržavanju javni tužilac ili po njegovom odobrenju policija

¹³ Značenje izraza osnov sumnje je preuzeto iz čl. 2. Zakonika.

¹⁴ U poslednjem stavu predviđa se da javni tužilac može da „preuzme vršenje” radnje „koju je policija na osnovu zakona samostalno preduzela”. Dakle, da preuzme vršenje radnje, čije preduzimanje je već okončano.

donosi rešenje odmah ili najkasnije u roku od dva časa od saopštavanja osumnjičenom da je zadržan. Iz teksta norme, kako je dat u Zakoniku, ispada da odluku o zadržavanju isključivo može da donese javni tužilac (st. 1) koji međutim, može policiji da poveri sastavljanje rešenja o zadržavanju (st. 2). Tako da Zakonik dopušta jednu posve neobičnu praksu da jedan organ donosi odluku, a da drugi sastavlja pismeni otpравak i obrazlaže tu odluku. Policija, u toj podeli posla može da bude zadužena za naknadne „montažerske” radove, čak i kada nije učestvovala u donošenju odluke, niti sa na bilo koji način sa njom saglasila.

Zakonik u član 294. st. 2. navodi obavezne elemente rešenja o zadržavanju. Rešenje obavezno sadrži i osnove sumnje da je izvršeno krivično delo. Dakle, novi Zakonik snižava prag sumnje, za zadržavanje, u odnosu na prethodni Zakonik,¹⁵ na osnove sumnje koji su po čl. 2. Zakonika skup činjenica koje posredno dokazuju da je lice izvršilo krivično delo. Novi Zakonik ne propisuje ni obavezu da se u rešenje o zadržavanju navede zakonski osnov za pritvor koji je u konkretnom slučaju razlog za zadržavanje, niti obavezuje organ koji sastavlja rešenje da obrazloži zbog čega smatra da je osnov ispunjen. Prema tome, dovoljno je postojanje nagoveštaja (osnova sumnje) da je neko izvršio krivično delo i da ta osoba, bez dodatnih uslova, bude zadržana. Izvesno je da je sadržaj rešenja o zadržavanju u suprotnosti praksom Evropskog suda za ljudska prava. U svojim odlukama Sud je na stanovištu da drastična priroda svake mere lišenja slobode upućuje na neophodnost posebnog obrazloženja njene opravdanosti, tako da odsustvo posebnog obrazloženja predstavlja kršenje čl. 5. st. 3. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.¹⁶

Premda se za zadržavanje zahteva osnov sumnje da je lice koje se zadržava izvršilo krivično delo Zakonik u čl. 211. kod određivanja pritvora zahteva osnovanu sumnju da je lice koje se pritvara izvršilo krivično delo. To znači da zakonodavac daje nerazumno kratak rok od najviše 48 časova koliko može da traje zadržavanje organu postupka da osnov sumnje transformiše i viši stepen sumnje, osnovanu sumnju.

¹⁵ U član 227. prethodnog Zakonika o krivičnom postupku („Službeni glasnik RS” 72/2009) stoji da će zadržavanje biti određeno ako postoji ma koji razlog za pritvor iz čl. 142. Sa druge strane, pritvor se prema članu 142. ZKP-a može odrediti samo kada postoji osnovana sumnja da je lice izvršilo krivično delo i kada je ispunjen jedan od osnova za određivanje pritvora.

¹⁶ Boicencov. Molodova 41088/05. 11. jul 2006. citirano po Džeremi Mekbrajd, *Ljudska prava u krivičnom postupku-praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Beograd, 2009, 60.

Član 295. st. 1. bavi se svrhom istrage. Istraga se pokreće protiv određenog lica za koje postoje osnovi sumnje da je izvršilo krivično delo, kao i protiv nepoznatog učinioca kada postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično delo. Iz ovako date formulacije proizlazi da javni tužilac pokreće istragu za svako krivično delo, bez izbora da li se gonjenje za konkretno krivično delo preuzima po službenoj dužnosti ili po privatnoj tužbi. Svakako da bi ovu nejasnoću trebalo otkloniti navođenjem da se istraga pokreće za krivično delo koje se goni po službenoj dužnosti.

U članu 296. stav 2. stoji da se naredba o sprovođenju istrage donosi „pre ili neposredno posle prve dokazne radnje koju su preduzeli javni tužilac ili policija u predistražnom postupku, a najkasnije u roku od 30 dana od dana kada je javni tužilac obavešten o prvoj dokaznoj radnji koju je policija preduzela“. Prema toj odredbi, preduzimanjem bilo koje dokazne radnje (npr. pretresanjem stana) policija može da „prisili“ javnog tužioca da otvori istragu, bez obzira na njegov stav o tome. Osim toga, ako se ima u vidu da javno tužilaštvo nije operativni organ i da policija, sa druge strane, ima ogroman operativni kapacitet moguće je očekivati da „prisiljavanje“ bude deo učestala prakse.

Mogućnost policije da preduzimanjem radnje u predistražnom postupku „prisili“ javnog tužioca na pokretanje istrage dovodi u pitanje Ustavom i Zakonom o javnom tužilaštvu zajemčenu samostalnost javnog tužilaštva kao državnog organa i samostalnost javnog tužioca i zamenika u vršenju svojih ovlašćenja (čl. 158. st. 1. Ustava, čl. 5. st. 1. ZJT). Da li je javni javni tužilac samostalan u vršenju svojih ovlašćenja ako je dužan da otvori istragu u roku od trideset dana od dana kada je obavešten da je policija preduzela prvu radnju u predistražnom postupku? Sasvim izvesno da nije i da se na taj način omogućava uticaj policije na rad tužilaštva, što je protivno i odredbi iz čl. 5. st. 2. Zakona o javnom tužilaštvu koja kaže da je zabranjen „svaki uticaj na rad javnog tužilaštva i postupanje u predmetima od strane izvršne i zakonodavne vlasti“.

Novi tip istrage podrazumeva omogućavanje odbrani da samostalno prikuplja dokaze i materijal. U članu 301. pomalo na neobičan način normira se postupak za prikupljanje dokaza i materijala u korist odbrane. Odbrani je tako omogućeno da razgovara sa licem koje može da pruži korisne informacije, uz pristanak tog lica. Osumnjičeni i njegov branilac mogu da uđu u privatne prostorije uz pristanak držaoca prostorija. Zatim, osumnjičeni i branilac mogu od fizičkog i pravnog lica da preuzmu predmete i isprave, uz tog saglasnost. Dakle, Zakonik braniocu i osumnjičenom omogućava da prikupljaju materi-

jal i dokaze na način na koji bi to inače činili koristeći uobičajeno ophođenje između ljudi. Naravno da u tuđi stan možete da uđete uz saglasnost onoga ko je držalac stana ili da možete da preuzmete predmete i isprave od nekoga, ako on prethodno odluči da van to preda. Prema tome, Zakonik potpuno nepotrebno normira kao postupak za prikupljanje materijala i dokaza uobičajen način kontakta između ljudi.

Rubrum čl. 302. glasi: „Prikupljanje dokaznog materijala u korist odbrane”. Javni tužilac će preduzeti dokaznu radnju na predlog branioca ili okrivljenog za koju smatraju da potrebno preduzeti. Ukoliko, javni tužilac odbije predlog odbrane da preduzme određenu dokaznu radnju, a sudija za prethodni postupak usvoji predlog za preduzimanje dokazne radnje naložiće javnom tužiocu da preduzme dokaznu radnju i odrediti rok za njeno preduzimanje. Sudsko „prisiljavanje” javnog tužioca da preduzme dokaznu radnju koju je predložio branilac ili okrivljeni samo je naizgled logično rešenje. Naime, malo je verovatno da će javni tužilac u opisanoj situaciji preduzeti dokaznu radnju tako da zaista dovede u pitanje svoju odluku o pokretanju istrage. Jednostavno čl. 302. ZKP-a pred javnog tužioca postavlja zahtev suprotan prirodi čoveka, da prikuplja dokaze protiv svog profesionalnog uverenja prethodno izraženog u stavu da naredi pokretanje istrage.¹⁷

Član 308. nosi naziv „Obustava istrage”. Međutim, Zakonik ne određuje uslove i način za obustavu svih vrste istraga, već uspostavlja pravila za obustavu istrage protiv osumnjičenog i propuštajući da odredi uslove i način obustave istrage protiv nepoznatog učinioca. Zato bi normu iz čl. 308. trebalo dopuniti određivanjem uslova i načina za obustavu istrage, protiv nepoznatog učinioca.

„Podizanje optužnice” glasi rubrum člana 331. ZKP-a. Članom se uređuje postupak podizanja optužnice, određuju se rokovi za podizanje optužnice

14 Rešenje iz čl. 302. ZKP-a po kome sud može da „prisili” javnog tužioca da preduzme dokaznu radnju suprotno je duhu Preporuke Komiteta ministara Saveta Evrope „O ulozi javnih tužilaca u krivičnopravnom sistemu” Rec (2000) 19. U stavu 10. Preporuke afirmiše se tzv. „klauzula savesti. Naime, u stavu 10. Preporuke stoji da bi trebalo propisati mehanizme koji dopuštaju tužiocu „da se oslobodi daljeg postupanja u predmetu u kome je dobio hijerarhijsko uputstvo protivno njegovoj profesionalnoj savesti”. Ako se preporučuje uređivanje postupka za oslobađanje od postupanja po nametnutom uputstvu nadređenog tužioca, tim pre ima rezona da tužilac bude oslobođen od postupanja u predmetu u kome mu je sud nametnuo da preduzme dokazne radnje, čije preduzimanje je protivno profesionalnom uverenju javnog tužioca koji postupa u predmetu. Znači, da čl. 302. novog ZKP-a iziskuje izmene u Zakonu o javnom tužilaštvu kojima bi se obezbedilo da javni tužilac, pod određenim uslovima, može da bude oslobođen daljeg postupanja u predmetu u kome je od suda dobio nalog da preduzme dokazne radnje.

i prava okrivljenog, branioca i oštećenog u slučaju da javni tužilac u roku od petnaest, odnosno četrdeset pet dana ne podigne optužnicu ili ne odustane od gonjenja. Prema članu 331. ZKP-a u slučaju kašnjenja javnog tužioca da po završetku istrage donese odluku, okrivljeni i branilac imaju pravo na podnošenje prigovora neposredno višem tužiocu. Viši tužilac može rešenjem da usvoji ili odbije prigovor. U slučaju usvajanja prigovora viši javni tužilac istovremeno izdaje obavezno uputstvo¹⁸ nižem javnom tužiocu da podigne optužnicu. Posledica usvajanja prigovora, međutim, nije u saglasnosti sa razlogom za izjavljivanje. Prigovor se ne izjavljuje zbog propuštanja roka da se podigne optužnica, već zbog propuštanja roka da se donese odluka po završetku istragu, tako da bi bilo prirodno da viši tužilac istovremeno sa usvajanjem prigovora izdaje obavezno uputstvo javnom tužiocu da donese odluku, a ne da obaveže tužioca na podizanje optužnice. Apsurdna je i pozicija okrivljenog i branioca u postupku po prigovoru, koji su u poziciji izjave prigovor zbog zadocnjenja javnog tužioca i tako izazovu odluku „na svoju štetu”.

Kada sudsko veće utvrdi da je potrebno bolje razjašnjenje stvari, a u cilju ispitivanja osnovanosti optužnog akta narediće da se istraga sprovede ili dopuni, odnosno preuzmu određene dokazne radnje, stoji u čl. 337. st. 3. ZKP. Na sličan način čl. 501. st. 5. ZKP-a uređuje ispitivanje optužnog akta u skraćenom krivičnom postupku. Ove norme pobuđuju pažnju, jer odudaraju od ostatka ZKP-a. Određivanje obima istrage i dokazna inicijativa poveravaju se sudskom veću ili sudiji pojedincu, dok se javni tužilac istovremeno stavlja u poziciju organa koji izvršava naloge suda o sprovođenju, dopuni istrage ili organa koji sprovodi dokaznu inicijativu suda. Takvo rešenje je teško uklopivo u ideju o čistoj tužilačkoj istrazi i stranačkom konceptu postupka jer sud izlazi iz okvira „kontrolne i decizivne funkcije”¹⁹ i zadržava potencijalno inkvizitorska ovlašćenja u pogledu istrage i dokazne inicijative.

Odredba člana 346. st. 1. koja govori rokovima za određivanje pripremnog ročišta je nejasana. U st. 1. čl. 346. stoji da će predsednik veća odrediti pripreмно ročište u roku od trideset dana ako je optuženi u pritvoru ili u roku

¹⁵ S obzirom na to da Zakon o javnom tužilaštvu ne poznaje obavezno uputstvo zbog propuštanja javnog tužioca da u roku iz čl. 331. ZKP-a donese odluku u cilju njegovog usklađivanja sa ZKP-om trebalo izmeniti Zakon o javnom tužilaštvu i propisati ovu vrstu obaveznog uputstva.

¹⁶ Premda autori predgovora Zakonika o krivičnom postupku da sud gubi inkvizitorska ovlašćenja i zadržava isključivo kontrolnu i decizivnu funkciju, sadržine člana 337. st. 3 i 501. st. 5. ZKP-a upućuje na suprotan zaključak (Vidi Slobodan Beljanski, Goran P. Ilić i Miodrag Majić, *Zakonik o krivičnom postupku-predgovor*, Beograd, 2011, 15).

do šezdeset dana, ako je optuženi na slobodi. Predsednik veća je dužan da odredi pripremno ročište u pomenutim rokovima, međutim, problem je što se rokovi računaju od dana „prijema potvrđene optužnice u sud”. U sud ne stiže potvrđena optužnica, već se potvrđivanje optužnice vrši nakon njenog prijema u sudu, dostavljanja strankama i ispitivanja od Veća iz čl. 21. st. 4. ZKP-a. Zato, nema smisla rok računati od prijema optužnice u sud, već bi rokovi za zakazivanje pripremnog ročišta trebali da teku od dana kada je potvrđenu optužnicu primio predsednik veća.

Ako žalba ovlašćenog tužioca izjavljena na štetu okrivljenog ne sadrži sve elemente iz čl. 435. ZKP-a biće odbačena kao neuredna, navodi se u čl. 436. ZKP-a. To znači da će biti odbačena i žalba koja greškom ne sadrži predlog iako je iz žalbenih osnova i razloga žalbe jasno za kakvu odluku se zalaže žalilac. Ovo rešenje insistira na strogom formalizmu nasuprot logici i suštini stvari. Recimo potpuno pogrešan žalbeni predlog spasava žalbu od odbacivanja premda suštinski ne doprinosi odlučivanju po žalbi, već može i da oteža donošenje odluke po žalbi.

Osim toga, odbacivanje žalbe samo zato što ne sadrži predlog nema opravdanja i ako se ima u vidu sadržina st. 1. čl. 451. ZKP-a. U čl. 451. st. 1. stoji da drugostepeni sud ispituje žalbu u okviru osnova, dela i pravca pobijanja koji su istaknuti u žalbi, a ne i okviru žalbenog predloga. Drugim rečima, sud ne ispituje žalbu u okviru žalbenog predloga, ali žalba može da bude odbačena zbog izostanka predloga.

Odredbе čl. 451. sadrže niz nejasnoća. Po stavu 1. žalbeni sud ispituje presudu u okviru osnova, krivičnog dela i pravca pobijanja presude koji su istaknuti u žalbi. Razlozi žalbe sadržani u obrazloženju žalbe koje je zakonom propisano kao obavezan element žalbe (čl. 435. ZKP-a) neće se ispitivati u žalbenom postupku, ali hoće pravac pobijanja presude koji je nedovoljno određen, teorijski pojam i istovremeno nije obavezan element žalbe.

Po članu 451. sud u žalbenom postupku, pod određenim uslovima i po službenoj dužnosti, ispituje samo odluku o krivičnoj sankciji. Na bitne povrede postupka i povrede zakona sud u instancionom postupku ne pazi po službenoj dužnosti. Ovakvo rešenje nema opravdanja i moglo bi da dovede subjekte krivičnog postupka u teško rešive situacije. Recimo, žalilac izjavi žalbu zbog krivične sankcije propustivši da žalbu izjavi zbog povrede zakona iako je u prvostepenoj presudi povređen zakon na štetu optuženog u pogledu pravne ocene dela. U toj situaciji sud može da ispituje žalbu samo u okviru odluke o krivičnoj sankciji koja izrečena u zakonskim okvirima za nepravilnu strožu krivičnu sankciju. Postoje i druge drastično negativne posledice

isključivanja mogućnosti da se bitne povrede odredaba krivičnog postupka i povrede krivičnog zakona ispituju po službenoj dužnosti. Tako npr. ukoliko žalilac ne izjavi žalbu zbog bitne povrede odredaba postupka i ne ukaže na izrazitu nerazumljivost izreke presude takva presuda će opstati i u žalbenom postupku, čak i u slučaju da nerazumljivost onemogućava njeno izvršavanje (npr. lice za jedno krivično delo osuđeno i na uslovnu osudu i kaznu zatvora).

Drastično sužavanje mogućnosti ispitivanja presude, povodom žalbe, a po službenoj dužnosti i brojna nova stroga pravila za izjavljivanje žalbe (u pogledu sadržine i sl.) ukazuju na jedan drugi paradoks. Zakonik sa jedne strane uspostavlja niz restrikcija i novih uslova za izjavljivanje žalbe, da bi sa druge strane, proširio krug lica ovlašćenih da izjave zahtev za zaštitu zakonitosti pretvarajući tako ovaj vanredni pravni lek u način za redovno ispitivanje povreda zakona nakon pravnosnažnog okončanja postupka.

Odredbe o zahtevu za zaštitu zakonitosti nose i druge nedoumice. Zahtev može da se podigne protiv odluke javnog tužioca i suda ili zbog povrede odredaba postupka koje su prethodile njenom donošenju. Član 269. ZKP, kaže da naredbe javnog tužioca, takođe, spadaju u odluke. Znači da Republički javni tužilac može da podigne zahtev za zaštitu zakonitosti i protiv naredbe o sprovođenju istrage protiv koje Zakonik ne dopušta žalbu? Uverenja smo da bi logičnije bilo najpre dopustiti redovno pravno sredstvo protiv odluke da se pokrene istraga, pa tek tada razmotriti uvođenje vanrednog pravnog leka protiv odluke javnog tužioca da pokrene istragu.

Nisu to jedini problemi koje se naziru u vezi sa zahtevom za zaštitu zakonitosti po novom Zakoniku. Po članu 486. st. 2. Vrhovni kasacioni sud će odlučivati o zahtevu samo ukoliko je povreda zakona na koju se ukazuje „od značaja za pravilnu i ujednačenu primenu prava”. To znači da sud nije dužan da odlučuje o zahtevu, ni u slučaju kada je povreda učinjena na štetu okrivljenog i kada se zahtevom traži ukidanje ili preinačenje odluke donete na štetu okrivljenog, jer povreda nije od „značaja za pravilnu i ujednačenu primenu prava”. Gledišta smo da bi trebalo propisati obavezu suda da odlučuje o zahtevu ukoliko je povreda učinjena na štetu okrivljenog, bez obzira na značaj učinjene povrede. Da je takva korekcija Zakonika neophodna kazuje i dosadašnja praksa Republičkog javnog tužilaštva. Premda, čl. 419. prethodnog Zakonika kaže da Republički javni tužilac zbog povrede zakona može da podigne zahtev za zaštitu zakonitosti, u praksi se mogućnost ispravno transformisala u obavezu podizanja zahteva kada je povreda učinjena na štetu okrivljenog i kada usvajanje zahteva može da izazove ukidajuću i preinačujuću odluku Vrhovnog kasacionog suda. Jednostavno, javni tužioci su smatrali

da princip legaliteta nalaže da se u svim slučajevima kada je učinjena povreda ishoduje ukidanje ili izmena odluke koja sadrži povredu.

Osim toga, ovakva sadržina čl. 486. st. 2. ZKP-a ima i još jednu pravnu konsekvencu. Naime, Vrhovni kasacioni sud, po čl. 486. st. 2. ZKP-a, odlučivaće o zahtevu za zaštitu zakonitosti kojim se ukazuje na povredu zakona (čl. 485. st. 1 tač. 1. ZKP-a) samo ako zaključi da je povreda od „značaja za pravilnu i ujednačenu primenu prava”. Tako shvaćena odredba iz čl. 486. st. 2. ZKP-a u nedvosmislenoj koliziji je sa čl. 145. st. 2. Ustava RS. Član 145. st. 2. Ustava zahteva da sve sudske odluke budu zasnovane na zakonu, tako da je čl. 486. st. 2. ZKP-a suprotan izričitoj ustavnoj normi, jer dopušta opstanak sudskih odluka koje nisu zasnovane na zakonu (u kojima je povređen zakon), u situaciji kada povreda, po oceni Vrhovnog kasacionog suda, nije „značaja za pravilnu i ujednačenu primenu prava”.

Sadržina čl. 486. st. 2. ZKP-a, kao i činjenica sud nije dužan da odlučuje o svakom zahtevu za zaštitu zakonitosti otvara pitanje adekvatnosti naziva ovog vanrednog pravnog leka. Zahtevom za zaštitu zakonitosti se imajući u vidu čl. 486. st. 2. Zakonika o krivično postupku ne štiti zakonitost, već ujednačena i pravilna primena zakona. Kada pođemo do te činjenice naziv zahtev za zaštitu zakonitosti nije odgovarajući, jer sud uprkos uočenoj nezakonitosti sud nije dužan da tu nezakonitost otkloni ili konstatuje. Ispravnije bi bilo ovaj vanredni pravni leka nazvati prema njegovoj stvarnoj ulozi u krivičnom postupku zahtev ili predlog za ujednačavanje i pravilnu primenu zakona.

Iznete primedbe upućuju na mišljenje da nije bilo potrebe za tako radikalnim izmenama u normiranju zahteva za zaštitu zakonitosti i da je trebalo zadržati dosadašnja rešenja uz eventualno normiranje obaveze za nadležnog javnog tužioca da podigne zahtev uvek kada je povreda učinjena na štetu okrivljenog.

Odredba čl. 526. st. 4. je nepotpuna i neusaglašena sa čl. 81. i čl. 82. Krivičnog zakonika. U čl. 526. st. 4. ZKP-a navodi se da će neuračunljivom učiniocu koji je izvršio protivpravno delo koje je u zakonu određeno kao krivično, biti određena mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi ili obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi. Zakonik o krivičnom postupku, međutim, ispustio je da navede dodatne uslove za izricanje ovih mera bezbednosti koji su predviđeni Krivičnim zakonikom, a to su i ozbiljna opasnost od ponavljanja protivpravnog dela kao i neophodnost primene mere da bi se opasnost od ponavljanja dela otklonila. Iz neusaglašenosti čl. 526. st. 4. ZKP-a sa čl. 81. i 82. ZKP-a, mogli bi da proizađu problemi u praksi, jer ZKP postavlja „blaže” uslove za izricanje na-

vedenih mera neuračunljivom učiniocu protivpravnog dela koje je u zakonu određeno kao krivično od uslova koji su za izricanje tih mera bezbednosti propisani Krivičnim zakonikom.

3. Kritički pogled na uređenje javnog tužilaštva

Ustav od 2006. godine definiše javno tužilaštvo kao „samostalan državni organ koji goni učinioce krivičnih i drugih kažnjivih dela i preduzima mere za zaštitu ustavnosti i zakonitosti”. Dakle, radi se o „istorijskoj” definiciji koja ne opredeljuje pravnu prirodu javnog tužilaštva.

Za razliku od prethodnog Ustava, kao i ranijih ustavnih tekstova, Ustav Republike Srbije od 2006. godine prilično detaljno normira unutrašnje i spoljašnje uređenje javnog tužilaštva, način predlaganja i izbora javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, kao i ovlašćenja pojedinih organa u odnosu na javno tužilaštvo. U vezi sa tim, Ustav unosi i niz novina u odnosu na ranija ustavna rešenja. Prvu novinu predstavlja uvođenje u ustavni sistem Državnog veća tužilaca, posebnog organa Narodne skupštine zaduženog da obezbeđuje i garantuje samostalnost javnih tužilaca²⁰ i zamenika javnih tužilaca. Druga novina je što Ustav predviđa stalnost funkcije zamenika tužioca i ograničeno trajanje mandata javnog tužioca (6 godina) i istovremeno na potpuno nov način normira izbor javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca. Javne tužioce na predlog Vlade bira Narodna skupština, a zamenike javnog tužioca na predlog Državnog veća tužilaca Narodna skupština kada se biraju prvi put na funkciju, a nakon isteka „probnog perioda” od tri godine biraju se na stalnu funkciju i taj izbor je potpuno u nadležnosti Državnog veća tužilaca.

Ukoliko se pažljivo analiziraju i sistematski tumače norme Ustava o javnom tužilaštvu može se zaključiti da Ustav javno tužilaštvo određuje, kao samostalan organ Narodne skupštine koji je funkcionalno povezan sa izvršnom vlašću posredstvom Vlade, kao nosioca ove grane vlasti. Zaključak da je tužilaštvo organ Narodne skupštine proističe i iz čl. 160. Ustava, koji kaže da Republički javni tužilac, kao najviši tužilac u hijerarhiji za svoj rad odgovara Narodnoj skupštini, dok svi ostali javni tužioci odgovaraju i Narodnoj skupštini i višem javnom tužiocu.²¹ Kada tome dodamo da Narodna skupština bira

20 Mada je predviđeno da Državno veće tužilaca obezbeđuje i garantuje samostalnost javnih tužilaca Ustav nije normirao bilo kakve nadležnosti ovog organa u postupku predlaganja i izbora javnih tužilaca.

21 Izričito normiranje odgovornosti javnih tužilaca (izuzev Republičkog javnog tužioca) i prema Narodnoj skupštini i prema višem tužiocu čini se izlišnim. Naime iz činjeni-

javne tužioce, a da je Državno veće tužilaca organ Narodne skupštine onda je jasno da je zaključak o pravnoj prirodi javnog tužilaštva u Srbiji kao organa Narodne skupštine nepobitno tačan.

Nakon donošenja Ustava donet je Zakon o javnom tužilaštvu.²² Zakon se uglavnom kreće u zadatim ustavnim okvirima, ali i sadrži norme koje nisu saglasne sa međunarodnim standardima o tužilaštvu, međusobno protivurečne, nelogične ili čak besmislene norme. Međutim, važniji povod za preispitivanje organizacije javnog tužilaštva je novousvojeni Zakonik o krivičnom postupku.²³ Promena modela krivičnog postupka i znatno proširivanje ovlašćenja javnog tužioca iz novog ZKP-a, nužno bi trebala da dovede do suštinskih izmena u organizaciji javnog tužilaštva. Primera radi, zar činjenica da Republički javni tužilac sistemom nadređenosti može da kontroliše sve istrage u zemlji nije potencijalna opasnost i prevelika koncentracija ovlašćenja u posedu jedne ličnosti? U okviru ovog dela rada navešćemo primere tih nedostataka i izneti predloge za izmene zakonskog teksta radi otklanjanja ili ublažavanja nedostataka, ali i radi usklađivanja uređenja javnog tužilaštva sa novim ovlašćenjima i zahtevima novog tipa krivične procedure.

Članom 4. Zakona razrađuje se ustavna norma o monokratskom uređenju tužilaštva. To što je monokratski princip preuzet iz Ustava Republike Srbije svakako ne može da bude razlog da se to pogrešno ustavno i zakonsko rešenje ne kritikuje. Suština monokratskog uređenja, je da sve poslove iz nadležnosti javnog tužilaštva obavlja jedno lice-javni tužilac. Ovaj princip je na taj način po pravi put uobičen Zakonom o javnom tužilaštvu iz 1946.²⁴ i u neizmenjenom obliku je opstao do danas. Možda je u vreme donošenja prvog posleratnog zakona o tužilaštvu bilo opravdano uvesti strogo monokratsko uređenje tužilaštva. Pre svega, jer je javno tužilaštvo prema Zakonu iz 1946. godine bilo svemoćni organ opšteg državnog nadzora sa brojnim i razgranatim nadležnostima. Od tada do danas kontrolna funkcija javnog tužioca je u potpunosti iščezla, a nestale su i brojne druge nadležnosti tužilaštva izvan kaznenih postupaka. Uprkos preobražaju nadležnosti monokratski princip je zadržan u prvobitnom obliku. Ovako postavljen monokratski princip ima praktične posledice. Naime, preširoko postavljen monokratski princip podra-

ce da Republički javni tužilac odgovoran Narodnoj skupštini i da su svi ostali javni tužioci potčinjeni Republičkom javnom tužiocu (čl. 157. i 158) proizilazi da su „i svi drugi tužioci” posredno odgovorni Skupštini.

22 „Službeni glasnik RS”, br. 116/2008. i 104/2009.

23 „Službeni glasnik RS”, br. 72/2011.

24 „Službeni list FNRJ”, br. 60/1946.

zumeva i isključivu odgovornost javnog tužioca za rad tužilaštva, koju prati istovremeno „slabljenje” odgovornosti zamenika javnog tužioca. To je posebno izraženo u tužilaštvima sa velikim brojem zamenika, gde javni tužilac nosi odgovornost za postupanje zamenika nad čijim odlukama nema stvarni uvid i kontrolu.²⁵

Osim toga, monokratski princip na način na koji je definisan Zakonom otvara i jedan drugi problem. U čl. 5. st. 1. Zakona o javnom tužilaštvu predviđeno je da zamenik javnog tužioca samostalno postupa u radu. Kako zamenik može biti samostalan kada uopšte nema samosvojna ovlašćenja, već isključivo vrši poverena ovlašćenja? Kako uopšte govoriti o samostalnosti zamenika javnog tužioca, koji može da obavlja samo ono što mu je povereno i kada poverene poslove nadređeni može da oduzme bez ikakvog ograničenja? Iz postavljenih pitanja proizilazi da monokratski princip ugrožava samostalnost u radu zamenika javnog tužioca. Drugim rečima, u budućoj redakciji Zakona monokratski princip bi trebalo ograničiti jednako važnim principom funkcionisanja tužilaštva, samostalnošću zamenika javnih tužilaca.

U čl. 8. Zakona propisuje obaveza da su državni organi, organi autonomne pokrajine i lokalne samouprave i druga pravna lica na zahtev tužilaštva dužni da dostave spise. Ukoliko se javno tužilaštvo vezuje rok navedeni subjekti dužni su da spise dostave neodložno. Problem ove norme je njena nepotpunost, tačnije izostanak sankcije za slučaj nepostupanja po zahtevu tužilaštva. Član 8. tužilaštvo u dobroj meri čini neoperativnim organom, nesposobnim da koristi zakonski kapacitet koji mu je poveren. Da bi se to promenilo neophodno je uvesti neku posebnu vrstu sankcije za nepostupanje po zahtevu tužilaštva, jer bez takve intervencije tužilaštvo je „telo sa glavom bez ruku”.²⁶

Članom 16. određuje se pozicija javnih tužilaca i tužilaštava u sistemu hijerarhijskog uređenja. Niži tužioci su podređeni višim, a niža tužilaštva podređena višim, predviđa čl. 16. Zakona o javnom tužilaštvu. To je jedna istorijska ili bolje rečeno iz prethodnih zakona prepisana norma. U sistemu monokratskog uređenja, zamenici tužilaca i osoblje su podređeni javnom tužiocu. Kada je već tako, argument prirode stvari nameće zaključak da su zamenici javnog tužioca i osoblje nižeg javnog tužilaštva, takođe, podređeni višem

²⁵ Prvo osnovno javno tužilaštvo Beogradu ima oko 80 zamenika javnih tužilaca. Da li je moguće da starešina tako brojnog tužilaštva ima potpuni uvid u rad i odluke zamenika javnih tužilaca?

²⁶ Davor Krapac, *Pripremni stadij krivičnog postupka u komparativnom pravu*, Jugoslovenska revija za krivično pravo i kriminologiju, br. 1-2/1983, Beograd 1983, 232.

javnom tužiocu, jer je i javni tužilac tog tužilaštva podređen višem tužiocu. Zato nema nikakvog smisla propisivati da su niža tužilaštva potčinjena višim kada to proističe iz potčinjenosti zamenika i osoblja javnom tužiocu i nižeg javnog tužioca višem.

U čl. 18. normira se način izdavanja obaveznih uputstava, prigovor na obavezno uputstvo elementi postupka izdavanja uputstva i odlučivanja o prigovoru. Obavezno uputstvo se izdaje kada postoji sumnja u zakonito ili sumnja u efikasno postupanje. Uslov za intervenciju nadređenog je prosta sumnja u zakonitost ili efikasnost postupanja. To otvara široko polje za upad u procesnu aktivnost podređenog tužioca ili zamenika. Obavezno uputstvo je izuzetak i zato bi trebalo suziti mogućnost njegove primene. Takav efekat bi se postigao ukoliko bi se za izdavanje obaveznog uputstva zahtevala znatna sumnja kao sumnja višeg stepena, u zakonitost ili efikasnost postupanja podređenog.

Uputstvo se izdaje u pisanoj formi i izdavalac uputstva je dužan da iznese razloge zbog kojih je odlučio da izda uputstvo. To je dobro rešenje imajući u vidu raširenu praksu da se izdaju tzv. „telefonska” uputstva. Zakon, međutim, sasvim pogrešno normira osnove za izjavljivanje prigovora. Osnovi su da je uputstvo nezakonito i neosnovano. S obzirom na to, da Zakon koristi veznik i nema sumnje da su zakonopisci smatrali da je neophodno da ovi osnovi budu kumulativno ispunjeni da bi prigovor bio usvojen. Takvo rešenje potpuno obesmišljava prigovor i ugrožava načelo legaliteta. Po slovu Zakona izdato uputstvo mora da bude nezakonito, ali istovremeno i neosnovano. Dakle, nezakonito uputstvo ne može da se pobija prigovorom, ali ako je izdato uputstvo bilo još i neosnovano izraz koji bi se u konkretnom slučaju moglo shvatiti kao bez osnova, bez razloga, tada bi prigovor mogao da bude usvojen, a uputstvo stavljeno van snage uputstvo. Osim, što izmiče logici i dopušta izdavanje nezakonitog uputstva i postupanje po nezakonitom uputstvu, ovo zakonsko rešenje je suprotno međunarodnim standardima. Naime, stav 10. Preporuke Komiteta ministara Saveta Evrope „O ulozi javnih tužilaca u krivičnom pravnom sistemu” Rec (2000) 19²⁷ jasno kaže da bi trebalo predvideti interni postupak da se tužilac koji „smatra da je neko uputstvo suprotno zakonu ili njegovoj savesti” oslobodi daljeg postupanja u konkretnom predmetu. Prema tome, međunarodni standard je da uputstvo bude nezakonito ili da je protivno profesionalnoj savesti tužioca, a ne da se uz nezakonitost zahteva dodatni uslov, pa da bi tek tada prigovor bio usvojen.

24 Recommendation No (2000) 19 on the Role of Public Prosecutors in the Criminal Justice System.–dostupno na internet adresi www.legislationline.org/legislation.php?tid=155&lid=5002

Član 18. predviđa da Republički javni tužilac donosi odluku povodom prigovora na izjavljeno obavezno uputstvo. To rešenje narušava redovno hijerarhijsko ustrojstvo tužilaštva, jer bi saglasno hijerarhijskom principu iz čl. 16. st. 2, ispravnije i doslednije bilo da odluku povodom prigovora na uputstvo izdato od višeg tužioca donosi apelacioni javni tužilac kao neposredno nadređeni, izdavaocu uputstva.

U stavu 5. istog člana utvrđuje se obaveza nižeg tužioca da postupa po primljenom uputstvu sve dok se po prigovoru ne donese odluka. Prema tome, prigovor na primljeno uputstvo nema suspenzivno dejstvo. To je rešenje koje slabi efekat prigovora i deluje prilično destimulišuće za izjavljivanje prigovora, bez obzira što Zakon predviđa relativno kratke rokove za preispitivanje uputstva i konačnu odluku Republičkog javnog tužioca. Grupa nemačkih profesora krivičnog prava ponudila je rešenje za ovu situaciju. Po predlogu nemačkih profesora tužilac koji je izjavio prigovor na primljeno uputstvo nije dužan da postupa po uputstvu, osim što je u obavezi da preduzima radnje koje ne trpe odlaganje.²⁸

Članom 19. Zakona (devolucija) predviđeno je da neposredno viši tužilac može da preduzme sve radnje za koje je ovlašćen niži tužilac. Prema tome, devolucija je postavljena kao pravo, skoro neograničenog upada, višeg tužioca u nadležnost nižeg tužioca.²⁹ Niži tužilac može da izjavi prigovor na rešenje o devoluciji, samo kada smatra da je upad u njegovu nadležnost neosnovan, na bazi čega zaključujemo da se devolucija jedino može osporavati ako je upad u nadležnost nižeg tužioca izvršen bez ikakvog pravog povoda ili razloga. Neodređeno i široko postavljanje devolucije ugrožava neometano funkcionisanje tužilaštva i zatire samostalnost nižeg tužioca. Zato bi bilo potrebno, da se prilikom izmene zakonskog teksta, taksativno pobroje osnovi i preciziraju uslovi za primenu devolucije i tako uspostavi ravnoteža između principa hijerarhije i jednako važnog principa samostalnosti podređenog tužioca.³⁰

25 Eberhard Siegmund, *THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE IN GERMANY : LEGAL STATUS, FUNCTIONS AND ORGANIZATION*, 120TH INTERNATIONAL SENIOR SEMINAR VISITING EXPERTS' PAPERS, Berlin 2001, page 72,

26 U Francuskoj subordinacija ne znači mogućnost da viši tužilac uzme u rad predmet nižeg tužioca. Nijedan predmet iznet pred sud ne može da bude oduzet postupajućem javnom tužiocu protiv njegove volje. (Vidi: www.coe.int/t/e/legal/European/Public/Prosecutors/06.11.2006).

27 Osim toga, u stavu 9. Preporuke Rec (2000) 19 navodi se da bi organizacija i funkcionisanje javnog tužilaštva, podela predmeta u njemu i sl. trebala da zadovolji uslov nepristrasnosti i samostalnosti. Teško je poverovati da devolucija koja dopušta bezrazložno oduzimanje predmeta može da zadovolji uslov nepristrasnosti.

Premda, rubrum člana 22. nosi naziv odgovornost taj član mnogo više uređuje poziciju Republičkog javnog tužioca u javnom tužilaštvu. Republički javni tužilac rukovodi radom celokupnog javnog tužilaštva i predstavlja celokupno javno tužilaštvo, stoji u st. 1. čl. 22. Prirodno bi bilo da postoji odredba koja predviđa da radom svakog tužilaštva ponaosob rukovodi javni tužilac i da javni tužilac predstavlja javno tužilaštvo kojim rukovodi. Međutim, u čl. 22, kao ni u Zakonu takve odredbe nema.

U vezi sa položajem Republičkog javnog tužioca stiče se utisak da su tvorci Zakona iz nekog sebi znanog razloga odlučili da naglase hijerarhijski autoritet Republičkog javnog tužioca u odnosu na tužilačku organizaciju, kao i u odnosu na druge javne tužioce. Prema tome, Republički javni tužilac nije samo javni tužilac najvišeg javnog tužilaštva i samim tim na vrhu tužilačke organizacije. Republički javni tužilac je, po slovu Zakona, sui generis javni tužilac sa proširenim i posebnim hijerarhijskim ovlašćenjima prema nižim tužiocima, ali i prema celokupnom javnom tužilaštvu. Takva zakonodavna intervencija nije bila potrebna. Postojeći centralizam i kruta redovna hijerarhija³¹ tužilaštva omogućavaju svaku vrstu efikasne hijerarhijske intervencije Republičkog javnog tužioca, tako da se ovo „dodavanje” hijerarhijskih ovlašćenja može smatrati preteranim.³²

Zakon preuzima Ustavom normiran sistem „duplog ključa” odgovornosti za javne tužioce. Po sistemu „duplog ključa” javni tužiocci za svoj rad odgovaraju Narodnoj skupštini i višem tužiocu. Sa druge strane, Republički javni tužilac za svoj rad samo odgovara Narodnoj skupštini, a zamenici tužilaca samo javnom tužiocu. Ustav i Zakon su se opredelili za sistem političke i hijerarhijske odgovornosti, zanemarujući potrebu da se izgradi sistem odgovornosti zasnovan na individualnoj profesionalnoj etici.³³ U vezi sa tim treba-

28 Jedan ekspert Saveta Evrope je u mišljenju o jednoj od radnih verzija Zakona o javnom tužilaštvu hijerarhijski sistem tužilaštva Srbije pravilno nazvao „jedna kruta piramida koja na vrhu ima Republičkog javnog tužioca”. Giacomo Oberto, *Mišljenje eksperata o Zakonu o izmenama i dopunama Zakona o javnom tužilaštvu*, 15.

32 Postoje tužilačke službe u kojima nema klasične piramidalne organizacije, a koja veoma uspešno obavljaju svoj zadatak progona učinilaca krivičnih i drugih kažnjivih dela. Primer za to je tužilaštvo Italije koje ne poznaje klasičan hijerarhijski model organizacije. U Italiji između tužilaštava ne postoji odnos nadređenosti. Javni tužilac, kao starešina tužilaštva, ima hijerarhijska ovlašćenja, kao što je ovlašćenje za izdavanje uputstva, samo u okviru tužilaštva kojim rukovodi. U praksi i to ovlašćenje je teorijsko budući da su uputstva za postupanje rezultat razgovora i konsultacija u okviru javnog tužilaštva. Izveštaj Saveta Evrope, Strasbourg, 10. November 2000. [PC-PR\Docs 2000\synthe.7] PC-PR (97) 1 REV 5.

33 Sistem odgovornosti zasnovan na individualnoj profesionalnoj etici se preporučuje

lo bi izneti zapažanje da postojeći sistem odgovornosti i nije moguće sasvim uskladiti sa sistemom profesionalne odgovornosti zasnovanom na etičkom kodeksu.³⁴

Pozicija zamenika javnog tužioca u tužilačkoj službi, njegov odnos prema javnom tužiocu, kao i priroda ovlašćenja zamenika javnog tužioca uređuju se članom 23. Iz sadržine ovog člana proističe da je zamenik javnog tužioca je neka vrsta „instant tužioca”, zato što nema samosvojna ovlašćenja, već isključivo vrši zakonom poverena ovlašćenja. Dakle, možemo zaključiti da je zamenik javnog tužioca neka vrsta zakonskog punomoćnika javnog tužioca, a da je druga karakteristika njegovog statusa potpuna podređenost javnom tužiocu. Podređenost zamenika javnom tužiocu izražava se kroz njegovu dužnost da izvrši sve radnje koje mu javni tužilac poveri. Dužnost izvršavanja poverenih radnji je apsolutna što je rešenje koje bi moralo da pretrpi korekciju. Tačnije, trebalo bi da se predvidi tzv. „klauzula odbijanja”, odnosno da se predvide razlozi ili uslovi kada zamenik javnog tužioca može da odbije da izvrši poverene radnje. „Klauzula odbijanja” morala bi da bude dovedena u vezi sa pravom javnog tužioca da izda obavezno uputstvo, budući da je odbijanje da se izvrše poverene radnje produžetak prava na izjavljivanje prigovora na izdato uputstvo i zato bi moralo da bude usaglašeno sa tim pravom.³⁵

u zaključcima jedne od konferencija Vrhovnih tužilaca Evrope. „Autonomija tužilaca nužno mora da bude praćena sistemom odgovornosti koji bi trebalo da bude utemeljen na strogo individualnoj etici”, kaže se u dokumentu sa Treće konferencije Vrhovnih tužilaca Evrope, održanoj od 12-14. Maja 2002. godine u Ljubljani. (Vidi: Zaključci konferencija Vrhovnih tužilaca Evrope (CPGE), 2000-2006, Strazbur, 14

34 Član 47. Zakona o javnom tužilaštvu.

35 Premda, monokratski princip postoji i u nekim savremenim tužilačkim sistemima (npr. Francuska), u nemalom broju država unutrašnja organizacija tužilaštva ne počiva na monokratskom principu. U tim državama najčešće se pribegavalo organizovanju tužilaštva kao kolektivnog organa. Recimo, Državno tužilaštvo Republike Češke je kolektivni i hijerarhijski organ, a na vrhu tužilačke organizacije nalazi se najviši državni tužilac, koji pored redovnih hijerarhijskih ovlašćenja ima i pravo inspeksijskog nadzora nad radom svih tužilaštava. Državni tužioci svih nivoa, u okviru svoje mesne i stvarne nadležnosti, skupno obezbeđuju obavljanje delatnosti državnog tužilaštva (čl. 23), što potvrđuje zaključak da je Državno tužilaštvo u Češkoj Republici kolektivni organ. (Vidi Zakon č 283.1993 Sb., o st'atn`im zastupitelstv`i Zakona o državnom tužilaštvu Češke Republike.

U Španiji je tužilaštvo, takođe, uređeno kao kolektivni organ, što proizilazi iz odredbe da svi nosioci tužilačke dužnosti (naziv tužioci) nastupaju kao predstavnici institucije (čl. 23.). Osim toga, čl. 41. Zakona govori da je funkcija tužilaca redovna, jer se starešine tužilaštva nakon isteka mandata vraćaju redovnim dužnostima u tužilaštvu, što se može uzeti kao još jedna potvrda kolektivne prirode tužilaštva. (Vidi Ministerio fiscal. Estatuto Organi`co. 50/81. od 30. 12.1981).

Kao što ne propisuje posebne uslove za devoluciju nadležnosti, Zakon ne propisuje ni posebne uslove za izdavanje obaveznog uputstva zameniku javnog tužioca (čl. 24). Javni tužilac može, bez ikakvog povoda, da izda obavezno uputstvo i da izvrši upad u procesnu aktivnost zamenika javnog tužioca. O tome da je pravo na izdavanje uputstva ograničeno, zaključujemo tek na osnovu prigovora na ovu vrstu obaveznog uputstva. Prema slovu Zakona za izjavljivanje prigovora zahteva se da uputstvo bude nezakonito i neosnovano, znači i protivno zakonu, ali i bez osnova. Sadržina osnova za izjavljivanje prigovora u velikoj meri obesmišljava prigovor, tako da konstatacije iznete povodom prigovora na uputstvo višeg tužioca važe i za ovu vrstu uputstva, pa ih nećemo ponavljati. Možda bi jedino trebalo reći da je savremenom tužilaštvu potrebna inteligentna hijerarhijska organizacija koja omogućava da se svako smatra odgovornim za obavljanje njemu poverenih zadataka, što ovako postavljen hijerarhijski odnos ne dopušta.

Procedura za izdavanje uputstva i izjavljivanje prigovora podrazumeva pisanu formu, a o prigovoru zamenika javnog tužioca na izdato uputstvo odlučuje neposredno viši tužilac, što je rešenje koje sledi logiku hijerarhijskog uređenja javnog tužilaštva.

Opšta obavezna uputstava predviđena čl. 25. Zakona o javnom tužilaštvu predstavljaju korisnu formu, koja može da doprinese jednoobraznosti i delotvornosti u radu tužilaštva. U čl. 25. navodi se da opšta obavezna uputstva doprinose i zakonitosti. Nije moguće dokučiti na koji način bi uputstva opšteg karaktera mogla da doprinesu zakonitosti u radu tužilaštva, kada je zakonitost temeljni princip funkcionisanja tužilaštva iz koga proizilazi celokupna delatnost javnog tužilaštva, pa i obavezna uputstva.

Zakonodavac je u stavu 2. čl. 25. predvideo mogućnost da Republički javni tužilac izda opšte uputstvo na predlog kolegijuma Republičkog javnog tužilaštva. Ipak, to je samo polovično rešenje, budući da Republički javni tužilac nije dužan da konsultuje kolegijum pre izdavanja uputstva. Rešenje je protivno i samoj prirodi ove vrste uputstva, koja podrazumeva široke kon-

U Holandiji postoje tužilaštava koja odgovaraju prvostepenim i žalbenim sudovima, dok se na vrhu tužilačke organizacije nalazi Odbor opštih tužilaca koji upravlja tužilaštvom Holandije. Prvostepena tužilaštva sastoje se od tužilaca sa zvanjima: glavni tužilac, stariji tužilac, tužilac, zamenik tužioca i vršilac dužnosti tužioca u tzv. sudovima izdvojenih zasedanja. Pri žalbenim sudovima tužilačku dužnost vrše glavni opšti tužilac i opšti tužilac (chief advocate general, advocates general). Tužilaštvo je, prema tome, hijerarhijski ustrojen organ na čijem vrhu je Odbor opštih tužilaca. U Odboru tužioci različitih zvanja istovremeno i kao članovi kolektivnog organa vrše svoju dužnost. (Vidi: Peter J.P.Tak, *The Dutch criminal justice system*, second revised edition, Den Haag 2003, 28-29).

sultacije o sadržini uputstva. Sve to su razlozi u prilog potrebi da se izmeni postupak izdavanja uputstva i normira obavezu Republičkog javnog tužioca da pre izdavanja opšteg uputstva konsultuje kolegijum Republičkog javnog tužilaštva, a pojedinim slučajevima i druga zainteresovana tužilaštva.

Član 26. nosi naziv opšta nadležnost. Tim članom se uspostavljaju opšta pravila za određivanje mesne i stvarne nadležnosti javnih tužilaštva u kaznenoj materiji, ali i za određivanje nadležnosti izvan kaznenih postupaka. Kada je u pitanju nadležnost u kaznenoj materiji u praksi u vezi sa tim ne postoje ozbiljnija sporenja. Međutim, zakonska pravila nisu siguran putokaz za utvrđivanje nadležnost u građanskoj materiji. Neretko se u praksi postavlja pitanje koji javni tužilac se ima smatrati mesno i stvarno nadležnim za učešće u parnici? Po jednom shvatanju nadležan je Republički javni tužilac s obzirom na to da intervencije u oblasti građanskog prava, po pravilu, spadaju u njegovu nadležnost. Drugo shvatanje bilo bi da je nadležan tužilac čije je sedište u sedištu suda pred kojim teče parnica.³⁶ Treće shvatanje bi bilo da je nadležan javni tužilac koji ima saznanje da su ostvareni uslovi predviđeni čl. 214. novog Zakona o parničnom postupku³⁷ za učešće tužioca u parnici, odnosno tužilac koji postupa pred sudom koji je stvarno i mesno nadležan za suđenje. Dakle, u trećem slučaju se uspostavlja neka vrsta privlačenja (atrakcije) nadležnosti zbog čega su autori Javnotužilačkog priručnika smatrali ovo shvatanje najispravnijim.³⁸ Sporenja o nadležnosti otežavaju ionako bojažljivu intervenciju javnog tužioca u parnici. Zbog toga bi trebalo odredbe o nadležnosti upotpuniti i otkloniti praktične dileme prilikom određivanja stvarne i mesne nadležnosti javnih tužilaca.

Nadležnost Republičkog javnog tužioca je posebno normirana. Prvo što pada u oči je da čl. 29. Zakona, koji normira nadležnost Republičkog javnog tužioca nije usklađen sa Zakonom o Pravosudnoj akademiji³⁹ i Zakonom o Državnom veću tužilaca.⁴⁰ Naime, čl. 17. Zakona o Pravosudnoj akademiji predviđa da Programski savet Akademije utvrđuje program obuke sudija i tužilaca. Iz člana 17. ne proishodi da Programski savet to čini na predlog Republičkog javnog tužioca. Slično je i sa Zakonom o Državnom veću tužilaca. Taj Zakon Veću daje u nadležnost da predlaže program obuke za javne tužioce i

³⁶ Po analogiji sa zasnivanjem nadležnost osnovnog tužioca u sedištu privrednog suda za postupanje pred tim sudom.

³⁴ „Službeni glasnik RS”, br. 72/2011.

³⁵ Goran Ilić i dr. *Javnotužilački priručnik*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2009, 515.

³⁶ „Službeni glasnik RS”, br. 104/2009.

³⁷ „Službeni glasnik RS”, br. 116/2008. I 101/2010.

zamenike koji trajno obavljaju funkciju kao da tu nadležnost Zakonom o javnom tužilaštvu nije poverio Republičkom javnom tužiocu.

Republički javni tužilac prema čl. 29. ima brojne nadležnosti, tako da Zakon u znatnoj meri izjednačava ovlašćenja javnog tužilaštva sa ličnošću Republičkog tužioca. Razgranata nadležnost Republičkog javnog tužioca samo potvrđuje tezu da je Republički javni tužilac *sui generis* javni tužilac sa proširenim i posebnim hijerarhijskim ovlašćenjima. Zbog toga, uverljivo deluje primedba eksperta Saveta Evrope data u fazi pripremanja teksta Zakona o javnom tužilaštvu da pojedina ovlašćenja Republičkog javnog tužioca, mogu za posledicu da imaju „prekomernu moć, ne baš kompatibilnu sa podelom nadležnosti u jednom demokratskom društvu.“⁴¹

Prenošenje nadležnosti predviđeno je čl. 32. Zakona i predstavlja način za vanredno uspostavljanje nadležnosti drugog javnog tužilaštva. Međutim, postoji izvesna kolizija između supstitucije (čl. 20) i prenošenja nadležnosti (čl. 32). Sprečenost tužilaštva da iz stvarnih i pravnih razloga postupa u konkretnom predmetu rešava se institutom supstitucije, tako da se uz supstituciju prenošenje nadležnosti čini izlišnim. Ukoliko je prenošenje nadležnosti način da se oduzme celokupna nadležnost jednom tužilaštvu i dodelu nekom drugom, tada bi taj institut trebalo urediti na sasvim drugačiji način. Prvo ne bi se smelo dopustiti da razlog za prenošenje nadležnosti bude sadržan u jednom neodređenom, bezobalnom pojmu „sprečenost“. Drugo, ne bi valjalo dopustiti da promena zakonske nadležnosti javnog tužilaštva neopozivo bude u posedu jednog čoveka, Republičkog javnog tužioca. Razumno bi bilo da se krajnje restriktivno postave uslovi za prenošenje nadležnosti i da uslovi budu povezani sa vanrednim prilikama u državi ili na delu njene teritorije. Na donetu odluku da se prenese nadležnost trebalo bi dopustiti pravni lek u vidu prigovora Državnom veću tužilaca. Na kraju prenošenje nadležnosti duboko zadire u zakonska ovlašćenja tužilaštava tako da bi protiv odluke o prenošenju nadležnosti trebalo omogućiti vođenje spora pred Ustavnim sudom.

Član 36. nosi naziv vršilac funkcije. Članom se propisuje kada se postavlja vršilac funkcije, ko je vlastan da to učini i period na koji se postavlja vršilac funkcije. Republički javni tužilac postavlja vršioca funkcije, a Državno veće vršioca funkcije Republičkog javnog tužioca. Toj odredbi se ne može staviti primedba da je nelogična. Ipak, sa stanovišta iznetih primedbi na opseg nadležnosti Republičkog javnog tužioca, možda bi valjalo razmisliti o tome da se postavljanje vršilaca funkcije potpuno poveri Državnom veću tužilaca.

38 Pierru Cornu, *Prosecutor Canton of Neuchatel, Komentari na nacrt Zakona o Državnom veću tužilaca i nacrt Zakona o javnom tužilaštvu*, Neuchatel, 2007, 18.

Dva člana Zakona govore ličnom listu za nosioce javnotužilačke funkcije i osoblje u javnom tužilaštvu. U čl. 37. uspostavljaju se pravila za popunjavanje ličnog lista, dok čl. 38. normira sadržinu ličnog lista.

Za tačnost podataka koji se prosleđuju Veću odgovara javni tužilac i lice koje je dalo podatke. Najblaže rečeno ovo rešenje je naopako, jer javni tužilac snosi odgovornost za podatke koje su dali drugi i koje on jednostavno prosleđuje Državnom veću tužilaca. Druga primedba tiče se sadržine ličnog lista za nosioce javnotužilačke funkcije. U lični list se unose brojni i raznovrsni, ponekad i nepotrebni podaci. Recimo, unose se i podaci o imovinskom stanju i stambenim prilikama. Zar imovinsko stanje ne obuhvata i stambene prilike? Prema tome, norme koje govore o ličnom listu trebalo bi upotpuniti i predvideti dostupnost ličnog lista javnom tužiocu ili zameniku na koga se odnosi.⁴²

Pravilnikom u upravi u javnim tužilaštvima razrađuje se organizacija i delovanje javnotužilačke uprave, kao i druga pitanja bitna za rad javnog tužilaštva. Pravilnik donosi ministar nadležan za pravosuđe (čl. 39), a resorno Ministarstvo vrši nadzor nad njegovom primenom (čl. 40). Način donošenja i nadzor na primenom Pravilnika stvara pretpostavku za uticaj izvršne vlasti na funkcionisanje javnog tužilaštva. Uostalom, da li se organ kome drugi donosi akt o funkcionisanju i nadzire primenog tog akta, može smatrati samostalnim? Zato bi ovlašćenje za donošenje Pravilnika trebalo poveriti Republičkom javnom tužiocu uz pravo Ministra nadležnog za pravosuđe i Ministarstva da izdaju saglasnost na odredbe kojima se regulišu pitanja pravosudne uprave, kao i vršenje nadzora isključivo nad primenom tih odredbi Pravilnika.

Čl. 45. nosi naziv samostalnost javnog tužioca i zamenika. Odredbama ovog člana utvrđuje se sadržina samostalnosti javnog tužioca i zamenika. Logično je očekivati da se članom predvide mehanizmi zaštite samostalnosti. Toga nema, tako da je član 45. tipična normativna deklaracija.

U čl. 47. stoji da javni tužilac i zamenik postupaju u skladu sa etičkim kodeksom, koji donosi Državno veće tužilaca. Članom 104. Zakona predviđa se da je „značajno”⁴³ kršenje etičkog kodeksa disciplinski prekršaj. Mera kvaliteta propisa nije samo njegova sadržina, već i način donošenja. Zato je neophodno da usvajanju kodeksa prethodi „široki konsenzus” o njegovoj sa-

39 Ovo rešenje predstavlja međunarodni standard sadržan u Preporuci Komiteta ministara Saveta Evrope br. Rec. (95)12. pod nazivom „O organizovanju krivičnog pravosuđa” U Preporuci stoji da bi kadrovski dosijei „koji se vode u okviru nadležnih institucija, trebalo da budu dostupni kadrovima na koje se odnose”. (Vidi: Zbirka odabranih preporuka Saveta Evrope, Beograd, 2004, 39).

40 Trebalo je upotrebiti izraz znatno (bitno), a ne značajno (važno).

držini.⁴⁴ U tom smislu bilo bi korisno da se predvidi zakonska obaveza da Veće, pre usvajanja etičkog kodeksa, obavi suštinske konsultacije sa relevantnim strukovnim i stručnim organizacijama.⁴⁵

Da bi se ojačala stvarna samostalnosti tužilaca i zamenika Zakon o javnom tužilaštvu uvodi „dužnost rezerve” prema političkom aktivizmu. Načelno tom rešenju se ne može uputiti kritika, jer je zabrana bavljenja politikom, za tužioce, prisutna u mnogim državama centralne i istočne Evrope. Ipak, trebalo bi uzeti u obzir i glavu 6. Preporuke Rec (2000) 19.⁴⁶ koja uspostavlja pravo nosilaca funkcije u tužilaštvu budu „uključeni u svaku javnu raspravu u vezi sa pitanjima koja se tiču prava, rukovođenja pravosuđem i promocije i zaštite ljudskih prava”. Član 53. bi, prema tome, trebalo precizirati tako da se povuče linija razgraničenja između zabrane političkog aktivizma i prava tužioca da javno izrazi lični i profesionalni stav o nekom pitanju.

U članu 52. reguliše se odgovornost nosilaca funkcije u javnom tužilaštvu za pričinjenu štetu. Država snosi primarnu odgovornost, što je rešenje identično sa rešenjima u mnogim evropskim državama.⁴⁷

Pravo na udruživanje je normirano kao efektivno pravo, jer ga štite Državno veće tužilaca i nadređeni javni tužilac. Obaveza Veća i nadređenog tužioca da zaštite pravo na udruživanje govori u prilog zaključku da javni tužioc i zamenici ovo pravo mogu da konzumiraju i u okviru radnog vremena. Da je u pitanju „pravo udruživanja u slobodno vreme” ne bi bilo potrebe da se predvidi obaveza Veća i nadređenog tužioca da zaštite slobodu strukovnog udruživanja. Možda bi ovom članu trebalo dodati odredbu kojom se posebno garantuje pravo na sindikalno udruživanje, imajući u vidu i da Preporuka Rec (2000) 19. u poglavlju 6. posebno jemči pravo na sindikalno udruživanje.⁴⁸

41 Pierru Cornu, Prosecutor Canton of Neuchatel, *Komentari na nacrt Zakona o Državnom veću tužilaca i nacrt Zakona o javnom tužilaštvu*, Neuchatel, 2007, 27.

42 Etičkim kodeksom bi se uvela se posebna profesionalna moralna pravila. Praktičan problem u primeni kodeksa biće što se tužilački sistem koleba između dužnosti javnih tužilaca i zamenika da se pridržavaju kodeksa i činjenice da javni tužioc i zamenici za svoj rad odgovaraju Narodnoj skupštini.

43 Recommendation No (2000) 19 on the Role of Public Prosecutors in the Criminal Justice System.–dostupno na internet adresi www.legislationline.org/legislation.php?tid=155&lid=5002

44 Pierru Cornu, Prosecutor Canton of Neuchatel, *Komentari na nacrt Zakona o Državnom veću tužilaca i nacrt Zakona o javnom tužilaštvu*, Neuchatel, 2007, 29..

45 Recommendation No (2000) 19 on the Role of Public Prosecutors in the Criminal Justice System.– dostupno na internet adresi www.legislationline.org/legislation.php?tid=155&lid=5002

Član 55. propisuje trajanje funkcije javnih tužilaca, neka pravila za izbor javnih tužilaca i tzv. obavezan izbor nakon prestanka funkcije javnog tužioca zbog isteka mandata ili na lični zahtev.

U stavu 1. čl. 55. navodi se da se javni tužilac bira iz reda javnih tužilaca i zamenika, odnosno „među licima koja ispunjavaju propisane uslove”. Ima rezona propisati da se javni tužilac isključivo bira iz reda zamenika javnih tužilaca ili javnih tužilaca. Takva norma bi imala za cilj da spreči izbor na rukovodeća mesta u tužilaštvu ljudi koji prethodno nisu imali tužilačku karijeru, kao i da se „popravi” ustavna procedura izbora javnih tužilaca. Međutim, dodavanjem reči „odnosno među licima koja ispunjavaju propisane uslove” zakonodavac se obračunava sa idejom da se za javne tužioce biraju osobe iz reda nosilaca javnotužilačke funkcije čineći normu besmislenom, jer se propisuje nešto što se podrazumeva. Dakle, propisuje se da svako ko ispunjava uslove, bio on iz tužilaštva ili ne, može da bude biran za javnog tužioca.

U stavu 2. istog člana zakonodavac reguliše „obaveznost izbora” javnog tužioca za zamenika javnog tužioca nakon isteka mandata ili u slučaju prestanka funkcije na lični zahtev. Norma je nevešto sročena i protivrečna. Ustaljeno pravno značenje termina bira je pravo izbora za jednu mogućnost, kandidata kada postoji više mogućnosti, kandidata. To znači da ovde jedan pojam isključuje drugi, jer ako je organ „obavezan” da nekog izabere, onda taj organ ne „bira”.

Članovi 58-61. regulišu udaljenje sa funkcije javnog tužioca i zamenika javnog tužioca. Ovlašćenje Republičkog javnog tužioca da u prvom stepenu odlučuje o „neobaveznom” odaljenju, kao i ovlašćenje Državnog veća tužilaca da odlučuje po prigovoru na prvostepenu odluku, sledi logiku organizacije javnog tužilaštva. Međutim, to se ne može reći za rešenje iz čl. 60. st. 2. po kome o suspenziji Republičkog javnog tužioca u drugom stepenu odlučuje nadležni odbor Narodne skupštine. U glavi 5. tačka f. Preporuke stoje da bi o suspenziji tužilaca trebalo da odlučuje telo koje ima odlike tribunala.⁴⁹ Odbor Narodne skupštine nema karakteristike tribunala tako da možemo da zaključimo da je ovo rešenje suprotno Preporuci.

Primedba da odredbe koje uređuju postupak „neobaveznog” udaljenja daju „diskreciona ovlašćenja” sasvim je utemeljena i zato bi trebalo predvideti pravičnu i transparentnu proceduru i samim tim suziti mogućnost za donošenje diskrecione odluke.⁵⁰

⁴⁶ Isto

⁴⁷ Maurizio Salustro, *Izlaganje na sastanku radne grupe za izradu Nacrta Zakona o tužilaštvu sa ekspertima Saveta Evrope*, Beograd, 2007, 6.

Pravila za upućivanje zamenika tužilaca sadržana su u čl. 63. Zakona. Zamenik javnog tužioca može da bude upućen u drugo javno tužilaštvo uz prethodno datu saglasnost i mimo saglasnosti zbog nedovoljnog broja zamenika javnih tužilaca u tužilaštvu u koje se upućuje.

Upućivanje u drugo tužilaštvo i promena mesta boravka, a da prethodno precizno nisu uređene prinadležnosti, smeštaj i druga pitanja za zamenika koji se upućuje, mogu da utiču na to da upućivanje bude pretvoreno u vrstu kaznene mere za one koji nisu po volji vrhu tužilačke organizacije. Drugim rečima, široko diskreciono ovlašćenje Republičkog javnog tužioca za donošenje odluke o upućivanju, u svojoj suštini predstavlja vid pretnje proklamovanoj samostalnosti zamenika javnih tužilaca.⁵¹

Član 65. Zakona o javnom tužilaštvu sadrži pravila o nespojivosti javnotužilačke funkcije sa drugim funkcija, poslovima i interesima. U stavu 1. tog člana određuje se krug poslova i funkcija apsolutno nespojivih sa javnotužilačkom funkcijom. Davanje pravnih saveta ili pružanje pravnih usluga uz nadoknadu spada u krug poslova nespojivih sa funkcijom u javnom tužilaštvu. Ako na normu koja predviđa zabranu stručne pravne pomoći uz nadoknadu primenimo tradicionalni metod tumačenja argumentum a contrario dolazimo do zaključka da pružanje pravnih saveta ili usluga bez nadoknade nije zabranjeno i nije nespojivo sa javnotužilačkom funkcijom. Dakle, Zakon sadrži optimalno rešenje za razliku rešenja u nekim drugim zemljama iz okruženja, Rumunije recimo, koje su posegle za ekstremnim rešenjima i zabranile javnim tužiocima svako davanje davanje pravnih usluga ili saveta.⁵²

U vezi sa primenom pravila o nespojivosti trebalo bi imati na umu da Državno veće tužilaca, još uvek, nije odredilo koje su funkcije, poslove i privatni interesi suprotni javnotužilačkoj funkciji, zbog čega se odredbe o nespojivosti u praksi i ne mogu primenjivati.

Član 74. normira opšta pravila za izbor javnih tužilaca, a čl. 75. opšta pravila za izbor zamenika javnih tužilaca. Saglasno uobičajenoj zakonodav-

48 Sličnu odredbu je imao i jedan od nacрта Zakona o javnom tužilaštvu i to rešenje je bilo kritikovano od eksperata Saveta Evrope. Eksperti su smatrali da bi u slučaju upućivanja bez saglasnosti zamenika javnog tužioca trebalo predvideti ili prigovor na upućivanje ili skratiti period upućivanja. Uzgred, upućivanje je normirano na vrlo sličan način kako je bilo uređeno u Zakonu o državnom tužioštvu, Kraljevine Jugoslavije iz daleke 1929. godine (Vidi: „Službene novine Kraljevine Jugoslavije”, br. 73/1929).

49 Pierru Cornu, *Mišljenje eksperata o Zakonu o javnom tužilaštvu, PCRED/DGI*, Strazbur, 2002, 21.

noj tehnici, citirane su odredbe Ustava Republike Srbije o izboru javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, a zatim je izvršena njihova razrada.

Javne tužioce bira Narodna skupština na predlog Vlade. Ovako uređen postupak stvara mogućnost za uticaj politike na izbor javnih tužilaca. Ekspert Saveta Evrope u mišljenju na tekst nacrt Zakona o javnom tužilaštvu koji je praktično istovetan tekstu Zakona jezgrovito o izboru javnih tužilaca kaže: „Iz opisanog postupka odmah je vidljivo da kandidat koji nema saglasnost političke vlasti nema šanse da bude izabran, čak i ako je najbolji”.⁵³

Istina, Zakon o javnom tužilaštvu, pokušava da „popravi” ustavna pravila o izboru javnih tužilaca dajući ovlašćenje Veću da Vladi uputi predlog kandidata za javne tužioce. Ovlašćenje Državnog veća tužilaca da predloži kandidata skroman je pokušaj da se ograniči uticaj Vlade i politike na izbor javnih tužilaca.

Način izbora starešina tužilaštava stvara prostor za uticaj politike na rad javnog tužilaštva što je protivno standardima sadržanim u dokumentima dva glavna međunarodna udruženja tužilaca. U Standardima profesionalne odgovornosti i pregledu osnovnih prava i dužnosti tužilaca, Međunarodnog udruženja tužilaca, stoji da bi tužilac u sprovođenju ovlašćenja trebalo da bude „nezavisan i slobodan od političkih uticaja”.⁵⁴ Veoma aktivno Evropsko udruženje sudija i tužilaca za slobodu i demokratiju „MEDEL” ide dalje i u svojoj Deklaraciji o principima javnih tužilaca usvojenoj u Napulju 1996. godine uspostavlja branu uticaju politike kroz zahtev da „postavljenje tužilaca mora biti u nadležnosti Vrhovnog saveta pravosuđa”, koji može biti zajednički za sudije i tužioce ili zasebni za tužioce.⁵⁵

Premda, postoje države Evrope u kojima su tužilaštva funkcionalno povezana sa vladom, uvereni smo da takav sistem nije podesan za Srbiju. Kada izvodimo takav zaključak u vidu imamo tradicionalnu superiornost izvršne vlasti u Srbiji i činjenicu da se nadmoć vlade često proteže i na državne organe izvan izvršne vlasti, kao i da svaki politički uticaj ugrožava pravilno funkcionisanje tih organa.

Zbog čega je neophodno da javni tužilac bude izvan domašaja politike? Jedino tužilaštvo koje poseduje potrebne garancije samostalnosti može odgovoriti zadacima koji se pred njega postavljaju. I ne samo to. Samostalnost

50 Maurizio Salustro, Ekspertsko mišljenje o novim Nacrtima zakona o javnom tužilaštvu i Državnom veću tužilaca, Beograd, 2007, 11.

51 International Association of Prosecutors, *Standards of professional responsibility and statement of the essential duties and rights of prosecutors*, The Hague, 1999, 6.

52 www.medelnet.org/pages/89_2.html

tužilaštva i nezavisnost javnih tužilaca i zamenika u odlučivanju morala bi da bude normirana prema zadacima koji se pred tužilaštvo postavljaju. Kada to kažemo imamo u vidu već izvesnu promenu koncepta krivične procedure u pravcu ukidanje tzv. sudske istrage i njenog zamenjivanja tzv. tužilačkom istragom, kao i u vezi sa tim sigurno stavljanje u nadležnost javnog tužioca niza novih dužnosti i ovlašćenja što će izmeniti i do sada relativno pasivnu ulogu javnog tužioca u krivičnom postupku.⁵⁶ Dakle, samo samostalno javno tužilaštvo i javni tužilac koji je nezavistan u radu mogu praktično i u punom kapacitetu da ostvaruje funkciju krivičnog progona i da vrši druge aktivnosti u krivičnom postupku (oportunitet krivičnog gonjenja u opštem krivičnom postupku i postupku prema maloletnicima). Bez samostalnosti tužilaštva i nezavisnosti u radu javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca ovlašćenja tužilaca, su u suštini, ovlašćenja organa ili pojedinaca koji nad njime ostvaruje kontrolu.

U prilog shvatanju da tužilaštvo u Srbiji mora organizaciono i funkcionalno da bude odvojeno od egzekutive idu i sledeće činjenice. Naime, Tužilaštvo u Srbiji ima visoko postavljene zadatke u suzbijanju kriminala. Neretko je zadatak tužilaštva da preduzme krivično gonjenje osoba povezanih sa zvaničnicima izvršne, zakonodavne, pa i sudske vlasti ili gonjenje pojedinaca koji pripadaju nekoj od ovih vlasti. U takvoj situaciji samo potpuno samostalno i funkcionalno nezavisno tužilaštvo može da odgovori zadatku i efikasno vrši progon učinilaca krivičnih dela.⁵⁷

Član 75. Zakona sadrži opšta pravila za izbor zamenika javnih tužilaca. O izboru zamenika javnih tužilaca i uopšte o njihovom položaju već je bilo reči, tako da ne bi imalo smisla ponavljati već kazane konstatacije.

U drugom odeljku, glave pet Zakona normira se postupak izbora. U vezi sa postupkom izbora javnih tužilaca i zamenika u čl. 81. predviđa se da Državno veće tužilaca može obaviti razgovor sa kandidatom. Obavezan razgovor sa kandidatom mogao bi da doprinese objektivnosti procedure, tako da bi u tom pravcu trebalo izmeniti čl. 81. Zakona.

53 Znatno proširivanje nadležnosti javnog tužioca izvršeno je i važećim Zakonikom o krivičnom postupku („Službeni glasnik RS”, br.72/2011), kao i Zakonikom o krivičnom postupku iz 2006. godine „Službeni glasnik RS”, br. 46/2006. O tome vidi: M. Škulić, Vanja Bajović, *Novine i izmene Zakonika o krivičnom postupku iz 2006. godine u poređenju sa Zakonikom o krivičnom postupku iz 2001. godine*, Beograd 2007, 15.

57 Gledišta smo da je nezavisnost italijanskog tužilaštva, inače identična nezavisnosti sudstva, doprinela rezultatima tužilaštva Italije u borbi protiv organizovanog kriminala. (Vidi: Goran Ilić i dr, *Položaj javnog tužilaštva u Republici Srbiji i uporedno pravna analiza*, Beograd, 2007, 116-121).

Član 89. govori o navršanju radnog veka i propisuje uslov za produžetak radnog veka. Odluka da se produži radni vek uslovljena je okončanjem rada na započetim predmetima i odluku donosi Državno veće tužilaca. Zakon previše restriktivno postavlja mogućnost produžetka radnog veka. To nije logično i bilo korisno predvideti mogućnost produžetka radnog veka i iz drugih naročito opravdanih razloga.

Član 93. nosi naziv posebno o nestručno vršenju funkcije. Nosilac javnotužilačke funkcije nestručno vrši funkciju ukoliko dobije ocenu nezadovoljava shodno kriterijumima i merilima za vrednovanje rada javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, stoji u čl. 93. Zakona. Ukoliko ovaj član dovedemo u vezu sa čl. 92. Zakona u kome su nabrojani svi razlozi za razrešenje i paralelno tumačimo ta dva člana, pada u oči da javni tužilac i zamenik mogu da budu razrešeni zbog nestručnosti i nedostojnosti, ali i ne i zbog neosposobljenosti. Dakle, Državno veće predlaže za izbor javnog tužioca i bira zamenika javnog tužioca na osnovu kriterijuma i merila za ocenu stručnosti, osposobljenosti i dostojnosti (čl. 82), ali kod razrešenja osposobljenosti nema. Ukoliko je osposobljenost uslov da bi neko bio tužilac i zamenik tužioca argument a fortiori ili razlog „tim pre” nalaže da osposobljenost bude uslov za razrešenje. Neusklađenost uslova za predlaganje i izbor sa uslovima za razrešenje produkt je pravničke aljkavosti i prilikom izmena Zakona svakako da bi ukazane neusklađenost trebalo otkloniti.

Smisao periodičnog ocenjivanja je da se utvrde pravila za napredovanje javnih tužilaca i zamenika i da se putem ocenjivanja ostvari korekcija u radu tužilaca i zamenika. Periodično vrednovanje rada bi samo izuzetno trebalo da posluži kao osnov za razrešenje. Zbog toga, rešenje iz Zakona o javnom tužilaštvu, premda poznato u nekim uporednim sistemima,⁵⁸ koje predviđa da jedna negativna ocena predstavlja osnov za razrešenje nije dobro, jer je suprotno svrsi tog instituta i predstavlja dodatnu pretnju samostalnosti javnih tužilaca i zamenika. Izmenama Zakona trebalo bi regulisati obavezu organa, koji vrši ocenjivanje, da na sredini perioda ocenjivanja upozori nosioca funkcije da će dobiti negativnu ocenu. Druga mogućnost je da dve uzastopne negativne ocene budu uslov za razrešenje zbog nestručnosti. Smisao izmena je da se kroz neku vrstu upozorenja tužilac odnosno zamenik podstakne na poboljšanje stručnosti i istovremeno onemoguću zloupotreba ovog instituta.⁵⁹

58 Jorge Costa, *Visoki savet javnog tužilaštva Portugala*, u publikaciji Visoki saveti pravosudja-uporedna analiza modela u Evropi i regionu, Beograd, 2006, 65.

59 Za razliku od našeg Zakona o javnom tužilaštvu u nekim sistemima periodično ocenjivanje isključivo služi, kao osnov za unapređenje članova javnog tužilaštva. Takav slu-

Postupak razrešenja i položaj nosioca javnotužilačke funkcije regulisan je čl. 95. i 96. Zakona o javnom tužilaštvu. Prva primedbe tiče se člana 95. i neprimereno kratkog roka od 45 dana u kome je Državno veće tužilaca dužno da okonča postupak za razrešenje. U vezi sa tim Zakon nije predvideo sankcije za slučaj da Veće ne okonča postupak u zakonskom roku, bez čega određivanje roka nema nikavog smisla. Član 96. trebalo bi poboljšati preciziranjem položaja javnog tužioca i zamenika u postupku za razrešenje. Preciziranjem bi izričito trebalo predvideti da usmenom izlaganju pred Većem može da prisustvuje zastupnik lica protiv koga se sprovodi postupak i da obrazlaže slučaj, čime bi se obezbedilo pravo na odbranu i položaj tužioca i zamenika u postupku za razrešenje saobrazio sa Smernicama UN o ulozi javnog tužilaštva.⁶⁰

Zakon u čl. 95. st. 1. predviđa da Državno veće tužilaca utvrđuje razloge za razrešenje u postupku zatvorenom za javnost. Opravdanost apsolutnog isključenja javnosti trebalo bi ceniti upoređivanjem tog rešenja sa praksom Evropskog suda za ljudska prava. U odlukama *Albert and Le Compte* protiv Belgije i *H. protiv Belgije*, Evropski sud za ljudska prava zauzima stav da strukovni prekršajni postupci mogu da se odvijaju bez prisustva javnosti, ali da potpuno isključenje javnosti, ipak, nije opravdano. Prilikom odluke da li da se isključi javnosti, trebalo bi uzeti u obzir interese čuvanja profesionalne tajne, privatnog života i slično.⁶¹ Stavovi sadržani u odlukama Evropskog suda za ljudska prava često se kod nas koriste kao argument autoriteta za dokazivanje neke pravničke teze. Ako citirane odluke iskoristimo kao argument autoriteta za izmenu čl. 95. st. 1. tada bi odredbu o isključenju javnosti trebalo modifikovati i uvesti isključenje javnosti kao mogućnost i to na zahtev javnog tužioca ili zamenika tužioca ili kada je to neophodno zbog čuvanja profesionalne tajne.

Javnotužilačka funkcija prestaje datumom koji Narodna skupština, odnosno Državno veće tužilaca navede u svojoj odluci. Tako je u stavu 4. čl. 98. Zakona o javnom tužilaštvu određen trenutak prestanka funkcije. Rešenje

čaj je u Italiji, u kojoj Viši savet magistrature Italije unapređivanje magistrata vrši na osnovu godina profesionalnog iskustva i ocene rada. (Vidi: Ljubinka Kovačević. *Pravosudni saveti sa dužom tradicijom*, u monografiji Pravosudni saveti, Beograd, 2003, 66.

60 Guidelines on the Role of Prosecutors, Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990. U.N. Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 at 189 (1990).

61 *Albert and Le Compie v. Belgium*, 10 february 1983, page 34. series A no. 58 i *H. v. Belgium*, 30 novembre 1987, page 54, series 127-B, i Nula Mol, Katarina Harbi, *Pravo na pravično suđenje-Vodič za primenu čl. 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Beograd, 2007, 43.

da funkcija javnom tužiocu i zameniku prestaje donošenjem odluke Skupštine i Veća obesmišljava kontrolu odluke pred Ustavnim sudom po žalbi.⁶² Jednostavno za javnog tužioca ili zamenika protiv koga je vođen disciplinski postupak stvar je suštinski okončana kada mu prestane funkcija, tako da ovo zakonsko rešenje bitno umanjuje značaj žalbe Ustavnom sudu. Kazani argumenti upućuju na neophodnost izmene čl. 98. st. 4. tako što bi bilo predviđeno da funkcija javnom tužiocu i zameniku prestaje odlukom Ustavnog suda u postupku po izjavljenoj žalbi na odluku o razrešenju.

Glava sedam Zakona o javnom tužilaštvu nosi naziv: „Vrednovanje rada javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca”.⁶³ Vrednovanje rada je nov institut čije je smisao uspostavljanje pravila za procenu stručnosti i osposobljenosti tužilaca i zamenika u obavljanju javnotužilačke funkcije. To znači, da bi pravila za vrednovanje tužilaca trebala da pruže odgovor na sveprisutnu dilemu u tužilaštvu. Dilema u tužilačkom žargonu glasi: „Ko je dobar, a ko loš tužilac” ili šta svako ko pripada tužilačkoj organizaciji mora da ispuni da bi napredovao u službi?

Pored iznetih primedbe na vrednovanje rada kao osnova za razrešenje, posebnu kritiku u glavi VII zaslužuju norme o postupku vrednovanja rada nosilaca javnotužilačke funkcije. Član 102. st. 1. Zakona kaže da je za vrednovanje rada tužilaca i zamenika ovlašćen nadređeni javni tužilac. Suprotno tome, eksperti Venecijanske komisije u svojim mišljenjima o Nacrtu pravilnika za ocenu rada tužilaca u postupku opšteg (re)izbora, sugerišu podelu ovlašćenja. „Rešenje da se stanovište o stručnosti osobe formira od strane kolegijuma, a ne jedne osobe, čini nam se odličnim. Ono omogućava da se izbegne situacija da lična prijateljstva i neprijateljstva utiču na evaluaciju”⁶⁴. Član Komisije Žan Žak Hajnc sličnog je stanovišta i navodi: „Kada je reč o proceduri evaluacije tužilaca, sama činjenica da se evaluacija prepušta kolegijumu i da se direktno nadređenoj osobi ostavlja mogućnost da se izjasni o sposobnosti i ponašanju svojih saradnika, zaslužuje sve pohvale. Time se uspostavlja, čini nam se, uravnoteženi mehanizam koji pruža razumne garancije

62 Reč je o žalbi Ustavnom sudu iz člana 161. st. 4 Ustava Republike Srbije.

63 Zakon o javnom tužilaštvu kaže da Državno veće tužilaca donosi Pravilnik o kriterijumima i merilima za vrednovanje rada (čl. 99. st. 2). Taj isti akt u Zakonu o Državnom veću tužilaca zove se Pravilnik o merilima za vrednovanje rada javnih tužilaca i zamenika (čl. 13).

64 Pierru Cornu, *Mišljenje na temu Poslovnika o kriterijumima i merilima za ocenu stručnosti osposobljenosti i dostojnosti kandidata za nosioce javnotužilačke funkcije i Kriterijumi i merila za izbor sudija i predsednika sudova*, Neuchatel, 2009, 7. koje je sastavni deo mišljenja Opinion No. 528 / 2009, CDL(2009)101.

za objektivnost”.⁶⁵ Dakle, eksperti preporučuju da ovlašćenje za ocenjivanje u postupku vrednovanja rada bude podeljeno između nadređenog javnog tužioca i kolegijuma tužilaštva. Imajući u vidu uverljivost iznetih argumenata stanovišta smo da bi proceduru za vrednovanje rada trebalo izmeniti na način na koji to preporučuju eksperti Venecijanske komisije.

U osmoj glavi Zakona sadržane su norme o disciplinskoj odgovornosti i disciplinskom postupku. Disciplinski prekršaj je nesavesno vršenje funkcije ili ponašanje nedostojno javnotužilačke funkcije (čl. 103). Definicija disciplinskog prekršaja iz čl. 103. nije usklađena da drugim povezanim normama Zakona. Primera radi, Državno veće tužilaca predlaže za izbor javnog tužioca i bira zamenika javnog tužioca na osnovu kriterijuma za ocenu stručnosti, osposobljenosti i dostojnosti. Dakle, savesnost nije uslov za predlaganje ili izbor, čak i kandidata iz reda javnih tužilaca i zamenika, ali sasvim neprirodno može da bude osnov za razrešenje, zbog učinjenog teškog disciplinskog prestupa.

U članu 104. Zakona određuju se obeležja disciplinskih prekršaja. Osim jezičke nepreciznosti⁶⁶ opisi prekršaja sadrže i brojne druge manjkavosti. Disciplinski prekršaji ni u jednom slučaju nisu određeni posledično, tako da se i ponašanje, koje ne ugrožava javnotužilačku službu, neopravdano označava kao disciplinski prekršaj (odbije da vrši poslove koji su mu povereni). Pojedine definicije prekršaja ne uzimaju u obzir okolnosti koje bi opravdavale ponašanje opisano kao disciplinski prekršaj (npr. ne izrađuje odluke u propisanim rokovima). Treća primedba, tiče se neodređenih, bezobalnih pojmova koji se koriste za opisivanje disciplinskih prekršaja (npr. upušta se u neprimerene odnose sa strankama).

U pogledu postupka za izricanje disciplinske sankcije možda bi trebalo uneti odredbu koja postoji u nekim uporednim sistemima. Recimo u Francuskoj pre izricanja bilo koje sankcije javni tužilac ili zamenik mora da bude upozoren na nesavesno vršenje profesionalnih obaveza od nadređenog tužioca.⁶⁷

65 Jean-Jacques HEINTZ, *Criteria and Standards for Election of Judges and Court Presidents, Rules of Procedures on Criteria and Standard for Evaluation of Qualification, Competence and Worthiness for Bearers of Public Prosecutor's Function*, Strasbourg, 2009, 7. koje je sastavni deo mišljenja Opinion No. 528 / 2009, CDL(2009)101.

66 Disciplinski prekršaj je, recimo, značajno (važno) kršenje odredbi Etičkog kodeksa (tačka 13. čl. 104). Valjda je prekršaj kada se znatno ili u većoj meri krše odredbe Etičkog kodeksa. Postoji i prekršaj kada se ne odaje poštovanje radnom vremenu (ne poštuje se radno vreme. tač. 12. čl. 104).

67 Ordonanse br. 1270-58 (Art. l'Ordonnance n 1270-58 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature)

Zaključak

Reforma krivičnog postupka Srbije već suviše dugo traje i ona se, na žalost, odlikuje izrazitom nekonzistentnošću, svojevrsnim „lutanjem“, pa i brojnim, očigledno promašenim normativnim rešenjima.

Nakon pokušaja sa Zakonikom iz 2006. godine, koji nikada nije primenjen u punom obimu, sada se ponovo pokušava s promenom koncepcije istrage, ali ovoga puta daleko radikalnije, što u osnovi nije opravdano, a naročito je problematično što se, osim tipa istrage, potpuno menja i koncepcija glavnog pretresa, uz forsiranje izrazite pasivnosti suda kada se radi o izvođenju dokaza.

Zakonik o krivičnom postupku Srbije predstavlja prilično loš i veoma nedoteran tekst, za koji se treba iskreno nadati da, bez obzira na to što se već primenjuje u pogledu jedne specifične kategorije teških krivičnih dela (što je prilično sporno i u ustavnopravnom smislu), nikada neće u ovom obliku postati dominantan izvor našeg krivičnog procesnog prava. Zakonik je prepun veoma loših rešenja, počev od onih najkrupnijih koja su koncepcijske prirode, do pravnotehničkih omaški i grešaka, ozbiljnih nejasnoća i neusaglašenosti. Njime se, pored ovoga, u naš krivičnoprocesni sistem uvode neki procesni mehanizmi koji su potpuno atipični za najveći broj zemalja kontinentalne Evrope, a naročito za tzv. stare evropske države, čiji su nam pravni sistemi, po pravilu, služili kao uzor, što u praksi može imati veoma negativne i teško popravljive konsekvencije kako po uređenost pravnog sistema tako i po prava i slobode građana.

Značaj uporednog krivičnog procesnog prava poslednjih je godina veoma porastao, naročito zbog sve intenzivnijeg korišćenja stranih iskustava u reformama krivičnog postupka u mnogim državama. Dva velika svetska krivičnoprocesna sistema – kontinentalno-evropski i anglosaksonski sve više trpe određene međuticaje, ali njihove osnovne karakteristike još uvek su veoma lako uočljive. Osnovna zajednička karakteristika jeste omogućavanje da se u krivičnom postupku dosledno poštuju ljudska prava i slobode, te promovisanje načela pravičnog vođenja krivičnog postupka.

Danas se može uočiti i svojevrsna „ekspanzija“ anglosaksonskog, adverzijalnog modela krivičnog postupka, naročito u nekadašnjim socijalističkim zemljama, što je načelno skopčano sa ozbiljnim problemima, a donekle i čudi da neke države za koje nije sporno da pripadaju kontinentalnoj Evropi, i to ne samo geografski, već i po svojoj tradiciji, duhu i određenim društvenim vrednostima, tako olako prihvataju jedan prilično neuobičajen model.

Olako reformisanje krivičnog postupka na striktno adverzijalnim osnovama i forsiranje nekih drugih obeležja tipičnih stranački orijentisanih krivičnih procedura, poput, na primer, preteranog forsiranja sporazuma o priznanju krivice, skopčano je i s realnim opasnostima, poput mogućeg nesnalaženja pravosudnih organa u nekom budućem potpuno izmenjenom normativnom ambijentu. I što je posebno opasno, to može dovesti do ozbiljnog ugrožavanja prava okrivljenog u krivičnom postupku, jer izrazito stranačka konstrukcija krivičnog postupka nužno podrazumeva maksimalnu jednakost stranaka, a to je u uslovima naše zemlje, a slično je i s većinom drugih država u tzv. tranziciji, u praksi skoro nemoguće.

Nesrećni i „nepodoban“ pokušaj sadržan u novom zakoniku o krivičnom postupku Srbije da se u krivičnoj proceduri ispolje određeni elementi načela pravičnog vođenja krivičnog postupka, a da se istovremeno, potpuno i čak „fanatično“ eliminiše načelo istine iz našeg krivičnog postupka, predstavlja izrazito štetan eksperiment, koji je unapred osuđen na neuspeh, ali cenu takvog eksperimentisanja mogli bi platiti kako država tako i građani.

Koncept tzv. paralelne istrage je suštinski pogrešan i on bi u praksi ili potpuno paralisao većinu krivičnih postupaka ili bi se, što je možda verovatnije, sveo na голу formu, gde bi praktični značaj imala istraga javnog tužioca, dok bi „istraga“ (odnosno pojedine dokazne aktivnosti u istrazi) lica u funkciji odbrane bila svedena na „praznu fasadu“.¹ Taj koncept je *suštinski protivan i funkciji odbrane* u krivičnom postupku, te elementarnom dejstvu pretpostavke nevinosti (koja se, kao što je to objašnjeno, u prethodnom tekstu potencijalno i formalno krši u tekstu Zakonika), jer kakvu bi to istragu okrivljeni mogao voditi i protiv koga kada se već po zakonskoj definiciji smatra nevinim sve dok se, eventualno, suprotno ne utvrdi pravnosnažnom odlukom suda.²

1 Kao što je prethodno objašnjeno, mehanizam „prikupljanja dokaza u prilog odbrane“ tokom istrage je veoma neadekvatno rešen u novom zakoniku o krivičnom postupku.

2 Doduše, ne treba sumnjati da bi takve mogućnosti mogli efikasno da koriste pojedine kategorije okrivljenih (koji naravno spadaju u finansijsku ili kriminalnu „elitu“), koji su veoma imućni ili kombinovano izuzetno bogati i moćni, poput raznoraznih „kontroverznih biznismena“ i nekih „srećnih dobitnika“ i „profitera“ tranzicije i privatizacije, a koji bi sebi

Potpuno *adverzijalna konstrukcija glavnog pretresa*, odnosno suđenja, nije adekvatna za naš krivični postupak i ona bi u praksi mogla dovesti do ogromnih problema. U takvom postupku stranke bi samo formalno bile ravnopravne, dok bi u praksi to, po pravilu, bilo veoma nepovoljno za okrivljenog, naročito onda kada nema branioca, a u našem je krivičnom postupku samo za relativno ograničeni krug krivičnih dela propisana obavezna stručna odbrana.

Eliminisanje načela istine u krivičnom postupku je izrazito štetno. Nije sporno da istina nije nikakva „sveta krava“ ni u našem sadašnjem krivičnom postupku, kao ni u krivičnim postupcima većine država kontinentalne Evrope, čije krivične procedure poznaju ovo načelo i gde se ono smatra vrhunskim principom. Istina se ne dostiže po svaku cenu, ali istini se, svakako, teži, a onda kada se istina objektivno ne može utvrditi, primenjuje se načelo *in dubio pro reo*.

Eliminisanje načela istine u krivičnom postupku kontradiktorno je i u odnosu na brojna druga krivičnoprocesna pravila. Nebulozno je da se u Nacrtu novog Zakonika o krivičnom postupku, kao i ranije, omogućava podnošenje žalbe protiv presude i zbog *pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja*, drugim rečima, *usled zasnovanosti presude na neistini*, a da pri tom *sud uopšte i nema dužnost utvrđivanja istine*, te da je izvođenje dokaza, što znači i stvaranje podloge za utvrđivanje činjeničnog stanja, primarno povereno strankama.

Kakve su šanse stranke da pobija presudu zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja kada je ona sama, u prvom redu, procesno odgovorna za utvrđivanje činjeničnog stanja?

Eliminisanje načela istine u krivičnom postupku suštinski je izrazito *nemoralno*, jer se cilj krivičnog postupka ne može mehanički i veštački odvojiti od opšte povezanosti krivičnog prava i morala.

Ako načelno smatramo da je vršenje krivičnih dela nemoralno, a da se samo u krivičnom postupku može utvrditi da je učinjeno krivično delo, onda se takvo pitanje ne sme prepuštati čisto pravnotehničkom konstruisanju nekakvog „dokaznog dvoboja“, gde bi stranke iznosile svoje argumente i kontraargumente, a sud, lišen „balasta“ utvrđivanja istine ili bar težnje ka istini, jednostavno arbitrirao koja je stranke bila uspešnija u dokaznom duelu.

Većina građana od krivičnog suda očekuje istinu, a ne nekakvo dokazno bodovanje stranačkog izvođenja dokaza. Istina utvrđena u krivičnom postupku često ima i istorijsko značenje.

mogli da priušte i skupe usluge privatnih detektivskih agencija, ili da na adekvatne načine „odobrovolje“ svedoke koji bi im dali iskaz u njihovu korist...

Zamislimo samo, na primer, kako bi građanima zvučalo kada bi im se javno reklo da se sud koji je sudio, na primer, za ubistvo premijera Đinđića, nije bavio utvrđivanjem istine? Da je u odnosu na to ne samo pravno, već i istorijski značajno suđenje, u primeni bio ZKP, koji ne poznaje načelo istine, sud zaista nije imao dužnost utvrđivanja istine, ali da li bi to bilo pravično? Da li bi to zadovoljilo građane? Konačno, kakve bi, u takvom hipotetičkom slučaju, bile političke i istorijske implikacije?!

Osim što je zasnovan na ovim osnovnim i veoma krupnim koncepcijskim greškama i teškim promašajima, Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine odlikuje se i čitavim nizom drugih bitnih anomalija, počev od brojnih grubih pravnotehničkih grešaka, pa do nejasnih, vrlo sumnjivih i očigledno ekstremno nekvalitetnih normativnih rešenja, što sve zajedno ovaj tekst čini veoma lošim, pa se treba iskreno nadati da on u sadašnjem obliku nikada neće biti primenjivan u odnos na sva krivična dela.

Sistem „jedna zemlja dva sistema“, promovisan time što se sa primenom novog Zakonika o krivičnom postupku započelo za krivična dela organizovanog kriminala i druga tzv. posebno teška krivična dela, dok je u pogledu ostalih krivičnih dela, tj. većine tipičnih krivičnih postupaka, primena novog Zakonika odložena do 15. januara 2013. godine, sam po sebi je „na ivici ustavnosti“, ako tu granicu već i nije prešao, time što je omogućio da se u istoj državi u isto vreme primenjuju dva veoma različita Zakonika o krivičnom postupku. Time se, što je posebno negativno, stvaraju i dve bitno različite „kategorije okrivljenih“, dok i inače, subjekti krivičnih postupaka koji se vode prema dijametralno različitim izvorima procesnog prava, imaju i bitno različit krivičnoprocesni položaj, što po logici stvari podrazumeva i drugačija prava i dužnosti.

Međutim, ako smo već morali da doživimo tu „elementarnu nepogodu“, da tako loš zakonski tekst postane pozitivno pravo, dobro je da se on ipak relativno ograničeno primenjuje, iako većini subjekata postupaka čiji su predmet tzv. posebna krivična dela (organizovani kriminal, posebni slučajevi korupcije, ratni zločini itd.) verovatno nije baš prijatno da budu u ulozi svojevršnih „zamorčića“ i „pokusnih kunića“ u jednom neverovatnom pravnom i sociološkom eksperimentu *in vivo*.

Ako već nismo sigurni da će određena buduća zakonska rešenja koristiti, a vrlo je verovatno da mogu ozbiljno da štete, onda se treba razumno uzdržati od njihovog uvođenja u naš normativni krivičnoprocesni ambijent. Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine zasnovan je na suštinski potpuno pogrešnoj koncepciji i sadrži čitav niz veoma loših norma-

tivnih rešenja, te ako bi on u sadašnjem obliku doživeo potpunu primenu, to bi neminovno proizvelo izrazito negativne konsekvencije, kako po kvalitet naših budućih krivičnih postupaka tako i po prava i slobode građana Srbije.

Ukoliko bismo smatrali da naš sadašnji (ili dosadašnji) krivični postupak, tj. postupak kreiran prema koncepciji Zakonika o krivičnom postupku iz 2001. godine, jednostavno ne odgovara novim potrebama našeg pravnog sistema i nije dovoljno efikasan (naročito, ako se grubo poistovete „brzina“ postupka i njegova „efikasnost“), a što bi predstavljalo голу impresiju koja nije praćena bilo kakvim ni iole relevantnim istraživanjima, ni tada novi ZKP iz 2011. godine ne predstavlja adekvatno rešenje, jer ne samo da kreira niz izuzetno nepravičnih procesnih mehanizama, već uopšte nije izvesno da će takvi mehanizmi iole doprineti bržem, odnosno efikasnijem krivičnom postupku.

Neke od ključnih odredbi novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije, a to su pravila kojima se promovise primarno stranačko dokazivanje pred sudom, koji je na glavnom pretresu dokazno izrazito pasivan, su **protivustavne**, jer prema odredbi člana 32 stav 1 Ustava Republike Srbije (*pravo na pravično suđenje*), *svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i optužbama protiv njega*. To znači da je ustavno pravo građanina, tj. okrivljenog protiv kojeg se vodi krivični postupak da sud **raspravi** o osnovanosti sumnje, odnosno o optužbi protiv njega, a *ne da se o tome pred sudom raspravlja*, kao što je to u osnovi rešeno u novom Zakoniku o krivičnom postupku Srbije.

Kažu da je *osnovno medicinsko pravilo da lekar pacijentu ne sme odmoći, ako mu već ne može pomoći*. Slično bi pravilo moglo ili čak moralo važiti i za reformu našeg krivičnog postupka, ukoliko bi iz nekog razloga smatrali da je naš krivični postupak „bolestan“, te da ga na odgovarajući način treba lečiti, što ipak nije sasvim izvesno.³ Lako je uočiti da Zakonik o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine predstavlja izrazito pogrešan *lek*.

Autori

³ Naprotiv, sasvim je očigledno da je ZKP iz 2001. godine, u svakom pogledu, daleko bolji od novog Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine.

SUMARNI PRIKAZ OSNOVNIH GREŠAKA U NOVOM ZAKONIKU O KRIVIČNOM POSTUPKU SRBIJE

Pravilo (odredba) Zakonika o krivičnom postupku iz 2011.	Kratko objašnjenje slabosti konkretnog zakonskog pravila	Predlog u de lege ferenda smislu
Definicije osnova sumnje, osnovane sumnje, opravdane sumnje i izvesnosti (član 2 stav 1 tač. 17 - 20)	Potpuno nepotrebno i pogrešno definisanje, praksi ne može da koristi, a može da deluje veoma zbunjujuće	Brisanje iz teksta Zakonika
Definicija organizovane kriminalne grupe (član 2 stav 1 tačka 33)	Definicija je potpuno identična onoj koja od ranije postoji u Krivičnom zakoniku	Brisanje iz teksta Zakonika
Definicija izraza „krivični zakon“ (član 2 stav 1 tačka 35)	Oduvek je bilo jasno šta predstavlja „krivični zakon“, pa je ovakva definicija u ZKP-u apsolutno besmislena.	Brisanje iz teksta Zakonika
Preciziranje ko je ovlašćen da preduzme određenu procesnu radnju (član 2 stav 2)	Konfuzna i beznačajna odredba.	Brisanje iz teksta Zakonika
Različito određivanje trenutka početka krivičnog gonjenja i pokretanja krivičnog postupka (član 5 i 7)	Besmisleno je da krivično gonjenje može započeti, a da nije započeo krivični postupak.	Potrebno je odgovarajuće usklađivanje
Javni tužilac i policija su dužni da nepristrasno razjasne sumnju o krivičnom delu i da s jednakom pažnjom ispituju činjenice koje terete okrivljenog i one koje mu idu korist (član 6 stav 4).	Ova odredba postaje relativizovana i obesmišljena u odsustvu načela materijalne istine	Modifikovanje na odgovarajući način, kada se i druge odredbe usklade tako da se ponovo uvede dužnost suda da utvrđuje istinu u krivičnom postupku, odnosno da preduzme sve što je objektivno moguće da utvrdi potpuno i ispravno činjenično stanje
Dokazi se prikupljaju i izvode u skladu sa Zakonikom o krivičnom postupku (član 15 stav 1)	Nepotrebna odredba, jer kako bi se dokazi drugačije izvodili	Brisanje iz teksta Zakonika
Sud izvodi dokaze na predlog stranaka (član 15 stav 3).	Po novom konceptu glavnog pretresa dokaze izvode stranke, a ne sud.	Brisanje iz teksta Zakonika

<p>Sud, u određenim slučajevima, može dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze ili izuzetno sam odrediti da se takvi dokazi izvedu – (član 15 stav 4)</p>	<p>Zašto bi to činio kada nema dužnost utvrđivanja istine? Zašto bi stranka udovoljila nalogu suda, ako inicijalno nije nameravala da izvede taj dokaz</p>	<p>Sud bi morao imati dužnost da sam izvede takve dokaze. Moguća je sledeća modifikacija člana 15 stav 4 ZKP: <i>Kada stranka ne postupi po nalogu suda iz stava 3 ovog člana, sud će sam izvesti dopunski dokaz, ako oceni da je to potrebno da bi se činjenično stanje potpuno i tačno utvrdilo.</i> U predloženoj modifikaciji se eksplicitno ne spominje reč <u>istina</u>, jer su na nju „alergični“ glavni kreatori novog novog Zakonika, ali se <i>potpuno i tačno utvrđivanje činjeničnog stanja</i>, praktično svodi na utvrđivanje istine.</p>
<p>Član 44. st. 3 uređuje odnos policije i javnog tužioca</p>	<p>Ovlašćenja javnog tužioca nepotpuno uređena.</p>	<p>Upotpuniti normu ovlašćenjem javnog tužioca da učestvuje u disciplinskom postupku, odnosno da bude obavešten o ishodu disciplinskog postupka.</p>
<p>Članom 48. precizira se čl. 2. tač. 6. navođenjem lica ovlašćenih da zamenjuju javnog tužioca. Radnje u krivičnom postupku u ime javnog tužioca pored zamenika javnog tužioca mogu da preduzimaju i viši tužilački saradnik za krivična dela do osam godina zatvora i tužilački saradnik za krivična dela do pet godina zatvora.</p>	<p>Norma sadržana u članu 48. ZKP-a suprotna je čl. 159. st. 4. Ustava, koji navodi da javnog tužioca u vršenju funkcije zamenjuju zamenici javnog tužioca. Prema tome, Ustav limitira krug lica koja vrše javnotužilačku funkciju na javne tužioce i zamenike javnog tužioca.</p>	<p>Brisanje iz teksta Zakonika.</p>
<p>Čl. 51. uređuje prigovor oštećenog na odluku javnog tužioca da ne preduzme gonjenje ili odustane od gonjenja.</p>	<p>Prigovor se podnosi nadređenom javnom tužiocu, koji je imao ovlašćenje da kontroliše rad nižeg javnog tužioca u pogledu odluke da se ne preduzme ili odustane od gonjenja.</p>	<p>Izvršiti promene u unutrašnjem funkcionisanju javnog tužilaštva ili predvideti da oštećeni može da preuzme gonjenja od oštećenog i pre potvrđivanja optužnice.</p>
<p>Čl. 54. oštećeni do završetka glavnog pretresa, bez ikakvog ograničenja, može da povuče predlog za gonjenje.</p>	<p>Javni tužilac krivični progon vrši pod raskidnim uslovom.</p>	<p>Izmeniti član 54. ZKP-a i ukinuti mogućnosti da oštećeni jednom dat predlog za gonjenje povuče.</p>
<p>Postavljeni punomoćnik je određen članom 59. Zakonika. To je advokat koga rešenjem predsednik suda postavlja da bi zastupao oštećenog kao tužioca ako je to u interesu postupka i ako oštećeni kao tužilac zbog imovinskih prilika ne može da snosi troškove zastupanja.</p>	<p>Punomoćnik je, u suštini, zastupnik na osnovu punomoćja dobijenog od zastupanog lica (vlastodavca) tako da bez punomoćja nema ni punomoćnika.</p>	<p>Prikladnije bi bilo da se advokat koji se odlukom predsednika suda postavlja da zastupa oštećenog kao tužioca nazove postavljeni zastupnik, umesto logički neodrživog naziva postavljeni</p>
<p>Javni tužilac postavlja okr. branioca po službenoj dužnosti (član 76 stav 1)</p>	<p>Nelogično u stranačkom postupku da jedna stranka postavlja branioca drugoj osim</p>	<p>Branioca bi mogao da postavlja sudija za prethodni postupak</p>

Odluku o razrešenju branioca donosi sudija pojedinac, sudija za prethodni postupak, predsednik veća ili pretresno veće (čl. 81).	Ako javni tužilac postavlja branioca po službenoj dužnosti nema rezona da ga razrešava sudija za prethodni postupak, predsednik veća ili pretresno veće.	Uskladiti način izbora i razrešenja branilaca po službenoj dužnosti.
Saokrivljeni ili osuđeni nisu navedeni među licima koja ne polažu zakletvu (član 97)	Znači li to da i oni, tj. saokrivljeni ili osuđeni, mogu odgovarati za davanje lažnog iskaza?	Krug lica koja ne polažu zakletvu propisati i na saokrivljene
Član 98. dozvoljeno je svedoka na glavnom pretresu unarsno ispitivati postavljanjem sugestivnih, kopcioznih pitanja.	Član 398. st. 3. u vezi 402. upućuje na zaključak da nije dozvoljeno svedoka na glavnom pretresu unarsno ispitivati postavljanjem sugestivnih, kopcioznih pitanja.	Otkoniti navedene protivrečnosti.
Obrana ne može da predloži da se određenom licu da svojstvo zaštićenog svedoka (član 107).	Ako se pošlo od od pretpostavke da je to nepotrebno, jer svedocima najčešće preti opasnost od okrivljenog u postupku, zanemarena je mogućnost da svedok svedoči u korist jednog od saokrivljenih, a na štetu ostalih, pa se plaši davanja iskaza. U tom slučaju okrivljeni zavisi od dobre volje tužioca i suda.	Formalno dozvoliti okrivljenom i braniocu da predlože da se nekom licu da svojstvo zaštićenog svedoka
Ovlašćenja javnog tužioca nisu usklađena sa njegovom funkcijom (čl. 101. i 115).	Premda je javni tužilac organ postupka u istrazi, lišen je ovlašćenja da novčano kazni svedoka ili veštaka tokom istrage.	Predvideti da javni tužilac može novačno da kazni svedoka i veštaka.
U čl. 131. ZKP-a određivanje psihijatrijskog veštačenja vezuje se za sumnju da je isključena ili smanjena uračunljivost okrivljenog.	Terminološka neusklađenost sa Krivičnim zakonikom koji poznaje neuračunljivost i bitno smanjenu uračunljivost.	Umesto smanjene uračunljivosti predvideti da se psihijatrijsko veštačenje određuju u slučaju sumnje u bitno smanjenu uračunljivost.
Pretresanju se može pristupiti bez predaje naredbe, upozorenju na branica/advokata i bez prisustva svedoka (stav 7), ako je "držalac stana ili drugih prostorija nedostupan" (član 156 stav 3)	Otvora prostor za zloupotrebe, policija namerno može vršiti pretresanja kada vlasnik stana nije kući	Predvideti jače garancije kako bi se sprečile zloupotrebe
O donošenju rešenja da se uništi materijal prikupljen merom tajnog nadzora komunikacija sudija za prethodni postupak može da obavesti lice prema kome je mera bila primenjivana (čl 163. st. 2).	Slično rešenje postojalo i u prethodnom ZKP-u. U praksi, takvog obaveštavanja skoro da nije bilo.	Trebalo bi propisati da je sudija za prethodni postupak obavezan da obavesti lice nad kojim je mera iz čl. 163. st. 2. ZKP-a bila primenjivana.
Pismeno se može predati punoletnom članu domaćinstva, koji je dužan da ga primi (član 243 stav 2).	Kako će se utvrditi uzrast člana domaćinstva? Kako će se on primorati da primi pismo?	Brisanje iz teksta Zakonika

<p>Pismeno se smatra uredno dostavljenim i ako je predato portiru, susedu ili predседniku kućnog saveta (član 243 stav 2).</p>	<p>Ovo može imati negativne posledice za lice kome je pismeno upućeno. Šta ako komšija primera radi, zaboravi ili neće da ga preda?</p>	<p>Brisanje iz teksta Zakonika</p>
<p>Osnovi za odbacivanje krivične prijave sadržani su u čl. 284. st. 1. ZKP-a. Jedan od osnova je nepostojanje osnova sumnje da je učinjeno krivično delo koje se goni po službenoj dužnosti (tač. 3).</p>	<p>Zakonodavac je mimo logike osnovne sumnje isključivo vezao za krivično delo, umesto da se osnovi sumnje vezuju za prijavljeno lice.</p>	<p>Predvideti poseban osnov za odbacivanje krivične prijave u slučaju nepostojanja osnova sumnje da je prijavljeni učinio krivično delo koje se goni po službenoj dužnosti.</p>
<p>Dokazi koje je policija pribavila preduzimanjem dokaznih radnji mogu biti korišćeni u daljem toku krivičnog postupka, ako su dokazne radnje sprovedene u skladu sa ZKP-om. (član 287 stav 2)</p>	<p>Otvora mogućnosti za zloupotrebe jer se po ovome faktički svaka radnja policije u predistražnom postupku može bez nekih posebnih uslova, koristiti kao dokaz na glavnom pretresu, što je u izrazitoj suprotnosti sa načelom neposrednosti.</p>	<p>Potrebno je odgovarajuće usklađivanje i preciziranje</p>
<p>Član 289. i 297. uređuju način pokretanja istrage.</p>	<p>Okrivljeni nema na raspolaganju ni jedno pravno sredstvo protiv odluke o pokretanju istrage, ali zato ima pravo da u toku istrage zatraži sudsku zaštitu u slučaju da bude odbijen njegov predlog da se obavi veštačenje (čl. 117.st. 3).</p>	<p>Predvideti pravno sredstvo (žalba, prigovor) protiv naredbe o pokretanju istrage.</p>
<p>U stavu 1. čl. 294. javnom tužiocu se poverava ovlašćenje da zadrži osumnjičenog ili uhapšenog. U stavu 2. navodi se da o zadržavanju, rešenje donosi javni tužilac ili po njegovom odobrenju policija.</p> <p>U st. 2. istog člana navode se obavezni elementi rešenja o zadržavanju.</p> <p>Zakonik ne propisuje obavezu da se u rešenje o zadržavanju unese zakonski osnov za pritvor koji je u konkretnom slučaju razlog za zadržavanje, niti obavezuje organ koji sastavlja rešenje da obrazloži zbog čega smatra da je osnov ispunjen.</p>	<p>Zakonik dopušta da jedan organ donosi odluku, a da drugi sastavlja pismeni otpравak i obrazlaže tu odluku.</p> <p>Stepen sumnje, se snižava, na osnove sumnje, što je po čl. 2. Zakonika skup činjenica koje posredno dokazuju da je lice izvršilo krivično delo.</p> <p>Dovoljno je postojanje nagoveštaja (osnova sumnje) da je neko izvršio krivično delo i da ta osoba, bez obrazlaganja razloga za njenu primenu i bez navođenja osnova, bude zadržana.</p>	<p>Predvideti da javni tužilac i policija mogu da donesu odluku o zadržavanju i da je organ koji donese odluku dužan da sastavi rešenje.</p> <p>Stepen sumnje neohodan za zadržavanje morao bi da bude osnovana sumnja.</p> <p>Uneti obavezu da se u rešenju o zadržavanju posebno obrazlože razlozi za primenu ove mere i da se navede zakonski osnov za pritvor koji je u konkretnom slučaju bio razlog za zadržavanje.</p>
<p>Ovlašćenja javnog tužioca regulisana su članom 285.</p> <p>U st. 1. ovog člana stoji da javni tužilac rukovodi predistražnim postupkom, a u stavu 2. da javni tužilac radi rukovođenja predistražnim postupkom preduzima potrebne radnje radi gonjenja učinilaca krivičnih dela.</p>	<p>Ovlašćenja javnog tužioca su nezgrapno regulisana. Iz sadržaja st. 1. i 2. člana 285. proizilazi da javni tužilac goni učinioce krivičnih dela da bi rukovodio predistražnim postupkom.</p>	<p>Preformulisati st. 1. st. 2. i navesti da je javnom tužiocu povereno ovlašćenje da rukovodi predistražnim postupkom da bi mogao ostvari funkciju progona učinilaca krivičnih dela.</p>

<p>Nepotrebno razdvajanje predistražnog postupka i strage (glave XV i XVI)</p>	<p>Oba se mogu voditi protiv nepoznatog učinioca, kada postoje osnovi sumnje</p>	<p>Objedinjavanje u jednu istražnu fazu</p>
<p>Istraga se pokreće protiv određenog lica za koje postoje osnovi sumnje da je izvršilo krivično delo, kao i protiv nepoznatog učinioca kada postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično delo (čl. 295. st. 1)</p> <p>Svrha istrage je, između ostalog, da se prikupe dokazi za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu ili bi njihovo izvođenje bilo otežano (član 295 stav 2)</p>	<p>Iz ovako date formulacije proizlazi da javni tužilac pokreće istragu za svako krivično delo, bez ozbira da li se gonjenje za konkretno krivično delo preduzima po službenoj dužnosti ili po privatnoj tužbi.</p> <p>Suprotno prirodi javnotužilačke istrage da tužilac u istrazi prikuplja dokaze koji se neće moći izvesti na glavnom pretresu</p>	<p>Ovu nejasnoću trebalo otkloniti navođenjem da se istraga pokreće za krivično delo koje se goni po službenoj dužnosti.</p> <p>Brisanje iz teksta Zakonika.</p>
<p>Javni tužilac pokreće istragu naredbom, protiv koje nije dozvoljeno pravno sredstvo (član 296).</p>	<p>Odluka da se neka osoba stavi pod istagu ne podleže kontroli.</p>	<p>Dozvoliti pravno sredstvo protiv naredbe da se sprovede istraga.</p>
<p>Istragu, naredbom za sprovođenje istrage pokreće i odustankom od gonjenja obustavlja javni tužilac koji je i organ postupka u fazi istrage (čl. 296. i 308. ZKP-a). Odluka o pokretanju i obustavi istrage ne podleže ni jednom vidu sudske kontrole.</p>	<p>Javni tužilac u toku istrage samostalno raspravlja i o odlučuje o sumnji koja je bila razlog za pokretanje postupka iako Ustav u čl.32. st. 1, kaže da „svako ima pravo da nezavistan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka”.</p>	<p>Obezbediti sudsku kontrolu odluke o pokretanju ili obustavi istrage.</p>
<p>U članu 296. stav 2. stoji da se naredba o sprovođenju istrage donosi „pre ili neposredno posle prve dokazne radnje koju su preduzeli javni tužilac ili policija u predistražnom postupku, a najkasnije u roku od 30 dana od dana kada je o tome obvešten javni tužilac.</p>	<p>Prema toj odredbi, preduzimanjem bilo koje dokazne radnje (npr. pretresanjem stana) policija može da „prisili” javnog tužioca da otvori istragu, bez obzira na njegov stav o tome.</p>	<p>Uneti izmene koje bi onemogućile „prisiljavanje” javnog tužioca da pokrene istragu.</p>

<p>U članu 299, koji se odnosi na poveravanje dokaznih radnji u toku javno-tužilačke istrage, javni tužilac može takve radnje poveriti drugom javnom tužiocu ili policiji, a nije propisana i mogućnost da se takve radnje poveri sudiji za prethodni postupak, ukoliko je verovatno da one neće moći da se ponove na glavnom pretresu.</p>	<p>Praktično svi zakoni(ci) o krivičnom postupku u kojima je istraga tužilačka, omogućavaju da neke radnje vrši sud (tzv. hitne sudske radnje), onda kada postoji opasnost da one neće moći da se ponove na glavnom pretresu. <i>Ratio legis</i> takvih zakonskih rešenja u većini država kontinentalne Evrope u kojima je istraga državno-tužilačka (na primer, u Nemačkoj i Austriji, pa i u nama susednoj Crnoj Gori i BiH), je veoma racionalan i svodi se na stav da su načelno radnje koje je sproveo sud uvek nešto višeg stepena dokaznog kredibiliteta, nego one koje je sproveo javni (državni) tužilac. Dakle, iako i radnje javnog (državnog) tužioca mogu pod određenim uslovima ostvarivati odgovarajuću dokaznu verodostojnost i na glavnom pretresu (čitanje na primer zapisnika o iskazu svedoka koji je umro), to treba da bude krajnje izuzetna mogućnost, zbog čega se i propisuje da se određeni oblik sudske funkcionalne nadležnosti može zarad obezbeđenja dokaza u pogledu kojih postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu, može angažovati u državno(javno)-tužilačkoj istrazi.</p>	<p>Potrebno je u članu 299 dodati nova tri stava: Stranke i branilac mogu predložiti sudiji za prethodni postupak da on ispita određenog svedoka, ako je verovatno da svedok zbog bolesti, starosti ili drugih važnih razloga neće moći da bude ispitan na glavnom pretresu. Ako sudija za prethodni postupak usvoji predlog iz stava 5 ovog člana, on će omogućiti da ispitivanju svedoka prisustvuju stranke i branilac, kojima sudija za prethodni postupak dostavlja zapisnik o ispitivanju svedoka. Ako se sudija za prethodni postupak ne složi sa predlogom iz stava 5 ovog člana, zatražiće da o tome odluku donese veće iz člana 21 stav 6 ovog zakonika.</p>
<p>Osumnjičeni i njegov branilac mogu samostalno prikupljati dokaze u korist odbrane (član 301)</p>	<p>Faktička nemogućnost odbrane da samostalno prikuplja dokaze. Šta je sa otkrivenim koji nema branioca, ili sa otkrivenim koji se nalazi u pritvoru?</p>	<p>Povećati ovlašćenja sudije za prethodni postupak prilikom prikupljanja dokaza</p>
<p>U članu 301. se normira i postupak za prikupljanje dokaza i materijala u korist odbrane.</p>	<p>Zakonik braniocu i osumnjičenom omogućava da prikupljaju materijal i dokaze na način na koji bi to inače činili koristeći uobičajeno ophođenje između ljudi.</p>	<p>Brisati iz teksta Zakonika.</p>
<p>Ako osumnjičeni ili njegov branilac, smatraju da je potrebno preduzeti određenu dokaznu radnju, predložiće javnom tužiocu da je preduzme (član 302 stav 2).</p>	<p>Nelogično u stranačkom postupku da jedna stranka zahteva od druge prikupljanje dokaza u svoju korist</p>	<p>Dokazne radnje bi u tom slučaju mogao preduzeti sudija za prethodni postupak. Potrebno je da se član 302 stav 3, modifikuje na sledeći način: <i>Kada sudija za prethodni postupak usvoji predlog iz stav 2 ovog člana, on će preduzeti predloženu dokaznu radnju i o tome, uz dostavljanje zapisnika i drugih materijala o sprovedenoj dokaznoj radnji, obavestiti javnog tužioca.</i></p>

<p>Ako javni tužilac odbije predlog ili ne odluči u roku od osam dana, osumnjičeni ili njegov branilac se mogu obratiti sudiji za prethodni postupak koji može naložiti javnom tužiocu da preduzme radnju (član 302 stav 3).</p>	<p>Logičnije bi bilo da je preduzme sudija, nego da se njeno preduzimanje nalaže javnom tužiocu. Ne može se očekivati da će se javni tužilac, koji je prvobitno bio protiv izvođenja te radnje, baš „pomučiti“ da je adekvatno sprovede. Pored toga, imajući u vidu navedene rokove, gubi se na vremenu što je problem posebno kod hitnih dokaznih radnji</p>	<p>Dokazne radnje bi u tom slučaju mogao preduzeti sudija za prethodni postupak</p>
<p>U čl. 308. uspostavljaju se pravila za obustavu istrage.</p>	<p>Zakonik ne određuje uslove i način za obustavu svih vrste istraga, već uspostavlja pravila za obustavu istrage protiv osumnjičenog.</p>	<p>Normu bi trebalo dopuniti određivanjem uslova i načina za obustavu istrage, protiv nepoznatog učinioa.</p>
<p>Osumnjičeni i njegov branilac su dužni da odmah po svom samostalnom pribavljanju dokaza, obaveste javnog tužioca o tome, te da mu pre završetka istrage omoguće razmatranje spisa i razgledanje predmeta koji služe kao dokaz (član 303 stav 3)</p>	<p>Promoviše se <i>kooperativnost okrivljenog sa tužiocem</i>; Prazna norma, jer nema posledica ako odbrana ne postupi na ovaj način</p>	<p>Brisanje iz teksta Zakonika</p>
<p>Mogućnost zaključivanja sporazuma o priznanju krivice za sva krivična dela (član 313)</p>	<p>Opasno rešenje, posebno imajući u vidu da se ne predviđa dužnost utvrđivanja istine</p>	<p>Ograničiti zaključivanje sporazuma vezivanjem za propisanu kaznu</p>
<p>Element sporazuma o priznanju krivice može biti i spremnost okrivljenog da svedoči protiv drugih okrivljenih (član 313)</p>	<p>Veoma opasno rešenje, jer se time uvodi mogućnost svojevrstne „kupovine“ kooperativnih svedoka</p>	<p>Brisanje iz zakonskog teksta</p>
<p>Članom 331. uređuje se postupak podizanja optužnice, određuju se rokovi za podizanje optužnice i prava okrivljenog, branioca i oštećenog u slučaju da javni tužilac u roku od petnaest, odnosno četrdeset pet dana ne podigne optužnicu ili ne odustane od gonjenja. U slučaju da javni tužilac u roku od od 15 ili 45 dana po završetku istrage donese odluku, okrivljeni i branilac imaju pravo na podnošenje prigovora neposredno višem tužiocu.</p>	<p>Posledica usvajanja prigovora izjavljenog višem tužiocu nije u saglasnosti sa razlogom za izjavljivanje. Prigovor se ne izjavljuje zbog propuštanja roka da se podigne optužnica, već zbog propuštanja roka da se donese odluka po završetku istrage.</p>	<p>Izmeniti i predvideti da viši tužilac istovremeno sa usvajanjem prigovora izdaje obavezno upustvo nižem javnom tužiocu da donese odluku, a ne uputstvo kojim ga obavezuje na podizanje optužnice.</p>
<p>U optužnici tužilac treba da "iznese i odbranu okrivljenog" (član 332 stav 1 tač. 6)</p>	<p>Nelogično sa aspekta stranačkog postupka da se u optužnom aktu iznosi odbrana druge strane; Šta ako je reč o oštećenom kao tužiocu, ili privatnom tužiocu, kako će oni to moći da navedu, jer se po član 333 to odnosi i na privatnu tužbu!?</p>	<p>Brisanje iz zakonskog teksta</p>

<p>U čl. 337. st. 3. uređuje se postupak ispitivanja osnovanosti optužnog akta, dok se čl. 501. st. 5, uređuje ispitivanje optužnog akta u skraćenom postupku.</p>	<p>Određivanje obima istrage i dokazna inicijativa poveravaju se sudskom veću ili sudiji pojedincu. Takvo rešenje je teško uklopivo u ideju o tužilačkoj istrazi i stranačkom konceptu postupka jer sud izlazi iz okvira „kontrolne i decizivne funkcije“.</p>	
<p>Odredba člana 346. st. 1. koja govori rokovima za određivanje pripremnog ročišta je nejasna. U st. 1. čl. 346. stoji da će predsednik veća odrediti pripreмно ročište u roku od trideset dana ako je optuženi u pritvoru ili u roku do šezdeset dana, ako je optuženi na slobodi. Predsednik veća je dužan da odredi pripreмно ročište od dana „prijema potvrđene optužnice u sud“.</p>	<p>U sud ne stiže potvrđena optužnica, već se potvrđivanje optužnice vrši nakon njenog prijema u sudu, dostavljanja strankama i ispitivanja od Veća iz čl. 21. st. 4. ZKP-a.</p>	<p>Zato, nema smisla rok računati od prijema optužnice u sud, već bi rokovi za zakazivanje pripremnog ročišta trebali da teku od dana kada je potvrđenu optužnicu primio predsednik veća.</p>
<p>Ako optuženi na pripremnom ročištu osporava navode optužbe, predsednik veća će ga pozvati da se izjasni koji deo optužnice osporava i iz kojih razloga i upozoriće ga da će se na glavnom pretresu izvoditi samo dokazi u vezi sa osporenim delom optužnice (član 349 stav 4)</p>	<p>Sporna odredba sa aspekta pretpostavke nevinosti- Umesto da tužilac pred sudom na glavnom pretresu dokazuje sve ono što navodi u optužnici, ovde se polazi od pretpostavke tačnosti optužnice, pa se dokazuje samo ono što optuženi osporava. Optuženi koji nemaju branioca na ovaj način se dosta inkriminišu- ako ništa ne osporavaju, znači tužilac ništa ne mora ni da dokazuje i sam glavni pretres postaje nepotreban.</p>	<p>Brisanje kraja rečenice da će se „na glavnom pretresu izvoditi dokazi samo u vezi sa osporenim delom optužnice“</p>
<p>Predsednik veća može i bez predloga stranaka, branioca i oštećenog narediti pribavljanje novih dokaza za glavni pretres član 350 stav 2 u vezi sa članom 15 stav 4)</p>	<p>Kako sud nema dužnost utvrđivanja istine, takva njegova „mogućnost“ da „naredi“ pribavljanje novih dokaza za glavni pretres je potpuno obesmišljena.</p>	<p>Neophodno je usaglašavanje sa ostalim tekstom, odnosno modifikovanje ove zakonske odredbe u skladu sa modifikacijama koje se tiču ponovnog uvođenja načela istine u krivični postupak. Potrebno je član 350 stav 2, modifikovati na sledeći način: <i>Predsednik veća će i bez predloga stranaka, branioca optuženog i oštećenog narediti pribavljanje novih dokaza za glavni pretres, odnosno izvesti potrebne dokaze (član 15. st. 4 i 5).</i></p>
<p>Ako oštećeni kao tužilac ili privatni tužilac ometaju red na glavnom pretresu, veće će ih udaljiti i postaviti im punomoćnika (član 373)</p>	<p>Znači, ako nemaju imovinskih sredstava da snose troškove svog zastupanja, jedna od mogućnost im je da se ponašaju neprikladno u sudnici?!</p>	

<p>Čitanje zapisnika o ranije datim iskazima na glavnom pretresu (član 406).</p>	<p>Problematično, jer se radi o dokazima prikupljenim tokom istrage ili predistražnog postupka, koje nije izvodio sud.</p>	<p>Povećati ulogu sudije za prethodni postupak kod prikupljanja dokaza u istrazi</p>
<p>Ako žalba ovlašćenog tužioca izjavljena na štetu okrivljenog ne sadrži sve elemente iz čl. 435. ZKP-a biće odbačena kao neuredna, navodi se u čl. 436. ZKP-a. To znači da će biti odbačena i žalba koja greškom ne sadrži predlog.</p>	<p>Ovo rešenje insistira na strogom formalizmu nasuprot logici i suštini stvari. Recimo potpuno pogrešan žalbeni predlog spasava žalbu od odbacivanja premda suštinski ne doprinosi odlučivanju po žalbi, već može i da oteža donošenje odluke po žalbi. Osim toga, odbacivanje žalbe samo zato što ne sadrži predlog nema opravdanja i ako se ima u vidu sadržina st. 1. čl. 451. ZKP-a. U čl. 451. st. 1. stoji da drugostepeni sud ispituje žalbu u okviru osnova, dela i pravca pobijanja koji su istaknuti u žalbi, a ne i okviru žalbenog predloga.</p>	<p>Izmeniti</p>
<p>Žalba na presudu zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (član 440)</p>	<p>Žalba po ovom osnovu postaje neefikasna, pa i <i>de facto</i> poprilično besmislena jer sud više nema oficijelnu dužnost utvrđivanja istine, a stranke su same odgovorne za izvođenje dokaza, pa samim tim i za utvrđivanje činjeničnog stanja</p>	<p>Potrebno je usklađivanje sa ostalim tekstom, odnosno takav žalbeni razlog treba da ostane u Zakoniku, ali je istovremeno neophodno da se ponovo uvede dužnost suda da utvrđuje istinu u krivičnom postupku, odnosno da oficijelno i onda kada ne postoji dokazna inicijativa stranaka, izvodi dokaze koji su potrebni za utvrđivanje potpunog i ispravnog činjeničnog stanja.</p>
<p>Činjenično stanje je pogrešno utvrđeno kada je sud neku odlučenu činjenicu koja je predmet dokazivanja pogrešno utvrdio, a nepotpuno je utvrđeno kada neku odlučnu činjenicu koja je predmet dokazivanja nije utvrdio (član 440 stav 2)</p>	<p>Kontradiktorno je samom zakonskom pravilu da sud primarno ni ne utvrđuje činjenično stanje, već to praktično čine stranke izvođenjem „svojih“ dokaza, jer u skladu sa odredbom člana 15 stav 3, <i>sud izvodi dokaze na predlog stranaka</i></p>	<p>Potrebno je usklađivanje sa ostalim tekstom, odnosno prethodnim predlogom u de lege ferenda smislu, se i ovaj problem rešava.</p>
<p>Prema st. 1. čl. 451. žalbeni sud ispituje presudu u okviru osnova, krivičnog dela i pravca pobijanja presude koji su istaknuti u žalbi.</p>	<p>Razlozi žalbe sadržani u obrazloženju žalbe koje je zakonom propisano kao obavezan element žalbe (čl. 435. ZKP-a) neće se ispitivati u žalbenom postupku, ali hoće pravac pobijanja presude koji nije obavezan element žalbe.</p>	<p>Izmeniti tako što će se propisati obaveza da žalbeni sud ispituje razloge žalbe sadržane u obrazloženju.</p>

<p>Po članu 451. sud u žalbenom postupku, pod određenim uslovima i po službenoj dužnosti, ispituje samo odluku o krivičnoj sankciji.</p>	<p>Rešenje koje nema opravdanja i moglo bi da dovede subjekte krivičnog postupka u teško rešive situacije. Recimo, žalilac izjavi žalbu zbog krivične sankcije propustivši da žalbu izjavi zbog povrede zakona, iako je presudi povređen zakon na štetu optuženog u pogledu pravne ocene dela. Sud u toj situaciji može da ispituje žalbu samo u okviru odluke o krivičnoj sankciji koja izrečena u zakonskim okvirima za nepravilnu strožu krivičnu sankciju.</p>	<p>Proširiti mogućnost ispitivanja žalbe po službenoj dužnosti.</p>
<p>U ponovljenom postupku (<i>prema okrivljenom koji je osuđen u odsustvu</i>), saučesnik koji je već osuđen ne može se saslušavati, niti se može suočiti sa okrivljenim, već se upoznavanje sa sadržinom njegovog iskaza vrši uvidom u spise (član 481 stav 2)</p>	<p>Šta ako se osuda zasnivala na takvom dokazu, ako je saokrivljeni prebacivao krivicu na okrivljenog u bekstvu?</p>	<p>Brisanje iz teksta Zakonika ili odgovarajuće usklađivanje</p>
<p>Član 482. propisuje da zahtev za zaštitu zakonitosti može da se podigne protiv pravnosnažne odluke suda ili javnog tužilaštva. Član 269. ZKP, kaže da naredbe javnog tužioca, takođe, spadaju u odluke.</p>	<p>Znači da Republički javni tužilac može da podigne zahtev za zaštitu zakonitosti i protiv naredbe o sprovođenju istrage protiv koje Zakonik ne dopušta redovno pravno sredstvo.</p>	<p>Logičnije bi bilo dopustiti redovno pravno sredstvo protiv odluke da se pokrene istraga, pa tek tada razmotriti uvođenje vanrednog pravnog leka protiv odluke javnog tužioca da pokrene istragu.</p>
<p>Po čl. 486. st. 2. sud će odlučivati o zahtevu samo ukoliko je povreda zakona na koju se ukazuje „od značaja za pravilnu i ujednačenu primenu prava“.</p>	<p>To znači da sud nije dužan da odlučuje o zahtevu, ni u slučaju kada je povreda učinjena na štetu okrivljenog.</p>	<p>Propisati obavezu suda da odlučuje o zahtevu ukoliko je povreda učinjena na štetu okrivljenog, bez obzira na značaj učinjene povrede.</p>
<p>Odredba čl. 526. st. 4. je nepotpuna i neusaglašena sa čl. 81. i čl. 82. Krivičnog zakonika. U čl. 526. st. 4. ZKP-a navodi se da će neuračunljivom učiniocu koji je izvršio protivpravno delo koje je u zakonu određeno kao krivično, biti određena mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi ili obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi.</p>	<p>Zakonik o krivičnom postupku, ispustio je da navede dodatne uslove za izricanje ovih mera bezbednosti koji su predviđeni Krivičnim zakonikom, a to su i ozbiljna opasnost od ponavljanja protivpravnog dela kao i nephodnost primene mere da bi se opasnost od ponavljanja dela otklonila.</p>	<p>Čl. 526. st. 4 izmeniti i usaglasiti sa čl. 81. i 82. Krivičnog zakonika</p>

SADRŽAJ

Uvodna reč	5
Jirgen Den (Jürgen Dehn): Ubrzanje postupka nasuprot načela istine	7
NOVI ZAKONIK O KRIVIČNOM POSTUPKU SRBIJE	
Predgovor	13
dr Milan Škulić Kritička analiza nekih odredbi novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine	17
dr Goran Ilić Tužilaštvo sovjetsko, postupak američki	131
Zaključak	169
Sumarni prikaz osnovnih grešaka u novom Zakoniku o krivičnom postupku Srbije	175

