



РЕФОРМА У СТИЛУ  
„ЈЕДАН КОРАК НАПРЕД  
– ДВА КОРАКА НАЗАД“

др Милан Шкулић  
др Горан Илић



УДРУЖЕЊЕ ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА  
И ЗАМЕНИКА ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА СРБИЈЕ

**НОВИ ЗАКОНИК О КРИВИЧНОМ  
ПОСТУПКУ СРБИЈЕ**

---

РЕФОРМА У СТИЛУ  
„ЈЕДАН КОРАК НАПРЕД – ДВА КОРАКА НАЗАД”

**др Милан Шкулић,**

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду  
и председник Удружења правника Србије

**др Горан Илић,**

заменик републичког јавног тужиоца и председник Удружења  
јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије

## **НОВИ ЗАКОНИК О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ:**

### **РЕФОРМА У СТИЛУ „ЈЕДАН КОРАК НАПРЕД – ДВА КОРАКА НАЗАД“**

**издавачи:**

Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије  
Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу  
Правни факултет Универзитета у Београду

**тираж:**

500

**штампа:**

АТЦ, Београд

CIP - Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

340.134:343.13(497.11)

ШКУЛИЋ, Милан, 1968-

Реформа у стилу “Један корак напред - два  
корака назад” : нови Законик о кривичном  
поступку Србије / Милан Шкулић, Горан Илић. -  
Београд : Удружење тужилаца и заменика  
јавних тужилаца Србије : Правни факултет :  
Српско удружење за кривичноправну теорију и  
праксу, 2012 (Београд : АТЦ). - 187 стр. ; 24 cm

Тираж 500. - Стр. 5-14: Рецензија / Војислав  
Ђурђић, Станко Бејатовић, Данило Суботић. -  
Напомене и библиографске референце уз текст.

ISBN 978-86-87259-29-4 (УТЦ)

1. Илић, Горан, 1963- [аутор]

а) Кривични поступак - Законодавство -  
Србија

COBISS.SR-ID 190954508

**др Милан Шкулић, др Горан Илић**

**НОВИ ЗАКОНИК О  
КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ  
СРБИЈЕ**

**РЕФОРМА У СТИЛУ „ЈЕДАН КОРАК  
НАПРЕД – ДВА КОРАКА НАЗАД”**

Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије  
Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу  
Правни факултет Универзитета у Београду  
Београд, 2012.



## РЕЦЕНЗИЈА

др Милан Шкулић – др Горан Илић:  
НОВИ ЗАКОНИК О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ  
– Реформа у стилу „један корак напред – два корака назад”,

1. У рукопису публикације припремљене за објављивање која нам је достављена на рецензију, расправља се о најновијем српском процесном кодексу – Законик о кривичном поступку из 2011, што је изузетно актуелна проблематика, јер нова законска решења, особито она радикална, изискују теоријска објашњења и стручне интерпретације, а сам правни извор од посебног је значаја за једно цивилизовано друштво, те се у правној доктрини поима као „мали устав” сваке демократске државе утемељене на владавини права.

По својој намени и моменту у коме се објављује, текст публикације посве је неуобичајен и досад непознат у српској кривичнопроцесној књижевности. У тренутку кад је за најтежа кривична дела овај правни извор већ почео да се примењује а за неколико месеци се очекује и његова примена за сва кривична дела, аутори су намену публикације усмерили у два, по исходу супротстављена правца: с једне стране, неуобичајено оштра доктринарна критика концепције и уређења структуралних елемената новог кривичног поступка, темељ је за експлицитни захтев аутора, скоро вапај, да нови процесни кодекс не би смео заживети у правом поретку, а с друге стране, егзегеза законског текста треба да послужи као путоказ за примену вишезначних или противречних норми, којима законик обилује.

Публикација садржи предговор и два одељка у која је распоређено целокупно излагање о новом кодексу, након чега следују закључци и на крају табеларни приказ критикованих законских решења. Аутор првог одељка је др Милан Шкулић, а другог, др Горан Илић.

2. У првом одељку искључиво се расправља о новим решењима садржаним у процесном кодексу из 2011. године. Најпре се сасвим оправдано

критикује приступ законописаца да поистовећују брзину са ефикасношћу поступка, да запостављају правичан поступак као један од циљева реформе кривичног процесног законодавства, те да сасвим погрешно тврде да примена закона „неће бити лака” не због недостатака које он има већ „понајпре због социопсихолошког феномена” који се очитује у „недостатку културе”, претпоставља се правне културе носилаца правосудних функција. Даље излагање тематски би се могло поставити у три равни: (а) критика концепције новог кривичног поступка, (б) критика погрешних законских решења и (в) предлози *de lege ferenda*.

(а) Као основне концепцијске аномалије аутор наводи погрешно уређење истраге, адверзијалну организацију главног претреса и потпуно елиминисање начела истине из кривичног поступка.

Уређење истраге аутор сматра „питањем над питањима”, те му посвећују одговарајућу пажњу. Теоријска расправа о глорификацији судске истраге, објашњење концепције истраге према процесним кодексима из 2001. и 2006, а потом свестрана анализа одредби о отварању истраге, положају окривљеног и браниоца у истрази, о доказном кредибилитету истражних радњи јавног тужиоца и сврси тако уређене истраге – послужили су као потка за указивање на основне недостатке нове истраге, означене као јавнотужилачка истрага, за чије увођење се иначе и аутори ове публикације залажу. Као један од озбиљних недостатака нове концепције истраге наводи се то што је ова фаза номинално уређена као јавнотужилачка а реално садржи и елементе тзв. паралелне истраге, чиме се фаворизује само богати слој осумњичених, попут „тајкуна”, „нарко-босова” и сл., који могу да плате приватне детективе и најбоље адвокате да спроведу истрагу у њихову корист, док ће за већину осумњичених и ангажовање адвоката остати недостижно, па ће за њих право на сопствену истрагу остати пука прокламација. Други концепцијски недостатак нове истраге, за који би се могло рећи да је најкрупнији, јесте у томе, како аутор сасвим исправно тврди, што су законописци изједначили доказни кредибилитет истражних радњи јавног тужиоца са судским доказним радњама. Тиме што су докази које изведе државни орган (у правном поретку објективно потчињен извршној власти, недовољно самосталан и без потребне непристрасности), изједначени са судским доказима јер се на главном претресу користе са снагом као да их је суд извео – доведена је одбрана у неравноправан положај са јавним тужиоцем пошто сваки доказ мора извести пред судом, уз пуну примену начела контрадикторности, дакле са обавезним

учешћем јавног тужиоца. С таквим прописивањем доказне снаге изведених истражних радњи јавног тужиоца, замишљена „једнакост оружја” кривичнопроцесних странака се губи а истовремено се системски угрожава начело правичног поступка. У публикацији се аргументовано показује да је овакво схватање доказне снаге резултата доказних радњи које изводи јавни тужилац у истрази, теоријски и концепцијски неприхватљиво и непознато у упоредном праву, наводећи гледишта савремене доктрине процесног права и законска решења старих европских држава. Због таквог схватања доказне снаге истражних радњи јавног тужиоца, погрешно је дефинисана и сврха истраге, за коју се констатује да је сада шире одређена него да је судска, а судији за претходни поступак онемогућено је извођење било које доказне радње, па ни кад се ради о извођењу тзв. инцидентних доказа које је у упоредном праву искључиво судско.

Критику потпуно адверзијалног главног претреса аутор заснива на теоријском објашњењу континенталноевропског и англоамеричког (адверзијалног) типа кривичног поступка, поткрепљујући своја гледишта искуствима из упоредног права. Поверавањем странкама да оне, по правилу, изводе доказе на главном претресу уз драстично минимизирање улоге суда, сведене на контролу формалне исправности доказног поступка странака, кривични поступак је у доброј мери „приватизован”. На тај начин је суд претворен у „стручни жири” који „бодује” успешност сваке странке у доказивању и „правном двобоју”, што се у публикацији оцењује као ризичан експеримент. Таква оцена је концепцијски утемељена на правној традицији континентално европских земаља, а са становишта најављене модернизације наше кривичне процедуре, могло би се рећи да је посве нелогично и неспојиво да суд буде европски а поступак амерички, примерен поротном суђењу. За законску прокламацију из општих законских одредаба да суд изводи доказе на предлог странака, коју не прати ниједна законска одредба по којој би суд имао овлашћење да изводи доказе, аутор сматра да је „омашка твораца закона”, а одредбу којом се овлашћује суд да странкама наложи извођење допунских доказа, уместо да их сам изведе, оцењују као бесмислено нормативно решење. Основана је и критика да моделу кривичног поступка са адверзијално уређеним главним претресом не одговара јавнотужилачка већ неформална полицијска или страначка истрага, те да је у нашој традицији мешовити кривични поступак. Ни потпуно адверзијални главни претрес не може учинити суђење правичним ако докази тужиоца које је извео у истрази, без посебних за-



конских услова, могу постати чињенична основа пресуде. На правичност поступка снажно се обрушава неравноправни положај окривљеног који на чисто адвезијалном главном претресу учествује без браниоца, а то је могуће за највећи број кривичних дела уместо да стручна одбрана буде обавезна за сва дела, што аутор такође негативно оцењује и тако употпуњује општу оцену да је чисто адверзијални главни претрес потпуни концепцијски промашај законодавца.

У тесној вези са адверзијалним главним поступком је и девалвација начела истине, за коју аутор сматра да је бесмислена и неморална. Позивајући се на доктринарна гледишта у континентално европским змељама и узимајући у обзир њихове моделе кривичног поступка, констатује се да у тим моделима суд тежи утврђивању истине као декларисаном али не једином циљу кривичне процедуре. За разлику од једног таквог европског ситема у коме је суд овлашћен да по службеној дужности изводи доказе у циљу утврђивања истине, што „јасно осликава класичну континентално-европску концепцију”, наш законодавац, по мишљењу аутора, консеквентно елиминише дејство начела истине у поступку суђења за кривична дела, прерушавајући га у процедуру сличну парничном поступку, којим доминира начело диспозитивности странака. Осим због концепцијске неутемељености и наше правне традиције, протеривање истине из српског кривичног поступка неприхватљиво је и за саме учеснике тог поступка, због њихове правне културе и традиционалног поимања циља кривичне процедуре, и за општу јавност, за коју је незамисливо кажњавање без трагања за истином ко је учинилац кривичног дела, те је оправдано залагање аутора да се изнова успостави одговорност кривичног суда за прибирање и извођење доказа с циљем да се утврди истина о кривичном делу и учиниоцу обухваћених оптужбом.

Кад се има у виду да због адверзијалног карактера главног претреса суд више није одговоран за прикупљање и извођење доказе већ странке и да није дужан да утврђује истину о делу и учиниоцу, може се поставити питање на чему онда држава заснива своје право на кажњавање учиниоца кривичног дела.

(б) Поред концепције новог кривичног поступка, у понуђеном тексту се критички анализирају и такође критикују бројна законска решења која су настала као последица погрешне концепције законодавца или зато што су непрецизна или међусобно неусклађена. Предмет критичке расправе су опште одредбе о доказивању, неусаглашеност уређења унак-

рсног испитивања на главном претресу и разлога за одређивање притвора, контрадикције између правила о страначком испитивању сведока на главном претресу и општих правила о тој доказној радњи, законске дефиниције степена сумње посматране са становишта претпоставке невиности, споразуми о признању кривице, одређивање момента започињања кривичног гоњења и момента покретања кривичног поступка, непотребно раздвајање предистражног и истражног поступка, уређење жалбе на пресуду другог степеног суда, као и многа друга, више или мање важна законска решења.

(в) Предлози *de lege ferenda* теоријски су утемељени и прецизно формулисани, циљ им је заштити слобода и права процесних субјеката, пре свега окривљеног, усмерени су ка учвршћивању начела правичног поступка, а не угрожавају ефикасност кривичне процедуре. Учињеним предлозима прецизирају се процесна правила, уклањају се концепцијска одступања и недоследности, отклањају се унутрашње и спољашње противречности процесних норми, што у крајњем може допринети побољшању и кохерентности нормативне основе нове кривичне процедуре. Више је таквих оправданих и сврсисходних предлога, међу којима су: предлог да се у јавнотужилачу истрагу уведе судско извођење тзв. инцидентних доказа, тј. доказа код којих постоји опасност од одлагања, предлог да се у поступак судске контроле уведе начело усмености и контрадикторности и др.

3. У другом делу публикације, под насловом „Тужилаштво совјетско, поступак амерички”, обрађене су две, тематски самосталне целине – прва обухвата расправу о неким законским решењима из најновијег кривично-процесног кодекса, а друга целина садржи анализу уставног и законског уређења јавног тужилаштва.

На почетку излагања о неким законским решењима у новом кривично-процесном кодексу, најпре је констатовано да законодавац приликом уређења процесног положаја јавног тужиоца у новом моделу кривичног поступка, није узео у обзир уставни и законски положај српског јавног тужилаштва: уставним нормама јавно тужилаштво је потчинјено извршној власти, а с друге стране, на тужилаштво се у новом кривичном поступку преносе овлашћења независног судског органа. Осим тога, како се с разлогом констатује, законописци су запоставили чињеницу да је јавно тужилаштво још увек организовано по традиционалном, прилично застарелом моделу, „с прекомерним централизмом и неспутаном хијерархијом”,

што је скоро непремостива препрека да се јавни тужиоци прилагоде новој процесној улози и одговоре задацима које пред њих нови закон поставља.

Нако ове опште критике, у далјем излаганју се аутор посвећује анализи и критици пре свега оних одредаба новог процесног кодекса које одређују или утичу на процесни положај јавног тужиоца, доводећи их често у везу с прописима тзв. организационог процесног права.

За одсуство спољшње контроле одлуке јавног тужиоца да не отпочне или не настави кривично гоњење, аутор сматра да није најбоље законско решење јер круто хијерархијско устројство онемогућава објективно преиспитивање одлуке нижег тужиоца, те се залаже да у том случају треба конституисати право оштећеног да захтева одлуку суда. Затим, основано се указује да је учешће стручних сарадника јавног тужиоца у колизији са уставним нормама о субјектима коме се поверава јавнотужилачка функција.

Указано је на несклад између одредаба о постављању и разрешењу браниоца у истрази, јер се разрешење браниоца поверава судским органима а његово постављење, јавном тужиоцу, као и на дисхармонију норми о радњама одржавања процесне дисциплине са потпуно новим процесним положајем јавног тужиоца у истрази.

Аутор такође указује на унутрашњу противречност норме којом се основи сумње везују за кривично дело уместо за осумњиченог и затим сасвим исправно истиче да је нова законска норма којим се прописује садржај решења о задржавању осумњиченог, у супротности с праксом Европског суда за људска права који стоји на становишту да је за сваку примену мере лишења слободе потребно неопходно посебно образложење њене оправданости.

Као неодговарајућа, критикује се и законска регулатива која омогућава полицији да предузимањем било које доказне радње „принуди” јавног тужиоца на доношење одлуке о покретању истраге. Осим тога, аутор сматра да би законски текст требало допунити недостајућим одредбама о условима и начину обуставе истраге против непознатог учиниоца.

Предмет расправе у другој тематској целини овог одељка публикације јесте критички поглед на уређење јавног тужилаштва у Србији. Аутор критички и свестрано анализира уставне и законске норме о уређењу јавног тужилаштва, обухватајући сва најважнија питања: принцип хијерархијског уређења, из кога извиру принципи деволуције и супституције, принцип монократског уређења, обавезно упутство

надређеног, залажући се за сужење обима његове примене, као и друга важна законска решења којима се утиче на положај овог државног органа. Ослањајући се на искуства у организацији јавног тужилаштва у другим земљама, аутор детаљано анализира прописане услове за именовање јавних тужилаца и њихових заменика, поступак именовања и органе који о томе одлучују. Ти прописи не гарантују потребну самосталност јавног тужилаштва нити независан рад носилаца јавнотужилачких функција. Да би се осигурало вршење овлашћења независно и слободно од политичких утицаја, аутор се залаже да именовање јавних тужилаца мора бити у надлежности Врховног савета правосуђа, сагласно обвезујућим међународним правним стандардима. У вези са увођењем јавнотужилачке истраге и установљавања многих других нових задатака и овлашћења којим се мења његова досадашња, релативно пасивна улога у кривичном поступку, аутор сматра да само самостално јавно тужилаштво и јавни тужилац који је независан у раду, могу у пуном капацитету да остваре функцију кривичног гоњења.

4. Табеларни преглед дат на крају публикације, садржи кратак приказ грешака у новом кривичнопроцесном кодексу: у првој колони се најпре цитира анализирана законска одредба, у другој се наводи кратко објашњење недостатака тог процесног правила, док се у трећој колони чини предлог *de lege ferenda* везан за цитирану норму.

5. Доктринарном критиком заснованом на савременим гледиштима кривичнопроцесне теорије, искуствима из упоредног права и српској правној традицији, аутори се убедљиво супротстављају прагматичним и концепцијски дубиозним подухватима законодавца. Зато, теоријске експликације уређења новог кривичног поступка и промишљања о његовој концепцији могу послужити као валидна научна грађа за даља доктринарна изучавања и сучељавање аргумената о природи, структуралним елементима и принципима уређења нове или новелиране кривичне процедуре.

Тумачења нових процесних правила о којима се расправља, аналитичка су и свеобухватна, те садржај и смисао анализираних института постаје разумљив, а изузетно критички тон интерпретације осветљава непрецизност и вишезначност законских норми, њихову унутрашњу и спољашњу противречност, што се, у крајњем, испољава као указивање на

концепцијску недоследност неког појединачног процесног правила или нарушену кохерентност кривичног поступка. Суштинска објашњења нових процесних установа или правила, криминално-политичких и процесноправних разлога због којег су установљена и сврхе којој треба да служе, могу бити сигуран ослонац како их правилно тумачити и примењивати у правосудној пракси.

Иако предмет расправе није нацрт или предлог законског текста него законик који је већ ступио на правну снагу и примењује се за тешка кривична дела за која поступа јавно тужилаштво посебне надлежности, а ускоро се очекује и почетак његове примене за све инкриминације, у публикацији се анализирају могућа законска решења и дају предлози *de lege ferenda* у циљу побољшања законског текста и његове кохерентности.

Теоријска објашњења уређења новог модела кривичног поступка, утемељеног на идејама еклектицизма, тумачење нових процесних принципа и установа, или већ постојећих у новом процесном амбијенту, као и експликација уређења јавног тужилаштва и новог процесног положаја јавног тужиоца, чине ову публикацију актуелном литературом за даља доктринарна проучавања и правилну примену законских прописа у правосудној пракси, а предлози *de lege ferenda*, осмишљени и децидни, могу бити од велике помоћи законодавцу приликом доградње кривичног поступка да успостави нарушени еквилибријум између његове ефикасности и правичног поступка који пружа оптималне гаранције заштите људских права. Из тих разлога, са задовољством препоручујемо издавачу да објави публикацију **НОВИ ЗАКОНИК О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ – Реформа у стилу „један корак напред – два корака назад”**, аутора др Милана Шкулића и др Горана Илића, и учини је доступном научној и стручној јавности, као и законописцима и законодавцу, којима је такође намењена.

У Београду, 15. маја 2012.

РЕЦЕНЗЕНТИ

проф. др Војислав Ђурђић

проф. др Станко Бејатовић

## РЕЦЕНЗИЈА

Књига др Милана Шкулића и др Горана Илића *Нови законик о кривичном поступку Србије РЕФОРМА У СТИЛУ „ЈЕДАН КОРАК НАПРЕД – ДВА КОРАКА НАЗАД”* представља исцрпну и темељну критику тог законика који се већ примењује у поступку за нека најтежа кривична дела, а у целини би требало да се примењује почев од 15. јануара 2013. године. Због бројних и суштинских недостатака Законика аутори се залажу за његово стављање ван снаге или битно модификовање.

Књига садржи целовиту критичку анализу основних концепцијских решења новог законика о кривичном поступку и критичко разматрање ни за конкретних решења у том закону, са посебним критичким освртом на хијерархијску организацију јавног тужилаштва која је у нескладу са новом улогом јавног тужиоца у кривичном поступку, нарочито у истражи чије спровођење је поверено јавном тужиоцу. На крају књиге дат је табеларни преглед неодговарајућих одредаба новог законика са предлогом да се оне бришу или поправе.

Критици је посебно изложен концепт тзв. паралелне истраге тј. прикупљања доказа у корист одбране. Ова „истрага” не би имала већи практични значај а фаворизовала би богате окривљене који могу да обезбеде најстручнију одбрану и ангажовање приватних детектива.

У књизи је дата исцрпна критика (у новом закону прихваћене) концепције адверзијалне (страначке) конструкције главног претреса и елиминисања начела истине у кривичном поступку. По тој концепцији, улога суда на главном претресу свела би се готово искључиво на контролу законитости страначког извођења доказа и процењивање успешности странака у „доказном двобоју”. Суд је ослобођен дужности да утврђује истину у кривичном поступку, што аутори сматрају изразито штетним експериментом, са могућим неповољним последицама и за државу и за грађане. Већина европских држава укључујући и оне најзначајније, задржала је принцип истине у кривичној процедури.

У вези са страначким извођењем доказа аутори се посебно критички осврћу на увођење унакрсног испитивања сведока које допушта

и постављање сугестивних питања, указујући на противречност између подразумевајуће припреме сведока одбране за овакво испитивање и задржавања у Законнику разлога за притвор по основу опасности да ће окривљени ометати поступак утицањем на сведоке. И тамо где традиционално постоји (нпр. у кривичној процедури САД) унакрсно испитивање функционише захваљујући правно допуштеном припремању сведока за такво испитивање. По нашем новом законнику о кривичном поступку, јавни тужилац је орган истраге и било би потпуно неспојиво са том функцијом да он припрема своје сведоке за унакрсно испитивање. У изгледу је разарајуће дејство унакрсног испитивања на поузданост сведока као доказног средства, посебно кад су у питању неприпремљени сведоци оптужбе.

У књизи се детаљно указује на недостатке низа конкретних одредаба Законика који (недостаци) се састоје у правнотехничким грешкама, нејасностима, противречностима, а неке одредбе су и у нескладу са материјалним кривичним правом.

Објављивање ове књиге оствариће њену двоструку сврху – да својом критичком анализом допринесе сагледавању крупних, суштинских недостатака законика на који се односи и да на те недостатке скрене пажњу стручној и широј јавности.

У Београду, 14.05.2012. године

Рецензент

Данило Суботић

## ПРЕДГОВОР

Књига посвећена критичкој анализи новог законика о кривичном поступку Србије из 2011. године плод је заједничког рада два аутора, који су се овом питању посветили са жељом да стручној, научној и широј српској, али и међународној јавности скрену пажњу на читав низ врло озбиљних пропуста учињених у новом законнику о кривичном поступку Србије, за који његови главни „аутори” истичу да је модеран, те да ће бити допринос ефикаснијој кривичној процедури у пракси. Већ те констатације веома су сумњиве и саме по себи указују на недостатак аргумената у одбрани неодбрањивог.

Атрибут „модеран” делује поприлично бизарно када се ради о важном законском тексту, а нарочито ако се у виду има то да данас у Европи многе уређене правне државе имају сличне законе који потичу из 19. века, при чему њихови просечни кривични поступци трају неколико пута краће него што је то, по правилу, случај у Србији.

Ефикасност кривичног поступка не може се априорно поистоветити с брзином, а брз кривични поступак који није правичан не може бити идеал државе која је демократска и бар елементарно тежи да буде држава која се одликује владавином права.

Није било лако потрошити тако много енергије на критику једног сасвим новог законика; пре се могло очекивати писање коментара који би олакшали његову примену. Критици је, по логици ствари, место у фази стварања нацрта законског текста и његове радне верзије. Тада критика може да оствари своју пуну сврху, али само када главни креатори законског текста нису самозаљубљени, тврдоглави и упорни у истрајавању на грубим грешкама и потпуно наопаком концепцијском приступу.

Аутори ове књиге сматрају да је текст новог законика о кривичном поступку у толикој мери лош да га је веома тешко само објективно комен-



тарисати у жељи да то олакша његову коректну примену. Једини оправдан приступ, чини се, јесте његово аргументовано критиковање, у нади да до потпуне примене Законика у овом облику никад неће доћи, те да ће бити или битно модификован или потпуно стављен ван снаге.

Аутори књиге се професионално баве кривичним процесним правом, које посматрају из различите оптике – један, као професор кривичног процесног права, више је оријентисан ка доктринарном приступу, док је други, као носилац јавнотужилачке функције, више усредсређен на практичне аспекте, а како се ради и о председнику Удружења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, он је, по логици ствари, примарно посвећен уочавању проблема који новим нормативним решењима настају и усложњавају се услед колизије одређених практичних, али и концепцијских механизма, садржаних у новом ЗКП-у Србије, с нормама којима се регулише положај јавног тужилаштва у правном систему земље.

Ригидна и донекле чак „полувојна” организација јавног тужилаштва у Србији стога је директно супротстављена новој улози јавног тужиоца у кривичном поступку, где се од њега, поред осталог, очекује и да непристрасно води истрагу, при чему, услед деловања строге хијерархије у садашњој јавнотужилачкој организацији, постаје реално да ће, онда и ако нови ЗКП заживи, све истраге формално водити један једини субјект – републички јавни тужилац. Ово већ, само по себи, представља веома опасно решење, нарочито у контексту сада већ поприлично турбулентних друштвених околности у Србији, а посебно с обзиром на све правне, социјалне, па и социјално-психолошке последице општег избора или реизбора свих носилаца правосудних функција у земљи.

Наиме, вођење истраге, као и одређени облици судске надлежности у јавнотужилачкој истрази, по логици ствари, подразумевају не само висок ниво стручних правних знања, већ и одговарајућу стабилност и сигурност у професионални статус, што је, из разумљивих разлога, у овом тренутку прилично доведено у питање. Стога и с обзиром на то да није спорно да чак ни најбоља законска решења не могу дати довољно добар ефекат у пракси када одговарајући социјални и правни амбијент није повољан, а овде се, при том, ради и о екстремно лошим нормативним решењима новог законика, сасвим је јасно да је изабран потпуно погрешан тренутак за прелазак са судске на јавнотужилачку истрагу.

Књига је посвећена како критичкој анализи основних концепцијских решења новог законика о кривичном поступку Србије, тако и критичком

разматрању низа сасвим конкретних решења која су лоша са чисто правнотехничког становишта. У концепцијском смислу, посебно се намеће потреба да се пажња усредсреди на следећа питања:

1) *истрагу* која је поверена јавном тужиоцу, али са елементима тзв. паралелне истраге, што ће је не само учинити мање ефикасном, већ то представља још један пример директног фаворизовања релативно малог броја изузетно богатих окривљених, попут „тајкуна” који су се обогатили сумњивим приватизацијама, „нарко-босова” и сл;

2) организацију *главног претреса*, која је сада чисто адверзијална, што не само да је потпуно страниј нашој досадашњој кривичнопроцесној традицији, стеченим знањима и искуствима, већ очигледно одудара од решења прихваћених у већини континентално-европских земаља, које су до сада Србији традиционално служиле као узор у изградњи правног система, а што ће у пракси, такође, довести до огромних неправичности у односу на „судбину” већине типичних окривљених;

3) потпуно *елиминисање начела истине* у кривичном поступку, који се сада устројава као класична „парница” и где се суд чини максимално доказно пасивним, што не само да је сасвим атипично за континенталну Европу, те дубоко неправично, већ је и изразито неморално.

Како из ових основних концепцијских аномалија новог законика о кривичном поступку Србије тако и из алкавог рада, па и очигледног незнања главних аутора текста из којег је произишао нови ЗКП, проистекле су и бројне друге правнотехничке омашке, лоша, сасвим погрешна или веома сумњива нормативна решења, на која се такође скреће пажња у тексту ове књиге. Њени аутори истичу да постоје и друге одредбе Законика које заслужују оправдану критику, али се њихово коментарисање оставља за неку другу прилику, што ће, надамо се, искористити и други будући писци текстова посвећених анализи Законика о кривичном поступку Србије.

Како би се већ на први поглед олакшало увиђање обима крупних грешака у новом законнику, аутори су, уз основни текст књиге, посвећен продубљенијим анализама, приложили и једну посебну врсту сумарног текста, сврстаног у одговарајућу табелу, у оквиру које се најпре наводи конкретна законска одредба која се сматра неадекватном, кратко образлаже зашто се она сматра лошом, те потом даје и предлог, који се своди било на брисање такве одредбе из Законика или на њену модификацију, којом би се поправила.

Аутори се надају да ће овај текст допринети да у Србији брзо сазри свест о потреби да се нови законик о кривичном поступку стави на место које му заслужено припада, а то значи међу „пропале инвестиције”, каквих је у Србији, нажалост и иначе, поприлично. Лоше је када се праве грешке и када се губи време на послу који резултира тако лошим продуктом, али је боље признати грешку и такав „продукт” или потпуно анулирати или га битно модификовати. Аутори ове књиге убеђени су да очигледно наопака основна концепција новог законика о кривичном поступку, као и број тешких конкретних правнотехничких и суштинских грешака, налажу потпуно стављање ван снаге тог веома лошег законског текста, али би одређени позитиван корак могао бити начињен макар и одређеним модификацијама Законика, које би га, колико је то могуће, поправили.

Истина је да *сви закони вреде колико вреде људи којих их примењују*, као што је то још давно приметио чувени Енрико Фери, али веома лоше законе не могу поправити ни најбољи људи, већ тада, нажалост, постоји опасност да њихова примена поквари и оне што их примењују.

Такође, још увек је актуелна мисао – *dura lex sed lex*. Строг закон је још увек закон и мора се примењивати. И лош закон јесте закон и он се, док је закон, мора примењивати. Али с каквим последицама и по коју цену? Аутори се надају да ова књига може послужити и за бољу примену уопште веома лошег закона, ако до такве примене, ипак и нажалост, дође у пуном обиму.

Исто као што је лош и бесмислен поступак када ружна особа разбије огледало незадовољна одразом који у њему види, не може бити добро ни када главни креатори Законика о кривичном поступку – што се посебно односи на оне који су израдили његов нацрт те га потом нашем законодавцу предложили – незадовољство неприхватањем свог чеда изложе априорним и необразложеним нападом на критику новог законика. Та критика, ма колико оштра била, потпуно је оправдана и у ствари представља само објективно огледало у којем творци тог законског текста могу видети резултате свог рада.

*Од чињења грешке горе је једино упорно истрајавање на њој...*

У Београду, априла 2011. године

Аутори

др Милан Шкулић,

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

и председник Удружења правника Србије

# Критичка анализа неких одредби новог законика о кривичном поступку Србије из 2011. године

## Уводна разматрања

Овај критички осврт примарно се тиче новог законика о кривичном поступку Србије из 2011. године, који се – уз фокусирање на његове основне карактеристике, попут новог концепта истраге, нове конструкције главног претреса, одустајања од неких класичних кривичнопроцесних начела као што је случај с принципом истине итд – у тексту пажљиво критички анализира, те се указује на основне мане, очигледно лоше одредбе, или неке мање упадљиве слабе тачке нових законских решења.

Уверени смо да заслужено строга критика новог и веома лошег законика о кривичном поступку може бити од користи како за будућу праксу примене Законика тако и у погледу његових наредних измена и допуна,<sup>1</sup> то јест будућу судбину овог законика – због чега добар део нашег текста

---

<sup>1</sup> Ово је у складу и са више пута јавно истакнутим ставом појединих највиших представника српског правосуђа, који су јавно у средствима јавног информисања истицали да ће „рани” почетак примене новог законика о кривичном поступку Србије у поступцима за кривична дела организованог криминала и друга посебно тешка кривична дела бити прилика како за „тестирање” нових законских решења, тако и за уочавање потребе да се одређена нормативна решења у будућности мењају, и то, како је понекад истицано – у ходу.

Већ и овакав став представља још један показатељ степена „квалитета” новог законика о кривичном поступку, те „вере” коју у њега имају сами они што би требало да га примењују. Он је, поред тога, још једна илустрација погрешног приступа који се огледа у стварању могућности да се у истој земљи у оквиру истог правног система у исто време примењују два битно различита Законика о кривичном поступку, што ће се још посебно коментарисати у даљем тексту, а што субјекте оних кривичних поступака, који се већ сада одвијају према новим законским правилима, претвара у својеврсне заморчиће, то јест „покусне куниће”.

има значај и одговарајућих предлога у смислу *de lege ferenda*, па се надамо да ће тако бити од користи и нашем законодавцу.<sup>2</sup>

Како начелно нисмо против јавнотужилачке истраге, већ смо се, на против, још одраније залагали за прелазак на такав тип истраге, као и истовремено увођење низа нових института у српски кривични поступак, чиме би се он модификовао у правцу стварања услова да буде ефикаснији, али никако не науштрб правичности и, свакако, не уз грубо поистовећивање брзине кривичног поступка и његове ефикасности, у једном делу овог текста одговарајућу пажњу поклонимо и анализирању одређених одредби Законика о кривичном поступку Србије из 2006. године, који, иако је формално ступио на снагу, никад није примењен у пуном обиму. То чинимо јер сматрамо да је тај законик био далеко бољи од Законика из 2011. године. Не само да је у Законнику о кривичном поступку из 2006. године јавнотужилачка истрага била знатно адекватније уређена неко у ЗКП-у из 2011. године, већ је ЗКП/2006 увео низ веома добро конципираних новина у српски кривичнопроцесни амбијент, попут једне умереније варијанте споразума о признавању кривице, која узима у обзир и интересе оштећеног, уз развијање одређених форми сумарних поступака, давање већих могућности за поступање према начелу опортунитета кривичног гоњења, увођење поступка посредовања између оштећеног и окривљеног у погледу лакших кривичних дела итд. Све претходно наведено, као и читав низ других добрих решења Законика о кривичном поступку Србије из 2006. године, без обзира и на одређене слабости тог законског текста, чини га веома интересантним за теоријску анализу, из које, по нашем мишљењу, произлази и закључак да је ЗКП/2006. био далеко боље решење него оно што је остварено (нај)нови(ји)м закоником о кривичном поступку Србије из 2011. године.

---

<sup>2</sup> Овде је од значаја и да далеко највећи број професора кривичног процесног права у Србији, односно уопште, већина српске кривичноправне теорије, износи веома оштре критике новог законика о кривичном поступку Србије из 2011. године, односно текста Нацрта тог законика, из којег су потом и произишле његове одредбе које се аргументовано критикују. У том се погледу истичу следећи аутори и њихови радови, објављени у *Ревизији за кривично право и криминологију*, као и у *Архиву за правне и друштвене науке*: Војислав Ђурђић, „Рedefинисање класичних процесних појмова у преднацрту Законика о кривичном поступку Србије из 2010”, Станко Бејатовић, „Радна верзија Нацрта законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге”, Снежана Бркић, „Критички осврт на Прву главу Радне верзије Нацрта ЗКП Србије од 14. 9. 2010. године”. И други аутори у Србији, наравно, мање или више оштро критиковали су нови ЗКП из 2011. године, односно Нацрт из којег је он произашао, а неки од тих радова и ставова цитирају се и у овом тексту.

Иако је овај текст начелно усредсређен на образложену критичку анализу новог законика о кривичном поступку, који аргументовано сматрамо драматично лошим новим основним извором нашег кривичног процесног права (за сада је још увек у ограниченој примени, само у погледу кривичних дела организованог криминала и других тзв. посебно тешких кривичних дела), те независно од нашег основног става да је велика штета за правни систем Србије што је тако лош законски текст, како у правнотехничком смислу тако и у темељном концепцијском погледу, постао сегмент позитивног права Србије – сматрамо да велики број ставова изнетих у овом тексту може представљати и одговарајући допринос примени тог законика у пракси. Наиме, како се то детаљније објашњава у низу случајева у овом тексту, одређени број норми новог законика о кривичном поступку није сасвим јасан, те се чини да у пракси може деловати прилично збуњујуће, али с обзиром на то да се нови ЗКП делимично већ примењује, критичка анализа неких његових недовољно јасних одредби може допринети да се оне, без обзира на њихове евидентне мане, ипак примене на колико је могуће адекватан начин.

У тексту ће у одређеној мери бити поклоњена пажња и неким решењима која су била присутна у Нацрту тог законика, а од којих се касније одустало, попут, на пример, института „браниоца у приправности”, или начина дефинисања различитих степена сумње, веома чудне одредбе о „родној равноправности” итд.. Таква нормативна решења, без обзира што *на сву срећу* ипак нису постала део Законика о кривичном поступку, заслужују одговарајући коментар јер јасно указују на интенције творца новог ЗКП, правац њиховог размишљања, степен стручности и умешности у креирању норми, као и начин доживљавања сврхе и духа кривичног поступка.

Текст ове критичке анализе, који се тиче чисто нормативног садржаја новог законика о кривичном поступку Србије из 2011. године, често не прати сасвим и доследно законски текст, у смислу редоследа чланова. До тога долази из два основна разлога:

С једне стране, такав је приступ израз начелне оријентације аутора да прво и посебно истакну најкрупније концепцијске аномалије новог законика о кривичном поступку – попут елиминисања начела истине у кривичном поступку, елемената тзв. паралелне истраге у систему јавнотужилачке истраге, те потпуно адверзијалне конструкције главног претреса – а да се тек потом осврну на читав низ других суштинских и прав-

нотехничких аномалија текста Законика о кривичном поступку Србије из 2011.

С друге стране, до тога долази и због идеје аутора да и другим питањима, осим већ објашњених концепцијских проблема, поклоне већу пажњу и на њих усмере „шири сноп критике”, без обзира на њихов редослед у оквиру законске систематизације.

Да би се читаоцу ипак олакшало сналажење у критици конкретног законског текста, али и у циљу одговарајућег рационалног и прегледног „резимирања” критичких запажања, у анексу основног текста дата је једна прегледна табела, где се, сходно самом законском редоследу, то јест систематици Законика (чланови, ставови и тачке), приказују основне критичке анализе, и то тако што се прво наводи одредба која се критикује, потом – објашњава разлог критике, тј. Аргументује се зашто се таква одредба сматра лошом или неадекватном, да би се, коначно, изложио и приступ *de lege ferenda*, тако што се објашњава да ли је, према ставу аутора ове књиге, потребно да се конкретна одредба брише из законског текста, односно да се модификује на одговарајући начин.

**Циљ реформисања кривичног поступка Србије – да ли се тежи само и искључиво бржем кривичном поступку, или је циљ *правичан* кривични поступак**

У пракси се, а нарочито када одређене политичке фигуре лаички оцењују кривични поступак, тј. његову конструкцију и актуелна законска решења – или пак када се ради о конкретним случајевима, што је нарочито опасно – ефикасност поистовећује с брзином кривичног поступка, а понекад чак и с његовим коначним исходом. Тако је, на пример, за неке сваки иоле дужи кривични поступак аутоматски неефикасан, док је за друге, што представља пример изразито наопаког погледа на циљ КП, основни показатељ да је кривични поступак неефикасан то што он у недовољној мери резултира правноснажним осуђујућим пресудама.

Наравно да кривични поступак не сме да траје предуго, али се брзина, сама по себи, не сме ни априорно, механички и крајње упрошћено поистовећивати са ефикасношћу КП. *Брз* и *ефикасан* кривични поступак нису исто.

Брзина поступка је релативна категорија. Важно је да КП не траје више него што је то објективно потребно, а његово трајање у сваком конкретном случају ствар је фактичких и јединствених околности. Колико ће конкретни поступак трајати, зависи од низа фактора, попут сложености доказног материјала, броја оптужених, евентуалних промена у саставу судског већа, које су некада неизбежне, и читавог низа других елемената који одређени случај чине мање или више сложеним, или напротив, релативно једноставним...

Коначно, неко довољно циничан могао би врло лако формулисати одређена крајње „ефикасна” нормативна решења којима би се кривични поступак максимално убрзао. На пример, било би довољно да се укине жалба против пресуде, што би, наравно, било и противуспавно,<sup>3</sup> или чак да се уведе „преки суд” као правило... Наравно, то није могуће у демократској правној држави, али држава која се одликује владавином права мора развијати и свест да брзина поступка, а нарочито кривичног поступка, који је, по дефиницији, изузетно значајан за људска права и слободе, сама по себи није циљ ради чијег се остварења могу и смеју користити баш сва средства.

---

<sup>3</sup> Додуше, „на трагу” оваквог резоновања је и својеврсна „осакаћеност” разлога за жалбу против пресуде другостепеног суда, што је уведено новелама ЗКП-а из 2009. године и што су, наравно, здушно задржали и творци ЗКП-а из 2011. године. За разлику од некада постојећих више разлога за жалбу против пресуде другостепеног суда, сада је (од новела ЗКП-а из 2009. године) такав редовни правни лек могуће уложити само ако се ради о случају преиначења нагоре у другостепеном поступку, и то искључиво уколико је нагоре за окривљеног (погоршање положаја окривљеног) *промењена врста пресуде*, тако што је, уместо ослобађајуће, донесена осуђујућа пресуда. У пракси *ово може бити прилично неправично* и суштински нелогично, ако је, на пример, у првостепеном поступку изречена мера упозорења, тј. судска опомена или условна осуда, а затим та судска одлука од стране другостепеног суда преиначена у осуђујућу пресуду којом је изречена безусловна казна затвора.

Такође, није логично да се жалба у трећем степену не може уложити против пресуде другостепеног суда, која је донесена пошто је другостепени суд одржао претрес, јер је првостепена пресуда већ једанпут била укинута. Ово је нелогично, јер се ту, практично, ради о сасвим новој (уколико је у питању потпуно другачије чињенично стање утврђено у другостепеном поступку), или макар битно новој одлуци (када се само делимично промени чињенично стање извођењем доказа од стране другостепеног суда на претресу који је сам одржао), па би постојање могућности за жалбу у трећем степену, свакако, имало пуно оправдање. Против пресуде другостепеног суда дозвољена је жалба суду који одлучује у трећем степену само у једном случају, који се односи на одговарајућу *промену врсте пресуде* – ако је другостепени суд преиначио првостепену пресуду којом је оптужени ослобођен од оптужбе и изрекао пресуду којом се оптужени оглашава кривим (члан 463).



**Да ли је Законик о кривичном поступку из 2011.  
„направљен” за некакве „нове и боље људе”  
као актере новог типа кривичне процедуре**

Овај међунаслов, свакако, има ироничан призвук, али се овде ипак не ради само о иронији. Наиме, прилично лако се може уочити наглашена интенција код главних „твораца” текста новог законика да свој „реформски подухват”, чак и онда када се од „критика” да је њихов „производ” сувише радикалан, екстреман и уопште пренаглашен променама свега и свачега у односу на наша досадашња законска решења, „бране” својом наглашеном „скромношћу” – а ипак прилично нескромно и пуних уста своје дело означавају епитетом „револуционарно”, очигледно сматрајући да је већ то, само по себи, велики успех.

У ствари, уопште и није далеко од истине да је нови ЗКП *револуционаран*, ако под револуцијом подразумевамо „радикални раскид” с нашом досадашњом кривичнопроцесном традицијом и својеврсно постављање кривичног поступка „са ногу на главу”. Међутим, није свака револуција оправдана и у ствари најчешће није, нити је све ново увек и по аутоматизму боље од старог, раније постојећег, добро провереног и деценијама устаљеног.

Радикални захвати често делују примамљиво, нарочито младим људима жељним доказивања, па и онима што се само „осећају младима”, али такође просто горе од жеље да пошто-пото докажу своју „генијалност” (хипер)амбициозним индивидуама, а нарочито неким умишљеним величинама. Такви захвати су ипак по дефиницији скопчани с великим опасностима и могућношћу тешких промашаја, као што ће то, по свему судећи, бити случај и са Закоником о кривичном поступку из 2011. године, с тим да не треба заборавити постојање могућности да и ова наша „кривичнопроцесна револуција”, као и свака револуција, пре или касније, „поједе своју децу”.

Додуше, још увек није извесно ко су заиста „чеда” те „револуције”, иако се знају њени родитељи, а ту, свакако и пре свега, спадају чланови Радне групе која је израдила Радну верзију Нацрта законика о кривичном поступку из које је произишао нови ЗКП, а где, по свему судећи, централну ролу имају аутори Предговора у односу на текст Законика о кривичном поступку,<sup>4</sup> који је објавио „Службени гласник” и којим су „брзо-

---

<sup>4</sup> Главни аутор Предговора је, судећи по редоследу аутора на корицама текста и насловној страници, био др Слободан Бељански, адвокат из Новог Сада, а његови сарадници у писању били су проф. др Горан П. Илић и др Миодрaг Мајић, судија Апелационог суда у Београду.

метно” опрењене наше правосудне институције, што је све учињено у склопу припрема за примену новог типа кривичне процедуре. Ставовима ових аутора ћемо и даље у тексту поклонити адекватну пажњу, а у овом делу нашег осврта на нови ЗКП фокусираћемо се на њихов начелни став према потреби „стварања” нових „кадрова” који ће применити „тазе” приправљени ЗКП, а зна се ко је још давно рекао да „кадрови све решавају”. Тај став аутора споменутог предговора, који у основи представља идеју о потреби адекватне промене „крвне слике” нашег правосуђа, обилује чудним констатацијама, фразама и формулацијама, такође веома радикално интонираним.

Употребљени изрази и начин размишљања у овом веома занимљивом предговору, као да у неким елементима скоро асоцирају на интенцију својеврсног „социјално-психолошког инжењеринга” у односу на наше будуће правосуђе, што не само да је потпуно бесмислено, те поприлично бизарно, већ је, ипак и на срећу, сасвим нереално – али у сваком случају заслужује одговарајући осврт јер јасно указује на веома специфичан начин размишљања наших „кривичнопроцесних револуционара”.

Аутори Предговора износе следећу, *веома интересантну констатацију*: „Примена новог законика неће бити лака, и то не због његове структуре или неразговорности његовог садржаја, већ због врсте правног образовања, стечених навика, недостатка кадрова, а понајпре због социопсихолошког феномена који бисмо могли назвати недостатком културе непристрасности. Улога Правосудне академије и Адвокатске академије биће пресудна у настојању да се надокнади недостатак потребних знања и вештина. Одговарајуће иновације треба очекивати и у стручној литератури и у програмима правних факултета и правосудних испита.”<sup>5</sup>

Ако сумарно анализирамо ових неколико заиста „веома занимљивих реченица”, можемо да закључимо како главни аутори текста новог законика о кривичном поступку, онима који ће Законик примењивати, обећавају „крв, зној и сузе”, истичући да примена Законика „неће бити лака”.

Наговештавајући одређене тешкоће у сналажењу у новом нормативном амбијенту, те практично правдајући „квалитет” свог рада, вредни „нормативни неимари” тврде да је текст Законика разговоран и добро структурисан (додуше то чине на помало необичан начин, тако што наводе да тешкоћа неће бити због неразговорности и структуре Законика), али

---

<sup>5</sup> Види: С. Бељански, Г. П. Илић и М. Мајић, „Законик о кривичном поступку” (предговор), *Службени гласник*, Београд, 2011, стр. 63.

да ће ипак основни проблем у Србији настати због извесног „социопсихолошког феномена”.

Додуше, ово би се могло схватити и као „унапред припремљено оправдање” уколико ствари с применом новог законика пођу лоше. Тада кривци неће бити творци лошег текста Законика, већ „слаби кадрови” и наравно тај фамозни „социопсихолошки феномен”, који сами аутори законског текста називају „недостатком културе непристрасности”.<sup>6</sup>

Слажемо се да примена новог законика о кривичном поступку неће бити лака, што је, по нашем мишљењу, нужна последица како поприлично некавалитетног текста Законика и читавог низа поприлично неуобичајених, компликованих, конфузних и често веома нејасних процесних решења, тако и у њему присутних нормативних решења и механизма којима се радикално и начелно раскида с нашом до сада доминантном кривичнопроцесном традицијом, која се јасно огледала у досадашњем припадању нашег кривичнопроцесног система европско-континенталној правној култури.

Међутим, заиста није нимало лако разумети шта аутори текста новог законика, односно део тих аутора који је написао Предговор, а који очигледно пледирају да буду „аутентични тумачи” како *ratio legis* новог законика тако и основних интенција законодавца, подразумевају под некаким „социопсихолошким феноменом”, који се у споменутом предговору очигледно третира као некакав нарочити „деструктивни фактор” у односу на будућу примену Законика. Ова чудна конструкција нимало не постаје јаснија ни такође дубиозним објашњењем да се ту ради о некаком „недостатку културе непристрасности”. Горимо од жеље да нам у неком свом наредном раду аутори Предговора, који су, изгледа, не само истакнути правници, већ очигледно и сјајни социолози и психолози, ближе објасне о каквим се то „социопсихолошким” појмовима ради, а нарочито што су то, по свему судећи, веома важне појмовне категорије, чим се дефинишу као „највећи проблем” у односу на примену Законика о кривичном поступку из 2011.

Ово врло специфично залажење писаца Предговора у „социологију и психологију” може да нам остане и својеврсна „енигма”, што, ипак, не доживљавамо као некакав велики губитак, али ствари постају мало јасније када се обрати пажња на чињеницу да се у Предговору веома енергично и с много ентузијазма пледира на *пресудну улогу* Правосудне

---

<sup>6</sup> То би се svelo на варијанту познатог – „операција успела – пацијент умро”.

академије и Адвокатске академије у односу на стицање „потребних знања и вештина које сада недостају”, уз истицање да ће у том погледу одређену улогу имати и правни факултети, те програм који се односи на полагање правосудног испита.

Нове академије за нови ЗКП и нове кадрове, а наравно, као што је то и некада било веома уобичајено – *кадрови све решавају*.. Ово је већ на граници невероватног.

Нови ЗКП већ сада у погледу кривичних поступака, чији су предмет кривична дела организованог криминала и друга тзв. посебно тешка кривична дела, примењује неколико десетина професионалаца, исто као што се тај ЗКП примењује на одређени број окривљених, који није мали. За непуних годину дана требало би да се сви кривични поступци у Србији одвијају према новом закону, што значи да ће укупно више од хиљаду носилаца правосудних функција (јавних тужилаца и судија), више хиљада полицајаца и неколико хиљада адвоката у Србији поступати по сасвим новом закону, а **пресудну улогу** одиграће Правосудна академија, која годишње школује тридесетак будућих носилаца правосудних функција – при чему треба имати у виду да неће сви бити кривичари – као и Адвокатска академија, која још није ни основана!?

Дакле, по пројектованом редовном темпу Правосудне академије, она би, за неких пола века, могла да „ишколује” све новопечене носиоце правосудних функција који ће бити спремни за примену новог закона, а када је реч о Адвокатској академији, ако и када та установа заживи, требаће јој вероватно око 150 година, односно која деценија мање или више, док је веома тешко правити још и иоле прецизну рачуницу за полицајце.

Додуше, можда аутори Предговора сматрају да су за стицање нових драгоцених знања довољни кратки пригодни курсеви иновације знања за већ постојеће носиоце правосудних функција,<sup>7</sup> које би организовала већ постојећа Правосудна академија, као и Адвокатска академија, које ће тек бити основана, али зашто онда истовремено, тј. у истом контексту спомињу још и програме правних факултета, те садржај правосудног испита, у погледу чега се, по дефиницији, ради о вишегодишњем стицању одговарајућих знања, а што онда такође под-

---

<sup>7</sup> То је такође у контрадикцији са истицањем неког посебног проблема који се тиче „социопсихолошког феномена”, односно „недостатком културе непристрасности”, јер није јасно како би се такав „проблем” могао отклонити одржавањем курса.

разумева да се тек за неколико деценија може створити потребан број „нових врлих кадрова”.

С друге стране, не треба заборавити ни да нови ЗКП, што ће се посебно објашњавати у даљем тексту, извођење доказа примарно поверава самим странкама, што у пракси може бити и веома сложено, као, на пример, када се ради о унакрсном и директном испитивању сведока на главном претресу, а странке су овлашћени тужилац и окривљени. Дакле, окривљени ће онда када нема стручну помоћ – а то ће бити у великом броју случајева, јер је као и до сада обавезна стручна одбрана предвиђена само за релативно тежа кривична дела – морати сам да испитује сведоке и уопште изводи „своје доказе”, потпуно равноправно противној странци у виду јавног тужиоца, који је дипломирани правник с положеним правосудним испитом. Ради се о веома „правичном” законском решењу, зар не?

Додуше, можда ће се иновативни творци новог ЗКП-а и у овом погледу обратити Правосудној или Адвокатској академији, те се заложити да сваки окривљени који нема браниоца пре почетка кривичног поступка заврши „кратак курс” на овим установама. Можда им падне на памет и да оснују „Академију за окривљене”.

### Да ли је Законик о кривичном поступку из 2011. сегмент „хода” Србије ка чланству у Европској унији?

Претходно цитирани главни аутори текста из којег је произишао нови Законик о кривичном поступку Србије, у Предговору који смо у пређашњем тексту већ спомињали, а који као да је својеврстан „**манифест**” наших кривичнопроцесних реформатора, наводе: „Као чланице Савета Европе и држави која очекује кандидатуру за чланство у Европској унији, Републици Србији био је потребан модеран кривичнопроцесни законик који би осигурао делотворно учешће окривљеног, расправну структуру поступка, једнакост оружја на главном претресу и, по могућности, у ранијим фазама поступка и посебан положај оштећеног.”<sup>8</sup>

Невероватно је да се тако важан закон, као што је то Законик о кривичном поступку, повезује са „очекивањем кандидатуре за чланство у ЕУ”, чиме се *чисто правно питање* на изузетно вулгаран и невероватно приземан начин непосредно повезује са једним *доминантно политичким*

<sup>8</sup> С. Бељански, Г. П. Илић и М. Мајић, оп. цит, стр. 9.

*питањем*, и то питањем које је изречено у једном претежно дневнополитичком контексту, што јасно указује на свест оних што су најодговорнији за писање тог законског текста.

С друге стране, говори се о својеврсном „доприносу” новог „модерног” законика о кривичном поступку, приближавању Србије Европској унији, а не каже се да су адверзијално конструисани кривични поступци још увек (а то је, наравно, по нашем мишљењу веома добро) сасвим ретки у Европској унији, тј. практично их нема у државама тзв. старе Европе, попут Немачке, Аустрије, Француске итд, а типични су за „младе ЕУ државе”, као што је то, на пример, Румунија, односно ускоро и Хрватска, а исто важи и за „дугогодишњег ЕУ кандидата” Македонију, као и за БиХ, која још увек није ни „официјелни ЕУ кандидат”.

Једина држава која спада у релативно развијенији део ЕУ, а која има изразито адверзијално конструисан кривични поступак јесте Италија, али као што ћемо то, поред осталог, објашњавати даље у тексту, италијанско кривично правосуђе у оквирима ЕУ ни у ком случају не спада у некакав „врх” у погледу квалитета, а нарочито ефикасности, па ни брзине, док је с друге стране, сам италијански кривични поступак у целости далеко боље уређен него што је то постигнуто с новим закоником о кривичном поступку Србије.

Републици Србији је био *потребан модеран кривичнопроцесни законик*, кажу аутори Предговора. То је, по својој *шупљикавости* и *празњикавости* једна невероватно „бледа” констатација и врло „јефтина” фраза, јер реч „модеран” заиста ништа не значи када се ради о Законнику о кривичном поступку, а већ сама, тако рутинска и бесмислена употреба те речи очигледно указује на поприличну збрку у мислима оних што су одиграли кључну улогу у настанку новог законика.

Зар је модеран законик о кривичном поступку онај што обезбеђује „расправну структуру поступка” или „делотворно учешће окривљеног” итд, када је све то већ, на начин далеко адекватнији него у Законнику о кривичном поступку из 2011. године, постојало како у нашем ЗКП-у из 2001. године тако и у другим нашим знатно „старијим” закон(иц)има о кривичном поступку.

Тзв. расправна структура поступка, односно остваривање начела контрадикторности на главном претресу, ни у ком случају не подразумева да главни претрес треба да буде потпуно адверзијално конструисан уз максимално пасивизирање суда, као што је то учињено у новом законик-

ку, а по узору на амерички кривични поступак, али, наравно, без пороте која постоји у том поступку, те уз омогућавање да се на таквом главном претресу сасвим широко користе докази које су у претходним фазама поступка прикупили несудски органи, тј. јавни тужилац и полиција, а што све апсолутно није могуће ни у САД. Дакле, форсира се на погрешан начин начело расправности, а истовремено се поприлично деградира начело непосредности. То је заиста веома *модерно*.

Аутори предговора говоре о неком „посебном положају оштећеног” у новом закону о кривичном поступку. Положај оштећеног је у том закону „посебан” само утолико што он сада има далеко мање права него што их је имао раније, у складу са Законом о кривичном поступку из 2001. године. То се поред осталог, огледа и у редукованим могућностима оштећеног да стекне својство супсидијарног тужиоца, као и у томе што више не може својом жалбом да побија споразум о признавању кривице који су закључили јавни тужилац и окривљени, као што је то оштећени могао према одредбама Закона из 2001. године новелираним 2009. године.

### **Реформисање кривичног поступка Србије – дилеме, заблуде, отужне „игре без граница” и основне концепцијске грешке Закона о кривичном поступку из 2011.**

Реформисање кривичног поступка Србије све више добија гротескно форму отужних „игара без граница”. У СФРЈ се примењивао веома солидан ЗКП, који је више пута мењан, али без модификације основних концептуалних механизма, а на темељу тог законског текста, који је, према основном концепту, утемељен на Закону о судском кривичном поступку Краљевине Југославије, устројен је и Закон о кривичном поступку из 2001. године, који је више пута новелиран, а последњи пут прилично обимно, у септембру 2009. године.

У Србији је 2006. године био усвојен и потпуно нови закон о кривичном поступку, чија је основна одлика била увођење јавнотужилачке истраге, као и низа процесних механизма усмерених у правцу креирања услова за брже одвијање кривичног поступка, стварање већег броја могућности одређивању притвора итд, а пошто је у два наврата одлагана примена тог закона, у погледу којег је његов већ стартни *vacatio legis*, осим у односу на неколико важних одредби, био утврђен на годину дана,

тај модерни законик је потпуно стављен ван снаге, са образложењем да нису створени услови за његову примену.

Није спорно да је Законик о кривичном поступку из 2006. године, поред читавог низа добрих решења, садржавао и нека не сасвим адекватна или недовољно добра нормативна решења, због чега је већ био припремљен и један законски предлог о његовом новелирању, који би га знатно побољшао. Међутим, тај ЗКП је концептуално био веома добар и, што је посебно важно, постигао је одличан баланс између захтева за иновацијом типа истраге и уопште променама у кривичној процедури којима се омогућава брже и ефикасније вођење кривичног поступка и потребе да се очувају већ традиционална и проверено добра решења наше кривичне процедуре, као што је то посебно случај са организацијом главног претреса, те формулисањем утврђивања истине као циља кривичног поступка.

Закоником о кривичном поступку из 2006. године први пут је у Србији уведена јавнотужилачка истрага, и то на веома разуман начин, без штетних претеривања, каквим се већ *prima facie* одликују наопаки приступ овоме у Законику о кривичном поступку из 2011. године.

Истрага се у Законику о кривичном поступку из 2006. године одликовала давањем значајних овлашћења и истражном судији у тој истрази коју он, иначе, није водио, и која се покретала одлуком јавног тужиоца, а пре свега у односу на могућност одлучивања о жалби против решења о спровођењу истраге које доноси јавни тужилац, те у погледу доношења одлука о мерама процесне принуде као што је притвор, као и у односу на одређене доказне радње (тзв. хитне судске радње, које би се вршиле у случају постојања опасности да доказне радње не би могле да се понове на главном претресу, због, рецимо, смрти сведока или оштећеног и сл.), у погледу којих је јавни тужилац могао захтевати ангажман истражног судије.

Међутим, ипак не треба много жалити што ЗКП из 2006. године није у целости примењен, јер заиста нису створени сви потребни услови за његову адекватну примену, пре свега зато што јавна тужилаштва нису ни кадровски ни технички била спремна да на себе преузму терет вођења истраге, док је, с друге стране, тај законик био изложен тешким нападима од стране дела стручне јавности и посебно адвокатуре, што је, по правилу, чињено без јаких аргумената и више у виду примитивне пропаганде и паушалних необразложених или веома слабо образложених критика. Таква атмосфера једноставно није била погодна за примену овог законика, па и због тога није лоше што до његове потпуне примене никада није дошло.



Интересантно је да се код нас понекад чују и сасвим неаргументоване тврдње да су неке промене у позитивном ЗКП-у из 2001. године, које се, што аргументовано што неаргументовано критикују, произишле из коришћења решења садржаних у Законику о кривичном поступку из 2006. године. То углавном није тачно. Додуше, нека решења из тог законика су коришћена, попут оних веома позитивних, као што је могућност проширења одређених ограничења личне слободе, као ефикасне замене за притвор као свакако најрепресивније мере процесне принуде, те могућност комбиновања таквих мера са јемством итд..

С друге стране, не треба заборавити да су, према одредбама Законика из 2006, постојала *три ванредна правна лека*, а да је у ствари и *четврти* некада постојећи ванредни правни лек – захтев за испитивање законитости правоснажне пресуде, био у највећем делу садржан у оквиру захтева за заштиту законитости, те да је тај, од стране Адвокатске коморе много нападан Законик, што је углавном чињено паушално и без јаких аргумената, омогућавао улагање жалбе против пресуде другостепеног суда у чак *четири случаја*. Таква је жалба била могућа, како из свих оних разлога који су и иначе (пре последњих промена) били основ за жалбу у трећем степену, тако и *увек* када је другостепени суд након два укидања првостепене пресуде *сам својом пресудом одлучио о предмету кривичног поступка*.<sup>9</sup>

Одређени утицај је ЗКП из 2006. године остварио и на ЗКП из 2011. године, попут увођења термина „доказне радње”, односно „посебне доказне радње”, као и у односу на садржај неких од тих радњи у односу на мере за обезбеђење присуства окривљеног, у погледу неких елемената споразума о признавању кривице итд, али је генерално разлика између ова два текста веома велика, а нарочито у концептуалном смислу, у погледу којих ЗКП из 2011. године садржи две капиталне аномалије, које жестоко контаминирају и потпуно упропашћују целокупан законски текст. А то су:

- 1) **девалвација начела истине**
- 2) **потпуно адверзијална конструкција главног претреса уз драстично минимизирање улоге кривичног суда**.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Жалба против пресуде другостепеног суда практично је осакаћена новелама из 2009. године и драстичним, те суштински углавном неоправданим, жестоким редуковањем жалбених разлога, а исто веома лоше решење садржи и ЗКП-а из 2011. године.

<sup>10</sup> Више о томе: М. Шкулић, „Начело правичног вођења кривичног поступка и начело истине у кривичном поступку”, *Правни живот*, број 9, Том I, Београд, 2010, стр. 587 -611.

Основна питања реформе кривичног поступка Србије сведена су на проблематику *типа истраге и конструкције главног претреса*, посебно у вези са улогом суда у доказном поступку, те проблематиком примарно страначког или судског извођења доказа – али и на веома важно питање *(не)постојања начела истине у кривичном поступку*.

### **Бесмислена и неморална девалвација начела истине у новом законнику о кривичном поступку Србије**

Истина је у Законнику о кривичном поступку Србије из 2011. имплицитно означена као својеврсни непотребни луксуз у кривичном поступку, јер се не само утврђивање истине, већ чак ни тежња ка њој од стране службених актера кривичне процедуре уопште не означава као циљ кривичног поступка.

Новим закоником о кривичном поступку промовисана је доказна пасивност суда. Доказе би изводиле странке, а улога суда свела би се на контролу исправности доказног поступка. Странке су формално равноправне. Дакле, насупротив јавном тужиоцу, који може рачунати на комплетну логистичку подршку државног апарата чији је део, биће окривљени, коме може помагати бранилац. Наравно, ако окривљени има финансијска средства да плати његове услуге, или уколико се ради о случајевима обавезне стручне одбране, када окривљеном браниоца поставља суд. Обавезна одбрана прописана је само за тежа кривична дела, тако да већина окривљених може, али и не мора имати браниоца. Међутим, богате окривљене, попут, на пример, оних што се терете да су „нарко-босови”, браниће „адвокатске звезде”. Они ће моћи да имају правне тимове, те да ангажују приватне детективе за прикупљање доказа.

Узгред, у кључној начелној одредби Законика о кривичном поступку из 2011. године, која се тиче извођења доказа и терета доказивања, направљена је озбиљна грешка. Наиме, у члану 15 став 3 утврђено је да **суд изводи доказе на предлог странака**, из чега би произишло да доказе не изводе странке, већ то чини суд, али само по њиховом предлогу, као што је слично било и у ЗКП-у из 2001. године, односно у нашем претходном традиционалном кривичнопроцесном систему.

Међутим, читавим низом одредби Законика промовисана је изражена доказна пасивност суда, а извођење доказа је не само примарно, већ скоро искључиво поверено странкама, што је у потпуној контрадикторности са

одредбом члана 15 став 3. У истом члану законика, тј. већ у наредном ставу члана 15, наводи се да суд може дати налог странци да предложи допунске доказе или **изузетно сам одреди да се такви докази изведу**, ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни те да је то неопходно како би се предмет доказивања свестрано расправио. Дакле, чак се ни у овој одредби *не даје суду могућност да сам изведе доказе*, већ само да изда налог да се докази изведу. Очигледна је интенција да се суд – што је више могуће и по сваку цену – *доказно пасивизира*. Иако у Законнику није сасвим јасно речено, ово подразумева да би такве доказе морала извести одређена странка, односно лице које потпомаже остваривање страначке функције, попут браниоца када је реч о окривљеном. Одредба члана 15 став 4 стога је директно и очигледно супротстављена одредби члана 15 став 3 Законика, што ни у ком случају не представља усамљен пример постојања међусобно противречних одредби у новом законнику о кривичном поступку Србије.

Какве су шансе окривљеног који нема браниоца да буде успешан у доказном „двобоју” с јавним тужиоцем? И када Бразил игра против Конга, оба фудбалска тима чине по 11 играча. Да ли то значи да су им једнаке шансе за победу? Па у Србији је свега 6,5 одсто становништва факултетски образовано.

Када знамо да је код нас већ деценијама на делу криминална политика „рибарска мрежа којом се хватају мале рибе, а која пропушта велике рибе”, зна се и какав је образовни ниво просечног окривљеног. Како ствари стоје, ипак ће у пракси, односно у великом броју случајева, неке странке бити мало равноправније од других.

Типичан адверзијални кривични поступак какав постоји у САД *подразумева пороту*, састављену од обичних грађана, која одлучује ко је победник доказног двобоја.<sup>11</sup> Тек када порота састављена од обичних

---

<sup>11</sup> Кривични поступак у САД устројен је као једна врста „доказног страначког двобоја”. Тужилац и окривљени, односно његов бранилац, јер је екстремно ретко да окривљени нема браниоца, сопственим се аргументима „туку” пред поротом састављеном од обичних грађана, која цени ко је био убедљивији. Сам судија је релативно пасиван. Тек ако порота одлучи да је окривљени крив, судија ступа на сцену изрицањем одговарајуће казне. Ако порота одлучи да нема кривице, посао судије је завршен. Ово је и правним лаицима познато из белетристике и филмова. Оно што многи не знају јесте да је овакво „школско” суђење у САД *de facto* прави *изузетак*. Одвија се у мање од 10 одсто свих случајева. Скоро 90 процената случајева окончава се на темељу признања окривљеног, када изостаје поротно суђење, а суд само изриче казну, узимајући признање као озбиљну олакшавајућу околност и руководећи се споразумом тужиоца и окривљеног, али без формалне обавезе да изрекне казну коју су странке предложили. Када би било нешто више суђења пред поротом, правосудни систем САД би, свакако, доживео колапс.

грађана оптуженог огласи кривим, судија га кажњава. Ако га порота ослободи, посао судије је завршен. Али оптужени у том поступку увек има право да му, ако сам нема средства, држава о свом трошку обезбеди браниоца. То у Србији није случај.

С друге стране, ни у САД није спорно да квалитет одбране коју реализују браниоци постављени по службеној дужности често није на високом нивоу. Обрнуто, веома богати окривљени „купују” врхунске адвокатске услуге. Сетимо се случаја О’Џеј Симпсона, који је скоро „крвавих” руку оптужен за убиство супруге и њеног љубавника,<sup>12</sup> али је вештим адвокатским маневрисањем избегао осуду, да би недавно објавио књигу под насловом „Шта ако сам убио”, којом фактички признаје кривицу.<sup>13</sup> Поред тога, поротно суђење у САД је прави изузетак, јер се више од 90 одсто случајева сумарно решава признавањем кривице, које је у највећем броју случајева „погођено”, тј. формално испреговарано између државног тужиоца и одбране.

У континенталној Европи, суд је, по правилу, суверени и неприкосновени „господар” доказног поступка, без обзира на то што странке располажу одговарајућом доказном иницијативом, те у одређеној мери могу учествовати и у извођењу доказа. То је најтипичније у Немачкој и у другим државама чији су нам правни системи традиционално служили као узор. Слично је и у Аустрији, која је типична и интересантна и по томе што је, такође, однедавно увела систем државнотужилачке истраге, али, наравно, није прихватила и потпуно адверзијалну конструкцију главног претреса, нити је у свом новом закону о кривичном поступку елиминисала начело истине.<sup>14</sup> Адверзијални кривични поступци (за које се понекад наводи и да су пример својеврсне „американизације” кривичних поступака неких европских држава) сада постоје и у неким континенталним европским државама, на пример у Републици Српској и уопште, у нама суседној БиХ, мада тамо, и поред тога, постоји начело

---

<sup>12</sup> Z.Erzincioğlu, *Forensic – the Crime Scene Investigations*, „Barnes & Nobles”, New York, 2004, стр. 19.

<sup>13</sup> Он је чак касније у парничном поступку (што је у САД формално могуће), оглашен кривим за убиство своје бивше супруге и њеног љубавника, те му је изречена пресуда којом се обавезује да плати висок новчани износ накнаде штете сродницима својих жртава, што је О’Џеј Симпсон, захваљујући вештим правним „дриблинзима” својих адвоката у поступку извршења, до сада успео да избегне.

<sup>14</sup> Више о томе: S. Seiler, *Strafprozessrecht*, 10, überarbeitete Auflage, „Facultas. wuv”, Wien, 2009, стр. 31 – 34.

истине у кривичном поступку.<sup>15</sup> Такав систем постоји и у Италији, али тамо окривљени увек мора имати адвоката, што онда начелно омогућава какву-такву формалну једнакост оптужбе и одбране на главном претресу који је адверзијално устројен, тј. своди се на доказни двобој две странке пред судом који је у доказном смислу пасиван, као својеврсним „посматрачем”, чија је активност током суђења сведена на минимум.

Претварање судија у „стручни жири” који ће „бодовати” успешност у доказивању тужиоца и одбране суштински представља потенцијално веома незгодан експеримент. Можда се неке судије томе радују, резонујући по систему „муко моја пређи на другога”. Они сада себе виде као „неутралне посматраче” страначке „утакмице. Али суђење није утакмица, или бар то не би требало да буде. Судије не треба да буду ни гледаоци ни навијачи.

Пасивизација суда може бити и веома скупо решење. Ако би суд био тако драстично растерећен, јер се и истрага поверава јавном тужиоцу, онда се може појавити проблем вишка судија, а мањка јавних тужилаца и све то непосредно након спроведеног општег избора, тј. реизбора, који је и иначе оптерећен низом тешких проблема, а цео „хаотични” поступак „преиспитивања већ преиспитаног” отегао би се у недоглед уз веома озбиљне проблеме не само по правосуђе већ и по стабилност целокупног правног система Републике Србије.

Истина, сходно новом закону о кривичном поступку Србије, више није циљ будућег кривичног поступка, већ би у том поступку, као и у свакој класичној грађанској парници, „побеђивала” странка која је успешнија у доказном „дуелу”.<sup>16</sup>

Истина ни иначе није некаква „света крава” у савременом кривичном поступку. Њој се у типичном европском кривичном поступку тежи, али не по сваку цену. Онда када се истина не може утврдити, доноси се одлука у корист окривљеног. Сада се истини неће чак ни тежити. Суд ће

---

<sup>15</sup> Више о томе: З. Жекић и М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2005, стр. 291.

<sup>16</sup> Ако би неко, користећи *ctrl + find* функцију на рачунару, односно функцију аутоматског претраживања текста у односу на одређену *кључну реч*, покушао да пронађе реч **истина** у иначе прилично обимном тексту новог законика о кривичном поступку Србије, он у томе не би успео, осим када се ради о заклетви сведока да ће „говорити истину и да ништа неће прећутати”. Творци Законика су систематски и скоро острашћено из законског текста, онда када је реч о чињеничном стању, избацили истину или чак било коју реч која би се могла сматрати синонимом за истину.

једноставно „вагати” да ли су вероватнији наводи оптужбе или аргументи одбране, а да ли је права истина на једној или другој страни, „па ко ће га знати”. Свевишњи можда...

### **Елиминисање суштинских разлика између парничног и кривичног поступка као последица елиминисања начела истине и прихватања адверзијалне концепције главног претреса у новом законикау о кривичном поступку**

У већини земаља континенталне Европе, нарочито када се ради о класичним правним системима држава тзв. старе Европе, односно оних земаља које представљају својеврсно „језгро” Европске уније и чији су правни системи традиционално важили као својеврсни узорци за низ других европских земаља, међу којима су и некадашња Југославија, па самим тим и државе настале на њеном тлу – постоје веома значајне разлике између парничног и кривичног поступка. Те се разлике првенствено огледају у правилима доказивања и утврђивања чињеничног стања, односно примарно се односе на домет и дејство одређених доказних начела, односно начела која се односе на циљ и сврху процедуре. Та процесна начела су суштински различита у поступку чији је предмет одређено грађанскоправно питање спорног карактера, као што је то у парничном поступку и процедури чији је предмет тзв. *causa criminalis*, то јест кривично дело, то јест дело које је противправно и законом прописано као кривично дело, а што се решава у кривичном поступку.

На пример, у немачкој кривичнопроцесној теорији традиционално се истиче да у „цивилном”, тј. парничном поступку, у којем се, пре свега, одлучује о „приватним интересима”, важи принцип диспозиције, што се огледа у томе да парничне странке саме снесу одговорност за утврђивање чињеница које би биле подлога за одлуку суда. То се своди и на постојање одговарајућег терета доказивања, па тако суд, сходно принципима парничног поступка, своју пресуду може засновати само на ономе што су странке тврдиле, подвеле под одређене доказе, односно доказале, при чему оно што је за странке неспорно обавезује и самог судију, у вези с чим се истиче да генерално у парничном поступку важи *начело формалне истине*.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> C. Roxin und B. Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, „Verlag C. H. Beck”, München, 2009, стр. 78.

Обрнуто, у немачкој теорији кривичног процесног права наглашава се да, супротно парничном поступку, у кривичном поступку важи *начело материјалне истине*, као и принцип истраживања од стране суда, што означава да сам суд истражује садржински аспект предмета кривичног поступка („сам од себе инструкисан”), те при том, у остварењу тог задатка и у односу на разјашњење ствари, није везан активностима процесних странака,<sup>18</sup> што се посебно огледа у томе да суд „истражује истину извођењем по службеној дужности свих доказа који су од значаја за одлучивање суда”.<sup>19</sup>

За разлику од овог претходно описаног класичног континентално-европског погледа на циљ кривичног поступка и правила извођења доказа, односно официјелног судског утврђивања чињеничног стања у кривичном поступку, у САД се на ово питање гледа сасвим другачије, тако да је амерички кривични поступак веома сличан парничном поступку, што се своди на конструисање „адверзијалног поступка”, чија је основна особеност да свака странка сноси терет доказивања својих тврдњи, а одлуку о томе „ко је био бољи у доказивању” доноси порота.<sup>20</sup>

За класичне континентално-европске кривичне поступке типично је да суд тежи утврђивању истине, која је декларисани циљ кривичне процедуре, али при том узима у обзир и одговарајућу доказну иницијативу странака, што се не чини безусловно, већ само када суд оцени да се ради о адекватним доказним предлозима странака. Тако на пример у немачком кривичном поступку суд у циљу *утврђивања истине* по службеној дужности изводи доказе у погледу свих чињеница и доказних средстава, који имају значаја за доношење одлуке (§ 244 Abs. 2 StPO).<sup>21</sup>

Потпуно супротно претходно наведеном примеру, односно цитираном законском правилу из једног класичног европског кривичнопроцесног система, које јасно осликава „класичну континентално-европску концепцију”, нови Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године

---

<sup>18</sup> Ово се посебно илуструје карактеристичним примером *немогућности доношења пресуде због изостанка у кривичном поступку*, тј. правилу по којем, за разлику од парничног поступка, где недолазак једне уредно позване странке на суђење доводи до пресуде због изостанка, односно ако се ради о тужиоцу, сматра се да је самим недоласком на главну расправу, он прећутно одустао од оптужбе, таквих правила нема у класичном континенталноевропском кривичном поступку.

<sup>19</sup> С. Roxin und В. Schönemann, оп. цит, стр. 78.

<sup>20</sup> Ibid, стр. 79 – 80.

<sup>21</sup> Више о томе: L. Meyer-Goßner und J. Cierniak, Strafprozessordnung – Kommentar, „Verlag С. Н. Beck”, München, 2009, стр. 958 – 959.

веома консеквентно елиминише дејство начела истине у кривичном поступку, те нову српску кривичну процедуру чини изразито сличном класичном парничном поступку, слично као што је то у САД. Овде треба имати у виду да је ова концепција у Србији још и додатно изузетно парадоксална, када се узме у обзир да у неким типовима парничних поступака, супротно општем правилу тог типа судске процедуре, важи начело истине, тј. од суда се, на темељу стриктних законских прописа, захтева да и мимо процесне иницијативе странака, неvezано са страначким доказним предлозима, по службеној дужности утврђује истину, као што је то, на пример, случај у парничним поступцима где се решава о правима деце, односно онда када су предмет парничног поступка брачни и породични односи.

### **Питање истраге као „питање над питањима” или „мајка свих питања” у реформи кривичног поступка Србије**

Питање истраге се, с правом или не, наметнуло као централно питање реформе нашег кривичног поступка и оно се углавном своди на дилему судска или тужилачка истрага, односно „судска истрага против тужилачке истраге”.<sup>22</sup> Иако аутор овог рада суштински и начелно даје предност јавнотужилачкој истрази у односу на судску, није могуће не приметити да је проблем карактера истраге ипак значајно пренаглашен у концепту реформе кривичног поступка Србије.

Наиме, пре започињања рада на реформисању типа кривичне процедуре, у оквиру чега би се променила и надлежност за вођење истраге, било би целисходно истражити постојећу праксу, те утврдити која је фаза кривичног поступка заиста „најспорнија”, односно шта је то што евентуално у конструкцији наше позитивне кривичне процедуре, уз анализу и свих осталих релевантних законских механизма, доприноси да поступак буде релативно спори или недовољно „ефикасан” и сл.<sup>23</sup>

Законик о кривичном поступку из 2006. године, којим је битно промењен карактер истраге као фазе кривичног поступка, само се дели-

---

<sup>22</sup> Више о томе: С. Бејатовић, „Радна верзија Нацрта законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге”, *Ревизија за кривично право и криминологију* број 2/2010, Београд, 2010, стр. 23 – 39.

<sup>23</sup> Морало би се имати у виду и да је „ефикасност” кривичног поступка суштински ипак у великој мери релативног карактера, тако да није сасвим извесно који би то били основни параметри за оцењивање да је одређена конкретна кривична процедура (не)ефикасна, што смо објаснили у претходном тексту.



мично примењивао (нека правила о заштити сведока, о одлагању и прекиду главног претреса, те о паузи током главног претреса), тако да до његове целовите примене, па ни у погледу истраге у њему конципиране, никада није дошло, што је већ објашњено у претходном тексту.<sup>24</sup>

Законик о кривичном поступку из 2011. године уводи јавнотужилачку истрагу, али то чини не веома чудан начин, уз увођење елемената тзв. страначке истраге, а то не само да је суштински нелогично и неправично, већ је у садашњем облику изразито неефикасно, што ће се подробније објаснити у даљим излагањима.

Чини се да су творци ЗКП-а из 2011. били суочени с проблемом који су сами себи непотребно створили, а који се своди на неразумевање да с једне стране питање типа истраге уопште није повезано с проблематиком организовања главног претреса, тако да кривични поступак који се одликује тужилачком истрагом уопште не мора да има адверзијалну конструкцију главног претреса,<sup>25</sup> док с друге стране, онда када је главни претрес организован адверзијално, то не подразумева да елементи

---

<sup>24</sup> Интересантно је да се код нас понекад чују и сасвим неаргументоване тврдње да су неке промене у позитивном ЗКП-у, које су уведене новелама из септембра 2009. године, а које се, што донекле аргументовано, што сасвим неаргументовано критикују, произишле из коришћења решења садржаних у Законику о кривичном поступку из 2006. године. То углавном није тачно. Додуше, нека решења из тог законика су коришћена, попут оних веома позитивних, као што је могућност проширења одређених ограничења личне слободе, као ефикасне замене за притвор, као свакако најрепресивније мере процесне принуде, могућност комбиновања таквих мера са јемством итд.. С друге стране, не треба заборавити да су према одредбама Законика из 2006. постојала *три ванредна правна лека*, а да је у ствари и *четврти* некада постојећи ванредни правни лек – захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде – био у највећем делу садржан у оквиру захтева за заштиту законитости, те да је тај, од стране Адвокатске коморе много нападан Законик, што је углавном чињено паушално и без јаким аргумената, омогућавао улагање жалбе против пресуде другостепеног суда у чак *четири случаја*. Таква је жалба била могућа како из свих оних разлога који су и иначе (пре последњих промена) били основ за жалбу у трећем степену, тако и *увек* када је другостепени суд након два укидања првостепене пресуде *сам својом пресудом одлучио о предмету кривичног поступка*.

<sup>25</sup> Обрнуто, у најтипичнијим адверзијалним кривичнопроцесним системима истрага је *полицијска*, а већина радњи које се у њој предузму нема никакав посебан доказни значај, већ су истоветне радњама које се код нас сматрају оперативним активностима полиције у преткривичном поступку. Изузетак је саслушање осумњиченог, када његова изјава, ако је изузетак под строгим законским условима, има доказни значај, а такође, то важи и за претресање када се оно врши по наредби суда, односно под одређеним условима и без наредбе, што је све веома слично ономе што је у садашњем кривичном поступку Србије карактеристично не за истрагу, већ за преткривични поступак.

адверзијалности морају постојати и у истрази, а нарочито не на начин на који су садржани у Законнику о кривичном поступку из 2011 године.

### **Основни елементи истраге према Законнику о кривичном поступку из 2001. године**

Истрага је, према још увек (већим делом) позитивном кривичном процесном праву Србије, *судски стадијум кривичног поступка* који временски претходи подизању оптужнице и њеној судској контроли.<sup>26</sup> Истрага и подизање оптужнице два су стадијума *претходног поступка*, који се одвија пре главног претреса, тј. суђења у ужем смислу.

Истрага се као процесни стадијум у нашем позитивном кривичном поступку (ЗКП Србије из 2001. године) одликује следећим основним особеностима: 1) *судског* је карактера, што значи да истрагу води и њен је основни актер истражни судија, а само у неким изузетним случајевима одређене радње у истрази могу вршити други државни органи; 2) започиње на *формалан начин*, тако што се на захтев овлашћеног тужиоца доноси решење о спровођењу истраге, а истрага се сматра започетом онда када то решење постане правноснажно, тј. за њено вођење потребно је да се испуне одређени материјални (основана сумња да је одређено лице учинило кривично дело) и формални услови (предлог тужиоца и правноснажно решење истражног судије); 3) *није обавезна* процесна фаза,<sup>27</sup> јер се под одређеним условима оптужница може подићи и без претходног вођења истраге, што је могуће у два процесна модалитета: а) безусловно непосредно оптужење (права непосредна оптужница), те б) условљено непосредно оптужење (неправа непосредна оптужница); 4) *циљно је усмерена* на прикупљање релевантних доказа и података; 5) *ороченог је трајања* иако је максимални рок протезања истраге (шест месеци) у основи инструктивног карактера.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Више о томе: С. Бејатовић, „Кривично процесно право”, *Службени гласник*, Београд, 2008.

<sup>27</sup> Зависно од казне прописане за кривично дело, истрага се само у неким случајевима јавља као *обавезна*, док је у другим или само могућа или је потпуно искључена. Више о томе: М. Грубач, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета Унион и *Службени гласник*, Београд, 2006, стр. 378 – 379.

<sup>28</sup> Више о томе: М. Шкулић, *Кривично процесно право – посебни део*, Правни факултет и *Службени гласник*, Београд, 2011, стр. 29 – 38.

*Материјални услов* за спровођење истраге огледа се у постојању *основане сумње* да је одређено лице учинило кривично дело.<sup>29</sup> Истрага се не може водити против непознатог учиниоца кривичног дела (тзв. Н. Н. лице), већ је неопходно да се основана сумња односи не само на чињеницу да је учињено одређено кривично дело (*објективни аспект*) већ и да је то кривично дело учинило одређено лице, чији је идентитет познат (*субјективни аспект*).

Сврха истраге је *функционалног карактера* у односу на одређене *релевантне доказе* и има три аспекта: 1) аспект *доказивости оптужбе* – прикупљање доказа и података који су потребни да би се могло одлучити да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак, 2) аспект омогућавања евентуалног деловања *изузетка у односу на начело непосредности* – прикупљање доказа за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано, те 3) аспект *сврсисходног деловања* – прикупљање других доказа који могу бити од користи за поступак, а чије се извођење, с обзиром на околности случаја, показује целисходним. Испитивање доказивости оптужбе, односно прикупљање доказа који су релевантни за одлуку о подизању оптужнице или обрнуто, о обустављању поступка, основни је и *обавезни циљ истраге*. До извођења доказа за које постоји опасност од немогућности њиховог понављања на главном претресу, односно њиховог отежаног извођења, те до прикупљања других доказа на темељу целисходности, долази само у неким случајевима.

Формални услови за вођење истраге се свде на: 1) постојање одговарајуће процесне иницијативе да се истрага води (захтев овлашћеног тужиоца), 2) усвајање те процесне иницијативе од одговарајуће функционалног облика суда (решење о спровођењу истраге које има свој формални обавезни садржај), те 3) поштовање процесних правила која се односе на подношење захтева јавног тужиоца да се истрага спроведе и поступање истражног судије, односно другог облика судске функционалне надлежности (ванрасправно веће) у вези са тим захтевом, као и поводом правног лека (жалбе) у односу на решење о спровођењу истраге.

Истрага се спроводи на *захтев јавног тужиоца*. Неопходност постојања такве формалне иницијативе за спровођење истраге представља вид деловања начела акузаторности. Истражни судија *не може одбити захтев за спровођење истраге*. Уколико истражни судија има негативан став према таквом захтеву, тј. не сложи се с њим јер сматра да

<sup>29</sup> Ibid, стр. 167 - 170.

нису испуњени потребни услови за вођење истраге, односно кривичног поступка уопште (на пример, ако налази да дело у погледу којег се истрага захтева није кривично дело, или да постоје сметње за кривично гоњење итд.), он ће затражити да о томе одлучи ванрасправно веће. Тај облик судске функционалне надлежности у таквој ситуацији решава о супротстављеним ставовима јавног тужиоца који захтева спровођење истраге и истражног судије који се с таквим захтевом не слаже. Као кад ванрасправно веће решава поводом жалбе против решења о спровођењу истраге, оно је, и у овом случају, дужно да своју одлуку донесе у року од 48 часова. Одлучујући о захтеву за спровођење истраге, ванрасправно веће није везано за правну оцену дела коју је навео јавни тужилац.<sup>30</sup>

За судску истрагу се, по правилу, истиче да има одређене предности, које се могу свести на следеће констатације: 1) она је повољна за окривљеног јер је суд начелно непристрастан и независан, 2) она је правична јер се суд у истрази не руководи страначким интересом, нити је страначки „оштрашћен”, те 3) она омогућава да се докази у њој изведени једноставније и мање проблематично користе на главном претресу, јер их је извео одређени функционални облик суда. У основи су ове принципијелне констатације сасвим тачне, али не треба заборавити да нема идеалног система, па стога ни концепција која би начелно морала да даје добре резултате, из многих објективних и субјективних разлога, не мора у пракси сасвим адекватно да функционише. Иста начелна констатација важи и за систем државно/јавно тужилачке истраге, било да је у питању концепција Законика о кривичном поступку Србије из 2006. године, било да се ради о систему истраге пројектованом Закоником о кривичном поступку Србије из 2011. године, који, по нашем мишљењу, испољава низ крупних аномалија – што се посебно објашњава даље у тексту – уз још и додатни, прилично упадљив проблем да се истрага поверава јавном тужиоцу у веома лоше одабраном „моменту”, када, по свему судећи, у правном систему Србије нису створени потребни формални и фактички услови за пуну самосталност јавног тужилаштва. Из тога и произлази далеко већа могућност да јавнотужилачка истрага не буде довољно независна, те да јавни тужилац у пракси, по правилу, не буде непристрастан током спровођења истраге, тј. конкретно, да не обраћа довољно пажње на прикупљање доказа у прилог одбране.

---

<sup>30</sup> Више о томе: М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Правни факултет Универзитета у Београду и *Службени гласник*, Београд, 2011, стр. 771.

Најдоследнији заговорник судске истраге у нашој кривично процесној теорији, свакако, био је професор др Ђорђе Лазин,<sup>31</sup> који је у много наврата, како у својим научним и стручним радовима тако и у усменим дискусијама, врло убедљиво образлагао добре стране тог типа истраге. Аргументи професора Лазина су својим квалитетом и утемељеношћу увек заслуживали посебно поштовање, без обзира на могућа начелна теоријска неслагања, која су увек пожељна, како у научној тако у свакој другој демократској расправи, јер без ваљаног суочавања аргумената није могуће ни изнаћи најбоља законска решења.

### **Истрага према ЗКП-у из 2006. године и разлози за тадашње давање преваге јавнотужилачкој истрази у односу на судску истрагу**

Основни стадијуми кривичног поступка по ЗКП-у из 2006. су били: претходна истрага, претходни поступак (истрага, оптужница и преиспитивање оптужнице) и главни поступак (припреме за главни претрес, главни претрес и пресуда). Будући да истрага није предвиђена као судска, прописан је и одређени облик обавезне судске контроле оптужнице, али уз задржавање права на приговор против оптужнице.<sup>32</sup> Наш постојећи кривични поступак, чини се, претерано је „растегнут” и неке фазе кривичног поступка непотребно се удвостручују, што је често и посебно карактеристично за однос преткривичног поступка и истраге. Данас у свету доминирају кривични поступци код којих је истрага сврстана у надлежност јавног (државног) тужиоца или полиције под надзором тужиоца.

Недопустиво је и крајње нерационално да јавни тужилац у многим ситуацијама делује просто као нека аутоматизована „трансмисија” између полиције која је „обавила свој део посла” у преткривичном поступку и суда пред којим треба да се одвија кривични поступак, те да оптужни акт јавног тужиоца буде у основи само „преписана” кривич-

<sup>31</sup> Више о томе: Ђ. Лазин, „Судска истрага – дилеме и проблеми”, *Ревизија за криминологију и кривично право*, Београд, 2006, број 2, стр. 73 – 90; Ђ. Лазин, „Поједностављење судске истраге у светлу међународних стандарда и Законик о кривичном поступку из 2001. године”, *Ревизија за криминологију и кривично право*, број 3, Београд, 2006, стр. 133 – 150.

<sup>32</sup> Више о томе: Н. Јованчевић, „Оптужница и преиспитивање оптужнице”, *Зборник Удружења за кривично право Србије – „Примена новог Законика о кривичном поступку Србије, научни скуп, Копаоник, 2007*, стр. 115 – 130.

на пријава полиције. Јавни тужилац мора да има одговорнију улогу у истрази и стадијуму који истрази претходи (по садашњем решењу – ЗКП/2001. то је преткривични поступак, односно предистражни поступак према ЗКП-у из 2011.) и та улога не сме бити сведена само на извештај декларативан ниво. Практично, према концепту ЗКП-а из 2006, претходна истрага и истрага јесу *једна спојена фаза* у којој су повезани елементи садашњег преткривичног поступка и истраге, чиме се цео поступак знатно убрзава.

*Ratio legis* сврставања истраге у надлежност јавног тужиоца те прекида с досадашњом вишедеценијском традицијом у нашем кривичном поступку, према којој је истрага била у надлежности суда, то јест истражног судије, првенствено се може темељити на следећем:

1) Тиме се кривични поступак потенцијално значајно убрзава, јер су у истрази која је поверена јавном тужиоцу спојени неки елементи некадашњег преткривичног поступка (претходна истрага) и судске кривичне истраге, што начелно омогућава брже решавање кривичне ствари, односно брже стварање процесних и фактичких услова за суђење.

2) На овај се начин јавни тужилац чини знатно активнијим већ у процесу прикупљања првих доказа, што му омогућава да касније, ако се поступак настави пред судом, боље познаје чињеничне и правне елементе кривичне ствари која је предмет поступка.

3) Коначно, тако се кривични суд растерећује у одређеној мери, те се више може фокусирати на своју основну функцију, а то је пресуђивање кривичне ствари, чиме се остварују и неки сасвим конкретни функционално-организациони ефекти, као што је, на пример, превладавање потенцијалних кадровских проблема, до којих је долазило када је истрага била у искључивој надлежности истражног судије, који, потом, није могао бити члан већа у истој кривичној ствари (разлог за обавезно изузеће), што је понекад изазивало проблеме у судовима с мањим бројем судија.

4) Овакво решење ипак није било радикално, већ би се пре могло означити као оптимално у нашим условима, јер типична тужилачка истрага (као што је то случај у свим адверзијалним кривичним поступцима и многим европским поступцима, а у нашем окружењу, нпр, у Републици Српској, односно у БиХ, а онедавно у Хрватској и Македонији),<sup>33</sup> под-

---

<sup>33</sup> Наopakим идејама о потреби увођења адверзијалног кривичног поступка, односно кривичног поступка чија би основна или једна од најдоминантнијих одлика била чисто страначка организација главног претреса, уз максимално доказно пасивизирање суда (које су иначе у виду новог ЗКП-а из 2011. године, најконсеквентније

разумева да она буде оно што је сада код нас преткривични поступак, уз неке елементе из садашње истраге, а да се, при том, оптужница увек формално потврђује.

Концепт заступљен у ЗКП-у из 2006. године представљао је *блажу форму тужилачке истраге*, која се одликује тиме да постоји *претходна истрага* у којој најзначајнију улогу има полиција, али јавни тужилац врши руководећу функцију, која се практично води све док није познато ко је осумњичени, али се одређене радње могу вршити и у односу на лице које је постало осумњичени, а да затим *као посебна фаза постоји истрага*, у којој доминира тужилац, али се такође одређени *елементи претходне истраге и истраге преплићу* и практично чине један у основи заједнички међустадијум пре подношења оптужнице.<sup>34</sup> Оправданост раздвајања две суштински *истражне фазе* – претходна истрага и истрага, заснивала се и на различитим степенима сумње у односу на те стадијуме, па је тако претходна истрага могла бити вођења док постоје основи сумње, док би се истрага водила онда када постоји основана сумња.

С обзиром на предвиђену могућност да јавни тужилац затражи од истражног судије – који је, сходно правилима ЗКП Србије из 2006. године о(п)стајао као облик судске функционалне надлежности, али са знатно мањим обимом посла у кривичном поступку – да предузме одређену истражну (доказну) радњу, по захтеву јавног тужиоца и онда када је то неопходно, може се сматрати да такав концепт истраге није био потпуно тужилачки, односно (једно)страначки, што, иначе, одговара и многим компаративним кривичнопроцесним, а пре свега континентално-европским решењима. Оваква могућност би у нашим условима била посебно корисна, не само када су у питању тзв. хитне истражне радње (на пример, у немачком кривичном поступку), већ и у оном периоду неминовног прилагођавања јавног тужилаштва на своју нову функцију.

---

и најдрастичније, а правотехнички и концепцијски убедљиво најлошије спроведене Србији), од Република некадашње СФРЈ, још увек одолевају Црна Гора и Словенија. Словенија има систем који је веома сличан ономе који је постојао и у некадашњој Југославији и тамо истрагу води истражни судија, док је Црна Гора донела нови ЗКП, према којем истрагу води државни тужилац, али је задржана класична концепција главног претреса током којег доказно доминира суд, исто као што у кривичном поступку и даље делује класично дефинисано начело истине.

<sup>34</sup> Више о томе: М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, „Службени гласник”, Београд, 2007, стр. 840 – 841.

## Да ли је оправдана глорификација судске истраге

Судска истрага се може посматрати и као једна врста *мимикрије*, којом се полицијски или, ређе, тужилачки докази „камуфлирају” у судске доказе. Искуство и статистичка анализа јасно показују да јавни тужилац рутински прихвата скоро сваку кривичну пријаву поднету од стране полиције, и практично, њен садржај само „претаче” у свој оптужни акт, а затим, што је посебан показатељ неефикасности судске истраге, истражни судија прихвата скоро сваки захтев јавног тужиоца за спровођење истраге.

У мање од једног процента случајева истражни судија изражава своје *неслагање са захтевом јавног тужиоца*, па то практично значи да је истражни судија претворен само у неку врсту *трансмисије јавног тужиоца*, који је претходно – трансмисија полиције, а што онда има и веома тешке практичне последице баш по кредибилитет доказа из истраге, јер се они, без већих проблема, прихватају на главном претресу, будући да се ради о судским доказима, али се тако, у ствари, индиректно оснажују докази из полиције.

Дакле, управо је судска истрага нешто што на мала врата *уводи полицијске доказе као судске доказе*. Концепт истраге Законика о кривичном поступку из 2006. године био је далеко процесно *чистије* и у правном смислу *поштеније решење*, које су стога и прихватиле многе савремене и демократске државе, јер су тужилачки докази ипак само *докази странке која је у функцији кривичног гоњења* и они се касније морају *додатно судски оснажити*, или обрнуто, девалвирати у кривичном поступку. С друге стране, истражни судија је остајао и у новом концепту, уведеном Законом из 2006. године, али само као *судска контрола јавног тужиоца*, јер је он могао обуставити истрагу коју је започео тужилац, када прихвати жалбу окривљеног или његовог браниоца.

Поред тога, према ЗКП-у из 2006, а тако је и у другим системима јавнотужилачке истраге, само истражни судија, односно судија може донети одлуку о било којем ограничењу права окривљеног, почев од ограничења што проистичу из општих или посебних доказних радњи, до оних која се тичу мера за обезбеђење присуства окривљеног, тј. притвора, јемства итд. Осим овога, када се ради о доказима за које постоји опасност да неће моћи да се понове на главном претресу, њих може изводити истражни судија на предлог јавног тужиоца, што је слично и решењима у другим државама које имају доминантно тужилачку истрагу.



Поставља се питање да ли је основана критика коришћења доказа из истраге која није судска на главном претресу, када баш садашњи ЗКП, који многи критичари ЗКП-а из 2006. године глорификују, омогућава саслушање осумњиченог од стране полиције и при том се тај исказ може користити као доказ? Оваква могућност постоји и према ЗКП-у из 2006. године, али се њиме уводи додатна заштита, јер исказ дат полицији, ако је она сама обавила саслушање, може бити доказ само уколико је снимљен и аудио и видео. Понекад се у критикама новог концепта, то јест јавнотужилачке истраге према Законнику о кривичном поступку из 2006. године, потпуно погрешно разуме концепт суђења, јер се сви докази изведени у претходној истрази или истрази од стране јавног тужиоца или полиције, којој је то јавни тужилац поверио, свакако морају, по правилу, изводити поново на главном претресу, а при том нема разлога да по изузетку они не могу бити прихваћени као такви и од стране суда, јер је то је случај и у свим другим државама које имају тужилачку истрагу, осим у већини држава које имају англосаксонски правни систем (а тамо је истрага, по правилу, полицијска), где се, по правилу и скоро без изузетка, сви докази морају извести на самом суђењу. Међутим, поротно суђење је сада и у САД прави изузетак у пракси, јер се више од 90 одсто случајева завршава само изрицањем санкције, а на бази признања до којег је дошло на основу споразума са тужиоцем (*plea bargaining*), или без њега. Па и код нас сада, на пример, само око 14 одсто увиђаја врши истражни судија, што значи да око 86 процената записника о увиђају који се користе као доказ проистиче из полицијских увиђаја. Још је упечатљивији пример претресање стана и лица, које скоро без изузетка врши полиција. Када још узмемо у обзир могућност полиције да саслушава осумњиченог у преткривичном поступку, онда се јасно може уочити колико се заиста обилато *полицијски докази* користе и у нашем садашњем кривичном поступку.

Јавни тужилац, наравно, јесте странка у формалном смислу, самим тим што врши једну од две страначке функције, а и сам ЗКП га стриктно (како онај из 2001. тако и ЗКП из 2006.), као и сваког тужиоца, тј. самим тим што је овлашћени тужилац, дефинише као странку. Али јавни тужилац није искључиво странка, јер је он, пре свега, државни орган, па је и то разлог што се њему може поверити истрага, те му се наметнути дужност (као што се то чинило и у ЗКП-у из 2006.) да с једнаком пажњом испитује и утврђује како чињенице које терете окривљеног тако и оне

које му иду у прилог.<sup>35</sup> Исто или веома слично решење постоји и у другим континентално-европским државама у којима истрагу води јавни (државни) тужилац, као што је то, на пример, случај у Немачкој, а то је и разлог што водећи немачки кривичар професор С. Roxin закључује да државни тужилац уопште и није класична странка у немачком кривичном поступку,<sup>36</sup> већ је нека врста (пара)странке. Поред тога, то је и разлог што се у многим правним системима јавни тужилац сматра саставним делом правосуђа, те да је *ближи судској него извршној власти*, што је начелно веома добро решење.

Када је реч опет о Немачкој, то је и разлог да у тој земљи, тј. у неким њеним покрајинама (на пример, у Баварској), по правилу, млади судија мора одређено време да проведе као јавни (државни) тужилац, тј. као његов заменик и обрнуто, јавни (државни) тужилац ради неко време као судија, што онда доприноси бољој каснијој сарадњи и бољем увиду у рад државних органа који су субјекти кривичног поступка. Ово није у свим немачким покрајинама формално апсолутно обавезно, али судија, односно државни тужилац који не пристане на такву „размену”, нема много шанси да након тога напредује у правосудној хијерархији.

С друге стране, то намеће и обавезу државе да у свом правном систему обезбеди максималне формалне гаранције за функционалну независност јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, а из тога произ-

---

<sup>35</sup> Овде, наравно, треба имати у виду и да је у време када је писан Нацрт законика о кривичном поступку Србије из 2006. године, из којег је проистекао тадашњи ЗКП у којем је први пут у новијој историји Србије истрага у кривичном поступку поверена јавном тужиоцу, постојало чврсто уверење да ће будући положај јавног тужиоца и јавног тужилаштва у Србији бити такав да ће се њиме максимално гарантовати ефективна самосталност јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, те могућност да они у кривичном поступку заиста делују *функционално независно*, што је и основни фактички предуслов да истрага коју води јавни тужилац буде непристрасна. То значи да се јавни тужилац током своје истраге у пракси заиста с једнаком пажњом усмерава како на оне доказе који поткрепљују оптужбу тако и на доказе који иду у прилог одбрани.

Садашњи положај јавног тужилаштва, нарочито систем врло строге хијерархије унутар јавнотужилачке организације, и то условима прилично нестабилног правног система, нарочито услед увелико пролонгираних тешкоћа насталих због поприлично трајаво спроведеног поступка општег избора или реизбора свих носилаца правосудних функција, па и јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, сам по себи представља озбиљну препреку да већина истрага коју воде јавни тужиоци заиста буде непристрасна у мери у којој је то реално неопходно, сходно захтевима правичног кривичног поступка.

<sup>36</sup> С. Roxin, *Strafverfahrensrecht*. „Verlag C. H. Beck”, München, 1997, стр. 87 – 88.

лази и претходно већ истакнут проблем (којем ће се посветити пажња и даље у тексту), реалног непостојања довољно чврстих гаранција да ће јавни тужилац у Србији, у садашњем тренутку бити довољно непристрастан приликом вођења истраге, која му се (на један правнотехнички веома лош начин, а концепцијски изузетно слабо), поверава сходно Законику о кривичном поступку из 2011. године.

### **Процесна веродостојност доказа који потичу из истраге**

Једна од опција у реформи нашег кривичног поступка могла би бити и да истрага буде потпуно неформална, а да само по изузетку докази из истраге (када их је извео судија), могу да се користе на главном претресу. Ово решење би вероватно било неадекватно, јер би довело до тога да се „истрага” практично води на главном претресу, што би онда наш кривични поступак толико оптеретило да би он вероватно брзо доживео колапс. У ствари, ово би решење само преименовало садашњи преткривични поступак у истрагу, мада би и оно било боље од садашњег (према правилима Законика о кривичном поступку из 2011. године), претварања преткривичног поступка у предистражни поступак, те уз омогућавање (што се посебно критикује у даљем тексту), да без посебних услова практично сваки несудски доказ из тог стадијума може потом да се користи и на главном претресу, уз могућност утемељена пресуде на њему.

Потпуно неформални карактер истраге у нашим условима би вероватно могао довести и до *неселективног оптуживања*, јер како би суд који треба да потврди оптужницу уопште и могао реално да је процењује ако се она не би заснивала на доказима, већ само на „подацима о доказима”, које би потом тек требало изводити на главном претресу.

Тужилачка природа истраге не подразумева апсолутно искључење свих доказа из истраге на главном претресу, јер би то било апсурдно, а као пример се посебно може истаћи Италија, где је то првобитно било предвиђено, али се потом од таквог ригидног концепта одустало (посебно у вези с поступком чији су предмет била тзв. мафијашка кривична дела), па тако сада и тамо постоје могућности за одређена не баш претерано уска одступања од начела непосредности. Међутим, у том погледу ипак треба принципијелно бити веома опрезан, те водити рачуна да се према свом доказном кредибилитету начелно никада не могу потпуно

изједначити докази које је извео сам суд, односно они докази који су изведени пред судом и под његовом контролом, са доказима изведеним без судске контроле и од стране несудских органа.

Концепција Законика о кривичном поступку из 2006. године начелно се заснивала на ставу по којем није спорно да тужилачки докази, тј. докази изведени од стране јавног тужиоца, у принципу немају исти доказни кредибилитет као судски, али се њима ипак не сме одрицати било каква доказна веродостојност, јер је то, с једне стране, апсурдно пошто се ради о државном органу, док с друге стране, данас и већина европских кривичних процедура допушта да државни тужилац прикупља, па и изводи одређене доказе у истрази, односно допушта се да то под одређеним условима чини и полиција. То уопште није спорно, на пример, ни у Немачкој, а тамо се само утврђују законски услови под којима се такви докази могу користити на главном претресу, уз прављење одређене разлике да ли докази потичу од полиције или државног тужиоца, али се ни полицијски докази не искључују априорно, а камоли државнотужилачки. Међутим, ни тамо није спорно да су судски докази ипак начелно супериорнији од доказа прибављених од стране несудских органа.

Законик из 2006. године, дајући могућност за изузетно коришћење доказа изведених у истрази на главном претресу, пошао је од начелне идеје да то мора бити омогућено као изузетак, а да ће суд у сваком конкретном случају ценити веродостојност појединих доказа, те да ће принципијелно увек давати превагу судским доказима. Да би то било јасније, а након одређених критика стручне јавности, предложеним изменама и допунама овог законика уведени су посебни додатни лимитирајући критеријуми за могућност да се одлука суда заснива на таквим доказима.

С друге стране, веома широка, практично неограничена могућност коришћења доказа које су у истрази, односно предистражном поступку, извели несудски органи, тј. полиција и јавни тужилац, која је уведена Законом о кривичном поступку из 2011. године (што ћемо посебно објаснити даље у тексту), јесте сасвим неоправдана и веома проблематична.

## Одлука о спровођењу истраге према концепцији Законика о кривичном поступку из 2006. године

Истрага се према ЗКП-у из 2006. покреће *решењем о спровођењу истраге*, које би доносио јавни тужилац, а против којег би била дозвољена жалба о којој би решавао суд у одређеном функционалном саставу, тј. истражни судија.

Можда површнији посматрачи Законика из 2006. године, баш због коришћења термина „**истражни судија**”, закључују да истрага у том законику није чисто тужилачка, али је такво резонување суштински погрешно, јер судија у свакој тужилачкој истрази мора постојати, макар за наређивање да се предузимају посебне доказне радње (специјалне истражне технике), те због доношења одлука о одређеним мерама процесне принуде – а како ће он бити означен у терминолошком смислу, није сувише важно.

У српском језику у смислу значења потпуно је истоветно када се каже „**истражни судија**” или „**судија истраге**”, али је присвојни генитив у овом другом термину за српски језик прилично неуобичајен и не сматра се, по правилу, одликом доброг стила, што у одређеној мери важи и за термин „**судија за истрагу**”. Одређена разлика у овом погледу постоји, на пример, у немачком кривичном поступку, али је то последица обележја немачког језика и правне терминологије, која је, на нашу жалост, богатија од наше, па тако тамо „**Untersuchungsrichter**” (дословце – истражујући судија), означава истражног судију који садржински води истрагу у систему судске истраге, тј. истражује, док је „**Ermittlungsrichter**” судија истраге, онај који врши само неке радње у систему истраге коју води државни тужилац.

У већини система државнотужилачке истраге, она се покреће или првом радњом надлежног државног органа, која је истражног карактера, а без доношења било какве формалне одлуке или одлуком (најчешће наредбом) против које жалба није дозвољена. Такво је решење, свакако, ефикасније и убрзава поступак, али оно потенцијално има и неке слабе тачке, а може бити и веома лоше за осумњиченог (у БиХ је, на пример, било случајева да се истрага против одређеног лица води седам-осам месеци, па и дуже, а да он о томе нема појма), али то некада није добро ни за ефикасност истраге. Иако на први поглед делује као да то истрагу чини ефикаснијом, то није увек тако, јер би она тада потенцијално била несе-

лективна и практично би се водила по аутоматизму у односу на све што се кривично пријави. Истрага се не започиње наредбом ни у Немачкој, него тамо започиње првом радњом која се предузме када постоји одређени степен сумње да је учињено кривично дело, а формално се то тек касније констатује одређеним закључком („Beschluss“), који се не може правно побијати, мада чак и по том питању постоји један хабилитациони рад у којем се доказује да се и против те „одлуке“ може уложити жалба, али да то не би имало практичне сврхе.

Ако би се истрага започињала наредбом, против које жалба не би била дозвољена, то би онда, потенцијално, доводило и до неких процесно чудних ситуација, при чему треба посебно имати у виду и нашу досадашњу праксу, те неке већ устаљене резоне у судској пракси. То би, пре свега, био случај када је донето *решење о одређивању притвора*, против којег је жалба увек дозвољена. Ствар би била једноставна ако би се та жалба одбила а решење потврдило, јер би онда истрага у сваком случају даље текла својим редовним током. Исто би било и ако би се притвор укинуо због оцене ванрасправног већа да не постоји одређени разлог (притворски основ), на коме се побијано решење заснива, али би до апсурдне ситуације дошло ако би ванрасправно веће констатовало да се решење о притвору укида, јер уопште нема *основане сумње* да је лице учинило кривично дело, а не заборавимо, основана сумња је основни услов за одређивање притвора уз који онда, кумулативно, мора постојати и још неки Закоником алтернативно прописан притворски основ.

Формално могу постојати основи сумње, као блажи степен сумње у односу на виши степен сумње – основану сумњу, али би то у овом примеру у пракси доводило до веома незгодних ситуација. Све те „незгодне ситуације“ сада су сасвим могуће када се ради о Законнику о кривичном поступку из 2011. године, за који је карактеристично да истрага у великој мери има формалан карактер – што се чак односи и на предистражни поступак, који је заменио преткривични поступак – те се покреће наредбом јавног тужиоца против које жалба није дозвољена.

## Да ли је „садашња” судска „истрага” (истрага по ЗКП-у из 2001. године) заиста „права” истрага

Питање садржано у овом поднаслову може звучати бесмислено на први поглед, јер како нешто уопште и може да не буде оно што је садржано већ у његовом терминолошком одређењу, а наш ЗКП (из 2001.) говори о „истрази”, коју води истражни судија. Ово је питање, међутим, сасвим логично, јер се ту у ствари мисли на то да ли истражни судија уопште нешто истражује, те шта он то, водећи истрагу, *сам и аутономно истражује?*

У пракси, истражни судија врло ретко и у незнатној мери заиста има *истраживачку функцију*, јер су докази или макар информације које би требало уобличити у доказе већ прикупљени у преткривичном поступку и у ствари, функција истражног судије у судској истрази своди се на једну врсту претходног филтера у односу на оно што је учињено у преткривичном поступку, па он практично понавља низ већ обављених радњи, што је посебно типично када се ради о исказима сведока, јер се у истрази тако, веома често, саслушавају као сведоци, лица која су свој исказ претходно дала у својству грађанина пред полицијом.

Овај систем није у овом делу баш толико лош са становишта ефикасности поступка, као што се на први поглед чини, јер се исказ дат истражном судији, касније без већих формалних проблема, може користити као доказ у даљем току поступка. Проблем је, међутим, с другим доказима, који у основи потичу из преткривичног поступка, а који се овако само „провлаче” кроз истрагу и практично директно упућују на главни претрес, где онда могу остваривати и директан доказни кредибилитет. Зато што је судска истрага само једна врста претходне провере оптужбе (формално садржане у захтеву за спровођење истраге), која је, као што смо претходно објаснили, често сасвим рутинска, у нашем садашњем систему приговор против оптужнице не остварује неку значајнију практичну сврху, тј. уопште, судска контрола оптужнице изразито је неефикасна.

С друге стране, чак и ако се истрага онако како је она устројена према ЗКП-у из 2001. године, што у нашој земљи има вишедеценијску традицију, схвати само или претежно као својеврсни „филтер” пред подношење оптужбе за тежа кривична дела (јер истраге нема у скраћеном поступку, где се могу вршити само одређене истражне радње пре подношења оптужног предлога, исто као што у погледу великог броја кривичног дела

истрага није обавезна фаза кривичног поступка, тј. могуће је непосредно оптужење), то никако не значи да такав концепт истраге нема одређену вредност. Стога би се аргументовано могао бранити и став да том систему истраге – с обзиром на стање нашег садашњег правног система – можда у овом тренутку треба дати и извесну предност у односу на јавнотужилачки концепт истраге, без обзира на то што се аутор овог текста иначе начелно залаже за истрагу коју ће водити јавни тужилац.

Наиме, како јавни тужиоци нису независни, већ само „самостални” у вршењу својих функција, те како је њихов уставни и законски положај начелно прилично слабији у односу на такав положај судија, ни јавнотужилачка истрага не може бити довољно непристрасна, све док се уставни и законски положај јавних тужилаца битно не побољша. Ова констатација посебно добија на тежини када се ради о систему јавнотужилачке истраге заступљене у Законнику о кривичном поступку из 2011. године. Наиме, против одлуке којом јавни тужилац покреће истрагу (наредба) *жалба није дозвољена*, тј. таква одлука већ моментом доношења постаје и правноснажна и извршна, а у смислу члана 7 став 1 тачка 1 ЗКП/2011 сматра се да је тада покренут кривични поступак. Тада осумњичени стиче и процесно својство окривљеног (члан 2 став 1 тачка 1 ЗКП/2011.). Све се то дешава *без икакве судске контроле*,<sup>37</sup> што може бити веома опасно у нашим условима. Нарочито ако у виду имамо да – без обзира на то што се, у смислу члана 10 став 3 тач-

---

<sup>37</sup> Механизам из члана 312 ЗКП/2011, којим се регулише поступање по приговору осумњиченог и његовог браниоца о неправилностима током истраге, суштински нема значај *праве и ефективне судске контроле*, јер се таквим приговором практично не напада наредба о спровођењу истраге, тј. није могуће да се приговор усмери непосредно против наредбе, већ се он подноси када се ради о одуговлачењу поступка, односно другим неправилностима до којих, по ставу осумњиченог, односно браниоца, долази током већ покренуте истраге.

Чак и ако би осумњичени, односно његов бранилац шире тумачили право које имају у смислу члана 312 став 1 ЗКП/2011, те приговор поднели директно против наредбе о спровођењу истраге, сматрајући да нема разлога да се истрага води, они тиме ништа суштински не би могли да постигну. Такође, судија за претходни поступак, који се може активирати онда када виши јавни тужилац одбије приговор одбране – јер осумњичени и његов бранилац могу судији поднети *притужбу* против решења вишег јавног тужиоца о одбијању приговора – не може обуставити истрагу, већ може само наложити „да се предузму мере за отклањање неправилности”. То је прилично нејасна норма, јер не само да није јасно коме се налаже да предузме такве мере (мисли се вероватно на јавног тужиоца који води истрагу), већ се ради о потпуно инструктивној норми, јер није прописана било каква консеквенција за случај оглушења о такав налог.



ка 3 ЗКП/2011 ограничења одређених слобода и права која наступају покретањем кривичног поступка примењују од потврђивања оптужнице – наступа читав низ фактички веома негативних последица, односно може наступити чим лице стекне својство окривљеног. Нарочито онда када се против њега покрене истрага. Ту пре свега мислимо на медијско извештавање, које се, нажалост (као се то може лако уочити у низу упадљивих примера из праксе), понекад може свести и на својеврсни медијски „линч”. Стога је, по нашем мишљењу и из ових разлога, тј. пре свега ради заштите људских права и слобода, далеко бољи био концепт истраге заступљен у Законику о кривичном поступку из 2006. године (када је било омогућено да се решење о спровођењу истраге које је донео јавни тужилац побија жалбом о којој одлучује истражни судија) него што је то случај са начином регулисања истраге у Законику о кривичном поступку из 2011. године, који не омогућава било какву ефективну судску контролу у односу на одлуку јавног тужиоца којом се покреће истрага.

### **Концепт истраге у Законику о кривичном поступку из 2011. године – елементи „паралелне истраге” и доказна активност одбране током јавнотужилачке истраге**

Ако „тврдокорним европским континенталцима” – или бар свима који макар мало верују у устаљену правну традицију континенталне Европе, без обзира на то што није спорно да треба прихватати и одређене прикладне моделе који потичу из англосаксонског права (попут одређене варијанте споразума о признању кривице, неких елемената организације главног претреса итд.) – могућа будућа адверзијална конструкција главног претреса делује не само прилично непривлачно и веома егзотично или помало „екстравагантно”, онда степен „егзотике”, или можда боље речено својеврсне *бизарности*, достиже свој врхунац с пласираном идејом о могућој будућој „паралелној” истрази. Небитно је што се формално у Законику о кривичном поступку не користи израз „паралелна истрага”, нити се уопште одбрани даје формална могућност да „спроводи истрагу”, довољно је што се омогућава истраживање одбране током истраге коју води јавни тужилац, па да се констатује да то

фактички представља тзв. паралелну истрагу.<sup>38</sup> Шта би то и чему било и могло бити паралелно?

Истрази коју би водио јавни тужилац била би паралелна „истрага“ окривљеног, односно његовог браниоца. Понекад се наводи да тзв. паралелна истрага постоји у САД и у другим државама англосаксонског правног подручја, али то једноставно *није тачно*. Тамо конкретно уопште и нема било какве званичне, односно формалне истраге, већ истрагу у облику онога што је код нас преткривични поступак сасвим неформално води полиција, а окривљеном, ако уопште и сазна да је под истрагом (јер истрага тамо није јавна) и када сазна (а то ће, по правилу, бити случај тек када га саслушају као осумњиченог), нико не брани да, ако то може и уме, или има финансијских средстава за ангажовање приватног детектива, сам води неку сопствену „истрагу“. Међутим, ништа из те „истраге“ не може да се користи као доказ на суђењу, исто као што, уосталом, ни било шта друго из полицијске истраге, осим материјалних доказа, као и исказа осумњиченог, може да се користи на поротном суђењу. И сад ни код нас нема никаквих законских препрека да се ангажује приватни детектив, али ништа што он учини нема никакву формалну вредност.

У нашим би условима оваква концепција истраге, то јест формализовање тзв. паралелне истраге, захтевало врло компликовану процесну регулативу. На пример, било би веома тешко решити питање јавности у истрази. Како лица у функцији одбране могу водити своју („паралелну“) истрагу када не знају да се истрага уопште води од стране јавног тужиоца или, ако то већ знају, шта могу чинити кад не знају које радње врши јавни тужилац? Каквим би се механизмима могло обезбедити да окривљени може саслушавати сведоке и каквим би их мерама он могао „принудити“ да испуне своје процесне дужности?

У новом законнику о кривичном поступку, додуше, сада није уведен потпуни формални „паралелизам“ у истрази, па тако окривљени не може формално и заиста истоветно, као што то може супротна странка односно јавни тужилац, „да испитује своје сведоке“ током истраге коју против њега води јавни тужилац, али може да на одговарајући начин прикупља

---

<sup>38</sup> Израз „паралелна истрага“ ни иначе није законског карактера, већ се претежно користи у теоријско-концептуалном смислу, онда када се појединим законима (што је у Европи веома ретко, а типичан пример је Италија, мада је и она мењала своја законска решења која се у пракси показују као веома неефикасна) омогућава одбрани да током државнотужилачке истраге, у одређеном формалном или „полуформалном“ облику прибавља доказе који иду њој у прилог.

њихове изјаве. То је суштински слично као када би окривљени испитивао сведоке, али при том те изјаве и не представљају формалне доказе (слично као када су у питању изјаве које грађани током тзв. информативних разговора дају полицији), па и то указује на бесмислен *ratio legis* давања таквих „права” окривљеном. То ће у пракси, на шта ће бити детаљније указано у овом тексту, бити оствариво само екстремно малом броју окривљених, односно онима који спадају у веома богате људе као што су то, на пример, „сумњиви тајкуни” обogaћени у процесу приватизације, или када се ради о неким специфичним категоријама окривљених који поседују одговарајућу фактичку моћ, попут, на пример, окривљених за кривична дела организованог криминала, а нарочито лидерима криминалних организација и слично.

Када би окривљени имао и формално право да испитује сведоке, током своје „паралелне истраге” (што би иначе била још екстремнија варијанта него што је то садашње решење у ЗКП-у из 2011. године, а помињала се чак и од стране неких чланова радне групе као могућност), теоријски би се могао конструисати механизам посредне судске принуде, где би се окривљени обраћао суду, који би сведоку упућивао позив и евентуално предузимао потребне мере процесне принуде. Међутим, уопште није тешко замислити колико би то било неефикасно, а често би такав начин предузимања радњи, тј. прикупљања „доказа” у „истрази” био сасвим апсурдан. Такав тип „истраге” би, поред тога, тешко могао да буде допринос ефикаснијем кривичном поступку, већ би, вероватно, веома брзо довео до потпуног колапса наше кривичне процедуре, а то ваљда никоме није циљ. Таква би истрага била у пракси и *изразито неправична*, јер би само једна изразита мањина веома богатих окривљених била у стању да води „истрагу” ангажовањем приватних истражитеља, а остали би имали само „голо право”, што би представљало врхунски цинизам.

Иако, као што смо претходно објаснили, не може бити говора о било каквој званичној паралелној истрази у САД и у другим државама англосаксонског правног система, одређени елементи такве истраге постоје у Италији, али то не би требало да буде узор нашем предлагачу и законодавцу, јер је тај систем у тој земљи изразито неефикасан, препун озбиљних контрадикција,<sup>39</sup> а не треба ни заборавити (што је код нас већ на први поглед немогуће) да у Италији окривљени у сваком случају, тј. увек и без

<sup>39</sup> Просечан кривични поступак у Италији спада међу најдуже кривичне поступке у свету, а Италија је и иначе често лоше пролазила у поступку пред Европским судом за људска права када је реч о праву на суђење у разумном року.

обзира на запрећену казну за кривично дело које је предмет поступка (дакле, чак и за најлакша кривична дела), мора имати браниоца.

Јавни тужилац је **странка** у кривичном поступку и уколико се он, сходно новом ЗКП-у из 2011. године, као државни орган више не усмерава на официјелно утврђивање истине (садашњи члан 17 ЗКП/06),<sup>40</sup> нема никаквих гаранција да ће истрага коју он води бити *ни иоле непристрасна*. Наиме, зашто би јавни тужилац у пракси обраћао било какву пажњу на доказе који иду у прилог одбрани, без обзира на то што га Законик формално обавезује? То значи да онда када истина више није циљ кривичног поступка, одредба члана 6 став 4 ЗКП/2011, по којој су јавни тужилац и полиција дужни да непристрасно разјасне сумњу о кривичном делу за које спроводе службене радње и да с једнаком пажњом испитују чињенице које терете окривљеног и оне што му иду у корист, постаје сасвим *релативизована* и *обесмишљена*, те се своди на сасвим празну флоскулу, која ће веома тешко бити поштована у пракси.

У новом закону о кривичном поступку прописано је да осумњичени и његов бранилац (ако га има) могу током истраге коју води јавни тужилац самостално прикупљати доказе. Реално је да ово „могу” у пракси буде схваћено као „треба” или чак „морају”, а то ће, свакако, довести до огромних проблема и изразитих неправичности, те се тиме на извештан начин потенцијално може повредити и претпоставка невиности. Наиме, „истрага” коју би окривљени водио „паралелно” са истрагом јавног тужиоца практично би се свела на „истраживање” у корист одбране, тј. није јасно против кога би се она усмерила. То би се могло схватити и као својеврсна „дужност” окривљеног да доказује, односно „истражује” *сопствену невиност*.

---

<sup>40</sup> Другачије је у другим европским континенталним кривичним поступцима, где је истрага такође сврстана у надлежност државног тужиоца, али је државни тужилац (дакле, не ни само суд) дужан да утврђује истину и да с једнаком пажњом прикупља како доказе који иду у прилог оптужби тако и оне који користе одбрани. То је и разлог (што је објашњено у претходним сегментима ове књиге, када је цитиран и угледни немачки аутор проф. др *Claus Roxin*) да се државни тужилац у немачком кривичном поступку (слично као и у другим типичним европско-континенталним кривичним процедурама) уопште и не сматра класичном процесном странком.

## Прикупљање доказа од стране одбране током истраге јавног тужиоца

Осумњичени и његов бранилац могу самостално прикупљати доказе у корист одбране (члан 301). Ради се о нормативној разради теоријске концепције, о тзв. паралелној истрази, без обзира на то што се сам израз „паралелна истрага” стриктно не спомиње у Законику о кривичном поступку. Не само што је та правнотехничка нормативна реализација такве дубиозне концепције, што ће бити посебно објашњено даље у тексту, сама по себи поприлично неквалитетна, неконзистентна, те заснована на нереалном почетном приступу, већ је и сама концепција паралелне истраге веома сумњива и суштински противна основној процесној логици, по којој је примарна сврха истраге прикупљање доказа који ће неки почетни степен сумње (сада је то „основ сумње”) појачати у мери потребној да се може ући у наредну процесну фазу, тј. у процесни стадијум оптужења. Или би се, супротно, могло констатовати да је потребно обуставити кривични поступак.. Само у судској истрази, сврха истраге може бити и битно проширена, као што је то случај са истрагом коју води истражни судија, што ће се детаљније објаснити даље у тексту.

Какве су шансе осумњиченог без браниоца, па и онда када има браниоца, да самостално обезбеђује доказе? Како би, на пример, осумњичени саслушавао сведоке? Ради се о потпуно нереалној и поприлично бесмисленој норми. Коначно, шта то окривљени уопште и истражује, тј. према коме је усмерена таква паралелна истрага када за окривљеног важи претпоставка невиности?

Овде треба посебно имати у виду и **случај са окривљеним који се налази у притвору**. Наиме, и он би, у складу са чланом 301, имао *право да прикупља доказе*, а како притворени окривљени то своје право може остварити када се налази у притвору, а такође с обзиром на то да се један број разлога за притвор баш и тиче опасности од *доказне опструкције услед деловања окривљеног* који би био на слободи, као када је у питању одређивање притвора због колузионе опасности, или када се ради о постојању околности које указују да ће уништити, сакрити, изменити или фалсификовати доказе? Овом питању ћемо још поклонити пажњу када будемо коментарисали страначко испитивање сведока, те наговештену могућност припреме сведока кога као сведока предлаже конкретна странка (директно испитивање), а што је, поред осталог, у одређеној

контрадикцији са постојањем једног од „класичних„ разлога за притвор, а то је постојање особитих околности које указују да ће окривљени ометати поступак утицањем на сведоке, саучеснике или прикриваче.

Не само што једино веома богати окривљени могу да прикупљају доказе у прилог своје одбране (а ноторна је чињеница да данас огромна већина грађана Србије живи веома скромно, а многи спадају у сиромашне, па чак и екстремно сиромашне), већ је давање формалне могућности одбрани да самостално прикупља доказе скопчано и с другим потенцијално веома озбиљним проблемима, који у перспективи могу врло тешко да компромитују не само органе кривичног правосуђа већ и саму државу и њен правни систем.

Замислимо само како би се осећао просечан грађанин да од њега окривљени за кривично дело организованог криминала, а медијски већ експониран као „опасан човек” (можда вишеструки повратник и сл.), или, што би било типичније, приватни „детектив”, односно бранилац таквог окривљеног, „љубазно или мање учтиво” затраже изјаву или „замоле” да уђу у приватне просторије, односно да преузимају предмет и исправе које могу користити као „помоћни” материјал у току испитивања сведока или провере веродостојности исказа сведока... Зар не би то многи грађани доживели као својеврсну непријатност или чак као опасност, односно у неким ситуацијама скоро као специфично „изнуђивање исказа”? Није овде само у питању својеврсна „приватизација” кривичног поступка, односно уношење елемента „приватне иницијативе” у истрагу, већ је таква, у основи „екстравагантна” могућност потенцијални извор врло озбиљних проблема.

Даље се концепт „паралелне истраге” детаљније разрађује у Законику о кривичном поступку тако што је прописано да ако осумњичени или његов бранилац сматра да је потребно предузети одређену доказну радњу, предложиће јавном тужиоцу да је предузме (члан 302 став 1).

Дакле, странка се обраћа противној странци која би требало да у њену корист предузме одређене доказне радње. Не звучи баш реално и остварљиво, а о правичности да не говоримо.

Ако јавни тужилац одбије предлог осумњиченог, односно његовог браниоца, или о таквом предлогу не одлучи у року од осам дана од дана подношења предлога, осумњичени или његов бранилац може поднети предлог судији за претходни поступак, који одлуку о томе доноси у року од осам дана. Ако судија за претходни поступак усвоји такав предлог,

наложиће јавном тужиоцу да предузме доказну радњу и одредити му за то рок.<sup>41</sup>

Невероватно је колико се у новом ЗКП-у промовише доказна пасивност суда. Суд се практично на све начине „држи по страни” од извођења доказа, како „случајно не би непозван зашао у тај искључиво *страначки забран*”. Па зар не би било много логичније да, када у смислу члана 302 став 3, судија за претходни поступак усвоји предлог осумњиченог и његовог браниоца да се предузме одређена доказна радња, ту радњу тада изведе сам судија за претходни поступак, него да он у таквој ситуацији то налаже јавном тужиоцу?

Какве су шансе да јавни тужилац кога судија за претходни поступак практично „приморава” на спровођење доказне радње, коју он претходно није желео да изведе, те је и формално одбио предлог одбране да се таква радња предузме, приликом њеног вршења поступа на квалитетан начин? То ће, наравно, у пракси зависити и од личности конкретног јавног тужиоца, његове савесности и других, претежно субјективних фактора, али се и из тог разлога начелно ради о веома лошем решењу, јер не може законодавац такво питање решавати по „систему лепих жеља”, тј. надати се да ће сваки конкретан јавни тужилац добронамерно прихватити налог судије за претходни поступак и „дати све од себе” да најбоље могуће спроведе доказну радњу, коју претходно није сматрао потребном, а на шта га затим, издавањем налога, „приморава” судија за претходни поступак.

Поред тога, законодавац није решио ни питање могућег оглушења јавног тужиоца о налог судије за претходни поступак односно о рок који му је дат за предузимање конкретне доказне радње у смислу члана 302 став 3. Ради се о инструктивном року, исто као што не постоји ни конкре-

---

<sup>41</sup> У последњој верзији Нацрта новог ЗКП-а било је још неколико других крајње бесмислених одредби, па је тако било прописано следеће: ако јавни тужилац, и поред налога судије за претходни поступак, не предузме доказну радњу у остављеном року, ту радњу би, на предлог осумњиченог или његовог браниоца, предузео судија за претходни поступак или би наложио органу полиције да то уради.

Дакле, у Нацрту ЗКП-а постојала је и једна крајње екстремна варијанта: када се јавни тужилац оглуши о захтев судије за претходни поступак, тј. онда када у року који му је судија одредио за предузимање доказне радње у корист одбране, такву радњу не предузме, судија за претходни поступак може алтернативно, такву радњу: 1) сам предузети, или 2) издати налог полицији да она такву радњу предузме у корист одбране. Ово је било заиста *невероватно решење*, јер би оно значило да ће *полиција која је поднела кривичну пријаву вршити радње у корист одбране у истрази* чије је вођење она сама иницирала својом кривичном пријавом!!!

тан процесни механизам којим би судија за претходни поступак ефективно „приморао” јавног тужиоца да поступи по његовом „доказном налогу”, онда када јавни тужилац не поступи по њему, или драстично прекорачује рок који му је за то дат у смислу члана 302 став 3. Дакле, очигледно је у питању сасвим нереална норма, чији *ratio legis* при том уопште није јасан, осим што се и овде може јасно уочити скоро невероватна упорност творца новог законика о кривичном поступку да никако не допусте ни минималну самосталну доказну активност суда.

Осумњичени који је саслушан и његов бранилац дужни су да одмах по свом самосталном прибављању доказа обавесте јавног тужиоца о томе, те да му пре завршетка истраге омогуће разматрање списка и разгледање предмета који служе као доказ (члан 303 став 3 ЗКП/11). Ово значи да осумњичени, који може бити и неписмен, односно његов бранилац, који уопште не мора бити адвокат кривичар, морају, односно могу водити неку врсту своје „истраге”, у виду прикупљања доказа у прилог одбране, те о њеним резултатима обавестити противну странку, тј. јавног тужиоца. Овим се у форми наводне потпуне страначке равноправности, те уз покушај да се и сама истрага, противно својој процесној логици, адверзијално тј. страначки устроји – практично уводи категорија одговарајуће „кооперативности” одбране у односу на јавног тужиоца током истраге, коју он формално води. Ипак је у питању празна норма, јер какве би консеквенције сносила одбрана ако у истрази на овакав начин не би *сарађивала* с јавним тужиоцем, тј. показала кооперативност у односу на супротну странку.

Став 3 члана 302 ЗКП/2011. врло би се лако могао *донекле поправити*, тако што би се модификовао на следећи начин:

*Када судија за претходни поступак усвоји предлог из став 2 овог члана, он ће предузети предложену доказну радњу и о томе, уз достављање записника и других материјала о спроведеној доказној радњи, обавестити јавног тужиоца.*



## Неравноправан положај одбране у истрази и „приморавање” одбране на сарадњу са јавним тужиоцем током истраге

Као што је претходно већ објашњено, у Законику се дају одређене могућности за прикупљање доказа и материјала у корист одбране (члан 301 ЗКП/2011.), што не само да је лоше формулисано у правнотехничком смислу (каква је, на пример, разлика између „доказа” и „материјала” у корист одбране), већ је и поприлично нереално и евентуално може користити само малом слоју веома богатих окривљених. Међутим, иако је наводна интенција законодавца да се у свим фазама поступка, па и у истрази, уводи максимална „расправност”, већ се у члану 303 ЗКП/2011 може уочити коме законодавац практично „држи страну”.

Према члану 303 став 1 ЗКП/2011, јавни тужилац је дужан да осумњиченом који је саслушан и његовом браниоцу омогући да у *року који је довољан за припремање одбране* размотре списе и разгледају предмете који служе као доказ, а након тога (члан 303 став 2) јавни тужилац позива осумњиченог и његовог браниоца да у *одређеном року* ставе предлог за предузимање одређених доказних радњи. Потпуно је препуштено слободној вољи јавног тужиоца да одреди *примерени рок*, како онај за припремање одбране (што је посебно осетљиво), тако и рок за давање доказних предлога. На такво одређивање рока од стране јавног тужиоца одбрана нема могућност улагања жалбе, нити формално може захтевати продужење рока, што је све супротно суштинским аспектима начела правичног вођења кривичног поступка и представља очигледан пример неравноправног положаја субјеката који врше супротстављене страначке функције.

Посебно је за одбрану неугодна, па и потенцијално опасна одредба члана 303 став 3 ЗКП/2011, по којој су осумњичени који је саслушан и његов бранилац дужни да по прикупљању доказа и материјала у корист одбране обавесте јавног тужиоца о томе и да му пре завршетка истраге омогуће разматрање списка и разгледање предмета који служе као доказ. Дакле, од одбране, односно од самог осумњиченог и његовог браниоца, *официјелно се захтева да сарађују с јавним тужиоцем током истраге*. Ради се о потпуно бесмисленој норми, која, додуше, неће имати већег практичног значаја, јер није предвиђена нека посебна процесна санкција за оглушавањем одбране о сопственој „дужности” сарадње с јавним тужиоцем. Међутим, ипак се не ради о „бенигној” одредби, јер се може претпоставити да ће јавни тужилац одбијање „сарадње” евентуално фактич-

ки санкционисати сопственом нефлексибилношћу у погледу претходно објашњених рокова за припремање одбране и стављање доказних предлога одбране током истраге (члан 303 ст. 1 и 2 ЗКП/2011.).

### **Сврха истраге у Законнику о кривичном поступку из 2011. године**

Колика је конфузија, па и неучавање суштинских дистинктивних елемената јавнотужилачке и судске истраге, нажалост, постојала код твораца новог законика о кривичном поступку из 2011 године, може се лако уочити и анализом члана 295 став 2 тог законика, у којем се дефинише сврха нове јавнотужилачке истраге. Да би ово важно питање било боље разјашњено, мора се поћи од сумарне анализе нормативно уређене сврхе типичне судске истраге.

Сврха судске истраге, тј. оне која се води у складу са Закоником о кривичном поступку из 2001. године (а тако је код нас било већ деценијама) јесте *функционалног карактера* у односу на одређене *релевантне доказе* и има три аспекта: 1) аспект *доказивости оптужбе* – прикупљање доказа и података који су потребни да би се могло одлучити да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак, 2) аспект омогућавања евентуалног деловања *изузетка у односу на начело непосредности* – прикупљање доказа за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано, те 3) аспект *сврсисходног деловања* – прикупљање других доказа који могу бити од користи за поступак, а чије се извођење, с обзиром на околности случаја, показује целисходним.<sup>42</sup>

Када је истрага јавнотужилачка, нема никакве сврхе, односно то би било *и нелогично и неправично*, да се као њен циљ, осим прикупљања доказа који су потребни за одлучивање да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак, утврђују и *докази за које постоји опасност да неће моћи да се понове на главном претресу*. То јест, то би се могло радити и у јавнотужилачкој истрази, а ми мислимо да би то и требало да се чини, али не од стране јавног тужиоца који и иначе води истрагу, већ би такве радње требало да предузима судија (било да се означи као судија за претходни

<sup>42</sup> Више о томе: М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду и „Службени гласник”, Београд, 2011. стр. 369.

поступак, као што је то учињено у ЗКП-у Србије из 2011, или као судија за истрагу, као што је то, на пример, у Црној Гори или у Немачкој),<sup>43</sup>

Потпуно супротно једноставној процесној логици да јавни тужилац у истрази коју сам води не би требало непосредно да прикупља доказе за које је извесно или веома вероватно да касније неће моћи да се понове на главном претресу, или би то било скопчано с великим тешкоћама, већ да би то, онда када таква ситуација настане, требало поверити одређеном облику судске функционалне надлежности – наш законодавац ово питање решава на изузетно лош начин. С једне стране, он сврху нове јавнотужилачке истраге дефинише веома слично као што је то учињено и у ЗКП-у из 2001. године, тј. када се ради о судској истрази, а потом уопште не прописује могућност да такве доказне радње, уместо јавног тужиоца, односно по његовом захтеву (ту би, наравно, дошао у обзир и захтев одбране), предузме одговарајући функционални облик суда, а то би у смислу новог законика пре свега могао бити судија за претходни поступак.

Према одредби члана 295 став 2 Законика о кривичном поступку из 2011. године, у истрази се прикупљају докази и подаци потребни да би се могло одлучити да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак, докази који су потребни да се утврди идентитет учиниоца, докази за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано, као и други докази који могу бити од користи за поступак, а чије се извођење, с обзиром на околности случаја, показује целисходним.

Сврха истраге је у Законика о кривичном поступку из 2011. године дефинисана веома широко, чак донекле и шире у односу на ЗКП из 2001. године, што је потпуно супротно природи јавнотужилачке истраге. Односно, и тако би се могао формулисати циљ истраге, без обзира на то што је

---

<sup>43</sup> Немачки израз „Ermittlungsrichter” би се најадекватније могао превести на наш језик као „судија за истрагу”, или евентуално као „судија истраге”. Као што смо то већ објашњавали и у претходним сегментима књиге, у Немачкој постоји разлика између таквог судије (*Ermittlungsrichter*) и типичног, односно класичног *истражног судије* (*Untersuchungsrichter*), који иначе и сада (што је у пракси веома ретко), може водити истрагу када се ради о неким специфичним кривичним делима против државе, у погледу којих се води посебан кривични поступак пред немачким Савезним судом. Дакле, такав судија истрагу не води, већ само потенцијално спроводи одређене тзв. хитне судске радње у државнотужилачкој истрази. Поред тога, овај облик судске функционалне надлежности у немачком кривичном поступку одлучује о одређеним мерама процесне принуде као што је то притвор, или о предузимању одређених специјалних истражних радњи у погледу кривичних дела организованог криминалитета итд.

води јавни тужилац, али само ако би се омогућило да доказне радње чија сврха није одлучивање о подизању оптужнице или обустави поступка уместо јавног тужиоца примарно изводи судија. Ово се пре свега односи на доказне радње усмерене на доказе за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу, или би њихово извођење било отежано. Такво логично решење је и иначе типично за многе друге државе у Европи, које имају државнотужилачку истрагу, попут, на пример, Немачке, Аустрије, а у нашем окружењу тако је у Републици Српској, односно у БиХ.

Који је *ratio legis* тако лошег законског решења у погледу сврхе истраге, а повезано с надлежношћу у истрази, или боље речено такве надобудне задртости твораца новог законика о кривичном поступку – није сасвим једноставно одредити, а могло би се дати неколико могућих објашњења.

Могуће је да се просто ради о *потпуном неразумевању* проблема, те једноставно несхватању да уопште није могуће, односно да је бесмислено истрагу тако симплификовано (што би се рекло: „потезом пера“) пребацити из судске у јавнотужилачку надлежност, а да при том све битно остане мање-више као што је било, тј. да јавни тужилац врши скоро све оно што је некада радио истражни судија, по систему „бриго моја, пређи на другога“.<sup>44</sup>

Сасвим другачија природа јавнотужилачке и судске функције, уз битно различит уставни и законски положај суда и јавног тужилаштва, онемогућавају да сада јавни тужилац сасвим једноставно „супституише“ истражног судију и води истрагу потпуно исто или веома слично, као што је то чинио и истражни судија и уз истоветни доказни кредибилитет доказних радњи спроведених у истрази. То је начелно тако, без обзира на то што ми иначе принципијелно не негирамо неопходност да јавни тужилац у пракси делује самостално, односно функционално независно и што се он, како смо претходно објаснили, у типичним европско-континенталним кривичним процедурама и не сматра класичном кривичнопроцесном странком, већ се због тога што је државни (јавни) тужилац примарно државни орган, закључује да он начелно може водити истрагу на непри-

---

<sup>44</sup> Ово објашњење није нереално и блиско је у основи наивној логици (да не употребимо неку тежу реч) неких чланова Радне групе за израду Нацрта новог законика, који су у медијима често износили идеју некаквог револуционарног „преокрета“, који би се практично могао упрошћено објаснити свођењем на практичну реализацију основне концепције о потреби „максималног растерећења суда, паралелно с максималним оптерећењем јавног тужиоца“.

страстан начин, те у својој истрази поклањати једнаку пажњу како доказима који терете окривљеног тако и онима што иду у прилог одбрани. Међутим, и поред тога, ни у једном европском систему државнотужилачке истраге, доказне (истражне) радње које је у истрази спровео државни (јавни) тужилац начелно немају исти степен доказног кредибилитета у односу на оне доказне радње које је спровео суд, нити је могуће да се у даљем току кривичног поступка сасвим једноставно „користе” доказни резултати радњи државног (јавног) тужиоца, попут читања записника о претходно спроведеним радњама.

Као што ћемо то детаљније објашњавати даље у тексту и као што је то и претходно већ истакнуто, у државама које имају најтипичније адверзијално конструисане кривичне поступке, попут Сједињених Америчких Држава (а где је истрага претежно полицијска и сасвим неформална, те суштински веома слична нашем садашњем или можда „некадашњем” преткривичном поступку), уопште није могуће да се као доказ у формалном кривичном поступку, односно на самом суђењу, користи било који доказ до којег је дошао несудски орган, без обзира на то да ли се ради о државном тужиоцу или полицији, осим када се ради о неспорним материјалним доказима, попут трагова и предмета кривичног дела.

Искази, као тзв. лични докази у типичним адверзијално конструисаним кривичним процедурама, као што је то, на пример, у САД, једноставно нису допуштени као докази на суђењу, уколико немају „судски карактер”, па тако, на пример, ако је изјаву у својству „сведока” полицији или самом државном тужиоцу дао грађанин, који је потом преминуо пре почетка суђења, такав „доказ” дефинитивно пропада, односно није могуће да читање изјаве тог лица (он формално и није сведок), замени његов „живи” исказ. Исказ дат полицији, односно државном тужиоцу, или било којем другом субјекту, односно органу који нема карактер суда, једноставно уопште и није доказ.

Није немогуће ни да се, када су у питању творци нашег новог законика о кривичном поступку и њихова идеја да сада јавни тужилац на најједноставнији могући начин просто „замењује” истражног судију, ради о једној скоро идеолошкој острашћености и заслепљености, по којој се улога суда у истрази мора свести на „најнужнији минимум”. То се огледа и у томе што законодавац није оставио могућност (која би била сасвим логична, као што је то објашњено у претходном тексту ) да онда када судија за претходни поступак, пошто није успео да „принуди” јавног ту-

жиоца на предузимање доказне радње у корист одбране (члан 302), такву радњу сам предузме. Тиме не само да би конкретна доказна радња начелно остваривала виши степен доказног кредибилитета у кривичном поступку, већ би то било и једино логично решење. Наиме, не само што „приморавање” јавног тужиоца на радњу коју он претходно није сматрао потребном није ефикасно из простог разлога што је тада, по логици ствари, веома тешко, тј. нерeално очекивати неки велики ентузијазам и посвећеност код јавног тужиоца, као ни ефикасност и квалитет у вршењу такве радње, већ и стога што су како рок за јавног тужиоца у смислу члана 302 став 3 тако и сама дужност предузимања доказне радње, наложене од стране судије за претходни поступак, у основи инструктивног карактера.

Коначно, могуће је да се и овде, тј. у погледу идеје да се без неких посебних иоле озбиљних услова сви несудски докази који потичу из истраге, па и из предистражног поступка, могу сасвим једноставно увести у сам кривични поступак, односно суђење, уз могућност да се пресуда заснива на њима, ради о промовисању идеје о „потреби над потребама” или „идеалу над идеалима”, „циљу над циљевима” и сл, а то је да кривични поступак буде што је могуће ефикаснији. При том се ефикасност примарно и наглашено поистовећује са *брзином кривичног поступка*, иако неспорно – *брзина и ефикасност нису синоними*, а у конкретном случају, нормативно решење које овде анализирамо ни у ком случају неће допринети ни брзини нити ефикасности будућег кривичног поступка.

Могуће је да су творци Законика о кривичном поступку Србије из 2011. сасвим упрошћено резоновали да би обраћање јавног тужиоца судији за претходни поступак у погледу извођења доказа за које постоји опасност да неће моћи да се понове на главном претресу одуговлачило истрагу, а самим тим и цео кривични поступак, при чему су можда сматрали и да за тим нема неке посебне потребе, јер се (што је такође поприлично лоше) у Законнику омогућава да се сви докази које је јавни тужилац извео у истрази могу практично без посебних проблема и услова користити и на главном претресу, те се и пресуда на њима може засновати. Ради се о потпуно погрешној логици, која је произвела једно веома неправично законско решење.

## Поверавање појединих доказних радњи током истраге коју води јавни тужилац

У току истраге јавни тужилац може поверити предузимање појединих доказних радњи јавном тужиоцу који поступа пред судом на чијем подручју треба предузети те радње, а ако је за подручја више судова одређен један суд за пружање правне помоћи – јавном тужиоцу који поступа пред тим судом (члан 299 став 1). Јавни тужилац коме је поверено предузимање појединих доказних радњи предузеће по потреби и друге доказне радње које са овим стоје у вези или из њих проистичу (члан 299 став 2). Ако јавни тужилац коме је поверено предузимање појединих доказних радњи није за то надлежан, доставиће предмет надлежном јавном тужиоцу и о томе обавестити јавног тужиоца који му је предмет доставио (члан 299 став 3)

Јавни тужилац може поверити полицији извршење појединих доказних радњи у складу са одредбама Законика о кривичном поступку (члан 299 став 4).

Дакле, у члану 299, који се односи на поверавање доказних радњи у току јавнотужилачке истраге, јавни тужилац може такве радње поверити другом јавном тужиоцу или полицији, а није прописана и могућност да се такве радње повере *судији за претходни поступак, уколико је вероватно да оне неће моћи да се понове на главном претресу.*

Практично сви закони(ци) о кривичном поступку у којима је истрага тужилачка омогућавају да неке радње врши суд (тзв. хитне судске радње), онда када постоји опасност да оне неће моћи да се понове на главном претресу.

*Ratio legis* таквих законских решења у већини држава континенталне Европе у којима је истрага државнотужилачка (на пример, у Немачкој и Аустрији, па и у нама суседној Црној Гори и БиХ), јесте веома рационалан и своди се на логичан принципијелан став да су начелно радње које је спровео суд увек нешто вишег степена доказног кредибилитета него оне које је спровео јавни (државни) тужилац.

Дакле, иако и радње јавног (државног) тужиоца могу под одређеним условима остваривати одговарајућу доказну веродостојност и на главном претресу (на пример, читање записника о исказу сведока који је умро), то треба да буде *крајње изузетна могућност*, због чега се и прописује да се одређени облик судске функционалне надлежности, зарад обезбеђења

доказа у погледу којих постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу, може ангажовати у државно(јавно)тужилачкој истрази.

Таква рационална решења, нажалост, нису прихваћена у новом законнику о кривичном поступку Србије, што је вероватно последица начелног става творца Законика да је потребно максимално и по сваку цену растеретити суд, а што већи терет свалити на тужиоца, уз, наравно, претходно већ објашњену наопаку идеју да је могуће врло једноставно („потезом пера“) истражног судију заменити јавним тужиоцем, тј. лаконски омогућити да скоро све оно што је у судској истрази вршио истражни судија сада у јавнотужилачкој истрази предузима јавни тужилац.

Претходно објашњени недостаци члана 299 новог законика о кривичном поступку Србије могли би се исправити инкорпорисањем у тај члан Законика три нова става, којима би се, као што је то и иначе својствено већини континентално-европских закон(ик)а о кривичном поступку, сходно којима је истрага државно/јавнотужилачка, да у одређеним ситуацијама конкретне доказне радње спроводи судија.

То значи да бу се и у члану 299 ЗКП/2011 на следећи начин могла додати **нова три става**:

*Странке и бранилац могу предложити судији за претходни поступак да испита одређеног сведока, ако је вероватно да сведок због болести, старости или других важних разлога неће моћи да буде испитан на главном претресу.*

*Ако судија за претходни поступак усвоји предлог из става 5 овог члана, он ће омогућити да испитивању сведока присуствују странке и бранилац, којима судија за претходни поступак доставља записник о испитивању сведока.*

*Ако се судија за претходни поступак не сложи са предлогом из става 5 овог члана, затражиће да о томе одлуку донесе веће из члана 21 став 6 овог законика.*



## Потпуно адверзијална организација главног претреса уз промовисање изразите доказне пасивности суда у новом закону о кривичном поступку Србије

Сваки савремени кривични поступак заснива се на начелу расправности, што је, пре свега, карактеристично за основну кривичнопроцесну фазу – главни претрес, односно *суђење у ужем смислу*. Зависно од улоге коју на главном претресу има кривични суд, што се своди на степен његове процесне, а пре свега доказне активности, постоје два основна типа кривичних поступака у упоредноправном смислу: 1) европско-континентални и 2) адверзијални, који се традиционално, најчешће означава као „англосаксонски”.<sup>45</sup>

Понекад се упрошћено, што је посебно карактеристично за ауторе из англосаксонских правних подручја, континентално-европски систем означава као инквизиторски, а англосаксонски као акузаторски, али такво термилошко одређење у основи није коректно, јер иако континентално-европски систем садржи одређене инквизиторске елементе, он у ствари представља један мешовити систем, као што ни бројни англосаксонски системи више нису чисто акузаторског типа.

Већина држава континенталне Европе има мешовите кривичне поступке, са изузетком Италије, која је након последње реформе свог кривичног процесног законодавства кривични поступак уредила претежно на адверзијалним основама. Обрнуто, већина држава које припадају тзв. енглеском говорном подручју, где су најкарактеристичнији Велика Британија, односно пре свега Енглеска и Велс, као и САД, имају типичне адверзијалне кривичне поступке.

За континентално-европске кривичне поступке карактеристично је да у истрази постоје јаки инквизиторски елементи, али уз поштовање права на одбрану и у тој фази кривичног поступка. У овом типу поступка основне кривичнопроцесне функције строго су одвојене, али јавни (државни) тужилац ипак није права, односно типична странка, јер је он, као државни орган, дужан да, осим страначких интереса утемељених на функцији оптужбе, штити и опште интересе, а пре свега интерес који произлази из начела истине, па сходно томе, на пример, мора осим доказа

---

<sup>45</sup> Више о томе: М. Шкулић, „Основи упоредног кривичног процесног права и основи проблеми реформе кривичног поступка Србије”, зборник *Казнена реакција у Србији* (прир. проф. др Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 54 - 125.

који терете окривљеног прикупљати и доказе у прилог његовој одбрани, односно мора их имати у виду. Поред тога, сам суд је доказно изузетно активан, он правилу сам изводи све доказе током суђења, уз давање мање или веће доказне улоге и самим странкама, а није ограничен доказним предлозима странака, већ има право и дужност сопствене доказне иницијативе. Наш досадашњи кривични поступак, односно кривични поступак устројен у Законику о кривичном поступку из 2001. године, слично као и, на пример, кривични поступци Немачке и Француске, али и низа других европских држава, припада овом типу поступка.

За англосаксонске, односно адверзијалне (страначке) типове поступка карактеристично је да је суд у доказном смислу веома пасиван, тако да је извођење доказа у основи препуштено странкама, док се суд претежно фокусира на процену која је странка у „доказном двобоју” пред њим била успешнија. Суђење почиње презентирањем доказа оптужбе, на које одбрана у одређеним процесним формама одговара, односно има прилику да даје одговор, да би се потом изводили докази одбране, уз могућност да на њих одговара тужилац, док суд има веома ограничене могућности током извођења доказа. Саслушање током суђења страначког је карактера, тако да одређеног сведока прво саслушава странка која га је позвала (*examination-in-chief*), а затим противстранка (*cross-examination* – унакрсно саслушање), а потом долази до поновног саслушања сведока од странке која га је позвала (*re-examination*). У суштини, типични адверзијални кривични поступци веома су слични парничном поступку, односно грађанском поступку уопште.

Начело расправности, или принцип контрадикторности, почива на познатом и већ пословичном правилу – *audiatur et altera pars*. Ово правило, које потиче још из античких времена, карактеристично је не само за кривични поступак, те друге судске поступке, већ и за читав низ веома разноврсних ситуација у којима је могуће, потребно или пожељно да се манифестују различита мишљења, различити погледи у односу на неки спорни предмет или ситуацију. Такво правило је у основи и по својој дефиницији иманентно либералном и демократском друштвеном амбијенту.

Путем могућности да се у свим фазама поступка „чује” и реч друге стране, односно да свака кривичнопроцесна странка има могућност да у одговарајућим процесним формама износи своје ставове како у односу на кривични предмет тако и у односу на сва друга питања у кривичном поступку, те посебно у погледу формално изражених ставова супротне

странке, из чега истовремено произлази обавеза за суд да омогући такво расправљање кривичне ствари, остварује се и суштинска сврха кривичне процедуре – да се у свестраном расправљању о кривичном предмету, уз његово претресање, утврде све неопходне релевантне чињенице на темељу којих се кривични предмет у кривичном поступку и решава. Контрадикторност (од лат. *contra dicere* = противречити) представља могућност и право странака и обавезу суда да свакој странци обезбеди да се изјасни о сваком доказу, чињеници и сваком предлогу супротне странке (теза – антитеза), те да изложи свој став и понуди закључак, иако коначан закључак даје суд.<sup>46</sup>

По логици ствари, начело контрадикторности израженије је у адверзијалном него у типичном континентално-европском кривичном поступку, али је то са становишта уобичајеног типичног „европског” погледа на циљ кривичног поступка сасвим оправдано, јер се странкама омогућава да суду дају доказне предлоге, а данас је тенденција и да им се у великој мери препушта и само извођење доказа који иду њима у прилог, али се истовремено од суда захтева да и сам, по својој сопственој иницијативи и без предлога странке, изводи све доказе који су потребни за потпуно и исправно утврђивање чињеничног стања. Другим речима, типичне европско-континенталне кривичне процедуре доводе у склад начело расправности и доказну ангажованост странака и начело истине у кривичном поступку, што је, по нашем мишљењу, изузетно добро са становишта остваривања интереса елементарне правичности. Од овога се потпуно одступа у Законику о кривичном поступку из 2011. године, којим се главни претрес конструише на стриктно адверзијалним основама, уз изразито минимизирање доказне улоге суда.

Према члану 15 Законика о кривичном поступку из 2011. године, терет доказивања оптужбе је на тужиоцу,<sup>47</sup> а суд изводи доказе на предлог

<sup>46</sup> Б. Петрић, *Приручник за примену Закона о кривичном поступку*, НО „Пословна политика”, Београд, 1985, стр. 14.

<sup>47</sup> Током јавне расправе о Нацрту ЗКП-а, неки од чланова радне групе која је учествовала у писању тог текста у више наврата истицали су да се решењима из Нацрта превазилази некакав садашњи „**проблем**”, који се своди на **дужност суда да „подржава” или „подупире” оптужницу**, јер се сада то, коначно, „пребацује” на тужиоца.

Заиста, *невероватна констатација*. Ван памети је да било који судија у кривичном поступку „подржава” или „подупире” оптужницу, јер би се таквим поступањем судија грубо оглушио о своју дужност непристрасног поступања. Тиме што судија, према садашњем законикау о кривичном поступку, има дужност утврђивања истине, он не само да нема дужност било каквог „стајања на страну тужиоца”, већ судија то

странака. Претходно је већ објашњено, а у ствари, *суд скоро да уопште и не изводи доказе*, тако да се чини да је одредба члана 15 став 3 ЗКП/11, по којој суд „изводи доказе” на предлог странака, по свему судећи, омашка творца новог законика.

Суд може дати налог странци да предложи допунске доказе, или изузетно сам одредити да се такви докази изведу, уколико оцени да је то неопходно да би се о важним чињеницама отклониле противречности или нејасноће у доказима који су изведени. Суд може, по изузетку, изводити доказе и онда када њих нису предложиле странке, али зашто би суд то чинио када нема дужност утврђивања истине?

У члану 15 став 4 ЗКП/11 чак се и не одређује да ће суд, онда када се ради о битном допунском доказу, у погледу којег је он странци дао налог да га предложи, а странка то није учинила, извести такав доказ, већ се наводи да суд тада „изузетно” може одредити да се такви докази изведу, што значи да би и тада те доказе, у ствари, по правилу изводиле саме странке, што је поприлично бесмислено, јер зашто би странка изводила доказ који уопште није намеравала да предложи, те се чак и оглушила о „налог” суда да предложи његово извођење?!

Чудно је што суд примарно може дати налог странци да предложи допунске доказе, уместо да увек када сматра да су такви докази потребни такве доказе сам изведе, што би било брже, једноставније и процесно знатно логичније, али би такво логично и разумно решење, истовремено, било дубоко противно извитопереној концепцији по којој суд мора бити максимално доказно пасивизиран. Ради се о потпуно бесмисленом решењу јер се у истом том законнику, у којем се форсира слобода странака у доказивању и главни претрес конструише адверзијално, сада суду даје улога неке врсте „саветника” странке, јер он странци „налаже” да она изведе допунске доказе, и ако се та странка „тврдоглаво” оглуши о *налог* суда,<sup>48</sup> *суд може, али не мора* такве доказе сам извести. Ради се о бесмисленом нормативном решењу.

---

никако не би ни смео чинити, а онај судија који у јавној расправи признаје да је до сада „подржавао” оптужницу у кривичном поступку тиме, практично, **сам себе оптужује за озбиљно кршење закона**, односно то чак признаје.

<sup>48</sup> Какав је то *налог који није обавезујући*? Ради се у ствари о *предлогу суда*, јер странка такав судски „налог” може али не мора услишити, па је стога то што је формално означено као „налог”, то јест „налагање” у ствари само *предлог*, тј. *предлагање*, што је потпуно бесмислено, јер тако суд странци само предлаже да она предложи допунске доказе, а ако странка то одбије, суд може изузетно сам одредити да се такви докази изведу.

Сам законодавац не само да као правило уводи страначко извођење доказа, већ суд начелно битно ограничава да и онда када он сам изводи одређене доказе које странке нису предложиле то чини само ако је потребно отклонити противречности или нејасноће у доказима који су изведени, а не и ради утврђивања других чињеница, односно покушаја бољег разјашњења предмета кривичног поступка или, у крајњој линији, у циљу трагања за истином. Ово је кључна одредба Законика о кривичном поступку,<sup>49</sup> којом се, практично, крајње лимитира активна улога суда на главном претресу. Ова одредба на малиган начин тешко „инфицира” и „трује” цео текст Законика о кривичном поступку из 2011. године, а нарочито доказни поступак на главном претресу. Тиме се, такође, потпуно девалвира формално постојећа могућност побијања пресуде жалбом због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, јер како странка може нападати чињенично стање када је, с једне стране, у првој линији баш она одговорна за његово утврђивање, пошто је доказивање примарно у рукама самих странака, док с друге стране, суд уопште и нема дужност не само утврђивања истине већ чак ни тежње да се истини макар приближи? Зар се странка може жалити због сопствене доказне неактивности?

**Погрешно дефинисање предмета доказивања у Законнику о кривичном поступку у контексту стриктно адверзијалне конструкције главног претреса уз непостојање начела истине**

Према члану 394 став 2 ЗКП/11, у доказном поступку изводе се докази о чињеницама које су предмет доказивања, при чему се упућује на члан 83 ст. 1 и 2 ЗКП/11.<sup>50</sup> Предмет доказивања су две врсте чињеница: 1) оне које чине обележја кривичног дела, или од којих зависи примена неке

---

<sup>49</sup> Из овога се и види суштински проблем садржан у новом законнику, а то је његово *утемељење на погрешној концепцији*, која не само да је потпуно страна нашој кривичнопроцесној традицији и схватањима овог питања у класичној континенталној Европи, већ је суштински изразито нехумана и дубоко неправична. Када је сама концепција Законика суштински погрешна, онда таква *дубинска грешка* подмукло кварти и остало „ткиво” законског текста, које и када само по себи није лоше, или је чак сасвим адекватно, објективно не може остварити позитиван ефекат.

<sup>50</sup> У последњој верзији Нацрта ЗКП-а говорило се о *чињеницама које су важне за правилно и законито пресуђење*, што је такође била *невероватно празна и гола фраза*. Како суд уопште нема дужност утврђивања истинитог и потпуног чињеничног стања, он не располаже ни било каквим реалним параметром у односу на чињенице које се утврђују доказима, па тако суд нема ни на основу чега да одређене чињенице сматра важним за „правилно и законито пресуђење”, а ова ствар није нимало поправљена новом формулацијом садржаном у члану 394 став 2.

друге одредбе кривичног закона (члан 83 став 1 ЗКП/11), те 2) чињенице од којих зависи примена одредаба кривичног поступка (члан 83 став 2 ЗКП/11).

Није у основи задатак законодавца да на овакав начин утврђује предмет доказивања, јер је то претежно теоријско питање. Када законодавац наводи да су предмет доказивања чињенице „које чине обележје кривичног дела”, он ту пропушта да означи да ли се ради о „елементима бића кривичног дела” или „битним обележјима”, или уопште било ком обележју кривичног дела. Могло би се сматрати да се, по логици ствари, ради о битним обележјима кривичног дела, тј. о оним чињеничним елементима кривичног дела који, свакако, у смислу материјалног кривичног права и сходно конкретној инкриминацији, морају постојати да би се радило конкретном кривичном делу. Таква формулација ипак не значи много, јер се и иначе ради о питању које је предмет оцене актера поступка, те слободно уверења суда, али је оно сада још и додатно на веома малиган начин релативизовано, јер се у Законику не говори нити о потреби утврђивања истине нити о потпуном и тачном утврђивању чињеничног стања.

Било би, свакако, најлогичније да су **предмет доказивања у материјалноправном смислу** оне чињенице које су потребне за утврђивање истине. То значи да би субјекти који су у функцији извођења доказа морали извести доказе неопходне за тачно и потпуно чињенично стање. Такви *доказни актери* би били: 1) странке – ако би извођење доказа остало стриктно страначко, односно 2) суд – уколико би, као и до сада, он био примарни доказни актер или макар ако би супсидијарно био дужан да сам изведе доказе који су потребни, а које претходно нису извеле странке. Тек би у таквом случају заиста имало смисла даље постојање жалбеног разлога који се тиче погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања (члан 440), о чему детаљније пишемо даље у тексту.

Да су творци новог законика и у овом делу законског текста мање тежили својеврсним „теоријским егзибицијама”, које се, поред осталог, огледају и у настојању да се створи „што више нових дефиниција”, како онда када то донекле има смисла тако и онда (што је далеко чешће) када је то потпуно бесмислено – они не би створили потенцијални проблем ни у овом делу текста (члан 83 ст. 1 и 2 ЗКП/11). Наиме, тиме што је строго раздвојен предмет доказивања који се тиче материјалног кривичног права (члан 83 став 1 ЗКП/11) – „чињенице које чине обележја кривичног дела” и кривичног поступка (члан 83 став 2 ЗКП/11) и „чињенице од којих за-

виси примена одредаба кривичног поступка – створен је празан простор у погледу чињеница које није једноставно сврстати у једну од ове две сада законске категорије. На пример, где спадају чињенице које се тичу доказивања (не)постојања алибија окривљеног?

Иако суд може изводити одређене доказе и без предлога странака, он нема никакав посебан мотив да то чини, јер уопште нема дужност утврђивања истине у кривичном поступку. Тиме је фактички цео доказни поступак на главном претресу у његовом садржинском смислу, тј. у односу на само извођење доказа, у основи поверен странкама, а улога суда у том поступку до крајњих граница бесмислено формализована. Као што је већ објашњено, већина окривљених без браниоца, по логици ствари, неће бити способна за успешно доказивање и биће сасвим очигледно у наглашено инфериорној позицији у односу на јавног тужиоца, а суд при том нема никакав посебан мотив да остварује активнију доказну улогу, нити за то располаже адекватним процесним механизмима.

Доказивање за које би првенствено биле надлежне странке на главном претресу донекле би имало смисла једино ако би окривљени увек, без обзира на тежину кривичног дела, морао имати браниоца (као што је то, на пример, случај у Италији), али би се и онда поставило питање да ли је бранилац у конкретном случају адвокат кривичар, каквим искуством располаже и сл.<sup>51</sup>

И као што су у Орвеловој *Животињској фарми* „све животиње равноправне, а неке мало равноправније”, и према Законнику о кривичном поступку Србије, *обе странке су равноправне, а једна мало равноправнија*.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Ово се не решава потенцијално неуставном одредбом Законика о кривичном поступку из 2011. године (члан 73 став 2), по којој бранилац у поступку за кривично дело за које је прописана казна затвора од десет година или тежа казна може бити само адвокат са најмање пет година адвокатске праксе, односно адвокат који је најмање пет година вршио функцију судије, јавног тужиоца или заменика јавног тужиоца. Када се ради о изабраном браниоцу, проблематично је да се на овакав начин окривљеном ограничава право избора, док је, с друге стране, цела концепција овакве „селекције” адвоката веома дубиозна, јер године праксе саме по себи нису гаранција квалитета конкретног адвоката или некадашњег судије, односно јавног тужиоца. На пример, адвокат може имати и више деценија праксе, али *не у кривичним предметима*, па је онда таква његова вишедеценијска пракса потпуно ирелевантна у смислу његове оспособљености да буде бранилац у кривичном поступку, што исто важи и за бившег судију који се искључиво бавио парницом, односно није уопште поступао у кривичним предметима. Па ни сама пракса у кривичним предметима није сама по себи гаранција било чега, јер та пракса може бити и изразито неуспешна...

<sup>52</sup> Овде треба имати у виду да ни јавни тужилац није добро прошао у новом законнику о кривичном поступку из 2011. године, јер он сада има страховито повећане над-

То се може уочити у читавом низу законских одредби, а нарочито у правилима која се односе на конструкцију главног претреса.

Пажњу заслужује и члан 287 став 2 ЗКП-а (који на први поглед није директно повезан са главним претресом), а сходно којем докази које је полиција прибавила предузимањем доказних радњи (што ће, по логици ствари, свакако бити у предистражном поступку) – могу бити коришћени у даљем току кривичног поступка, што значи и на главном претресу, ако су доказне радње спроведене у складу са Законом о кривичном поступку.

Иако би то у основи било бесмислено и свело се на изузетно грубо и драстично одступање од начела непосредности у његовом објективном, тј. доказном аспекту, чини се да практично *свака доказна радња полиције* из предистражног поступка (некадашњи преткривични поступак) може без посебних условљавања, посредством тзв. доказних трансмисија, као што је случај са читањем записника о раније спроведених доказним радњама – *остварити доказни кредибилитет, чак и на самом главном претресу*, и то у пуном обиму, чак и без услова да се одлука суда не може заснивати само на таквом (несудском) доказу.

### **Друге значајне аномалије садржане у Законику о кривичном поступку из 2011.**

Поред претходно већ објашњених крупних концепцијских грешака, које се претежно односе на девалвацију начела истине и потпуно адверзијално конструисан кривични поступак, те низ погрешних решења повезаних са овим основним концепцијским дубиозама, али и бројних правнотехничких омашки садржаних у Законику о кривичном поступку Србије из 2011. године, овај текст обилује и другим веома озбиљним аномалијама, што га све укупно поприлично девалвира.

---

лежности и знатно увећан број активности у кривичном поступку. Јавном тужиоцу је, сходно правилима новог законика, поверен читав низ радњи у предистражном поступку (некадашњи преткривични поступак), а број тих радњи и скуп овлашћења и дужности јавног тужиоца далеко превазилази његову улогу у садашњем преткривичном поступку. Поред тога, јавни тужилац, сходно новом законуку, *води истрагу* (која се покреће наредбом, без могућности побијања правним леком), подноси оптужницу и *мора сам изводити доказе на главном претресу*. Творци новог ЗКП-а су заиста жестоко оптеретили јавног тужиоца, па је скоро чудно да му нису поверили и писање „концепта” пресуде...



## Доказивање у новом законнику о кривичном поступку

Законодавац није дефинисао доказ у кривичном поступку, тј. у кривичнопроцесном смислу, то јест није се упустио у појмовно одређивање доказа у оквиру екстремно широких одредби члана 2 ЗКП/11 које се односе на значење израза. Добро је што се у то није упустио, јер да је покушао да дефинише доказ (што је, исто као и када се ради о различитим степенима сумње у кривичном поступку, претежно теоријско питање, као и питање које је потребно препустити судској пракси), то би сасвим извесно била прилика за још једну веома лошу одредбу. Међутим, законодавац ипак није одолео да се упусти у креирање низа одредби којима се регулише доказивање, а које су делимице непотребне, а делимице очигледно погрешно утврђене.

У члану 15 став 1 ЗКП/11 утврђује се да се докази прикупљају и изводе у складу са Закоником о кривичном поступку. Ради се о потпуно непотребној норми, јер како би се докази, у формалном смислу, друкчије и могли изводити и прикупљати. С друге стране, није у питању ни сасвим прецизно одређење, јер свака доказна радња, по логици ствари, има своје формално-нормативне и садржинске аспекте. Формално-нормативни аспекти се уређују кривичнопроцесним правилима, док се садржински аспекти углавном и претежно не регулишу, или се бар детаљно не регулишу правилима кривичног поступка. На пример, када се ради о прикупљању доказа, а у битној мери и када је у питању њихово извођење, правила ЗКП-а се лимитирају на формалне услове, а не на саму садржину. Такође, на пример, правилима спровођења увиђаја и реконструкције у садржинском смислу претежно се бави криминалистика, а исто важи за испитивање сведока, где су значајна учења судске психологије и сл. Извођење и прикупљање доказа не своди се само на формални аспект, који мора бити у складу са Закоником о кривичном поступку, већ се примењују и друга правила, попут, на пример, правила одговарајуће науке и вештине када се ради о вештачењима. Углавном, нема посебне штете од одредбе члана 15 став 1 ЗКП/11, али од те одредбе се не може очекивати ни било каква посебна корист.

## Основно и унакрсно испитивање сведока на главном претресу

Пошто сведока испита странка која га је „предложила”, тј. странка „чији је сведок”, истог сведока испитује супротна странка. Приликом унакрсног испитивања допуштена су сугестивна питања која нису дозвољена током основног испитивања, што се од стране главних аутора новог законика о кривичном поступку објашњава на следећи начин: „Могућности које унакрсно испитивање пружа такође су делом оправдане и начелом једнакости оружја. Претпоставља се, наиме, да је странка која је предложила испитивање лица упозната са садржајем његовог исказа и да је у одређеној мери и учествовала у његовој припреми. Због тога се као средство процесне компензације супротној странци дају шира овлашћења у оспоравању овако припремљеног исказа.”<sup>53</sup>

Дакле, претпоставља се да је странка, а то је окривљени, када је реч о одбрани, учествовала у припреми садржаја исказа сведока, а при том, у истом законнику о кривичном поступку, као и раније, егзистира један класичан разлог за притвор, а то је колузиона опасност, то јест постојање особитих околности да ће окривљени *ометати поступак утицањем на сведоке*, саучеснике или прикриваче (члан 211 став 1 тачка 2 ЗКП).

С обзиром на често истицану тежњу да у новом законнику промовишу „једнакост оружја”, те максимално изједначавање положаја странака током кривичног поступка, чудно је што аутори Законика нису прописали да онда када се окривљени налази у притвору и када, сходно томе, не може да „припрема садржину исказа *својих* сведока”, и супротна странка, тј. јавни тужилац буде притворен.

### **Контрадикције између правила о „страначком” испитивању сведока на главном претресу и општих правила о доказној радњи испитивања сведока**

Начин на који је у новом законнику о кривичном поступку регулисана доказна радња испитивања сведока није сасвим адекватан и овде се такође, као и у нису других одредби Законика, уочава наглашена потреба „писаца” законског текста да унесу што је могуће више новина, тачније својеврсних „оригиналности” и онда када то уопште није неопходно, или

<sup>53</sup> С. Бељански, Г. П. Илић и М. Мајић, оп. цит, стр. 53.

је чак контрапродуктивно. На пример, материјални услов за сведочење дефинише се (члан 91) слично као и до сада, тако што се одређује да је сведок лице за које је вероватно да ће дати обавештење о кривичном делу, учиниоцу или о другим чињеницама које се утврђују у поступку, али је непотребно избегнут атрибут „важна” уз обавештења, што је погрешно, јер би сада произишло да би сведок могло бити лице које може дати и сасвим небитна обавештења. Поред тога, гледано стриктно, питање је да ли су и лица за која је вероватно да могу дати релевантна обавештења већ самим тим сведоци, или они, што је знатно логичније, сведоци постају тек када се као такви појаве у кривичном поступку.

Проблеми који се тичу дефинисања сведока нису претерано значајни и неће, свакако, довести до посебних тешкоћа у пракси, што исто важи и за одредбу члана 92 став 1, где се потпуно непотребно утврђује *способност сведочења*, и то тако што се каже да „свако лице које може да пренесе своја сазнања или опажања у вези с предметом сведочења има способност сведочења”. То би се, свакако, и иначе морало подразумевати, тако да од овакве дефиниције „способности сведочења” нема никакве практичне користи, а посебан је проблем што се у одредби, као издвојени појам, наводи „предмет сведочења”, што није законски термин. Иако не би требало да буде спорно шта спада у предмет сведочења, ово је добар пример за погрешан приступ у Законнику, када покушај дефинисања свега и свачега (попут дефиниција које се тичу различитих степена сумње, извесности, израза „кривични закон” итд.), у ствари подразумева да ће увек бити сасвим пристојан број израза и појмова који се у самом законнику неће стриктно дефинисати (нити је то објективно могуће, а нарочито не и потребно), али ће то онда додатно, у светлу генералне интенције стварања што више законских дефиниција, поприлично „бости очи”.

Озбиљнији је проблем што постоји значајна контрадикција између одређених општих правила о испитивању сведока (члан 95) и правила која се тичу испитивања сведока на главном претресу.

Према члану 98 став 3 ЗКП/2011, питања сведоку *не смеју представљати навођење на одговор*, осим ако се не ради о унакрсном испитивању на главном претресу. То значи да је интенција законодавца била да се (као и до сада) забране сугестивна питања сведоку, као када га, на пример, испитује јавни тужилац у истрази, али и да се таква питања допусте на главном претресу када је питању унакрсно испитивање, тј. када сведока испитује странка која га није предложила.

Међутим, овде постоје одређене контрадикције у самим правилима која се тичу унакрсног испитивања сведока на главном претресу, где се у члану 402 став 7 наводи: „Приликом испитивања сведока, вештака или стручног саветника сходно се примењују одредбе члана 397. став 4. и 5. и члана 398. став 3. до 5. овог закона”. У члану 398. став 3, наводи се: „Председник већа ће забранити питање или одговор на већ постављено питање ако је оно недозвољено (члан 86. став 3.), или се не односи на предмет (...)”. А у члану 86. став 3. се каже: „Кад окривљени заврши свој исказ (...) поставиће му се питања (...) и не смеју представљати навођење на одговор.” Дакле, ту је тачка.

Питања не смеју представљати навођење на одговор, што значи да се сугестивна питања не дозвољавају ни по изузетку, што је у директној супротности с претходно цитираним чланом који их, наводно, дозвољава приликом унакрсног испитивања. Овде ће се, наравно, у пракси примењивати одређена „корисна гимнастика”, али и то указује на квалитет текста новог законика, те његову кохерентност и у овом делу, а прича о чудним ситуацијама које настају, односно могу настати због преузимања модела страначког испитивања сведока из типичних адверзијалних кривичних процедура, овде није завршена. Даље у тексту објаснићемо и нелогичност да законописци, по свему судећи, имплицитно подразумевају да су сведоци које странке предлажу за испитивање на главном претресу, практично на одговарајући начин „припремљени” од стране самих странака које их предлажу, при чему је један од разлога за одређивање притвора окривљеном (а не заборавимо, окривљени је странка) и опасност да ће ометати поступак утицањем на сведоке (члан 211 став 1 тачка 2).

### **„Степеновање сумње” и елементи „претпоставке кривице” и прејудицирања кривице окривљеног као последица лоших дефиниција степена сумње**

Колико су творци новог законика били претенциозни, те практично у великој мери скрибомански настројени,<sup>54</sup> може се лако уочити већ

<sup>54</sup> Додуше, ово се може објаснити и специфичном „вредноћом” аутора текста Законика о кривичном поступку, али као и иначе у животу, и овде важи златно правило да није увек добро бити превише вредан, јер ако се радна енергија и напор уложе ради остварења погрешних циљева, односно у погрешном смеру, то је онда изразито штет-

читањем члана 2 Законика, који садржи „значење израза”, односно представља *појмовник*, а који, према свом обиму, вероватно представља *раритет у светским размерама*. Ради се о члану који има два става, а први став, у коме су садржани основни законски појмови, има чак 38 тачака. У питању је невероватна „гомила норми”, а са становишта циља члана 2, било би, по свему судећи, сасвим довољно да се задржи свега око трећине његове садржине, док је све остало углавном „вишак”.

Међутим, иако у животу углавном важи правило да „од вишка глава не боли”, овде то није случај, јер је добар део садржаја члана 2 став 1 изузетно конфузног карактера и, као што ће се то детаљније објаснити даље у тексту, читав низ израза, то јест појмова или дефиниција садржаних у тим законским одредбама, изузетно је некавалитетан и веома споран.

Овом приликом ћемо,<sup>55</sup> пре него што прокоментаришемо коначна решења дефинисања различитих степена сумње у позитивном Законнику о кривичном поступку Србије из 2011. године, посебно да се осврнемо и на дефиниције које су биле садржане у завршној верзији Нацрта тога законика, а чија је основна карактеристика била да су се темељиле на постојању **претпоставке кривице**, тј. биле су и формално супротне дејству претпоставке невиности,<sup>56</sup> формулисане већ у наредном члану 3 Законика, што већ само по себи представља један од већих бисера наших законописаца.

---

но. Без намере да било кога увредимо, подсећамо на народну мудрост да је *најлошија комбинација вредноће и интелигенције* – када се ради о истовремено глупом и вредном човеку, јер он тада, вредно радећи, али на глуп начин, наноси озбиљну штету, док онај ко је глуп а лењ ништа не ради или се најминималније радно ангажује. Па ако стога већ не доприноси бољитку, или то чини у најмањој могућој мери, он ни штету не проузрокује, или је штета коју он направи минимална.

<sup>55</sup> Као што то и иначе повремено чинимо у овој књизи, и враћање на решења каква су постојала у Нацрту новог законика о кривичном поступку (без обзира на то што она ипак нису садржана у позитивном ЗКП-у) оправдано је из *едукативних разлога*, тј. ради давања примера *како не треба поступати*. Из тога се може лако уочити и на какве се бесмислице „трошило” време приликом израде Нацрта овог законика, што онда у великој мери девалвира тврдње да је Радна група на том тексту радила више година, при чему се то време стално мења у јавним изјавама чланова Радне групе, па се прво говорило о две године, па о две и по године, а сада се чак говори и о три године...

<sup>56</sup> Више о томе: М. Шкулић, „Модификације кривичног законодавства Србије у време економске кризе – неке грешке у српском КЗ-у и катастрофално лоша концепција Нацрта законика о кривичном поступку Србије”, зборник: *Заштита људских права и слобода у време економске кризе, Удружење за међународно кривично право*, уредник проф. др Срето Ного, Београд, 2011, стр. 139 – 140.

Према члану 2 тачка 17 Нацрта, основ сумње био је дефинисан као *претпоставка* да је одређено лице учинилац кривичног дела, заснована на околностима догађаја и посредним закључцима о чињеницама (индицијама).<sup>57</sup>

Према члану 2 тачка 18 Нацрта, основана сумња била је утврђена као *претпоставка* да је одређено лице учинилац кривичног дела, заснована на околностима догађаја и непосредним закључцима о чињеницама (доказима).

Према члану 2 тачка 19 Нацрта, оправдана сумња била је дефинисана као поткрепљеност основане сумње доказима који чине вероватном претпоставку да је одређено лице учинилац кривичног дела и оправдавају подизање оптужбе.

Ове кратке одредбе које су се тичале дефинисања три различита степена сумње у кривичном поступку биле су изузетно проблематичне и представљају сјајан пример неукости њихових писаца.

Такве дефиниције степена сумње биле су у очигледној контрадикцији с претпоставком невиности садржаном у члану 3 став 1 Законика, сходно којој се свако сматра невиним све док се његова кривица за кривично дело не утврди правноснажном одлуком суда.

Ако се *претпоставља да је одређено лице учинило кривично дело* члан 2 тач. 17 - 19 Нацрта), онда то значи да се *претпоставља да је он крив*, чиме се дерогира претпоставка невиности, која није садржана само у Законнику о кривичном поступку, већ и у Уставу и важним међународноправним документима.

Тиме што се сваки степен сумње, од најблажег до најтежег, одређује тако да је заснован на претпоставци да је одређено лице учинило кривично дело (практично се ради о претпоставци кривице), при чему се захтева постојање одређених „околности”, односно „чињеница” или „доказа”, на којима се таква претпоставка заснива – непотребно се ушло у веома сложен проблем. Врло је неуобичајено за савремене закон(ик)е о кривичном поступку да уводе поделу на *индиције* и *непосредне доказе*. То је претеж-

---

<sup>57</sup> Иначе, даље у тексту Законика говори се о „основима сумње”, а не о „основу сумње”. На пример, истрага се покреће против одређеног лица за које постоје „основи сумње”, а не „основ сумње” да је учинило кривично дело. Каква је разлика између *основа сумње* (једнина), који се дефинише у члану 2 Законика, и *основа сумње* (множина), који се спомињу у многим одредбама Законика као материјални услов за одређене процесне радње, односно вођење предистражног поступка, па и саме истраге – у ствари уопште и није јасно.

но била одлика старих инквизиторских законика о кривичном поступку, устројених на *формалној оцени доказа*.

У савременом кривичном процесном праву *подела на индиције и доказе*, односно посредне и непосредне доказе, само је теоријског значаја, док се у самим законима и у пракси то препушта слободној оцени суда, односно службених актера поступка и њиховом слободном уверењу.<sup>58</sup> Ово је представљао пример поприличног анахронизма у тексту Нацрта, који није био ни од какве практичне важности, а у ствари, у пракси би могао да делује искључиво збуњујуће.

Када се каже да *основ сумње, основана сумња*, односно *оправдана сумња представљају претпоставку* да је одређено лице учинило кривично дело, то значи да се тиме *претпоставља кривица*, јер је кривично дело оно дело које је законом одређено као кривично дело, које је противправно и скривљено,<sup>59</sup> па ако се *претпоставља да је неко учинио кривично дело*,<sup>60</sup> то значи да се претпоставља његова *кривица*.

Било би нешто боље да су се творци Нацрта макар ограничили на посредно елиминисање претпоставке *кривице* у својим дефиницијама различитих степена сумње, па да је речено да се ради о претпоставци да је одређено лице учинилац дела које је „законом одређено као кривично дело и које је противправно”, што би онда, макар у формалном смислу, могло донекле отклонити проблем улажења у колизију с дејством претпоставке невиности.

Поред тога, *ако су већ желели да се „играју” дефиницијама у законском тексту, аутори ових изузетно проблематичних одредби могли су да, уместо „термина” претпоставка, користе израз могућност* те да тако, макар на формалан начин, избегну конфронтацију с претпоставком невиности.

Творци Нацрта законика о кривичном поступку су се по овом питању ипак „**дозвали памети**” (боље икад, него никад), па су у последњој рад-

---

<sup>58</sup> Више о томе: М. Шкулић, *Кривично процесно право*, треће издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 188 – 189.

<sup>59</sup> Више о томе: З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, „Службени гласник”, Београд, 2006, стр. 52 – 53.

<sup>60</sup> Поред овога, ако се сваки степен сумње везује за претпоставку да је одређено лице учинило кривично дело (као што се то чини у члану 2 ст. 17 – 19 Нацрта), то би значило и да ниједан од тих степена сумње не може да се односи на неурачунљива лица, јер њихова дела нису кривична дела, већ су у питању кривична дела која су законом одређена као кривична дела и која су противправна, али су учињена без кривице.

ној верзији Нацрта од 12. јула 2011. година, која је предата Министарству правде ради израде коначног текста Нацрта, ипак елиминисали израз „претпоставка”, те га (као што је овде сугерисано и као што је аутор овог рада претходно то већ учинио у другим текстовима посвећеним критичкој анализи Нацрта ЗКП-а), **заменили адекватнијим термином – могућност**, чиме су избегли формално и сасвим непотребно повређивање претпоставке невиности.

Међутим, у коначној верзији која је постала позитивни Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године нестaje и израз „могућност” у дефиницијама различитих степена сумње, па се сада ти различити облици сумње одређују на следећи начин.

*Основ сумње* означава се као „скуп чињеница које посредно указују да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинилац кривичног дела”.

*Основана сумња* је дефинисана као „скуп чињеница које непосредно указују да је одређено лице учинилац кривичног дела”.

*Оправдана сумња* се утврђује као „скуп чињеница које непосредно поткрепљују основану сумњу и оправдавају подизање оптужбе”.

Иако се овим дефиницијама сада формално не уводи **претпоставка кривице**, као што је то учињено у претходно објашњеним верзијама тих дефиниција у Нацрту новог ЗКП-а, ни њима није направљен већи помак, те се може сматрати да и оне представљају прилично грубо огрешење о претпоставку невиности.

Претпоставка невиности имплицитно се крши тиме што је наведено да одређене чињенице (без обзира на то да ли посредно или непосредно), *указују да је одређено лице учинилац кривичног дела*.

Како се може „указивати” да је неко учинилац кривичног дела а да се он тиме у ствари стриктно и не означава као учинилац? Тиме се он, у ствари, обележава као учинилац кривичног дела. Као што је претходно објашњено, овај проблем се могао лако избећи, само да је употребљена реч „могућност”.

Наш законодавац сада, у својим наopakим дефиницијама степена сумње, више не користи изразе као што су „**посредни закључци о чињеницама (индиције)**” и „**непосредни закључци о чињеницама (докази)**”. То представља извесни помак, јер макар формално наш нови законик о кривичном поступку не уводи такав типичан реликт старих инквизиторских закон(ик)а о кривичном поступку, који су познавали фор-



малну поделу на посредне доказе – индиције и „праве”, тј. непосредне доказе, а што је иначе потпуно бесмислено у савременом кривичном процесном праву, за које је карактеристично деловање начела слободне оцене доказа.

Међутим, подела на *индиције* и *непосредне доказе* ипак је и формално опстала у нашем новом законнику о кривичном поступку, и то на један правнотехнички веома лош начин.

Тиме што се основ сумње заснива на чињеницама које *посредно указују* да је учињено кривично дело, односно да је одређено лице учинилац кривичног дела, те чињенице се практично третирају не као докази, већ као индиције, док се имплицитно само чињенице које непосредно указују да је одређено лице учинилац кривичног дела (основана сумња) сврставају у доказе. Овакав резон је суштински потпуно погрешан, јер се питање сврставања одређене чињенице у доказ, те давање одговарајућег степена доказног кредибилитета конкретної чињеници, не може на овакав начин решити законом, већ суд у складу с начелом слободне оцене доказа, те на темељу слободног уверења, цени да ли су одређене чињенице доказ у конкретном случају, те какав степен доказне веродостојности имају.

Први пут се у наш кривични поступак уводи и *трећи степен сумње*, а то је *оправдана сумња*, која не само што је такође (као и претходно дефинисана два блажа степена сумње – основ сумње и основана сумња), у тексту Нацрта новог Законика о кривичном поступку, представљала вид кршења претпоставке невиности, већ је била веома нејасно дефинисана, једном врло компликованом формулацијом да се ту ради о „поткрепљености основане сумње доказима који чине вероватном претпоставку да је одређено лице учинило кривично дело и оправдавају подизање оптужбе”. Ова дефиниција је, поред осталог, била контрадикторна претходној дефиницији основане сумње и из ње би скоро могло произићи да се сада прави разлика у квалитету доказа који поткрепљују основану сумњу и оних из којих произлази оправдана сумња.

Ствар у погледу дефинисања „оправдане сумње” није битно направљена ни у коначној верзији текста који је постао позитивни Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године. Тиме што се означава да је оправдана сумња скуп чињеница које непосредно поткрепљују основану сумњу није уопште направљена било каква релевантна разлика између чињеница које непосредно указују да је одређено лице учинилац кривичног дела (а које би и иначе морале постојати да би се радило о основаној

сумњи) и сада још неких „додатних” и „нових” чињеница, које треба додатно да „непосредно поткрепе” основану сумњу. Другим речима, да „поткрепе” чињенице из којих већ произлази основана сумња. Ради се о потпуно конфузној дефиницији, која не постаје јаснија ни тиме што се још кумулативно додаје да је потребно да такве чињенице које непосредно поткрепљују основану сумњу, при том, још и „оправдавају подизање оптужбе”. Како и чиме оне оптужбу оправдавају, законодавац не наводи. То није ни могуће навести, јер се ради о нечему што би морало бити резултат слободне оцене доказа и слободног уверења, а резонување овог типа мора се заснивати и на већ устаљеним ставовима судске праксе, те уопште праксе у кривичном поступку.

Од овакве дефиниције „оправдане сумње”, садржане у Законнику о кривичном поступку из 2011. године, али и од друга два законска степена сумње (основ сумње и основана сумња), вероватно не може бити никакве практичне користи, а штете би ипак могло да буде јер такав скуп конфузних реченица, по свему судећи, може поприлично да збуни неке актере кривичног поступка.

Да су овакве дефиниције степена сумња изложене у неком теоријском раду, оне би могле имати одређеног резона и донекле послужити као извесни оријентир пракси, као што је то уобичајено када се ради о доказним појмовима у кривичном процесном праву, мада би се и тада радило о веома некавалитетним дефиницијама. Али када се оне (па чак и у драстичном виду кршења претпоставке невиности) уведу прво у потенцијални законски текст (Нацрт Законика), а потом, на несрећу, постану и део нашег позитивног кривичног процесног права, онда је то грубо аматерско поигравање с једним изузетно важним извором права у правној држави.

### **Погрешни наслови у Законнику о кривичном поступку из 2011. и неки примери погрешне систематике**

Добро је што се у новом законнику сваком члану у законском тексту даје наслов. Тиме се постиже боља прегледност и на такав начин законски текст постаје систематичнији. Тако је било учињено и у Законнику о кривичном поступку из 2006. године, али се чини да је то у том законском тексту то изведено на бољи начин.

Могу се уочити бројни примери погрешних наслова појединих одредби, тј. чланова новог законика, попут следећих примера: наслов изнад члана 23 – *Место извршења кривичног дела* јесте погрешан, јер

није реч о самом месту извршења (оно се и иначе одређује одредбама Кривичног законика,<sup>61</sup> као што је то учињено у члану 17 КЗ),<sup>62</sup> већ о главном критеријуму за одређивање месне надлежности. То значи да би адекватнији наслов овог члана био *Надлежност према месту извршења кривичног дела*.

Слично се може приметити и у насловима других чланова, који се тичу критеријума за одређивање места надлежности, као што је то случај са чл. 4-28 новог Закона о кривичном поступку. На пример, наслов изнад члана 27 гласи *Кривична дела извршена путем средстава јавног информисања*, иако се, наравно, при том не ради о тим кривичним делима, већ о *надлежности* у погледу тих кривичних дела.

Законодавац користи и другачији назив за један садашњи сумарни тип кривичног поступка. Употребљава се назив *рочиште за изрицање кривичне санкције* (чл. 512-518 ЗКП/2011), за означавање једног од посебних поступака.

Овај је назив неадекватан, јер у основи асоцира на англосаксонско рочиште за изрицање санкције, које је у том кривичнопроцесном систему саставни део сваког поступка (*суђење пред поротом или признање кривице на основу споразума + рочиште за изрицање санкције*).

Код нас је реч о посебном поступку који се стога не може називати „рочиштем”. Исправнији је важећи назив – поступак за кажњавање без главног претреса, односно могао би се користити назив – „поступак изрицања кривичне санкције без одржавања главног претреса”.

Један од поступака за преиначење правноснажне пресуде (глава XXIII) јесте и поступак за изрицање јединствене казне (чл. 552- 556 ЗКП/2011). По овим одредбама, до преиначења одлуке о казни може да дође и пре него што је пресуда постала правноснажна, па је погрешно регулисање тог поступка у овој глави Законика.

Други део главе XVI, која се односи на истрагу, обухвата одредбе о споразумима јавног тужиоца и окривљеног, што није логично јер се ови споразуми на закључују само током истраге.

---

<sup>61</sup> Више о томе: З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, „Службени гласник”, Београд, 2006, стр. 82.

<sup>62</sup> Наслов члана 17 Кривичног законика (*Место извршења кривичног дела*), идентичан је наслову члана 23 Законика о кривичном поступку, што је, очигледно, не-логично и указује на погрешан приступ у Законик о кривичном поступку.

## Терет доказивања оптужбе

У образлагању разлога за доношење новог законика о кривичном поступку, те значаја његових појединих одредби, велика је пажња указана формулацији садржаној у члану 15 став 2, по којој је терет доказивања оптужбе на тужиоцу. У суштини се ништа посебно овим само по себи не постиже, јер по логици ствари, увек када тужилац подноси одговарајући оптужни акт, тј. када реализује своју функцију кривичног гоњења и практично поступа у функцији оптужбе, он мора на одговарајући начин да поткрепи оптужбу доказима из којих произлази одговарајући степен сумње. Тако је и у складу са Законом о кривичном поступку из 2001. године. На пример, тужилац, када поднесе оптужницу, у њеном образложењу објашњава постојање доказа из којих произлази основана сумња да је окривљени учинио кривично дело које је предмет оптужбе, а слично је и када се подноси захтев за спровођење истраге. У обе ситуације постоји одговарајућа судска контрола, па тако ако истражни судија закључи да нема услова за вођење истраге, односно да основана сумња није поткрепљена доказима, изразиће своје неслагање и затражити одлуку ванрасправног већа.

Такође, судска контрола оптужнице према механизму Законика о кривичном поступку из 2001. године (било онда када је уложен приговор окривљеног или његовог браниоца, било по захтеву председника првостепеног већа) омогућава обуставу кривичног поступка ако тужилац није своју оптужбу засновао на кредибилним доказима из којих би произишла основана сумња да је окривљени учинио кривично дело. Из овога произлази да и сада, тј. и према Законику о кривичном поступку из 2001. године, тужилац мора да на одговарајући начин докаже оптужбу, односно да укаже на доказе из којих произлази основана сумња да је окривљени учинио кривично дело, без обзира на то што законодавац није формално прописао да тужилац сноси терет доказивања своје оптужбе.

Чини се да су творци Законика о кривичном поступку из 2011. године помало поистоветили *оптужбу* са *утврђивањем чињеничног стања*. Оптужба представља одговарајуће „терећење” окривљеног да је учинио кривично дело, што се чини на одговарајућем степену сумње, а то је када се ради о Законику из 2001. године основана сумња, док према Законику из 2011. године, може бити реч и о „основу сумње”, када је у питању истрага. Али како се истрага сада води на основу наредбе која представља одлуку

јавног тужиоца, а не оптужни акт, то овде нема много значаја, тим пре што се одлука којом се започиње истрага не може побијати правним леком.

Оптужни акт формализује оптужбу, а као што смо претходно објаснили, тужилац увек мора (а то је морао и према ЗКП-у из 2001. године) да оптужни акт заснује на одговарајућим доказима, што у ствари значи да тужилац, свакако, сноси (и увек је сносио) терет доказивања своје оптужбе када се ради о постојању основане сумње да је окривљени учинио кривично дело или, боље речено, о постојању одговарајућег степена сумње, јер сада законодавац уводи и трећи степен сумње, а то је „оправдана сумња”.

Шта се то онда посебно ново и корисно постиже формулацијом из члана 15 став 2 ЗКП/11? У основи ништа посебно, али се даљом конкретизацијом начина извођења доказа, које је практично скоро у потпуности поверено странкама, уз потпуну пасивизацију суда, коначни „доказни исход” поступка своди на питање „победе” у страначком „двобоју” пред неутралним и релативно пасивним судом.

Дакле, да је речено да тужилац сноси терет доказивања оптужбе, те да је истовремено за суд задржана дужност утврђивања потпуног и тачног чињеничног стања, односно да је очувано начело истине у кривичном поступку, створила би се много логичнија ситуација која би више одговарала и интересима правичног кривичног поступка. Наиме, тада би тужилац, свакако, морао доказно поткрепити свој оптужни акт и својим радњама у поступку, па и учешћем у извођењу доказа, односно самим извођењем „својих” доказа,<sup>63</sup> доказивати своју оптужбу, али би и сам суд

---

<sup>63</sup> Наиме, нисмо априорно против *страначког извођења доказа*, већ смо стриктно против тога да такво извођење доказа буде практично *искључиво* (то је посебно важно када се ради о окривљеном без браниоца), што значи да, ако се већ хтело да странке буду доказно активније, те да се истовремено суд „доказно растерети”, могло се прописати да странке и бранилац примарно изводе доказе, али да се истовремено омогући и да суд буде доказно битно активнији, јер би био дужан да изведе све доказе које странке претходно нису извеле, или су то учиниле на неадекватан начин, онда када је то потребно у циљу утврђивања потпуног и тачног чињеничног стања.

Другим речима, било је могуће, ако се пошто-пото желело претежно страначко извођење доказа, да се чак уведе и претежно адверзијално конструисан доказни поступак, а да истовремено у кривичном поступку постоји и начело истине, чиме би се омогућило да онда када су странке фактички равноправне у смислу способности да квалитетно изведу доказе, а нарочито када се ради о окривљеном који има доброг браниоца, суд практично препусти извођење доказа странкама, без потребе да се сам битније меша у доказни поступак. Али би обрнуто, онда када саме странке нису довољно спремне да квалитетно изведу доказе, а нарочито када окривљени уопште

истовремено тежио да извођењем доказа утврђује правилно чињенично стање, то јест да трага за истином у кривичном поступку.

Ни у ком случају није исто доказати оптужбу и утврдити чињенично стање. **Једно је доказивање оптужбе, а друго је утврђивање чињеничног стања.** Такође, **није исто доказати оптужбу и доказати кривицу окривљеног.**

Оптужба се заснива на одређеном степену сумње и њу би тужилац морао да докаже већ својим оптужним актом, односно доказима на којима се оптужни акт темељи, а кривица се може утврдити тек када она проиђе из изведених доказа, односно када суд закључи да је на главном претресу доказано да је оптужени учинио кривично дело које је предмет оптужбе.

У грубом поистовећивању доказивања оптужбе и утврђивања чињеничног стања, односно доказивања оптужбе и доказивања кривице, крије се разлог за наопаки, па и прилично банални резон појединих чланова Радне групе за изразу Нацрта новог ЗКП-а, који су „победоносно” изјављивали да се тиме што је утврђено да је терет доказивања оптужбе на тужиоцу, уз истовремено елиминисање начела истине у кривичном поступку, превазилази некакав сада (односно деценијама током којих су важила другачија законска решења) постојећи „велики проблем” да суд мора подржавати оптужбу”. Такво резоновање представља озбиљан нон-сенс и указује на крупно неразумевање суштинске улоге суда у класичном континентално-европском кривичном поступку какав је код нас постојао деценијама, као и на очигледно погрешну и веома опасну праксу наших појединих судија.

### **Потпуно и штетно „лабављење кочница” у погледу споразума о признању кривице**

У наш правни систем је новелама Законика о кривичном поступку из 2001. године од септембра 2009. године (по узору на одредбе садржане у ЗКП-у из 2006. године) уведен споразум о признању кривице. То је законски механизам који многи сматрају веома контроверзним. Да је било

---

нема браниоца или има недовољно квалитетну стручну одбрану, сам суд морао да преузме активну доказну улогу, те правилно, у циљу утврђивања, односно потпуног и истинитог чињеничног стања, то јест, другим речима, ради утврђивања истине – изведе све потребне доказе и на њима заснује своју пресуду.

ко пре неколико деценија неком јавном тужиоцу предложио закључење споразума са окривљеним, честити тужилац би вероватно посумњао у покушај корупције.

Сличне могућности постоје у већини савремених држава и мада је споразум о признању кривице заиста потекао из САД,<sup>64</sup> он је данас у неким својим варијантама прихваћен широм Европе. На пример, у Немачкој се он деценијама примењивао, чак и без икакве формалне законске основе. Оно што је већ деценијама било присутно у пракси, у Немачкој је тек августа 2009. године преточено у законске одредбе.<sup>65</sup> Да ли то представља американизацију европских кривичних поступака? У суштини не, иако утицај решења из упоредног права, свакако, постоји, али је то данас у савременом свету уобичајена појава. Америчка варијанта споразума о признању кривице, позната као *plea bargaining*, често се преводи као „нагодба о признању кривице”. Сами Американци радије говоре о „испеговараној кривици”.

Као што смо већ навестили, кривични поступак у САД устројен је као једна врста „доказног страначког двобоја”. Тужилац и окривљени се сопственим аргументима „туку” пред поротом састављеном од обичних грађана, која цени ко је био убедљивији. Сам судија је релативно пасиван. Тек ако порота одлучи да је окривљени крив, судија ступа на сцену изрицањем одговарајуће казне. Ако порота одлучи да нема кривице, посао судије је завршен. Ово је познато и из белетристике и филмова. Оно што многи не знају јесте да је овакво „школско” суђење у САД прави изузетак. Одвија се у мање од 10 одсто свих случајева. Скоро 90 одсто случајева окончава се на темељу признања окривљеног, када изостаје поротно суђење, а суд само изриче казну, узимајући признање као озбиљну олакшавајућу околност. Међутим, око половина признања није плод споразума са тужиоцем, већ окривљени признаје притешњен доказима и свестан да би и без признања био оглашен кривим, али да би тада следила далеко тежа казна, а тамо казне нису нимало наивне. Када би било нешто више суђења пред поротом, правосудни систем САД би доживео колапс.

Када се амерички тужилац споразумева са окривљеним, често је врло битна „ставка” спремност окривљеног да се појави као сведок против других „озбиљнијих играча”. Кад је писац овог текста био у посети

<sup>64</sup> Више о томе: В. Бајовић, *Споразум о признању кривице – упоредноправни приказ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, стр. 38.

<sup>65</sup> Више о томе: Н. Putzke und J. Scheinfeld, *Verlag C. H. Beck, München*, 2009, стр. 21.

Еф-Би-Ају у Сан Франциску, тамо је видео да је велики проблем у том граду албанска мафија, за коју му је речено да је врло тврд орах јер се ради о новој, веома затвореној групацији, у коју је скоро немогуће продрети. Потом је амерички детектив утешно објаснио да се то увек дешава када се појаве нови имигранти, те да с временом делује *melting pot*, неко од дошљака постане полицајац и створи се прилика да FBI добије инсајдера у криминалној организацији. Нашалио сам се и рекао да је то можда и прилика да криминалци стекну инсајдера у полицији. Добио сам одговор да је то, свакако, могуће, али не исувише вероватно, јер се већина полицајаца као куге плаши такве сарадње с криминалцима, знајући да ће криминалац, ако „падне”, имати приликом преговора с тужиоцем податак о корумпираном полицајцу као јаку карту у рукаву. Спасевајући своју кожу, он би врло радо сведочио против „другара у плавом”.

Споразум се у сада, тј. још увек важећем српском законнику о кривичном поступку из 2001. године (а ступањем на снагу новела из септембра 2009. године), заснива на битно другачијој концепцији. Могућ је само за кривична дела за која је прописана казна до 12 година затвора. Елемент споразума не може бити обавезивање окривљеног да сведочи против другог окривљеног.

Када се у САД окривљени и тужилац „нагоде”, они казну само предлажу. То не обавезује суд. Казна може бити и тежа од договорене, што се, по правилу, и дешава. У Србији то неће бити могуће. Суд прихвата споразум само ако у прилог кривици осим признања постоје и други докази. Тада се прихвата и казна о којој су се споразумели тужилац и окривљени. Против одлуке којом се прихвата споразум, жалбу може да изјави оштећени и тек када о тој жалби реши ванрасправно веће суда, споразум производи правно дејство. Стога ће окривљени и јавни тужилац бити мотивисани да воде рачуна и о интересима жртве кривичног дела, пре свега о обештећењу, што је хумано и правично.

Не треба очекивати чуда од споразума о признању кривице, али би он могао допринети ефикаснијем кривичном поступку. Ниједно законско решење није савршено, па ни ово, јер савршенство није људска особина, али овај споразум у пракси може бити користан. Суђење ипак не сме постати изузетак, а кривични поступак не сме се претварати у било који облик „преког суда”. Казнена политика не сме бити „мрежа у коју се хватају ситне рибе, а кроз коју пролазе велике”, а споразум је у основи намењен „ситним рибама”. Иако се каже да је „правда спора али достиж-



на”, суђења морају бити бржа, јер њихова претерана спорост увек охрабрује криминалце.

Много се прашине подигло када је једна српска фолк звезда склопила споразум с јавним тужиоцем и, како је то добар део јавности доживео, „погодбом” благе казне „откупила” грехе. Било је ту и много неразумевања, а често се коментарисало и да ми сада имамо „амерички” систем. Ствари стоје нешто другачије. Такав споразум у Србији, као што је објашњено, сада постоји у једној прилично умереној варијанти. Ставка споразума не може бити обавезивање окривљеног да сведочи против других окривљених, јер би то могло асоцирати на „куповину” сведока. На пример, Дражен Ердемовић је признао да је у Сребреници учествовао у убиству око 1.200 људи, а да је лично убио око 70 људи. За тај злочин је, захваљујући сведочењу на које се обавезао споразумом, осуђен на свега пет година затвора.

Захуктали реформатори хитају да код нас све „поправе” и преправе, па и да новоизабраним „делиоцима правде”, уз нову мрежу судова, ставе на располагање и нове процесне законе, чијом ће применом наше реформисано правосуђе „процветати”. Закоником о кривичном поступку омогућава се склапање споразума у погледу било ког кривичног дела. То значи да ће нагодба тужиоца и окривљеног бити могућа и за силовање детета, тешка убиства и слично. Није дозвољена ни жалба оштећеног против споразума. То је веома лоше решење, које у комбинацији са укидањем дужности суда да утврђује истину у кривичном поступку (што је највећи „хит” наших реформатора) може бити изразито неправично у пракси.

Од када је ДНК анализа постала рутинска метода идентификације, не само да је њено коришћење допринело великом успеху у доказивању кривичних дела, већ је њоме у неким државама накнадно доказан низ судских заблуда. Пошто је невиност једног осуђеника на смртну казну неспорно утврђена накнадно спроведеном ДНК анализом, гувернер државе Илиној је 2003. године донео одлуку да се све осуде на смртну казну у тој држави преиначе у казне доживотног затвора, када је дао и једну легендарну изјаву: *Нашим правним системом крстари дух судске заблуде.*<sup>66</sup>

*До 2007. године је скоро 200 осуђеника у САД ослобођено пошто је ДНК анализом утврђено да су невини.*<sup>67</sup> Неки од њих спадају у оних фамозних 97 одсто који се код нас истичу као позитиван пример америч-

<sup>66</sup> J. Benet (Ed.), *Crime Investigation*, „Parragon”, London, 2007, стр. 92 – 93.

<sup>67</sup> Ibidem.

ког система страначке „нагодбе.“<sup>68</sup> Ти „јадници” су, иако заиста невини, претходно сами признали злочине, што их је потом коштало година проведених иза решетака.

Шта невиног човека може натерати да призна кривично дело? ОDMA помислимо на разне злоупотребе, а посебно на тортуру, али то овде није случај. Таква признања „изнуђује” систем који је класично суђење претворио у изузетак. Онда када циљ кривичног поступка није истина, већ формално решавање предмета поступка, тада је признање заиста „краљица доказа” и његовим добијањем се све решава. То је типично у англосаксонским поступцима, а посебно у САД. Додуше, таквог споразума нема у Великој Британији иако је она „колевка” америчког права.

Веома строга казнена политика у САД начелно мотивише окривљене да признају кривична дела и с тужиоцем склопе споразум, којим суду предлажу одређену казну. Ако се суд увери да је признање истинито, други се докази не изводе, већ се суђење своди само на кажњавање. Како суд у САД није дужан да утврђује истину, он у пракси, по правилу, нема много разлога да сумња у признање. Обрнуто, ако нема признања, иде се пред пороту и тада, ако она окривљеног огласи кривим, следи вишеструко тежа казна..

Страх од одлуке пороте може неке окривљене да натера на признање, чак и онда када су невини, а нарочито када се ради о раније већ осуђиванима, који знају да ће пороту тешко убедити у своју невиност. У самим САД стога се тај систем често оштро критикује, али он тамо функционише, а свака држава сама бира законска решења која највише одговарају њеним потребама.

У САД сваки оптужени има уставно право на поротно суђење, али када би се то право само мало више користило, систем би доживео колапс, јер је класично суђење веома компликовано и скупо. Зато у САД споразум о признању кривице има такав значај, али га баш зато у Србији,

---

<sup>68</sup> Узгред, ради се о **погрешном податку**, који су неки наши „правосудни” званичници безрезервно и веома здушно прихватили, па га и више пута износили у јавности. У претходном тексту навели смо неколико релевантних америчких извора (од којих су неки објављени у књигама које је издало само Министарство правде САД), по којем је тај проценат **око 90 одсто** или нешто више од 90 одсто, али **никако не тих „фамозних” 97 одсто**. Поред тога, овде су, на изврстан начин, ипак „сабрале бабе и жабе”, јер се ради о свим деликтима уопште, а не само о класичним кривичним делима. Дакле, у *тај проценат улазе и они релативно ситнији деликти*, као што су то прекршаји у нашем правном систему.

јер ми немамо систем поротног суђења, не треба ни претерано фаворизовати. Србија узор првенствено треба да тражи у континенталним европским земљама, где споразум о признању кривице, и када постоји, не личи много на свог „рођака” из Америке.

## Споразуми јавног тужиоца и окривљеног

Нови законик о кривичном поступку уводи *три врсте споразума јавног тужиоца и окривљеног*: 1) споразум о признању кривичног дела, 2) споразум о сведочењу окривљеног, као и 3) споразум о сведочењу осуђеног.

Први страначки споразум само је друга варијанта онога што у Законнику о кривичном поступку из 2001. године, а у складу са новелама из 2009. године, представља споразум о признању кривице, док су друга два страначка споразума варијанте „задобијања кооперативног сведока, односно другачије правнотехничко регулисање некадашњег института сведока сарадника.

## Споразум о признању кривичног дела

Основна аномалија овог споразума јесте што је он сада могућ у односу *на било коју врсту кривичног дела*, без обзира на његову тежину, што значи да се такав споразум, на пример, може закључити и са окривљеним који је оптужен за силовање детета, вишеструко убиство итд.

За разлику од некадашњег законског решења, тј. решења које постоји у ЗКП-у из 2001. године (уведеног новелама из 2009. године), када је споразум о признању кривице био могућ само за кривична дела у погледу којих је прописана казна затвора до дванаест година, сада више нема таквог ограничења. Такође, споразум о признању кривичног дела више се не може побијати жалбом оштећеног, што такође не представља допринос поштовању интереса оштећеног кривичним делом, који се не могу свести само на материјалноправни аспект, тј. питање имовинскоправног захтева, као ни у правичном кривичном поступку, односно његовом правичном исходу.

Обавезни елемент споразума о признању кривичног дела (опис кривичног дела, признање окривљеног итд.) јесте, поред осталог, и **спо-**

**разум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције** (члан 314 став 1 тачка 3). Из овога би произашло да се странке могу споразумети и *само о распону казне* у оквиру законског распона кажњавања (на пример, казна од две до три године затвора и сл.), а да се судији препушта да у оквиру „договореног” распона изрекне конкретну меру казне одређене врсте. Међутим, тако нешто није усклађено са одредбом члана 317, по којој суд пресудом прихвата споразум када утврди да су испуњени одређени услови, попут свесног и добровољног признања кривичног дела итд. При том није јасно како суд може прихватити споразум који се у погледу кривичне санкције односи само на распон казне. Која се казна тада изриче у осуђујућој пресуди?

С друге стране, ако би се сматрало да суд, у случају да се споразум тиче само распона казне, може потпуно слободно изрећи било коју меру казне у оквиру „договореног распона”, то би било веома нелогично, јер како суд може изрећи било коју казну, то јест одредити меру одређене врсте казне, ако уопште није изводио доказе који се тичу околности које су параметри за одмеравање казне.<sup>69</sup>

Ако се већ желело да постоји могућност да се странке договоре само о распону казне, а да се онда суду препусти да коначно, уколико прихвати споразум, у оквиру тог распона изрекне конкретну меру казне,

---

<sup>69</sup> Тако нешто дозвољено је у САД као „колевци” *plea bargaining* система, где то чак представља правило, што значи да окривљени признаје кривично дело, а тужилац суду предлаже одговарајућу кривичну санкцију. Али суд таквим предлогом није формално везан, већ казна коју изрекне може бити и већа, што је у пракси правило. Међутим, у САД се, при том и поред тога, углавном прилично прецизно унапред може „проценити” која ће се казна у варијанти „плус – минус” изрећи у конкретном случају. Могуће је да је то америчко решење послужило као узор нашем законодавцу, који је, међутим, заборавио да такво решење – које може имати и одређени *ratio legis* иако је спорно да ли би окривљени тако радо ризиковао упуштање у неизвесност у погледу судске конкретизације казне „предложене” у распону – на одговарајући начин усклади с другим законским одредбама, те омогући суду извођење доказа потребних за одлучивање о мери казне, тј. утврђивање чињеница које би имале значај олакшавајућих и отежавајућих околности. Наиме, у САД се суд руководи веома прецизним и скоро механички формулисаним „смерницама” о висини казне за одређена кривична дела и уз присуство одређених околности (на пример, да ли се ради о повратнику, колико су тешке последице итд.) и тамо није уопште законски уређено да се морају извести докази од којих зависи врста кривичне санкције, односно мера казне, док је код нас формално немогуће да суд изрекне одређену меру казне (чак и у оквиру претходно *страначки утврђеног распона*), а да пре тога није извео и доказе из којих ће произићи чињенице од значаја за одмеравање казне.

онда се морало прописати да суд мора извести доказе којима утврђује чињенице од којих зависи мера казне.

Начелно је веома лоше што је битно погоршан положај оштећеног, који се сада не позива на рочиште за одлучивање о споразуму о признању кривичног дела, не може уложити жалбу против решења којим се прихвата споразум, нити судија има дужност да проверава да ли је конкретан споразум о признању кривичног дела у интересу оштећеног, то јест да споразумом права оштећеног нису повређена.

### **Споразум о сведочењу окривљеног – окривљени сарадник и споразум о сведочењу осуђеног – осуђени сарадник**

Према члану 327 став 4 ЗКП/2011, споразум о сведочењу сачињава се у писаном облику и подноси суду до завршетка главног претреса. Није прецизирано ког главног претреса – оног који се води против окривљеног сарадника или других саокривљених, што у пракси може довести до низа проблема.

### **Неконтрадикторни карактер поступка обавезне контроле оптужнице**

С обзиром на то да истрага више није судска, било је неопходно увести обавезну контролу оптужнице, тј. напустити ранији систем контроле путем приговора против оптужнице, само супсидијарно, по захтеву председника већа. Начин на који је то учињено у новом законику о кривичном поступку није сасвим адекватан.

Наиме, преузет је у основи англоамерички систем контроле оптужнице по службеној дужности, али у том поступку нема контрадикторности. Ово представља велики суштински недостатак јер суд одлучује само на основу тужиочевих података, што такву контролу потенцијално чини сасвим рутинском, и суд ће у пракси, вероватно, увек веома лако потврђивати оптужнице.

## **Неослобађање саокривљеног или осуђеног од дужности полагања заклетве када се испитују као сведоци**

Према члану 97 ЗКП/2011 заклетву не полагају: 1) сведок који у време „саслушања”<sup>70</sup> није пунолетан, као и 2) онај сведок који због душевног стања не може да схвати значај заклетве.

Саокривљени или осуђени нису наведени међу лицима која не полагају заклетву, што представља грешку, јер те категорије сведока, по логици ствари, тј. због своје улоге у актуелном или завршеном кривичном поступку, који се тиче онога што је предмет њиховог сведочења, не би требало да полагају заклетву. Без обзира на то што кривично дело давања лажног исказа постоји независно од тога да ли је сведок положио заклетву или то није учинио, овим се на имплицитан начин потенцира шира могућност да ова лица одговарају за давање лажног исказа.

## **Немогућност одбране да захтева одређивање статуса заштићеног сведока**

Према члану 107 став 1 ЗКП/2011, суд може одредити статус заштићеног сведока тако што то алтернативно чини: 1) по службеној дужности, односно официјелним самоиницирањем, 2) на захтев јавног тужиоца или 3) по захтеву самог сведока.

Субјекти који су у функцији одбране, тј. сам окривљени или његов бранилац, не могу захтевати да се одређеном лицу да својство заштићеног сведока. То је супротно начелу једнакости странака. Ако су законодавци пошли од претпоставке да је то непотребно, јер сведоцима у поступку најчешће прети опасност од самог окривљеног, занемарили су могућност да сведок сведочи у корист једног од саокривљених, а на штету осталих, па се плаши давања исказа. У том случају окривљени зависи од добре воље тужиоца и суда.

---

<sup>70</sup> Овде законодавац прави и *терминолошку омашку*, јер се у одредби члана 97 став 1 тачка 1 говори о „саслушању” сведока, као што је то био случај у Законнику о кривичном поступку из 2001. године (као и у нашим ранијим законима о кривичном поступку), пре новела из 2009. године, којима је уведена промењена терминологија, сходно којој се сведок **испитује**. Ова грешка сада још више бode очи јер се у новом законнику консеквентно уводи адверзијална конструкција главног претреса, чије је једно од основних обележја *страначко испитивање сведока*.

## **(Пре)широка могућност претресања без сведока због „недоступности” држалаца стана**

Према члану 156 став 3 ЗКП/2011, претресању се може приступити без предаје наредбе, упозорења на браница/адвоката и без присуства сведока, не само када се ради о „класичним разлозима” за такав поступак, попут претпостављања оружаног отпора, друге врсте насиља итд, већ и ако је држалац стана или других просторија недоступан.

У питању је реално „каучук” норма, чиме се ствара веома широк простор за злоупотребе, јер орган поступка, уколико је малициозан (а законодавац не сме априорно претпоставити „добронамерност”), може намерно да врши претресање баш онда када власник, односно држалац стана извесно није у кући, односно у својим просторијама, тј. свакако је недоступан, јер се, на пример, тачно зна да је у то време на службеном путу, одмору и сл.

## **Погрешно формулисана „нова” битна повреда одредаба кривичног поступка**

Према члану 438 став 1 тачка 1 новог законика о кривичном поступку, апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка постоји и ако је *наступила застарелост кривичног гоњења или је гоњење искључено услед амнестије или помиловања, или је ствар већ правноснажно пресуђена, или постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење.*

Ради се о невероватној грешци. Наиме, реч је о разлогу за доношење одбијајуће пресуде, а не о апсолутно битној повреди одредаба кривичног поступка.

По начину формулације одредбе члана 438 став 1 тачка 1 ЗКП/2011, *сваки пут када би суд донео одбијајућу пресуду, због постојања трајне сметње за кривичног гоњење (застарелост, амнестија итд.), он би тиме аутоматски начинио апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка.*

У важећем Законнику о кривичном поступку, тј. ЗКП-у из 2001. године (а тако је код нас било деценијама), та повреда исправно је формулисана у оквиру повреда кривичног закона. То значи да повреда постоји ако је кривични закон повређен у погледу питању да ли има околности

које искључују кривично гоњење, а нарочито да ли је наступила застарелост кривичног гоњења или је гоњење искључено услед амнестије или помиловања, или је ствар већ правноснажно пресуђена. Таква формулација је једино логична, јер тада повреда може постојати у *два смера*, било да је суд, на пример, погрешно констатовао постојање застарелости, односно друге трајне сметње за кривично гоњење (попут, обухваћености дела амнестијом, помиловањем итд.), било да је обрнуто, суд пресудио у погледу кривичног дела које је већ застарело, односно у погледу којег постоји друга трајна сметња за кривично гоњење.

Застарелост, амнестија и помиловање регулисани су одредбама кривичног законодавства, тј. начелно припадају корпусу материјалног кривичног права, без обзира на то што такве чињенице у кривичном поступку имају значај *трајних сметњи за кривично гоњење*, али независно од тога, формулација којом су ти разлози, односно уопште „друге околности које трајно искључују кривично гоњење”, сврстане у апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка, представља изузетно грубу, не само правнотехничку, већ и суштинску грешку.

### **Одређивање тренутка започињања кривичног гоњења и момента покретања кривичног поступка**

Одредбом члана 5 став 2 ЗКП-а утврђено је да кривично гоњење започиње алтернативно: 1) првом радњом јавног тужиоца, или овлашћених службених лица полиције на основу захтева јавног тужиоца, предузетом у складу са овим закоником ради провере основа сумње да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинило кривично дело, односно 2) подношењем приватне тужбе. Одређивање започињања кривичног гоњења на овакав начин је веома дубиозно и скопчано са читавим низом проблема.

У српској теорији већ је закључено да је начин утврђивања тренутка започињања кривичног поступка у новом законик у кривичном поступку у супротности с теоријском дефиницијом кривичног поступка, па стога „истрага не може бити фаза кривичног поступка у ужем смислу, зато што без суда и странака не може бити процесног односа, па самим тим ни кривичног поступка”.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> В. Ђурђић, „Рedefинисање класичних процесних појмова у преднацрту законика о кривичном поступку Србије из из 2010, *Ревизија за кривично право и криминологију*, број 2/2010, Београд, 2010, стр. 5 – 6.



Основно је питање **како може започети кривично гоњење, а да самим почетком кривичног гоњења није започео кривични поступак?** Из овог основног питања, које би неко могао схватити и као чувени пример који се тиче „старости кокошке и јајета”, произлазе и друга питања, у погледу којих је веома тешко пронаћи разуман одговор тумачењем нејасних, нелогичних, а често и изразито противречних одредби Законика о кривичном поступку из 2011.

Посебно је упадљиво да се на другачији начин одређује моменат започињања кривичног поступка, што значи да наш законодавац сада разликује *почетак кривичног гоњења* од *почетка кривичног поступка*, што истовремено значи да је могуће да постоји кривично гоњење а да се не води кривични поступак.

Према члану 7 ЗКП-а, кривични поступак је покренут, односно треба га сматрати покренутим, у следећим алтернативно прописаним ситуацијама: 1) доношењем наредбе о спровођењу истраге (члан 296.); 2) потврђивањем оптужнице којој није претходила истрага (члан 341. став 1.); 3) доношењем решења о одређивању притвора пре подношења оптужног предлога у скраћеном поступку (члан 498. став 2.); 4) одређивањем главног претреса или рочишта за изрицање кривичне санкције у скраћеном поступку (члан 504. став 1, члан 514. став 1. и члан 515. став 1.); те 5) одређивањем главног претреса у поступку за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења (члан 523.).

У свим овим ситуацијама *формално је могуће да се пре започињања кривичног поступка започне кривично гоњење*, што не само да је бесмислено јер, по логици ствари, кривично гоњење подразумева одвијање кривичног поступка зато што се оно једино и може остваривати у оквиру кривичног поступка, већ је и само законско решење контрадикторно. Наиме, чини се да је основна идеја законодавца била да се кривично гоњење не започне чим се предузме било која процесна радња, већ онда када постоји најнижи степен сумње (основи сумње) и то када се ради о лицу које је тзв. Н. Н. лице, односно непознати „учинилац” кривичног дела, јер све претходно набројане варијанте започињања кривичног поступка (члан 7 ЗКП/2011.) подразумевају да постоји осумњичени, односно окривљени (доношење наредбе о спровођењу истраге, потврђивање непосредне оптужнице итд.). Међутим, ту се постављају два основна питања:

1) Ако кривично гоњење по логици ствари подразумева постојање лица које се кривично гони, како оно може започети баш онда када се ради о Н. Н. лицу?

2) Уколико је став законодавца да се кривично гоњење према одговарајућој „фикцији” одвија у односу на „Н. Н. лице”,<sup>72</sup> док поступак започиње онда када постоји познати окривљени, зашто је онда, обрнуто од таквог става, изричито прописано да кривично гоњење започиње не само првом радњом проверавања да је учињено кривично дело, већ и онда када је провера усмерена на питање да ли је одређено лице учинило кривично дело, а чак је прописано да се кривично гоњење сматра започетим и моментом подношења приватне тужбе.

Није било никакве потребе да се раздваја моменат отпочињања кривичног гоњења од тренутка започињања кривичног поступка, а могло се, пре свега ради заштите права осумњичених у најранијим фазама поступка и одвојено од питања лимитирања одређених његових права због вођења кривичног поступка, односно уласка поступка у поједине процесне фазе, прописати да кривични поступак започиње (што, по логици ствари, подразумева и почетак кривичног гоњења), већ првом радњом коју овлашћени државни орган врши због постојања основа сумње или основане сумње да је учињено кривично дело за које се гони по службеној дужности, односно подношењем приватне тужбе када је у питању кривично дело за које се гони по приватној тужби.

### **Пренормираност новог законика о кривичном поступку и други примери непотребног и погрешног дефинисања, као и честе употребе неадекватних термина**

Текст Нацрта законика о кривичном поступку претрпан је нормама, он је сувише обиман, што понекад може имати и збуњујући ефекат. Додуше, то би можда донекле могао бити и квалитет текста, када би се радило о ваљаним одредбама, јер би се онда могло сматрати да је тако остало мање простора за правне празнине, нејасноће и сл.

Међутим, овде се ради о потпуно супротном ефекту, јер када постоји више лоших норми, односно када се ради о законском тексту који садржи

---

<sup>72</sup> На пример, у неким ситуацијама (попут пожара, експлозија итд.), није јасно да ли је одређени догађај, односно његова последица проистекла из кривичног дела или се ради о случају, односно вишој сили, па се након предузимања одређених радњи проверавања, које могу бити и доказног карактера, попут, на пример, спровођења увиђаја, вршења одређених вештачења и сл, оцењује да ли се ради о догађају који је деликтног или неделиктног карактера, па је и стога нелогично да се сваком таквом радњом започиње кривично гоњење, да би се потом испоставило да је у питању виша сила, случај, задес и сл.

много веома слабих (понекад и очајно лоших) нормативних решења, онда је то много горе него да неке норме уопште не постоје, тј. да нека питања уопште нису уређена у закону. Нарочито је проблематично уношење одредби које су нејасне и противречне, а често и непотребне.

Претходно смо, већ приликом коментарисања непотребног и погрешног дефинисања различитих степена сумње (основ сумње, основана сумња и оправдана сумња), те извесности, без икакве намере да било кога вређамо, објаснили да се таква интенција дефинисања пошто-пото и свега и свачега, иако би се могла посматрати као специфична „вредноћа” аутора текста Законика, пре може посматрати у светлу познате истине о томе да мање штете прави онај ко није претерано паметан, али није ни вредан, него онај коме недостаје памет, али је при том истовремено и веома вредан.

### **Непотребно дефинисање организоване криминалне групе**

Каква је сврха дефинисања „организоване криминалне групе” у члану 2 тачка 32 Нацрта када потпуно истоветну дефиницију садржи Кривични законик у члану 112 став,<sup>73</sup> а у Нацрту има и других сличних примера.<sup>74</sup>

Неко би могао помислити да су чланови радне групе за изразу овог злосрећног Нацрта можда били „плаћени по шлајфни” текста, или су, може бити, сматрали да пионирским подухватом дефинисања свега и свачега у ЗКП и када је то потребно и када (најчешће) није, те стварањем што је могуће већег текста, и сами постати већи и значајнији...

---

<sup>73</sup> Дефиниција из Кривичног законика: „Организована криминална група је група од три или више лица, која постоји одређено време и делује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дела за која је прописана казна затвора од четири године или тежа казна, ради непосредног или посредног стицања финансијске или друге користи.” Можда би сада питање у неком квизу могло да буде: „Кажите која је разлика између дефинисања организоване криминалне групе Кривичном законнику и у Законнику о кривичном поступку”.

<sup>74</sup> Додуше, творци Законика о кривичном поступку из 2011. године ипак су показали и одређену разумну *уздржаност у дефинисању израза*, па тако, на пример, нису означили шта је у Законнику о кривичном поступку Законик о кривичном поступку, нити су, на пример, одредили шта у ЗКП-у означавају изрази „судија”, „Устав”, „пресуда” итд.

## Бесмисленост дефинисања израза „извесност”

Потпуно је бесмислено дефинисање израза „извесност” (члан 2 тачка 20), што не само да представља (попут објашњених примера са степенима сумње) пример даљег грубог поигравања са законским текстом који се непотребно оптерећује чисто теоријским појмовима, већ је то и очигледан пример погрешног дефинисања. Наиме, када се извесност објасни као „закључак о несумњивом постојању или непостојању чињеница, који је заснован на објективним мерилима расуђивања”, тиме ништа значајно није речено, односно оно што је речено јесте погрешно.

Ако је извесност истина (а реч истина се максимално избегава у тексту Нацрта),<sup>75</sup> онда она не може, сама по себи, бити закључак, већ се само може радити о закључку да извесност постоји или не постоји, односно да је нешто истина или да није, али у сваком случају и то је чисто теоријско питање. Ради се о веома слабо утемељеној теоријској флоскули, коју као да су стварали „несуђени филозофи” или некакве *искомплексиране свезналице*, а која ни по чему не заслужује да се нађе у законском тексту.

Зар ће било коме, а нарочито судијама и другим службеним актерима кривичног поступка, оваква дефиниција извесности сада коначно отворити очи, па ће они, читајући тај део текста Нацрта ЗКП-а, односно самог позитивног ЗКП-а (ако неком несрећом овакав текст икад постане позитивно право), коначно схватити шта је то извесност? Како ли се они „сироти” сада сналазе и како су свих ових деценија „преживели” а да им законски текст није лепо и јасно објаснио „шта је то извесност”?

---

<sup>75</sup> Заиста је невероватно колико су консеквентно и скоро са „страшћу” творци Законика о кривичном поступку из 2011. године доследно елиминисали истину не само као циљ кривичног поступка, односно доношења мериторних одлука у том поступку, већ и као израз који би се користио у било којој одредби ЗКП-а. Ако би се електронски текст новог законика аутоматски претраживао (*Ctrl + find*), именица *истина*, нити атрибут „истинит”, не би се пронашли, осим када се ради о заклетви сведока да ће говорити истину и да ништа неће прећутати.... Као да се код реформских творца таквог законика о кривичном поступку ради о манифестације својеврсне *истинофобије*.

## **Дефинисање израза „лишење слободе”**

Лишење слободе се дефинише као *хапшење*, задржавање, забрана напуштања стана, притвор итд. Чему служи оваква дефиниција, па као да без ње до сада није било савршено јасно да је притвор облик лишења слободе?!

Коришћење израза „хапшење”, како овде тако и у другим законским одредбама, потпуно је бесмислено. Чудно је да у иновативном нацрту затвор није означен као „апсана”, а одређивање притвора као „смештање у апс”.

## **Апсурдност дефинисања израза „кривични закон” у Законнику о кривичном поступку**

У члану 2 тачка 34 ЗКП/2011 дефинише се да је кривични закон „Кривични законик и други закон Републике Србије у којем су садржане кривичноправне одредбе”. Ово је просто генијално. Човек занеми пред таквом генијалношћу.

Да овде није објашњено шта је кривични закон, ко зна који би се све закони у пракси сматрали кривичним законима, или би можда, да нам није лепо речено да се ту ради само о Кривичном законнику Републике Србије, односно другом релевантном закону наше отаџбине, неко необавештен ту сврставао и кривичне законе других држава. Ово је заиста енорман допринос решавању потенцијалних дилема у пракси, мада би се и ова одредба можда могла третирати као вид оне народне пословице по којој „**беспослен поп и јариће крштава**”.

## **Издавање незаконитих доказа на главном претресу**

Према члану 407 ЗКП/2011, одлуку о издавању незаконитих доказа доноси веће тек на главном претресу, што је нелогично јер незаконити докази на овај начин, свакако, стижу пред судеће веће, што значи да би одлуку о њиховом издавању требало доносити у некој ранијој фази поступка.

## **Одлука о трошковима и жалба због одлуке о трошковима кривичног поступка**

Према члану 441 став 4 ЗКП/2011, одлука о трошковима кривичног поступка може се побијати ако је суд овом одлуком повредио законске одредбе, као и због тога што је суд погрешно изрекао или није изрекао одлуку о ослобађању оптуженог од дужности да у целости или делимично накнади трошкове кривичног поступка. Ово је погрешно, јер би основ за жалбу требало да буду и друге неправилности, а не само одлука везана за сношење трошкова од стране оптуженог

У погледу трошкова у новом законику постоје и друге грешке. Тако, према члану 261 став 6, трошкове предистражног поступка који се односе на награду и нужне издатке браниоца кога је одредила полиција исплаћује тај орган. Ово је супротно одредби члана 76 ЗКП/201, по којој браниоца поставља само председник суда или јавног тужиоца. Чак и када се ради о случају задржавања, браниоца не поставља полиција, већ јавни тужилац (чл. 294 ЗКП/2011.).

## **Бесмислена интенција фаворизовања „родне равноправности” у Нацрту новог ЗКП-а године и замена „роднокоректне” одред- бе из Нацрта новом нејасном одредбом у коначној верзији Законика о кривичном поступку из 2011. године**

Веома је необична и заиста до крајњих граница иновативна била одредба члана 2 став 2 Нацрта, по којој „сви изрази који се користе у граматичком мушком роду подразумевају природни мушки и женски род.”<sup>76</sup> Иако је, након изнетих јавних критика и неповољних коментара, законодавац одустао од увршћења такве бесмислене одредбе у коначан текст Законика о кривичном поступку, она као својеврсна слика „начина размишљања” твораца Законика о кривичном поступку из 2011. године заслужује да јој се поклони одговарајућа пажња, што се односи и на веома нејасну норму којом је замењен некадашњи став 2 члана 2 из Нацрта ЗКП/11.

---

<sup>76</sup> Занимљиво је да овде није било (додуше, хвала Богу да тога није било, јер је цела одредба потпуно бесмислена) и логичког реципроцитета, тако што би се навело и да сви изрази који се користе у граматичком женском роду подразумевају природни мушки и женски род.

Дакле, у члану 2 став 1 ЗКП/11 се радило о баш *свим изразима*,<sup>77</sup> па тако када се користи „мушка” реч „поступак”, то би значило да постоји и таква „женска” реч, а да не говоримо о терминима као што су: „орган”, „језик”, „закон”, „законик”, „акт”, „устав” итд. Све ове речи, подразумева се по творцима Нацрта, *морају бити и у женском роду!!!*

Формулација садржана у члану 2 став 2 Нацрта можда је радовала неке наше страствене „боркиње” и борце за људска права, а у оквиру тога, нарочито оне што се енергично залажу за родну равноправност. Али она је, захваљујући својој изразитој апсурдности и невероватно високом степену лаичког погледа на стварање законских норми, могла само веома да растужи све који сматрају да је Законик о кривичном поступку сувише озбиљан законски текст да би се допустило да буде полигон за својеврсно аматерско и у ствари, нажалост, поприлично неуко терминолошко иживљавање.

Апсурдна одредба члана 2 став 2, која се тичала „родне равноправности”, а која је постојала у завршној верзији Нацрта новог законика о кривичном поступку, на срећу, није постала део самог текста Законика усвојеног у Народној скупштини, али је замењена једном потпуно нејасном формулацијом, која се односи на потпуно друго питање. У тој се одредби означава да онда када се у одредбама Законика о кривичном поступку наводи више органа поступка овлашћених за предузимање исте процесне радње, овлашћење се односи само на онај орган поступка који је у одговарајућем делу поступка надлежан за предузимање такве радње. Ова одредба, тј. у њој садржана формулација, изузетно је конфузна и уопште није јасно каква је њена сврха. Наиме, ако је у Законнику јасно одређено који је орган надлежан за конкретну радњу, онда уопште нема потребе за таквом одредбом, а уколико то евентуално није случај, ништа се посебно не решава одредбом члана 2 став 2 Законика, тј. она сама по себи не може да реши случај „сукоба овлашћења за предузимање исте процесне радње”.

---

<sup>77</sup> Ово би донекле имало смисла само када се ради о *лицима*, као што су то, на пример, судија, тужилац, окривљени, оштећени итд, али то ни тада не треба да буде ствар регулативе Законика о кривичном поступку, те овакво нормирање очигледно представља пример оне активности коју народ објашњава пословицом по којој „беспослен поп и јариће крштава”. Мимо овога, било би поприлично неуобичајено, а можда некемо и смешно, говорити, на пример, о „јавној тужили” или можда „јавној тужитељици” и сл.

## **Институција браниоца у приправности у Нацрту законика о кривичном поступку као вид потенцијалног грубог кршења права на одбрану**

Бранилац у приправности био је потпуно нови институт предвиђен у Нацрту законика о кривичном поступку из 2011. године, који је представљао врло лоше нормативно решење, које није имало било какву подлогу у дотадашњим решењима која су се тицала положаја браниоца у кривичном поступку, те положаја окривљеног у вези с проблематиком стручне одбране. Таквим нормативним решењем, да је оно заиста постало део нашег позитивног кривичног процесног права, веома би се грубо кршили важни елементи права на одбрану у кривичном поступку, па би се озбиљно зашло у поље неуставности. Као одличан пример начина размишљања доминантних креатора нових законских решења, ова институција из Нацрта ЗКП/2011 заслужује да буде критички анализирана, без обзира на то што, на сву срећу, она ипак није садржана у коначној верзији новог законика о кривичном поступку.

Према члану 77 став 1 Нацрта законика о кривичном поступку из 2011. године, било је предвиђено: ако окривљени, у писаном облику или усмено на записник, изјави органу поступка да одбија браниоца постављеног по службеној дужности и да жели да се брани искључиво сам, председник суда може посебним решењем одлучити да, у зависности од тежине кривичног дела, сложености случаја и својстава окривљеног, постављени бранилац остане бранилац у приправности, са општим и посебним дужностима, које су прописане у Законику. Ова одредба је вероватно унета по узору на неке ситуације настале у поступку пред Хашким трибуналом,<sup>78</sup> али њој није место у Законику о кривичном поступку и од

---

<sup>78</sup> Потпуно је бесмислено да се у односу на ову установу користе искуства из Хашког трибунала, јер се пред њим воде кривични поступци за веома тешка кривична дела из категорије кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, за која је, према правилима нашег кривичног законодавства, углавном прописана казна од тридесет до четрдесет година затвора. Како правилима Статута тог трибунала није прописана обавезна стручна одбрана, већ је обрнуто, окривљеном дато неопозиво право да се брани сам и лично, у неким од поступака пред тим трибуналом користио се у пракси сличан механизам ономе који се сада предвиђа у члану 77 Нацрта, али то је, у самој пракси Међународног кривичног трибунала за некадашњу Југославију, било прилично контроверзно.

Како је у нашем кривичном поступку обавезна стручна одбрана прописана, поред осталог, увек када је предмет кривичног поступка кривично дело за које је про-



ње у пракси тешко да може бити неке користи, док би, с друге стране, она могла имати и веома негативни ефекат.

Слично као и до сада, у члану 75 Нацрта, прописују се случајеви обавезне стручне одбране, где се, као што је уобичајено, утврђује: ако окривљени (односно друга лица која имају то право), браниоца не изабере, њега поставља председник суда по службеној дужности. Међутим, одредбама члана 77 практично се елиминише одбрана по службеној дужности, јер ако окривљени одбије браниоца који му је постављен, онда председник суда посебним решењем *може* одлучити да му буде постављен бранилац у приправности, тј. тада претходно постављени бранилац „остаје у приправности”. Дакле, то се *може, али не мора учинити*, тако да је сасвим могуће да окривљени и за најтежа кривична дела буде без браниоца у кривичном поступку уколико одбије онога који му је постављен, а председник суда му не одреди браниоца у приправности, јер он то може, али не мора да учини.

Посебно је незгодно што бранилац у приправности може бити искључиво претходни бранилац по службеној дужности, а кога је окривљени већ „одбио”, што у ствари подразумева да није задовољан начином на који га је бранио, није с њим остварио неопходну комуникацију, налази се у одређеној колизији с браниоцем у односу на правац одбране и сл. И сада такав бранилац треба том истом окривљеном да буде бранилац у приправности, или је алтернатива да окривљени уопште нема браниоца, па и за најтежа кривична дела, односно чак ако је нем, глув, неспособан да се сам брани итд.

Ради се о веома лошем решењу, које озбиљно нарушава право на одбрану окривљеног. У Нацрту се уређују одређене посебне дужности браниоца у приправности, попут упознавања са садржајем изведених доказ-

писана казна од преко десет година затвора (преко осам година затвора сходно новом ЗКП-у их 2011. године), какав је значај да, онда када се не ради о случају обавезне одбране, постоји бранилац у приправности? Наиме, уколико је у питању неки од разлога за обавезну стручну одбрану, онда актуелни бранилац свакако мора да постоји и то би, већ само по себи, искључивало могућност постављања браниоца у приправности. Међутим, чини се, што је веома проблематично, да је идеја у Нацрту новог ЗКП-а била да бранилац у приправности у ствари *елиминише обавезну стручну одбрану* у оном конкретном случају у којем је одређен, за шта не постоји никакав ваљан *ratio legis*, те је ипак добро што ово контроверзно решење није прихваћено у завршној верзији која је постала позитивноправни нови ЗКП/2'011. Види више о браниоцу у поступку пред Хашким трибуналом у: М. Шкулић, *Међународни кривични суд – надлежност и поступак*, Правни факултет у Београду и „Досије”, Београд, 2005, стр. 110 – 115.

них радњи и током којим се одвија главни претрес итд. Дакле, окривљени је одбио постављеног браниоца јер је с њим, на пример, у озбиљном сукобу, или чак сматра да он шкоди интересима његове одбране, а онда га председник суда ипак „задржава” тако што доноси решење којим овај остаје бранилац у приправности, који потом може и даље бити инволвиран у кривични поступак, те фактички и даље утицати на процесну судбину кривичног предмета, без обзира на сукоб са окривљеним, односно на интенцију окривљеног да нема контакт с тим браниоцем.

У погледу „браниоца у приправности” постоје и друге значајне контрадикције. Како је објашњено, окривљени и за најтежа кривична дела може остати без браниоца, а тада су могући и неки посебни проблеми. Ако председник суда постављеног браниоца није „задржао” као браниоца у приправности, а окривљени сам не жели да уложи жалбу против пресуде којом му је изречена казна од тридесет до четрдесет година затвора, таква пресуда неће бити побијана жалбом, што није правично, јер се ради о својеврсној капиталној кривичној санкцији. Још је горе ако такав окривљени (што би, с обзиром на тежину кривичног дела, било реално, али није и обавезно), има браниоца у приправности, јер такав бранилац жалбу против пресуде може изјавити само *уз изричиту сагласност окривљеног* (члан 78 став 1 тачка 5 Нацрта), што значи да ако нема такве сагласности, жалба не може бити уложена, што је онда у контрадикцији са чланом 438 став 6 Нацрта, по којем бранилац жалбу може изјавити и без посебног овлашћења оптуженог, али не и против његове воље, осим ако је оптуженом изречена казна затвора од 30 до 40 година.

### **Друге нелогичности које се односе на положај браниоца и одбране уопште у кривичном поступку**

Осим већ претходно објашњених одредби нацрта новог законика о кривичном поступку, које се тичу положаја браниоца у кривичном поступку (бранилац у приправности), а које, срећом, ипак нису постале део наших позитивноправних прописа, читав низ других одредби новог законика, које се односе на браниоца, а у ширем смислу на процесну функцију одбране у кривичном поступку, веома је сумњивог квалитета, или се чак своди на драматично погоршање услова за квалитетну одбрану у кривичној процедури.

## Једна странка поставља браниоца другој странци

Према одредби члана 76 став 1 ЗКП/2011, браниоца по службеној дужности окривљеном поставља јавни тужилац, онда када бранилац не буде изабран, или у току поступка окривљени остане без браниоца. Нелогично је да једна странка у поступку поставља браниоца другој странци!

Одредбом члана 76 став 1 прописано је: када у случајевима постојања неког од разлога за обавезну стручну одбрану (члан 74), бранилац не буде изабран или у току кривичног поступка окривљени остане без браниоца, јавни тужилац или председник суда пред којим се води поступак решењем поставља браниоца по службеној дужности за даљи ток поступка, по редоследу са списка адвоката који доставља надлежна адвокатска комора. Из употребљене језичке формулације „јавни тужилац или председник суда пред којим се води поступак”... чак би могло произићи да браниоца окривљеном могу поставити *или јавни тужилац или председник суда*, тј. да се ради о *потпуно алтернативно формулисаној надлежности*.

У ствари, једино логично тумачење члана 76 став 1 јесте да јавни тужилац браниоца поставља у несудским фазама кривичног поступка, тј. током предистражног поступка, односно у истрази или чак евентуално у стадијуму оптужења и пре ангажовања суда, а да када започне чисто судска фаза поступка, то чини суд у одговарајућем функционалном облику. Али то није стриктно означено у члану 76 став 1, што представља још један пример правнотехничке нејасноће новог законика о кривичном поступку. Иако ово тумачење не може бити спорно, остаје као веома дубиозно решење могућност да јавни тужилац уопште поставља браниоца окривљеном у било којој фази поступка, па и током предистражног поступка којим руководи, односно у току истраге коју води, јер је нелогично да *једна странка поставља браниоца другој странци*. Било би далеко логичније да у тим несудским фазама поступка, а то се првенствено односи на јавнотужилачку истрагу, браниоца окривљеном, онда када се ради о обавезној одбрани (члан 73) и под општим условима формулисаним у члану 76 став 1 (бранилац не буде изабран итд.), поставља судија за претходни поступак.

**Опасна могућност да се бранилац испита као сведок у погледу онога што му је окривљени саопштио као свом браниоцу – потенцијално претварање браниоца у „иследника”**

Бранилац у складу са чланом 93 став 1 тачка 3 спада у категорију лица која су *искључења од дужности* сведочења, када се ради о ономе што је окривљени конкретном лицу као свом браниоцу саопштио. У питању је норма чији је *ratio legis* сасвим разумљив. Међутим, према одредби члана 93 став 2 ЗКП/2011, ствара се чудна могућност да бранилац ипак буде сведок, јер изузетно од забране да се испитају лица која су искључена као сведоци, „суд може на предлог окривљеног или његовог браниоца одлучити да испита лице које је искључено од дужности сведочења. То значи да и сам бранилац, на предлог окривљеног или „његовог браниоца”, може сведочити о ономе што му је окривљени као свом браниоцу поверио.

Потпуно је бесмислено да бранилац сам себе предлаже као сведока, а да не говоримо о чудној конструкцији да се бранилац, који је иначе искључен од дужности сведочења, може испитати како на предлог окривљеног тако и на предлог *браниоца окривљеног*, што би, у ствари, значило да или бранилац предлаже сам себе као сведока или да је у међувремену дошло до замене браниоца, па онда нови бранилац предлаже ранијег као сведока, што је такође потпуно бесмислено. Коначно, могућност да се бранилац испита као сведок у погледу онога што му је окривљени саопштио као свом браниоцу јесте и у очигледној супротности са чланом 73 ЗКП/2011.

Овде је и питање да ли онда када је бранилац испитан као сведок он потом и даље остаје бранилац, или добија својство сведока, које само по себи искључује његов статус браниоца у истом кривичном поступку.

Како је већ објашњено, бранилац се као сведок може испитати на предлог окривљеног или *његовог браниоца*. Дакле, уколико сам бранилац предложи своје сведочење, није потребна сагласност окривљеног да се бранилац испита у погледу онога што му је окривљени саопштио као свом браниоцу. Могуће је да се окривљени посвађа с браниоцем, и онда овај хоће да сведочи против њега, чиме не само да се доводи у питање начело чувања адвокатске тајне, већ се широко отварају врата за потенцијалне тешке злоупотребе, те монструозну могућност *претварања браниоца у некакве специфичне „прикривене иследнике”*.

## **Дужност браниоца да органу поступка преда предмете који могу послужити као доказ**

Према члану 149 ЗКП/2011, од дужности предаје предмета ослобођени су: 1) окривљени, те 2) лица која су искључена од дужности сведочења, али не сва таква лица, већ само она која би исказом повредила дужност чувања тајног податка и лице које би исказом повредило дужност чувања професионалне тајне,<sup>79</sup> осим ако суд не одреди другачије.

Из овога произлази да је бранилац дужан да органу поступка (то ће у овом случају најчешће бити јавни тужилац, јер ће се примарно радити о предистражном поступку или о истрази), преда предмете који могу послужити као доказ. Ради се о веома лошој одредби која очигледно није у складу с начелом једнакости странака, односно лица која су у страначким функцијама, као што је то случај с браниоцем, који је у функцији одбране, иако формално нема својство странке у кривичном поступку. И овом се одредбом, слично као што то важи и за одредбу члана 93 став 2 ЗКП/2011, бранилац претвара у потенцијалног „сарадника” органа кривичног поступка, што значи примарно јавног тужиоца, када је реч о предистражном поступку и истрази, односно суда у судској фази поступка.

## **Достављање писмена**

Иако није спорно да је потребно увести ефикасније начине позивања и достављања писмена, чини се да се у Законику о кривичном поступку из 2011. године озбиљно претерало.

Ако се ради о лицу којима се писмено непосредно доставља, а лице се не затекне тамо где се достављање има извршити, писмено се може предати пунолетном члану његовог домаћинства, који је дужан да га прими (члан 243 став 2).

Како ће се утврђивати године, односно узраст члана домаћинства, посебан је проблем који се овде не решава, а бесмислено је уводити обавезу члана домаћинства да прими писмено када истовремено не постоји

---

<sup>79</sup> У члану 149 упућује се на члан 93 тач. 1 и 2, из чега и произлази да се ослобођење од дужности предаје предмета *не односи на браниоца*, који у складу с чланом 93 тачка 3 спада у категорију лица која су ослобођена од дужности сведочења, а што се (као што је претходно већ објашњено) такође релативизује у новом законику о кривичном поступку.

било каква консеквенција за одбијање члана домаћинства да писмено прими. Да ли ће му се тада писмено „гурати у руке” или ће се, можда, применити физичка сила?

Ако се члан породичног домаћинства не затекне у кући, писмено ће се предати *портиру*, *суседу* или *председнику кућног савета*,<sup>80</sup> ако они на то пристану и тиме се сматра да је достављање извршено (члан 243 став 2). Ово је невероватна одредба. Када се зна које су процесне консеквенција обављеног уредног достављања, онда је заиста невероватно да се и на овакав начин писмено може уредно доставити. Па, српски комшијски односи понекад су поприлично поремећени и лако је замислити суседа који ће радо примити писмено које се иначе, лично доставља, а онда га хладнокрвно уништити, те свог злосрећног суседа изложити одређеним процесним последицама.

И наравно, ту је „коначно решење”, па ако лице које није дужно да прими писмено (портир, сусед, председник кућног савета, колега с радног места) одбије да то учини, достављач оставља обавештење да ће се писмено истаћи на огласној табли и, по могућству, интернет страници органа поступка, а по протеклу рока од осам дана од дана истицања писмена сматра се да је достављање извршено (члан 243 став 4). Ефикасно, нема шта, али је то истовремено и толико низак стандард за уредно достављање да више приличи некаквом сумарном дисциплинском поступку у земљорадничкој задрузи него озбиљној кривичној процедури.

С обзиром на разраду читавог низа нових начина достављања писмена, добро је да у Законику није предвиђено достављање писмена и голубијом поштом.

### **Непотребно раздвајање предистражног поступка и истраге**

Предистражни поступак је заменио садашњи преткривични поступак, али је то у учињено на суштински погрешан начин. Наиме, и предистражни поступак, као и истрага, води се када постоји исти релативно низак степен сумње, а то су основи сумње, који је, узгред, веома лоше дефинисан у члану 2 тачка 17, а при том се истрага на том нивоу степена

---

<sup>80</sup> Узгред, овде законодавац користи и погрешну, тј. застарелу терминологију, јер према позитивноправним прописима, не постоји „кућни савет” нити „председник кућног савета”, већ *скупштина станара* и *председник скупштине станара*.

сумње може водити како против одређеног лица, тј. онда када постоји осумњичени, тако и против непознатог учиниоца.

Како се и предистражни поступак води на нивоу постојања основа сумње и како се он, по правилу, а посебно у неким ранијим фазама и док се кривично дело тек разјашњава, води у односу на непознатог учиниоца, јер његова сврха, поред осталог, и јесте откривање осумњиченог, која је онда сврха омогућавања да се истрага такође може водити против непознатог учиниоца кривичног дела, онда када постоје основи сумње да је учињено кривично дело? Овде је такође грешка, што се не означава да се мора радити о кривичном делу за које се гони по службеној дужности.

Било би најцелисходније, ако се већ жели чист концепт јавнотужилачке истраге, да уопште не постоје посебне одвојене фазе предистражног поступка, као неке врсте супститута садашњег преткривичног поступка и истраге, коју би, уместо садашњег истражног судије, водио јавни тужилац. Таква раздвојеност постоји и у неким другим кривичним поступцима који се одликују тужилачком истрагом. Ту је, на пример, карактеристична Црна Гора, у којој постоји извиђај, који замењује некадашњи преткривични поступак, и истрага, која се води по наредби државног тужиоца. Иако ни ово није идеално решење, оно је ипак боље него оно у новом ЗКП-у Србије, јер се у Црној Гори извиђај води на нивоу *основа сумње*, док се истрага покреће онда када већ постоји основана сумња, као озбиљнији степен сумње, па то онда представља одговарајуће оправдање за разликовање ових фаза. Ако то формално није случај када се ради о извиђају, јесте суштински, односно садржински када је реч о истражном поступку, јер обе заједно представљају његов својеврстан сегмент.<sup>81</sup>

И Законик о кривичном поступку из 2006. године познавао је две истражне фазе – а) претходну истрагу, као неку врсту супститута садашњем преткривичном поступку и б) истрагу поверену јавном тужиоцу, што је у том законнику било оправдано из два разлога: 1) с обзиром на степен сумње као материјални услов за вођење ових истражних стадијума, који се разликовао и који је за претходну истрагу представљао основе сумње, а за истрагу се морало радити о основаној сумњи, те 2) с обзиром на то да се истрага покретала решењем јавног тужиоца, против којег је била дозвољена жалба о којој је одлучивао истражни судија.<sup>82</sup>

<sup>81</sup> Види више о томе: М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку Црне Горе*, Мисија ОЕБС-а у Црној Гори и Министарство правде Црне Горе, Подгорица, 2009, стр. 723 – 724.

<sup>82</sup> Више о томе: М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, „Службени гласник”, Београд, 2007, стр. 759 – 760.

У Нацрту новог законика о кривичном поступку било је предвиђено да се истрага покреће *закључком* надлежног јавног тужиоца (члан 302 став 1 Нацрта), против којег жалба није дозвољена. Чему уопште доношење било које одлуке о спровођењу истраге ако се већ ради о одлуци против које жалба није дозвољена. Истрага би се могла сматрати покренутом већ првом радњом која има истражни карактер.

Није лоше само по себи што се радило о закључку, мада досад није било уобичајено да се у кривичном поступку доносе *закључци*,<sup>83</sup> али је то онда контрадикторно правилима која се, на пример, односе на финансијску истрагу, која се води по наредби јавног тужиоца када је у питању тзв. проширено одузимање имовинске користи. У последњој верзији Нацрта од 12. јула 2011. године ова одредба је промењена. Истрага се сада покреће *наредбом јавног тужиоца*, чиме се, ипак, ништа суштински није променило, осим што је (као што смо претходно објаснили) и до сада наредба била одлука која је била карактеристичнија за кривични поступак него закључак, који се никада није доносио у нашој кривичној процедури. Већ смо претходно објаснили да је начелно дубиозно утврђивање правила по којем се истрага покреће одговарајућом формалном одлуком јавног тужиоца (наредбом), а да против такве одлуке жалба није дозвољена. Из ове последње верзије Нацрта ЗКП-а је и произишло претходно, већ

---

<sup>83</sup> Као што смо то навели у претходном тексту, слично решење постоји у немачком кривичном поступку (*Beschluss*), али у Немачкој, за разлику од решења какво је заступљено у нашем Нацрту ЗКП-а, постоји само једна „истражна фаза” – класична истрага која је поверена државном тужиоцу, а не прави се раздвајање на *предистражни поступак* и *истрагу*, као што се то нерезонски чини у Нацрту законика о кривичном поступку.

Када је у ЗКП-у из 2006. године, на први поглед слично, прављења разлика између *претходне истраге* и *истраге*, то је било утемељено на два основна разлога: 1) *различитости степена сумње* – претходна истрага се водила на нивоу основа сумње, а истрага онда када је постојала основана сумња, те 2) постојању *права на правни лек* у односу на одлуку о спровођењу истраге – истрага се покретала решењем јавног тужиоца, против којег су окривљени и његов бранилац могли изјавити жалбу о којој је решавао истражни судија.

Стога у ЗКП-у из 2006. године није ни било могуће да се истрага води против непознатог учиниоца, а то није било ни потребно, јер би у таквом случају довољно и адекватно било да се води претходна истрага. Како се према решењу из Нацрта ЗКП-а и предистражни поступак и истрага воде на нивоу истог степена сумње – основа сумње, и како се истрага покреће наредбом јавног тужиоца против које жалба није дозвољена, потпуно је непотребно, па и бесмислено раздвајати предистражни поступак и истрагу, исто као што је нелогично, онда када је већ учињено такво раздвајање, да постоји могућност да се истрага води и против непознатог учиниоца.



детаљније објашњено и аргументовано критиковано законско решење, по којем се истрага покреће наредбом јавног тужиоца и против којег жалба није дозвољена.

Било би далеко целисходније да у нашем будућем кривичном поступку постоји *само једна истражна фаза*, слично као што је то, на пример, у Немачкој или у Аустрији, а где је истрага у основи спој елемената нашег садашњег преткривичног поступка, за који је карактеристично да „претходи кривичном поступку и омогућава га”<sup>84</sup> и формалне истраге, коју код нас још увек води истражни судија, а коју у тим европским државама води државни тужилац.

Колико је бесмислено **раздвајање истражних фаза** на предистражни поступак и истрагу, види се не само из претходно објашњене чињенице да се обе ове фазе воде на нивоу истог (најнижег) степена сумње, а то су *основи сумње*, већ и из прописане могућности јавног тужиоца да наредбу за спровођење истраге донесе како у односу на познатог осумњиченог тако и у погледу непознатог учиниоца кривичног дела. Ово је потпуно нелогично, јер каква је сврха вођења формалне истраге против непознатог учиниоца када је и иначе могуће водити предистражни поступак, који би, по дефиницији, првенствено био фокусиран на разјашњавање кривичних дела учињених од стране непознатих учинилаца, где би кључан елемент тог поступка „разјашњавања” управо и био идентификовање осумњиченог, у погледу којег би се тек онда (ако би се остало при овом веома лошем концепту постојања две „истражно оријентисане фазе” – предистражног поступка и истраге) доносила наредба о спровођењу истраге.

### **Изношење одбране окривљеног у оптужници**

Према члану 332 став 1 тачка 6 ЗКП/2011, у својој оптужници тужилац треба да *изнесе и одбрану окривљеног*, што је нелогично са аспекта страначког поступка. Поред тога, шта ако је тужилац оштећени (супсидијарни тужилац)? Како ће ова категорија тужилаца моћи то да наведе, јер оштећени, као тужилац, не може водити истрагу? Још је ово дубиозније када се ради о приватном тужиоцу, јер се, према члану 333 ЗКП/2011, то правило односи и на приватну тужбу.

---

<sup>84</sup> Више о томе: С. Бркић, *Кривично процесно право II*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2010, стр. 9 – 10.

## **Погрешно утврђивање момента подношења приговора месне надлежности у скраћеном поступку**

Према члану 504 став 3 ЗКП/2011, приговор месне ненадлежности у скраћеном поступку може се поднети најкасније до почетка главног претреса, што је контрадикторно члану 496 ЗКП/2011, којим је предвиђено да се после заказивања главног претреса суд не може огласити месно ненадлежним, нити странке могу истицати приговор месне ненадлежности.

Жалба оштећеног против одлуке о имовинскоправном захтеву

Према члану 50 став 10 ЗКП/2011, оштећени може да поднесе жалбу против одлуке о досуђеном имовинскоправном захтеву, што је нелогично, јер оштећени нема правни интерес да се жали на ову одлуку у кривичном поступку.

Наиме, суд не може одбити имовинскоправни захтев, већ га досудити делимично или у целости, а остатак упутити на парнични поступак (чл. 258). То значи да би жалба оштећеног против одлуке о имовинскоправном захтеву у оваквом случају, а по логици ствари, увек бивала одбачена, односно она сама по себи нема никакве сврхе.

## **Уношење исказа у записник о главном претресу**

Према члану 239 став 3 ЗКП/2011, искази оптуженог, сведока, вештака или другог лица уносе се у записник (мисли се по логици ствари, на записник о главном претресу), ако садрже одступање или допуну њихових ранијих исказа и то тако да се прикаже њихова битна садржина.

Ова одредба имала је смисла у систему судске истраге, али је она бесмислена и погрешна у систему јавнотужилачке истраге. Реч је, наиме, о ранијим исказима датим јавном тужиоцу у неунакрсном испитивању. По томе произлази да се пресуда може заснивати на исказима забележеним у записницима из претходног поступка, тј. записницима јавног тужиоца и полиције, а не на судским записницима.

## **Погрешно дефинисан један од разлога за ослобађајућу пресуду**

Ако се утврди да дело које се оптуженом ставља на терет није кривично дело, ослобађајућа пресуда доноси се само ако *нема услова за примену мере безбедности* (члан 423 ЗКП/2011).

Из овога би произишло: ако има услова за примену мере безбедности, подразумева се да се не доноси ослобађајућа пресуда. То је супротно правилима кривичног материјалног законодавства, јер када се ради о чињењу противправног дела које је законом прописано као кривично дело у стању неурачунљивости, тада, будући да нема кривице код учиниоца, нема ни кривичног дела, па би он у таквом случају морао бити ослобођен.

## **Погрешно утврђивање момента за улагање приговора месне надлежности у скраћеном поступку**

Према члану 504 став 3 ЗКП/2011, приговор о месној ненадлежности у скраћеном поступку може се поднети најкасније до почетка главног претреса, што је контрадикторно члану 496 ЗКП/2011, који предвиђа да се после заказивања главног претреса суд не може огласити месно ненадлежним, нити странке могу истисати приговор о месној ненадлежности.

## **Опасност (не)оспоревања оптужбе на припремном рочишту**

Према члану 349 став 4 ЗКП/2011, ако оптужени оспорава наводе оптужбе, председник већа ће га позвати да се изјасни који део оптужнице оспорава и из којих разлога, и упозориће га да ће се на главном претресу изводити само докази у вези са оспореним делом оптужнице. Ова одредба је веома спорна са аспекта претпоставке невиности, а њен домет у пракси може бити изузетно далекосежан у правцу стварања услова за испољавање драстичних неправичности у кривичном поступку.

Уместо да тужилац пред судом на главном претресу доказује све оно што наводи у оптужници, овде се полази од претпоставке тачности оптужнице, па се доказује само оно што оптужени оспорава. Како суд ни иначе нема дужност утврђивања истине, сасвим је јасно каква судбина може да снађе окривљеног који не би био довољно „сналажљив” на припремном рочишту.

Оптужени који немају браниоца и који понекад, ако су изразито неуки (а зна се каква је образовна структура већине типичних окривљених у нашим кривичним поступцима), малтене не знају ни шта значи реч *оспоравати*, на овај се начин потенцијално доводе у веома лош положај, јер ако ништа не оспоравају, то значи да тужилац ништа не мора ни да доказује, и сам главни претрес практично постаје непотребан, а осуда окривљеног „загарантована”.

### **Удаљење оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца из суднице због ремећења реда на главном претресу уз обавезно постављање пуномоћника**

Према члану 373 став 1, ако оштећени као тужилац или приватни тужилац, односно њихов законски заступник ометају ред на главном претресу, односно наставе да то чине и након изрицања казне, веће их може удаљити, те им тада за даљи ток поступка обавезно поставља пуномоћника.

Из овога произлази: ако оштећени као тужилац или приватни тужилац немају средства да сnose трошкове свог стручног заступања, имају могућност да пуномоћника добију официјелном одлуком суда, уколико су се у судници понашали неприкладно, што би практично значило да се на такав начин „награђују” због ремећења реда током главног претреса.

### **Одбијање оптуженог да се изјасни о оптужби**

У члану 393 ЗКП/2011. више се изричито не предвиђа да се одбијање оптуженог да се изјасни о оптужби и одговара на постављена питања сматра порицањем, што је погрешно, али ће пракса вероватно тумачити да у таквој ситуацији постоји „имплицитно” порицање оптуженог.

### **Пропуштање да се непостојање предлога оштећеног за кривично гоњење сврста у битне повреде одредаба кривичног поступка**

Према члану 438 став 1, тачка 7, битна повреда одредаба кривичног поступка постоји ако је суд повредио одредбе кривичног поступка у по-

гледу постојања оптужбе овлашћеног тужиоца, односно одобрења надлежног органа. Грешка је што се овде изоставља и *непостојање предлога* оштећеног када се ради о кривичним делима за која се гони по предлогу оштећеног.

Из овога би могло произићи и да се кривични поступак може водити по оптужби јавног тужиоца у погледу кривичног дела код којег је за кривично гоњење као *conditio sine qua non* потребан предлог оштећеног (попут силовања учињеног према брачном другу – члан 186 КЗ у вези члана 174 КЗ, или кривичног дела неовлашћеног откривања тајне – чл. 141 КЗ итд.), а да при том уопште нема предлога оштећеног, те да се тада такав кривични поступак, мимо воље оштећеног, може завршити осуђујућом пресудом. Ово је потпуно супротно концепцији постојања кривичних дела за која се гони по предлогу оштећеног, а коју је наш законодавац прихватио када је такву категорију кривичних дела увео у материјално кривично законодавство.<sup>85</sup>

### **Немогућност саслушања у поновљеном поступку саучесника окривљеног који је већ осуђен**

Према члану 481 став 2 ЗКП/2011, у поновљеном поступку *према окривљеном који је осуђен у одсуству*, саучесник окривљеног који је већ осуђен, се не може саслушавати, нити се може суочити са окривљеним, већ се упознавање са садржином исказа осуђеног саучесника обавља у складу са чланом 406 став 1. тачка 5. Законика (увид у исказ), с тим да се пресуда не може искључиво или у одлучујућој мери заснивати на таквом доказу.

На овај се начин поново (као и у низу других објашњених ситуација), непотребно одступа од начела непосредности у објективном смислу, а са аспекта правичности, посебно је спорно ако се ради ситуацији да се осуда заснивала баш на таквом доказу, односно уколико је саокривљени пре-

---

<sup>85</sup> *Ratio legis* постојања ове врсте кривичних дела је двострук: *С једне стране*, тако се штите интереси оштећеног, који сам својом вољом одлучује да ли ће доћи до започињања и вођења кривичног поступка за кривично дело, код којег је, мада се њиме вређа и одређени јавни интерес, ипак примаран интерес самог пасивног субјекта кривичног дела; *с друге стране*, тиме се омогућава да јавна оптужба не делује по сваку цену у погледу кривичних дела, код којих јавни интерес није изражен у знатној мери, те се тиме растерећује и кривично правосуђе.

бацивао кривицу на окривљеног у бекству, што у пракси може да буде сасвим реално.

### **Индијектно коришћење несудских доказа на главном претресу и могућност заснивања пресуде на таквим доказима**

Слично као што је то уређено и у позитивном Законнику о кривичном поступку и у новом ЗКП-у из 2011. године се прописује неколико ситуација када се на главном претресу могу читати записници о раније датим исказима (члан 406). Међутим, сада је то веома проблематично, јер се више по правилу, не ради о судским доказима, већ о доказима које је у истрази прикупио јавни тужилац.

Донекле је оправдано да се читају записници када се ради о објективној немогућности да се већ испитана лица поново испитају, јер су умрла или душевно оболела, али је потпуно погрешно да се остави могућност читања записника и онда када *сведок или вештак без законског разлога неће да исказује на главном претресу*.

Тужилачка истрага има низ предности у односу на судску, али она има и одређене потенцијално озбиљне мане, а основна мана је да се веома рестриктивно докази из истраге могу користити на главном претресу, већ је њихова основна функција да послуже као утемељење оптужнице, а онда се касније, сви докази по правилу, морају понови изводити на главном претресу,<sup>86</sup> што је посебно изражено у адверзијално конструисаним кривичним поступцима, какав је и нови тип процедуре уведен Закоником о кривичном поступку из 2011. године.

Када се уведе неки нови законски механизам и уопште ново законско решење (попут тужилачке истраге), онда се истовремено морају искористити све предности новине и поднети („истрпети“) неке мане

---

<sup>86</sup> У вези са овим, погрешно је што се као циљ истраге у Нацрту (члан 295 став 3) одређује не само прикупљање доказа и података који су потребни за одлучивање о томе да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак итд, већ и *доказа за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу, или би њихово извођење било отежано...* Овакав циљ истрага може имати једино када је води истражни судија, или макар онда када се ради о тужилачкој истрази, али уз могућност да се у погледу одређених доказних радњи (тзв. хитне судске радње) ангажује судија (било судија за истрагу, као што је то случај у Црној Гори, односно у Немачкој, где се он означава као „Ermittlungsrichter“, за разлику од истражног судије, који би био „Untersuchungsrichter“, било судија за претходни поступак и сл.), што није случај са одредбама Нацрта.

новог решења. Међутим, новим закоником се сада покушава остварење „немогуће мисије”: да истрага буде тужилачка, али да истовремено сви докази које је јавни тужилац, као несудски државни орган, прикупио путем читања записника о датим изјавама, могу да се користе на главном претресу, исто или слично као што је то чињено и са исказима који се дају истражном судији, када он у судској истрази испитује сведоке или вештаке. Тако нешто начелно није могуће, односно није оправдано.

*Практично сви закони(ци) о кривичном поступку у којима је истрага тужилачка омогућавају да неке радње врши суд (тзв. хитне судске радње), онда када постоји опасност да оне неће моћи да се понове на главном претресу, па би стога било адекватно када би се члан 299 новог законика о кривичном поступку допунио са неколико нових одредби, тј. на следећи начин:*

„Странке и бранилац могу предложити судији за претходни поступак да испита одређеног сведока, ако је вероватно да сведок због болести, старости или других важних разлога неће моћи да буде испитан на главном претресу.

Ако судија за претходни поступак усвоји предлог из става 5 овог члана, он ће омогућити да испитивању сведока присуствују странке и бранилац, којима судија за претходни поступак доставља записник о испитивању сведока.

Ако се судија за претходни поступак не сложи са предлогом из става 5 овог члана, затражиће да о томе одлуку донесе веће из члана 21 став 6 овог законика.<sup>87</sup>

### **Жалба против пресуде због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања**

Исто као и раније, жалба против пресуде може се уложити и ако титулар права на улагање редовног правног лека сматра да постоји одговарајућа „чињенична аномалија” пресуде, што је у изразитој контрадикцији с начелним одступањем од начела истине у кривичном поступку, као и драстичним минимизирањем доказне улоге суда, односно функције суда у односу на утврђивање чињеничног стања на којем се заснива пресуда која се побија жалбом.

---

<sup>87</sup> Ради се о ванрасправном већу, које је сада, тј. у још увек (бар делом) позитивном ЗКП-у, регулисано у члану 24 став 6.

Одредбом члана 440 Законика о кривичном поступку утврђено је да се пресуда може побијати због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања.

Затим се чланом 440 став 2 Законика утврђује да је чињенично стање погрешно утврђено када је суд неку одлучну чињеницу која је предмет доказивања *погрешно утврдио*, а непотпуно је утврђено када неку одлучну чињеницу која је предмет доказивања није утврдио.

Дакле, у члану 440 став 2 ЗКП говори се о чињеницама које је суд **погрешно или непотпуно утврдио**, иако је суд истовремено практично ослобођен дужности утврђивања чињеничног стања, исто као што нема обавезу утврђивања истине у кривичном поступку.

Када се ово доведе у везу с кључном „начелном доказном одредбом” у Законнику о кривичном поступку, садржаном у члану 15 став 3, по којој суд изводи доказе на предлог странака,<sup>88</sup> а да једино ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио, може дати налог странци да предложи допунске доказе, односно *изузетно* сам извести такве доказе – настаје потпуно и веома тешко објашњива конфузија.

Жалбени разлог из члана 440 Законика о кривичном поступку представља класичан основ побијања пресуде због огрешења о начело истине, јер шта је друго „погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање” него **неистинито чињенично** стање, односно, другим речима, *неутврђивање истине у кривичном поступку*.

Међутим, не само што суд нема дужност да утврђује истину у кривичном поступку, као што је то сада био случај и као што је у већини класичних континентално-европских кривичнопроцесних система, већ суд у основи, чак и онда када би покушао да нешто шире тумачи одредбу члана 15 став 4, тако што би формулацију о „неопходности извођења доказа потребних да се предмет доказивања свестрано расправи” користио као основ за потпуно и истинито утврђивање чињеничног стања (па евентуално и супротно очигледној интенцији законодавца да потпуно потре начело истине у кривичном поступку) – ни тада не би увек могао лако и једноставно да утиче на утврђивање чињеничног стања.

---

<sup>88</sup> Претходно је већ објашњавано да је ова законска одредба у суштинској контрадикцији са читавим низом других одредби новог законика о кривичном поступку, а нарочито с правилима извођења доказа на главном претресу, када суд само изузетно сам изводи доказе, док доказе примарно изводе саме странке пред судом, што је посебно упадљиво када се ради о испитивању сведока, као и о правилима којима се регулишу директно и унакрсно испитивање сведока.



Наиме, законодавац суду не даје ни дужност ни могућност да он сам по аутоматизму изведе потребне доказе, већ му примарно само препушта могућност „издавања налога” странци да она предложи извођење таквих доказа, а тек супсидијарно му омогућава да сам преузме доказну функцију. Дакле, суд може у првом реду сугерисати странци да она њему предложи извођење доказа, које он сматра потребним за свестрано расправљање предмета доказивања (што је поприлично апсурдно, када се истина ни формално не утврђује као циљ кривичног поступка), а ако се странка о такав предлог суда оглуши, сам суд, само изузетно, такве доказе може сам изводити, што ће у пракси очигледно бити веома ретко, јер зашто би суд у овој ситуацији практично био „већи католик од папе”.

Можда су творци новог законика о кривичном поступку сматрали да без обзира на то што странке примарно изводе доказе на главном претресу који је стриктно адверзијално конструисан, само чињенично стање на темељу тако изведених доказа, као и на основу доказа који су евентуално од стране самог суда изведени (што би било само крајње изузетно), ипак утврђује суд, па да се стога и жалба може темељити на разлогу као што је погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање, под којим се подразумева да је суд погрешно или непотпуно утврдио одређене релевантне чињенице.

Ни овим, тј. претходно објашњеним могућим тумачењем не решава се овај проблем, јер како суд начелно нема дужност утврђивања истине у кривичном поступку, па чак ни тежње ка истини, он није ни дужан да потпуно и тачно утврђује чињенично стање (што је логични опозит погрешном или непотпуно утврђеном чињеничном стању као жалбеном разлогу), па сходно томе странка која је сама била дужна да изводи „своје” доказе, те на одговарајући начин опонира „доказима противне странке”, реално не може постићи успех утемељењем своје жалбе на тврдњи да је суд погрешно или непотпуно утврдио чињенично стање. Наиме, како суд такву дужност није ни имао, јер у нашем новом кривичном поступку не делује начело истине, већ је, напротив, странка била дужна да презентира доказе који иду у прилог њеним тврдњама, странка фактички не може успешно побити пресуду због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, без обзира на то што такав жалбени основ формално егзистира у Законику о кривичном поступку из 2011. године.

## **Одређивање судије известиоца у жалбеном поступку од стране председника суда**

Према члану 445 став 1 судију известиоца одређује председник суда. То је супротно захтеву да се обезбеди случајни, тј. ненамештени судија и оваква одредба оставља могућност за потенцијалне злоупотребе.

Лоше је и што се може одредити више известилаца. То је супротно инокосној природи овог облика судске функционалне надлежности који треба да изврши одговарајућу анализу у жалбеном поступку, а у пракси може довести до проблема у погледу координације више известилаца, конзистентности њихових реферата, разилажења у ставовима и сл.

## **Радикално смањење ангажовања суда у жалбеном поступку по службеној дужности**

Веома је умањено овлашћење, односно дужност суда да испитује пресуду по службеној дужности, и он то, по правилу, чини само у оквиру жалбених навода (чл. 451).

По службеној дужности се у другостепеном поступку испитује само одлука о кривичној санкцији, и то једино ако је жалба изјављена у корист оптуженог, док се пресуде донете у скраћеном поступку уопште не испитују по службеној дужности. Овакво решење веома је неправично за оптуженог, а посебно ако оптужени у кривичном поступку није имао браниоца.

## **Погрешно формулисан разлог за улагање захтева за заштиту законитости због повреде људског права у поступку**

Један од разлога за подношење захтева за заштиту законитости, према правилима новог законика о кривичном поступку, јесте то ако је повређено или ускраћено људско право и слобода окривљеног или другог учесника у поступку, право које је зајемчено Уставом или Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода и додатним протоколима, а то је утврђено одлуком Уставног суда или Европског суда за људска права (члан 485 став 1 тачка 3 ЗКП/2011.). Захтев заснован на таквом разлогу може се поднети у року од три месеца од дана када је

лицу чије је људско право повређено, односно зајемчено право или слобода ускраћени, достављена одлука Уставног суда или Европског суда за људска права (члан члан 485 став 3 ЗКП/2011.).

Сасвим је у реду што се одлука Уставног суда или Европског суда за људска права утврђује као један од разлог за улагање захтева за заштиту законитости, али је погрешно што је она у правнотехничком смислу формулисана попут *апсолутно битних повреда* одредаба кривичног поступка, а не као *релативно битна повреда* одредаба кривичног поступка, што би једино било логично.

Наиме, према садашњем законском решењу (ЗКП из 2001. године), које је уведено новелама из 2009. године, постоји слично формулисан разлог за улагање ванредних правних лекова, али је његова формулација битно другачија. Одлука релевантног међународног суда, којом су утврђене повреде одређених права окривљеног у кривичном поступку који је резултирао правноснажном осуђујућом пресудом сада *нема аутоматско касационо дејство*. То значи да учињене повреде права осуђеног у кривичном поступку, које су таквим одлукама, тј. одлукама међународног суда утврђене, имају значај који је формално и правнотехнички изједначен са значајем *релативно битних повреда* одредаба кривичног поступка.

Одредбе које се односе на понављање кривичног поступка сходно се примењују и кад је поднесен захтев за измену правноснажне судске одлуке због повреде права осуђеног у кривичном поступку, која је утврђена одлуком међународног суда, у складу с потврђеним међународним уговором, а повреда је била од утицаја на законито и правилно доношење пресуде (члан 414 ЗКП/2001.). Овде је, дакле, потребно да се кумулативно испуне следећи услови: 1) *постојање формалне одлуке одређеног међународног судског ауторитета* – да је одлуком одређеног међународног суда насталог ратификованим међународним уговором утврђено да су у току кривичног поступка кршена основна људска права и основне слободе, те 2) *постојање каузалитета између учињене повреде и донесене судске одлуке* – да је судска одлука заснована на таквом кршењу.

Разлог за понављање кривичног поступка сличан ономе који постоји у нашем законнику о кривичном поступку из 2001. године (од новела из 2009. године) егзистира у немачком кривичном поступку, у којем је, узред, за разлику од наше земље,<sup>89</sup> понављање кривичног поступка могуће како у

---

<sup>89</sup> Упореди: Ђ. Лазин, Начело *ne bis in idem* у кривичном процесном законодавству Србије, рад у зборнику са међународног научног скупа – „Кривично процесно

корист тако и на штету окривљеног. Без обзира на то што је Немачка рано приступила Европској конвенцији о људским правима и основним слободама, те омогућила да њене одредбе буду сматране унутрашњим правом, које се може директно примењивати у кривичном поступку, то ипак није производило одговарајуће практичне консеквенције, све док није дошло до одређених промена у националном правном систему. С једне стране, повреда одређеног права из Конвенције није могла у Немачкој да буде непосредни разлог за уставну жалбу,<sup>90</sup> а с друге стране, све док у немачко кривично процесно право није унесен посебан разлог за понављање кривичног поступка, који се односи на одлуку Европског суда за људска права, била је искључена и таква могућност.<sup>91</sup>

Према тачки 6 § 359 Законика о кривичном поступку Немачке (StPO), један од разлога за понављање кривичног поступка постоји и када Европски суд за људска права утврди повреду Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, или њених протокола, и кад је пресуда заснована на тој повреди. Овај разлог може да доведе до понављања кривичног поступка само у корист окривљеног.<sup>92</sup> Поред тога, слично као што би то требало да важи и за наш нови кривични поступак, у немачкој пракси,<sup>93</sup> али и у кривичнопроцесној теорији, истиче се да овако формулисан разлог за понављање кривичног поступка никако не значи да постоји *законска претпоставка каузалитета* између одређене повреде неког процесног основног права у смислу Европске конвенције и правноснажне пресуде.<sup>94</sup> Наиме, како се то наводи у немачкој доктрини, за понављање кривичног поступка потребно је не само да Европски суд за људска права утврди да је учињена повреда одређеног основног права, већ и следећи услов – да је пресуда, донета у кривичном поступку, заснована на тој повреди.<sup>95</sup>

Из начина на који је сада, у Законнику о кривичном поступку из 2011. године, формулисан разлог за улагање захтева за заштиту законитости,

законодавство у југоисточној Европи и стандарди Европске Уније и Савета Европе”, Београд, 2006, стр. 158–159.

<sup>90</sup> BverfGE, 64, 135, 157.

<sup>91</sup> G. Pfeiffer, (Hrsg), део који је писао W. Schmidt, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5, neu bearbeitete Auflage, „Verlag C. H. Beck”, München, 2003, стр. 1864–1865.

<sup>92</sup> G. Pfeiffer, (Hrsg), део који је писао W. Schmidt, *on. цит*, стр. 1865.

<sup>93</sup> OLG Stuttgart NStZ-RR 2000, 244.

<sup>94</sup> G. Pfeiffer, (Hrsg), део који је писао W. Schmidt, стр. 1865.

<sup>95</sup> Kleinknecht/Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen*, 44, neubearbeitete Auflage, „Verlag C. H. Beck”, München, 1999, стр. 1157.

проишло би да свака повреда зајемченог људског права у кривичном поступку који је правноснажно окончан подразумева њено аутоматско укидање, односно укидањење судске одлуке којом је такав кривични поступак завршен, чак и онда када између учињене повреде и законитости односно правилности пресуде нема никакве каузалне везе и кад је, сама по себи, учињена повреда људског права непоправљива у кривичнопроцесном смислу. Наравно, одговарајућа сатисфакција може бити дата у облику адекватне новчане накнаде, али то не представља кривичнопроцесну реакцију. На пример, окривљеном је због дужег трајања притвора у кривичном поступку могло бити повређено право на слободу, и ако се то утврди одлуком Европског суда за људска права или нашег уставног суда, окривљени ће имати право на одговарајућу новчану сатисфакцију. Али зашто би само због тога морала бити укидана правноснажна одлука нашег суда ако је, независно од учињене повреде људског права окривљеног, таква пресуда заснована на адекватним доказима (може постојати и неспорно признање окривљеног и сл.) и сама по себи није незаконита. Осим тога, може се радити о повреди права других учесника поступка, а не о повреди права окривљеног, попут, на пример, повреде права на приватност оштећеног. Зашто би онда такав разлог морао или могао доводити до укидања пресуде, што би за последицу имало да то, по логици ствари, примарно производи негативне последице по самог тог оштећеног.

др Горан Илић,

заменик републичког јавног тужиоца и председник Удружења  
јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије

## Тужилаштво совјетско, поступак амерички

### Увод

Недавно усвојени законик о кривичном поступку<sup>1</sup> на потпуно нов начин уређује улогу јавног тужиоца у кривичном поступку. Права и дужности јавног тужиоца знатно су проширена, пре свега надлежношћу да спроводи истрагу и поверавањем примарне доказне иницијативе.<sup>2</sup> Усвајање новог законика последица је идеје о потреби да се судска истрага замени тужилачком и смелог прихватања адверсаторних установа у нашем кривичном поступку по узору на англоамеричко право.<sup>3</sup>

Нови ЗКП-а био је повод писцима Законика да на детаљан начин уреде процесни положај јавног тужиоца те његов однос с другим процесним субјектима и државним органима. Упркос труду, за неке норме које дотичу јавно тужилаштво могло би се рећи да су непотпуне, за друге да су противречне, док је једна група норми тешко примењива у пракси. Законик о кривичном поступку, осим тога, није узео у обзир ризике које носи уставни и законски положај јавног тужилаштва. Писци Законика нису имали у виду да је самосталност тужилаштва витално угрожена уставним решењем према коме јавне тужиоце на предлог Владе бира Народна скупштина, као и чињеницом да чланове Државног већа тужилаца бира Народна скупштина. Дакле, сведоци смо једног сасвим противречног процеса. С једне стране, тужилаштво се Уставом потчињава извршној власти, а с друге стране на тужилаштво се у кривичном поступку преносе

<sup>1</sup> *Службени гласник РС*, бр. 72/2011. У тексту ће се за тај ЗКП користити одреднице нови, новоусвојени, новодонети и сл.

<sup>2</sup> Слободан Бељански, Горан П. Илић и Миодраг Мајић, *Законик о кривичном поступку* – Предговор, Београд, 2011, 16.

<sup>3</sup> Мочило Грубач, „Нове установе и нова решења Законика о кривичном поступку Србије од 28. септембра 2011. године”, *Правни записи*, год. II, бр. 2, Београд, 2012, 468.

овлашћења независног судског органа, истражног судије. Тиме се, уверени смо, доводи у питање и објективност кривичног поступка, нарочито истраге у којој тужилац заузима централно место.

Осим што нису узели у обзир уставну позицију јавног тужилаштва, творци Законика нису имали у виду ни чињеницу да је тужилаштво организовано по традиционалном моделу, с прекомерним централизмом и практично неспутаном хијерархијом, што у доброј мери онемогућава прилагођавање новој процесној улози и умањује његову способност да у пуној мери одговори задацима који се пред њега постављају.

### **Критика појединих решења у ЗКП-у**

У овом делу рада извршићемо критичку анализу појединих одредаба најновијег ЗКП-а, пре свега одредаба које се тичу јавног тужилаштва, али и неких норми које нису непосредно повезане с јавним тужилаштвом.

Анализу одредби Законика о кривичном поступку почећемо чланом 2. У чл. 2. даје се значење израза коришћених у Законику, а тачком 6. одређује се значење израза „јавни тужилац”. Под изразом јавни тужилац подразумевају се јавни тужиоци свих врста јавних тужилаштава, сви заменици јавних тужилаца, као и лица законом овлашћена да их замењују. Чланом 48. прецизира се чл. 2. тач. 6. навођењем лица овлашћених да замењују јавног тужиоца. Радње у кривичном поступку у име јавног тужиоца, поред заменика јавног тужиоца, могу да предузимају и виши тужилачки сарадник за кривична дела до осам година затвора и тужилачки сарадник за кривична дела до пет година затвора. То значи да Законик о кривичном поступку даје тужилачким сарадницима статус *ex lege* пуномоћника јавног тужиоца за кривични поступак. Норма садржана у члану 48, међутим, директно је супротна чл. 159. ст. 4. Устава. У члану 159. Устав говори о унутрашњем уређењу јавног тужилаштва, а у ставу 4. наводи да јавног тужиоца у вршењу функције замењују заменици јавног тужиоца. Према томе, Устав лимитира круг лица која врше јавнотужилачку функцију на јавне тужиоце и заменике јавног тужиоца. Због тога је увођење тужилачких сарадника у круг лица која врше јавнотужилачку функцију у кривичном поступку директно супротно чл. 159. ст. 4. Устава.

Увођење тужилачких сарадника у круг лица која могу да предузимају радње у кривичном поступку противно је и Закону о јавном тужилаштву.

У чл. 11. Закона, који даје значење појмова коришћених у Закону, стоји: „Јавнотужилачка функција је функција јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца.”<sup>4</sup> С обзиром на то да, по Закону о јавном тужилаштву, тужилачки сарадници нису поседници јавнотужилачке функције, самим тим нису ни поседници овлашћења јавног тужилаштва, јер овлашћења произлазе из функције. У ситуацији када имамо конкуренцију два прописа, и то Законика о кривичном поступку и Закона о јавном тужилаштву, примењује се други, јер је у погледу организације јавног тужилаштва *lex specialis* и има примат у односу на ЗКП.

У вези са овом темом требало би казати и то да би поверавање овлашћења тужилачким сарадницима у кривичном поступку створило нерегуларну ситуацију. На такав закључак упућује анализа прописа о тужилаштву и прописа који регулишу положај тужилачких сарадника. На пример, уколико би јавни тужилац хтео да изврши хијерархијску интервенцију у кривичном предмету додељеном тужилачком сараднику, то не би могао да учини у процедури прописаној Законом о јавном тужилаштву, будући да Закон не познаје обавезно упутство тужилачком сараднику, већ само нижем тужиоцу или заменику јавног тужиоца. Ни подзаконски акти јавног тужилаштва не уређују субординацију између јавног тужиоца, заменика јавног тужиоца и тужилачког сарадника, када сарадник предузима радње у кривичном поступку. У таквој ситуацији јавни тужилац могао би једино да користи прописе који уређују положај и овлашћења државних службеника.

Већ на почетку текста Законика уочавамо термиолошку недоследност. Према члану 15. ст. 3, суд изводи доказе на предлог станака, док одредбе Законика које уређују главни претрес упућују на сасвим другачији закључак, да доказе предлажу и, по правилу, изводе странке. Мада је овде реч о термиолошкој недоследности, скоро је извесно да она може проузроковати недоумице и практичне последице у погледу начин извођења доказа, и зато би је требало изменом текста Законика отклонити.

Члан 44. Законика носи назив Дужност поступања по захтеву јавног тужиоца. У ставу 3. овог члана Законик о кривичном поступку уноси новине у однос тужилаштва и полиције. Најновији законик нормира могућност тужиоца да захтева покретање дисциплинског поступка про-

---

<sup>4</sup> Узгред, и члан 18. важећег правилника о управи у јавним тужилаштвима (*Службени гласник РС*, бр. 110/2009. и 87/2010), када говори о носиоцима јавнотужилачке функције, искључиво наводи јавне тужиоце и заменике јавних тужилаца.



тив полицијског службеника или запосленог у другом државном органу, који није поступио по његовом захтеву. Иако потпуније од претходног уређује однос тужилаштва и полиције, Законик не представља заокрет у регулисању односа ова два органа. Право јавног тужиоца да захтева дисциплински поступак против полицијског службеника, који није удовољио службеном захтеву тужиоца, не укључује могућност да тужилац учествује у самом дисциплинском поступку или барем да буде обавештен о његовом исходу. Прописивање овлашћења да учествује у дисциплинском поступку представљало би природни наставак права јавног тужиоца да захтева дисциплински поступак против несавесног полицијског службеника и зато би га требало изричито прописати.<sup>5</sup>

У чл. 51. ЗКП-а регулише се право на приговор оштећеног у ситуацији када јавни тужилац одбаци кривичну пријаву, обустави истрагу или одустане од кривичног гоњења до потврђивања оптужнице. Оштећени има право да изјави приговор, о коме одлучује непосредно виши тужилац. О приговору, непосредно, виши тужилац одлучује решењем против кога није дозвољена жалба или приговор. Уколико усвоји приговор оштећеног, непосредно, виши јавни тужилац издаће обавезно упутство надлежном јавном тужиоцу да предузме или настави кривични прогон. Ради разјашњења ваља казати да је приговор нов институт, настао као нека врста супституције за укидање права оштећеног да преузме гоњење до потврђивања оптужнице.

Одсуство спољашње контроле одлуке јавног тужиоца да не отпочне или настави кривични прогон није најбоље решење. Када то кажемо,

---

<sup>5</sup> Постоје системи у којима се прибегава и радикалнијим решењима у циљу контроле тужилаштва над полицијом. У немалом броју земаља у Европи полиција или поједине врсте полиције интегришу се у тужилаштво и тако се обезбеђује потпуна контрола тужилаштва над полицијом. Овлашћења тужилаштва над полицијом се у тим случајевима испољавају на различите начине. У Шпанији постоје „органске” везе између тужилаштва и судске полиције, која је одговорна тужилаштву за спровођење истрага, откривање и хапшење починилаца кривичних дела, док су у Белгији делови полиције припојени канцеларији тужиоца тако да је та полиција практично део тужилаштва. При сваком тужилаштву у Италији постоји одељење полиције које је функционално потчињено старешини тужилаштва, а у Швајцарској је тужилац истовремено директор полиције „judiciaire”. Извор: извештај Савета Европе из 2000. године EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (SDPC) SYNTHESIS OF REPLIES TO A QUESTIONNAIRE ON THE STATUS AND ROLE OF PUBLIC PROSECUTION, који се налази на интернет адреси [www.coe.int](http://www.coe.int). Узгред, требало би казати и то да Извештај садржи и приказе другачијих односа тужилаштва и полиције. У тексту они нису анализирани, јер је намера била да се поткрепи теза да постоје бројни модели у којима тужилаштво остварује потпуну хијерархију над полицијом.

имамо у виду и природу унутрашњег уређења јавног тужилаштва. Круто хијерархијско устројство Јавног тужилаштва Србије, као и чињеница да су сви јавни тужиоци и сва јавна тужилаштва део јединственог организма практично чине немогућим објективно преиспитивање одлуке нижег тужиоца. Надређени јавни тужилац одлучује о приговору оштећеног, а све време има хијерархијску власт која омогућава потпуну контролу рада нижег јавног тужиоца, па и контролу његовог рада пре доношења одлуке да не отпочне или настави кривични прогон. Ако је то тако, мало је вероватно да ће надређени јавни тужилац непристрасно преиспитати одлуке нижег тужиоца када би тиме, посредно, признао свој пропуст у вршењу хијерархијског надзора.

Увођење приговора оштећеног морало би да изазове промене у унутрашњем функционисању јавног тужилаштва и измене Правилника о управи у јавним тужилаштвима. Право поступајућег тужиоца из чл. 51. Правилника да се тражи разјашњење правних и других питања и давање мишљења и упутстава за поступање у поједином предмету од непосредно вишег тужиоца морало би да се усклади са овлашћењем тог тужиоца да одлучује о приговору оштећеног из чл. 51. ЗКП-а. Наиме, уколико се нижи тужилац, пре одлуке да не предузме или не настави кривично гоњење, консултовао с непосредно вишим тужиоцем, тада изјављивање приговора оштећеног истом тужиоцу који је одобрио одлуку нема никаквог смисла.

Новоусвојени законик о кривичном поступку садржи решење слично решењу из Закона о кривичном поступку СР Немачке. Једина битна разлика је што Закон СР Немачке предвиђа да оштећени у случају негативне одлуке надређеног јавног тужиоца може да захтева одлуку суда. За одлуку је надлежан Виши покрајински суд, који је властан да одбаци предлог оштећеног или, уколико сматра да је предлог основан, наложи тужилаштву подизање оптужнице.<sup>6</sup> Тиме што допушта судску контролу немачки закон ствара услове за објективније преиспитивање одлуке тужилаштва. То је аргумент који би требало узети у обзир приликом будућег разматрања законског уређења института приговора оштећеног из чл. 51. ЗКП-а и још једном размислити о оправданости сужавања права оштећеног на преузимање гоњења на део поступка након потврђивања оптужнице.

Члан 51. ЗКП-а уводи у јавнотужилачки систем и једну посебну врсту обавезног упутства, а то је упутство надређеног јавног тужиоца да

<sup>6</sup> Пар. 172, 174, 175. StPO.

се предузме или настави кривични прогон. Закон о јавном тужилаштву не познаје такву врсту обавезног упутства, тако да би било логично да се изменама Закона о јавном тужилаштву та врста упутства посебно нормира.

Одустанак оштећеног од предлога за гоњење регулисан је на истоветан начин као и у претходном закону о кривичном поступку.<sup>7</sup> Према члану 54, оштећени у свакој фази поступка до завршетка главног претреса може да повуче предлог за кривично гоњење уз последицу, губитак права на поновно подношење предлога. Решење из чл. 54. ЗКП-а из више разлога можемо означити као неодговарајуће. Прво, јер ствара услове за противциљно вршење права, тиме што оштећени, супротно сврси и намени кривичног прогона, у свако време може да повуче предлог за гоњење, и да то учини без икаквог ограничења и условљавања. Друго, јер је право да повуче предлог за гоњење противно природи функције и природи надлежности јавног тужиоца, будући да ствара ситуацију да јавни тужилац кривични прогон врши под раскидним условом, односно до одлуке оштећеног да повуче предлог за гоњење. Изнета аргументација указује на неопходност измене члана 54. ЗКП-а укидањем могућности оштећеног да једном дат предлог за гоњење повуче.

Члан 76. предвиђа да браниоца по службеној дужности у истрази поставља јавни тужилац. На чл. 76. надвезује се чл. 81, који садржи заједничке норме о разрешењу браниоца, без обзира на то да ли се ради о избраном браниоцу или браниоцу по службеној дужности. Браниоца разрешава судија за претходни поступак, судија појединац, председник већа или претресно веће, стоји у чл. 81. ЗКП-а. Дакле, разрешење бранилаца по службеној дужности поверава се судским органима, премда је постављење браниоца по службеној дужности у надлежности јавног тужиоца. Ову противуречност требало би отклонити и предвидети да начин разрешења бранилаца по службеној дужности буде сагласан с начином њиховог постављења.

Нови законик о кривичном поступку успоставља сложена правила за саслушање окривљеног и испитивање сведока, вештака и стручног саветника. Основна правила за саслушање окривљеног садржана су у чл. 86. Законика, а за испитивање сведока у чл. 98. Законика. Основна правила за саслушање окривљеног из чл. 86 садрже низ забрана. Окривљеном се не смеју постављати питања заснована на обмани, претпоставци да је нешто признао што није признао и питања не смеју да наводе окривљеног

<sup>7</sup> Члан 58. Законика о кривичном поступку (*Службени лист СРЈ*, бр. 70/2001).

на конкретан одговор. И члан 98. забрањује питања исте врсте, али ту забрану ублажава речима: „осим ако се ради о унакрсном испитивању на главном претресу”. „Осим” и „ако” упућује на примену разлога супротности (*argumentum a contrariio*), односно на то да све те забране не важе за унакрсно испитивање сведока на главном претресу. Права логичка забупна, међутим, настаје када се прочита чл. 402, који говори и о испитивању сведока на главном претресу. Став 1. чл. 402. упућује на сходну примену чл. 98. и на сходну примену 397. 4 и 5. и 398. 3. до 5. ЗКП-а. У чл. 398. ст. 3. стоји да ће председник већа забранити недозвољено питање (чл. 86. ст. 3. ЗКП-а). Када се цитиране норме упоредо тумаче, из чл. 98. произлази да је сведока на главном претресу дозвољено унакрсно испитивати постављањем сугестивних и капциозних питања, док према члану 398. ст. 3, на који упућује чл. 402, то није дозвољено.

Овлашћења јавног тужиоца у истрази понекад нису усклађена с његовом функцијом у тој фази поступка. Као пример за ово тврђење могле би да послуже норме о новчаном кажњавању сведока (чл. 101) и вештака (чл. 115). Јавни тужилац, иако орган поступка у истрази у тој фази поступка, лишен је овлашћења да новчано казни сведока или вештака и успостави процесни ауторитет нарушен њиховим понашањем. Додатну забуну изазива и то што законодавац јавном тужиоцу не дозвољава да новчано казни сведока и вештака, премда му поверава овлашћење да према сведоку и вештаку примени тежу меру процесне присиле, принудно довођење. Изнете примедбе јасан су путоказ за измену чл. 101. и 115. ЗКП-а у правцу додељивања овлашћења јавном тужиоцу да новчано казни сведока и вештака и уз обезбеђивање судске контроле те одлуке по жалби сведока или вештака.

У чл. 117. ст. 3. новодонетог законика нормира се право окривљеног и његовог браниоца да изјаве жалбу због тога што је јавни тужилац у току истраге одбио предлог за вештачење. О жалби одлучује судија за претходни поступак у року од 48 часова. До упоређивања ове одредбе са одредбама Законика о покретању истраге може се рећи да је реч о некој врсти очекиване заштита права окривљеног у истрази. Међутим, када судску заштиту за случај одбијања предлога за вештачење упоредите с положајем окривљеног у истрази, уочиће се једна нелогичност. Окривљени, с једне стране, нема на располагању ниједно правно средство против одлуке о покретању истраге, али зато има право да у току истраге затражи судску заштиту у случају да буде одбијен његов предлог да се обави вештачење.

Када се томе дода да окривљени и одбрана имају право на приговор против неправилности у току истраге, заиста противприродно делује одсуство било каквог правног средства против одлуке да се истрага покрене.<sup>8</sup>

У чл. 131. ЗКП-а одређивање психијатријског вештачења везује се за сумњу да је искључена или смањена урачунљивост окривљеног. Ту уочавамо термилошку неусклађеност с Кривичним закоником који познаје неурачунљивост и битно смањену урачунљивост. Да би психијатријска вештачења помогла утврђивању чињеница од значаја за ублажавање казне, неопходно је изменити текст чл. 131. ЗКП и психијатријско вештачење везати с битно смањеном урачунљивошћу.<sup>9</sup>

Законик о кривичном поступку регулише посебне доказне радње и поступање са доказним материјалом прикупљеним применом посебних доказних радњи (чл. 163). Ако јавни тужилац одлучи да из било ког разлога не користи материјал прикупљен посебном доказном радњом, о томе обавештава судију за претходни поступак, који доноси решење да се материјал уништи. Законик посебно уређује уништавање материјала до кога се дошло применом мере тајног надзора. О доношењу решења да се уништи материјал, прикупљен мером тајног надзора комуникација, судија за претходни поступак, уз одређене услове, може да обавести лице према коме је мера била спроведена (чл 163. ст. 2). Нови законик оставља могућност судији за претходни поступак да обавести лице које је било предмет ове посебне доказне радње, док је претходни ЗКП такву могућност давао истражном судији. У пракси, таквог обавештавања скоро да није било, тако да лица према којима је вршен тајни надзор комуникација нису имала сазнање о спроведеном надзору. Решење из претходног законика, по коме је истражни судија могао али није и мо-

---

<sup>8</sup> Приликом разматрања овог питања није анализирано питање оправданости истовременог постојања и истраге и предистражног поступка две фазе поступка са истим степеном сумње – основима сумње.

<sup>9</sup> Осим термилошке неусклађености језик, Законик одликују и други недостаци. Наилазимо на језичке рогобатности тако да тачка 7. ст. 1. члана 68. почиње речима „му се осигура довољно времена”. Затим, поједине одредбе имају карактер коментара, а не правног правила (нпр. члан 416. ст 2). Законик користи и дифузне изразе, односно изразе којима се са сигурношћу не може одредити значење. Пресуда се, према чл. 300. ст. 2, не може искључиво и у одлучујућој мери заснивати на једној врсти сведочења. На крају као прилог језичког недостатка требало би навести случајеве када рубрум не одговара садржини члана. Рубрум члана 495. гласи: „Одредбе законика које се примењују”, премда се чланом одређују кривична дела на која ће се примењивати одредбе Законика о скраћеном поступку.

рао да обавести лице према коме је вршен тајни надзор комуникација, као и пракса необавештавања, стварали су утисак о учесталој и понекад неоправданој примени ове мере. Да би се такав утисак убудуће избегао, требало би прописати обавезу судије за претходни поступак да обавести лице над којим је примењиван тајни надзор комуникација о примени мере. У прилог обавезности обавештавања може да послужи Закон о кривичном поступку СР Немачке. Закон у чл. 101.<sup>10</sup> обавезује на обавештавање особе против које је мера спровођена, као и обавезу обавештавања других учесника у комуникацији која је била надзирана. У Закону СР Немачке постављају се и друга ограничења за одређивање и примену мере надзора комуникација, а тичу се заштите приватне сфере, које би, такође, требало имати у виду приликом измена Законика о кривичном поступку.<sup>11</sup>

Основи за одбацивање кривичне пријаве садржани су у чл. 284. ст. 1. ЗКП-а. Један од основа је непостојање основа сумње да је учињено кривично дело које се гони по службеној дужности (тач. 3). По овом основу, кривична пријава ће се одбацити ако чињенице садржане у њој и прилозима датим уз кривичну пријаву не потврђују постојање основа сумње да је кривично дело извршено. Основ сумње да је извршено кривично дело не постоји када чињенице садржане у кривичној пријави и прилозима ни посредно ни непосредно не указују на то да је извршено кривично дело.<sup>12</sup> С друге стране, кривична пријава може да буде одбачена јер чињенице не указују да је извршено кривично дело и применом основа за одбацивање кривичне пријаве из тачке 1. истог члана (јер пријављено дело није кривично дело које се гони по службеној дужности). Једина разлика би била у аргументацији. Приликом одбацивање кривичне пријаве због непостојање основа сумње јавни тужилац би се позивао чињеничну (рецимо, нема података ни доказа да је лице тешко телесно повређено тако да не постоји основ сумње да је извршено к. д. из чл. 121. Тешка телесна повреда), и то при одбацивању примене основа из тачке 1. на правну аргументацију (на пример, нису остварени сви елементи конкрет-ног појма кривичног дела, није наступила тешка телесна повреда тако да нема кривичног дела из чл. 121. КЗ-а).

Законодавац је, мимо логике, основе сумње искључиво везао за кривично дело уместо да се основи сумње односе на пријављено лице. У

---

<sup>10</sup> Пар. 101. StPO.

<sup>11</sup> Пар. 100а, 100с. StPO.

<sup>12</sup> Значење израза основ сумње преузето је из чл. 2. Законика.

том случају би прописивање посебног основа фактичке природе имало смисла, јер би се пријава одбацивала када постоје основи сумње да је кривично дело извршено, али не постоје основи сумње да је лице означено у кривичној пријави извршило кривично дело. Пример за то је када је поднета кривична пријава за извршење кривичног дела *Тешка крађа* и у пријави означен учинилац, па се накнадно утврди да се пријављено лице у време извршења кривичног дела налазило у иностранству, тако да уопште није могло да изврши кривично дело за које је пријављено.

Овлашћења јавног тужиоца регулисана су чланом 285. новодоне-тог законика о кривичном поступку. Садржина овог члана је у приличној мери нејасна, а овлашћења јавног тужиоца су незграпно регулисана. Ево и примера. У ст. 1. овог члана стоји да јавни тужилац руководи предистражним поступком, а у ставу 2. да јавни тужилац ради руковођења предистражним поступком предузима потребне радње ради гоњења учинилаца кривичних дела. Из садржаја ст. 1. и 2. члана 285. произлази да јавни тужилац гони учиниоце кривичних дела да би руководио предистражним поступком. А заправо, логика је обрнута, јавном тужиоцу поверено је овлашћење да руководи предистражним поступком како би могао да оствари функцију прогона учинилаца кривичних дела.<sup>13</sup>

Члан 294. носи назив задржавање осумњиченог. У ставу 1. тог члана јавном тужиоцу поверава се овлашћење да изузетно и ради саслушања може да задржи осумњиченог или ухапшеног, и то најдуже 48 часова. У наредном ставу наводи се да о задржавању јавни тужилац или полиција по његовом одобрењу доноси решење одмах или најкасније у року од два часа од саопштавања осумњиченом да је задржан. Из текста норме, како је дат у Законнику, испада да одлуку о задржавању искључиво може да донесе јавни тужилац (ст. 1) који, међутим, може полицији да повери састављање решења о задржавању (ст. 2). Тако Законик допушта једну сасвим необичну праксу да један орган доноси одлуку, а да други саставља писмени отправак и образлаже ту одлуку. Полиција, у тој подели посла, може да буде задужена за накнадне „монтажерске” радове, чак и када није учествовала у доношењу одлуке, нити се на било који начин с њом сагласила.

Законик у члан 294. ст. 2. наводи обавезне елементе решења о задржавању. Решење обавезно садржи и основе сумње да је извршено

---

<sup>13</sup> У последњем ставу предвиђа се да јавни тужилац може да „преузме вршење” радње „коју је полиција на основу закона самостално предузела”. Дакле, да преузме вршење радње, чије предузимање је већ окончано.

кривично дело. Дакле, нови законик снижава праг сумње за задржавање у односу на претходни законик,<sup>14</sup> на основе сумње који су по чл. 2. Законика скуп чињеница које посредно доказују да је лице извршило кривично дело. Нови законик не прописује ни обавезу да се у решење о задржавању наведе законски основ за притвор који је у конкретном случају разлог за задржавање, нити се обавезује орган који саставља решење да образложи због чега сматра да је основ испуњен. Према томе, довољно је постојање наговештаја (основа сумње) да је неко извршио кривично дело и да та особа, без додатних услова, буде задржана. Известно је да је садржај решења о задржавању у супротности с праксом Европског суда за људска права. У својим одлукама Суд је на становишту да драстична природа сваке мере лишења слободе упућује на неопходност посебног образложења њене оправданости, тако да одсуство посебног образложења представља кршење чл. 5. ст. 3. Европске конвенције о људским правима и основним слободама.<sup>15</sup>

Иако се за задржавање захтева основ сумње да је лице које се задржава извршило кривично дело, Законик у чл. 211. при одређивању притвора захтева основану сумњу да је лице које се притвара извршило кривично дело. То значи да законодавац даје неразумно кратак рок од највише 48 часова, колико може да траје задржавање органу поступка да основ сумње трансформише и виши степен сумње, основану сумњу.

Члан 295. ст. 1. бави се сврхом истраге. Истрага се покреће против одређеног лица за које постоје основи сумње да је извршило кривично дело, као и против непознатог учиниоца када постоје основи сумње да је учињено кривично дело. Из овако дате формулације произлази да јавни тужилац покреће истрагу за свако кривично дело, без обзира на то да ли се гоњење за конкретно кривично дело предузима по службеној дужности или по приватној тужби. Свакако да би ову нејасноћу требало отклонити навођењем да се истрага покреће за кривично дело које се гони по службеној дужности.

---

<sup>14</sup> У члан 227. претходног Законика о кривичном поступку (*Службени гласник РС 72/2009*) стоји да ће задржавање бити одређено ако постоји ма који разлог за притвор из чл. 142. С друге стране, притвор се, према члану 142. ЗКП-а, може одредити само када постоји основана сумња да је лице извршило кривично дело и када је испуњен један од основа за одређивање притвора.

<sup>15</sup> Voicencov, Molodova 41088/05. 11. јул 2006., цитирано по Цереми Мекбрајд, *Људска права у кривичном поступку-пракса Европског суда за људска права*, Београд, 2009, 60.



У члану 296. став 2. стоји да се наредба о спровођењу истраге доноси „пре или непосредно после прве доказне радње коју су предузели јавни тужилац или полиција у предистражном поступку, а најкасније у року од 30 дана од дана када је јавни тужилац обавештен о првој доказној радњи коју је полиција предузела”. Према тој одредби, предузимањем било које доказне радње (нпр. претресањем стана) полиција може да „присили” јавног тужиоца да отвори истрагу без обзира на његов став према томе. Осим тога, ако се има у виду да јавно тужилаштво није оперативни орган и да полиција, с друге стране, има огроман оперативни капацитет, могуће је очекивати да „присиљавање” буде део учестала праксе.

Нови тип истраге подразумева омогућавање одбрани да самостално прикупља доказе и материјал. У члану 301, на помало необичан начин, нормира се поступак за прикупљање доказа и материјала у корист одбране. Одбрани је тако омогућено да разговара с лицем које може да пружи корисне информације, уз пристанак тог лица. Осумњичени и његов бранилац могу да уђу у приватне просторије уз пристанак држаоца просторија. Затим, осумњичени и бранилац могу од физичког и правног лица да преузму предмете и исправе, уз његову сагласност. Дакле, Законик браниоцу и осумњиченом омогућава да прикупљају материјал и доказе на начин на који би то иначе чинили користећи уобичајено опхођење између људи. Наравно да у туђи стан можете да уђете уз сагласност онога ко је држалац стана или да можете да преузмете предмете и исправе од некога ако он претходно одлучи да ван то преда. Према томе, Законик потпуно непотребно нормира обичајен начин контакта између људи као поступак за прикупљање материјала и доказа.

Рубрум чл. 302. гласи: „Прикупљање доказног материјала у корист одбране.” Јавни тужилац ће предузети доказну радњу на предлог браниоца или окривљеног за коју сматрају да потребно предузети. Уколико јавни тужилац одбије предлог одбране да предузме одређену доказну радњу, а судија за претходни поступак усвоји предлог за предузимање доказне радње, наложиће јавном тужиоцу да предузме доказну радњу и одредити рок за њено предузимање. Судско „присиљавање” јавног тужиоца да предузме доказну радњу коју је предложио бранилац или окривљени само је наизглед логично решење. Наиме, мало је вероватно да ће јавни тужилац у описаној ситуацији предузети доказну радњу тако да заиста доведе у питање своју одлуку о покретању истраге. Једноставно, чл. 302. ЗКП-а пред јавног тужиоца поставља захтев супротан природи човека,

да прикупља доказе против свог професионалног уверења претходно израженог у ставу да нареди покретање истраге.<sup>16</sup>

Члан 308. носи назив „Обустава истраге”. Међутим, Законик не одређује услове и начин за обуставу свих врсте истрага, већ успоставља правила за обуставу истраге против осумњиченог пропуштајући да одреди услове и начин обуставе истраге против непознатог учиниоца. Зато би норму из чл. 308. требало допунити одређивањем услова и начина за обуставу истраге против непознатог учиниоца.

”Подизање оптужнице”, тако гласи рубрум члана 331. ЗКП-а. Чланом се уређује поступак подизања оптужнице, одређују се рокови за подизање оптужнице и права окривљеног, браниоца и оштећеног у случају да јавни тужилац у року од петнаест, односно четрдесет пет дана не подигне оптужницу или не одустане од гоњења. Према члану 331. ЗКП-а, у случају кашњења јавног тужиоца да по завршетку истраге донесе одлуку, окривљени и бранилац имају право на подношење приговора непосредно вишем тужиоцу. Виши тужилац може решењем да усвоји или одбије приговор. У случају усвајања приговора виши јавни тужилац истовремено издаје обавезно упутство<sup>17</sup> нижем јавном тужиоцу да подигне оптужницу. Последица усвајања приговора, међутим, није у сагласности с разлогом за његово изјављивање. Приговор се не изјављује због пропуштања рока да се подигне оптужница, већ због пропуштања рока да се донесе одлука по завршетку истрагу, тако да би било природно да виши тужилац исто-

<sup>16</sup> Решење из чл. 302. ЗКП-а по коме суд може да „присили” јавног тужиоца да предузме доказну радњу супротно је духу Препоруке Комитета министара Савета Европе „О улози јавних тужилаца у кривичноправном систему” Рес (2000) 19. У ставу 10. Препоруке афирмише се тзв. „клаузула савести. Наиме, у ставу 10. Препоруке стоји да би требало прописати механизме који допуштају тужиоцу „да се ослободи даљег поступања у предмету у коме је добио хијерархијско упутство противно својој професионалној савести”. Ако се препоручује уређивање поступка за ослобађање од поступања по наметнутом упутству надређеног тужиоца, тим пре има резона да тужилац буде ослобођен од поступања у предмету у коме му је суд наметнуо да предузме доказне радње, чије предузимање је противно професионалном уверењу јавног тужиоца који поступа у предмету. Значи да чл. 302. новог ЗКП-а изискује измене у Закону о јавном тужилаштву којима би се обезбедило да јавни тужилац, под одређеним условима, може да буде ослобођен даљег поступања у предмету у коме је од суда добио налог да предузме доказне радње.

<sup>17</sup> С обзиром на то да Закон о јавном тужилаштву не познаје обавезно упутство због пропуштања јавног тужиоца да у року из чл. 331. ЗКП-а донесе одлуку у циљу његовог усклађивања са ЗКП-ом, требало би изменити Закон о јавном тужилаштву и прописати ову врсту обавезног упутства.

времено са усвајањем приговора издаје обавезно упутство јавном тужиоцу да донесе одлуку, а не да обавезе тужиоца на подизање оптужнице. Апсурдна је и позиција окривљеног и браниоца у поступку по приговору, који су у позицији да изјаве приговор због задоцњења јавног тужиоца и тако изазову одлуку „на своју штету”.

Када судско веће утврди да је потребно боље разјашњење ствари, а у циљу испитивања основаности оптужног акта, наредиће да се истрага спроводе или допуни, односно предузму одређене доказне радње, стоји у чл. 337. ст. 3. ЗКП. На сличан начин чл. 501. ст. 5. ЗКП-а уређује испитивање оптужног акта у скраћеном кривичном поступку. Ове норме побуђују пажњу јер одударају од остатка ЗКП-а. Одређивање обима истраге и доказна иницијатива поверавају се судском већу или судији појединцу, док се јавни тужилац истовремено ставља у позицију органа који извршава налоге суда о спровођењу, допуни истраге или органа који спроводи доказну иницијативу суда. Такво решење је тешко уклопиво у идеју о чистој тужилачкој истрази и страначком концепту поступка јер суд излази из оквира „контролне и децизивне функције”<sup>18</sup> и задржава потенцијално инквизиторска овлашћења у погледу истраге и доказне иницијативе .

У последњем ставу чл. 428. ст. 10. стоји да ће у образложењу осуђујуће пресуде суд навести којим се разлозима руководио када је одлучио да изрекне казну строжу од прописане. Ова одредба је несагласна с Кривичним закоником, који не предвиђа могућност изрицање стоже казне од прописане.<sup>19</sup>

Одредбе чл. 451. садрже низ нејасноћа. По ставу 1, жалбени суд испитује пресуду у оквиру основа, кривичног дела и правца побијања пресуде који су истакнути у жалби. Разлози жалбе садржани у њеном образложењу, које је законом прописано као обавезан елемент жалбе (чл. 435. ЗКП-а), неће се испитивати у жалбеном поступку, али хоће правац побијања пресуде који је недовољно одређен теоријски појам и истовремено није обавезан елемент жалбе.

<sup>18</sup> Иако аутори предговора Законика о кривичном поступку да суд губи инквизиторска овлашћења и задржава искључиво контролну и децизивну функцију, садржине члана 337. ст. 3 и 501. ст. 5. ЗКП-а упућује на супротан закључак (Види Слободан Бељански, Горан П. Илић и Миодраг Мајић, *Законик о кривичном поступку* – Предговор, Београд, 2011, 15).

<sup>19</sup> У погледу одредби ЗКП-а које се односе на редовне правне лекове корисне сугестије аутору дао је заменик републичког јавног тужиоца у пензији Данило Суботић.

По члану 451, суд у жалбеном поступку, под одређеним условима и по службеној дужности, испитује само одлуку о кривичној санкцији. На битне повреде поступка и повреде закона суд у инстанционом поступку не пази по службеној дужности. Овакво решење нема оправдања и могло би да доведе субјекте кривичног поступка у тешко решиве ситуације. Рецимо, жалилац изјави жалбу због кривичне санкције пропустивши да жалбу изјави због повреде закона иако је у првостепеној пресуди повређен закон на штету оптуженог у погледу правне оцене дела. У тој ситуацији суд жалбу може да испитује само у оквиру одлуке о кривичној санкцији изреченој у законским оквирима за неправилну строгу кривичну санкцију. Постоје и друге драстично негативне последице искључивања могућности да се битне повреде одредаба кривичног поступка и повреде кривичног закона испитују по службеној дужност. Тако нпр. уколико жалилац не изјави жалбу због битне повреде одредаба поступка и не укаже на изразиту неразумљивост изреке пресуде, таква ће пресуда опстати и у жалбеном поступку, чак и у случају да неразумљивост онемогућава њено извршавање (нпр. лице за једно кривично дело осуђено и на условну осуду и казну затвора).

Драстично сужавање могућности испитивања пресуде, поводом жалбе, а по службеној дужности и бројна нова строга правила за изјављивање жалбе (у погледу садржине и сл.) указују на један други парадокс. Законик с једне стране успоставља низ рестрикција и нових услова за изјављивање жалбе, да би, с друге стране, проширио круг лица овлашћених да изјаве захтев за заштиту законитости претварајући тако овај ванредни правни лек у начин за редовно испитивање повреда закона након правноснажног окончања поступка.

Одредбе о захтеву за заштиту законитости носе и друге недоумице. Захтев може да се подигне против одлуке јавног тужиоца и суда или због повреде одредаба поступка које су претходиле њеном доношењу. Члан 269. ЗКП каже да наредбе јавног тужиоца, такође, спадају у одлуке. Значи да републички јавни тужилац може да подигне захтев за заштиту законитости и против наредбе о спровођењу истраге против које Законик не допушта жалбу? Уверења смо да би логичније било најпре допустити редовно правно средство против одлуке да се покрене истрага, па тек тада размотрити увођење ванредног правног лека против одлуке јавног тужиоца да покрене истрагу.

Нису то једини проблеми које се назире у вези са захтевом за заштиту законитости по новом закону. По члану 486. ст. 2, Врховни ка-

сациони суд ће одлучивати о захтеву само уколико је повреда закона на коју се указује „од значаја за правилну и уједначену примену права”. То значи да суд није дужан да одлучује о захтеву, ни у случају када је повреда учињена на штету окривљеног и када се захтевом тражи укидање или преиначење одлуке донете на штету окривљеног, јер повреда није од „значаја за правилну и уједначену примену права”. Гледишта смо да би требало прописати обавезу суда да одлучује о захтеву уколико је повреда учињена на штету окривљеног, без обзира на значај учињене повреде. Да је таква корекција Законика неопходна, казује и досадашња пракса Републичког јавног тужилаштва. Премда чл. 419. претходног Законика каже да републички јавни тужилац због повреде закона може да подигне захтев за заштиту законитости, у пракси се могућност исправно трансформисала у обавезу подизања захтева када је повреда учињена на штету окривљеног и када усвајање захтева може да изазове укидајућу и преиначујућу одлуку Врховног касационог суда. Једноставно, јавни тужиоци сматрали су да принцип легалитета налаже да се у свим случајевима када је учињена повреда исходује укидање или измена одлуке која садржи повреду.

Осим тога, оваква садржина чл. 486. ст. 2. ЗКП-а има и још једну правну консеквенцију. Наиме, Врховни касациони суд, по чл. 486. ст. 2. ЗКП-а, одлучиваће о захтеву за заштиту законитости којим се указује на повреду закона (чл. 485. ст. 1 тач. 1. ЗКП-а) само ако закључи да је повреда од „значаја за правилну и уједначену примену права”. Тако схваћена одредба из чл. 486. ст. 2. ЗКП-а у недвосмисленој колизији је са чл. 145. ст. 2. Устава РС. Члан 145. ст. 2. Устава захтева да све судске одлуке буду засноване на закону, тако да је чл. 486. ст. 2. ЗКП-а супротан изричитој уставној норми јер допушта опстанак судских одлука које нису засноване на закону (у којима је повређен закон), у ситуацији када повреда, по оцени Врховног касационог суда, није „значаја за правилну и уједначену примену права”.

Садржина чл. 486. ст. 2. ЗКП-а, као и чињеница суд није дужан да одлучује о сваком захтеву за заштиту законитости, отвара питање адекватности назива овог ванредног правног лека. Захтевом за заштиту законитости се, имајући у виду чл. 486. ст. 2. Законика о кривично поступку, не штити законитост, већ уједначена и правилна примена закона. Када пођемо од те чињенице, назив *захтев за заштиту законитости* није одговарајући, јер суд упркос уоченој незаконитости, није дужан да ту незаконитост отклони или констатује. Исправније би било овај ванредни

правни лек назвати према његовој стварној улози у кривичном поступку: *захтев или предлог за уједначавање и правилну примену закона*.

Изнете примедбе упућују на мишљење да није било потребе за тако радикалним изменама у нормирању захтева за заштиту законитости и да је требало задржати досадашња решења, уз евентуално нормирање обавезе за надлежног јавног тужиоца да подигне захтев увек када је повреда учињена на штету окривљеног.

### **Критички поглед на уређење јавног тужилаштва**

Устав од 2006. године дефинише јавно тужилаштво као „самосталан државни орган који гони учиниоце кривичних и других кажњивих дела и предузима мере за заштиту уставности и законитости”. Дакле, ради се о „историјској” дефиницији која не опредељује правну природу јавног тужилаштва.

За разлику од претходног устава, као и ранијих уставних текстова, Устав Републике Србије од 2006. године прилично детаљно нормира унутрашње и спољашње уређење јавног тужилаштва, начин предлагања и избора јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, као и овлашћења појединих органа у односу на јавно тужилаштво. У вези с тим, Устав уноси и низ новина у односу на ранија уставна решења. Прву новину представља увођење у уставни систем Државног већа тужилаца, посебног органа Народне скупштине задуженог да обезбеђује и гарантује самосталност јавних тужилаца<sup>20</sup> и заменика јавних тужилаца. Друга новина је што Устав предвиђа сталност функције заменика тужиоца и ограничено трајање мандата јавног тужиоца (шест година) и истовремено на потпуно нов начин нормира избор јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца. Јавне тужиоце на предлог Владе бира Народна скупштина, а заменике јавног тужиоца на предлог Државног већа тужилаца Народна скупштина када се бирају први пут на функцију, а након истека „пробног периода” од три године бирају се на сталну функцију и тај избор је потпуно у надлежности Државног већа тужилаца.

Уколико се пажљиво анализирају и систематски тумаче норме Устава о јавном тужилаштву, може се закључити да Устав одређује јавно тужи-

---

<sup>20</sup> Мада је предвиђено да Државно веће тужилаца обезбеђује и гарантује самосталност јавних тужилаца, Устав није нормирао надлежности овог органа у поступку предлагања и избора јавних тужилаца.

лаштво – као самосталан орган Народне скупштине који је функционално повезан са извршном влашћу посредством Владе – као носиоца ове гране власти. Закључак да је тужилаштво орган Народне скупштине проистиче и из чл. 160. Устава, који каже да републички јавни тужилац, као највиши тужилац у хијерархији, за свој рад одговара Народној скупштини, док сви остали јавни тужиоци одговарају и Народној скупштини и вишем јавном тужиоцу.<sup>21</sup> Када томе додамо да Народна скупштина бира јавне тужиоце, а да је Државно веће тужилаца орган Народне скупштине, онда је јасно да је закључак о правној природи јавног тужилаштва у Србији као органа Народне скупштине непобитно тачан.

Након доношења Устава донет је Закон о јавном тужилаштву.<sup>22</sup> Закон се углавном креће у задатим уставним оквирима, али садржи и норме које нису сагласне с међународним стандардима о тужилаштву, међусобно су противречне, нелогичне или чак бесмислене. Међутим, важнији повод за преиспитивање организације јавног тужилаштва јесте новоусвојени законик о кривичном поступку.<sup>23</sup> Промена модела кривичног поступка и знатно проширивање овлашћења јавног тужиоца из новог ЗКП-а нужно би требало да доведу до суштинских измена у организацији јавног тужилаштва. На пример, зар чињеница да републички јавни тужилац системом надређености може да контролише све истраге у земљи није потенцијална опасност и превелика концентрација овлашћења у поседу једне личности? У оквиру овог дела рада навешћемо примере тих недостатака и изнећи предлоге за измене законског текста ради отклањања или ублажавања недостатака, али и ради усклађивања уређења јавног тужилаштва с новим овлашћењима и захтевима новог типа кривичне процедуре.

Чланом 4. Закона разрађује се уставна норма о монократском уређењу тужилаштва. То што је монократски принцип преузет из Устава Републике Србије, свакако, не може да буде разлог да се то погрешно уставно и законско решење не критикује. Суштина монократског уређења је да све послове из надлежности јавног тужилаштва обавља једно лице – јавни тужилац. Овај принцип је на тај начин по прави пут уобличен Законом о

---

<sup>21</sup> Изричито нормирање одговорности јавних тужилаца (изузев републичког јавног тужиоца) и према Народној скупштини и према вишем тужиоцу чини се излишним. Наиме, из чињенице да републички јавни тужилац одговоран Народној скупштини и да су сви остали јавни тужиоци потчињени републичком јавном тужиоцу (чл. 157. и 158) произлази да су „и сви други тужиоци” посредно одговорни Скупштини.

<sup>22</sup> *Службени гласник РС*, бр. 116/2008. и 104/2009.

<sup>23</sup> *Службени гласник РС*, бр. 72/2011.

јавном тужилаштву из 1946.<sup>24</sup> и у неизмењеном облику опстао је до данас. Можда је у време доношења првог послератног закона о тужилаштву било оправдано увести строго монократско уређење тужилаштва. Пре свега, јер је јавно тужилаштво, према Закону из 1946. године, било свемоћни орган општег државног надзора с бројним и разгранатим надлежностима. Од тада до данас контролна функција јавног тужиоца у потпуности је ишчезла, а нестале су и бројне друге надлежности тужилаштва изван казних поступака. Упркос преображају надлежности, монократски принцип је задржан у првобитном облику. Овако постављен монократски принцип има практичне последице. Наиме, прешироко постављен монократски принцип подразумева и искључиву одговорност јавног тужиоца за рад тужилаштва, коју прати истовремено „слабљење” одговорности заменика јавног тужиоца. То је посебно изражено у тужилаштвима с великим бројем заменика, где јавни тужилац носи одговорност за поступање заменика над чијим одлукама нема стварни увид и контролу.<sup>25</sup>

Осим тога, монократски принцип на начин на који је дефинисан Законом отвара и један други проблем. У члану 5. ст. 1. Закона о јавном тужилаштву предвиђено је да заменик јавног тужиоца самостално поступа у раду. Како заменик може бити самосталан када уопште нема самосвојна овлашћења, већ искључиво врши поверена овлашћења? Како уопште говорити о самосталности заменика јавног тужиоца који може да обавља само оно што му је поверено и када поверене послове надређени може да одузме без икаквог ограничења? Из постављених питања произлази да монократски принцип угрожава самосталност у раду заменика јавног тужиоца. Другим речима, у будућој редакцији Закона монократски принцип би требало ограничити једнако важним принципом функционисања тужилаштва, самосталношћу заменика јавних тужилаца.

У члану 8. Закон прописује обавезу да су државни органи, органи аутономне покрајине и локалне самоуправе и друга правна лица на захтев тужилаштва дужни да доставе списе. Уколико јавно тужилаштво везује рок, наведени субјекти дужни су да списе доставе неодложно. Проблем ове норме је њена непотпуност, тачније изостанак санкције за случај непоступања по захтеву тужилаштва. Члан 8. тужилаштво у доброј мери чини неоперативним органом, неспособним да користи законски капацитет

<sup>24</sup> *Службени лист ФНРЈ*, бр. 60/1946.

<sup>25</sup> Прво основно јавно тужилаштво у Београду има око 80 заменика јавних тужилаца. Да ли је могуће да старешина тако бројног тужилаштва има потпуни увид у рад и одлуке заменика јавних тужилаца?



тет који му је поверен. Да би се то променило, неопходно је увести неку посебну врсту санкције за nepocтyпaње по захтеву тужилаштва, јер без такве интервенције тужилаштво је „тело са главом без руку”.<sup>26</sup>

Чланом 16. одређује се позиција јавних тужилаца и тужилаштва у систему хијерархијског уређења. Нижи тужиоци су подређени вишим, а нижа тужилаштва вишим, предвиђа чл. 16. Закона о јавном тужилаштву. То је једна историјска или, боље речено, из претходних закона преписана норма. У систему монократског уређења, заменици тужилаца и особље подређени су јавном тужиоцу. Када је већ тако, аргумент природе ствари намеће закључак да су заменици јавног тужиоца и особље нижег јавног тужилаштва, такође, подређени вишем јавном тужиоцу, јер је и јавни тужилац тог тужилаштва подређен вишем тужиоцу. Зато нема никаквог смисла прописивати да су нижа тужилаштва потчињена вишим када то проистиче из потчињености заменика и особља јавном тужиоцу и нижег јавног тужиоца вишем.

У члану 18. нормира се начин издавања обавезних упутстава, приговор на обавезно упутство, елементи поступка издавања упутства и одлучивања о приговору. Обавезно упутство издаје се када постоји сумња у законито или сумња у ефикасно поступање. Услов за интервенцију надређеног јесте проста сумња у законитост или ефикасност поступања. То отвара широко поље за упад у процесну активност подређеног тужиоца или заменика. Обавезно упутство је изузетак и зато би требало сузити могућност његове примене. Такав ефекат би се постигао уколико би се за издавање обавезног упутства захтевала знатна сумња као сумња вишег степена у законитост или ефикасност поступања подређеног.

Упутство се издаје у писаној форми и издавалац упутства дужан је да изнесе разлоге због којих је одлучио да изда упутство. То је добро решење имајући у виду раширену праксу да се издају тзв. „телефонска” упутства. Закон, међутим, сасвим погрешно нормира основе за изјављивање приговора. Основи су да је упутство незаконито и неосновано. С обзиром на то да Закон користи везник **и**, нема сумње да су законописци сматрали да је неопходно да ови основи буду кумулативно испуњени како би приговор био усвојен. Такво решење потпуно обесмишљава приговор и угрожава начело легалитета. По слову Закона, издато упутство мора да буде неза-

---

<sup>26</sup> Давор Крапац, „Припремни стадиј кривичног поступка у компаративном праву”, *Југословенска ревија за кривично право и криминологију*, бр. 1-2/1983, Београд 1983, 232.

конито, али истовремено и неосновано. Дакле, незаконито упутство не може да се побија приговором, али ако је издато упутство било још и неосновано, израз који би се у конкретном случају могао схватити као без основа, без разлога, тада би приговор могао да буду усвојен, а упутство стављено ван снаге. Осим што измиче логици и допушта издавање незаконитог упутства и поступање по незаконитом упутству, ово законско решење супротно је међународним стандардима. Наиме, став 10. Препоруке Комитета министара Савета Европе „О улози јавних тужилаца у кривичноправном систему” Рес (2000) 19<sup>27</sup> јасно каже да би требало предвидети интерни поступак да се тужилац који „сматра да је неко упутство супротно закону или његовој савести” ослободи даљег поступања у конкретном предмету. Према томе, међународни стандард је да упутство буде незаконито или да је противно професионалној савести тужиоца, а не да се уз незаконитост захтева додатни услов, да би тек тада приговор био усвојен.

Члан 18. предвиђа да Републички јавни тужилац доноси одлуку поводом приговора на изјављено обавезно упутство. То решење нарушава редовно хијерархијско устројство тужилаштва, јер би, сагласно хијерархијском принципу из чл. 16. ст. 2, исправније и доследније било да одлуку поводом приговора на упутство издато од вишег тужиоца доноси апелациони јавни тужилац као непосредно надређени издаваоцу упутства.

У ставу 5. истог члана утврђује се обавеза нижег тужиоца да поступа по примљеном упутству све док се по приговору не донесе одлука. Према томе, приговор на примљено упутство нема суспензивно дејство. То је решење које слаби ефекат приговора и делује прилично дестимулативно за изјављивање приговора, без обзира на то што Закон предвиђа релативно кратке рокове за преиспитивање упутства и коначну одлуку републичког јавног тужиоца. Група немачких професора кривичног права понудила је решење за ову ситуацију. По предлогу немачких професора, тужилац који је изјавио приговор на примљено упутство није дужан да поступа по упутству, осим што је у обавези да предузима радње које не трпе одлагање.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Recommendation No (2000) 19 on the Role of Public Prosecutors in the Criminal Justice System – доступно на интернет адреси [www.legislationline.org/legislation.php?tid=155&lid=5002](http://www.legislationline.org/legislation.php?tid=155&lid=5002)

<sup>28</sup> Eberhard Siegismund, *THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE IN GERMANY: LEGAL STATUS, FUNCTIONS AND ORGANIZATION*, 120TH INTERNATIONAL SENIOR SEMINAR VISITING EXPERTS' PAPERS, Berlin 2001, page 72.

Чланом 19. Закона (деволуција) предвиђено је да непосредно виши тужилац може да предузме све радње за које је овлашћен нижи тужилац. Према томе, деволуција је постављена као право на скоро неограничен упад вишег тужиоца у надлежност нижег тужиоца.<sup>29</sup> Нижи тужилац може да изјави приговор на решење о деволуцији, само када сматра да је упад у његову надлежност неоснован, на бази чега закључујемо да се деволуција може оспоравати једино ако је упад у надлежност нижег тужиоца извршен без икаквог правог повода или разлога. Неодређено и широко постављање деволуције угрожава неометано функционисање тужилаштва и затире самосталност нижег тужиоца. Зато би било потребно да се приликом измене законског текста таксативно поброје основи и прецизирају услови за примену деволуције и тако успостави равнотежа између принципа хијерархије и једнако важног принципа самосталности подређеног тужиоца.<sup>30</sup>

Премда рубрум члана 22. носи назив одговорност, тај члан много више уређује позицију републичког јавног тужиоца у јавном тужилаштву. Републички јавни тужилац руководи радом целокупног јавног тужилаштва и представља целокупно јавно тужилаштво, стоји у ст. 1. чл. 22. Природно би било да постоји одредба која предвиђа да радом сваког тужилаштва понаособ руководи јавни тужилац и да јавни тужилац представља јавно тужилаштво којим руководи. Међутим, у члану 22, као ни у Закону, такве одредбе нема.

У вези с положајем републичког јавног тужиоца стиче се утисак да су творци Закона из неког себи знаног разлога одлучили да нагласе хијерархијски ауторитет републичког јавног тужиоца у односу на тужилачку организацију, као и у односу на друге јавне тужиоце. Према томе, републички јавни тужилац није само јавни тужилац највишег јавног тужилаштва и самим тим на врху тужилачке организације. Републички јавни тужилац је, по слову Закона, *sui generis* јавни тужилац с проширеним и посебним хијерархијским овлашћењима према нижим тужиоцима, али и пре-

---

<sup>29</sup> У Француској, субординација не значи могућност да виши тужилац узме у рад предмет нижег тужиоца. Ниједан предмет изнет пред суд не може да буде одузет поступајућем јавном тужиоцу против његове воље. (Види: [www.coe.int/t/e/legal/European/Public/Prosecutors/06.11.2006](http://www.coe.int/t/e/legal/European/Public/Prosecutors/06.11.2006)).

<sup>30</sup> Осим тога, у ставу 9. Препоруке Rec (2000) 19 наводи се да би организација и функционисање јавног тужилаштва, подела предмета у њему и сл. требало да задовољи услов непристрасности и самосталности. Тешко је поверовати да деволуција која допушта безразложно одузимање предмета може да задовољи услов непристрасности.

ма целокупном јавном тужилаштву. Таква законодавна интервенција није била потребна. Постојећи централизам и крута редовна хијерархија<sup>31</sup> тужилаштва омогућавају сваку врсту ефикасне хијерархијске интервенције Републичког јавног тужиоца, тако да се ово „додавање” хијерархијских овлашћења може сматрати претераним.<sup>32</sup>

Закон преузима Уставом нормиран систем „дуплог кључа” одговорности за јавне тужиоце. По систему „дуплог кључа”, јавни тужиоци за свој рад одговарају Народној скупштини и вишем тужиоцу. Са друге стране, републички јавни тужилац за свој рад одговара само Народној скупштини, а заменици тужилаца само јавном тужиоцу. Устав и Закон су се определили за систем политичке и хијерархијске одговорности, занемарујући потребу да се изгради систем одговорности заснован на индивидуалној професионалној етици.<sup>33</sup> У вези с тим требало би изнети запажање да постојећи систем одговорности и није могуће сасвим ускладити са системом професионалне одговорности заснованом на етичком кодексу.<sup>34</sup>

Позиција заменика јавног тужиоца у тужилачкој служби, његов однос према јавном тужиоцу, као и природа овлашћења заменика јавног тужиоца, уређују се чланом 23. Из садржине овог члана проистиче да је заменик јавног тужиоца нека врста „инстант тужиоца”, зато што

---

<sup>31</sup> Један експерт Савета Европе је у мишљењу о једној од радних верзија Закона о јавном тужилаштву хијерархијски систем тужилаштва Србије правилно назвао „једна крута пирамида која на врху има Републичког јавног тужиоца”. Giacomo Oberto, *Мишљење експерата о Закону о изменама и допунама Закона о јавном тужилаштву*, 15.

<sup>32</sup> Постоје тужилачке службе у којима нема класичне пирамидалне организације, а која веома успешно обављају свој задатак прогона учинилаца кривичних и других кажњивих дела. Пример за то је тужилаштво Италије, које не познаје класичан хијерархијски модел организације. У Италији између тужилаштва не постоји однос надређености. Јавни тужилац, као старешина тужилаштва, има хијерархијска овлашћења, као што је овлашћење за издавање упутства, само у оквиру тужилаштва којим руководи. У пракси и то овлашћење је теоријско будући да су упутства за поступање резултат разговора и консултација у оквиру јавног тужилаштва. *Izveštaj Saveta Evrope, Strasbourg*, 10. November 2000. [PC-PR\Docs 2000\synthe.7] PC-PR (97) 1 REV 5.

<sup>33</sup> Систем одговорности заснован на индивидуалној професионалној етици препоручује се у закључцима једне од конференција Врховних тужилаца Европе. „Аутономија тужилаца нужно мора да буде праћена системом одговорности који би требало да буде утемељен на строго индивидуалној етици”, каже се у документу са Треће конференције Врховних тужилаца Европе, одржаној од 12. до 14. маја 2002. године у Љубљани. (Види: Закључци конференција Врховних тужилаца Европе (CPGE), 2000-2006, Стразбур, 14)

<sup>34</sup> Члан 47. Закона о јавном тужилаштву.

нема самосвојна овлашћења, већ искључиво врши законом поверена овлашћења. Дакле, можемо закључити да је заменик јавног тужиоца нека врста законског пуномоћника јавног тужиоца, а да је друга карактеристика његовог статуса потпуна подређеност јавном тужиоцу. Подређеност заменика јавном тужиоцу изражава се у његовој дужности да изврши све радње које му јавни тужилац повери. Дужност извршавања поверених радњи јесте апсолутна, што је решење које би морало да претрпи корекцију. Тачније, требало би да се предвиди тзв. „клаузула одбијања”, односно да се предвиде разлози или услови када заменик јавног тужиоца може да одбије да изврши поверене радње. „Клаузула одбијања” морала би да буде доведена у вези с правом јавног тужиоца да изда обавезно упутство, будући да одбијање да се изврше поверене радње представља продужетак права на изјављивање приговора на издато упутство и зато би морало да буде усаглашено с тим правом.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Према монократски принцип постоји и у неким савременим тужилачким системима (нпр. Француска), у немалом броју држава унутрашња организација тужилаштва не почива на монократском принципу. У тим државама најчешће се прибегавало организовању тужилаштва као колективног органа. Рецимо, Државно тужилаштво Републике Чешке јесте колективни и хијерархијски орган, а на врху тужилачке организације налази се највиши државни тужилац, који, поред редовних хијерархијских овлашћења, има и право инспекцијског надзора над радом свих тужилаштава. Државни тужиоци свих нивоа, у оквиру своје месне и стварне надлежности, скупно обезбеђују обављање делатности државног тужилаштва (чл. 23), што потврђује закључак да је Државно тужилаштво у Чешкој Републици колективни орган. (Види *Z'akon č 283.1993 Sb, o st'atn'im zastupitelstv`i* Закона о државном тужилаштву Чешке Републике.

У Шпанији је тужилаштво, такође, уређено као колективни орган, што произлази из одредбе да сви носиоци тужилачке дужности (назив тужиоци) наступају као представници институције (чл. 23.). Осим тога, чл. 41. Закона говори да је функција тужилаца редовна, јер се старешине тужилаштва након истека мандата враћају редовним дужностима у тужилаштву, што се може узети као још једна потврда колективне природе тужилаштва. (Види *Ministerio fiscal. Estatuto Organi'co. 50/81. од 30. 12.1981*).

У Холандији постоје тужилаштва која одговарају првостепеним и жалбеним судовима, док се на врху тужилачке организације налази Одбор општих тужилаца који управља тужилаштвом Холандије. Првостепена тужилаштва састоје се од тужилаца са звањима главни тужилац, старији тужилац, тужилац, заменик тужиоца и вршилац дужности тужиоца у тзв. судовима издвојених заседања. При жалбеним судовима, тужилачку дужност врше главни општи тужилац и општи тужилац (*chief advocate general, advocates general*). Тужилаштво је, према томе, хијерархијски устројен орган на чијем је врху Одбор општих тужилаца. У Одбору тужиоци различитих звања истовремено и као чланови колективног органа врше своју дужност. (Види: *Peter J. P. Tak, The Dutch criminal justice system, second revised edition, Den Haag 2003, 28-29*).

Као што не прописује посебне услове за деволуцију надлежности, Закон не прописује ни посебне услове за издавање обавезног упутства заменику јавног тужиоца (чл. 24). Јавни тужилац, без икаквог повода, може да изда обавезно упутство и да изврши упад у процесну активност заменика јавног тужиоца. О томе да је право на издавање упутства ограничено закључујемо тек на основу приговора на ову врсту обавезног упутства. Према слову Закона, за изјављивање приговора захтева се да упутство буде незаконито и неосновано, значи и противно закону, али и без основа. Садржина основа за изјављивање приговора у великој мери обесмишљава приговор, тако да констатације изнете поводом приговора на упутство вишег тужиоца важе и за ову врсту упутства, па их нећемо понављати. Можда би једино требало рећи да је савременом тужилаштву потребна интелигентна хијерархијска организација која омогућава да се свако сматра одговорним за обављање њему поверених задатака, што овако постављен хијерархијски однос не допушта.

Процедура за издавање упутства и изјављивање приговора подразумева писану форму, а о приговору заменика јавног тужиоца на издато упутство одлучује непосредно виши тужилац, што је решење које следи логику хијерархијског уређења јавног тужилаштва.

Општа обавезна упутстава, предвиђена чл. 25. Закона о јавном тужилаштву, представљају корисну форму, која може да допринесе једнообразности и делотворности у раду тужилаштва. У члану 25. наводи се да општа обавезна упутства доприносе и законитости. Није могуће докучити на који би начин упутства општег карактера могла да допринесу законитости у раду тужилаштва, када је законитост темељни принцип функционисања тужилаштва, из кога произлази целокупна делатност јавног тужилаштва, па и обавезна упутства.

Законодавац је у ставу 2. чл. 25. предвидео могућност да републички јавни тужилац изда опште упутство на предлог колегијума Републичког јавног тужилаштва. Ипак, то је само половично решење, будући да републички јавни тужилац није дужан да консултује колегијум пре издавања упутства. Решење је противно и самој природи ове врсте упутства, која подразумева широке консултације о садржини упутства. Све су то разлози у прилог потреби да се измени поступак издавања упутства и нормира обавеза републичког јавног тужиоца да се пре издавања општег упутства консултује с колегијумом Републичког јавног тужилаштва, а у појединим случајевима и с другим заинтересованим тужилаштвима.

Члан 26. носи назив општа надлежност. Тим чланом се успостављају општа правила за одређивање месне и стварне надлежности јавних тужилаштва у казненој материји, али и за одређивање надлежности изван казних поступака. Када је у питању надлежност у казненој материји, у пракси не постоје озбиљнија спорења. Међутим, законска правила нису сигуран путоказ за утврђивање надлежност у грађанској материји. Неретко се у пракси поставља питање који се јавни тужилац има сматрати месно и стварно надлежним за учешће у парници. По једном схватању, надлежан је републички јавни тужилац с обзиром на то да интервенције у области грађанског права, по правилу, спадају у његову надлежност. Друго схватање било би да је надлежан тужилац чије је седиште у седишту суда пред којим тече парница.<sup>36</sup> Треће схватање би било да је надлежан јавни тужилац који има сазнање да су остварени услови предвиђени чл. 214. новог закона о парничном поступку<sup>37</sup> за учешће тужиоца у парници, односно тужилац који поступа пред судом који је стварно и месно надлежан за суђење. Дакле, у трећем случају се успоставља нека врста привлачења (атракције) надлежности, због чега су аутори *Јавнотужилачког приручника* сматрали ово схватање најисправнијим.<sup>38</sup> Спорења о надлежности отежавају ионако бојаљливу интервенцију јавног тужиоца у парници. Због тога би одредбе о надлежности требало употпунити и отклонити практичне дилеме приликом одређивања стварне и месне надлежности јавних тужилаца.

Надлежност републичког јавног тужиоца посебно је нормирана. Прво што пада у очи јесте да члан 29. Закона, који нормира надлежност републичког јавног тужиоца, није усклађен са Законом о Правосудној академији<sup>39</sup> и Законом о Државном већу тужилаца.<sup>40</sup> Наиме, чл. 17. Закона о Правосудној академији предвиђа да Програмски савет Академије утврђује програм обуке судија и тужилаца. Из члана 17. не проиходи да Програмски савет то чини на предлог републичког јавног тужиоца. Слично је и са Законом о Државном већу тужилаца. Тај закон Већу даје у надлежност да предлаже програм обуке за јавне тужиоце и заменике који

---

<sup>36</sup> По аналогiji са заснивањем надлежности основног тужиоца у седишту привредног суда за поступање пред тим судом.

<sup>37</sup> *Службени гласник РС*, бр. 72/2011.

<sup>38</sup> Горан Илић и др, *Јавнотужилачки приручник*, друго измењено и допуњено издање, Београд, 2009, 515.

<sup>39</sup> *Службени гласник РС*, бр. 104/2009.

<sup>40</sup> *Службени гласник РС*, бр. 116/2008. I 101/2010.

трајно обављају функцију, као да ту надлежност Законом о јавном тужилаштву није поверио републичком јавном тужиоцу.

Републички јавни тужилац, према чл. 29, има бројне надлежности, тако да Закон у знатној мери изједначава овлашћења јавног тужилаштва с личношћу републичког тужиоца. Разграната надлежност републичког јавног тужиоца само потврђује тезу да је републички јавни тужилац *suī generis* јавни тужилац са проширеним и посебним хијерархијским овлашћењима. Због тога, уверљиво делује примедба експерта Савета Европе дата у фази припремања текста Закона о јавном тужилаштву да поједина овлашћења републичког јавног тужиоца могу за последицу да имају „прекомерну моћ, не баш компатибилну са поделом надлежности у једном демократском друштву”.<sup>41</sup>

Преношење надлежности предвиђено је чл. 32. Закона и представља начин за ванредно успостављање надлежности другог јавног тужилаштва. Међутим, постоји извесна колизија између супституције (чл. 20) и преношења надлежности (чл. 32). Спреченост тужилаштва да из стварних и правних разлога поступа у конкретном предмету решава се институтом супституције, тако да се уз супституцију преношење надлежности чини излишним. Уколико је преношење надлежности начин да се одузме целокупна надлежност једном тужилаштву и додели се неком другом, тада би тај институт требало уредити на сасвим другачији начин. Прво, не би се смело допустити да разлог за преношење надлежности буде садржан у једном неодређеном, безобалном појму „спреченост”. Друго, не би ваљало допустити да промена законске надлежности јавног тужилаштва неопозиво буде у поседу једног човека, републичког јавног тужиоца. Разумно би било да се крајње рестриктивно поставе услови за преношење надлежности и да услови буду повезани с ванредним приликама у држави или на делу њене територије. На донету одлуку да се пренесе надлежност требало би допустити правни лек у виду приговора Државном већу тужилаца. На крају, преношење надлежности дубоко задире у законска овлашћења тужилаштва, тако да би против одлуке о преношењу надлежности требало омогућити вођење спора пред Уставним судом.

Члан 36. носи назив вршилац функције. Чланом се прописује када се поставља вршилац функције, ко је властан да то учини и период на који се поставља вршилац функције. Републички јавни тужилац поставља врши-

---

<sup>41</sup> Pierru Cornu, *Prosecutor Canton of Neuchatel, Komentari na nacrt Zakona o Državnom veću tužilaca i nacrt Zakona o javnom tužilaštvu*, Neuchatel, 2007, 18.



оца функције, а Државно веће врши оца функције републичког јавног тужиоца. Тој одредби се не може ставити примедба да је нелогична. Ипак, са становишта изнетих примедби на опсег надлежности републичког јавног тужиоца, можда би ваљало размислити о томе да се постављање вршилаца функције потпуно повери Државном већу тужилаца.

Два члана Закона говоре о личном листу за носиоце јавнотужилачке функције и особље у јавном тужилаштву. У чл. 37. успостављају се правила за попуњавање личног листа, док чл. 38. нормира његову садржину.

За тачност података који се прослеђују Већу одговара јавни тужилац и лице које је дало податке. Најблаже речено, ово решење је наопако, јер јавни тужилац сноси одговорност за податке које су дали други и које он једноставно прослеђује Државном већу тужилаца. Друга примедба тиче се садржине личног листа за носиоце јавнотужилачке функције. У лични лист се уносе бројни и разноврсни, понекад и непотребни подаци. Рецимо, уносе се и подаци о имовинском стању и стамбеним приликама. Зар имовинско стање не обухвата и стамбене прилике? Према томе, норме које говоре о личном листу требало би употпунити и предвидети доступност личног листа јавном тужиоцу или заменику на кога се односи.<sup>42</sup>

Правилником у управи у јавним тужилаштвима разрађује се организација и деловање јавнотужилачке управе, као и друга питања битна за рад јавног тужилаштва. Правилник доноси министар надлежан за правосуђе (чл. 39), а ресорно Министарство врши надзор над његовом применом (чл. 40). Начин доношења и надзор над применом Правилника ствара претпоставку за утицај извршне власти на функционисање јавног тужилаштва. Уосталом, да ли се орган коме други доноси доноси акт о функционисању и који се надзире применом тог акта може сматрати самосталним? Зато би овлашћење за доношење Правилника требало поверити републичком јавном тужиоцу уз право министра надлежног за правосуђе и Министарства да издају сагласност на одредбе којима се регулишу питања правосудне управе, као и вршење надзора искључиво над применом тих одредби Правилника.

Чл. 45. носи назив Самосталност јавног тужиоца и заменика. Одредбама овог члана утврђује се садржина самосталности јавног тужиоца и

---

<sup>42</sup> Ово решење представља међународни стандард садржан у Препоруци Комитета министара Савета Европе бр. Рес. (95) 12. под називом „О организовању кривичног правосуђа”. У Препоруци стоји да би кадровски досијеи „који се воде у оквиру надлежних институција требало да буду доступни кадровима на које се односе”. (Види: *Збирка одабраних препорука Савета Европе*, Београд, 2004, 39).

заменика. Логично је очекивати да се чланом предвиде механизми заштите самосталности. Тога нема, тако да је члан 45. типична нормативна декларација.

У чл. 47. стоји да јавни тужилац и заменик поступају у складу са етичким кодексом, који доноси Државно веће тужилаца. Чланом 104. Закона предвиђа се да је „значајно”<sup>43</sup> кршење етичког кодекса дисциплински прекршај. Мера квалитета прописа није само његова садржина, већ и начин доношења. Зато је неопходно да усвајању кодекса претходи „широки консензус” о његовој садржини.<sup>44</sup> У том смислу било би корисно да се предвиди законска обавеза да Веће, пре усвајања етичког кодекса, обави суштинске консултације са релевантним струковним и стручним организацијама.<sup>45</sup>

Да би се ојачала стварна самосталност тужилаца и заменика, Закон о јавном тужилаштву уводи „дужност резерве” према политичком активизму. Начелно, том решењу се не може упутити критика, јер је забрана бављења политиком, за тужиоце, присутна у многим државама централне и источне Европе. Ипак, требало би узети у обзир и главу 6. Препоруке Рес (2000) 19.<sup>46</sup> која успоставља право носилаца функције у тужилаштву да буду „укључени у сваку јавну расправу у вези с питањима која се тичу права, руковођења правосуђем и промоције и заштите људских права”. Члан 53. би, према томе, требало прецизирати тако да се повуче линија разграничења између забране политичког активизма и права тужиоца да јавно изрази лични и професионални став према неком питању.

У члану 52. регулише се одговорност носилаца функције у јавном тужилаштву за причињену штету. Држава сноси примарну одговорност, што је решење идентично с решењима у многим европским државама.<sup>47</sup>

Право на удруживање нормирано је као ефективно право, јер га

---

<sup>43</sup> Требало је употребити израз знатно (битно), а не значајно (важно).

<sup>44</sup> Pierru Cornu, Prosecutor Canton of Neuchatel, *Komentari na nacrt Zakona o Državnom veću tužilaca i nacrt Zakona o javnom tužilaštvu*, Neuchatel, 2007, 27.

<sup>45</sup> Етичким кодексом би се увела посебна професионална морална правила. Практичан проблем у примени кодекса биће тај што се тужилачки систем колеба између дужности јавних тужилаца и заменика да се придржавају кодекса и чињенице да јавни тужиоци за свој рад одговарају Народној скупштини.

<sup>46</sup> Recommendation No (2000) 19 on the Role of Public Prosecutors in the Criminal Justice System. Доступно на интернет адреси [www.legislationline.org/legislation.php?tid=155&lid=5002](http://www.legislationline.org/legislation.php?tid=155&lid=5002)

<sup>47</sup> Pierru Cornu, Prosecutor Canton of Neuchatel, *Komentari na nacrt Zakona o Državnom veću tužilaca i nacrt Zakona o javnom tužilaštvu*, Neuchatel, 2007, 29.

штите Државно веће тужилаца и надређени јавни тужилац. Обавеза Већа и надређеног тужиоца да заштите право на удруживање говори у прилогу закључку да јавни тужиоци и заменици ово право могу да конзумирају и у оквиру радног времена. Да је у питању „право удруживања у слободно време”, не би било потребе да се предвиди обавеза Већа и надређеног тужиоца да заштите слободу струковног удруживања. Можда би овом члану требало додати одредбу којом се посебно гарантује право на синдикално удруживање, имајући у виду и да Препорука Рес (2000) 19. у поглављу 6. посебно јемчи право на синдикално удруживање.<sup>48</sup>

Члан 55. прописује трајање функције јавних тужилаца, нека правила за избор јавних тужилаца и тзв. обавезан избор након престанка функције јавног тужиоца због истека мандата или на лични захтев.

У ставу 1. чл. 55. наводи се да се јавни тужилац бира из реда јавних тужилаца и заменика, односно „међу лицима која испуњавају прописане услове”. Има резона прописати да се јавни тужилац искључиво бира из реда заменика јавних тужилаца или јавних тужилаца. Таква норма имала би за циљ да спречи избор на руководећа места у тужилаштву људи који претходно нису имали тужилачку каријеру, као и да се „поправи” уставна процедура избора јавних тужилаца. Међутим, додавањем речи „односно међу лицима која испуњавају прописане услове” законодавац се обрачунава са идејом да се за јавне тужиоце бирају особе из реда носилаца јавнотужилачке функције чинећи норму бесмисленом, јер се прописује нешто што се подразумева. Дакле, прописује се да свако ко испуњава услове, био он из тужилаштва или не, може да буде биран за јавног тужиоца.

У ставу 2. истог члана законодавац регулише „обавезност избора” јавног тужиоца за заменика јавног тужиоца након истека мандата или у случају престанка функције на лични захтев. Норма је невешто срочена и противречна. Устаљено правно значење термина *бирати* јесте право избора кандидата за једну могућност када постоји више могућности. То значи да овде један појам искључује други, јер ако је орган „обавезан” да неког изабере, онда тај орган не „бира”.

Чланови 58-61. регулишу удаљење с функције јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца. Овлашћење републичког јавног тужиоца да у

---

<sup>48</sup> Recommendation No (2000) 19 on the Role of Public Prosecutors in the Criminal Justice System. Доступно на интернет адреси [www.legislationline.org/legislation.php?tid=155&lid=5002](http://www.legislationline.org/legislation.php?tid=155&lid=5002)

првом степену одлучује о „необавезном” удаљењу, као и овлашћење Државног већа тужилаца да одлучује по приговору на првостепену одлуку, следи логику организације јавног тужилаштва. Међутим, то се не може рећи за решење из чл. 60. ст. 2, по коме о суспензији републичког јавног тужиоца у другом степену одлучује надлежни одбор Народне скупштине. У глави 5. тачка ф. Препоруке стоји да би о суспензији тужилаца требало да одлучује тело које има одлике трибунала.<sup>49</sup> Одбор Народне скупштине нема карактеристике трибунала тако да можемо закључити да је ово решење супротно Препоруци.

Примедба да одредбе које уређују поступак „необавезног” удаљења дају „дискрециона овлашћења” сасвим је утемељена и зато би требало предвидети правичну и транспарентну процедуру и самим тим сузити могућност за доношење дискреционе одлуке.<sup>50</sup>

Правила за упућивање заменика тужилаца садржана су у чл. 63. Закона. Заменик јавног тужиоца може да буде упућен у друго јавно тужилаштво уз претходно дату сагласност и мимо сагласности због недовољног броја заменика јавних тужилаца у тужилаштву у које се упућује.

Упућивање у друго тужилаштво и промена места боравка, а да претходно прецизно нису уређене припадљности, смештај и друга питања за заменика који се упућује, могу да утичу на то да упућивање буде претворено у врсту казнене мере за оне што нису по вољи врху тужилачке организације. Другим речима, широко дискреционо овлашћење републичког јавног тужиоца за доношење одлуке о упућивању у својој суштини представља вид претње прокламованој самосталности заменика јавних тужилаца.<sup>51</sup>

Члан 65. Закона о јавном тужилаштву садржи правила о неспојивости јавнотужилачке функције с другим функција, пословима и интересима. У ставу 1. тог члана одређује се круг послова и функција апсолутно неспојивих с јавнотужилачком функцијом. Давање правних савета или

---

<sup>49</sup> Исто

<sup>50</sup> Maurizio Salustro, *Излагање на састанку радне групе за израду Нацрта Закона о тужилаштву са експертима Савета Европе*, Београд, 2007, 6.

<sup>51</sup> Сличну одредбу имао је и један од нацрта Закона о јавном тужилаштву, и то је решење било критиковано од експерата Савета Европе. Експерти су сматрали да би у случају упућивања без сагласности заменика јавног тужиоца требало предвидети или приговор на упућивање или скратити период упућивања. Узгред, упућивање је нормирано на врло сличан начин како је било уређено у Закону о државном тужилаштву Краљевине Југославије из далеке 1929. године (Види: *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 73/1929).

пружање правних услуга уз надокнаду спада у круг послова неспојивих с функцијом у јавном тужилаштву. Ако на норму која предвиђа забрану стручне правне помоћи уз надокнаду применимо традиционални метод тумачења *argumentum a contrario*, долазимо до закључка да пружање правних савета или услуга без надокнаде није забрањено и није неспојиво с јавнотужилачком функцијом. Дакле, Закон садржи оптимално решење, за разлику од решења у неким другим земљама из окружења (рецимо Румуније), које су посегле за екстремним решењима и забраниле јавним тужиоцима свако давање правних услуга или савета.<sup>52</sup>

У вези с применом правила о неспојивости требало би имати на уму да Државно веће тужилаца још увек није одредило које су функције, послове и приватни интереси супротни јавнотужилачкој функцији, због чега се одредбе о неспојивости у пракси и не могу примењивати.

Члан 74. нормира општа правила за избор јавних тужилаца, а чл. 75. општа правила за избор заменика јавних тужилаца. Сагласно уобичајеној законодавној техници, цитиране су одредбе Устава Републике Србије о избору јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, а затим је извршена њихова разрада.

Јавне тужиоце бира Народна скупштина на предлог Владе. Овако уређен поступак ствара могућност за утицај политике на избор јавних тужилаца. Експерт Савета Европе у мишљењу на текст Нацрта закона о јавном тужилаштву, који је практично истоветан тексту Закона, о избору јавних тужилаца језгровито каже: „Из описаног поступка одмах је видљиво да кандидат који нема сагласност политичке власти нема шансе да буде изабран, чак и ако је најбољи”.<sup>53</sup>

Истина, Закон о јавном тужилаштву покушава да „поправи” уставна правила о избору јавних тужилаца дајући овлашћење Већу да Влади упути предлог кандидата за јавне тужиоце. Овлашћење Државног већа тужилаца да предложи кандидата скроман је покушај да се ограничи утицај Владе и политике на избор јавних тужилаца.

Начин избора старешина тужилаштва ствара се простор за утицај политике на рад јавног тужилаштва, што је противно стандардима садржаним у документима два главна међународна удружења тужилаца. У *Стандардима професионалне одговорности и прегледу основних права*

---

<sup>52</sup> Pieteru Cornu, *Мишљење експерата о Закону о јавном тужилаштву, PCRED/DGI*, Стразбур, 2002, 21.

<sup>53</sup> Maurizio Salustro, *Експертско мишљење о новим нацртима закона о јавном тужилаштву и Државном већу тужилаца*, Београд, 2007, 11.

и дужности тужилаца Међународног удружења тужилаца стоји да би тужилац у спровођењу овлашћења требало да буде „независан и слободан од политичких утицаја”.<sup>54</sup> Веома активно Европско удружење судија и тужилаца за слободу и демократију ‘МЕДЕЛ’ иде даље и у својој Декларацији о принципима јавних тужилаца усвојеној у Напуљу 1996. године успоставља брану утицају политике захтевом да „постављање тужилаца мора бити у надлежности Врховног савета правосуђа”, који може бити заједнички за судије и тужиоце или засебан за тужиоце.<sup>55</sup>

Иако постоје државе Европе у којима су тужилаштва функционално повезана с владом, уверени смо да такав систем није подесан за Србију. Када изводимо такав закључак у виду имамо традиционалну супериорност извршне власти у Србији и чињеницу да се надмоћ владе често протеже и на државне органе изван извршне власти, као и да сваки политички утицај угрожава правилно функционисање тих органа.

Због чега је неопходно да јавни тужилац буде изван домашаја политике? Једино тужилаштво које има потребне гаранције самосталности може одговорити задацима који се пред њега постављају. И не само то. Самосталност тужилаштва и независност јавних тужилаца и заменика у одлучивању морала би да буде нормирана према задацима који се пред тужилаштво постављају. Када то кажемо, у виду имамо већ извесну промену концепта кривичне процедуре у правцу укидање тзв. судске истраге и њеног замењивања тзв. тужилачком истрагом, као и у вези с тим сигурно стављање у надлежност јавног тужиоца низа нових дужности и овлашћења, што ће изменити и до сада релативно пасивну улогу јавног тужиоца у кривичном поступку.<sup>56</sup> Дакле, само самостално јавно тужилаштво и јавни тужилац који је независан у раду могу практично и у пуном капацитету да остварују функцију кривичног прогона и да врше друге активности у кривичном поступку (опортунитет кривичног гоњења у општем кривичном поступку и поступку према малолетницима). Без

---

<sup>54</sup> International Association of Prosecutors, *Standards of professional responsibility and statement of the essential duties and rights of prosecutors*, The Hague, 1999, 6.

<sup>55</sup> [www.medelnet.org./pages/89\\_2.html](http://www.medelnet.org./pages/89_2.html)

<sup>56</sup> Знатно проширивање надлежности јавног тужиоца извршено је и важећим законом о кривичном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 72/2011), као и Законом о кривичном поступку из 2006. године, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006. О томе види: М. Шкулић, Вања Бајовић, *Новине и измене Законика о кривичном поступку из 2006. године у поређењу са Законом о кривичном поступку из 2001. године*, Београд 2007, 15.

самосталности тужилаштва и независности у раду јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, овлашћења тужилаца у суштини су овлашћења органа или појединаца који над њиме остварује контролу.

У прилог схватању да тужилаштво у Србији мора организационо и функционално да буде одвојено од егzekутиве иду и следеће чињенице. Наиме, Тужилаштво у Србији има високо постављене задатке у сузбијању криминала. Неретко је задатак тужилаштва да предузме кривично гоњење особа повезаних са званичницима извршне, законодавне, па и судске власти, или гоњење појединаца који припадају некој од ових власти. У таквој ситуацији само потпуно самостално и функционално независно тужилаштво може да одговори задатку и ефикасно врши прогон учинилаца кривичних дела.<sup>57</sup>

Члан 75. Закона садржи општа правила за избор заменика јавних тужилаца. О избору заменика јавних тужилаца и уопште о њиховом положају већ је било речи, тако да не би имало смисла понављати већ казане констатације.

У другом одељку главе пет Закона нормира се поступак избора. У вези с поступком избора јавних тужилаца и заменика у чл. 81. предвиђа се да Државно веће тужилаца може обавити разговор с кандидатом. Обавезан разговор с кандидатом могао би да допринесе објективности процедуре, тако да би у том правцу требало изменити чл. 81. Закона.

Члан 89. говори о навршењу радног века и прописује услов за продужетак радног века. Одлука да се продужи радни век условљена је окончањем рада на започетим предметима и одлуку доноси Државно веће тужилаца. Закон превише рестриктивно поставља могућност продужетка радног века. То није логично и било би корисно предвидети могућност продужетка радног века и из других нарочито оправданих разлога.

Члан 93. носи назив Посебно о нестручном вршењу функције. Носилац јавнотужилачке функције нестручно врши функцију уколико добије оцену „не задовољава“ сходно критеријумима и мерилима за вредновање рада јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, стоји у чл. 93. Закона. Уколико овај члан доведемо у везу са чл. 92. Закона у коме су набројани сви разлози за разрешење и паралелно тумачимо та два члана, пада у очи да јавни тужилац и заменик могу да буду разрешени због нестручности

---

<sup>57</sup> Гледишта смо да је независност италијанског тужилаштва, иначе идентична независности судства, допринела резултатима тужилаштва Италије у борби против организованог криминала. (Види: Горан Илић и др, *Положај јавног тужилаштва у Републици Србији и упоредно правна анализа*, Београд, 2007, 116-121).

и недостојности, али не и због неоспособљености. Дакле, Државно веће предлаже за избор јавног тужиоца и бира заменика јавног тужиоца на основу критеријума и мерила за оцену стручности, оспособљености и достојности (чл. 82), али при разрешењу оспособљености нема. Уколико је оспособљеност услов да би неко био тужилац и заменик тужиоца, аргумент а fortiori или разлог „тим пре” налаже да оспособљеност буде услов за разрешење. Неусклађеност услова за предлагање и избор са условима за разрешење продукт је правничке аљкавости и приликом измена Закона, свакако, указане неусклађеност требало би отклонити.

Смисао периодичног оцењивања јесте да се утврде правила за напредовање јавних тужилаца и заменика те да се путем оцењивања оствари корекција у раду тужилаца и заменика. Периодично вредновање рада би само изузетно требало да послужи као основ за разрешење. Због тога, решење из Закона о јавном тужилаштву, иако познато у неким упоредним системима,<sup>58</sup> које предвиђа да једна негативна оцена представља основ за разрешење није добро, јер је супротно сврси тог института и представља додатну претњу самосталности јавних тужилаца и заменика. Изменама Закона требало би регулисати обавезу органа који врши оцењивање да на средини периода оцењивања упозори носиоца функције да ће добити негативну оцену. Друга могућност је да две узастопне негативне оцене буду услов за разрешење због нестручности. Смисао измена је да се неком врстом упозорења тужилац односно заменик подстакне на побољшање стручности и истовремено онемогући злоупотреба овог института.<sup>59</sup>

Поступак разрешења и положај носиоца јавнотужилачке функције регулисан је чл. 95. и 96. Закона о јавном тужилаштву. Прва примедбе тиче се члана 95. и непримерено кратког рока од 45 дана у коме је Државно веће тужилаца дужно да оконча поступак за разрешење. У вези са тим Закон није предвидео санкције за случај да Веће не оконча поступак у законском року, без чега одређивање рока нема никаквог смисла. Члан 96. требало би побољшати прецизирањем положаја јавног тужиоца и заме-

---

<sup>58</sup> Jorge Costa, „Visoki savet javnog tužilaštva Portugala”, у публикацији *Visoki saveti pravosuđa – uporedna analiza modela u Evropi i regionu*, Београд, 2006, 65.

<sup>59</sup> За разлику од нашег Закона о јавном тужилаштву у неким системима периодично оцењивање искључиво служи, као основ за унапређење чланова јавног тужилаштва. Такав случај је у Италији, у којој Виши савет магистратуре Италије унапређивање магистрата врши на основу година професионалног искуства и оцене рада. (Види: Љубинка Ковачевић. *Правосудни савети са дужом традицијом*, у монографији *Правосудни савети*, Београд, 2003, 66.



ника у поступку за разрешење. Прецизирањем би изричито требало предвидети да усменом излагању пред Већем може да присуствује заступник лица против кога се спроводи поступак и образлаже случај, чиме би се обезбедило право на одбрану и положај тужиоца и заменика у поступку за разрешење саобразио са Смерницама УН о улози јавног тужилаштва.<sup>60</sup>

Закон у чл. 95. ст. 1. предвиђа да Државно веће тужилаца утврђује разлоге за разрешење у поступку затвореном за јавност. Оправданост апсолутног искључења јавности требало би ценити упоређивањем тог решења с праксом Европског суда за људска права. У одлукама *Albert and Le Compte* против Белгије и *N.* против Белгије, Европски суд за људска права заузима став да струковни прекршајни поступци могу да се одвијају без присуства јавности, али да потпуно искључење јавности, ипак, није оправдано. Приликом одлуке да ли да се искључи јавност, требало би узети у обзир интересе чувања професионалне тајне, приватног живота и слично.<sup>61</sup> Ставови садржани у одлукама Европског суда за људска права често се код нас користе као аргумент ауторитета за доказивање неке правничке тезе. Ако цитиране одлуке искористимо као аргумент ауторитета за измену члана 95. ст. 1, тада би одредбу о искључену јавности требало модификовати и увести искључење јавности као могућност, и то на захтев јавног тужиоца или заменика тужиоца, или када је то неопходно због чувања професионалне тајне.

Јавнотужилачка функција престаје датумом који Народна скупштина, односно Државно веће тужилаца наведе у својој одлуци. Тако је у ставу 4. чл. 98. Закона о јавном тужилаштву одређен тренутак престанка функције. Решење да функција јавном тужиоцу и заменику престаје доношењем одлуке Скупштине и Већа обесмишљава контролу одлуке пред Уставним судом по жалби.<sup>62</sup> Једноставно, за јавног тужиоца или заменика против кога је вођен дисциплински поступак ствар је суштински окончана када му престане функција, тако да ово законско решење битно умањује значај жалбе Уставном суду. Казани аргументи упућују на неоп-

---

<sup>60</sup> 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).

<sup>61</sup> *Albert and Le Compie v. Belgium*, 10 february 1983, page 34. series A No. 58 и *N. V. Belgium*, 30 novembre 1987, page 54, series 127-B, и *Nula Mol, Katarina Harbi, Pravo na pravično suđenje – Vodič za primenu čl. 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Београд, 2007, 43.

<sup>62</sup> Реч је о жалби Уставном суду из члана 161. ст. 4 Устава Републике Србије.

ходност измене члана 98. ст. 4. тако што би било предвиђено да функција јавном тужиоцу и заменику престаје одлуком Уставног суда у поступку по изјављеној жалби на одлуку о разрешењу.

Глава седам Закона о јавном тужилаштву носи назив „Вредновање рада јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца”.<sup>63</sup> Вредновање рада је нов институт, чије је смисао успостављање правила за процену стручности и оспособљености тужилаца и заменика у обављању јавнотужилачке функције. То значи да би правила за вредновање тужилаца требало да пруже одговор на свеprisутну дилему у тужилаштву. Дилема у тужилачком жаргону гласи: „Ко је добар, а ко лош тужилац” или шта свако ко припада тужилачкој организацији мора да испуни да би напредовао у служби?

Поред изнетих примедбе на вредновање рада као основа за разрешење, посебну критику у глави VII заслужују норме о поступку вредновања рада носилаца јавнотужилачке функције. Члан 102. ст. 1. Закона каже да је за вредновање рада тужилаца и заменика овлашћен надређени јавни тужилац. Супротно томе, експерти Венецијанске комисије у својим мишљењима о Нацрту правилника за оцену рада тужилаца у поступку општег (ре)избора сугеришу поделу овлашћења. „Решење да се становиште о стручности особе формира од стране колегијума, а не једне особе, чини нам се одличним. Оно омогућава да се избегне ситуација да лична пријатељства и непријатељства утичу на евалуацију”<sup>64</sup>. Члан Комисије Жан Жак Хајнц сличног је становишта и наводи: „Када је реч о процедури евалуације тужилаца, сама чињеница да се евалуација препушта колегијуму и да се директно надређеној особи оставља могућност да се изјасни о способности и понашању својих сарадника заслужује све похвале. Тиме се, чини нам се, успоставља уравнотежени механизам који пружа разумне гаранције за објективност”.<sup>65</sup> Дакле, експерти препоручују

<sup>63</sup> Закон о јавном тужилаштву каже да Државно веће тужилаца доноси Правилник о критеријумима и мерилима за вредновање рада (чл. 99. ст. 2). Тај исти акт у Закону о Државном већу тужилаца зове се Правилник о мерилима за вредновање рада јавних тужилаца и заменика (чл. 13).

<sup>64</sup> Pierre Cornu, *Мишљење на тему Пословник о критеријумима и мерилима за оцену стручности оспособљености и достојности кандидата за носиоце јавнотужилачке функције и Критеријуми и мерила за избор судија и председника судова*, Neuchatel, 2009, 7. које је саставни део мишљења Opinion No. 528 / 2009, CDL (2009) 101.

<sup>65</sup> 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. које је саставни део мишљења Opinion No. 528 / 2009, CDL (2009) 101.

да овлашћење за оцењивање у поступку вредновања рада буде подељено између надређеног јавног тужиоца и колегијума тужилаштва. Имајући у виду уверљивост изнетих аргумената, становишта смо да би процедуру за вредновање рада требало изменити на начин на који то препоручују експерти Венецијанске комисије.

У осмој глави Закона садржане су норме о дисциплинској одговорности и дисциплинском поступку. Дисциплински прекршај је несавесно вршење функције или понашање недостојно јавнотужилачке функције (чл. 103). Дефиниција дисциплинског прекршаја из члана 103. није усклађена с другим повезаним нормама Закона. На пример, Државно веће тужилаца предлаже за избор јавног тужиоца и бира заменика јавног тужиоца на основу критеријума за оцену стручности, оспособљености и достојности. Дакле, савесност није услов за предлагање или избор, чак и кандидата из реда јавних тужилаца и заменика, али сасвим неприродно може да буде основ за разрешење, због учињеног тешког дисциплинског преступа.

У члану 104. Закона одређују се обележја дисциплинских прекршаја. Осим језичке непрецизности<sup>66</sup> описи прекршаја садрже и бројне друге мањкавости. Дисциплински прекршаји ни у једном случају нису одређени последично, тако да се и понашање, које не угрожава јавнотужилачку службу, неоправдано означава као дисциплински прекршај (одбије да врши послове који су му поверени). Поједине дефиниције прекршаја не узимају у обзир околности које би оправдавале понашање описано као дисциплински прекршај (нпр. не израђује одлуке у прописаним роковима). Трећа примедба тиче се неодређених, безобалних појмова који се користе за описивање дисциплинских прекршаја (нпр. упушта се у непримерене односе са странкама).

У погледу поступка за изрицање дисциплинске санкције можда би требало унети одредбу која постоји у неким упоредним системима. Рецимо, у Француској пре изрицања било које санкције јавни тужилац или заменик мора да буде упозорен на несавесно вршење професионалних обавеза од надређеног тужиоца.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Дисциплински прекршај је, рецимо, значајно (важно) кршење одредби Етичког кодекса (тачка 13. чл. 104). Ваљда је прекршај када се знатно или у већој мери крше одредбе Етичког кодекса. Постоји и прекршај када се не одаје поштовање радном времену (не поштује се радно време. тач. 12. чл. 104).

<sup>67</sup> Ordonance br. 1270-58 (Art. l'Ordonnance n 1270-58 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature)

## Закључак

Реформа кривичног поступка Србије већ сувише дуго траје и она се, нажалост, одликује изразитом неконзистентношћу, својеврсним „лутањем”, па и бројним, очигледно промашеним нормативним решењима.

Након покушаја са Закоником из 2006. године, који никада није примењен у пуном обиму, сада се поново покушава с променом концепције истраге, али овога пута далеко радикалније, што у основи није оправдано, а нарочито је проблематично што се, осим типа истраге, потпуно мења и концепција главног претреса, уз форсирање изразите пасивности суда када се ради о извођењу доказа.

Законик о кривичном поступку Србије представља прилично лош и веома недотеран текст, за који се треба искрено надати да, без обзира на то што се већ примењује у погледу једне специфичне категорије тешких кривичних дела (што је прилично спорно и у уставноправном смислу), никада неће у овом облику постати доминантан извор нашег кривичног процесног права. Законик је препун веома лоших решења, почев од оних најкрупнијих која су концепцијске природе, до правнотехничких омашки и грешака, озбиљних нејасноћа и неусаглашености. Њиме се, поред овога, у наш кривичнопроцесни систем уведе неки процесни механизми који су потпуно атипични за највећи број земаља континенталне Европе, а нарочито за тзв. старе европске државе, чији су нам правни системи, по правилу, служили као узор, што у пракси може имати веома негативне и тешко поправљиве консеквенције како по уређеност правног система тако и по права и слободе грађана.

Значај упоредног кривичног процесног права последњих је година веома порастао, нарочито због све интензивнијег коришћења страних искустава у реформама кривичног поступка у многим државама. Два велика светска кривичнопроцесна система – континентално-европски и англосаксонски све више трпе одређене међуутицаје, али њихове основне карактеристике још увек су веома лако уочљиве. Основна заједничка карактеристика јесте омогућавање да се у кривичном поступку доследно поштују људска права и слободе, те промовисање начела правичног вођења кривичног поступка.

Данас се може уочити и својеврсна „експанзија” англосаксонског, адверзијалног модела кривичног поступка, нарочито у некадашњим социјалистичким земљама, што је начелно скопчано са озбиљним проблемима, а донекле и чуди да неке државе за које није спорно да припадају континенталној Европи, и то не само географски, већ и по својој традицији, духу и одређеним друштвеним вредностима, тако олако прихватају један прилично неуобичајен модел.

Олако реформисање кривичног поступка на стриктно адверзијалним основама и форсирање неких других обележја типичних страначки оријентисаних кривичних процедура, попут, на пример, претераног форсирања споразума о признању кривице, скопчано је и с реалним опасностима, попут могућег несналажења правосудних органа у неком будућем потпуно измењеном нормативном амбијенту. И што је посебно опасно, то може довести до озбиљног угрожавања права окривљеног у кривичном поступку, јер изразито страначка конструкција кривичног поступка нужно подразумева максималну једнакост странака, а то је у условима наше земље, а слично је и с већином других држава у тзв. транзицији, у пракси скоро немогуће.

Несрећни и „неподобан” покушај садржан у новом законика о кривичном поступку Србије да се у кривичној процедури испоље одређени елементи начела правичног вођења кривичног поступка, а да се истовремено, потпуно и чак „фанатично” елиминише начело истине из нашег кривичног поступка, представља изразито штетан експеримент, који је унапред осуђен на неуспех, али цену таквог експериментисања могли би платити како држава тако и грађани.

Концепт тзв. паралелне истраге је суштински погрешан и он би у пракси или потпуно паралисао већину кривичних поступака или би се, што је можда вероватније, свео на голу форму, где би практични значај имала истрага јавног тужиоца, док би „истрага” (односно поједине доказне активности у истрази) лица у функцији одбране била сведена на „празну фасаду”.<sup>1</sup> Тај концепт је *суштински противан и функцији одбране* у кривичном поступку, те елементарном дејству претпоставке невиности (која се, као што је то објашњено, у претходном тексту потенцијално и формално крши у тексту Законика), јер какву би то истрагу окривљени могао во-

---

<sup>1</sup> Као што је претходно објашњено, механизам „прикупљања доказа у прилог одбране” током истраге је веома неадекватно решен у новом законика о кривичном поступку.

дити и против кога када се већ по законској дефиницији сматра невиним све док се, евентуално, супротно не утврди правноснажном одлуком суда.<sup>2</sup>

Потпуно *адверзијална конструкција главног претреса*, односно суђења, није адекватна за наш кривични поступак и она би у пракси могла довести до огромних проблема. У таквом поступку странке би само формално биле равноправне, док би у пракси то, по правилу, било веома неповољно за окривљеног, нарочито онда када нема браниоца, а у нашем је кривичном поступку само за релативно ограничени круг кривичних дела прописана обавезна стручна одбрана.

Елиминисање начела истине у кривичном поступку је изразито штетно. Није спорно да истина није никаква „света крава” ни у нашем садашњем кривичном поступку, као ни у кривичним поступцима већине држава континенталне Европе, чије кривичне процедуре познају ово начело и где се оно сматра врхунским принципом. Истина се не достиже по сваку цену, али истини се, свакако, тежи, а онда када се истина објективно не може утврдити, примењује се начело *in dubio pro reo*.

Елиминисање начела истине у кривичном поступку контрадикторно је и у односу на бројна друга кривичнопроцесна правила. Небулозно је да се у Нацрту новог законика о кривичном поступку, као и раније, омогућава подношење жалбе против пресуде и због *погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања*, другим речима, *услед заснованости пресуде на неистини*, а да при том *суд уопште и нема дужност утврђивања истине*, те да је извођење доказа, што значи и стварање подлоге за утврђивање чињеничног стања, примарно поверено странкама.

Какве су шансе странке да побија пресуду због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања када је она сама, у првом реду, процесно одговорна за утврђивање чињеничног стања?

Елиминисање начела истине у кривичном поступку суштински је изразито неморално, јер се циљ кривичног поступка не може механички и вештачки одвојити од опште повезаности кривичног права и морала.

Ако начелно сматрамо да је вршење кривичних дела неморално, а да се само у кривичном поступку може утврдити да је учињено кривично

---

<sup>2</sup> Додуше, не треба сумњати да би такве могућности могли ефикасно да користе поједине категорије окривљених (који наравно спадају у финансијску или криминалну „елиту”), који су веома имућни или комбиновано изузетно богати и моћни, попут разноразних „контроверзних бизнисмена” и неких „срећних добитника” и „профитера” транзиције и приватизације, а који би себи могли да приуште и скупе услуге приватних детективских агенција, или да на адекватне начине „одобровоље” сведоке који би им дали исказ у њихову корист...

дело, онда се такво питање не сме препуштати чисто правнотехничком конструисању некаквог „доказног двобоја”, где би странке износиле своје аргументе и контрааргументе, а суд, лишен „баласта” утврђивања истине или бар тежње ка истини, једноставно арбитраирао која је странке била успешнија у доказном дуелу.

Већина грађана од кривичног суда очекује истину, а не некакво доказно бодовање страначког извођења доказа. Истина утврђена у кривичном поступку често има и историјско значење.

*Замислимо само, на пример, како би грађанима звучало када би им се јавно рекло да се суд који је судио, на пример, за убиство премијера Ђинђића, није бавио утврђивањем истине?* Да је у односу на то не само правно, већ и историјски значајно суђење, у примени био ЗКП, који не познаје начело истине, суд заиста није имао дужност утврђивања истине, али да ли би то било правично? Да ли би то задовољило грађане? Коначно, какве би, у таквом хипотетичком случају, биле политиче и историјске импликације?!

Осим што је заснован на овим основним и веома крупним концепцијским грешкама и тешким промашајима, Законик о кривичном поступку из 2011. године одликује се и читавим низом других битних аномалија, почев од бројних грубих правнотехничких грешака, па до нејасних, врло сумњивих и очигледно екстремно некавалитетних нормативних решења, што све заједно овај текст чини веома лошим, па се треба искрено надати да он у садашњем облику никада неће бити примењиван у однос на сва кривична дела.

Систем „**једна земља два система**”, промовисан тиме што се са применом новог законика о кривичном поступку започело за кривична дела организованог криминала и друга тзв. посебно тешка кривична дела, док је у погледу осталих кривичних дела, тј. већине типичних кривичних поступака, примена новог законика одложена до 15. јануара 2013. године, сам по себи је „на ивици уставности”, ако ту границу већ и није прешао, тиме што је омогућио да се у истој држави у исто време примењују два веома различита законика о кривичном поступку. Тиме се, што је посебно негативно, стварају и две битно различите „категорије окривљених”, док и иначе, субјекти кривичних поступака који се воде према дијаметрално различитим изворима процесног права, имају и битно различит кривичнопроцесни положај, што по логици ствари подразумева и другачија права и дужности.

Међутим, ако смо већ морали да доживимо ту „елементарну непогоду”, да тако лош законски текст постане позитивно право, добро је да се он ипак релативно ограничено примењује, иако већини субјеката поступака чији су предмет тзв. посебна кривична дела (организовани криминал, посебни случајеви корупције, ратни злочини итд.) вероватно није баш пријатно да буду у улози својеврсних „заморчића” и „покусних кунића” у једном невероватном правном и социолошком експерименту *in vivo*.

Ако већ нисмо сигурни да ће одређена будућа законска решења користити, а врло је вероватно да могу озбиљно да штете, онда се треба разумно уздржати од њиховог увођења у наш нормативни кривичнопроцесни амбијент. Нови законик о кривичном поступку Србије из 2011. године заснован је на суштински потпуно погрешној концепцији и садржи читав низ веома лоших нормативних решења, те ако би он у садашњем облику доживео потпуну примену, то би неминовно произвело изразито негативне консеквенције, како по квалитет наших будућих кривичних поступака тако и по права и слободе грађана Србије.

Уколико бисмо сматрали да наш садашњи (или досадашњи) кривични поступак, тј. поступак креиран према концепцији Законика о кривичном поступку из 2001. године, једноставно не одговара новим потребама нашег правног система и није довољно ефикасан (нарочито, ако се грубо поистовете „брзина” поступка и његова „ефикасност”), а што би представљало голу импресију која није пропраћена било каквим ни иоле релевантним истраживањима, ни тада нови ЗКП из 2011. године не представља адекватно решење, јер не само да креира низ изузетно неправичних процесних механизма, већ уопште није извесно да ће такви механизми иоле допринети бржем, односно ефикаснијем кривичном поступку.

Кажу да је *основно медицинско правило да лекар пацијенту не сме одмоћи, ако му већ не може помоћи*. Слично би правило могло или чак морало важити и за реформу нашег кривичног поступка, уколико би из неког разлога сматрали да је наш кривични поступак „болестан”, те да га на одговарајући начин треба лечити, што ипак није сасвим извесно.<sup>3</sup> Лако је уочити да Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године представља изразито погрешан лек.

Аутори

---

<sup>3</sup> Напротив, сасвим је очигледно да је ЗКП из 2001. године, у сваком погледу, далеко бољи од новог законика о кривичном поступку из 2011. године.



## СУМАРНИ ПРИКАЗ ОСНОВНИХ ГРЕШАКА У НОВОМ ЗАКОНИКУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ

Правило (одредба) Законика о кривичном поступку из 2011.	Кратко објашњење слабости конкретног законског правила	Предлог у <i>de lege ferenda</i> смислу
Дефиниције основа сумње, основане сумње, оправдане сумње и извесности (члан 2 став 1 тач. 17 - 20)	Потпуно непотребно и погрешно дефинисање, пракси не може да користи, а може да делује веома збуњујуће	Брисање из текста Законика
Дефиниција организоване криминалне групе (члан 2 став 1 тачка 33)	Дефиниција је потпуно идентична оној која одраније постоји у Кривичном законнику	Брисање из текста Законика
Дефиниција израза „кривични закон“ (члан 2 став 1 тачка 35)	Одувек је било јасно шта представља „кривични закон“, па је оваква дефиниција у ЗКП-у апсолутно бесмислена.	Брисање из текста Законика
Прецизирање ко је овлашћен да предузме одређену процесну радњу (члан 2 став 2)	Конфузна и безначајна одредба	Брисање из текста Законика
Различно одређивање тренутка почетка кривичног гоњења и покретања кривичног поступка (члан 5 и 7)	Бесмислено је да кривично гоњење може започети, а да није започео кривични поступак.	Потребно је одговарајуће усклађивање.
Јавни тужилац и полиција су дужни да непристрасно разјасне сумњу о кривичном делу и да с једнаком пажњом испитују чињенице које терете окривљеног и оне што му иду корист (члан 6 став 4).	Ова одредба постаје релативизирана и обесмишљена у одсуству начела материјалне истине	Модификовање на одгова-рајући начин, када се и друге одредбе ускладе тако да се поново уведе дужност суда да утврђује истину у кривичном поступку, односно да предузме све што је објективно могуће да утврди потпуно и исправно чињенично стање
Докази се прикупљају и изводе у складу са Законом о кривичном поступку (члан 15 став 1)	Непотребна одредба, јер како би се докази другачије изводили?	Брисање из текста Законика
Суд изводи доказе на предлог странака (члан 15 став 3).	По новом концепту главног претреса доказе изводе странке, а не суд.	Брисање из текста Законика

<p>Суд, у одређеним случајевима, може дати налог странци да предложи допунске доказе или изузетно сам одредити да се такви докази изведу –(члан 15 став 4)</p>	<p>Зашто би то чинио када нема дужност утврђивања истине? Зашто би странка удовољила налогу суда, ако иницијално није намеравала да изведе тај доказ?</p>	<p>Суд би морао имати дужност да сам изведе такве доказе Могућа је следећа модификација члана 15 став 4 ЗКП: <i>Када странка не поступи по налогу суда из става 3 овог члана, суд ће сам извести допунски доказ, ако оцени да је то потребно да би се чињенично стање потпуно и тачно утврдило.</i> У предложеној модификацији се експлицитно не спомиње реч <u>истина</u>, јер су на њу „алергични“ главни креатори новог новог Законика, али се <i>потпуно и тачно утврђивање чињеничног стања</i>, практично своди на <b>утврђивање истине</b>.</p>
<p>Предмет доказивања су чињенице које чине обележја кривичног дела, или од којих зависи примена неке друге одредбе кривичног закона и чињенице од којих зависи примена одредаба кривичног поступка (члан 83 ст. 1 и 2)</p>	<p>Строго раздвајање предмета доказивања на материјална и процесна питања може довести до проблема у пракси код оних чињеница које је тешко јасно класификовати</p>	<p>Брисање из текста Законика</p>
<p>Наслов изнад <b>чл. 23</b> (место извршења кд) погрешан – није реч о самом месту извршења (оно је одређено КЗ-ом- чл. 17) већ о главном критеријуму за одређивање месне надлежности. Исте примедбе: 24-28, нпр. чл. 27 (кривична дела извршена путем средстава јавног информисања</p>	<p>Наслови су погрешни – није реч о самом месту извршења (оно је одређено КЗ-ом- чл. 17) већ о главном критеријуму за одређивање месне надлежности</p>	<p>Потребно је модификовање наслова</p>
<p>Члан 44. ст. 3 уређује однос полиције и јавног тужиоца</p>	<p>Овлашћења јавног тужиоца непотпуно уређена.</p>	<p>Употпунити норму овлашћењем јавног тужиоца да учествује у дисциплинском поступку, односно да буде обавештен о исходу дисциплинског поступка.</p>
<p>Чланом 48. прецизира се чл. 2. тач. 6. навођењем лица овлашћених да замењују јавног тужиоца. Радње у кривичном поступку у име јавног тужиоца поред заменика јавног тужиоца могу да предузимају и виши тужилачки сарадник за кривична дела до осам година затвора и тужилачки сарадник за кривична дела до пет година затвора.</p>	<p>Норма садржана у члану 48. ЗКП-а супротна је чл. 159. ст. 4. Устава, који наводи да јавног тужиоца у вршењу функције замењују заменици јавног тужиоца. Према томе, Устав лимитира круг лица која врше јавнотужилачку функцију на јавне тужиоце и заменике јавног тужиоца.</p>	<p>Брисање из текста Законика.</p>
<p>По чл. 50 ст. 10 оштећени може да поднесе жалбу против одлуке о досуђеном имовинскоправном захтеву</p>	<p>Ово је нелогично, јер оштећени нема правни интерес да се жали на ову одлуку у кривичном поступку јер суд не може одбити имовинскоправни захтев већ га досудити делимично илу у целости, а за остатак упутити на парницу (чл. 258). Дакле, жалба оштећеног у овом случају би, по логици ствари увек бивала одбачена.</p>	<p>Брисање из текста Законика.</p>

Чл. 51. уређује приговор оштећеног на одлуку јавног тужиоца да не предузме гоњење или одустане од гоњења.	Приговор се подноси надређеном јавном тужиоцу, који је имао овлашћење да контролише рад нижег јавног тужиоца у погледу одлуке да се не предузме или одустане од гоњења.	Извршити промене у унутрашњем функционисању јавног тужилаштва или предвидети да оштећени може да преузме гоњења од оштећеног и пре потврђивања оптужнице.
Чл. 54. оштећени до завршетка главног претреса, без икаквог ограничења, може да повуче предлог за гоњење.	Јавни тужилац кривични прогон врши под раскидним условом.	Изменити члан 54. ЗКП-а и укинути могућности да оштећени једном дат предлог за гоњење повуче.
Јавни тужилац поставља окр. браниоца по службеној дужности (члан 76 став 1)	Нелогично у страначком поступку да једна странка поставља браниоца другој осим	Браниоца би могао да поставља судија за претходни поступак
Одлуку о разрешењу браниоца доноси судија појединац, судија за претходни поступак, председник већа или претресно веће (чл. 81).	Ако јавни тужилац поставља браниоца по службеној дужности нема резона да га разрешава судија за претходни поступак, председник већа или претресно веће.	Ускладити начин избора и разрешења бранилаца по службеној дужности.
Саокривљени или осуђени нису наведени међу лицима која не полажу заклетву (члан 97)	Значи ли то да и они, тј. саокривљени или осуђени, могу одговорати за давање лажног исказа?	Круг лица која не полажу заклетву прописати и на саокривљене
Члан 98. дозвољено је сведока на главном претресу унакрсно испитивати постављањем сугестивних, капциозних питања.	Члан 398. ст. 3. у вези 402. упућује на закључак да није дозвољено сведока на главном претресу унакрсно испитивати постављањем сугестивних, капциозних питања.	Отклонити наведене противречности.
Одбрана не може да предложи да се одређеном лицу да својство заштићеног сведока (члан 107).	Ако се пошло од од претпоставке да је то непотребно, јер сведоцима најчешће прети опасност од окривљеног у поступку, занемарена је могућност да сведок сведочи у корист једног од саокривљених, а на штету осталих, па се плаши давања исказа. У том случају окривљени зависи од добре воље тужиоца и суда.	Формално дозволити окривљеном и браниоцу да предложи да се неком лицу да својство заштићеног сведока
Овлашћења јавног тужиоца нису усклађена са његовом функцијом (чл. 101. и 115).	Премда је јавни тужилац орган поступка у истрази, лишен је овлашћења да новчано казни сведока или вештака током истраге.	Предвидети да јавни тужилац може новачно да казни сведока и вештака.
У чл. 131. ЗКП-а одређивање психијатријског вештачења везује се за сумњу да је искључена или смањена урачуљивост окривљеног.	Терминолошка неусклађеност са Кривичним закоником који познаје неурачуљивост и битно смањену урачуљивост.	Уместо смањене урачуљивости предвидети да се психијатријско вештачење одређују у случају сумње у битно смањену урачуљивост.
Претресању се може приступити без предаје наредбе, упозорењу на браница/адвоката и без присуства сведока (став 7), ако је „држалац стана или других просторија недоступан“ (члан 156 став 3)	Отвара простор за злоупотребе, полиција намерно може вршити претресања када власник стана није кући	Предвидети јаче гаранције како би се спречиле злоупотребе

<p>О доношењу решења да се уништи материјал прикупљен мером тајног надзора комуникација судија за претходни поступак може да обавести лице према коме је мера била примењивана (чл 163. ст. 2).</p>	<p>Слично решење постојало и у претходном ЗКП-у. У пракси, таквог обавештавања скоро да није било.</p>	<p>Требало би прописати да је судија за претходни поступак обавезан да обавести лице над којим је мера из чл. 163. ст. 2. ЗКП-а била примењивана или ако се већ (у циљу заштите на пример, појединих сведока, оштећених или због других важних интереса и сл.), јасније и знатно рестриктивније прописати услове за необавештавање лица према којем је мера примењивана.</p>
<p>Према члану 239 став 3, искази оптуженог, сведока, вештака или другог лица уносе се у записник (мисли се на записник о главном претресу) ако садрже одступање или допуну њихових ранијих исказа и то тако да се прикаже њихова битна садржина.</p>	<p>Ова одредба је имала смисла у систему судске, али нема смисла у систему тужилачке истраге. Реч је најиме о ранијим исказима датим јавном тужиоцу у неунакрсном испитивању. По томе произлази да се пресуда може заснивати на исказима забележеним у записницима из претходног поступка, тј. записницима ЈТ-а и полиције, а не на судским записницима.</p>	<p>Брисање из текста законика.</p>
<p>Писмено се може предати пунолетном члану домаћинства, који је дужан да га прими (члан 243 став 2).</p>	<p>Како ће се утврдити узраст члана домаћинства? Како ће се он приморати да прими писмено?</p>	<p>Брисање из текста Законика</p>
<p>Писмено се сматра уредно достављеним и ако је предато портиру, суседу или председнику кућног савета (члан 243 став 2).</p>	<p>Ово може имати негативне последице за лице коме је писмено упућено. Шта ако комшија примера ради, заборави писмено или неће да га преда?</p>	<p>Брисање из текста Законика</p>
<p>Према члану 261 став 6 трошкове предистражног поступка који се односе на награду и нужне издатке браниоца кога је одредила полиција исплаћује тај орган</p>	<p>Ово правило је супротно одредби члана 76 по којима браниоца поставља само председник суда или ЈТ; Ни у случају задржавања осумњиченог, браниоца не поставља полиција већ јавни тужилац (чл. 294).</p>	<p>Усклађивање са другим правилима законика или брисање из текста Законика.</p>
<p>Основи за одбацивање кривичне пријаве садржани су у чл. 284. ст. 1. ЗКП-а. Један од основа је непостојање основа сумње да је учињено кривично дело које се гони по службеној дужности (тач. 3).</p>	<p>Законодавац је мимо логике основе сумње искључиво везао за кривично дело, уместо да се основи сумње везују за пријављено лице.</p>	<p>Предвидети посебан основ за одбацивање кривичне пријаве у случају непостојања основа сумње да је пријављени учинио кривично дело које се гони по службеној дужности.</p>
<p>Докази које је полиција прибавила предузимањем доказних радњи могу бити коришћени у даљем току кривичног поступка, ако су доказне радње спроведене у складу са ЗКП-ом. (члан 287 став 2)</p>	<p>Отвара могућности за злоупотребе јер се по овоме фактички свака радња полиције у предистражном поступку може без неких посебних услова, користити као доказ на главном претресу, што је у изразитој супротности са <b>начелом непосредности</b>.</p>	<p>Потребно је одговарајуће усклађивање и прецизирање</p>

<p>Члан 289. и 297. уређују начин покретања истраге.</p>	<p>Окривљени нема на располагању ни једно правно средство против одлуке о покретању истраге, али зато има право да у току истраге затражи судску заштиту у случају да буде одбијен његов предлог да се обави вештачење (чл. 117. ст. 3).</p>	<p>Предвидети правно средство (жалба, приговор) против наредбе о покретању истраге.</p>
<p>У ставу 1. чл. 294. јавном тужиоцу се поверава овлашћење да задржи осумњиченог или ухапшеног. У ставу 2. наводи се да о задржавању, решење доноси јавни тужилац или по његовом одобрењу полиција.</p> <p>У ст. 2. истог члана наводе се обавезни елементи решења о задржавању.</p> <p>Законик не прописује обавезу да се у решење о задржавању унесе законски основ за притвор који је у конкретном случају разлог за задржавање, нити обавезује орган који саставља решење да образложи због чега сматра да је основ испуњен.</p>	<p>Законик допушта да један орган доноси одлуку, а да други саставља писмени отправак и образлаже ту одлуку.</p> <p>Степен сумње, се снижава, на основе сумње, што је по чл. 2. Законика скуп чињеница које посредно доказују да је лице извршило кривично дело.</p> <p>Довољно је постојање наговештаја (основа сумње) да је неко извршио кривично дело и да та особа, без образлагања разлога за њену примену и без навођења основа, буде задржана.</p>	<p>Предвидети да јавни тужилац и полиција могу да донесу одлуку о задржавању и да је орган који донесе одлуку дужан да састави решење.</p> <p>Степен сумње неопходан за задржавање морао би да буде основана сумња.</p> <p>Унети обавезу да се у решењу о задржавању посебно образложе разлози за примену ове мере и да се наведе законски основ за притвор који је у конкретном случају био разлог за задржавање.</p>
<p>Овлашћења јавног тужиоца регулисана су чланом 285.</p> <p>У ст. 1. овог члана стоји да јавни тужилац руководи предистражним поступком, а у ставу 2. да јавни тужилац ради руковођења предистражним поступком предузима потребне радње ради гоњења учинилаца кривичних дела.</p>	<p>Овлашћења јавног тужиоца су незграпно регулисана. Из садржаја ст. 1. и 2. члана 285. произлази да јавни тужилац гони учиниоце кривичних дела да би руководио предистражним поступком.</p>	<p>Преформулисати ст. 1. ст. 2. и навести да је јавном тужиоцу поверено овлашћење да руководи предистражним поступком да би могао оствари функцију прогона учинилаца кривичних дела.</p>
<p>Непотребно раздвајање предистражног поступка и истраге (главе XV и XVI)</p>	<p>Оба се могу водити против непознатог учиниоца, када постоје основи сумње</p>	<p>Обједињавање у једну истражну фазу</p>
<p>Истрага се покреће против одређеног лица за које постоје основи сумње да је извршило кривично дело, као и против непознатог учиниоца када постоје основи сумње да је учињено кривично дело (чл. 295. ст. 1)</p> <p>Сврха истраге је, између осталог, да се прикупе докази за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано (члан 295 став 2)</p>	<p>Из овако дате формулације произлази да јавни тужилац покреће истрагу за свако кривично дело, без обзира да ли се гоњење за конкретно кривично дело предузима по службеној дужности или по приватној тужби.</p> <p>Супротно природи јавнотужилачке истраге да тужилац у истрази прикупља доказе који се неће моћи извести на главном претресу</p>	<p>Ову нејасноћу требало отклонити навођењем да се истрага покреће за кривично дело које се гони по службеној дужности.</p> <p>Брисање из текста Законика.</p>
<p>Јавни тужилац покреће истрагу наредбом, против које није дозвољено правно средство (члан 296).</p>	<p>Одлука да се нека особа стави под истрагу не подлеже контроли.</p>	<p>Дозволити правно средство против наредбе да се спроведе истрага.</p>

<p>У члану 296. став 2. стоји да се наредба о спровођењу истраге доноси „пре или непосредно после прве доказне радње коју су предузели јавни тужилац или полиција у предистражном поступку, а најкасније у року од 30 дана од дана када је о томе обавештен јавни тужилац.</p>	<p>Према тој одредби, предузимањем било које доказне радње (нпр. претресањем стана) полиција може да „присили” јавног тужиоца да отвори истрагу, без обзира на његов став о томе.</p>	<p>Унети измене које би онемогућиле „присиљавање” јавног тужиоца да покрене истрагу.</p>
<p>У члану 299, који се односи на поверавање доказних радњи у току јавнотужилачке истраге, јавни тужилац може такве радње поверити другом јавном тужиоцу или полицији, а није прописана и могућност да се такве радње повере судији за претходни поступак, уколико је вероватно да оне неће моћи да се понове на главном претресу.</p>	<p>Практично сви закони(ци) о кривичном поступку у којима је истрага тужилачка, омогућавају да неке радње врши суд (тзв. хитне судске радње), онда када постоји опасност да оне неће моћи да се понове на главном претресу. <i>Ratio legis</i> таквих законских решења у већини држава континенталне Европе у којима је истрага државнотужилачка (на пример, у Немачкој и Аустрији, па и у нама суседној Црној Гори и БиХ), је веома рационалан и своди се на став да суд увек нешто вишег степена доказног кредибилитета, него оне које је спровео јавни (државни) тужилац. Дакле, иако и радње јавног (државног) тужиоца могу под одређеним условима остваривати одговарајућу доказну веродостојност и на главном претресу (читање на пример записника о исказу сведока који је умро), то треба да буде крајње изузетна могућност, због чега се и прописује да се одређени облик судске функционалне надлежности може зарад обезбеђења доказа у погледу којих постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу, може ангажовати у државно(јавно)тужилачкој истрази.</p>	<p>Потребно је у члану 299 додати <b>нова три става</b>: Странке и бранилац могу предложити судији за претходни поступак да он испита одређеног сведока, ако је вероватно да сведок због болести, старости или других важних разлога неће моћи да буде испитан на главном претресу. Ако судија за претходни поступак усвоји предлог из става 5 овог члана, он ће омогућити да испитивању сведока присуствују странке и бранилац, којима судија за претходни поступак доставља записник о испитивању сведока. Ако се судија за претходни поступак не сложи са предлогом из става 5 овог члана, затражиће да о томе одлуку донесе веће из члана 21 став 6 овог законика.</p>
<p>Осумњичени и његов бранилац могу самостално прикупљати доказе у корист одбране (члан 301)</p>	<p>Фактичка немогућност одбране да самостално прикупља доказе. Шта је са окривљеним који нема браниоца, или са окривљеним који се налази у притвору?</p>	<p>Повећати овлашћења судије за претходни поступак приликом прикупљања доказа</p>
<p>У члану 301. се нормира и поступак за прикупљање доказа и материјала у корист одбране.</p>	<p>Законик браниоцу и осумњиченом омогућава да прикупљају материјал и доказе на начин на који би то иначе чинили користећи уобичајено опхођење између људи.</p>	<p>Брисати из текста Законика.</p>

<p>Ако осумњичени или његов бранилац, сматрају да је потребно предузети одређену доказну радњу, предложиће јавном тужиоцу да је предузме (члан 302 став 2).</p>	<p>Нелогично у страначком поступку да једна странка захтева од друге прикупљање доказа у своју корист</p>	<p>Доказне радње би у том случају могао предузети судија за претходни поступак. Потребно је да се члан 302 став 3, модификује на следећи начин: <i>Када судија за претходни поступак усвоји предлог из став 2 овог члана, он ће предузети предложену доказну радњу и о томе, уз достављање записника и других материјала о спроведеној доказној радњи, обавестити јавног тужиоца.</i></p>
<p>Ако јавни тужилац одбије предлог или не одлучи у року од осам дана, осумњичени или његов бранилац се могу обратити судији за претходни поступак који може наложити јавном тужиоцу да предузме радњу (члан 302 став 3).</p>	<p>Логичније би било да је предузме судија, него да се њено предузимање налаже јавном тужиоцу. Не може се очекивати да ће се јавни тужилац, који је првобитно био против извођења те радње, баш „помучити“ да је адекватно спроведе. Поред тога, имајући у виду наведене рокове, губи се на времену што је проблем посебно код хитних доказних радњи</p>	<p>Доказне радње би у том случају могао предузети судија за претходни поступак</p>
<p>У чл. 308. успостављају се правила за обуставу истраге.</p>	<p>Законик не одређује услове и начин за обуставу свих врсте истрага, већ успоставља правила за обуставу истраге против осумњиченог.</p>	<p>Норму би требало допунити одређивањем услова и начина за обуставу истраге, против непознатог учиниоца.</p>
<p>Осумњичени и његов бранилац су дужни да одмах по свом самосталном прибављању доказа, обавесте јавног тужиоца о томе, те да му пре завршетка истраге омогуће разматрање списа и разгледање предмета који служе као доказ (члан 303 став 3)</p>	<p>Промовише се <i>кооперативност окривљеног са тужиоцем</i>; Празна норма, јер нема последица ако одбрана не поступи на овај начин</p>	<p>Брисање из текста Законака</p>
<p>Могућност закључивања споразума о признању кривице за сва кривична дела (члан 313)</p>	<p>Опасно решење, посебно имајући у виду да се не предвиђа дужност утврђивања истине</p>	<p>Ограничити закључивање споразума везивањем за прописану казну</p>
<p>Елемент споразума о признању кривице може бити и спремност окривљеног да сведочи против других окривљених (члан 313).</p>	<p>Веома опасно решење, јер се тиме уводи могућност својеврсне „куповине“ кооперативних сведока</p>	<p>Брисање из законског текста.</p>
<p>Према члану 327 став 4, споразум о сведочењу се сачињава у писаном облику и подноси се суду до завршетка главног претреса.</p>	<p>Није прецизирано ког главног претреса – оног који се води против окривљеног сарадника или других саокривљених.</p>	<p>Усклађивање са другим нормама и прецизирање.</p>

<p>Чланом 331. уређује се поступак подизања оптужнице, одређују се рокови за подизање оптужнице и права окривљеног, браниоца и оштећеног у случају да јавни тужилац у року од петнаест, односно четрдесет пет дана не подигне оптужницу или не одустане од гоњења. У случају да јавни тужилац у року од од 15 или 45 дана по завршетку истраге донесе одлуку, окривљени и бранилац имају право на подношење приговора непосредно вишем тужиоцу.</p>	<p>Последица усвајања приговора изјављеног вишем тужиоцу није у сагласности са разлогом за изјављивање. Приговор се не изјављује због пропуштања рока да се подигне оптужница, већ због пропуштања рока да се донесе одлука по завршетку истраге.</p>	<p>Изменити и предвидети да виши тужилац истовремено са усвајањем приговора издаје обавезно упутство нижем јавном тужиоцу да донесе одлуку, а не упутство којим га обавезује на подизање оптужнице.</p>
<p>У оптужници тужилац треба да „изнесе и одбрану окривљеног“ (члан 332 став 1 тач. б)</p>	<p>Нелогично са аспекта страначког поступка да се у оптужном акту износи одбрана друге стране; Шта ако је реч о оштећеном као тужиоцу, или приватном тужиоцу, како ће они то моћи да наведу, јер се по члан 333 то односи и на приватну тужбу!?</p>	<p>Брисање из законског текста</p>
<p>У чл. 337. ст. 3. уређује се поступак испитивања основаности оптужног акта, док се чл. 501. ст. 5, уређује испитивање оптужног акта у скраћеном поступку.</p>	<p>Одређивање обима истраге и доказна иницијатива поверавају се судском већу или судији појединцу. Такво решење је тешко уклопиво у идеју о тужилачкој истрази и страначком концепту поступка јер суд излази из оквира „контролне и децизивне функције“.</p>	
<p>Ако оптужени на припремном рочишту оспорава наводе оптужбе, председник већа ће га позвати да се изјасни који део оптужнице оспорава и из којих разлога и упозориће га да ће се на главном претресу изводити само докази у вези са оспореним делом оптужнице (члан 349 став 4)</p>	<p>Спорна одредба са аспекта претпоставке невиности. Уместо да тужилац пред судом на главном претресу доказује све оно што наводи у оптужници, овде се полази од претпоставке тачности оптужнице, па се доказује само оно што оптужени оспорава. Оптужени који немају браниоца на овај начин се доста инкриминишу – ако ништа не оспоравају, значи тужилац ништа не мора ни да доказује и сам главни претрес постаје непотребан.</p>	<p>Брисање краја реченице да ће се „на главном претресу изводити докази само у вези са оспореним делом оптужнице“</p>
<p>Председник већа може и без предлога странака, браниоца и оштећеног наредити прибављање нових доказа за главни претрес члан 350 став 2 у вези са чланом 15 став 4)</p>	<p>Како суд нема дужност утврђивања истине, таква његова „могућност“ да „нареди“ прибављање нових доказа за главни претрес је потпуно обесмишљена.</p>	<p>Неопходно је усаглашавање са осталим текстом, односно модификовање ове законске одредбе у складу са модификацијама које се тичу поновног увођења начела истине у кривични поступак. Потребно је члан 350 став 2, модификовати на следећи начин: <i>Председник већа ће и без предлога странака, браниоца оптуженог и оштећеног наредити прибављање нових доказа за главни претрес, односно извести потребне доказе (члан 15. ст. 4 и 5).</i></p>



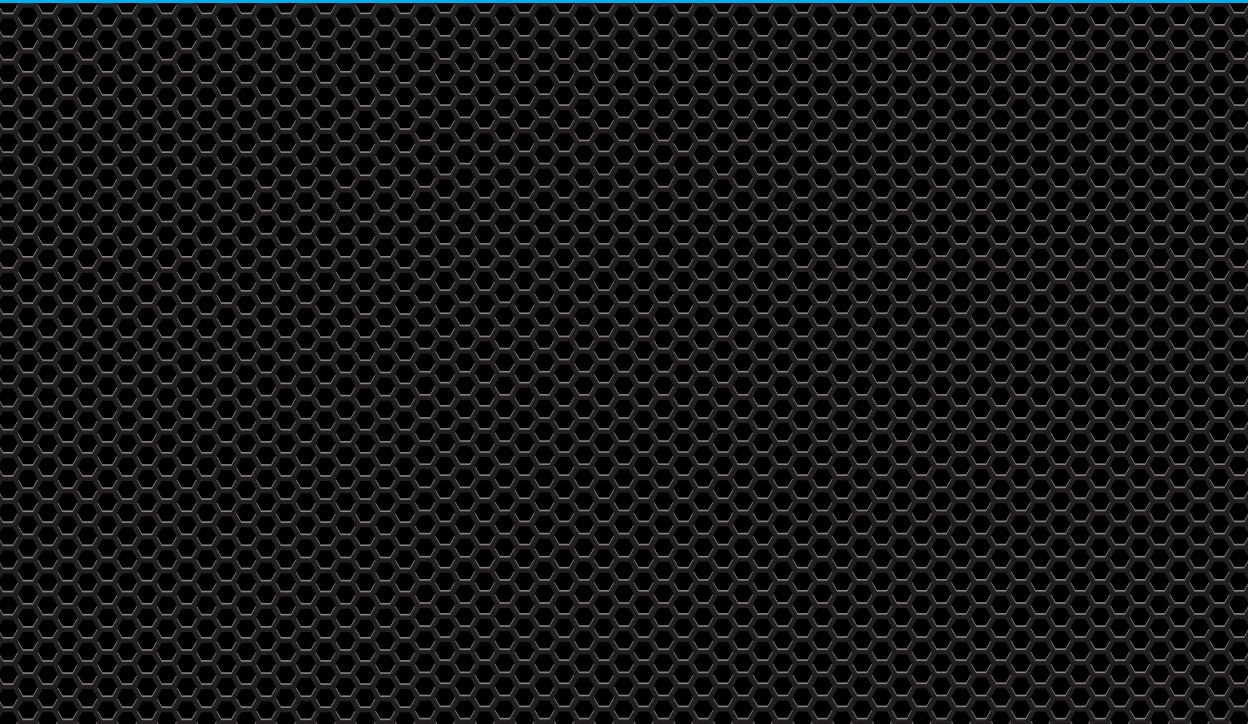
<p>Ако оштећени као тужилац или приватни тужилац ометају ред на главном претресу, веће ће их удаљити и поставити им пуномоћника (члан 373)</p>	<p>Значи, ако немају имовинских средстава да снесу трошкове свог заступања, једна од могућност им је да се понашају неприкладно у судници?!</p>	
<p>Читање записника о раније датим исказима на главном претресу (члан 406).</p>	<p>Проблематично, јер се ради о доказима прикупљеним током истраге или предистражног поступка, које није изводио суд.</p>	<p>Повећати улогу судије за претходни поступак код прикупљања доказа у истрази</p>
<p>О издвајању незаконитих доказа одлучује ТЕК веће на главном претресу (члан 407).</p>	<p>Нелогично је јер незаконити докази стижу пред веће - о њима би требало одлучивати у некој ранијој фази поступка.</p>	<p>Модификација у односу на друге релевантне одредбе Законика.</p>
<p>Ако се утврди да дело које се оптуженом ставља на терет није кривично дело, ослобађајућа пресуда се доноси само „ако нема услова за примену мере безбедности“ (члан 423)</p>	<p>Значи ако има услова за примену ове мере, не доноси се ослобађајућа пресуда. Норма је супротна правилима кривичног материјалног законодавства, јер у случају неурачунљивости нема ни кривице ни кривичног дела.</p>	<p>Брисање из текста Законика.</p>
<p>У ст. 10. чл. 428. стоји да ће у образложењу осуђујуће пресуде суд навести којим се разликова руководио када је одлучио да изрекне строгу казну од прописане.</p>	<p>Одредба је несагласна са Кривичним закоником, који не предвиђа могућност изрицање стоже казне од прописане.</p>	<p>Брисање из законског текста.</p>
<p>Апсолутно битна повреда постоји (438 ст. 1 тач. 1): када је „<i>је наступила застарелост кривичног гоњења или је гоњење искључено услед амнестије или помиловања или је ствар већ правоснажно пресуђена, или постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење;</i>“</p>	<p>Реч је о разлогу за изрицање одбијајуће пресуде, а не о апсолутно битној повреди. По начину формулације ове одредбе, сваки пут када би суд донео одбијајућу пресуду чинио би апсолутно битну повреду кривичног поступка. У важећем ЗКП-у та повреда је исправно формулисана у оквиру повреда КЗ-а тј. „повреда постоји ако је КЗ повређен у питању да ли има околности које искључују кривично гоњење, а нарочито да ли је наступила застарелост“.</p>	<p>Сврставање тог разлога у повреду кривичног закона.</p>
<p>Жалба на пресуду због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања (члан 440)</p>	<p>Жалба по овом основу постаје неефикасна, па и <i>de facto</i> поприлично бесмислена јер суд више нема официјелну дужност утврђивања истине, а странке су саме одговорне за извођење доказа, па самим тим и за утврђивање чињеничног стања</p>	<p>Потребно је усклађивање са осталим текстом, односно такав жалбени разлог треба да остане у Законик, али је истовремено неопходно да се поново уведе дужност суда да утврђује истину у кривичном поступку, односно да официјелно и онда када не постоји доказна иницијатива странака, изводи доказе који су потребни за утврђивање потпуног и исправног чињеничног стања.</p>

<p>Чињенично стање је погрешно утврђено када је суд неку одлучну чињеницу која је предмет доказивања погрешно утврдио, а непотпуно је утврђено када неку одлучну чињеницу која је предмет доказивања није утврдио (члан 440 став 2)</p>	<p>Контрадикторно је самом законском правилу да суд примарно ни не утврђује чињенично стање, већ то практично чине странке извођењем „својих“ доказа, јер у складу са одредбом члана 15 став 3, суд изводи доказе на предлог странака</p>	<p>Потребно је усклађивање са осталим текстом, односно претходним предлогом у de lege ferenda смислу, се и овај проблем решава.</p>
<p>Према члану 441 ст. 4 одлука о трошковима кривичног поступка може се побијати ако је суд овом одлуком повредио законске одредбе, као и због тога што је суд погрешно изрекао или није изрекао одлуку о ослобађању оптуженог од дужности да у целини или делимично накнади трошкове кривичног поступка.</p>	<p>Основ за жалбу требале би да буду и друге неправилности, а не само одлука везана за доношење трошкова од стране оптуженог.</p>	<p>Модификација законске одредбе.</p>
<p>Према члану 445 став 1 судију известиоца одређује председник суда.</p>	<p>Норма је супротна захтеву да се обезбеди случајни, тј. ненамештени судија, одредба оставља могућност злоупотреба. Закомпликовано и тиме што се може одредити више извештача – супротно инокосној природи овог судије који треба да изврши анализу, а у пракси може довести до проблема у погледу њихове координације, реферата, разилажења у ставовима и сл.</p>	<p>Брисање из текста Законика, односно усклађивање на одговарајући начин.</p>
<p>Према ст. 1. чл. 451. жалбени суд испитује пресуду у оквиру основа, кривичног дела и правца побијања пресуде који су истакнути у жалби.</p>	<p>Разлози жалбе садржани у образложењу жалбе које је законом прописано као обавезан елемент жалбе (чл. 435. ЗКП-а) неће се испитивати у жалбеном поступку, али хоће правац побијања пресуде који није обавезан елемент жалбе.</p>	<p>Изменити тако што ће се прописати обавеза да жалбени суд испитује разлоге жалбе садржане у образложењу.</p>
<p>По члану 451. суд у жалбеном поступку, под одређеним условима и по службеној дужности, испитује само одлуку о кривичној санкцији.</p>	<p>Решење које нема оправдања и могло би да доведе субјекте кривичног поступка у тешко решиве ситуације. Рецимо, жалилац изјави жалбу због кривичне санкције пропутивши да жалбу изјави због повреде закона, иако је пресуди повређен закон на штету оптуженог у погледу правне оцене дела. Суд у тој ситуацији може да испитује жалбу само у оквиру одлуке о кривичној санкцији која изречена у законским оквирима за неправилну строгу кривичну санкцију.</p>	<p>Проширити могућност испитивања жалбе по службеној дужности.</p>

<p>У поновљеном поступку (<i>према окривљеном који је осуђен у одсуству</i>), саучесник који је већ осуђен не може се саслушавати, нити се може суочити са окривљеним, већ се упознавање са садржином његовог исказа врши увидом у списе (члан 481 став 2)</p>	<p>Шта ако се осуда заснивала на таквом доказу, ако је саокривљени пребацивао кривицу на окривљеног у бекству?</p>	<p>Брисање из текста Законика или одговарајуће усклађивање</p>
<p>Члан 482. прописује да захтев за заштиту законитости може да се подигне против правноснажне одлуке суда или јавног тужилаштва. Члан 269. ЗКП, каже да наредбе јавног тужиоца, такође, спадају у одлуке.</p>	<p>Значи да Републички јавни тужилац може да подигне захтев за заштиту законитости и против наредбе о спровођењу истраге против које Законик не допушта редовно правно средство.</p>	<p>Логичније би било допустити редовно правно средство против одлуке да се покрене истрага, па тек тада размотрити увођење ванредног правног лека против одлуке јавног тужиоца да покрене истрагу.</p>
<p>По чл. 486. ст. 2. суд ће одлучивати о захтеву само уколико је повреда закона на коју се указује „од значаја за правилну и уједначену примену права“.</p>	<p>То значи да суд није дужан да одлучује о захтеву, ни у случају када је повреда учињена на штету окривљеног.</p>	<p>Прописати обавезу суда да одлучује о захтеву уколико је повреда учињена на штету окривљеног, без обзира на значај учињене повреде.</p>
<p>По чл. 504 ст. 3 приговор месне ненадлежности у скраћеном поступку може се поднети најкасније до почетка главног претреса.</p>	<p>Ово је контрадикторно члану 496 који предвиђа да се после <u>заказивања главног претреса</u> суд не може огласити месно ненадлежним нити странке могу истицати приговор месне ненадлежности.</p>	<p>Потребно је усклађивање са чланом 496 ЗКП или брисање из текста Законика.</p>

## САДРЖАЈ

Рецензије	5
Предговор	15
<b>др Милан Шкулић:</b> Критичка анализа неких одредби новог законика о кривичном поступку Србије из 2011. године	19
<b>др Горан Илић:</b> Тужилаштво совјетско, поступак амерички	133
Закључак	171



[www.uts.org.rs](http://www.uts.org.rs)