

Prof. dr Milan ŠKULIĆ,
Pravni fakultet u Beogradu

Originalni naučni rad
UDK: 343.13(497.11)
Priljeno: 18. septembra 2012. god.

NOVI ZAKONIK O KRIVIČNOM POSTUPKU – OČEKIVANJA OD PRIMENE¹

Osnovna pitanja reforme krivičnog postupka Srbije su svedena na problematiku tipa istrage i konstrukcije glavnog pretresa, posebno u vezi uloge suda u dokaznom postupku, te problematike primarno stranačkog ili sudskog izvođenja dokaza, ali i na veoma važno pitanje (ne)postojanja načela istine u krivičnom postupku.²

Novi Zakonik o krivičnom postupku sadrži izuzetno veliki broj novih rešenja, čija je osnovna intencija da se krivični postupak učini efikasnijim, a pre svega bržim, iako nije sasvim izvesno da li će u praksi sva rešenja koja načelno imaju takav ratio legis, zaista i proizvesti takve pozitivne efekte.

Konačno, oduvek je važno pravilo dura lex – sed lex – „strog zakon – ipak zakon“, a shodno tome i „loš zakon, ili ne dovoljno dobar zakon“, je takođe zakon, onda kada predstavlja segment pozitivnog prava.

Stoga je zadatak nauke krivičnog procesnog prava da ukazivanjem na osnovna normativna rešenja sadržana u novom Zakoniku o krivičnom postupku Srbije, omogući njegovu bolju primenu u praksi, ali i da skrene pažnju zakonodavcu, stručnoj i široj

1 Rad predstavlja izmenjeni referat podnesen na savetovanju Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu održanom na Zlatiboru 12-14. septembra 2013. god.

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

javnosti, na krajnje urgentnu potrebu izmena i dopuna novog Zakonika o krivičnom postupku, kako u cilju otklanjanja brojnih omaški, koje su u njemu sadržane, pa i grubih ne samo koncepcijskih, već i pravno-tehničkih grešaka, kojima novi ZKP obiluje, tako i radi eliminisanja iz njega onih odredbi koje su očigledno protivustavne. U radu čija je intencija da predstavi jedan opšti prikaz novog Zakonika o krivičnom postupku, uz ukazivanje na osnovna očekivanja od njegove primene, osvrnućemo se na ključne koncepcijske odredbe novog Zakonika i neke karakteristične primere novih rešenja, a naročito onih, koja bi u praksi mogla da budu problematična i u pogledu kojih se mogu očekivati i izvesne modifikacije u predstojećem periodu.

Ključne reči: Zakonik o krivičnom postupku, primena, istraga, istina, načela, sud, javni tužilac, okrivljeni, branilac, oštećeni.

1. Limitirano načelo istine i osnovna dokazna pravila novog Zakonika

Zakonodavac više ne utvrđuje načelo istine na način na koji je to načelo do sada postojalo u našem krivičnom postupku. Sud više nema dužnost da utvrđuje istinu i načelno se čini dokazno relativno neaktivnim, odnosno takva je očigledno bila intencija zakonodavca, ali je pitanje da li je to postignuto na konsekventan način, te kako će se u praksi sud odnositi u odnosu na utvrđivanje činjeničnog stanja na kojem treba da zasnuje svoju odluku o predmetu krivičnog postupka. Inače, čak i krivični postupci u našem okruženju koji su bitno modifikovani poslednjih godina i gde je glavni pretres u velikoj meri adverzijalnog karaktera, ipak još uvek poznaju načelo istine, shvaćeno i kao *načelo utvrđivanja materijalne istine*³. Tako se u literaturi konstatuje za ovo načelo konstatuje da „nije samo jedno od najvažnijih krivičnoprocesnih načela, već je istovremeno i jedan od društveno prihvatljivih ciljeva krivičnog postupka“, jer „na istinito utvrđeno činjenično stanje treba pravilno primeniti pozitivno pravo.“⁴

3 Više o tome: N. Matovski, G. Lažetić-Bužarovska i G. Kalajdžijev, *Kazneno procesno pravo*, 2, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Akademik, Skoplje, 2011., str. 50.

4 H. Sijerčić-Čolić, *Krivično procesno pravo – knjiga I – Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje*, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2012, str. 105.

Dokazi se prikupljaju i izvode u skladu sa Zakonikom o krivičnom postupku, a *teret dokazivanja optužbe je na tužiocu*.⁵ Iz ovog bi proizišlo da će sam tužilac izvoditi dokaze u prilog svoje optužbe, te da se u to neće upuštati krivični sud. Međutim, sledeća zakonska odredba ipak omogućava da i sud izvodi dokaze, ali samo ako u pogledu toga postoji odgovarajuća stranačka inicijativa.

Sud izvodi dokaze *na predlog stranaka*. Pitanje je da li sud uopšte može izvesti bilo koji dokaz, ako to ne predloži stranka, a takođe je pitanje i zašto bi stranka predlagala da sud izvede neki dokaz, umesto da sama to učini.

Takođe nije jasno ni da li je sud u svakom slučaju dužan da izvede dokaz koji predloži stranka. Čini se da sud ipak nema takvu dužnost, jer nije propisana nikakva konsekvencija za odbijanje takvog predloga, niti postoji procesni mehanizam kojim bi se sud „prinudio“ da postupi u skladu sa stranačkom dokaznom inicijativom. Konačno, dokazni predlog stranke može biti i apriorno sasvim besmislen ili čak nemoguć, pa nije logično da se smatra da sud svakako mora izvesti svaki dokaz koji je stranka predložila.

Načelno se dokazna inicijativa suda ograničava na izdavanje naloga konkretnoj stranci. Sud može *dati nalog stranci* da predloži dopunske dokaze ili izuzetno sam odrediti da se takvi dokazi izvedu, ako oceni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni i da je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio. Iako se ovde ne govori o potrebi utvrđivanja *istine*, svestrano raspravljanje predmeta se svodi na utvrđivanje potpunog i tačnog činjeničnog stanja, a to je u stvari istinito činjenično stanje, naravno uz sva ona i inače, postojeća faktička i formalna ograničenja vezana za utvrđivanje istine u krivičnom postupku. S druge strane, ovde se radi samo o „nalogu“ stranci, sam sud se ne „ovlašćuje“ da izvodi dokaze.

Sud može dokaz izvesti jedino ako to predloži stranka, što sud stranci može sugerisati, ali je praktično ne može „prinuditi“ na takav dokazni predlog. I ako sud naredi izvođenje određenih dokaza, to podrazumeva da će dokaze

5 U toku javne rasprave o Nacrtu novog ZKP-a, kao i kasnije, kada je već donesen novi Zakonik, neki članovi radne grupe koja je učestvovala u pisanju tog teksta su u više navrata isticali da se rešenjima sadržanim u novom ZKP-u, prevazilazi nekakav sadašnji, odnosno nekadašnji „problem“, koji se svodi na dužnost suda da „podržava“ ili „podupire“, optužnicu, jer se sada to konačno, „prebacuje“ na tužioca. Zaista, *neverovatna konstatacija*. Van pameti je da bilo koji sudija u krivičnom postupku „podržava“ ili „podupire“ optužnicu, jer bi se takvim postupanjem sudija grubo oglušio o svoju dužnost nepristrasnog postupanja. Time što sudija prema Zakoniku o krivičnom postupku iz 2001. godine (a tako je kod nas bilo decenijama), ima(o) dužnost utvrđivanja istine, on ne samo da nema, odnosno nije imao dužnost bilo kakvog „stajanja na stranu tužioca“, već sudija to nikako ne bi ni smeo činiti, a onaj sudija koji u javnoj raspravi priznaje da je do sada „podržavao“ optužnicu u krivičnom postupku, time praktično, sam sebe optužuje za ozbiljno kršenje zakona, odnosno to čak priznaje.

izvesti određena stranka, a ne sam sud, jer se sud ne može dokazno aktivirati ako stranka to nije predložila. Nije propisana bilo kakva procesna konsekvencija za odbijanje stranke da ispuni nalog suda. Radi se stoga o poprilično nelogičnoj i nepotpunoj normi.

Ovakvo dokazno limitiranje dokazne uloge suda ipak nije konsekventno sprovedeno, pa tako na primer, sud ima mogućnost da aktivno učestvuje u ispitivanju svedoka na glavnom pretresu, te svojim pitanjima može da se „umeša“, bilo u osnovno, bilo u unakrsno ili dopunsko ispitivanje svedoka, bez obzira što te vidove ispitivanja primarno sprovode stranke, odnosno druga lica koja postupaju u okvirima stranačkih funkcija, kao što su to, branilac u okviru funkcije odbrane, odnosno punomoćnik oštećenog kao tužioca ili privatnog tužioca.

Može se pretpostaviti da će u praksi krivični sud ipak *težiti* da koliko je moguće, pa možda i mimo striktnih zakonskih pravila, teži istini ili čak pokuša da utvrdi istinu u krivičnom postupku, jer se kao i ranije, i u odredbama novog Zakonika omogućava podnošenje žalbe i zbog *pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja*, a šta je drugo – pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, nego neistina, odnosno neistinito utvrđeno činjenično stanje. Kako sud „odgovara“ za svoju presudu, on je načelno zainteresovan da ona opstane u eventualnom žalbenom postupku, te će i zbog toga, po logici stvari, težiti da se u krivičnom postupku utvrdi potpuno i tačno činjenično stanje, odnosno da se drugim rečima kazano – utvrdi istina. Stoga će, ako ne formalno, onda makar faktički, u našem krivičnom postupku i dalje u praksi delovati načelo istine, ali sada na bitno limitiran način.

U kontinentalnoj Evropi, sud je, po pravilu, suvereni i neprikosnoveni „gospodar“ dokaznog postupka, bez obzira na to što stranke raspolazu odgovarajućom dokaznom inicijativom, te u određenoj meri mogu učestvovati i u izvođenju dokaza. To je najtipičnije u Nemačkoj i u drugim državama čiji su nam pravni sistemi tradicionalno služili kao uzor.⁶ Slično je i u Austriji, koja je tipična i interesantna i po tome što je, takođe, odnedavno uvela sistem državno-tužilačke istrage, ali, naravno, nije prihvatila i potpuno adverzijalnu konstrukciju glavnog pretresa, niti je u svom novom zakoniku o krivičnom postupku eliminisala načelo istine.⁷ Potpuno je netačno i da adverzijalna konstrukcija glavnog pretresa podrazumeva limitiranje ili eliminisanje načela istine (a u daljem tekstu ćemo objasniti da čak i u SAD postoji načelo istine u krivičnom pos-

6 Više o tome: C. Roxin und B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009, str. 78.

7 Više o tome: S. Seiler, *Strafprozessrecht*, 10, überarbeitete Auflage, Facultas.wuv, Wien, 2009, str. 31-34.

tupku), isto kao što je netačno da tužilačka istraga podrazumeva adverzijalizaciju glavnog pretresa, jer na primer, širom Evrope danas postoje krivičnoprocesni sistemi u kojima istragu vodi javni (državni) tužilac, ali je i pored toga, glavni pretres konstruisan na klasičan evropsko-kontinentalni način, uz rukovodeću dokaznu ulogu suda, koji se rukovodi načelom istine.

1.1. Dokazivanje činjenica u krivičnom postupku

U postupku se dokazi prikupljaju i izvode u skladu sa odredbama Zakonika o krivičnom postupku, kao i na drugi zakonom predviđen način. Radi se o čisto deklarativnoj normi, bez većeg praktičnog značaja.

Nije jasno na koji se to drugi način, osim u skladu sa odredbama Zakonika o krivičnom postupku, dokazi mogu prikupljati i izvoditi. Naime, nije nemoguće da se do nekog dokaza dođe van krivičnog postupka, a da to bude shodno nekom drugom zakonskom propisu, ali uvek kada se takav dokaz potom, koristi u krivičnom postupku, dolazi do primene dokaznih pravila samog Zakonika o krivičnom postupku. To znači da se u krajnjoj liniji, uvek primenjuju odredbe Zakonika o krivičnom postupku, kada se radi o izvođenju dokaza, jer da bi mogli da ostvare određeni procesno-pravni efekat u konkretnom krivičnom postupku, dokazi u njemu i moraju biti izvedeni.

1.2. Predmet dokazivanja i činjenice koje se u krivičnom postupku ne dokazuju

Predmet dokazivanja su činjenice na koje je usmerena konkretna dokazna radnja, odnosno činjenice do kojih se dolazi izvođenjem dokaza u krivičnom postupku, a koje imaju određeni stepen krivičnopravne relevantnosti, kako u materijalnopravnom, tako i u procesnopravnom smislu.

Predmet dokazivanja su prema odredbama Zakonika o krivičnom postupku sledeće činjenice: 1) činjenice koje čine obeležje krivičnog dela, 2) činjenice od kojih zavisi primena neke druge odredbe krivičnog zakona, kao i 3) činjenice od kojih zavisi primena odredaba krivičnog postupka.

Zakonodavac određene činjenice *isključuje od dokazivanja*. *Ratio legis* ovih pravila se pretežno temelji na razlozima celishodnosti. Cilj je da se dokazivanje ne usmerava na ono što se praktično već može smatrati dokazanim, odnosno izvesnim.

Izvesnost postojanja određenih činjenica, što se u stvari, svodi na uverenje suda da postoji konkretno činjenično stanje kao nesporno ili kao „istinito“, može biti rezultat njihove realne *notornosti*, ili određenog *procesnog mehanizma*.

Samo se u prvom slučaju, onda kada su u pitanju *opštepoznate činjenice*, u daleko najvećem broju slučajeva, skoro bez izuzetka i po pravilu, radi o činjenicama koje su po logici stvari, uvek i svakako postojeće, tj. takvim se mogu smatrati u tako visokom stepenu, da to uopšte ne zahteva bilo kakvo dokazivanje, jer bi dokazivanje takvih činjenica bilo ili sasvim nepotrebno, ili čak na prvi pogled, potpuno besmisleno. Na primer, neće se dokazivati da je u Beogradu ušće Save u Dunav ili da je u podne tokom letnjeg perioda dobra vidljivost, osim ako po izuzetku baš tog dana nije došlo do fenomena pomračenja sunca i sl.

U drugim situacijama kada zakonodavac određene činjenice isključuje od dokazivanja, ne radi se uopšte o činjenicama koje baš u svakom slučaju, uvek i bez izuzetka, mogu da se posmatraju kao nesporne, odnosno zaista postojeće. One se u stvari, samo u čisto procesnom smislu smatraju nespornim i to sa stanovišta ocene suda, a u jednom slučaju je to uslovljeno i konsensualnim stavom stranaka.

Konačno, kod svake vrste ovih činjenica, nepotrebnost njihovog dokazivanja, odnosno isključivanje takvih činjenica od dokazivanja, zasniva se na *stavu suda*, odnosno njegovoj *oceni*. To znači da se konkretne činjenice neće dokazivati, samo onda kada sud oceni da će se one isključiti od dokazivanja. Takva ocena suda je po logici stvari, skoro rutinska i „automatska“ kada se radi o opštepoznatim činjenicama, naravno pod uslovom da sud realno oceni da je konkretna činjenica zaista notornog karaktera, odnosno opštepoznata, slično primeru koji je prethodno naveden.

Kada se radi o drugim vrstama, odnosno kategorijama činjenica koje se neće dokazivati, što u stvari znači da njihovo dokazivanje u konkretnom slučaju nije potrebno, tu je sud značajno „slobodniji“ u oceni, što je naročito upadljivo kada se radi o oceni suda da su konkretne činjenice *u dovoljnoj meri raspravljene*, a to donekle važi i za ocenu suda da priznanje okrivljenog u pogledu određenih činjenica može da se smatra verodostojnim.

Ne dokazuju se činjenice za koje sud oceni: 1) da su opštepoznate, 2) u dovoljnoj meri raspravljene, 3) da ih okrivljeni priznaje na način koji ne zahteva dalje dokazivanje, što znači da se radi o priznanju tih činjenica od strane okrivljenog u pogledu kojeg ne postoji osnovana sumnja u istinitost priznanja takvih činjenica, a koje je pored toga, potpuno, neprotivrečno, jasno i nije u suprotnosti sa drugim dokazima, kao i u pogledu kojih postoji saglasnost stranaka, a što nije u suprotnosti sa drugim dokazima.

Kod prve dve vrste činjenica koje se ne dokazuju, radi se o činjenicama u pogledu kojih sud nepotrebnost njihovog dokazivanja, zasniva na kvalitetu, odnosno osobinama samih tih činjenica.

U prvom slučaju činjenica koje se ne dokazuju, radi se o opštepoznatim činjenicama, dakle onim činjenicama koje se u datim okolnostima i prema određenim uobičajenim životnim kriterijumima, realno mogu smatrati svakom poznatim i to u toj meri i na takav način, da nikom ni iole razumnom, to ne može da bude sporno.

U drugom slučaju se radi o činjenicama koje sam sud u procesnom smislu tretira kao nesporne, jer su u dovoljnoj meri raspravljene. *Questio facti* je kad će sud smatrati da je određena činjenica dovoljno raspravljena, a o tome će se načelno raditi, onda kada je sud u pogledu određene relevantne činjenice, na temelju prethodno izvedenih dokaza, već stekao čvrsto uverenje, u toj meri da je bilo kakvo novo dokazivanje nepotrebno. Kod ove druge vrste činjenica, sud načelno ima znatno veću slobodu u oceni, koja se po logici stvari, ali i na temelju nekih opštih dokaznih načela, zasniva na slobodnoj oceni dokaza i slobodnom sudijskom uverenju.

Kod trećeg i četvrtog slučaja činjenica koje se ne dokazuju, sud ceni validnost određenih procesnih situacija, odnosno radnji ili stava stranaka iz kojih proizlaze određene činjenice.

U trećem slučaju se radi o oceni suda da određena procesno relevantna izjava okrivljenog ispoljava određeni kvalitet, a to je da se radi o validnom priznanju okrivljenog.

U četvrtom slučaju je *conditio sine qua non* da postoji saglasnost stranaka u odnosu na određene činjenice, što se u stvari, svodi na saglasan stav stranaka da nije potrebno izvođenje dokaza u odnosu na određene činjenice, ali je pored toga, neophodno i da sud oceni da to nije u suprotnosti sa drugim dokazima. Ovde nije potrebno da postoje drugi dokazi koji su u saglasnosti sa činjenicama koje stranke smatraju nespornim, odnosno koje prihvataju bez daljeg dokazivanja, ili dokazi koji potkrepljuju takav stav stranaka, odnosno činjenice u odnosu na koje se stranke saglašavaju, već je sasvim dovoljno da postoje bilo koji drugi dokazi u krivičnom postupku, koji nisu u suprotnosti sa činjenicama u odnosu na koje postoji saglasnost stranaka.

Ovako definisane činjenice koje se u krivičnom postupku ne dokazuju, prilično liči na pravila nekih klasičnih adverzijalnih krivičnih procedura. Tako se u evropskoj literaturi ističe da je američki krivični postupak veoma sličan parničnom postupku, što se svodi na konstruisanje „adverzijalnog postupka”, čija je osnovna osobenost da svaka stranka snosi teret dokazivanja svojih tvrdnji, a odluku o tome „ko je bio bolji u dokazivanju” donosi porota.⁸ Obrnuto, za klasične kontinentalno-evropske krivične postupke tipično je da sud teži

8 C. Roxin und B. Schünemann, op.cit., str. 79-80.

utvrđivanju istine, koja je deklarisan cilj krivične procedure, ali pri tom uzima u obzir i odgovarajuću dokaznu inicijativu stranaka, što se ne čini bezuslovno, već samo kada sud oceni da se radi o adekvatnim dokaznim predlozima stranaka. Tako na primer u nemačkom krivičnom postupku sud *u cilju utvrđivanja istine* po službenoj dužnosti izvodi dokaze u pogledu svih činjenica i dokaznih sredstava, koji imaju značaja za donošenje odluke (§ 244 Abs. 2 StPO).⁹

2. Neka nova rešenja sadržana u opštem delu Zakonika o krivičnom postupku

Osim što su osnovne koncepcijske karakteristike novog Zakonika o krivičnom postupku, kao što je koncept javno-tužilačke istrage i organizacija glavnog pretresa, sadržane u delu Zakonika koji se odnosi na tok krivičnog postupka, postoji čitav niz modifikacija i novih normativnih rešenja u opštem delu Zakonika, poput već prethodno objašnjenih dokaznih pravila i limitiranog načela istine.

Osvrnućemo se i na neka druga rešenja iz domena opšteg krivičnog procesnog prava, koja mogu biti interesantna, bilo zbog svoje originalnosti, bilo zbog nekih nedoumica koje u praksi mogu da izazovu, ali nekada (što ni u kom slučaju nije retko) i zato što su manjkava, a često i svedena na nivo manjih ili većih grešaka.

2.1. Zakonsko definisanje pojedinih pojmova

Novi Zakonik o krivičnom postupku sadrži izuzetno obiman „pojmovnik“, kojim se definišu i neki izrazi, odnosno pojmovi u pogledu kojih kod nas u praksi nikada nije bilo dileme u odnosu na njihovo značenje. Tako se na primer, definiše izraz „krivični zakon“ u odredbama Zakonika o krivičnom postupku, tako što se određuje da je to Krivični zakonik i drugi zakon Republike Srbije u kojem su sadržane krivičnopravne odredbe. Takođe se i izraz „organizovana kriminalna grupa“ definiše na identičan način, kao što je to učinjeno i u Krivičnom zakoniku.¹⁰

U Zakoniku o krivičnom postupku se utvrđuju pojmovi tri stepena sumnje: 1) osnov sumnje, 2) osnovana sumnja i 3) opravdana sumnja. Načelno nije jasan *ratio legis* upuštanja zakonodavca u definisanje različitih stepena sumnje, jer nije uobičajeno da se moderni zakoni(ci) o krivičnom postupku time bave, a

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

10 Pored ovih potpuno nepotrebnih definicija, kakvih osim prethodno navedenih pojmova koji se tiču izraza „krivični zakon“ i „organizovana kriminalna grupa“, ima još u odredbi Zakonika o krivičnom postupku koja se tiče značenja izraza, u novom Zakoniku ima i drugih nepotrebnih definicija, ali i onih koje se svode na pogrešno definisanje.

naročito ne i da to pitanje povezuju sa danas isključivo teorijskim problemom podele dokaza na posredne i neposredne, odnosno indicije i „prave“ dokaze. Takva podela dokaza, kao i slično, zakonsko definisanje pojedinih dokaznih pojmova je bilo tipično za klasične inkvizitorske krivične postupke i u njima važeće načelo formalne, tj. zakonske ocene dokaza, a takva normativna tehnika je sasvim neuobičajena kada se radi o savremenim izvorima krivičnog procesnog prava, u kojima je zastupljeno načelo slobodne ocene dokaza.

Osnov sumnje je skup činjenica koje posredno ukazuju da je učinjeno krivično delo ili da je određeno lice učinilac krivičnog dela;

Osnovana sumnja je skup činjenica koje neposredno ukazuju da je određeno lice učinilac krivičnog dela;

Opravdana sumnja je skup činjenica koje neposredno potkrepljuju osnovanu sumnju i opravdavaju podizanje optužbe.

Iako novi Zakonik o krivičnom postupku načelno teži da limitira delovanje principa istine, a naročito u odnosu na mogućnost suda da oficijelno „traga“ za istinom u krivičnom postupku, zakonodavac je time što striktno definiše izraz „izvesnost“, u stvari upotrebio jednu vrstu sinonima za „istinu“, odnosno „istinitost“.

Izvesnost je zaključak o nesumnjivom postojanju ili nepostojanju činjenica, zasnovan na objektivnim merilima rasuđivanja.

2.2. Način preduzimanja radnji od strane javnog tužioca

Javni tužilac preduzima radnje u postupku neposredno ili preko svog zamenika, a u postupku za krivično delo za koje je propisana kazna zatvora do pet godina i preko tužilačkog saradnika, odnosno u postupku za krivično delo za koje je propisana kazna zatvora do osam godina i preko višeg tužilačkog saradnika.

Iako nije sporno da u javnim tužilaštvima postoje brojni izuzetno stručni i savesni tužilački saradnici, odredba Zakonika o krivičnom postupku koja omogućava da se radnje tužioca u postupcima za određenu kategoriju krivičnih dela (dela koja su predmet skraćenog postupka), povere višim javnim saradnicima, nije usaglašena sa *Ustavom Srbije*.

2.3. Uznemirenje građana kao razlog za pritvor

Kao i ranije, osnovni uslov za određivanje pritvora je postojanje *osnovane sumnje*, da je okrivljeni učinio krivično delo. Za razliku od nekadašnjeg Zakonika o krivičnom postupku kada ovaj uslov sam po sebi i nije imao neki poseban smisao, jer se jednostavno podrazumevao, onda kada je krivični postu-

pak već pokrenut, s obzirom da se okrivljeni ne bi ni mogao goniti, a da ne postoji osnovana sumnja da je učinio krivično delo, sada ovaj uslov ima svoj *puni smisao*, jer se *istraga vodi na nivou nižeg stepena sumnje – osnova sumnje*. To znači da ako se pritvor određuje u istrazi, za koju je inače, dovoljno da postoje osnovi sumnje, mora istovremeno postojati *viši stepen sumnje*, tj. osnovana sumnja da je okrivljeni učinio krivično delo.

Osim niza „klasičnih“ razloga za određivanje pritvora, poput opasnosti od bekstva, opasnosti od dokazne opstrukcije i preventivnih razloga, zakonodavac sada pritvor zbog *težine krivičnog dela*, posebno „začinjava“ nekim posebnim zahtevima. To znači da se pritvor može odrediti ako je za krivično delo koje se okrivljenom stavlja na teret, propisana kazna zatvora preko deset godina, odnosno kazna zatvora preko pet godina za krivično delo sa elementima nasilja ili mu je presudom prvostepenog suda izrečena kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, a način izvršenja ili težina posledice krivičnog dela su doveli do *uznemirenja javnosti* koje može ugroziti nesmetano i pravično vođenje krivičnog postupka. Radi se o izrazito *kaučuk normi*, koja je u stvari, neka vrsta „povampirene“ odredbe iz vremena socijalističke Jugoslavije, a i tada je taj pritvorski razlog puno kritikovan, kao izuzetno nedemokratski i podložan izuzetno „elastičnim“ tumačenjima.

Inače, mimo ovog načelnog prigovora da se kod „uznemirenja javnosti“, radi o svojevrsnoj „kaučuk“ normi, nije jasno kako to sud ocenjuje da postoji uznemirenje javnosti (da li vrši neku „anketu“, vanprocesno istraživanje i sl.), a naročito nije jasno, kojim se kriterijumima sud rukovodi kada ocenjuje da bi to uznemirenje javnosti moglo dovesti do ugrožavanja nesmetanog i pravičnog vođenja krivičnog postupka. I kao vrhunac, jemstvo može supstituisati pritvor i onda kada je određen zbog uznemirenja javnosti.¹¹ Nije jasno, odnosno ne može se racionalno objasniti, kako je moguće da se javnost koja je prethodno bila toliko uznemirena krivičnim delom, odjednom „smiruje“, kada se da jemstvo?

2.4. Uzorci koji se koriste za forenzičko-genetičku analizu

Pod „forenzičko-genetičkom analizom“ zakonodavac podrazumeva *DNK analizu*, tj. analizu dezoksiribonukleinske kiseline, što se svodi na utvrđivanje specifične genetske „šifre“ ili „koda“, karakterističnog za sva živa bića.

11 Samim tim, ne samo što je nejasan i prilično sporan ratio legis postojanja takvog razloga za određivanje pritvora (uznemirenje javnosti koje proizlazi iz načina izvršenja ili težine posledice krivičnog dela, a što može ugroziti nesmetano i pravično vođenje krivičnog postupka), već je onda, kada već postoji takav razlog za pritvor, veoma sporan ratio legis mogućnosti da se pritvor koji bi iz tog razloga trebalo da bude određen, može supstituisati jemstvom. Kako to da onda kada se uzme/da jemstvo prestaje uznemirenje javnosti ?

Ako je potrebno radi otkrivanja učinioca krivičnog dela ili utvrđivanja drugih činjenica u postupku (*materijalni uslov*), javni tužilac ili sud može narediti (naredba organa postupka kao *formalni uslov*) – uzimanje uzorka za forenzičko-genetičku analizu: 1) sa mesta krivičnog dela i drugog mesta na kome se nalaze tragovi krivičnog dela; 2) od okrivljenog i oštećenog, a pod uslovima predviđenim u odnosu na uzimanje bioloških uzoraka, što znači da se uzorci za forenzičko-genetičku analizu mogu uzeti i bez pristanka lica, izuzev ako bi nastupila kakva šteta po njegovo zdravlje; te 3) od drugih lica ako postoji jedna ili više karakteristika koja ih dovodi u vezu sa krivičnim delom.

U odluci o izricanju krivične sankcije koja se sastoji u lišenju slobode, prvostepeni sud može po službenoj dužnosti odrediti da se uzorak za forenzičko-genetičku analizu uzme od sledećih lica: 1) okrivljenog – kome je za krivično delo učinjeno sa umišljajem izrečena kazna zatvora preko jedne godine; 2) okrivljenog – koji je oglašen krivim za umišljajno krivično delo protiv polne slobode;¹² te 3) lica kome je izrečena mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja.

Vođenje evidencije o uzetim uzorcima za forenzičko-genetičku analizu, kao i uslovi koji se odnose na njihovo čuvanje i uništavanje uređuje se podzakonskim koji donosi Vlada, a shodno propisima po kojima se takvim aktom uređuje pitanje vođenja kaznene evidencije.

3. Osnovne specifičnosti predistražnog postupka

Predistražni postupak je prvi procesni stadijum, koji prethodi formalnoj istrazi javnog tužioca, a u sadržinskom smislu predstavlja svojevrsni procesni „supstitut“ nekadašnjem pretkrivičnom postupku.

Osnovne osobenosti predistražnog postupka su:

1. Predistražni postupak se po logici stvari, iako to u Zakoniku nije striktno naglašeno, vodi samo u pogledu krivičnih dela za koja se goni po službenoj dužnosti;

2. u sadržinskom smislu je predistražni postupak pretežno neformalnog karaktera, što znači da se u okviru ove faze sprovode tzv. operativne radnje, koje nemaju neposredan dokazni značaj, ali se određene radnje, što se primarno tiče određenih dokaznih radnji koje se sprovode u predistražnom postupku,

12 Kada ovde kao uslov navodi da se mora raditi o umišljajnom krivičnom delu protiv polne slobode, zakonodavac pravi grubu i skoro neverovatnu laičku grešku, jer su krivična dela protiv polne slobode po definiciji isključivo umišljajna. Na primer, kada je reč o najtipičnijem (klasičnom) krivičnom delu protiv polne slobode, nemoguće je zamisliti silovanje koje bi se izvršilo iz nehata. Više o tome: Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2012, str. 445.

sprovode u formalnom obliku i one već mogu imati dokazni značaj i za eventualno kasnije pokrenut krivični postupak;

3. predistražni postupak suštinski predstavlja vrstu „istrage“, jer iako se terminološki tako ne označava, niti se donosi bilo kakva formalna odluka kojom predistražni postupak započinje, poput naredbe o sprovođenju istrage, svrha predistražnog postupka je da se „istraži“ potencijalno krivično delo, što znači da naš krivični postupak u stvari sada poznaje dve *istražne faze*: 1) neformalnu istragu – predistražni postupak i 2) istragu, koja se sprovodi na osnovu formalne odluke (naredba javnog tužioca);

4. predistražni postupak se vodi na nivou postojanja osnova sumnje, što je isti stepen sumnje, koji je potreban i za vođenje istrage, bilo u pogledu nepoznatog učinioca, bilo istrage usmerene protiv poznatog osumnjičenog, što nije sasvim logično rešenje, jer niti je celishodno da se obe „istražne“ faze vode ni nivou istog (najnižeg) stepena sumnje, niti ima rezona da se istraga, koja i formalno započinje naredbom, može voditi kako protiv poznatog osumnjičenog, tako i u pogledu nepoznatog učinioca krivičnog dela, kada bi daleko logičnije bilo da se sprovodi samo predistražni postupak;

5. predistražnim postupkom formalno rukovodi javni tužilac, većinu radnji u njemu faktički vrši policija koja je po logici stvari, operativnijeg karaktera, a koju zakonodavac u bitnoj meri svodi na svojevrsan „servis“ javnog tužioca, koji policiji može da izdaje obavezujuće naloge, pri čemu su mu na raspolaganju jači procesno-pravni mehanizmi delovanja na policiju u predistražnom postupku u odnosu na mogućnosti koje je u tom pogledu imao u nekadašnjem pretkrivičnom postupku;

6. u odnosu na nekadašnji pretkrivični postupak, sadašnji predistražni postupak je *značajno formalnijeg karaktera*, za šta je teško pronaći valjan ratio legis, kada se ima na umu da nakon takvog predistražnog postupka, po pravilu, sledi još formalnija istraga;

7. u predistražnom postupku, bez obzira na prethodno objašnjenu „dominirajuću“ ulogu javnog tužioca i policije, određenu funkciju ima i krivični sud u odgovarajućem funkcionalnom obliku, tj. *sudija za prethodni postupak*, kao što je to na primer, slučaj sa određivanjem pritvora, izdavanjem naredbe za preduzimanje određenih posebnih dokaznih radnji, itd.

4. Osnovne osobenosti istrage u novom Zakoniku o krivičnom postupku

Osnovne specifičnosti istrage u novom Zakoniku o krivičnom postupku su:¹³

1. Istraga je svrstana u nadležnost javnog tužioca, koji je formalno pokreće naredbom;

2. Protiv odluke kojom se pokreće istraga, a to je naredba javnog tužioca, žalba nije dozvoljena, a u daljem tekstu ćemo objasniti da je veliko pitanje koliko je takvo zakonsko rešenje usaglašeno sa Ustavom;

3. Istraga se vodi na nivou *relativno niskog stepena sumnje* (najniži Zakonikom definisan stepen sumnje), tj. onda kada postoje osnovi sumnje da je konkretno lice učinilo krivično delo ili osnovi sumnje da je učinjeno krivično delo;

4. Istraga se može voditi kako protiv poznatog osumnjičenog, tako i u pogledu *nepoznatog učinioca krivičnog dela*, što predstavlja izuzetno dubiozno rešenje, kada se ima u vidu mogućnost vođenja predistražnog postupka i to na nivou istog stepena sumnje, kao i istrage – osnovi sumnje;

5. Uloga suda u istrazi, tj. sudije za prethodni postupak je svedena samo na vrlo ograničen broj radnji, kao što je odlučivanje o nekim merama procesne prinude (gde je posebno značajan pritvor kao oblik lišenja slobode), odnosno donošenje odluka koje spadaju u isključivu sudsku nadležnost, poput naredbe o pretresanju stana, drugih prostorija i lica, a sud ima mogućnost i da u izvesnoj meri, deluje u korist odbrane u istrazi,¹⁴ te vrši i neke druge, veoma limitirane funkcije u javno-tužilačkoj istrazi;

6. U istrazi koju formalno vodi javni tužilac, određene radnje dokaznog karaktera u korist odbrane, mogu sprovoditi i okrivljeni, kao i njegov branilac, uz dužnost da o tome na odgovarajući način obaveste javnog tužioca;

7. Istraga nije obavezni procesni stadijum, ne samo zato što se ona, kao i ranije, ne vodi u pogledu krivičnih dela koja su predmet skraćenog postupka,

13 Uporedi: S. Bejatović, Radna verzija Nacrta Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije i tužilački model istrage, Revija za krivično pravo i kriminologiju, broj 2/2010, Beograd, 2010, str. 23-39.

14 Sudija za prethodni postupak ne može neposredno da vrši neku dokaznu radnju u korist odbrane u istrazi (što bi bilo logično), već može samo da naloži javnom tužiocu da preduzme takvu radnju, ako se javni tužilac prethodno ogлуši o takav zahtev okrivljenog, odnosno branioca. Ovo je loše rešenje, tim pre, što zakonodavac uopšte ne rešava problem eventualnog ogлуšenja javnog tužioca o nalog sudije za prethodni postupak. Konačno, i ako javni tužilac po nalogu sudije za prethodni postupak izvrši zahtevanu radnju, sasvim je jasno da on to po pravilu, neće učiniti sa nekim velikim „entuzijazmom“, jer se radi o radnji koju je prethodno sam taj javni tužilac smatrao nepotrebnom.

već i stoga, što sada javni tužilac može uvek i bez posebnih uslova, umesto da vodi istragu, podići neposredno optužnicu.

4.1. Elementi tzv. paralelne istrage¹⁵

Osumnjičeni i njegov branilac mogu samostalno prikupljati dokaze i materijal u korist odbrane, a u cilju ostvarivanja tih ovlašćenja osumnjičeni i njegov branilac imaju pravo: 1) da razgovaraju sa licem koje im može pružiti podatke korisne za odbranu i da od tog lica pribavljaju pisane izjave i obaveštenja, uz njegovu saglasnost; 2) da ulaze u privatne prostorije ili prostore koji nisu otvoreni za javnost, u stan ili prostore povezane sa stanom, uz pristanak njihovog držaoca; te 3) da od fizičkog ili pravnog lica preuzmu predmete i isprave i pribave obaveštenja kojima ono raspolaže, uz njegovu saglasnost, kao i uz obavezu da tom licu izdaju potvrdu sa popisom preuzetih predmeta i isprava.

Osumnjičeni koji je saslušan i njegov branilac su dužni da odmah po svom samostalnom pribavljanju dokaza, *obaveste javnog tužioca* o tome, te da mu pre završetka istrage omoguće razmatranje spisa i razgledanje predmeta koji služe kao dokaz (član 303. stav 3. ZKP/11). Ovo znači da osumnjičeni (koji može biti i nepismen), odnosno njegov branilac (koji uopšte ne mora biti advokat-krivičar), mogu voditi neku vrstu svoje „istrage“, u vidu prikupljanja dokaza, odnosno „dokaznih materijala“ u prilog odbrane, te o njenim rezultatima *obavestiti protivnu stranku*, tj. javnog tužioca.

Ovim se u formi navodne potpune stranačke ravnopravnosti, te uz pokušaj da se i sama istraga, protivno njenoj procesnoj logici, adverzijalno tj. stranački ustroji, praktično uvodi kategorija odgovarajuće „kooperativnosti“ odbrane, u odnosu na javnog tužioca tokom istrage koju on formalno vodi. Ipak je u pitanju prazna norma, jer kakve bi konsekvence snosila odbrana, ako ne bi u istrazi na ovakav način sarađivala sa javnim tužiocem.

Ovde treba posebno imati u vidu i slučaj sa okrivljenim koji se nalazi u pritvoru. Naime i on bi u skladu sa članom 301. imao pravo da prikuplja dokaze, a kako pritvoreni okrivljeni to svoje pravo može ostvariti, kada, ne samo da se nalazi u pritvoru, već se jedan broj razloga za pritvor baš i tiče opasnosti od dokazne opstrukcije usled delovanja okrivljenog koji bi bio na slobodi, kao kada je u pitanju

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

određivanje pritvora *zbog koluzione opasnosti* ili kada se radi o postojanju okolnosti koje ukazuju da će uništiti, sakriti, izmeniti ili falsifikovati dokaze.

Konačno, ovaj koncept tzv. paralelne istrage je i odličan primer izuzetno „praznih“ normi, ali uz pokušaj nametanja posebnih obaveza odbrani, kakve ranije nisu postojale, tako da se davanje nekih navodnih novih „prava“, u stvari, svodi na formulisanje *novih dužnosti*. Naime, oduvek su osumnjičeni i njegov branilac mogli i tokom sudske istrage ili pretkrivičnog postupka, da razgovaraju sa bilo kojim licem, ako ono na to pristane ili da ulaze u nečiji stan, ako držalac stana to dozvoli i sl. Nikada to nije bilo zabranjeno, bez obzira što u ZKP-u, to do sada nije bilo izričito propisano, ali se sada to „tobož“ *posebno dozvoljava (kao da ranije nije bilo moguće!)*, pri čemu se u stvari, time uvodi nova, ranije nepostojeća *dužnost*, da se o svemu što je saznato takvim aktivnostima, *obavesti javni tužilac*. Time se u stvari, subjekti u funkciji odbrane, pretvaraju u „saradnike javnog tužioca“, što je besmisleno.¹⁶

5. Stranački sporazumi u novom Zakoniku o krivičnom postupku

Osnovne osobenosti sporazuma između javnog tužioca i okrivljenog u Zakoniku o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine su:¹⁷

1. Postoje tri vrste stranačkih sporazuma koje podrazumevaju priznanje krivičnog dela od strane okrivljenog – jedan je klasičan sporazum o priznanju, u osnovi sličan i ranije postojećem sporazumu o priznanju krivičnog dela, što podrazumeva i sporazum o krivičnoj sankciji i drugim relevantnim pitanjima, a druga dva sporazuma predstavljaju vid „zadobijanja tzv. kooperativnog svedoka“, što znači da se njima uređuje način na koji okrivljeni preduzima dužnost svedočenja, te postaje „okrivljeni/osuđeni saradnik“;

2. Za razliku od ranijeg zakonskog rešenja (uvedenog novelama iz 2009. u odnosu na ZKP iz 2001. godine), kada je sporazum o priznanju krivice bio moguć samo u odnosu na krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do dvanaest godina (kao i za neka druga krivična dela iz delokruga tužilaštava posebne nadležnosti), sada sporazum o priznanju krivičnog dela kao osnovna vrsta stranačkih sporazuma u novom ZKP-u više nije na bilo koji način ograničen vrstom krivičnog dela u pogledu kojeg se takav sporazum zaključuje,

16 S. Bejatović, *Koncept istrage i novi ZKP RS*, Zbor. „Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2013, str.131-145.

17 Više o stranačkim sporazumima uopšte: V. Bajović, *Sporazum o priznanju krivice – uporednopravni prikaz*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, str. 38-40.

što znači da se on može ticati bilo kojeg krivičnog dela koje je predmet krivičnog postupka, nezavisno od njegove težine, odnosno zaprećene kazne;¹⁸

3. Oštećeni nema mogućnost da bilo kakvim posebnim pravnim sredstvom pobija sporazum o priznanju krivičnog dela koji zaključuju stranke, a zakonodavac pokušava da interese oštećenog zaštiti time što kao obavezni element sporazuma navodi i sporazum o imovinskopravnom zahtevu, onda kada je on podnesen, što inače, ne predstavlja dobro normativno rešenje, a u praksi (što ćemo detaljnije objasniti u daljem tekstu), može dovesti do problema.

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

S druge strane, ako bi se smatralo da sud, u slučaju da se sporazum tiče samo raspona kazne, može potpuno slobodno izreći bilo koju meru kazne u okviru „dogovorenog raspona“, to bi bilo veoma nelogično, jer kako sud može izreći bilo koju kaznu, to jest odrediti meru određene vrste kazne, ako uopšte *nije izvodio dokaze* koji se tiču okolnosti koje su parametri za odmeravanje kazne.¹⁹

Ako se već želelo da postoji mogućnost da se stranke dogovore samo o rasponu kazne, a da se onda sudu prepusti da konačno, ukoliko prihvati sporazum,

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

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

u okviru tog raspona izrekne konkretnu meru kazne, onda se moralo propisati da sud mora izvesti dokaze kojima utvrđuje činjenice od kojih zavisi mera kazne.

6. Osnovne specifičnosti optuženja u novom Zakoniku o krivičnom postupku

Osnovne specifičnosti u fazi optuženja u skladu sa pravilima novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije su:

1. kao materijalni uslov za optuženje potreban je viši stepen sumnje u odnosu na onaj stepen sumnje koji je inače, potreban za započinjanje krivičnog postupka, a to je opravdana sumnja;

2. u stadijumu optuženja, oštećeni ne može steći svojstvo supsidijarnog tužioca, ali ima mogućnost da putem podnošenja posebnog pravnog sredstva – prigovora, „izdejstvuje“ krivično gonjenje, pod uslovom da prigovor oštećenog usvoji neposredno viši javni tužilac;

3. sastav optužnice je u pogledu njenih obaveznih elemenata nešto (minimalno) promenjen u odnosu na ranije zakonsko rešenje;

4. načelo kontradiktornosti se u fazi optuženja ispoljava u mogućnosti protivne stranke, tj. odbrane, da sudu podnese svoj odgovor na optužnicu;

5. podnesena optužnica se obavezno i svakako preispituje od strane suda, potpuno nezavisno i od stava same odbrane, tako da za aktiviranje mehanizma sudske kontrole optužnice, nije potrebno posebno pravno sredstvo, kao što je to nekada bio prigovor protiv optužnice;

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

U SAD se u okviru sporazuma stranke mogu dogovoriti i o pravnoj kvalifikaciji krivičnog dela, što je ponekad, već na prvi pogled suprotno onome što se zaista zbilo u konkretnom slučaju. To nekada liči na tzv. kompromisne presude, kao kada su dokazi relativno „tanki“, pa se na primer, a na temelju „ispregovaranog priznanja“, umesto za ubistvo prvog stepena, okrivljeni osuđi za ubistvo drugog stepena i sl. Time se praktično, drastično umanjuje značaj materijalnog krivičnog prava, jer se slično može postupiti u odnosu na bilo koje materijalno krivičnopravno pitanje, kako iz domena objektivnih elemenata krivičnog dela (actus reus), tako i u pogledu njegovog subjektivnog elementa (mens rea), shodno opštem pojmu krivičnog dela u krivičnom pravu SAD. Više o tome: M. Škulić, Osnovi uporednog krivičnog procesnog prava i osnovni problemi reforme krivičnog postupka Srbije, zbornik „Kaznena reakcija u Srbiji“ (prir. prof. dr Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, str. 54-125,

6. istraga ne prethodi obavezno podnošenju optužnice, jer ako prikupljeni podaci o krivičnom delu i učiniocu pružaju dovoljno osnova za optuženje, optužnica se može bez ikakvih posebnih zakonskih ograničenja (bez ranije podele na pravo, tj. bezuslovno i nepravo, tj. uslovljeno neposredno optuženje), podići i bez prethodnog sprovođenja istrage;

7. odredbe o optužnici i ispitivanju optužnice primenjuju se shodno i na privatnu tužbu, osim ako se ona podnosi za krivično delo za koje se sprovodi skraćeni postupak, što je inače, slučaj skoro sa svim krivičnim delima za koja se ne goni po službenoj dužnosti.

7. Osnovne osobenosti glavnog pretresa u novom Zakoniku o krivičnom postupku

Osnovne specifičnosti stadijuma održavanja glavnog pretresa i donošenja presude, prema pravilima novog Zakonika o krivičnom postupku su:

1. u fazi pripremanja glavnog pretresa uvedeno je pripremno ročište, kojem je poklonjena velika pažnja, odnosno načelno dat veliki značaj u novom Zakoniku i koje je u pogledu krivičnih postupaka za određena krivična dela, prema kriterijumu njihove težine, s obzirom na zaprećenu kaznu, definisano kao *obavezno*, dok je u pogledu krivičnih postupaka čiji su predmet krivična dela sa manjom propisanom kaznom, pripremno ročište *fakultativnog* karaktera;

2. glavni pretres je konceptijski organizovan na striktno adverzizjalnim osnovama, tako da osnovne dokazne aktivnosti imaju stranke, a dokazna uloga suda je svedena na minimum.

7.1. Pripreme za glavni pretres

Predsednik veća odmah posle prijema potvrđene optužnice i spisa predmeta, započinje pripreme za glavni pretres, koje obuhvataju: 1) održavanje pripremnog ročišta, 2) određivanje glavnog pretresa i 3) donošenje drugih odluka koje se odnose na upravljanje postupkom.

Protiv odluka koje donosi predsednik veća u toku priprema za glavni pretres žalba nije dopuštena, osim ako Zakonikom nije drugačije određeno.

7.1.1. Pripremno ročište (član 345-352 ZKP/2011)

Pripremno ročište predstavlja stadijum krivičnog postupka koji je prema zakonskoj sistematici svrstan među elemente pripremanja za održavanje glavnog pretresa. Ovaj procesni stadijum se svodi na odgovarajuće izjašnjavanje stranaka

o predmetu optužbe, davanje određenih dokaznih obrazloženja, ispoljavanja relevantne dokazne inicijative i uopšte, predstavlja svojevrsno preliminarno „suočavanje“ stranaka pred sudom, pri čemu se ispoljava načelo kontradiktornosti, a postoji mogućnost suda da već u toj pripreмноj fazi pre održavanja glavnog pretresa, donese niz važnih odluka, među koje spada i rešenje o obustavi krivičnog postupka, kao vid okončanja započetog krivičnog postupka.

Ratio legis pripremnog ročišta je zasnovan na adverzijalnoj konstrukciji glavnog pretresa i svodi se na težnju da se stranke što je moguće ranije u procesno-stadijumskom smislu, izjasne u pogledu svojih „dokaznih intencija“ u odnosu na budući glavni pretres, kako bi se na taj način, s jedne strane, omogućilo sudu pred kojim će se glavni pretres odvijati, da na odgovarajući način planira vreme održavanja, trajanje i tok glavnog pretresa, dok se time s druge strane, omogućava obostrano „otvaranje karata“ stranaka u pogledu njihove buduće i planirane dokazne aktivnosti na glavnom pretresu.

7.2. Javnost glavnog pretresa i potencijalna neustavnost

Glavni pretres je javan. Zakonodavac omogućava da glavnom pretresu prisustvuju (kao publika) samo lica starija od 16 godina, što je promena u odnosu na ranije pravilo po kojem je načelo javnosti podrazumevalo pravo svakog *punoletnog građanina*, koji pri sebi nema oružje ili opasno oruđe i koji nije procesno zainteresovan, odnosno nema nikakvu procesnu funkciju, da prisustvuje glavnom pretresu i prati njegov tok.

Nije sasvim jasan *ratio legis* omogućavanja da i lica koja nisu punoletna budu shvaćena kao deo opšte javnosti, te mogu da prisustvuju glavnom pretresu, što u praksi, nekada može biti i komplikovano vezano za način utvrđivanja starosti „publike“, s obzirom da lica koja nemaju navršenih 18 godina života nemaju dužnost posedovanja lične karte kao osnovnog formalnog identifikacionog dokumenta.

Načelo javnosti podrazumeva i postojanje mogućeg izuzetka u vidu postojanja razloga iz kojih se javnost u potpunosti ili delimično može isključiti sa glavnog pretresa. Od otvaranja zasedanja, pa do završetka glavnog pretresa, veće može, po službenoj dužnosti ili na predlog stranke ili branioca, ali uvek nakon njihovog izjašnjenja, isključiti javnost za ceo glavni pretres ili za jedan njegov deo, ako je to potrebno radi zaštite sledećih alternativno propisanih vrednosti: 1) interesa nacionalne bezbednosti; 2) javnog reda i morala; 3) interesa maloletnika; 4) privatnosti učesnika u postupku; 5) drugih opravdanih interesa u demokratskom društvu.

Svi razlozi za isključenje javnosti sa glavnog pretresa koji se alternativno propisuju u novom ZKP-u su u određenim terminološkim varijantama, suštinski postojali i ranije, osim poslednjeg razloga, koji se zbog svoje izrazite širine, pa i poprilične nejasnoće i nepreciznosti, donekle svodi na svojevrsnu „kaučuk“ normu, što nije dobro, jer je javnost glavnog pretresa načelo koje se ustanovljava ne samo Zakonikom o krivičnom postupku, već i Ustavom Srbije. Pitanje je i da li je razlog za isključenje javnosti zbog potrebe zaštite „drugih opravdanih interesa u demokratskom društvu“, u skladu sa Ustavom Srbije, odnosno po svemu sudeći, radi se o *protivustavnoj normi*, jer naš Ustav ne poznaje takav razlog kao *poseban osnov* za isključenje javnosti, već tu formulaciju striktno povezuje sa *javnim redom i moralom*, dok se u ZKP-u „javni red i moral“, te „drugi opravdani interesi u demokratskom društvu“, definišu kao *dva samostalna i odvojena, odnosno jedan od drugog nezavisna razloga* za isključenje javnosti na glavnom pretresu.²⁰

7.3. Početak dokaznog postupka i predmet dokazivanja na glavnom pretresu

Započinjanje dokaznog postupka se formalno manifestuje odgovarajućom aktivnošću predsednika veća, koji objavljuje početak dokaznog postupka.

U dokaznom postupku se izvode dokazi o činjenicama koje su shodno opštim zakonskim pravilima predmet dokazivanja, gde spadaju *tri vrste činjenica*: 1) činjenice koje čine obeležje krivičnog dela, 2) činjenice od kojih zavisi primena neke druge odredbe krivičnog zakona, te 3) činjenice od kojih zavisi primena odredaba krivičnog postupka.

Ako optuženi na glavnom pretresu prizna da je učinio krivično delo, u daljem toku dokaznog postupka, izvode se samo *dve vrste dokaza*:

A) dokazi od kojih zavisi ocena da li priznanje ispunjava opšte pretpostavke da se smatra procesno validnim, što znači da se onda kada je svojim iskazom optuženi ispoljio priznanje, dokazi o učiniocu i krivičnom delu i dalje prikupljaju samo ako postoji neka od alternativno propisanih okolnosti: 1) osnovana sumnja u istinitost priznanja ili 2) manjkavost priznanja, koja postoji kada se radi o priznanju koje je u alternativnom smislu: a) nepotpuno, b) protivrečno, v) nejasno, odnosno g) u suprotnosti sa drugim dokazima;

B) dokazi od kojih zavisi odluka suda o vrsti krivične sankcije i meri kazne.

²⁰ Prema članu 32. stav 3. Ustava Srbije (norma koja je segment prava na pravično suđenje), javnost se može isključiti tokom čitavog postupka koji se vodi pred sudom ili u delu postupka, samo radi zaštite interesa nacionalne bezbednosti, javnog reda i morala u demokratskom društvu, kao i radi zaštite interesa maloletnika ili privatnosti učesnika u postupku, u skladu sa zakonom.

7.4. Predlaganje dokaza na glavnom pretresu i redosled u njihovom izvođenju

Stranke, branilac i oštećeni mogu do završetka glavnog pretresa predlagati da se izvedu novi dokazi, a mogu ponoviti predloge koji su ranije odbijeni, a o izvođenju dokaza koji su predloženi, odlučuje predsednik veća.

Predsednik veća ima striktnu zakonsku dužnost da obrazloženim rešenjem odbije dokazni predlog, ako je predloženo izvođenje dokaza koji je *nezakonit*, što je slučaj kada se o dokaznom predlogu koji je usmeren na izvođenje dokaza koji bi neposredno ili posredno, sami po sebi ili prema načinu pribavljanja, bili u suprotnosti sa Ustavom, Zakonikom o krivičnom postupku, drugim zakonom ili opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima

Predsednik veća može obrazloženim rešenjem odbiti dokazni predlog ako oceni da je reč o dokazu u pogledu kojeg postoji neki od sledećih alternativno propisanih razloga:

1) ako su za dokaz stranke, branilac i oštećeni znali u toku pripremnog ročišta ili nakon određivanja glavnog pretresa, ali ga bez opravdanog razloga nisu predložili;

2) ukoliko je dokazni predlog usmeren na dokazivanje činjenica koje nisu predmet dokazivanja (ne tiče se činjenica koje su obeležja krivičnog dela ili drugih relevantnih krivičnopravnih ili krivičnoprocesnih pitanja) ili se odnosi na činjenice koje se ne dokazuju, tj. kada se radi o činjenicama za koje sud oceni da su: a) opštepoznate, b) u dovoljnoj meri raspravljene, v) da ih okrivljeni priznaje na način koji ne zahteva dalje dokazivanje, ili g) da saglasnost stranaka o tim činjenicama nije u suprotnosti sa drugim dokazima.

3) kada su u pitanju dokazi čije izvođenje je očigledno usmereno na odugovlačenje postupka.

Predsednik veća može u toku postupka opozvati rešenje o odbijanju konkretnog dokaznog predloga, a veće povodom prigovora podnosioca dokaznog predloga, može preinačiti rešenje predsednika veća, te odlučiti da se predloženi dokaz izvede.

Dokazni postupak je u skladu sa novim Zakonikom o krivičnom postupku uređen na *striktno adverzijalnim osnovama*, uz mogućnost da se određeni dokazi izvedu po odluci suda i predlogu oštećenog.

Posle saslušanja optuženog, predsednik veća određuje vreme u kojem se izvode sledeći dokazi: 1) najpre izvode dokazi koje predloži tužilac, potom 2) dokazi koje predloži odbrana, 3) nakon toga dokazi čije izvođenje je odredilo veće po službenoj dužnosti i po predlogu oštećenog, te 4) na kraju dokazi o

činjenicama od kojih zavisi odluka o vrsti i meri krivične sankcije. Ovako određen redosled dokaza je *pravilo*, ali ono nije apsolutnog karaktera, jer ako postoje opravdani razlozi predsednik veća može odrediti drugačiji redosled i produžiti vreme za izvođenje dokaza.

Podaci iz kaznene evidencije i drugi podaci o osuđivanosti optuženog za kažnjive radnje od kojih zavisi odluka o vrsti i meri krivične sankcije se takođe izvode u skladu sa opštim pravilom o redosledu izvođenja dokaza, osim ako veće odlučuje o merama za obezbeđenje prisustva okrivljenog i za nesmetano vođenje krivičnog postupka. Ako oštećeni koji je prisutan treba da se ispita kao svedok, njegovo ispitivanje će se obaviti pre ostalih svedoka.

Posle izvođenja svakog dokaza, predsednik veća upitaće stranke, branioca i oštećenog da li povodom izvedenog dokaza imaju primedbe. Na ovaj se način omogućava dodatno ispoljavanje kontradiktornog karaktera dokaznog postupka na glavnom pretresu.

7.5. Ispitivanje svedoka, veštaka ili stručnog savetnika na glavnom pretresu

Svedok koji nije ispitan, po pravilu, neće prisustvovati izvođenju dokaza pre svog ispitivanja. Svrha ovog pravila je da se onemogući da prethodno izvođenje dokaza, poput ispitivanja drugih svedoka ili veštaka, utiče na budući iskaz još neispitanog svedoka.

Ispitani svedoci, veštaci ili stručni savetnici ostaju u sudnici ako ih predsednik veća, nakon izjašnjenja stranaka, sasvim ne otpusti, ili ako, po predlogu stranaka ili po službenoj dužnosti, ne naredi da se privremeno udalje iz sudnice da bi kasnije mogli biti ponovo pozvani i još jednom ispitan u prisustvu ili odsustvu drugih svedoka, veštaka ili stručnih savetnika.

Ako se kao svedok ispituje lice mlađe od 14 godina, veće može odlučiti da se za vreme njegovog ispitivanja isključi javnost. Ako lice mlađe od 16 godina prisustvuje glavnom pretresu kao svedok ili oštećeni, udaljiće se iz sudnice čim njegovo prisustvo nije više potrebno.

Pre početka ispitivanja svedoka, veštaka ili stručnog savetnika, predsednik veća ga upozorava:

1) na krivičnopravne konsekvence davanja lažnog iskaza – da lažno svedočenje, odnosno davanje lažnog nalaza i mišljenja ili iskaza, predstavlja krivično delo;

2) na prethodno formalno preuzeto obavezivanje u odnosu na verodostojnost i kvalitet svog budućeg iskazivanja – da je položio zakletvu pre glavnog pretresa;

3) na centralnu dužnost ove vrste davaoca iskaza, a to je dužnost svedoka da tokom ispitivanja govori istinu i da ne sme ništa da prećuti, odnosno dužnost veštaka da tačno i potpuno iznese svoj nalaz i mišljenje.²¹

Predsednik veća će pre početka ispitivanja pozvati svedoka ili veštaka, koji nije položio zakletvu pre glavnog pretresa, ili stručnog savetnika da to učini.

Na glavnom pretresu se svedok ili stručni savetnik ispituje uz shodnu primenu opštih zakonskih pravila koja se odnose na ispitivanje svedoka, a veštak izlaže usmeno svoj nalaz i mišljenje, ali mu veće može dozvoliti da pročita pisani nalaz i mišljenje koji će potom priložiti zapisniku.

Svedoku, veštaku ili stručnom savetniku neposredno postavljaju pitanja stranke i branilac, predsednik veća i članovi veća, a oštećeni ili njegov zakonski zastupnik i punomoćnik, i veštak ili stručni savetnik mogu neposredno postavljati pitanja uz odobrenje predsednika veća.

Ispitivanje svedoka na glavnom pretresu je regulisano na adverzijalan način, što znači da je s jedne strane, reč o dokaznoj aktivnosti koja primarno pripada strankama, dok je s druge strane, redosled postavljanja pitanja svedoku, formalno uređen zavisno od toga koja je stranka prva predložila ispitivanje konkretnog svedoka. Tada ta stranka vrši osnovno ispitivanje, a suprotna stranka ima mogućnost unakrsnog ispitivanja.

Ako obe stranke predlože ispitivanje istog svedoka ili isto veštačenje, smatraće se da je dokaz predložila stranka čiji je predlog prvi zaveden u sudu. Ako je sud odredio ispitivanje svedoka ili veštačenje bez predloga stranaka, pitanja prvi postavljaju predsednik i članovi veća, potom tužilac, optuženi i njegov branilac i veštak ili stručni savetnik. Oštećeni ili njegov zakonski zastupnik i punomoćnik imaju pravo da postave pitanja svedoku, veštaku ili stručnom savetniku nakon tužioca, uvek kada tužilac ima pravo na ispitivanje.

Postoje *tri vida ispitivanja svedoka* na glavnom pretresu: 1) osnovno, 2) unakrsno i 3) dodatno. *Osnovno* je prvo ispitivanje koje obavlja stranka koja je svedoka predložila, odnosno koja ga je „prva“ predložila, dok je *unakrsno* ispitivanje, ono koje dolazi posle osnovnog i koje preuzima suprotna stranka i koje je po logici stvari, usmereno na pobijanje onih elemenata iskaza dobijenog tokom osnovnog ispitivanja, koji su negativni po suprotnu stranku. Svaka stranka ima bezuslovno pravo na osnovno ispitivanje svedoka kojeg je ona predložila

21 Ova upozorenja su navedena prema zakonskom redosledu, ali bi inače, svakako bilo daleko logičnije da se svedok prvo upozorava na svoju dužnost da govori istinu i ništa ne prećuti, odnosno veštak prvo upozorava na dužnost da tačno i potpuno iznese svoje mišljenje, a da se tek potom, kako svedok, tako i veštak, upozoravaju na krivičnopravne posledice suprotnog postupanja, tj. oficijelno od strane suda informišu da davanje lažnog iskaza svedoka, odnosno lažnog nalaza i mišljenja veštaka, predstavljaju krivična dela.

ili ga je prvo ona predložila (ukoliko istog svedoka predlažu obe stranke). Stranka takođe, ima bezuslovno pravo na unakrsno ispitivanje svedoka kojeg je pre toga, osnovno ispitala suprotna stranka. Kada je reč o *dodatnom* ispitivanju svedoka u pogledu njega ne postoji pravo stranke na njegovo preduzimanje, već je ono uslovljeno odobrenjem suda.

Zakonikom se formalno uređuje redosled ispitivanja svedoka na glavnom pretresu, tako što se najpre obavlja osnovno ispitivanje, posle toga unakrsno ispitivanje, a po odobrenju predsednika veća mogu se postavljati dodatna pitanja.

Prilikom ispitivanja svedoka, veštaka ili stručnog savetnika shodno se primenjuju određene zakonske odredbe koje se odnose na iskaz optuženog, dat na glavnom pretresu koji se razlikuje u odnosu na iskaz iz neke prethodne faze postupka, kao i u odnosu na unošenje iskaza svedoka u zapisnik. To znači da svedoka koji odstupa od svog ranije datog iskaza, predsednik veća upozorava na to, te ga pita za razloge odstupanja, a predsednik veća po potrebi, određuje po službenoj dužnosti, ili to čini na zahtev optuženog da se ranije dati iskaz ili deo tog iskaza pročita i reprodukuje njegov optički ili tonski snimak. Takođe, ako je potrebno, a naročito ako se iskaz svedoka doslovno unosi u zapisnik, predsednik veća može narediti da se taj deo zapisnika odmah pročita, a pročitace se uvek ako to zahteva stranka ili branilac.

Takođe se i kod ispitivanja svedoka, veštaka ili stručnog savetnika, shodno primenjuju i odredbe Zakonika u vezi sa saslušanjem optuženog, a koje se tiču: 1) zabrane određene vrste pitanja ili odgovora na nedozvoljena pitanja, 2) mogućnosti da predsednik veća postavlja svedoku precizirajuća pitanja. To znači da će predsednik veća zabraniti pitanje ili odgovor na već postavljeno pitanje ako je ono nedozvoljeno (obmanjujuća ili sugestivna pitanja), ili se ne odnosi na predmet osim kada se radi o pitanju kojim se proverava verodostojnost iskaza. Ovde treba imati u vidu (što inače, u Zakoniku nije sasvim jasno i nesporno regulisano), da se zabrana postavljanja sugestivnih pitanja odnosi isključivo na osnovno i dodatno ispitivanje, dok se takva pitanja mogu postavljati prilikom unakrsnog ispitivanja svedoka. Naime, prema odredbi člana 98. stav 3. Zakonika, pitanja koja se postavljaju svedoku ne smeju sadržati obmanu, niti se zasnivati na pretpostavci da je izjavio nešto što nije izjavio, i ne smeju predstavljati navođenje na odgovor *osim ako se radi o unakrsnom ispitivanju na glavnom pretresu*.²² Stranke mogu zahtevati da o zabrani pitanja ili odgovora na

22 Ovde je očigledna intencija zakonodavca bila da se, kada je reč o vrstama nedozvoljenih pitanja, samo sugestivna pitanja dozvole prilikom unakrsnog ispitivanja svedoka, jer se ni tada, naravno ne smeju postavljati obmanjujuća pitanja, niti pitanja koja polaze od „pretpostavljene“ izjave. Međutim, jezička formulacija u zakonskoj odredbi nije sasvim precizna, niti je uopšte, ona sasvim

već postavljeno pitanje odluči veće, a ako veće potvrdi odluku predsednika veća o zabrani pitanja ili odgovora kao nedozvoljenog, na zahtev stranke u zapisnik će se uneti pitanje.

Predsednik veća može svedoku uvek, tj. tokom bilo kog vida ispitivanja svedoka na glavnom pretresu, dakle, kako tokom osnovnog, tako i prilikom unakrsnog i dodatnog ispitivanja, da postavi pitanje koje doprinosi potpunijem ili jasnijem odgovoru na pitanje postavljeno od strane drugih učesnika u postupku.

7.6. Upoznavanje sa sadržinom zapisnika o iskazima datim pre glavnog pretresa ili na drugom suđenju kao izrazito *inkvizitorski element* novog krivičnog postupka

Osim u slučajevima koji su posebno propisani u Zakoniku o krivičnom postupku, upoznavanje sa sadržinom zapisnika o iskazima svedoka, saoptuženih ili već osuđenih saučesnika u krivičnom delu, kao i zapisnika o nalazu i mišljenju veštaka, može se po odluci veća obaviti shodnom primenom pravila koja se odnose na upoznavanje suda sa sadržinom pismena i snimaka. To znači da se zapisnici u ovom slučaju koriste tako što se vrši uvid u njih ili se ukratko iznosi njihova sadržina, moguće je da ih na glavnom pretresu čita predsednik veća, do čega dolazi kada veće oceni da je to potrebno.

Ovde se praktično radi o korišćenju dokaza koji su izvedeni u nekim prethodnim fazama istog krivičnog postupka, ili je u pitanju dokaz izveden na

adekvatno sročena, jer bi iz nje u čisto jezičkom smislu, moglo čak proizići da su sve vrste inače nedozvoljenih pitanja, po izuzetku dopuštena kada se sprovodi unakrsno ispitivanje svedoka, što bi naravno, bilo sasvim besmisleno. Konačno, ni inače, nije sasvim jasan *ratio legis*, omogućavanja da se svedoku uopšte u krivičnom postupku i postavljaju sugestivna pitanja, pa i prilikom unakrsnog ispitivanja. Takva mogućnost je strana našoj krivičnoprocesnoj tradiciji, a u zakonodavstvima u kojima izvorno postoji, što je posebno tipično u SAD, to je ipak drugačije rešeno, jer se tamo uopšte ne dopušta da sud interveniše u stranačko ispitivanje svedoka, dok se u našem postupku sud uvek može „svojim pitanjem umešati“, pa već to samo po sebi, poprilično obesmišljava zamišljen koncept stranačkog ispitivanja svedoka, kroz podelu na osnovno i unakrsno ispitivanje. Pored toga, u onim krivičnoprocesnim sistemima u kojim se striktno primenjuju takva pravila, obavezno je i da se celokupan iskaz svedoka snima, odnosno bukvalno – „od reči do reči“, registruje, što takođe kod nas nije slučaj, a samo onda kada se iskaz svedoka snima ili eventualno stenografski i doslovno unosi u zapisnik pravila o osnovnom i unakrsnom ispitivanju svedoka, imaju puni smisao. Konačno, velika je greška što zakonodavac ovde dopušta da se bilo kojoj kategoriji svedoka mogu postavljati sugestivna pitanja, koja po definiciji mogu biti i izuzetno neprijatna po svedoke, što može da bude izuzetno loše kada se radi o maloletnim licima kao svedocima ili čak deci kao svedocima, a naročito ako su takva lica istovremeno i oštećena. Poznato je da su deca izuzetno podložna sugestiji, što znači da ovaj vid ispitivanja takve vrste svedoka, može ne samo da za njih bude veoma neugodan, već može u nekim situacijama značajno da utiče na verodostojnost iskaza svedoka.

drugom suđenju, odnosno u potpuno drugom krivičnom postupku. Ovakav zakonski mehanizam predstavlja najkrupnije i procesno najdalekosežnije *odstupanje od objektivnosti aspekta načela neposrednosti* u izvođenju dokaza na glavnom pretresu,²³ do čega dolazi u sledećim situacijama:

1) ako su ispitana lica umrla, duševno obolela ili se ne mogu pronaći, ili je njihov dolazak pred sud nemoguć ili znatno otežan zbog starosti, bolesti ili drugih važnih razloga;

2) ukoliko su stranke saglasne da se tako postupi umesto neposrednog ispitivanja svedoka ili veštaka koji nije prisutan, bez obzira da li je bio pozvan ili ne;

3) ako je svedok ili veštak ispitivan neposredno pred istim predsednikom veća ili u skladu sa odredbom o izvođenju dokaza van glavnog pretresa;

4) ukoliko svedok ili veštak bez zakonskog razloga neće da dâ iskaz na glavnom pretresu;

5) ako je reč o iskazu saoptuženog prema kojem je krivični postupak razdvojen ili je već okončan pravnosnažnom osuđujućom presudom.

Tužilačka priroda istrage ne podrazumeva apsolutno isključenje svih dokaza iz istrage na glavnom pretresu, jer bi to bilo apsurdno, a kao primer se može posebno istaći Italija,²⁴ u kojoj je to prvobitno bilo predviđeno, ali se potom od takvog rigidnog koncepta odustalo (posebno u vezi postupaka čiji su predmet bila tzv. mafijaška krivična dela), pa tako sada i tamo postoje mogućnosti za određena ne baš preterano uska odstupanja od načela neposrednosti. Međutim, u tom pogledu ipak treba principijelno biti veoma oprezan, te voditi računa da se prema svom dokaznom kredibilitetu načelno nikada ne mogu potpuno izjednačiti dokazi koje je izveo sam sud, odnosno oni dokazi koji su izvedeni pred sudom i pod njegovom kontrolom, sa dokazima izvedenim bez sudske kontrole i od strane nesudskih organa.²⁵

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

23 Više o tome: V. Đurđić, Osnovna načela krivičnog procesnog prava i pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima, zbornik „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni“, Beograd, 2013, str. 62-63.

24 Inače, Italija je jedna od prvih kontinentalnih evropskih zemalja, koja je svoj krivični postupak reformisala u adverzijalnom pravcu, a interesantno je da i pored toga, prosečno trajanje krivičnog postupka u Italiji spada među najduže krivične postupke u svetu.

25 Više o tome: M. Škulić i G. Ilić, Novi Zakonik o krivičnom postupku – reforma u stilu, jedan korak napred, dva koraka nazad, Beograd, 2011, str. 50-51. Adresa za preuzimanje teksta sa sajta: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>.

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

Tužilačka istraga ima niz prednosti u odnosu na sudsku, ali ona ima i određene potencijalno ozbiljne mane, a osnovna mana je da se veoma restriktivno dokazi iz istrage mogu koristiti na glavnom pretresu, već je njihova osnovna funkcija da posluže kao *utemeljenje optužnice*, a onda se kasnije, svi dokazi po pravilu, moraju ponovo izvoditi na glavnom pretresu,²⁶ što je posebno izraženo u adverzijalno konstruisanim krivičnim postupcima, kakav je i novi tip procedure uveden Zakonikom o krivičnom postupku iz 2011. godine.

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

7.7. Izdvajanje nezakonitih dokaza na glavnom pretresu

Na glavnom pretresu, odnosno tokom održavanja glavnog pretresa, veće će rešenjem odlučiti da se iz spisa izdvoje i odvojeno čuvaju sledeći zapisnici:

1) zapisnici o ranijem ispitivanju lica koji se ne mogu pročitati iz razloga koji su u Zakoniku predviđeni kao osnov za odstupanje od načela neposrednosti u objektivnom smislu, kao na primer, kada svedok drugačije iskazuje na glavnom pretresu u odnosu na iskaz koji je dao u istrazi;²⁷

26 U vezi sa ovim, pogrešno je što se kao cilj istrage u Nacrtu (član 295. stav 3) određuje ne samo prikupljanje dokaza i podataka koji su potrebni za odlučivanje o tome da li će se podići optužnica ili obustaviti postupak itd., već i dokaza za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu, ili bi njihovo izvođenje bilo otežano... Ovakav cilj istraga može imati jedino kada je vodi istražni sudija, ili makar onda kada se radi o tužilačkoj istrazi, ali uz mogućnost da se u pogledu određenih dokaznih radnji (tzv. hitne sudske radnje) angažuje sudija (bilo sudija za istragu, kao što je to slučaj u Crnoj Gori, odnosno u Nemačkoj, gde se on označava kao „Ermittlungsrichter“, za razliku od istražnog sudije, koji bi bio „Untersuchungsrichter“, bilo sudija za prethodni postupak i sl.), što nije slučaj sa odredbama Nacrta.

27 Nekada, dok je istraga bila sudskog karaktera, svedok je u istrazi bio ispitivan (saslušan) od strane istražnog sudije i postojala je određena mogućnost da se na glavnom pretresu čita, odnosno koristi

2) zapisnici ili obaveštenja koji se prema opštim zakonskim pravilima (odredbe o izdvajanju zapisnika i obaveštenja), smatraju dokazno nevalidnim, jer sadrže „dokaze“ u pogledu kojih je Zakonikom propisano da ne mogu biti korišćeni u krivičnom postupku ili da se na njima ne može zasnovati odluka suda.

Protiv rešenja pretresnog veća o izdvajanju zapisnika ili obaveštenja, dozvoljena je posebna žalba, a po pravosnažnosti rešenja o izdvajanju zapisnika ili obaveštenja, veće stavlja konkretne izdvojene zapisnike ili obaveštenja u poseban zapečaćeni omot i predaje ih na čuvanje kod sudije za prethodni postupak odvojeno od ostalih spisa, tako da se ne mogu razgledati niti koristiti u postupku.

U Zakoniku je propisana i mogućnost da pretresno veće naknadno i pod određenim uslovima, promeni svoj prvobitni „stav“ u odnosu na zapisnike ili obaveštenja za koje je pre toga, ocenilo da sadrže nezakonite dokaze. Ako na osnovu izvedenih dokaza smatra da nije bilo mesta izdvajanju dokaza, veće može do završetka dokaznog postupka opozvati svoje rešenje o izdvajanju zapisnika ili obaveštenja, ali samo pod uslovom da protiv tog nije izjavljena žalba, te potom, odlučiti da se izdvojeni dokaz ipak izvede.

8. Osnovne karakteristike postupka po pravnim lekovima u novom Zakoniku o krivičnom postupku

I prema pravilima novog Zakonika o krivičnom postupku postoje dve osnovne vrste pravnih lekova: 1) redovni pravni lekove, gde spada nekoliko vrsta žalbi i 2) vanredni pravni lekovi.

U redovne pravne lekove spadaju: 1) žalba protiv prvostepene presude, 2) žalba protiv drugostepene presude i 3) žalba na rešenje.

Postoje brojne osnovne novine u novom Zakoniku o krivičnom postupku, koje se tiču žalbe protiv prvostepene presude, poput sledećih novih ili modifikovanih zakonskih mehanizama: 1) nešto drugačije utvrđeni rok za podošenje žalbe, 2) modifikovanje pojedinih žalbenih razloga, 3) nešto promenjeno postu-

iskaz koji je svedok dao u istrazi, ne samo onda kada bez zakonskog razloga odbija da svedoči, već i u slučaju kada takav svedok drugačije iskazuje na glavnom pretresu u odnosu na iskaz koji je dao istražnom sudiji u istrazi. U svakom slučaju, ovde se uvek radilo o sudskom dokazu, pa i onda kada je bio izveden pre glavnog pretresa, od strane istražnog sudije, a ne pretresnog veća, odnosno pred pretresnim većem. Sada to više nije moguće, što znači da se shodno opštim pravilima dokazivanja – ili može koristiti jedino onaj iskaz koji je svedok dao na glavnom pretresu (kada je njegov iskaz iz istrage praktično „bezvredan“ u procesnom smislu), ili se naravno, ne mora „procesno koristiti“ uopšte ni iskaz tog svedoka dat na glavnom pretresu, ako sud oceni da on nije dokazno kredibilan, što kao i inače, predstavlja faktičko pitanje koje se rešava prema slobodnom sudijskom uverenju i na temelju slobodne ocene dokaza.

panje u pogledu neuredne žalbe, 4) uvođenje mogućnosti da prvostepeni sud ponovo otvori glavni pretres i nakon podnesene žalbe (tzv. represuđenje), itd.

8.1. Osnovne modifikacije pojedinih žalbenih razloga

Žalbeni razlozi, odnosno *osnovi za izjavljivanje žalbe*, su ostali isti kao i ranije i svode se na određene pravne i činjenične anomalije presude. Izraz „anomalija“ naravno, treba shvatiti samo uslovno, on je takav samo sa stanovišta podnosioca žalbe (a delimično i shodno zakonskoj terminologiji),²⁸ kada se u žalbi na primer, tvrdi da je presuda zasnovana na nekoj bitnoj povredi odredaba krivičnog postupka ili da je presudom povređena neka norma krivičnog zakona i sl., ali se tek od strane drugostepenog suda utvrđuje da li zaista postoji konkretna povreda u prvostepenoj presudi.

Pravne anomalije postoje u *tri oblika*; 1) bitne povrede odredaba krivičnog postupka, koje se dele na dve vrste: a) apsolutno bitne povrede i b) relativno bitne povrede, 2) povrede krivičnog zakona i 3) greške u odlukama o krivičnim sankcijama i u drugim odlukama. Faktičke anomalije se svode na pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje.

8.1.1. Izmene koje se odnose na bitne povrede odredaba krivičnog postupka

Kao i ranije, postoje dve kategorije bitnih povreda odredaba krivičnog postupka: 1) apsolutno bitne povrede i 2) relativno bitne povrede. Kod apsolutno bitnih povreda, samim tim što postoji određena povreda, apsolutno se smatra da presuda zasnovana na takvoj povredi, odnosno proistekla iz krivičnog postupka u kojem je učinjena takva povreda krivičnoprocesnih odredbi, ne može biti zakonita i pravilna. Ne može se, niti je potrebno, dokazivati suprotno.

Apsolutno bitne povrede se u Zakoniku nabrajaju taksativno i limitativno. Kad je reč o relativno bitnim povredama, tu se može s jedne strane, raditi o bilo kojoj povredi zakonske odredbe, ali je s druge strane, potrebna određena kauzalna veza između takve povrede i nezakonitosti ili nepravilnosti u presudi zasnovanoj na takvoj povredi, odnosno koja je proistekla iz krivičnog postupka u kojem je povreda učinjena.

²⁸ Sam zakonodavac govori o povredama krivičnog zakona, odnosno povredama odredaba krivičnog postupka itd., što znači da se i u zakonsko-terminološkom smislu, može govoriti o odgovarajućim „anomalijama“ presude koja se pobija žalbom.

Spisak apsolutno bitnih povreda odredaba krivičnog postupka u novom Zakoniku o krivičnom postupku je relativno sličan, onim povredama takvog karaktera, koje su i ranije postojale, a osnovne razlike se svode na sledeće:

1. jedna nekadašnja povreda krivičnog zakona je sada svrstana u „prvu“ apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka, a ona postoji ako je nastupila zastarelost krivičnog gonjenja ili je gonjenje isključeno usled amnestije ili pomilovanja ili je stvar već pravnosnažno presuđena, ili postoje druge okolnosti koje trajno isključuju krivično gonjenje.²⁹ Tu se u stvari, misli na to da je sud doneo odbijajuću presudu zbog postojanja određene trajne procesne smetnje (poput zastarelosti), a da takav razlog nije postojao, što u ovom primeru znači da krivično delo ipak, nije zastarelo. Međutim, radi se o gruboj pravno-tehničkoj greški, zahvaljujući kojoj sada praktično, nije ni moguće doneti presudu kojom se optužba odbija, kada postoje okolnosti koje trajno isključuju krivično gonjenje, a da se time, automatski ne načini apsolutno bitna povreda odredaba krivičnog postupka.

2. Nedostaci u *izreci presude* predstavljaju apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka, samo ako se radi o izreci koja je *nerazumljiva*, a ako su u pitanju neki drugi nedostaci izreke presude, odnosno određene kontradikcije između izreke i obrazloženja, tada se radi o jednom obliku relativno bitne povrede odredaba krivičnog postupka.

3. Kao i ranije, postoji apsolutno bitna povreda odredaba krivičnog postupka i kada je sud povredio propise u pogledu postojanja optužbe ovlašćenog tužioca,

29 Dok je takav razlog bio povreda krivičnog zakona, on je bio formulisan kao povreda krivičnog zakona u pogledu pitanja – da li ima okolnosti koje isključuju krivično gonjenje, a naročito da li je nastupila zastarelost krivičnog gonjenja ili je gonjenje isključeno usled amnestije ili pomilovanja, ili je stvar već pravnosnažno presuđena (član 369. ZKP/2001). Takva formulacija je bila logična, jer je iz nje proizlazilo da sud može pogrešiti u oba smera – bilo da donese presudu smatrajući pogrešno da postoji neka okolnost koja trajno isključuje krivično gonjenje, a ona u stvari, ne postoji, bilo da ne donese odbijajuću presudu, pogrešno ocenjujući da nema okolnosti koja trajno sprečava krivično gonjenje, a ona u stvari, postoji.

Iako se tu radi o trajnim procesnim smetnjama, što „zvučni“ kao da predstavlja isključivo krivičnoprocesni institut, bolje je kada se takva povreda svrstava u povredu krivičnog zakona, nego u povredu odredaba krivičnog postupka, a konačno, zastarelost se i reguliše krivičnim zakonom. Međutim, ovde nije problem samo u svrstavanju takve povrede među povrede procesnog ili materijalnog krivičnog prava, već u pogrešnoj formulaciji, zbog koje praktično nije moguće doneti odbijajuću presudu (dakle, ni onda kada svakako postoji konkretan zakonski razlog za to), zbog postojanja trajnih procesnih smetnji, a da se time „automatski“ ne učini apsolutno bitna povreda krivičnog postupka, što je i više nego apsurdno. U praksi ovo ipak, verovatno neće dovoditi do ozbiljnih problema, jer se može pretpostaviti da presudu donetu zbog okolnosti koje trajno isključuju krivično gonjenje (iako se tu formalno, uvek radi o apsolutno bitnoj povredi odredaba krivičnog postupka), niko u praksi neće ni pobijati žalbom, pa će ona po pravilu, pasivno postajati pravnosnažna. Naime, optuženi i branilac ni inače, nemaju pravni interes da ulažu žalbu protiv takve presude, a pretpostavka je da to neće činiti ni savesni javni tužioci, ali se ovde ipak radi o teško objašnjivom pravno-tehničkom propustu zakonodavca.

odnosno odobrenja nadležnog organa, ali je propušteno da se tu navede i *predlog oštećenog*, kada se radi o krivičnim delima za koja se goni po takvom predlogu, što verovatno nije bila intencija zakonodavca, već je u pitanju pravno-tehnički propust.

Kad je reč o relativno bitnim povredama odredaba krivičnog postupka u novom Zakoniku o krivičnom postupku, odnosno njihovim novim ili modifikovanim formulacijama u zakonskom tekstu, relevantno je sledeće:

1. Tipična relativno bitna povreda je kada sud u toku glavnog pretresa nije primenio ili je nepravilno primenio neku odredbu Zakonika o krivičnom postupku, a to je bilo od odlučnog uticaja na donošenje zakonite i pravilne presude. Slična povreda je postojala i ranije i tu se može raditi o povredi bilo koje odredbe Zakonika, ali mora postojati i uzročno-posledična veza između takve povrede i nezakonitosti ili nepravilnosti presude, pri čemu se sada, još i dodatno naglašava da je povreda bila od *odlučnog uticaja*.

2. Nova relativno bitna povreda je ona koja se odnosi na *pravno nevaljani dokaz*. Takva povreda postoji ako se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama Zakonika o krivičnom postupku ne može zasnivati, osim ako je, s obzirom na druge dokaze, očigledno da bi i bez tog dokaza, bila donesena ista presuda.

Nekadašnja apsolutno bitna povreda odredaba krivičnog postupka koja se odnosila na izreku presude je sada podeljena, pa jednim delom ostaje apsolutno bitna povreda, a drugim delom dobija relativni karakter, ali ne u smislu da se zahteva neka kauzalna veza između povrede i nezakonitosti, odnosno nepravilnosti presude (kao što je to kod tipičnih relativno bitnih povreda odredaba krivičnog postupka), već s obzirom na (ne)mogućnost ispitivanja zakonitosti i pravilnosti presude. Ova povreda postoji ako je izreka presude protivrečna sama sebi ili su razlozi presude protivrečni izreci, ili ako presuda nema uopšte razloga ili u njoj nisu navedeni razlozi o činjenicama koje su predmet dokazivanja ili su ti razlozi potpuno nejasni ili u znatnoj meri protivrečni, ili ako o činjenicama koje su predmet dokazivanja postoji znatna protivrečnost između onoga što se navodi u razlozima presude o sadržini isprava ili zapisnika o iskazima datim u postupku i samih tih isprava ili zapisnika, pa zbog toga nije moguće ispitati zakonitost i pravilnost presude.

8.2. Vanredni pravni lekovi

Kao i ranije i prema pravilima novog Zakonika o krivičnom postupku, postoje dve vrste vanrednih pravnih lekova: 1) zahtev za ponavljanje krivičnog postupka i 2) zahtev za zaštitu zakonitosti.

Oba vanredna pravna leka su pretrpela određene izmene i modifikacije, što je posebno upadljivo kod zahteva za zaštitu zakonitosti.

8.2.1. Zahtev za ponavljanje krivičnog postupka

Prema pravilima novog Zakonika o krivičnom postupku postoje sledeće varijante ponavljanja krivičnog postupka: 1) ponavljanje krivičnog postupka koji je okončan pravnosnažnom presudom i 2) ponavljanje krivičnog postupka osuđenom u odsustvu. Obe ove varijante ponavljanja krivičnog postupka su uređene na sličan način kao i do sada.

Više se kao varijante ponavljanja krivičnog postupka ne uređuje nastavljanje krivičnog postupka koji je prethodno okončan određenim rešenjima donesenim zbog postojanja privremenih smetnji za krivično gonjenje, kao ni slučajeva preinačenja pravnosnažne presude bez ponavljanja krivičnog postupka.³⁰

8.2.2. Zahtev za zaštitu zakonitosti

Pet je osnovnih novina i zakonskih modifikacija, koje su od većeg značaja, kada je reč o zahtevu za zaštitu zakonitosti.

Prva modifikacija se odnosi na titulara ovog vanrednog pravnog leka, koje je nekada bio isključivo u nadležnosti Republičkog javnog tužioca, a sada gubi takvo „ekskluzivno“ svojstvo, te ga može podneti i odbrana, tj. okrivljeni „preko branioca“.

Druga modifikacija se odnosi na izvesno dodatno sužavanje razloga za ulaganje zahteva za zaštitu zakonitosti, jer sada ne dolazi u obzir bilo koja povreda zakona, kako materijalnog, tako i procesnog karaktera, već samo takve povrede koje se tiču pravila krivičnog postupka ili primene materijalnog prava na činjenično stanje utvrđeno u pravnosnažnoj odluci.

Treća modifikacija se odnosi na uvođenje posebnog razloga za ulaganje zahteva za zaštitu zakonitosti, a koji se svodi na odgovarajuće odluke Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava.

Četvrta modifikacija se odnosi na uvođenje posebnih rokova za ulaganje zahteva za zaštitu zakonitosti (u pogledu kojeg ranije nisu postojali bilo kakvi rokovi), kada se radi o dva razloga: 1) onda kada se zahtev temelji na postojanju odluke Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava i 2) ukoliko je zahtev podnesen u korist okrivljenog zbog određenih takstativno nabrojanih povreda Zakonika o krivičnom postupku.

Peta modifikacija se tiče uvođenja mogućnosti da Vrhovni kasacioni sud koji je nadležan za odlučivanje o zahtevu za zaštitu zakonitosti, onda kada se radi o povredi zakona kao osnovu za ulaganje ovog vanrednog pravnog leka

³⁰ Ta varijanta tzv. „nepravog ponavljanja krivičnog postupka se sada uređuje kao poseban krivični postupak – Glava XXIII (postupci za preinačenje pravnosnažne presude).

(što i jeste razlog za njegovo ulaganje u daleko najvećem broju slučajeva), ne odlučuje obavezno o svakom podnesenom zahtevu, već samo o onom zahtevu za zaštitu zakonitosti, za koga oceni da ima potreban stepen „relevantnosti“. O zahtevu za zaštitu zakonitosti koji je podnet zbog povrede zakona, Vrhovni kasacioni sud odlučuje samo ako smatra da je reč o pitanju od značaja za pravilnu ili ujednačenu primenu prava. Vrhovni kasacioni sud *odbacuje* zahtev za zaštitu zakonitosti kada oceni da je podnet zbog povrede zakona koji nije od značaja za pravilnu ili ujednačenu primenu prava.

9. Neustavnost ključnih odredbi novog Zakonika o krivičnom postupku

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

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

Stoga su **neustavne** sve ključne odredbe ovog Zakonika kojima je konstruisan striktno adverzijalni krivični postupak, odnosno dokazivanje primarno preneseno na stranke, a sud maksimalno isključen iz njega.³¹

Prethodno objašnjena neustavnost se odnosi na striktno adverzijalnu konstrukciju glavnog pretresa, uz maksimalno limitiranje dokazne uloge suda, koji tako suprotno odredbi člana 32. stav 1. Ustava Srbije, nema priliku da raspravi o optužbi, ali se čini da je protivustavna i koncepcija istrage u novom Zakoniku o krivičnom postupku.

Naime, istraga je sada javno-tužilačka, te se pokreće naredbom, ali bez mogućnosti da sud u određenom funkcionalnom obliku (to bi u kontekstu novog ZKP-a, mogao biti sudija za prethodni postupak), odluči o *osnovanosti sumnje*

31 Više o neustavnosti novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije, ali i njegovim brojnim drugim slabostima u: M. Škulić i G. Ilić, *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – jedan korak napred, dva koraka nazad*, Udruženje javnih tužilaca Srbije, Pravni fakultet u Beogradu i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012. Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje ove monografije pod naslovom: „Novi ZKP Srbije – kako je propala reforma i šta da se radi“ je u celini dostupno u PDF formatu na sajtu Udruženja javnih tužilaca i zamjenika javnih tužilaca Srbije. Adresa za preuzimanje teksta sa sajta: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>

koja je bila razlog za pokretanje krivičnog postupka, a odredbom člana 32. stav 1. Ustava Republike Srbije, se između ostalog *svakom* garantuje da sud *raspravi* i o *osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka*. Ovo je posebno upadljivo u kontekstu nove zakonske regulative koja se odnosi na formalno određivanje trenutka kako započinjanja krivičnog postupka, tako i otpočinjanja krivičnog gonjenja, što ne samo da se utvrđuje na pogrešan način, već se što je veoma čudno i teško može logički objasniti, razlikuju momenat kada započinje krivično gonjenje, od trenutka kada počinje krivični postupak.³² Inače, u našoj teoriji je već zaključeno da način utvrđivanja trenutka započinjanja krivičnog postupka u novom Zakoniku o krivičnom postupku, u suprotnosti jesu teorijskom definicijom krivičnog postupka, pa stoga, „istraga ne može biti faza krivičnog postupka u užem smislu, zato što bez suda i stranaka ne može biti procesnog odnosa, pa samim tim, ni krivičnog postupka.“³³

Postoje i druge neustavnosti manjeg značaja, odnosno one koje nisu konceptijske prirode, kao što je u tekstu već objašnjeno u odnosu na jedan razlog za isključenje javnosti sa glavnog pretresa.

Tako je je Zakonikom o krivičnom postupku propisano da javni tužilac preduzima radnje u postupku neposredno ili preko svog zamenika, a u postupku za krivično delo za koje je propisana kazna zatvora do pet godina i preko tužilačkog saradnika, odnosno u postupku za krivično delo za koje je propisana kazna zatvora do osam godina i preko višeg tužilačkog saradnika. Iako nije sporno da u javnim tužilaštvima postoje brojni izuzetno stručni i savesni tužilački saradnici, odredba Zakonika o krivičnom postupku koja omogućava da se radnje tužioca u postupcima za određenu kategoriju krivičnih dela (dela koja su predmet skraćenog postupka), povere višim javnim saradnicima, nije usaglašena sa Ustavom Srbije.

Takođe je neustavna i mogućnost pribavljanja tzv. listinga komunikacije *bez sudske odluke*. Naime, po nalogu javnog tužioca policija može u cilju ispunjenja svojih načelnih dužnosti u predistražnom postupku (otkrivanje krivičnih dela itd.), preduzeti određene mere koje se tiču pribavljanja nekih

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

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

specifičnih podataka, koji se tiču i limitiranja prava na privatnost, gde spada: 1) pribavljanje evidencije ostvarene telefonske komunikacije, 2) pribavljanje evidencije korišćenih baznih stanica ili 3) lociranje mesta sa kojeg se obavlja komunikacija. Navedena zakonska mogućnost je po svemu sudeći, **protivustavna**, s obzirom da su slične odredbe koje su postojale u zakonima o BIA i VBA, a koje su omogućavale takve aktivnosti bez sudske odluke, već oglašene neustavnim odlukom Ustavnog suda.

10. Zaključak

Interesantno je da se u našoj teoriji i praksi još uvek relativno često govori o našem novom krivičnom postupku, kao nekoj vrsti „amerikanizacije“, što naravno, nije tačno. Naša nova krivična procedura je u stvari, jedna prilično bizarna mešavina ranije postojećih rešenja, novina za koje je teško naći pravi *ratio legis*, „originalnih“ teorijskih koncepcija, od kojih uglavnom nema nikakve koristi, ali često ima štete, pa i nekih mehanizama iz anglosaksonskog prava, koji su po pravilu, veoma nekonsekventno primenjenih. Ovo se u prethodnom tekstu posebno može videti na postojanju mogućnosti u našem krivičnom postupku, koje su na primer, u SAD potpuno nezamislive, a to je da se rutinski može koristiti na glavnom pretresu skoro svaki nesudski dokaz, izveden od strane javnog tužioca u istrazi, odnosno ranijim fazama krivičnog postupka.

Čak i načelo istine ima u stvari, veći značaj u SAD, nego u Srbiji, kada je reč o novom krivičnom postupku. U SAD ne postoji načelo istine na način na koji se ono shvata u klasičnim kontinentalno-evropskim krivičnim procedurama, ali je pri tom naglašeno i da ni u američkom krivičnom postupku istina nije bez značaja, već je samo sud načelno dokazno pasivan, te ne traga oficijelno za istinom, već se isključivo oslanja na dokazne aktivnosti stranaka.

Međutim, *neka dokazna pravila u SAD*, daju praktično više značaja istini u krivičnom postupku, nego što je to sada slučaj u Srbiji, kada je u pitanju novi Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine, što predstavlja svojevrstni apsurd, kada se ima u vidu kako naša dosadašnja tradicija, tako i činjenica da Srbija nesporno pripada krugu kontinentalno-evropskih država, ne samo u geografskom, već i u istorijskom, kulturološkom, pa i pravnom smislu.

Naime, tačno je da pravila krivičnog postupka SAD (*Federal Rules of Criminal Procedure*), koja se ponekad pogrešno smatraju sličnim izvorom prava kao što su zakon(ici) o krivičnom postupku u Evropi, ne govore o „istraživanju istine“ ili „traganju o istini“, ali to i nije potrebno u tom izvoru prava, jer u anglosaksonskim državama postoji posebna pravna disciplina – dokazno pravo (*Law on Evidence*), što predstavlja i poseban izvor prava, kada je reč o norma-

tivnom aspektu. U okviru te oblasti ustanovljavaju se pravila koja se odnose na utvrđivanje istine i dokazivanje, kako u krivičnom, tako i u parničnom postupku, tj. uopšte u relevantnim „pravim procedurama“, gde spada i „materija istine“ u procesnom smislu. Tako se već u drugom članu Saveznih pravila o dokazivanju (*Federal Rules on Evidence*), spominje istina, tako što se utvrđuje da „pravila treba tumačiti na način koji omogućava da se **sazna istina** i donese pravična odluka.“

Pravilo 1.02 Saveznih pravila o dokazivanju u SAD, bukvalno glasi: „Ova pravila bi trebalo primenjivati tako da se svakim postupkom upravlja pošteno (pravično), da se otklone neopravdani troškovi i odugovlačenje, kao i da se doprinese razvoju dokaznog prava, da bi se na kraju saznala istina i pravično odlučilo“.³⁴

Novim Zakonikom o krivičnom postupku se u naš krivičnoprocesni sistem uvode neki procesni mehanizmi koji su potpuno atipični za najveći broj zemalja kontinentalne Evrope, što u praksi može imati veoma negativne konsekvence, kako po urednost pravnog sistema, tako i po prava i slobode građana.

Pokušaj sadržan u novom Zakoniku o krivičnom postupku Srbije da se u krivičnoj proceduri ispolje elementi načela pravičnog vođenja krivičnog postupka, a da se istovremeno, potpuno eliminiše načelo istine iz našeg krivičnog postupka, predstavlja izrazito štetan eksperiment, koji je unapred osuđen na neuspeh, ali cenu takvog eksperimentisanja bi mogli platiti kako država, tako i građani. Koncept tzv. paralelne istrage je suštinski pogrešan i on bi u praksi ili potpuno paralisao većinu krivičnih postupaka, ili bi se, što je možda verovatnije, sveo na голу formu, gde bi praktični značaj imala istraga javnog tužioca, dok bi „istraga“ lica u funkciji odbrane, bila svedena na „praznu fasadu“. Taj koncept je *suštinski protivan i funkciji odbrane* u krivičnom postupku, te elementarnom dejstvu pretpostavke nevinosti, jer kakvu bi to istragu okrivljeni mogao voditi i protiv koga, kada se okrivljeni već po zakonskoj definiciji smatra nevinim, sve dok se eventualno, suprotno ne utvrdi pravnosnažnom odlukom suda.

Potpuno adverzijalna konstrukcija glavnog pretresa, odnosno suđenja, nije adekvatna za naš krivični postupak i ona bi u praksi mogla dovesti do ogromnih problema. U takvom postupku bi stranke samo formalno bile ravnopravne, dok bi u praksi to bilo po pravilu, veoma nepovoljno po okrivljenog, naročito onda kada nema branioca, a u našem krivičnom postupku je samo za relativno ograničeni krug krivičnih dela, propisana obavezna stručna odbrana.

34 Zbog važnosti ove teme, navodimo i originalni tekst na engleskom: These rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination.

Eliminisanje načela istine u krivičnom postupku je izrazito štetno. Nije sporno da istina nije nikakva „sveta krava“ ni u našem sadašnjem krivičnom postupku, kao ni u krivičnim postupcima većine država kontinentalne Evrope čije krivične procedure poznaju ovo načelo i gde se ono smatra vrhunskim principom. Istina se ne dostiže po svaku cenu, ali istini se svakako teži, a onda kada se istina objektivno ne može utvrditi, primenjuje se načelo *in dubio pro reo*.

Eliminisanje načela istine u krivičnom postupku je kontradiktorno i u odnosu na brojna druga krivičnoprocesna pravila. Nebulozno je da se u novom Zakoniku o krivičnom postupku, kao i ranije, omogućava podnošenje žalbe protiv presude i zbog *pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja*, drugim rečima, *usled zasnovanosti presude na neistini*, a da pri tom, *sud uopšte i nema dužnost utvrđivanja istine*, a da je izvođenje dokaza, što znači i stvaranje podloge za utvrđivanje činjeničnog stanja, primarno povereno strankama. Kakve su šanse stranke da pobija presudu zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, kada je ona sama, u prvom redu procesno odgovorna za utvrđivanje činjeničnog stanja?

Osim što je zasnovan na ovim osnovnim i veoma krupnim konceptijskim greškama i promašajima, Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine, se odlikuje i čitavim nizom drugih bitnih anomalija, počev od brojnih pravno-tehničkih grešaka, pa do nejasnih i vrlo sumnjivih normativnih rešenja, što sve zajedno ovaj tekst čini veoma lošim, a treba se iskreno nadati da će praksa u skladu sa poznatom idejom Enrika Ferija, da *svi zakoni vrede, koliko vrede ljudi koji ih primenjuju*, naći načina da ublaži sve negativne efekte brojnih loših zakonskih rešenja.

Ima naravno, u novom Zakoniku o krivičnom postupku i nekih dobrih rešenja, poput na primer, stvaranja većeg broja alternativa pritvoru, ali su nažalost, takva rešenja u ogromnoj nesrazmeri u odnosu na broj grešaka i vrlo loših rešenja. Baš ovaj primer koji se odnosi na dobro rešenje davanja većeg značaja tzv. kućnom pritvoru i drugim merama ograničenja lične slobode u odnosu na klasični pritvor, je vrlo simptomatičan, jer i sama zakonska regulativa koja se tiče pritvora sadrži jednu izrazito „kaučuk“ normu, kada je reč o modifikovanom razlogu za pritvor zbog težine krivičnog dela, gde se prvi put od vremena socijalističke Jugoslavije, kao razlog za određivanje pritvora (u kombinaciji i sa drugim okolnostima), navodi *uznemirenje građana*.

Svrha kritike novog Zakonika o krivičnom postupku nije naravno, da se onemogući ili oteža njegova primena, jer konačno to nijedna kritika, ma koliko bila argumentovana ni ne može učiniti, niti bi iko razuman tako nešto priželjkivao, već je cilj argumentovane kritike da se koliko god je moguće, olakša primena novog Zakonika o krivičnom postupku.

**Dr. Milan Škulić, Professor at the Faculty of Law
University of Belgrade**

THE NEW CODE OF CRIMINAL PROCEDURE OF SERBIA – EXPECTATIONS OF THE IMPLEMENTATION

Author analyses in critical point of view new Criminal Procedure Code of Serbia with the essential focus of the some important general rules, concept of investigation, the new system of judicially control of indictment, preliminary hearing, i.e. preliminary court conference and the agreement between the parties (public prosecutor and defendant), as a form of so called plea bargaining main rules of the trial, i.e. the main hearing and system of ordinary (appeals) and extraordinary remedies in new system of criminal procedure in Serbia.

Author writes too about many technical and essential mistakes and wrong solutions of the new CPC of Serbia and especially explains some very negative examples in the new Code of Criminal Procedure Code of Serbia, connected to the strategically and conceptually problems, as a construction of the main trial and the role of the court, i.e. the judge during the trial.

Completely adversatorial construction of the main trial is not adequate for Serbian criminal procedure and that could be in the practice the cause of many serious problems. In this type of procedure the parties would be equal only in formal point of view. In the practice that could be very inconvenient and bad for the defendant, especially when he/she has not a defense counsel and in Serbian criminal procedure is mandatory defence counsel provides only for limited number of criminal offences. In the article are explained too some great contradictions connected to the new system of interrogation of the witnesses during the main trial, especially the controversial way of cross examination the witnesses with the possibility to use the suggestive questions.

Elimination of the principle of the truth in criminal procedure, i.e. in the new Criminal Procedure Code of Serbia, is very negative solution. It is without doubt that the truth is not a “holly cow” in Serbian valid criminal procedure and also in criminal procedures in other states in continental Europe which legal systems know this vital principle. The truth is not achieving at any price and when it is objectively not possible, the principle in dubio pro reo has to be applied. It is not more the case in the new Criminal Procedure Code of Serbia, which is very bad solution that must be seriously criticized.

Elimination of the principle of the truth in criminal procedure is in a contradiction to many other vital criminal procedural rules. It is completely senseless and nonsense, that in the Draft of the new Code of Criminal Procedure (the same rule as today, i.e. in now days CPC), provides appeal against the verdict because erroneous or incomplete finding of fact, i.e., when the judgment is ground on the incorrect or incomplete finding of fact or when the court has determined a relevant fact incorrectly and besides, the court officially does not have a duty to determine a truth.

Elimination of the principle of the truth in criminal procedure is essentially unmoral, because the truth in criminal procedure can not be divided from general connectivity criminal law and moral. The majority of citizens expect the truth in and from criminal procedure. This truth has often historical significance too. If the fact is, that criminal offence principally is unmoral and if only in criminal procedure can be determined if the crime was committed, then this kind of question can not be only the mater of so called evidential duel between prosecutor and defendant with no active role of independent and impartial court.

Author explained too, that the key provisions of the new CPC of Serbia are unconstitutional, while in accordance with the article 32 of the Serbian Constitution, the citizen has a right on the more active court in criminal procedure (the court has a duty to discuss the indictment and it is not the right of the discussion of the parties before the court); and on the another side, the court must decide of the suspicion which is the ground for the initiating the criminal prosecution.

Although it is possible to criticize with very good arguments the new Criminal Procedure Code, because some conceptual matters and because many very concrete technical failures and mistakes in some of its provisions, that Code is now the part of the valid Serbian law and it has to be implemented as correctly as possible. The purpose of the critics is not to object the implementation, but to help the better implementation of new Serbian Criminal Procedure Code.

Key words: *Criminal Procedure Code, application, investigation, truth, principles, court, Public Prosecutor, accused, defendant, the injured party.*